

## Anmerkungen zum Revisionsrecht 2004

---

Wolfgang Ferner, Rechtsanwalt Heidelberg/Koblenz

---

### I. Entscheidungen des Verfassungsgerichts

Immer wieder ist das Bundesverfassungsgericht aufgerufen zu zentralen Fragen des Strafrechts und Strafverfahrensrechts Stellung zu nehmen. Die bedeutenden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung<sup>1</sup> von Sexualstraftätern und der Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung<sup>2</sup> gehören nicht zu meinem Themenkreis, haben aber große Bedeutung, insbesondere in unserer derzeitigen politischen Situation.

#### 1. Durchsuchung

Aber bedeutend für das Strafverfahren und damit auch für das Revisionsverfahren ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 05.02.2004 2 BvR 1621/03. Das Verfassungsgericht setzt sich mit den Problemen der **Durchsuchungsanordnung** im Ermittlungsverfahren, aber insbesondere auch mit dem Rechtsbehelf des § 33a StPO auseinander.

Voraussetzung für eine Durchsuchungsanordnung ist **ein konkret zu beschreibender Tatvorwurf, der mehr ist als eine bloße Vermutung oder ein vager Anhaltspunkt**

Bei einem Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung muss ein angemessenes Verhältnis zur Stärke des Tatverdachts stehen und die Durchsuchung muss für die Ermittlung und die Verfolgung der Straftat erforderlich sein. Zwar führt das Anliegen, im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch überraschende und eilige Maßnahmen Beweise zu sichern zu einer gewissen Begrenzung der Prüfungs- und Erwägungspflichten des Gerichts. Bei bereits lang andauernden Ermittlungen kommt dieser Prüfungspflicht jedoch eine gesteigerte Bedeutung zu – im vorliegenden Fall sollte eine Straftat am 06.12.2002 gegangen worden sein, die Durchsuchungsanordnung erging am 28.01.2003. In diesen Fällen bedarf es einer besonderen Erörterung und Darlegung, weshalb jetzt noch ein Verlust von Beweismitteln zur Eile drängen kann.

In diesem Zusammenhang betont das Verfassungsgericht die besondere Bedeutung des **rechtlichen Gehörs nach Artikel 103 Abs. 1 GG!** Bei Verfahren der vorliegenden Art wird das rechtliche Gehör in der Regel im Wege eines „nachträglichen“ rechtlichen Gehör gemäß § 33a StPO gewährt. Das Wesen der „überraschenden Maßnahme“ wird natürlich nur gewahrt, wenn der Betroffenen vor Erlass einer entsprechenden Maßnahme nicht gehört wird. Das Verfassungsgericht stellt aber klar, dass die Möglichkeit des § 33a StPO keine Leerformel ist. Dabei ist die Beachtung des Vorbringens einer von einer Durchsuchung Betroffenen nach deren Vollziehung deshalb von besonderer Bedeutung, da dies für den jeweiligen Betroffenen der erste Zugang zum Gericht ist, dem durch das Eindringen in den Wohnbereich ein besonders schwerer Eingriff in die persönliche Lebenssphäre vorangegangen ist. Der Betroffene kann sich, wenn er sich gegen eine vollzogene

---

<sup>1</sup> Urteil 2 BvR 2029/01 vom 05.02.2004

<sup>2</sup> Urteil 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02 vom 10.02.2004

Durchsuchung wendet, aber nur auf den Stand berufen, den die Akten und Erkenntnisse der Ermittlungsbehörden zum Zeitpunkt des Erlasses hatten. Er kann sich dabei nicht auf einen später weggefallenen Tatverdacht berufen. Trägt er aber entsprechende Argumente vor, muss der auf Grund von § 33a StPO ergebende Beschluss erkennen lassen, dass das Gericht das wesentliche Verteidigungsvorbringen beachtet hat.

Die Entscheidung weist auf zwei wichtige Verteidigungsstrategien hin: Als Strafverteidiger muss jede Durchsuchungsanordnung frühzeitig auf Rechtmäßigkeit überprüft werden und mit den möglichen Rechtsmitteln angegriffen werden. Unter Berücksichtigung des jeweils aktuellen Akteninhalts. Im vorliegenden Verfahren war eine Beschwerde nicht mehr möglich, da das Amtsgericht eine Durchsuchung abgelehnt hatte und die Durchsuchung erst auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft durch das Landgericht angeordnet wurde.

2. Mit der **Durchsuchungsanordnung** befasst sich auch eine weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 766/03 vom 23.01.2004, die im Gegensatz zur vorherigen jedoch erfolglos blieb. In diesem Fall befasste sich das Verfassungsgericht präziser mit den Voraussetzungen der Durchsuchung:

1. Einzelfallprüfung
2. Vorliegen eines hinreichenden Verdachts einer Straftat
3. Sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzung und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs
4. Der Anfangsverdacht muss auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage erfolgen, ohne dass es allerdings auf eine erhöhte Wahrscheinlichkeit ankommt – jedoch die bloße Vermutung reicht nicht aus

Ist in dem ordnungsgemäßen Durchsuchungsbeschluss, quasi als Annex, auch eine allgemeingehaltene Beschlagnahmeanordnung festgehalten, so ist dies nur eine „Richtlinie“ für die Durchsuchung und noch keine wirksame Beschlagnahmeanordnung. Eine solche Beschlagnahme muss nach der Durchsuchung nochmals ausdrücklich und gesondert erfolgen.

### 3. Analogieverbot

Beschluss des BVerfG 2 BvR 1107/03 vom 04.12.2003

Das Verfassungsgericht hatte sich auch mit der Auslegung von Gesetzen auseinander zu setzen. Dabei bestätigte er nochmals, dass als spezielles Willkürverbot für die Strafgerichtsbarkeit der Gesetzgeber gemäß § 103 Abs. 2 GG verpflichtet ist, die Voraussetzungen für einen Straftatbestandes so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich für jeden Bürger zu erkennen sind und sich Auslegungen ermitteln lassen. Eine Auslegung als solche entspricht noch „der Natur der Sache“ – aber sie muss auf jeden Fall noch dazu führen, dass der „Normadressat“ an Hand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen kann, was strafbar ist. Aus dem **Bestimmtheitsgebot** folgt das Verbot analoger Strafbegründung. Strafgerichten ist es nicht erlaubt, eine Strafbestimmung über ihren eindeutigen, eine Auslegung nicht mehr zugänglichen Wortlaut hinaus allein im Blick auf den Normzweck anzuwenden. Möglich ist aber eine weite Auslegung des Wortlauts (jedenfalls verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wie etwa Handeltreiben mit Betäubungsmittel).

Gleiches gilt für § 258 Abs. 1 StGB (Strafvereitelung). Strafvereitelung begeht auch, wer den Verfall versucht zu verhindern. Die Fachgerichte haben jetzt entschieden, dass unter § 258 Abs. 1 StGB auch die Verhinderung eines dinglichen Arrests nach § 111d StPO fällt. Dies verstößt nicht gegen das Analogieverbot.

#### **4. Lange Verfahrensdauer**

Ein besonderes Problem sind stets Strafzumessungsentscheidungen, wenn Strafverfahren besonders lange gedauert haben. Besonders lange gedauert hat, eine Entscheidung über die das Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 1471/03 vom 21.01.2004 zu entscheiden hatte. Dabei ist nicht nur der Verfahrensablauf und das „Verteidigungshandeln“ des Beschuldigten interessant, das Verfassungsgericht bestimmt auch noch einmal die Kriterien einer „langen Verfahrensdauer“ und lässt Andeutungen zur Strafzumessung bei Trunkenheitsdelikten erkennen.

#### **Der Fall:**

Der Beschwerdeführer, ein Richter war, durch das Amtsgerichts Potsdam wegen einer Trunkenheitsfahrt im Jahr 1993 am 13.02.2001 verurteilt worden und die Revision durch Beschluss des Brandenburgischen Oberlandesgerichts am 21.07.2003 verworfen wurde. Das Urteil lautete auf 15 Tagessätze zu 60 DM und drei Monate Fahrverbot.

Der Beschwerdeführer war am 06.03.1993 gegen 2:30 Uhr „im Straßenverkehr über eine kurze Strecke von wenigen hundert Metern mit einem Kraftfahrzeug gefahren.“ Eine ihn um 3:00 Uhr entnommene Blutprobe erwies einen Blutalkoholkonzentration von 1,5 Promille auf. Wegen der Tat wurde gegen ihn außerdem ein Disziplinarverfahren eingeleitet und „durch das Verfahren (ist) mit hoher Wahrscheinlichkeit eine psychische Beeinträchtigung eingetreten.“

#### **Der Verlauf des Verfahrens**

Strafbefehl am 24.08.1993, 30 Tagessätze zu je 80 DM und Entzug der Fahrerlaubnis. Einspruch: die Hauptverhandlung fand am 17.01.1994 statt, nachdem zuvor der Verteidiger mehrere Verlegungsanträge gestellt hatte. Die Revision wurde vom Amtsgericht als unzulässig verworfen (29.03.1994), weil zum Zeitpunkt der Revisionseinlegung eine schriftliche Verteidigervollmacht bei den Akten nicht vorlag. Das Revisionsgericht hob die Entscheidung auf und verweis sie zurück an das Amtsgericht. Dort befanden sich die Akten seit 04.08.1994. Das Amtsgericht bestimmte am 09.01.1995 einen Hauptverhandlungstermin auf dem 22.03.1995. Zur Hauptverhandlung war der Beschwerdeführer nicht erschienen. Das Amtsgericht erließ am 30.03.1995 auf Antrag des Beschwerdeführers einen Beweisbeschluss zur Identität der Blutprobe. Der Beschwerdeführer verweigerte in der Folgezeit eine Blutentnahme mit dem Hinweis, eine Identitätsprüfung solle mittels Speichelprobe erfolgen. Am 28.06.1995 wies das Amtsgericht den Antrag auf Abänderung des Beweisbeschlusses zurück mit der Begründung, eine Untersuchung an Hand der Blutprobe sei einfacher und kostengünstiger. Nach der Blutentnahme erstattete das Institut am 07.08.1995 ein DNA-Gutachten. Zwei Hauptverhandlungstermine wurden wegen wiederholter Verlegungsanträge des Beschwerdeführers aufgehoben. Gemäß Aktenvermerk vom 08.02.1996 war der zuständige Richter erkrankt. Am 15.03.1996 wurde erneut eine Hauptverhandlung anberaumt. Am 29.04.1996 verurteilt das Amtsgericht den Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je

65 DM. Der Beschwerdeführer legte erneut Revision ein. Wegen einer nach Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokoll erfolgten Protokollberichtigung stellte das Amtsgericht das Urteil auf Antrag der Staatsanwaltschaft erneut zu. Mit Beschluss vom 08.11.1996 hob das Revisionsgericht das amtsgerichtliche Urteil auf, weil die Beweiswürdigung den Anforderungen an deren Darstellung nicht ansatzweise genügte. Am 08.01.1997 gingen die Akten erneut beim Amtsgericht ein, welches am 04.02.1997 Hauptverhandlungstermin auf den 11.02.1998 anberaumte. Ein Antrag, das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen lehnte die Staatsanwaltschaft ab. Das Amtsgericht stellte das Verfahren aber nach § 260 Abs. 3 StPO wegen überlanger Verfahrensdauer ein. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob das Oberlandesgericht das Urteil auf und verweis die Sache erneut an das Amtsgericht zurück. Eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Verfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.

Neuer Hauptverhandlungstermin wurde auf dem 10.03.1999 bestimmt, der Beschwerdeführer erschien jedoch nicht und das Amtsgericht ordnete eine amtsärztliche Untersuchung an. Ein Fortsetzungstermin wurde auf den 12.03.1999 bestimmt. Der Amtsarzt teilte mit, eine Untersuchung könne frühestens am 15.03.1999 erfolgen. Etwa vier Monate später, am 19.07.1999 wurde ein neuer Termin anberaumt, der auf Antrag der Verteidigung aufgehoben wurde. Am 01.03.2000 stellte das Amtsgericht das Verfahren durch Beschluss gemäß § 206 a StPO wegen überlanger Verfahrensdauer ein. Auf Grund der hiergegen gerichteten Beschwerde der Staatsanwaltschaft wurde der Beschluss aufgehoben und am 21.07.2000 zurückverweisen. Zu dem sodann bestimmten Hauptverhandlungstermin vom 06.10.2000 erschien der Beschwerdeführer nicht; das Amtsgericht ordnete erneut eine amtsärztliche Untersuchung an. Das Gutachten wurde am 23. November erstellt. In der Hauptverhandlung wurde der Beschwerdeführer mit Urteil vom 13.02.2001 verurteilt. Das Amtsgericht stellte dabei eine justizbedingte rechtsstaatswidrige Verzögerung von insgesamt 22 Monaten fest. In der Folgezeit verhinderte der Beschwerdeführer eine Zustellung des Urteils, in dem er die Verteidigervollmachten widerrufen und neue Vollmachten auf eine Akteneinsicht beschränkte. Es erfolgte eine unwirksame Urteilszustellung durch Niederlegung sowie mehrere Versuche das Urteil dem Beschwerdeführer zuzustellen. Am 08.11.2001 wurde das Urteil dann an die mit der Akteneinsicht beauftragten Rechtsanwältin zugestellt. Diese sandte das Empfangsbekennnis nicht unterzeichnet zurück und wies auf die fehlende Zustellungsbevollmächtigung hin. Das Landgericht verwarf dann mit Beschluss vom 25.04.2002 das vom Beschwerdeführer eingelegte Rechtsmittel als offensichtlich unzulässig. Auf dessen sofortige Beschwerde hob das Oberlandesgericht den Beschluss des Landgerichts auf, da die Zustellung an die Verteidigerin vom 08.11.2001 nicht wirksam war. Die Zustellung an den Beschwerdeführer gelang erst am 14.11.2002. Die Revision wurde als offensichtlich unbegründet verworfen.

Die Verfassungsbeschwerde war hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruches erfolgreich. Überlange Verfahrensdauer, so das Verfassungsgericht, muss sich messbar bei der Strafzumessung auswirken, denn Strafverfahren von überlanger Dauer setzten einen Beschuldigten zusätzlichen fühlbaren Belastungen aus, die in ihren gesamten Auswirkungen einer angemessenen Sanktion gleichkommen. Die Gerichte haben die Möglichkeit, hierauf mit einer Einstellung auch den § 153, 153 a StPO zu reagieren, aber auch mit einem Absehen von Strafe und einer Verwarnung

mit Strafvorbehalt sowie einer einfachen Berücksichtigung bei der Strafzumessung. Dabei ist auch das Gewicht der Straftat zu sehen, die vorliegend ausdrücklich als geringfügig bezeichnet wurde.

„Die Verfahrensdauer von etwa 10 Jahren ist unangemessen lang und wird auch durch das Prozessverhalten des Beschwerdeführers nicht gerechtfertigt“. Allerdings ist die durch die Revisionseinlegung eingetretene Verzögerung hierbei nicht zu berücksichtigen. Da dies zu den rechtsstaatlichen Verfahren gehört.

„Verzögerungen, die in Folge der Aufhebung der erstinstanzlichen Urteile und Zurückverweisungen im Revisionsverfahren entstehen, stellen keinen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot dar, da ein solcher Verfahrensgang Ausfluss einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems ist.“

Bei der Strafzumessung hätte jedoch berücksichtigt werden müssen, dass erhebliche psychische Störungen bei dem Beschwerdeführer eingetreten sind, die zu einer erheblichen Einschränkung der Lebensqualität geführt haben, er 17 Monate ohne Führerschein war und gegen ihn ein Disziplinarverfahren eingeleitet wurde.

Das Verfassungsgericht betont außerdem nochmals ausdrücklich, dass die erhebliche Gesamtdauer des Verfahrens eine besondere Bedeutung zuzumessen ist und angesichts der Geringfügigkeit des Tatvorwurfs das öffentliche Interesse an einer Bestrafung abgeschwächt ist. Bei einer Gesamtwürdigung liegt die Verletzung des Beschleunigungsverbots unter Berücksichtigung der belastenden Folgen des Verfahrens so schwer, dass ein anerkanntes Interesse an der Bestrafung nicht mehr besteht und die dem Beschwerdeführer anzulastende Schuld bereits weitgehend ausgeglichen ist. Das Gericht weist darauf hin, dass angesichts des gesamten Strafvorwurfes eine Einstellung nach § 153 Abs. 2 StPO oder ein Absehen von Strafe eine angemessene Reaktion ist.

**Hinweis:** Für die Revision ist es wichtig, dass die nach Meinung der Verteidigung verzögernd behandelte Zeitpunkt detailliert angegeben werden und darauf hin gearbeitet wird, dass eine konkrete messbare Berücksichtigung bei der Strafe erfolgt. Aus der Entscheidung des Verfassungsgerichts lässt sich zudem ersehen, dass die Verzögerung im Verhältnis zur Straftat gesehen werden muss.

### **5. Exkurs: In dem Zusammenhang ist eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe interessant 3 Ws 174/03 09.12.2003**

Die Staatsanwaltschaft war der Meinung, dass ein Jugendrichter Verfahren unzulässigerweise verzögere. Einen Nachweis der Rechtsbeugung konnte sie nicht feststellen, meinte aber, dass der Richter sich der Strafvereitelung im Amt schuldig gemacht habe. Insbesondere Hauptverhandlungen von nichtinhaftierten Jugendlichen schob der Richter hinaus, einige bis zum Eintritt der Verjährung. Das Oberlandesgericht stellt fest, dass die der Rechtsbeugung zukommende Sperrwirkung sich auch auf die Strafvereitelung im Amt auswirkt. Rechtsbeugung kann nur begangen werden, wenn der Richter sich bewusst und in schwerwiegender Weise von Recht und Gesetz entfernt; selbst unvertretbare Entscheidungen begründen Rechtsbeugung nicht. Diese Einschränkung ist auch notwendig zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit. Danach kommt der

Strafbarkeit der Rechtsbeugung einer Sperrwirkung zu, wonach eine Verurteilung wegen eines Verhaltens bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache nur möglich ist, wenn alle tatbestandlichen Voraussetzungen des § 339 gegeben sind.

6. Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 1704/01 vom 07.01.2004. Das Verfassungsgericht befasst sich in dieser Entscheidung mit der **Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts**.

Der Ausgangsfall ist ein häufig vorkommender Tatbestand. Ein Angeklagte wird vom Landgericht wegen mehrerer, teils zahlreicher Strafen verurteilt. Bei der Überprüfung der Revision kommt das Gericht zu der Erkenntnis, dass die Ausführungen des Landgerichts bei einigen Taten nicht substantiiert genug sind und stellt diese Verfahren nach §§ 153, 154 oder 154a stopp mit Zustimmung der Bundesanwaltschaft ein. Abgeschlossen wird das Verfahren mit dem Bemerkten, dass das Revisionsgericht es für ausgeschlossen hält, dass auch unter Berücksichtigung des Wegfalls dieser Entscheidungen das Landgericht zu einer milderen Strafe kommt.

### **Dem hat das Verfassungsgericht jetzt einen Riegel vorgeschoben.**

Das Landgericht hatte den Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Der Beschwerdeführer war wegen elf Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt, Besonderheit des Falles ist, dass wegen zweier Straftaten der Bundesgerichtshof die Entscheidung aufhob und diese Sachen an das Amtsgericht zurückverweisen hat. Zur Bildung einer Gesamtstrafe wegen der übrigen Taten hat der Bundesgerichtshof jedoch die Sache nicht zurückverweisen und führte aus:

„Der Senat schließt im Hinblick darauf, dass die Einsatzstrafe (Fall 10) drei Jahre und sechs Monate beträgt, im Fall 11 der Urteilsgründe eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verhängt wurde, weitere Einzelstrafen eine Summe von zwei Jahren und fünf Monaten ergeben, sowie zwei Einzelstrafen von jeweils acht Monaten einzubeziehen waren, aus, dass der Tatrichter ohne die in den Fällen 8 und 9 der Urteilsgründe verhängten Einzelfreiheitsstrafen von einem Jahr bzw. vier Monaten zu einer niedrigeren Gesamtstrafe als sechs Jahre gelangt wäre.“

Das Verfassungsgericht stellt fest, dass der Bundesgerichtshof mit der Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe trotz Wegfalls zweier Einzelstrafen willkürlich eine nicht ihm, sondern dem Tatgericht zustehende Strafzumessungskompetenz wahrgenommen hat und damit gegen Artikel 101 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen hat. Über die Fälle des § 354 Abs. 1 StPO hinaus darf das Revisionsgericht nicht selbst entscheiden.

§ 354 StPO lautet:

- Erfolgt die Aufhebung des Urteils nur wegen Gesetzesverletzungen bei Anwendung des Gesetzes auf die dem Urteil zu Grunde liegenden Feststellungen, so hat das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden, sofern ohne weitere tatsächliche Erörterung nur auf Freisprechung oder auf Einstellung oder auf eine absolut bestimmte Strafe zu

erkennen ist oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung dem Antrag der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigsten Strafe oder das Absehen von Strafe für angemessen erachtet.

- In anderen Fällen ist die Sache an eine andere Abteilung oder Kammer des Gerichts, dessen Urteil aufgehoben wird, oder an ein zu dem selben Land gehörendes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen.

**Zur Strafzumessung:** Innerhalb des im konkreten Fall anzuwendenden Strafrahmens ist auch der Grundlage der individuellen Schuld des Angeklagten unter Berücksichtigung der Strafzwecke die Strafe durch den Tatrichter zu bestimmen. Dem Revisionsgericht steht nur eine begrenzte Möglichkeit zu, die Strafzumessung des Strafrichters zu überprüfen. Die Strafzumessung ist grundsätzlich vom Revisionsgericht hinzunehmen, es sei denn der Tatrichter stützt die Strafe auf rechtlich nicht anerkannte Strafzwecke, lässt erhebliche Strafzumessungsgesichtspunkte außer Betracht oder löst sich nach oben oder unten von einem gerechten Schuldausgleich. Aber auch bei Rechtsfehlern ist das Revisionsgericht nicht befugt, die Strafzumessung des Tatrichters durch eine eigene Strafzumessung zu ersetzen. Lediglich § 354 StPO ermöglicht eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, die aber eine Ausnahme darstellt und daher eng auszulegen ist. Jedenfalls dann, wenn für die Entscheidung mehr als eine Entscheidung möglich ist, insbesondere eine Ermessungserwägung zum Finden der auszusprechenden Sprach notwendig ist, kann das Revisionsgericht keine eigene Sachentscheidung treffen. Auch die Befugnis zum Freispruch oder zur Festsetzung der absoluten Strafe sind keine Fälle der Strafzumessung im engeren Sinne, da es hierbei an einer Ermessensausübung fehlt. Gleiches gilt für die Einstellung, die in diesem Zusammenhang nur die Einstellung wegen eines nichtbehebbareren Verfahrenshindernisses meint. Jedes andere Verhalten ist eine Überschreitung der Kompetenz und damit eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Artikel 101 GG ist daher eine gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht. Diese Kompetenz wird überschritten, wenn ein Revisionsgericht das Ergebnis der tatrichterlichen Strafzumessung aufrecht erhält, obgleich zwei Einzelstrafen weggefallen sind, die der Tatrichter für die Bildung der Gesamtstrafe als wesentlich erachtet hatte.

## II. Die Rechtsprechung des 4. Strafsenates zu § 69 StGB<sup>1</sup>

In letzter Zeit hat insbesondere der 4. Strafsenat die Rechtsprechung zum Verkehrsstrafrecht „neu positioniert“.

### 1. Rechtssprechung zum § 69 StGB.

Mit einer Reihe von Entscheidungen hat der 4. Strafsenat die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB in neue Bahnen gelenkt. War früher gar die Fahrerlaubnis entzogen worden, etwa wegen Tankstellenbetrugs, Zechprellerei und anderem im Zusammenhang mit dem **Besitz** eines Kraftfahrzeuges oder der Anmietung eines Kraftfahrzeuges unter Vorlage eines gefälschten Führerscheines, regelmäßig aber beim Transport von Drogen, hat der 4. Strafsenat eine Diskussion entfacht. Grundlegend hierbei ist der Beschluss vom 05.11.2002<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Anfragebeschluss des 4. Strafsenats vom 16.09.2003 4 StR 85/03, 4 StR 155/03 und 4 StR 175/03

<sup>2</sup> BGH NZV 2003, 199, vgl. aber auch BGH DAR 2003, 128; 2003, 180; 2003, 181; 2003, 230; 2003, 231

Für alle Nichtregelfälle stellte der 4. Strafsenat die Doktrin auf, dass für die Ungeeignetheit des Führens von Kraftfahrzeugen individuell und konkret nach Maßgabe der besonderen Eignung als Kraftfahrzeugführer zu entscheiden sei. Es müssen bei der Entscheidung spezifische Sicherheitsinteressen des Straßenverkehrs betroffen sein, da ansonsten die Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel sich von deren Institut und Gedanken entferne und zu einer Nebenstrafe werde. Eine Entziehung der Fahrerlaubnis kommt nach dieser Auffassung nur in Betracht, wenn das Gericht feststellen kann, dass der Täter kriminelle Ziele über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme stellen wird.

Von dieser Rechtsprechung ist jedoch bislang der 1. Strafsenat des BGH ausdrücklich abgewichen<sup>1</sup>, während sich eine Reihe von Oberlandesgerichten, so etwa das Oberlandesgericht Hamm der Rechtsprechung des 4. Senats ausdrücklich angeschlossen haben<sup>2</sup>.

2. In der Zwischenzeit liegt eine **offizielle Anfrage des 4. Strafsenats** an alle anderen Strafsenate vor. Hierzu haben sich bisher zustimmend geäußert der 2. und 4. Strafsenat, wobei der 2. Strafsenat in einer Entscheidung vom 21.01.2004 (2 ARS 347) mit folgendem Wortlaut die Beantwortung des Anfragebeschlusses einschränkte:

„Der Senat hat zu dem in der Anfrage angesprochenen Fragen im Urteil vom 26.09.2003 2 StA 161/03 ausführlich, auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 13.05.2003 1 StR 113/03 Stellung genommen. Im Gesamtsenat bestehen insoweit unterschiedliche Auffassungen. Eine Befassung des großen Senats für Strafsachen mit den aufgeworfenen Rechtsfragen wäre nach Ansicht des Senats im Hinblick auf deren grundsätzliche Bedeutung und im Interesse einer baldigen Klärung für die Praxis wünschenswert.“

---

<sup>1</sup> BGH NStZ 2003, 658, NStZ 2003, 563

<sup>2</sup> OLG Hamm Strafverteidiger 2003, 624

### III. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr: § 315b StGB

#### 1. Der Tatbestand

§ 315b StGB ist ein konkretes Gefährdungsdelikt und soll das Leben, die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum des Einzelnen schützen. Während § 315c StGB vorschriftswidriges, gefährliches Verhalten im fließenden oder ruhenden Straßenverkehr erfasst, zielt § 315b StGB auf **verkehrsfremde Eingriffe** von außen in den Straßenverkehr.<sup>1</sup> Das Delikt ist in einen Handlung- und einen Gefährdungsteil aufgeteilt. Die Gefährdung entspricht dabei dem Tatbestand des § 315c StGB. Durch die Tathandlung nach § 315b Abs. 1 StGB muss zusätzlich die Sicherheit des Straßenverkehrs direkt beeinträchtigt werden. Die Handlung muss so riskant sein, dass sie sich störend auf die Sicherheit der Verkehrsvorgänge auswirkt und so eine **Steigerung der allgemeinen Betriebsgefahr** verursacht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH wird ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten im fließenden Verkehr nur dann von § 315b StGB erfasst, wenn ein Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in **verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt**, der Fahrer mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr **zu "pervertieren"**, und es ihm darauf ankommt, durch diese Verhaltensweise in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.<sup>2</sup> Ein bloß vorschriftswidriges Verkehrsverhalten fällt dagegen grundsätzlich nicht unter § 315b StGB, sondern nur unter § 315c StGB.<sup>3</sup>

#### 2. Änderung der Rechtsprechung

Unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise ein Verkehrsvorgang im fließenden Straßenverkehr zu einem "Eingriff" in den Straßenverkehr "pervertiert" wird, hat der BGH in der Vergangenheit für verschiedene "Fallgruppen" entschieden. Er hält an dieser Rechtsprechung zwar im Grundsatz noch fest, ist jedoch der Auffassung, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzukommen muss, dass das Fahrzeug mit (mindestens bedingtem) **Schädigungsvorsatz** - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug<sup>4</sup> - missbraucht wird. Erst dann liegt eine - über den Tatbestand des § 315c StGB hinausgehende - verkehrstypische "Pervertierung" des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen "Eingriff" in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor. Das gilt für alle Alternativen der Vorschrift. Mit dieser Einschränkung stellt der BGH nicht in Frage, dass für den subjektiven Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB Gefährdungsvorsatz ausreicht; er konkretisiert hierdurch lediglich die schon bisher geforderte **"Absicht", den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu "pervertieren"**.

<sup>1</sup> BGHSt 32, 4.

<sup>2</sup> BGHSt 41, 231, 234; BGH, NStZ-RR 2000, 343; BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 1, 3, 4.

<sup>3</sup> BGHSt 41, 231, 233 f.; BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 315b Rdnr. 8.

<sup>4</sup> BGH, VRS 94, 213, 214.

### Beispiel

In Fällen, in denen der Täter sein Fahrzeug als Fluchtmittel<sup>1</sup> benutzt und er bei der Flucht (lediglich) verkehrswidrig fährt, scheidet ein verkehrsfremdes, verkehrseindliches Verhalten daher jedenfalls dann aus, wenn er nur mit Gefährdungsvorsatz handelt.<sup>2</sup>

Diese Fluchfälle werden regelmäßig von § 315c StGB (hier: § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b StGB) erfasst.<sup>3</sup> Der BGH weicht damit von seiner früheren Rechtsprechung ausdrücklich ab<sup>4</sup>. Ist nämlich das eigene Fortkommen primäres Ziel einer bestimmten Fahrweise, so macht das in der gewollten Behinderung eines anderen Fahrzeugs liegende Nötigungselement allein ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr.

Soweit der BGH in früheren Entscheidungen den Tatbestand des § 315b StGB mit der Begründung bejaht hat, das absichtliche - ohne durch die Verkehrslage veranlasste - Hindern am Überholen falle "ausnahmsweise" nicht unter § 315c StGB, sondern unter § 315b (Abs. 1 Nr. 2) StGB, weil die Behinderung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der verbotenen Fahrweise sei,<sup>5</sup> hält er daran für die Fälle nicht fest, in denen der Täter lediglich mit Gefährdungsvorsatz handelt. Der Nötigungscharakter ist ebenso wie die Inkaufnahme der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer Bestandteil einer Vielzahl alltäglichen bewusst regelwidrigen Verkehrsverhaltens (beispielsweise bewusster Vorfahrtverletzungen), ohne dass solche vorsätzlichen Verkehrsverstöße als "Pervertierung" gewertet würden. Ebenso wenig kann es für die rechtliche Einordnung von regelwidrigem Verkehrsverhalten im fließenden Straßenverkehr auf eine "moralische Bewertung" der Motive ankommen, aus denen der Täter sein Interesse an der ungehinderten Fortsetzung seiner Fahrt über das Interesse anderer Verkehrsteilnehmer an gefahrloser Teilnahme am Straßenverkehr stellt.

Ein gefährlicher Eingriff im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt nur dann vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Sein Handeln muss durch ein verkehrseindliches Verhalten unter bewusster Zweckentfremdung des Fahrzeugs gekennzeichnet sein.<sup>6</sup> Der Täter muss mit „Gefährdungsvorsatz“<sup>7</sup> handeln und das Fahrzeug „bewusst“ zweckwidrig in verkehrseindlicher Einstellung einsetzen, es also nicht seiner Zweckbestimmung entsprechend als Fortbewegungsmittel gebrauchen, sondern zweckfremd als Mittel zur Gefährdung eines Menschen missbrauchen.

<sup>1</sup> BGH, VRS 65, 428, 429.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2003, 4 StR 228/02 = BGHSt 48, 233-239 = NJW 2003, 1613-1615 = StraFo 2003, 215-217 = VRS 104, 447 = NSTz 2003, 486-487 = NZV 2003, 488-490 mit kritischen Anm. von Seier u.a. NZV 2003, 490.

<sup>3</sup> BGHR, StGB § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a Vorsatz 3 [rücksichtslose Fluchtfahrt]; BGH, NSTz-RR 2000, 343 f

<sup>4</sup> Siehe nur BGHSt 21, 301, 302 f.; BGH, Urteil vom 3. August 1978 - 4 StR 146/78; vgl. auch BGHSt 7, 379, 380; 22, 67, 72; 23, 4, 6 f.; 41, 231, 234; BGH, VRS 64, 267 f.

<sup>5</sup> BGHSt 21, 301, 302 f.; BGH, Urteil vom 3. August 1978 - 4 StR 146/78; vgl. auch BGHSt 7, 379, 380; 22, 67, 72; 23, 4, 6 f.; 41, 231, 234; BGH, VRS 64, 267 f.

<sup>6</sup> BGH, NSTz 1985, 267; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Vorsatz 1.

<sup>7</sup> vgl. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., § 15 Rn. 28.

### 3. Schweigen des Beschuldigten

**Schweigt** der Beschuldigte zu den Vorwürfen, muss das äußere Tatgeschehen auf den Vorsatz hinweisen. Schweigen darf nicht zu Lasten eines Beschuldigten gewertet werden. Fährt ein Kfz-Führer auf eine Fahrzeugkontrolle zu und hat er bei dieser Kontrolle nichts zu befürchten (etwa wegen einer vorangegangenen Ordnungswidrigkeit oder weil er keine Fahrerlaubnis hat oder zuvor eine Straftat begangen hat), kann aus dem äußeren Geschehen nicht auf einen Vorsatz geschlossen werden, auch wenn der kontrollierende Beamte sich vor einer Kollision mit dem Fahrzeug nur durch einen Sprung zur Seite retten kann. Das Gericht muss in Betracht ziehen, dass die Fahrweise genauso gut durch augenblickliche Unaufmerksamkeit, falsche Lagebeurteilung oder sonstiges menschliches Versagen erklärt werden kann, zumal der Angeschuldigte, der zur Tatzeit erst seit zwei Monaten eine Fahrerlaubnis für Personenkraftwagen besaß, in der Folgezeit gebremst und sein Fahrzeug zum Stillstand gebracht hat. Kann dem Täter jedoch bezüglich der Gefahr nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden, dann heißt dies im Rahmen des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB, dass er eben nicht „bewusst verkehrsfreundlich“ gehandelt hat.<sup>1</sup>

### 4. Der Begriff der Anlage

§ 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB beinhaltet das Zerstören, Beschädigen oder Beseitigen von Anlagen oder Fahrzeugen. **Anlagen** sind hierbei alle dem Verkehr dienenden Einrichtungen, wie Verkehrsschilder oder Ampeln. Durch das Beschädigen muss gerade die verkehrsrelevante Funktion der Anlage oder des Fahrzeugs beeinträchtigt werden, dies kann beim Durchschneiden der Bremsschläuche<sup>2</sup> der Fall sein. Allerdings fehlt es an einer notwendigen konkreten Gefährdung, wenn der Täter losgelöst von einem Verkehrsgeschehen ein Fahrzeug oder eine Anlage beschädigt (beispielsweise durch Zerstören der Bremsleitung), ohne dass die so geschaffene abstrakte Gefahr für den Straßenverkehr in eine konkrete Gefahr umschlägt, z.B. weil das Fahrzeug nicht mehr benutzt wird. Der durch das Verhalten des Täters eingetretene Schaden am Fahrzeug ist nicht Folge einer abstrakten Verkehrsgefahr, sondern umgekehrt die Ursache dafür, dass eine solche Gefahr überhaupt erst entsteht.<sup>3</sup>

### 5. Hindernisse

Auch das **Bereiten von Hindernissen** ist eine Einwirkung auf den Straßenkörper. Dies kann erfolgen durch den Aufbau von Straßensperren, aber auch durch das Unterlassen der Sicherung einer Baustelle<sup>4</sup> oder durch verlorene Ladung.<sup>5</sup> Hat jemand den Deckel eines am Fahrbahnrand befindlichen Gullys herausgehoben und ihn in den Gullyschacht geworfen, hat er damit eine dem Straßenverkehr dienende, nämlich die gefahrlose Überquerung von Kanalschächten ermöglichende, Einrichtung von ihrem bestimmungsgemäßen Ort entfernt und damit im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB beseitigt. Dadurch hat er die Sicherheit des Straßenverkehrs (abstrakt) beeinträchtigt.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Amtsgericht Saalfeld, Beschluss vom 15.04.2003 - 675 Js 2593/03 2 Ds jug.

<sup>2</sup> BGH, NJW 1996, 329.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

<sup>4</sup> BGH, VRS 16, 29.

<sup>5</sup> BayObLG, NJW 1969, 2026 ; OLG Hamm, VRS 51, 103.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 2. Juli 2002, 4 StR 174/02 = NZV 2002, 517-518 = NStZ 2002, 648 = VRS 103, 378-379.

## 6. Steinewerfer

Der Auffangtatbestand des **§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB** (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff) ist erfüllt, wenn der Angeklagte von einer über eine Schnellstraße führenden Brücke bei Dunkelheit Gegenstände von einigem Gewicht unmittelbar auf die mit einer Geschwindigkeit von ungefähr 80 km/h fahrenden Personenkraftwagen wirft und durch das Auftreffen der Gegenstände die konkrete Gefährdung der fahrenden Fahrzeuge bewirkt.<sup>1</sup> Nach den Urteilsfeststellungen warf der Angeklagte in beiden Fällen von einer über eine Schnellstraße führenden Brücke bei Dunkelheit Gegenstände von einigem Gewicht unmittelbar auf die mit einer Geschwindigkeit von ungefähr 80 km/h fahrenden Personenkraftwagen und bewirkte durch das Auftreffen der Gegenstände deren konkrete Gefährdung. Die Sicherheit des Straßenverkehrs wurde demnach nicht durch eine Einwirkung auf den Verkehrsraum bewirkt, die geeignet war, den reibungslosen Verkehrsablauf zu hemmen oder zu verzögern,<sup>2</sup> sondern sie richtete sich unmittelbar gegen die fahrenden Fahrzeuge. Dies stellt einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff dar.

**Der Schutzzweck** des § 315b StGB gebietet eine restriktive Auslegung der Norm: eine konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert sind nur **verkehrsspezifische Gefahren**. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die konkrete Gefahr auf die typische Wirkungsweise der für **Verkehrsvorgänge üblichen Fortbewegungskräfte** beruht. Dies kann durch Ausnutzung der **Eigendynamik** des vom Täter selbst benutzten Fahrzeugs (beispielsweise beim Einsatz eines **Fahrzeugs als "Waffe"**), durch die Fremddynamik eines von einem anderen Verkehrsteilnehmer genutzten Fahrzeugs (beispielsweise durch Hindernisbereiten) oder durch das Zusammenwirken beider Kräfte erfolgen. Auch ein Eingriff, durch den die sichere Beherrschbarkeit eines im fließenden Verkehrs befindlichen Fahrzeugs beeinträchtigt und dadurch - mit der Folge eines "Beinahe-Unfalls" - unmittelbar auf den Fahrvorgang eingewirkt wird, kann eine verkehrsspezifische Gefahr sein.

Dem sind die Fälle gleichzustellen, in denen durch aufgebaute Hindernisse auf den Straßenverkehr so eingewirkt wird, dass eine konkrete Gefahr für Fahrzeuginsassen oder ein Fahrzeug entsteht. An einer verkehrsspezifischen Gefahr fehlt es nur dann, wenn der Eingriff zwar zu einer abstrakten Gefährdung des Straßenverkehrs führt, die sich hieraus entwickelnde konkrete Gefahr aber in keiner inneren Verbindung mit der Dynamik des Straßenverkehrs steht.<sup>3</sup> **Berz** stimmt dieser auf "Steinewerfer", die von Brücken auf Autostraßen oder Autobahnen Steine in den fließenden Verkehr hinunterwerfen, gemünzten Modifizierung der Rechtsprechung im Grunde zu. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr wird vom BGH bestätigt, wenn durch die Steine lediglich Sachschäden an Fahrzeugen entstehen, es aber nicht zu Unfällen als Folge der Reaktionen betroffener Fahrer gekommen ist.<sup>4</sup>

Früher hatte der BGH einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB schon dann angenommen, wenn der Eingriff sich in der

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 12. November 2002, 4 StR 384/02 = NStZ 2003, 206.

<sup>2</sup> vgl. BGHSt 41, 231, 234.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

<sup>4</sup> Berz u.a. NZV 2003, 198-199.

Gefährdung oder Beschädigung des Tatobjekts erschöpfte, so dass es an einer tatbestandlich erforderlichen, "dadurch" verursachten weiteren Gefährdung fehlte<sup>1</sup>.

Greift der Täter in **den fließenden Verkehr** ein, indem er Hindernisse auf der Fahrbahn bereitet oder Gegenstände auf fahrende Fahrzeuge wirft, kann § 315b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einem bedeutenden Fremdsachschaden führt und dieser Erfolg sich als Steigerung der durch die Tathandlung bewirkten abstrakten Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellt. In Fällen dieser Art genügt für die Annahme einer vollendeten Tat, dass die durch den Eingriff verursachte verkehrsspezifische Gefahr zu einem bedeutenden Fremdsachschaden geführt hat.<sup>2</sup>

Die nach dem Wortlaut der Norm doppelte Verknüpfung des Tatbestandsmerkmals "Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs" sowohl mit der tatbestandlichen Handlung des § 315b Abs. 1 StGB in allen in den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Alternativen als auch mit dem tatbestandlichen Erfolg macht deutlich, **dass Gefährdungshandlungen und Gefährdungserfolg in besonderer Weise kausal miteinander verbunden sein müssen**, um den Tatbestand zu erfüllen. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzobjekte verdichtet. Das Erfordernis einer zeitlichen Differenz zwischen Eingriff und konkreter Gefahr, wie dies früher vom BGH angenommen wurde, ist dem Wortlaut der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen. Der Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB kann daher in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führt, sofern dieser Erfolg sich als Steigerung der abstrakten Gefahr darstellt.

## 7. Fälle der Flucht

Die **Teilnahme am Straßenverkehr** selbst, auch in gefährlicher Weise im Verkehrsfluss, ist kein gefährlicher Eingriff i.S.v. § 315b StGB. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr liegt nur dann vor, wenn der Fahrzeugführer mit verkehrseindlicher Einstellung das von ihm gesteuerte Fahrzeug zweckwidrig einsetzt.<sup>3</sup> Dies kann auch als Zufahren auf einen kontrollierenden Polizeibeamten erfolgen.<sup>4</sup>

Bei dem **Zufahren auf eine Polizeisperre** ergeben sich zwei Alternativen:

- der Fahrer benutzt das Fahrzeug in konkreter Nötigungsabsicht, dann liegt ein gefährlicher Eingriff vor ;
- benutzt er das Fahrzeug jedoch nur als Fluchtmittel, wird ein gefährlicher Eingriff verneint<sup>5</sup>

Wer auf der Flucht, um einem verfolgenden Polizeifahrzeug zu entkommen, entgegen der Fahrrichtung auf der Autobahn fährt und einen „Fast-Unfall“ in Kauf nimmt und eine besonders gefährliche Verkehrssituation verursacht, einen Unfall

<sup>1</sup> Zuletzt BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Eingriff 5 m.w.N.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

<sup>3</sup> Ferner, pvr 2002, 10; BGH, NStZ 1995, 31.

<sup>4</sup> BGHSt 23,4 ; BGH, NStZ 1987, 225 ; BGH, NZV 1997,276.

<sup>5</sup> BGH, VRS 100, 22.

aber nicht beabsichtigt macht sich wegen Straßenverkehrsgefährdung nach § 315c StGB strafbar.<sup>1</sup>

### 8. Auffahrunfälle

Auch das Provozieren eines Auffahrunfalls durch plötzliches, starkes nicht verkehrsbedingtes Bremsen<sup>2</sup> kann ein gefährlicher Eingriff sein. Dies kann bejaht werden, wenn der Fahrer eines Fahrzeuges eine sich festhaltende Person durch schnelles Losfahren abschütteln will.<sup>3</sup> Aber auch hier ist genau auf die Intention des Täters zu achten: Der Fahrer handelt nicht tatbestandsmäßig gem. § 315b, wenn er in einer solchen Situation losfährt, um sich mit seinem Opfer an einen anderen Ort zu begeben oder das Opfer abzuschütteln, ohne die Absicht zu haben, das Opfer zu verletzen.<sup>4</sup> Ein typischer Vorgang, der unter § 315b StGB subsumiert wird, liegt vor, wenn der angetrunkene Beifahrer während der Fahrt in das Steuer greift und einen Frontalzusammenstoß verursacht.<sup>5</sup>

### 9. Nebenklage

Ein Verstoß gegen § 315b StGB berechtigt nicht zum Anschluss als Nebenkläger in diesem Verfahren bzw. zur Einlegung eines Rechtsmittels. Die Anschlussberechtigung der Nebenkläger ergibt sich aus § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Nach dieser Vorschrift können sich die Eltern eines durch eine rechtswidrige Tat Getöteten der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließen. Rechtswidrige Taten im Sinne dieser Vorschrift sind Straftaten gegen das Leben sowie solche, die durch den Tötungserfolg<sup>6</sup> qualifiziert sind, nicht aber rechtswidrige Taten nach §§ 315, 315b StGB.<sup>7</sup>

## IV. Straßenverkehrsgefährdung: § 315c StGB

### 1. Der Tatbestand

Wie bei § 315b StGB setzt sich die Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c StGB auch aus einem **Handlungs-** und einem **Gefährdungsteil** zusammen. Voraussetzung der Handlung ist, dass im Zustand der Fahruntüchtigkeit ein (Kraft-)fahrzeug geführt wird; dabei ist der rauschbedingten Fahruntüchtigkeit die Fahruntüchtigkeit infolge geistiger oder körperlicher Mängel, z.B. wegen Übermüdung, gleichgestellt.

Die Gefährdung des Straßenverkehrs kann daneben auch durch grob verkehrswidriges oder rücksichtsloses Handeln erfolgen. Weiteres Tatbestandsmerkmal ist, dass in Folge der Fahruntüchtigkeit eine konkrete Gefährdung eintritt.

Die Verwirklichung aller Tatvarianten des § 315c Abs. 1 StGB setzt allerdings eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder einer

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 20. Februar 2003, 4 StR 228/02 = BGHSt 48, 233-239 = NJW 2003, 1613-1615 = StraFo 2003, 215-217 = VRS 104, 447 = NSTz 2003, 486-487 = NZV 2003, 488-490.

<sup>2</sup> BGH, NSTz 1992, 182.

<sup>3</sup> BGH, NJW 1989, 917.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 01.03.2001 – 4 StR 31/01.

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2003 - 4 StR 329/03.

<sup>6</sup> BGHSt 44, 97.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 13. Juni 2002, 4 StR 95/02 = DAR 2002, 421 = VRS 103, 210 = NSTz-RR 2003, 102.

fremden Sache von bedeutendem Wert voraus. Zwischen dem Verkehrsverstoß und der Gefahr muss überdies ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen.<sup>1</sup>

## 2. Übermüdung

Verursacht ein Fahrer einen Verkehrsunfall, weil er auf der Heimfahrt nach der Arbeit infolge starker Übermüdung, verstärkt durch nicht näher festgestellten Alkoholeinfluss, eingeschlafen ist und infolge des Schlafes die Kontrolle über sein Fahrzeug verloren hat, war er wegen des Zusammenwirkens von Übermüdung und Alkohol im Sinne des § 315c Abs. 1 Ziff. 1 b StGB zwar fahruntauglich.<sup>2</sup> Aber es besteht keine Veranlassung zur Prüfung von Schuldunfähigkeit wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung im Sinne des § 20 StGB. Denn unter den Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen fallen nur solche Störungen, die in ihrer Wirkung für die Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit den krankhaften seelischen Störungen im Sinne der ersten Alternative gleichwertig sind. Im Falle des § 20 StGB müssen diese daher so schwerwiegend sein, dass das seelische Gefüge des Betroffenen zerstört ist.<sup>3</sup> Es muss sich also um Fälle extremer Übermüdung bzw. schwerer Erschöpfungszustände handeln. Das Gericht muss aber Anhaltspunkten dafür nachgehen, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB vorliegen und gegebenenfalls hierzu einen Sachverständigen hinzuziehen.<sup>4</sup>

## 3. Einverständnis des Verletzten

Die Strafbarkeit eines **alkoholbedingt fahruntüchtigen Kraftfahrers** wegen fahrlässiger Tötung mit Gefährdung des Straßenverkehrs entfällt weder unter dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung noch unter dem Aspekt der einverständlichen Fremdgefährdung, wenn der später bei einem Verkehrsunfall getötete oder verletzte Mitfahrer den Zustand des Fahrers bei Fahrantritt gekannt und billigend in Kauf genommen hat. Ein Mitverschulden oder eine (unwirksame) Einwilligung des Mitfahrers kann sich jedoch günstig bei der Strafzumessung und Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung auswirken.<sup>5</sup>

## 4. Abgrenzung eines rücksichtslosen Verhaltens

Wenn ein Fahrzeugführer eine rote Ampel in der irrigen Ansicht überfährt, sie sei, wie wiederholt beobachtet, so geschaltet, dass sie bei Einhaltung der innerörtlichen Höchstgeschwindigkeit "grün" sei, stellt dies lediglich einen durchschnittlichen Verkehrsverstoß dar. Es kann dann keine Rücksichtslosigkeit im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB angenommen werden, denn Rücksichtslosigkeit bezeichnet eine gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit, die über grobe Fahrlässigkeit hinausgeht.<sup>6</sup>

## 5. Strafzumessung

Bei einer erstmaligen straßenverkehrsrechtlichen Verurteilung kann auf Grund von besonderen objektiven und subjektiven Umständen gemäß § 69a Abs. 2 StGB von der Sperre die Führung von Fahrzeugen der Klasse T ausgenommen werden, insbesondere wenn lediglich relative Fahruntüchtigkeit vorlag und der Verurteilte zur Bestellung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Fahrerlaubnis der Klasse T

<sup>1</sup> OLG Köln, Beschluss vom 22. Januar 2002, Ss 1/02 = NStZ 2002, 303.

<sup>2</sup> LK-König, StGB, 11. Aufl., § 315c Rn. 57.

<sup>3</sup> vgl. Schönke-Schröder, 26. Aufl., § 20 Rdnr. 14; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 20 Rdnr. 10a.

<sup>4</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. August 2002, 3 Ss 219/02.

<sup>5</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 11. April 2002, 1 Ss 25/02 = Blutalkohol 39, 483-484 (2002).

<sup>6</sup> LG Saarbrücken, zfs 2003, 42.

angewiesen ist. Dies gilt auch, wenn es zu einer Verurteilung nach § 315c StGB kommt. Bei der **vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis** nach § 111a StPO kann die Fahrerlaubnisklasse T ausgenommen werden, wenn der Beschuldigte sich im dritten Lehrjahr seiner Ausbildung zum Landwirt befindet und durch die Landwirtschaftlichen Lehranstalten bestätigt wird, dass zur Fortführung des Ausbildungsverhältnisses der Besitz der Fahrerlaubnis der Klasse T zwingend erforderlich ist.<sup>1</sup>

Auch wenn ein Regelfall gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht ist kann von der **Entziehung der Fahrerlaubnis abgesehen** werden. Ist der Angeklagte nicht vorbestraft, aber wegen § 24a StVG vorgewarnt, können weitere Umstände dazu führen, dass ein Fahrverbot von drei Monaten ausreichend ist: Der Angeklagte war geständig und durch den bisherigen, vorläufigen Entzug der Fahrerlaubnis (ca. 8 Monate) sichtlich beeindruckt. Auch die Beschwerlichkeiten durch den durch die vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis notwendigen Arbeitsplatzwechsel und die Begründung eines zweiten Wohnsitzes, von dem aus er seiner neuen Arbeit nachgehen musste, prägten den Angeklagten. Außerdem hatte er die Kosten des Schaden am seinem eigenen Fahrzeug zu tragen. Dann kann ein Fahrverbot, von drei Monaten, das durch die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis verbüßt ist, ausreichend sein.<sup>2</sup>

Fährt ein Lkw-Fahrer, der seine Übermüdung erkannt hat, infolge eines Sekundenschlafs ungebremst in ein Stauende und werden dabei andere Verkehrsteilnehmer getötet und verletzt, so kann eine **Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr** nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, eine derart hohe Strafe komme in der Regel nur bei Unfällen auf Grund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit in Betracht.<sup>3</sup>

Sowohl bei Verstößen nach § 315b StGB als auch bei § 315c StGB wird der erkennende Richter die Frage der **Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** prüfen müssen. Bei einem Täter, der bei einer Alkoholkonzentration vom max. 3,26‰ absichtlich einen Unfall herbeiführt, und während des laufenden Strafverfahrens erneut unter Alkoholeinfluss eine Straftat (Körperverletzung) begeht, liegt ein Hang nahe und eine Unterbringung kann notwendig sein.<sup>4</sup>

## V. Räuberischer Angriff auf einen Kraftfahrer: § 316a StGB

Diese Vorschrift schützt neben dem Vermögen des Einzelnen auch die **Sicherheit des Kraftverkehrs** und zählt aus diesem Grunde auch zum Verkehrsstrafrecht.

### 1. Der Tatbestand

Voraussetzung des Tatbestands ist, dass ein Angriff auf Leib oder Leben eines anderen erfolgt und hierbei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt werden. Dabei müssen die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs beim Angriffs nicht hinsichtlich der gesamten Tatausführung ausgenutzt werden. Eine solche besondere Gefahrenlage für den Kraftfahrer und seinen Beifahrer besteht, wenn der Angriff während des Fahrvorganges erfolgt.

<sup>1</sup> AG Auerbach, Urteil vom 12. November 2002, 2 Ds 641 Js 11502/02 jug = NZV 2003, 207.

<sup>2</sup> LG Mosbach, 3. Kleine Strafkammer, Urteil vom 22. November 2002, Az: 3 Ns 26 Js 3195/02.

<sup>3</sup> BayObLG, Urteil vom 18. August 2003, 1St RR 67/03 = NJW 2003, 3499-3501.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 7.11.2003, 4 StR 329/03.

Die Strafvorschrift des § 316a StGB, erfasst als taugliche Tat nur den unter den spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs in räuberischer Absicht verübten "Angriff" auf Leib, Leben oder die Entschlussfreiheit des "Führers" oder des "Mitfahrers" eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist daher, dass das Opfer diese Eigenschaft **im Tatzeitpunkt**, d.h. nicht im Zeitpunkt des Tatentschlusses, sondern bei Verüben des Angriffs hat.<sup>1</sup> An dieser zeitlichen Verknüpfung fehlt es in folgendem Fall: Solange der Geschädigte das Taxi führte, verübten die Angeklagten keinen Angriff auf ihn; als sie zugleich mit dem Beginn des räuberischen Überfalls den Geschädigten angriffen, war dieser nicht mehr Führer seines Taxis.

Erforderlich ist eine zeitliche Verknüpfung dergestalt, dass das Opfer bei Verüben des Angriffs entweder Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist. Führer im Sinne des § 316a StGB ist, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Daran fehlt es, sobald der Fahrer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, dies gilt regelmäßig auch dann, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.

## 2. Die bisherige Rechtsprechung

Die **bisherige Rechtsprechung** des BGH folgte der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum 1947 durch Kontrollratsgesetz aufgehobenen Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938<sup>2</sup>; für die Qualifizierung des Raubtatbestandes brauchte lediglich der bloße Zusammenhang mit der Benutzung eines Kraftfahrzeugs festgestellt werden. Damit wurde eine weit vorverlagerte Strafbarkeit festgeschrieben. So hatte der BGH die Erfüllung des Tatbestandes schon dann angenommen, wenn der mitfahrende Täter das Opfer an eine einsame Stelle lockt, um es dort unter Ausnutzung der so geschaffenen "Vereinzelung" auszurauben.<sup>3</sup>

Das gewaltsame Erzwingen der Weiterfahrt mit einem Taxi in der Absicht, den geschuldeten Fahrpreis nicht vollständig zu bezahlen, erfüllt den Tatbestand des § 316a Abs. 1 StGB.<sup>4</sup>

Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist erfüllt, wenn der Täter sich eine Gefahrenlage zunutze macht, die dem fließenden Verkehr eigentümlich ist. Eine solche besteht vor allem während des Fahrvorgangs; sie kann auch während eines verkehrsbedingten und sogar während eines sonstigen vorübergehenden Halts im Verlauf einer noch andauernden Fahrt vorliegen.<sup>5</sup> An dem Regelungsgehalt dieses Tatbestandsmerkmals hat sich durch die Neufassung des § 316a Abs. 1 StGB durch das 6. StrRG sachlich nichts geändert. Dadurch ist lediglich das frühere Unternehmensdelikt in ein Delikt

<sup>1</sup> Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 316a Rdnr. 2 u. 3 b a.E.; Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 253 f.

<sup>2</sup> Vgl. RGSt 73, 71f; BGHSt 5, 280.

<sup>3</sup> Vgl. nur BGHR StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 13 mit krit. Anm. Wolters, JR 2002, 163 f.

<sup>4</sup> BGH, 3. Strafsenat, Beschluss vom 27. Juni 2002, 3 StR 189/02 = NZV 2003, 455 = NSTZ-RR 2002, 367.

<sup>5</sup> BGHSt 6, 82, 84; 13, 27, 29 f.; 18, 170, 171; 37, 256, 258; 38, 196, 197; BGHR, StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 10.

umgestaltet worden, das durch "Verüben eines Angriffs" begangen wird.<sup>1</sup> Beim Verüben des Angriffs wird jedoch eine dem fließenden Verkehr eigentümliche Gefahrenlage nur dann ausgenutzt, wenn nach dem Tatplan das Kraftfahrzeug als Verkehrsmittel für die Begehung eines Raubes, eines räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung eine Rolle spielt. Dies ist nicht gegeben, wenn der Entschluss zu einer solchen Tat erst nach Beendigung der Fahrt gefasst und ausgeführt wird.<sup>2</sup>

Die Gefahrenlage besteht aber auch noch während eines kurzen Haltens.<sup>3</sup> Eine solche Gefahrenlage besteht jedoch nicht, wenn der Täter an ein bereits geparktes Fahrzeug herantritt, um dessen Insassen zu berauben.<sup>4</sup> Auch der Transport eines Tatopfers mit einem Fahrzeug an einen Ort, an dem die geplante Erpressung ausgeführt wird, erfüllt nicht den Tatbestand des § 316a StGB.<sup>5</sup> Fasst der Täter den räuberischen Entschluss, wenn für den Taxifahrer die Fahrt noch nicht beendet war, er vielmehr nur kurz angehalten hatte, um zu kassieren und danach weiterzufahren, liegt für den Taxifahrer, gemessen an seiner berufsbedingten Situation, nur ein vorübergehender Halt und deshalb keine Beendigung der Fahrt vor.<sup>6</sup>

### 3. Änderung der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung wurde 2003 ausdrücklich aufgegeben<sup>7</sup>: Der BGH hält eine eng am Schutzzweck der Norm orientierte Auslegung für notwendig und folgt damit kritischen Stimmen in der Literatur.<sup>8</sup> Der BGH folgt damit dem gesetzgeberischen Anliegen des 6. StrRG, durch das der Deliktscharakter des § 316a StGB von dem früheren Unternehmensdelikt in ein Delikt geändert wurde, das durch "Verüben eines Angriffs" begangen wird<sup>9</sup>. Schon die Einordnung der Vorschrift des § 316a StGB in den Abschnitt über gemeingefährliche Straftaten verdeutlicht. Die Vorschrift, deren Einführung durch das Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952<sup>10</sup> erfolgte, diente in erster Linie dem Schutz vor sog. "Autofallen"<sup>11</sup> und damit neben individuellen Rechtsgütern zumindest gleichrangig den **Schutz der Sicherheit des Kraftfahrverkehrs** auf den Straßen bezweckt. Die "Vereinzelung" des Fahrers oder Mitfahrers begründet für sich allein noch kein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs.<sup>12</sup>

Ausgehend von dieser Zielrichtung der Strafvorschrift des § 316 a StGB, erfasst der Tatbestand als **taugliche Tatopfer** eines unter den spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs in räuberischer Absicht auf Leib oder Leben oder die Entschlussfreiheit verübten "Angriffs" nur den "Führer" oder den "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist daher, dass das Opfer diese Eigenschaft im

<sup>1</sup> BGH, NStZ 2001, 197.

<sup>2</sup> BGHSt 19, 191, 192; 24, 320, 321; 37, 256, 258; BGH, NStZ 2000, 144.

<sup>3</sup> BGHSt 38, 190.

<sup>4</sup> BGHSt 24, 320; BGH, NStZ-RR 1997,356 ; BGH, pvr 2002, 110.

<sup>5</sup> BGH, NStZ 1998, 263; BGH, pvr 2002, 110.

<sup>6</sup> BGH 21.8.2002 2 StR 152/02 = NStZ 2003, 35-36

<sup>7</sup> BGH, 4. Strafsenat, Urteil vom 20. November 2003 - 4 StR 150/03.

<sup>8</sup> Booß, DAR 1953, 5, 6; Christian Fischer, JURA 2000, 433 f.; Geppert, JURA 1995, 310 f.; Günther, JZ 1987, 16 f. und 369 f.; Ingelfinger, JR 2000, 225 f.; Meurer-Meichsner, Untersuchungen zum Gelegenheitsgesetz im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zu § 316a StGB (Autostraßenraub), 1974; Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 253 f.; Wolters, GA 2002, 303 f.; jew. m.w.N.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 13/8587 S. 51.

<sup>10</sup> BGBI I 832, 834.

<sup>11</sup> BT-Drucks. - 1. WP - 3774 S. 6; dazu BGHSt 39, 249, 250.

<sup>12</sup> Aufgabe von BGHSt 5, 280.

Tatzeitpunkt, d.h. nicht im Zeitpunkt des Tatentschlusses, sondern bei Verüben des Angriffs hat. **An dieser zeitlichen Verknüpfung fehlt es, wenn der Überfall stattfindet, nachdem die Fahrt beendet ist und der Taxifahrer das Fahrzeug ausgeschaltet hat, um den Fahrpreis zu kassieren.**

Daran ändert nichts, wenn der Täter während der Fahrt den Raubentschluss fasst, und planmäßig seine räuberische Absicht vor dem Geschädigten verbirgt und ihn etwas entfernt von dem ursprünglich angegebenen Fahrtziel anzuhalten veranlasst. Denn die darin liegende bloße List kann grundsätzlich ebenso wie die Täuschung noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden. Deshalb stellt allein die Angabe eines Fahrtziels bzw. dessen Änderung ebenso wie der Fahrtantritt selbst, auch wenn der Täter damit seine Raubabsicht verbindet, noch kein Verüben eines Angriffs dar, sondern regelmäßig ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen.

Dass der Täter als Fahrgast seine Raubabsicht verbirgt, bringt für sich allein den Fahrer, solange er die Raubabsicht nicht erkennt, auch nicht in die für die Anwendbarkeit der Strafvorschrift notwendige verkehrsspezifische Gefahrenlage. Erst wenn der Täter das Opfer zu der Fahrt oder Weiterfahrt zwingt, liegt darin ebenso ein tatbestandsmäßiger Angriff wie in dem Bereiten eines Hindernisses, das das von dem Opfer benutzte Kraftfahrzeug zum Anhalten veranlasst ("Autofalle").

Dass sich die mit der Bestimmung des Fahrtziels verbundene räuberische Absicht - wie hier - gegen einen Taxifahrer richtet, rechtfertigt keine andere Beurteilung und macht die List oder Täuschung noch nicht zu einem Angriff auf die Entschlussfreiheit des Kraftfahrzeugführers. Soweit im Schrifttum hierzu die Auffassung vertreten wird, in diesen Fällen nutze der Täter nicht lediglich die Gutgläubigkeit des Fahrers aus, sondern dessen aus gesetzlichen Vorgaben entstehende Pflicht, einem Beförderungswunsch des Kunden zu entsprechen,<sup>1</sup> folgt dem der Senat nicht. Allerdings begründet § 22 PBefG für Taxifahrer grundsätzlich einen Kontrahierungszwang. Dieser hat auf die Entschlussfreiheit eines Taxifahrers aber in der Regel keinen maßgeblichen Einfluss; denn der Beförderung eines Fahrgastes durch den Taxifahrer liegt in erster Linie dessen eigenes wirtschaftliches Interesse zugrunde.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Täter bei bestehender Raubabsicht den Taxifahrer entgegen dessen erkennbaren Willen unter Berufung auf die Beförderungspflicht zur Durchführung der Fahrt veranlasst. Dann kann schon in dem dadurch ausgeübten zumindest psychischen Zwang ein Angriff auf die Entschlussfreiheit liegen. Ein solcher Ausnahmefall ist hier jedoch nicht festgestellt worden.

Einen Angriff auf den Geschädigten haben die Angeklagten allerdings verübt, als sie nach dem Anhalten noch im Taxi durch Gewalthandlungen unmittelbar zum Raub ansetzten. Zu diesem Zeitpunkt war der Geschädigte aber nicht mehr im Sinne des § 316a StGB Führer des Fahrzeugs.

**Der weitere Taxifall:** „Nach den Feststellungen des Landgerichts beabsichtigten die Angeklagten, Taxifahrer zu überfallen und zu berauben. Im ersten Fall "lotsten" sie

<sup>1</sup> vgl. Roßmüller/Rohrer, a.a.O., S. 263.

ein Taxi nachts zu einem Kindergarten und ließen den Fahrer dort anhalten. Die Angeklagten R. und I. entfernten sich zunächst, kehrten dann aber wieder zu K. in das Taxi zurück. Als der Taxifahrer "gerade wieder starten (wollte)", nahmen sie ihm unter Einsatz einer (ungeladenen) Gaspistole und eines Messers seine Geldtasche mit 170 € und ein Handy ab."

Nach der bisherigen Rechtsprechung wäre der Tatbestand des § 316a StGB erfüllt.<sup>1</sup> An dieser Rechtsprechung hält der BGH jedoch nicht länger fest. Er erachtet eine enger als bisher am Schutzzweck und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316a StGB orientierte Auslegung für geboten. Danach setzt der Tatbestand des § 316a StGB nach seinem Wortlaut eine **zeitliche Verknüpfung zwischen tauglichem Tatopfer und tatbestandsmäßiger Angriffshandlung** dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) "Führer" oder "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs ist. Daran könnte es hier fehlen: Denn "Führer" eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316a StGB ist nur, wer das **Kraftfahrzeug in Bewegung** zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Das ist regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt. Dies ist nur der Fall, wenn der Fahrer – bei noch laufendem Fahrzeugmotor - in einer Weise mit der Beherrschung ihrer Kraftfahrzeuge und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sind, dass sie gerade deshalb leichter Opfer eines räuberischen Angriffs werden. Außerdem müssen die Täter die möglicherweise hierin liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" für ihre Taten ausnutzen.<sup>2</sup> Bei der Bemessung der Strafen wegen schweren Raubes kann aber strafscharfend gewertet werden, dass sich die Taten gegen Taxifahrer während der Ausübung ihres auch im **Interesse der Allgemeinheit liegenden Berufs** richteten und die Angeklagten ihre Opfer planmäßig an Orte lockten, wo für sie Hilfe nicht zu erwarten war.<sup>3</sup>

#### 4. Der Begriff des „Führens eines Kraftfahrzeuges“

Welchen Inhalt der **Begriff des Führers eines Kraftfahrzeugs** im Rahmen des § 316a StGB hat, ist in der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, nicht näher thematisiert worden. Insoweit kann nicht ohne weiteres an die Auslegung des Begriffs des Führens durch die Rechtsprechung im Zusammenhang mit sonstigen Verkehrsdelikten<sup>4</sup> angeknüpft werden. Maßgeblich für die Begriffsbestimmung ist vielmehr die mit der Vorschrift des § 316a StGB verfolgte gesetzgeberische Intention, Führer und Mitfahrer von Kraftfahrzeugen davor zu schützen, gerade wegen ihrer Teilnahme am Straßenverkehr leichter Opfer von räuberischen Angriffen zu werden. Führen eines Kraftfahrzeugs liegt deshalb zwar in erster Linie, aber nicht nur vor, wenn und solange das Fahrzeug sich in Bewegung befindet.<sup>5</sup> Daher ist Führer im Sinne des § 316a StGB, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.<sup>6</sup> Daraus folgt, dass nicht Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316a StGB ist, wer sich außerhalb des

<sup>1</sup> Vgl. BGHSt 5, 280 ff.; BGH, NStZ 2003, 35 m.w.N.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu auch den Senatsbeschluss vom 27.11.03 - 4 StR 338/03.

<sup>3</sup> BGH, 27.11.03 - 4 StR 311/03.

<sup>4</sup> Vgl. zu § 316 StGB BGHSt 35, 390, 393 f.

<sup>5</sup> BGH, NStZ 2001, 197.

<sup>6</sup> Vgl. Sowada in LK, § 316a Rdnr. 17 m.w.N.

Fahrzeugs befindet, sei es, dass er dieses noch nicht bestiegen,<sup>1</sup> sei es, dass er es - wenn auch nach seiner Absicht nur vorübergehend - verlassen hat.<sup>2</sup>

Hält sich das (potentielle) Tatopfer dagegen im Fahrzeug auf, ohne dass sich dieses in Bewegung befindet, so ist darauf abzustellen, ob es als Fahrer mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist. Dies wird etwa bei einem sogenannten verkehrsbedingten Halt (Beispiele: Halt an einer Rotlicht zeigenden Ampel, an einer geschlossenen Bahnschranke, bei einem Stau u. dergl.) zu bejahen sein, da der Lenker eines Kraftfahrzeugs in dieser Situation seine Aufmerksamkeit weiter auch auf das Verkehrsgeschehen richten muss und deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann.<sup>3</sup> Letzteres trifft dagegen regelmäßig nicht zu, wenn das Opfer sein Fahrzeug aus anderen Gründen zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat.

### **5. Weitere Fälle des § 316a StGB nach neuer Rechtsprechung**

Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinem Mittäter das Tatopfer - einen Taxifahrer - unmittelbar nach dem Anhalten des Taxis bei noch laufendem Fahrzeugmotor zur Begehung eines Raubes angegriffen. Der Geschädigte war daher zu diesem Zeitpunkt trotz des Anhaltens "Führer eines Kraftfahrzeuges" im Sinne des § 316a StGB. Er war weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb seines Kraftfahrzeuges und der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt, dass er gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs war. Die hierin liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Tat auch ausgenutzt.<sup>4</sup>

Nach den Feststellungen in einer anderen Entscheidung setzte sich der Angeklagte – als die Geschädigte an einer Tankstelle Zigaretten kaufte - auf die Rückbank ihres Kraftfahrzeuges. Er beabsichtigte, sie nach der Abfahrt an einer abgelegenen Stelle zu berauben. Nachdem die Geschädigte – ohne den Angeklagten zu bemerken – losgefahren war, nahm sie nach einer kurzen Strecke Geräusche wahr. Sie vermutete, dass etwas mit ihrem Fahrzeug, das in der Vergangenheit häufiger defekt gewesen war, nicht in Ordnung sei und hielt an. Als sie daraufhin den Angeklagten bemerkte, hielt dieser ihr ein mitgeführtes Messer an den Hals und forderte sie auf, weiterzufahren. Hiernach war die Geschädigte trotz des Anhaltens „Führer(in) eines Kraftfahrzeuges" im Sinne des § 316a StGB, als der Angeklagte den tatbestandsmäßigen Angriff auf sie verübte. Sie war unter den gegebenen Umständen weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb ihres Kraftfahrzeugs beschäftigt, dass sie gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs war. Die hierin liegenden „besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Tat auch ausgenutzt.<sup>5</sup>

Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinen Mittätern die Tatopfer zur Begehung eines Raubes angegriffen, als sie jeweils verkehrsbedingt mit ihren Kraftfahrzeugen vor einer rotgeschalteten Lichtzeichenanlage standen. Die

<sup>1</sup> So im Fall BGH bei Holtz, MDR 1976, 988.

<sup>2</sup> So mit überzeugender Begründung Günther, JZ 1987, 369, 379 f.

<sup>3</sup> H.A. in Rspr. und Lit.; BGHSt 25, 315, 317; 38, 196 m. zust. Anm. Keller, JR 1992, 515 f.; BGHR, StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 7; Horn in SK, § 316a Rdnr. 3; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl., § 316a Rdnr. 3; Roßmüller/Rohrer, a.a.O., S. 255.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.03 - 4 StR 471/03.

<sup>5</sup> BGH, 11.12.03 - 4 StR 427/03.

Geschädigtenwaren daher zu diesem Zeitpunkt trotz des Anhaltens "Führer eines Kraftfahrzeuges" im Sinne des § 316a Abs. 1 StGB. Sie waren weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb ihres Kraftfahrzeuges und der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt, dass sie gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs waren. Die hierin liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Taten auch ausgenutzt.<sup>1</sup>

Auch nach den Maßstäben der geänderten Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> ist als Führer eines Kraftfahrzeugs anzusehen, wer nach dem Anhalten am Tatort noch im Fahrzeug unter Einsatz der mitgeführten Waffen angegriffen wird, während er "das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb (Stufe "4" oder "D") belässt und mit dem Fuß auf der Bremse bleibt, um das Weiterrollen zu verhindern". Unter den gegebenen Umständen ist der Fahrer noch in einer Weise mit der Beherrschung des mit laufendem Motor stehenden Fahrzeugs beschäftigt, dass er gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs ist. Hierin liegen "besondere Verhältnisse des Straßenverkehrs" die der Täter für seine Tat ausnutzen kann.<sup>3</sup>

## 6. Fälle der Verbringung

Der Ausgangsfall: Am Abend des 1. Februar 2002 hielten sich die drei Angeklagten und das spätere Tatopfer, Danilo S., in der Gaststätte "C." in Freital auf. K. bemerkte, dass der ihm flüchtig bekannte S. über einen größeren Geldbetrag verfügte. Er teilte dies dem Angeklagten R. mit, worauf beide Angeklagten den Entschluss fassten, den stark angetrunkenen S. unter Hinzuziehung des Angeklagten G. in dessen Pkw unter dem Vorwand, ihn nach Hause bringen zu wollen, an einen entlegenen Ort zu verbringen, um ihm dort das Bargeld unter Anwendung von Gewalt wegzunehmen. G., der in diesen Plan zunächst nicht eingeweiht war, erklärte sich einverstanden. Nachdem S. hinter dem Beifahrersitz Platz genommen hatte, betätigte der Angeklagte K. die Kindersicherung der betreffenden hinteren rechten Fahrzeugtür, um S. am Aussteigen und an einer möglichen Flucht zu hindern. Während der Fahrt erfuhr der Angeklagte G. von dem Tatplan. "Er erklärte sich damit einverstanden, den von ihm geführten Pkw an einen entlegenen und dunklen Ort außerhalb des bewohnten Gebietes zu steuern, wo für Danilo S. keinerlei Möglichkeit bestand, Hilfe von anderen Personen zu erhalten und gleichzeitig die Wegnahme des Geldes durch die beiden anderen Angeklagten ohne die Gefahr der Entdeckung durchgeführt werden konnte". Am Ende einer befestigten Straße hielt G. den Pkw an. K. öffnete die hintere rechte Fahrzeugtür, so dass auch S. aussteigen konnte. K. und R. schlugen sodann auf das zu Boden gebrachte Tatopfer ein. K. nahm ihm das Bargeld in Höhe von ca. 300 € ab. G., der die Tötlichkeiten der beiden Mitangeklagten wahrnahm, wendete mittlerweile den Pkw, um die Mitangeklagten wieder aufzunehmen. Anschließend fuhren die Angeklagten mit dem Pkw zurück zum Lokal, wobei sie den verletzten und vorübergehend bewusstlosen S. bei Außentemperaturen um den Gefrierpunkt am Tatort liegen ließen.

### 6.1. Der Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung in Fällen der Verbringung:

„In Fällen, in denen ein Insasse des Kraftfahrzeugs an eine einsame Stelle gelockt, dort zum Aussteigen veranlasst und unter Ausnutzung eines solchen Erfolges der

<sup>1</sup> BGH, 27.11.03 - 4 StR 390/03.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20.11.03 - 4 StR 150/03, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 27.11.03 - 4 StR 338/03.

Beförderung alsbald überfallen werden soll, realisieren sich die aus dem Kraftfahrzeugverkehr ergebende Gefahr der von § 316a StGB erfassten Art.“

An dieser Rechtsprechung hält der BGH nicht länger fest. Der BGH erachtet

- auch im Hinblick auf die Änderung des § 316a StGB durch das 6. StrRG<sup>1</sup>
- eine enger als bisher am **Schutzzweck** und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316a StGB orientierte Auslegung für geboten.

Danach setzt der Tatbestand des § 316a StGB nach seinem Wortlaut eine zeitliche Verknüpfung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) „Führer“ oder „Mitfahrer“ eines Kraftfahrzeugs ist. Daran fehlt es hier: Solange der Geschädigte Mitfahrer war, haben die Angeklagten K. und R. ihn nicht angegriffen; als die Täter nach dem Aussteigen aus dem Pkw mit dem räuberischen Überfall begannen, war der Geschädigte aber nicht mehr Mitfahrer.

Der Geschädigte S. war, als er von den Angeklagten unter Verdeckung ihrer räuberischen Absicht veranlasst wurde, im Pkw mitzufahren, nach Antritt der Fahrt Mitfahrer im Sinne des § 316a StGB und damit grundsätzlich taugliches Tatopfer eines räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer. Solange er sich im Fahrzeug befand, haben die Angeklagten aber keinen tatbestandsmäßigen Angriff auf ihn verübt. In Betracht käme hier allein ein **Angriff auf seine Entschlussfreiheit**. Für einen solchen Angriff fehlt es aber an den begrifflichen Voraussetzungen:

## 6.2. Der Angriff auf die Entschlussfreiheit

Einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Opfers verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren objektiven Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung des Täters braucht das Opfer dagegen nicht erkannt zu haben.<sup>2</sup> Danach kann bloße List oder Täuschung grundsätzlich noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden. Deshalb stellt der bloße Fahrtantritt mit Raubabsicht ebenso wie die täuschende Angabe eines vermeintlichen Fahrziels oder -zwecks noch kein "Verüben eines Angriffs" dar. Vielmehr handelt es sich dabei regelmäßig um ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen, das jedenfalls nach der Neufassung des § 316a StGB durch das 6. StrRG für die Vollendung des Tatbestandes nicht mehr genügt. Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit ergibt sich hier auch nicht aus dem Umstand, dass sich der Wille des Geschädigten auf eine Fahrt zu seiner Wohnung bezog, während die Angeklagten ihn an den entlegenen Tatort brachten. Denn solange der Geschädigte keinen entgegenstehenden Willen gebildet hatte, beruhte auch das Mitfahren zu einem anderen als dem angegebenen Fahrtziel (noch) auf der Täuschung.<sup>3</sup>

## 7. Mittäterschaft

Für die Annahme einer Mittäterschaft muss eine zumindest stillschweigend getroffene Vereinbarung zwischen den Tätern festgestellt werden, zumindest muss der Handelnde bei der Ausführung seiner Tat durch die Anwesenheit des Mittäters

<sup>1</sup> BGBl 1998 I, 164

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 20.11.03 – 4 StR 150/03.

<sup>3</sup> BGH, 20.11.03 - 4 StR 250/03.

psychisch bestärkt werden.<sup>1</sup> Auch wer bei der Tat eines anderen anwesend ist und sie billigt, wird nicht allein dadurch zum Mittäter.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> BGH, 26.06.02 - 1 StR 191/02.

<sup>2</sup> BGH b. Dallinger, MDR 1971, 545 f. m.w.N.; BGH, NStZ 1999, 454 zu einer spontan am Tatort getroffenen Verabredung eines Raubes durch Mitglieder einer Diebesbande; allgemein zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und dem Exzess eines Tatbeteiligten Roxin in LK, 11. Aufl., § 25 Rdnr. 175 m. w. N.

## VI. Arbeitshilfe

## Verteidigungsansätze bei §§ 315b, 315c und 316a StGB

<b>§ 315b StGB</b>		
<b>Täterverhalten</b>	<b>Besonderheiten / Hinweise</b>	<b>Anwendungsbereich der Vorschrift</b>
<b>Kraftfahrer</b>		
Gefährliches Verhalten im fließenden Verkehr		Nicht ausreichend, meist nur § 315c StGB
Verkehrsfremder Eingriff (Fahrzeug als Waffe!)	Handeln mit Schädigungsabsicht	Tatbestand des § 315b erfüllt <sup>1</sup>
	Gefährdungsabsicht	Nicht mehr ausreichend, jetzt nur noch § 315c StGB
Benutzung des Fahrzeugs,	um einen Geschädigten abzuschütteln, oder an einen anderen Ort zu verbringen <sup>2</sup>	Kein § 315b StGB
Der betrunkene Beifahrer greift in das Steuer,	um einen Auffahrunfall zu verursachen <sup>3</sup>	Tatbestand des § 315b StGB entfällt
<b>Fluchtverhalten</b>	Verkehrswidriges Verhalten beabsichtigt	nur § 315c StGB <sup>4</sup>
Verhindern des Überholens durch Fahrmanöver		Nur § 315c StGB
Verursachung eines Fast-Unfalles <sup>5</sup>		§ 315c StGB
<b>Durchschneiden der Bremsschläuche</b>	Durch das Beschädigen muss gerade die verkehrsrelevante Funktion der Anlage oder des Fahrzeugs beeinträchtigt werden	Allerdings nicht § 315b, wenn das Fahrzeug nicht mehr benutzt wird <sup>6</sup>
<b>Entfernung des Gullydeckels</b>	ist eine Beseitigung einer Anlage, die der Sicherheit des fließenden Verkehrs dient	§ 315b StGB <sup>7</sup>
<b>Steinwerfer</b>	Die Sicherheit des Straßenverkehrs wird nicht durch eine Einwirkung auf den Verkehrsraum bewirkt, die geeignet war, den reibungslosen	

<sup>1</sup> BGH, VRS 94, 213.

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 01.03.01 - 4 StR 31/01.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 07.10.03 - 4 StR 329/03.

<sup>4</sup> BGHSt 48, 233.

<sup>5</sup> BGH, Urteil vom 20.02.03, 4 StR 228/02 = BGHSt 48, 233-239 = NJW, 2003, 1613-1615 = StraFo, 2003, 215-217 = VRS 104, 447 = NStZ 2003, 486-487 = NZV 2003, 488-490.

<sup>6</sup> BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126

<sup>7</sup> BGH Beschluss vom 2. Juli 2002, 4 StR 174/02 = NZV 2002, 517-518

<b>§ 315b StGB</b>		
<b>Täterverhalten</b>	<b>Besonderheiten / Hinweise</b>	<b>Anwendungsbereich der Vorschrift</b>
	Verkehrsablauf zu hemmen oder zu verzögern, sondern sie richtet sich unmittelbar gegen die fahrenden Fahrzeuge. Dies stellt einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff dar. <sup>1</sup>	
<b>Einzelfragen</b>		
<b>Schweigen des Beschuldigten</b>	Anhand von objektiven Feststellungen muss der Richter prüfen, ob es Anhaltspunkte für eine Schädigungsabsicht gibt, dabei muss er auch die Möglichkeit einer falschen Einschätzung der Verkehrssituation (Anhaltesituation durch die Polizei) erörtern <sup>2</sup>	Evtl. nur § 315c StGB

<b>§ 315c StGB</b>		
<b>Täterverhalten</b>	<b>Besonderheiten / Hinweise</b>	<b>Anwendungsbereich der Vorschrift</b>
Fahrt im Zustand der <b>Fahruntüchtigkeit</b>	Fahruntüchtigkeit kann auch vorliegen, wenn der Fahrer auf Grund von Übermüdung und Alkoholkonsum (unbekannter Höhe) während der Fahrt einschläft <sup>3</sup>	
<b>Einzelfragen</b>	<b>Besonderheiten</b>	<b>Hinweise</b>
<b>Einverständnis des Geschädigten</b>	Das vermutete Einverständnis des Geschädigten beseitigt nicht die Rechtswidrigkeit <sup>4</sup>	
<b>Fahrerlaubnis</b>	Vom Entzug der Fahrerlaubnis kann abgesehen werden, wenn besondere Umstände vorliegen <sup>5</sup>	Solche Umstände sind: Eigener hoher Schaden, Verlust des Arbeitsplatzes, Notwendigkeit der Unterhaltung einer Zweitwohnung, vorläufige Entziehung der FE für ca. 8 Monate
		Von der Entziehung kann auch die Fahrerlaubnis Klasse T ausgenommen werden <sup>6</sup>

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 12. November 2002, 4 StR 384/02 = NStZ 2003, 206

<sup>2</sup> AG Saalfeld, Beschluss vom 15.04.2003 - 675 Js 2593/03 2 Ds jug

<sup>3</sup> OLG Frankfurt, Beschluss vom 23.08.02 - 3 Ss 219/02.

<sup>4</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 11.04.02 - 1 Ss 25/02 = Blutalkohol 39 (2002), 483-484.

<sup>5</sup> LG Mosbach, 3. Kleine Strafkammer, Urteil vom 22.11.02, 3 Ns 26 Js 3195/02.

<sup>6</sup> AG Auerbach, Urteil vom 12.11.02 - 2 Ds 641 Js 11502/02 jug = NZV 2003, 207.

<b>Unterbringung</b>	Auch bei Verfahren nach §§ 315b, 315c StGB muss das Gericht die Möglichkeit einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt prüfen <sup>1</sup>	Der Angeklagte hatte mehr als 3‰ und beging eine weitere Straftat unter Alkoholeinfluss
----------------------	---	---

<b>§ 316a StGB</b>		
<b>Angriff auf Leib oder Leben</b>		
<b>Begriff des Führens</b>	<b>Bisherige Rechtsprechung:</b> Auch kurzfristiges Halten unterbricht nicht die „Fahrt“ <sup>2</sup>	<b>Neue Rechtsprechung:</b> Führen eines Kraftfahrzeugs liegt danach zwar in erster Linie, aber nicht nur vor, wenn und solange das Fahrzeug sich in Bewegung befindet. <sup>3</sup> Daher ist Führer im Sinne des § 316a StGB, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. <sup>4</sup>
<b>Ausnutzung des besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs</b>	<b>Bisherige Rechtsprechung:</b> Auch die Vereinzelung eines Opfers, Locken an einem einsamen Ort erfüllte den Tatbestand <sup>5</sup>	<b>Neue Rechtsprechung:</b> Vereinzelung reicht nicht mehr aus <sup>6</sup>
<b>Einzelfälle</b>		
<b>§ 316a StGB ist nach neuer Rechtsprechung in folgenden Fällen erfüllt</b>	Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinem Mittäter das Tatopfer - einen Taxifahrer - unmittelbar nach dem Anhalten des Taxis bei noch laufendem Fahrzeugmotor zur Begehung eines Raubes angegriffen <sup>7</sup>	
	Der Angeklagte versteckt sich – als die FahrerIn an einer Tankstelle kurz anhält – im Auto. Als die FahrerIn	

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 7.11.20 - 4 StR 329/03.

<sup>2</sup> BGHSt 38, 190.

<sup>3</sup> BGH, NStZ 2001, 197.

<sup>4</sup> vgl. Sowada in LK § 316a Rdnr. 17 m.w.N.

<sup>5</sup> BGHSt 5, 280; BGHR, StGB, § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 13 mit krit. Anm. Wolters, JR 2002, 163 f.

<sup>6</sup> BGH, 4. Strafsenat, Urteil vom 20.11.03 - Az: 4 StR 150/03 und BGH, 20.11.2003, 4 StR 250/03.

<sup>7</sup> BGH, Beschluss vom 02.12.03 - 4 StR 471/03.

	kurz anhält, weil sie ein Geräusch gehört hat, bedroht der Täter die Fahrerin <sup>1</sup>	
	Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinen Mittätern die Tatopfer zur Begehung eines Raubes angegriffen, als sie jeweils verkehrsbedingt mit ihren Kraftfahrzeugen vor einer rotgeschalteten Lichtzeichenanlage standen. <sup>2</sup>	

---

<sup>1</sup> BGH, 11.12.03 4 - StR 427/03.

<sup>2</sup> BGH 27.11.03 - 4 StR 390/03.

## VII. Protokollrügen und Besetzungsrügen

### 1. Beweiskraft des Protokolls<sup>1</sup>

Hinsichtlich der Förmlichkeiten des Strafverfahrens besitzt das Protokoll eine absolute Beweiskraft, die jedenfalls wenn es zu Lasten des Angeklagten geht, nicht widerlegt werden kann. Die Einhaltung der Förmlichkeiten kann nach § 273 Abs.1, § 274 Abs.1 StPO nur durch das Protokoll bewiesen werden. Ist etwas im Protokoll über die Hauptverhandlung nicht vermerkt, ist es nicht geschehen. Führt das Protokoll ein Ereignis auf, sei es auch lediglich im Vordruck (z.B. Gewährung des letzten Wortes für den Angeklagten), so ist dies für die Revision unwiderlegbar erfolgt, selbst wenn alle Beteiligten der Hauptverhandlung wissen, dass dem Angeklagten das letzte Wort nicht gewährt wurde.

Die Beweiskraft des Protokolls kann jedoch entfallen, wenn es an inhaltlichen Mängeln leidet, wozu auch „unerklärliche Auslassungen und Lücken gehören“<sup>2</sup>.

#### Der Fall:

Im Verfahren vor dem Landgericht Dresden war laut Protokoll der Anklagesatz nicht verlesen worden. Gemäß § 243 Abs.3 Satz 1 ist aber die Verlesung des Anklagesatz eine der wesentlichen Förmlichkeiten, deren Einhaltung nur durch das Protokoll bewiesen werden kann. Das Urteil des Landgericht Dresden hätte damit aufgehoben werden müssen, weil für die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens die Verlesung des Anklagesatzes zu Beginn der Hauptverhandlung notwendig ist.

Der fünfte Strafsenat war jedoch findig. Vor der Vernehmung der beiden Angeklagten war im Protokoll vermerkt: „Die Angeklagten werden darauf hingewiesen, dass es ihnen freistehe, sich zur Anklage zu äußern oder nicht oder nicht zur Sache auszusagen.“ Damit erkannten die fünf Bundesrichter, dass dieser deutliche Hinweis nur erfolgen könne, wenn zuvor die Anklage auch verlesen wurde. Ihrer Meinung nach macht die Belehrung nur Sinn, wenn dies erfolgt ist. Daraus schlossen sie eine Lücke im Sinne der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und verwarfen die Revision.

Die Entscheidung zeigt, wie beliebig manchmal die Entscheidung des Bundesgerichtshofes sind und kaum vorhersehbar ist, wie die Richter auch zu krassen Verfahrensverstößen stehen. Das Gericht erkennt, dass wenn Lücken im Protokoll sind, ist eine freibeweisliche Klärung des wirklichen Verfahrensablaufs möglich und eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, dienstliche Erklärungen des vorsitzenden Richters und der Urkundenbeamtin zu erheben. Teilen diese mit, dass der Anklagesatz verlesen wurde, verneinen die Bundesrichter einen Revisionsgrund. Allerdings empfanden es die Revisionsrichter offenbar unter ihrer Würde, auch eine Erklärung der Verteidigers einzuholen.

### 2. Protokoll und Augenschein<sup>3</sup>

#### Der Fall:

Der Angeklagte wurde verurteilt und wesentlicher Bestandteil der Urteilsgründe war ein Telefongespräch. Im Protokoll ist nicht aufgeführt, dass dieses Telefongespräch in

<sup>1</sup> BGH Beschluss vom 03.12.2003, 5 StR 462/03

<sup>2</sup> BGH NJW 2001, 3794

<sup>3</sup> BGH Beschluss vom 02.12.03, 1 StR 340/03

der Hauptverhandlung förmlich angehört wurde. Die Rüge stütze sich mithin darauf, dass im Urteil etwas behandelt wurde, was nicht Gegenstand der Hauptverhandlung war. Die Rüge war erfolglos, denn alleine aus dem Schweigen des Protokolls kann das Revisionsgericht nicht den Schluss ziehen, dass das aufgezeichnete Telefongespräch nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen sei. Aus dem Protokoll ergibt sich lediglich, dass dieses Telefonat nicht in Augenschein genommen wurde – denn eine solche Einnahme eines Augenscheins ist protokollpflichtig. Wurde das Telefonat lediglich (in welcher Form auch immer) als Vernehmungshilfe einem Zeugen vorgehalten, kann der Zeuge sich hierzu äußern und Gegenstand des Urteils kann (nur) sein, was der Zeuge hierzu sagt.

### **3. Besetzung des Gerichts**

Die Überprüfung der Gerichtsbesetzung ist etwas aus der Mode gekommen und Anfragen zur Überprüfung werden stets mit einem gewissen Erstaunen beantwortet. Dabei sind hinsichtlich der Besetzung des Gerichts aber keineswegs alle Fragen geklärt. Grundlegend ist hierbei unter anderem auch der Beschluss des Bundesverfassungsgericht, das beanstandet hat, dass in früheren Zeiten Spruchkörper der Gerichte (Kammern oder Senate) regelmäßig überbesetzt waren, z.B. mit so vielen Richtern besetzt waren, dass parallel zur selben Zeit zwei Spruchkörper derselben Strafkammer hätten tagen und Entscheidungen treffen können.

#### **3.1. Besetzung einer Strafkammer die nicht als Schwurgericht tätig ist mit drei Beisitzern.**

##### **Der Fall:**

Der Verteidiger rügte, dass eine Strafkammer die wohl auch teilweise als Schwurgericht tätig ist, in einer allgemeinen Strafsache tätig wurde, und laut Geschäftsverteilungsplan neben dem Vorsitzenden mit drei Beisitzern besetzt war. Die Revision argumentierte damit, dass somit – da die Tätigkeit in einer zweier Besetzung in der Kammer üblich sei – der Vorsitzende mit ein Beisitzer tragen könnte und zur selben Zeit die selbe Kammer einen Termin wahrnehmen bzw. Entscheidungen treffen könne, in der Besetzung des Stellvertretenden Vorsitzenden mit dem dritten Beisitzer. Eine Besetzung einer allgemeinen Strafkammer mit drei Beisitzern sei nach einer entsprechenden Änderung der StPO und des GVG mithin per se verfassungswidrig.

Die Revision war erfolglos. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass die große Strafkammer im Regelfall mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden besetzt ist. Eine Unzulässigkeit der Besetzung einer Kammer mit drei Beisitzern nach dem Geschäftsverteilungsplan sei nicht gegeben, da sämtliche Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung entscheiden. Und auch die Möglichkeit nach § 67 Abs. 2 GVG mit lediglich zwei Berufsrichtern in allgemeinen Strafsachen tätig zu werden lässt die gesetzliche Regelbesetzung der Strafkammer mit drei Richtern unberührt.<sup>1</sup>

#### **3.2. Besetzung der Strafkammer in der Hauptverhandlung mit zwei Richtern**

Besonders bei der Besetzung der Strafkammern in der Hauptverhandlung mit zwei Richtern sind noch viele Fragen ungeklärt. Klar ist, dass es einen kammerinternen

<sup>1</sup> BGH Beschluss vom 11.11.03, 5 StR 359/03

Geschäftsteilungsplan geben muß, aus dem sich die Besetzung nach objektiven Kriterien im vorhinein feststellen läßt. Dieser kammerplan muss auch nach objektiven Kriterien bestimmen, wann die Kammer in einer Hauptverhandlung in einer 2er und wann in einer 3er Besetzung tagt.

#### Der Fall: <sup>1</sup>

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schwerer körperlicher Erpressung in 21 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 14 Jahren verurteilt und Sicherungsverwahrung angeordnet. Mit der Revision beanstandet der Verteidiger, dass die Strafkammer unter Verstoß gegen § 76 Abs.2 Satz 2 GVG in der Hauptverhandlung nur mit zwei Berufsrichtern besetzt war. Die fehlerhafte Besetzung war gemäß § 222 b StPO rechtzeitig in der Hauptverhandlung oder vor der Hauptverhandlung beanstandet wurden und führte zur Aufhebung des Urteils.

Die Besetzung mit drei Berufsrichtern ist nicht stets geboten, wenn die Frage einer Sicherungsverwahrung im Raum steht. Sie ist auch bei der Entscheidung über Sicherheitsverwahrung nur geboten, wenn sie durch die Schwierigkeit oder den Umfang der Sache notwendig erscheint, wobei auch das Gewicht der Maßregel und der Feststellung ihrer Voraussetzungen und der mit der Feststellung ihrer Voraussetzungen verbundenen Aufwand berücksichtigt werden muss. Wesentliches Kriterium für die Frage ob zwei oder drei Berufsrichter tätig werden sollen ist der Umfang und die Schwierigkeit der Sache. Dabei ist der erste Ausgangspunkt die Anklageschrift: vorliegend waren 21 Verbrechen Gegenstand der Anklage und die Staatsanwaltschaft hat insgesamt 113 Zeugen und drei Sachverständiger benannt. Die Ermittlungsakten bestanden aus zehn Bänden, 21 Fallakten und weiteren Beiakten. Der Vorsitzende hat für die Hauptverhandlung 19 Termine bestimmt, 43 Zeugen und einem Sachverständigen geladen. In der Ladung war vermerkt, dass weitere Zeugen, und Sachverständige geladen werden sollen. Nach den 19 Hauptverhandlungsterminen hat die Strafkammer weitere sieben Monate bis zur Urteilsverkündung verhandelt.

Der Bundesgerichtshof beanstandet die Entscheidung, weil bereits **zum Zeitpunkt des Eröffnungsbeschlusses** im wesentlichen vorhersehbar war. Dass die Sache einen besonderen Umfang hat und damit hat der Vorsitzende den ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum überschritten.

## VIII. Beweisrecht

Besondert revisionsbelastet ist stets das Beweisrecht, zum einen Entscheidungen zu § 244 Abs. 2 StPO, aber auch Fragen der Beweswürdigung.

### 1. Zurückweisung eines Beweisantrag als völlig ungeeignet <sup>2</sup>

#### Der Fall:

Der Angeklagte (Steuerhehlerei mit Zigaretten) stellte im Dezember 2002 einen Beweisantrag dahingehend, dass er an einem bestimmten Tag im September 1998 mit dem Zeugen telefoniert habe. Die Kammer wies den Beweisantrag (rechtsfehlerfrei) als ungeeignet zurück, weil die Lebenserfahrung dagegen spreche,

<sup>1</sup> BGH Beschluss vom 16.12.03, 3 StR 438/03

<sup>2</sup> BGH Beschluss vom 07.01.04, 5 StR 391/03

dass der Zeuge im Hinblick auf den langen Zeitablauf (mehr als vier Jahre) und das Fehlen einer früheren Vernehmung noch eine Erinnerung an die präzise zeitliche Einordnung der in sein Wissen gestellten Tatsachen haben könne.

Im Hauptverhandlungstermin am 12.03.03 (nach dem Schlußantrag des Staatsanwaltes, aber noch vor dem eigenen Plädoyer) ergänzte der Angeklagte seinen Beweisantrag dahingehend, dass der Zeuge bekunden werde, dass er während der Autofahrt mit einem weiteren Zeugen von Freiburg nach Köln, den Zeugen über das Handy des weiteren Zeugen erreicht habe. Zu Geeignetheit des Zeugen führte der Angeklagte eine Vielfalt von Details über eine zu dieser Zeit sich angeblich entwickelnde Geschäftsbeziehung zwischen dem Zeugen und ihm an und von denen aus der Zeuge die zeitliche Einordnung des Telefonats vornehmen könne. Das Landgericht wies den Beweisantrag erneut zurück und wertete ihn außerdem als Beweisermittlungsantrag. Die Revision war erfolgreich. Nach der Entscheidung des BGH handelte es sich bei diesem Antrag auch um einen zulässigen Beweisantrag, da er eine hinreichend bestimmte Beweisbehauptung aufstellt, der es auch nicht an der erforderlichen Konnexität zu dem Beweismittel mangelt.

Als völlig ungeeignet darf ein Beweismittel nur im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst gewertet werden. Das übrige Ergebnis der Beweisaufnahme darf bei der Entscheidung, ob ein Beweismittel geeignet ist oder nicht, nicht berücksichtigt werden.

## **2. Beweiswürdigung bei verweigerter DNA Untersuchung.<sup>1</sup>**

Die Beweiswürdigung, wenn eine DNA Untersuchung erfolgt ist, ist häufig schwierig. Das erste Augenmerk wird der Verteidiger meist auf die Bedeutung der Spur für das Beweisergebnis legen müssen: was hat es zu bedeuten, dass diese Spur von dem Angeklagten stammt – muss er damit auch der Täter der Straftat sein oder gibt es auch eine andere Erklärung.

### **Beispiel:**

Nach ein Raubüberfall wurde im Haus des Geschädigten ein Taschentuch mit DNA Spuren des Angeklagten gefunden. Der Vater des Angeklagten hatte früher für den Bauunternehmer und Geschädigten gearbeitet. Das Landgericht hat den Angeklagten freigesprochen mit der Überlegung, dass es mehrere Erklärungen für das Taschentuch am Tatort geben kann: so könne ein Arbeitskollege Arbeitsmaterial des Vaters – u.a. die Arbeitshose des Vaters benutzt haben und das Taschentuch aus der Hose heraus verloren haben, sei es bei dem Überfall oder kurz vorher bei anderer Gelegenheit.

Aber der Verteidiger muss auch die Beweiswürdigung des Gerichts stets genau prüfen. Das Ergebnis der DNA-Analyse ist stets eine Wahrscheinlichkeit. Dabei muss der Verteidiger den Gutachter veranlassen, sich auf die ethnisch vergleichbare Gruppe aus der Sicht des Angeklagten zu beziehen: Also nicht 1:1.000.000 bezogen auf die Bevölkerung der Bundesrepublik, sondern 1: X bezogen auf die indianische Bevölkerung der Nordanden. Stützt das Gericht seine Überzeugung über den Verursacher der Spurlegung auch auf andere Umstände, die es im Urteil ausführt, kann eine kritische Prüfung dieser Elemente der Beweiswürdigung zur Aufhebung des Urteils führen.

<sup>1</sup> BGH Beschluss vom 21.01.04, 1 StR 364/03



### **Der Fall des BGH**

Das Landgericht Ellwangen hatte in einer Entscheidung mit zu Lasten des Angeklagten auch gewertet, dass dieser über einen Zeitraum von sechs Monaten die freiwillige Abgabe einer Speichelprobe hinausgezögert habe, obwohl er gewußt habe, dass es um den Vorwurf einer sehr schwerwiegenden Straftat ging.

Die Revision war erfolgreich, weil prozessual zulässiges Verhalten eines Beschuldigten nicht indiziell belastend gewertet werden kann. Dabei kann auch nicht zu Lasten eines Angeklagten gewertet werden, wenn er ein gerichtlich angeordnete Speichelprobe nicht freiwillig abgibt – etwas anderes würde aber möglicherweise gelten können, wenn er sich einer ordnungsgemäß angeordneten Speichelprobe „entzieht“. Interessant ist diese Entscheidung auch, weil das Landgericht Ellwangen in einem vorgebrachten „falschen Alibi“ einen belastenden Umstand gesehen hat. Der Bundesgerichtshof bezeichnet dies als zumindest bedenklich. Der Bundesgerichtshof stellt nochmals ausdrücklich klar, dass nach seiner ständigen Rechtsprechung ein objektiv nicht erwiesenes oder widerlegtes, aber auch ein nachweislich erlogenes Alibi für sich allein und ohne Rücksicht auf die Begründung und Begleitumstände seines Vorbringens nicht als Beweisanzeichen für die Überführung des Angeklagten gewürdigt werden darf. Auch ein Unschuldiger kann meinen, seine Aussichten auf einen Freispruch seien besser, wenn er nicht nur auf die Wahrheit setzt, sondern überdies versucht, auf ein unwahres, konstruiertes Alibi zuzubauen.

### **3. Falsche Beweiswürdigung**

#### **Der Fall**

Das Landgericht hat den Angeklagten vom Vorwurf freigesprochen, eine Segeljacht in Brand gesetzt zu haben. Zum einen hat die Strafkammer festgestellt, dass ein Zeuge den bekannten Angeklagten zum Tatzeitbereich am Tatort „glaubhaft“ gesehen hat. Zum Anderen führt das Gericht aus, der Angeklagte sei zu dieser Zeit nicht am Tatort gewesen, weil er ein Funkgespräch im Stadtbereich von Bielefeld geführt hat.

Die Revision der Staatsanwaltschaft war erfolgreich, weil sich diese beiden Elemente der Beweiswürdigung nicht in Einklang bringen lassen. Der Senat weist ausdrücklich darauf hin, dass der Zweifelssatz eine Entscheidungs- und keine Beweiswürdigungsregel ist und damit nicht auf eigene einzelne Indiztatsache angewendet werden kann. D.h. jedes einzelne Indiz ist für sich zu bewerten und dann eine Gesamtschau vorzunehmen. Dabei sind auch technische Möglichkeiten zur Überbrückung der Entfernung bei Telefongesprächen in die Überlegungen mit einzubeziehen. Der Bundesgerichtshof erwähnt dabei ein „EchoLink-Verfahren“ über das Internet. Erst danach ist Platz für die Anwendung des „Zweifelssatzes“.<sup>1</sup>

### **4. Serienstraftaten<sup>2</sup>**

Bei Serienstraftaten hat das Tatgericht die Möglichkeit sich auf Mindestfeststellungen zu stützen. Bei Serienstraftaten darf das Landgericht nicht zur Begründung eines Freispruches anführen, dass ungeachtet sicherer tatrichterlicher Überzeugung an der Begehung einer Tat es an einer Unterscheidbarkeit mangle und damit nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte wegen dieser Tat schon einmal

<sup>1</sup> BGH Beschluss vom 15.01.04, 3 StR 352/03

<sup>2</sup> BGH Urteil vom 03.02.04, 5 StR 563/03

verurteilt worden ist – oder unter Umständen es im laufenden Verfahren zu einer „doppelten Verurteilung“ kommt.

Aber selbst wenn die Feststellungen des Tatrichters ausreichen, um auch weitere Taten zu individualisieren, darf das Revisionsgericht nicht „durchentscheiden“. Denn hiermit würde dem Angeklagten eine Instanz genommen.

## 5. Feststellungen hinsichtlich des Vorsatzes eines Beteiligten <sup>1</sup>

### Der Fall:

Die vier Angeklagten haben den Geschädigten ausgeraubt und gefangengehalten, ihn in der Folgezeit in wechselnder Beteiligung mit Schlägen und Tritten traktiert und dabei die jeweils von den anderen geübten Gewalttätigkeiten gebilligt. Während der Tötlichkeiten versetzte ein Mitangeklagter dem Geschädigten mit direktem Tötungsvorsatz und in Verdeckungsabsicht fünf Messerstiche, darunter einen heftigen Stich in die rechte Schläfe und einen weiteren in die Brustseite. Auch diese Handlungen haben die beiden Revisionsführer mitbekommen.

### Entscheidung des Gerichts:

Die Revision wurde verworfen. Obwohl die beiden Revisionsführer noch sehr jung waren, erst 14 und 15 Jahre alt, erkannte auch das Revisionsgericht aufgrund der massiven vorherigen Körperverletzungen und der unmittelbaren Anwesenheit bei den Messerstichen durch den Mittäter auf eine Billigung des Messereinsatzes und einer Erkenntnis der konkreten Gefährlichkeit dieses Einsatzes.

## IX. Verfahrensabsprache und Verzicht auf Rechtsmittel <sup>2</sup>

Der 3. und der 4. Strafsenat durchforsteten offensichtlich die Verfahrensordnungen und die Anwendung der bisherigen Rechtsprechung, denn eine Reihe von interessanten Anfragen gehen von diesen beiden Senaten an die anderen Strafsenate aus.

So hält der 3. Strafsenat eine Verfahrensabsprache, die einen Verzicht auf Rechtsmittel der Beteiligten beinhaltet für unwirksam mit der Folge, dass auch eine nach erklärtem Verzicht eingelegte Revision wirksam eingelegt. Diese Unwirksamkeit eines erklärten Rechtsmittelverzichts soll auch dann eintreten, wenn das Gericht auf einen Rechtsmittelverzicht hingewirkt hat.

Eine Entscheidung in diesem Sinne würde insbesondere bei nichtverteidigt Angeklagten (in Fällen nicht notwendiger Verteidigung) die Rechtsposition sehr stärken.

Aber der 2. Senat des Bundesgerichtshofs hat in einem Beschluss vom 28.01.2004 bestimmt, dass er an seiner bisherigen Rechtsprechung festhalte. Eine ähnliche Erklärung liegt auch vom 5. Strafsenat vor, so dass wohl der große Strafsenat diese Frage - neben anderen – entscheiden wird <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> BGH Urteil vom 20.01.04, 5 StR 530/03

<sup>2</sup> BGH, Anfragebeschluss vom 24.07.2003, 3 StR 368/02 und 3 StR 415/02

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 28.01.2004, 2 ARs 330/03

## X. Aussetzung der Hauptverhandlung<sup>1</sup>

### Der Fall:

Gegen den Angeklagten wurde an fünf Hauptverhandlungstagen wegen Betruges verhandelt. Er wurde zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten verurteilt. Der Rüge einer unzulässigen Beschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Angeklagte, der von einem Pflichtverteidiger verteidigt wurde, überwarf sich mit diesem. Vor dem vierten Hauptverhandlungstag zeigte ein anderer Rechtsanwalt an, dass er jetzt Vollmacht erhalten habe und den Angeklagten als Wahlverteidiger verteidige. Er beantragte weiter, die Bestellung des Pflichtverteidigers zurückzunehmen. Gleichzeitig beantragte sein neuer Verteidiger, ihm Akteneinsicht zu gewähren und die Hauptverhandlung auszusetzen, hilfsweise diese zu unterbrechen. In der Hauptverhandlung vom 21.01.2003 (vorletzter Verhandlungstag) nahm auch der neue Verteidiger als Wahlverteidiger teil. Er beantragte erneut Akteneinsicht und beantragte, die Hauptverhandlung auszusetzen, hilfsweise diese zu unterbrechen. Diese Anträge wurden abgelehnt ebenso der Antrag, die Hauptverhandlung für den letzten anstehenden Termin am 23.01.2003 von 09:00 Uhr auf 13:00 Uhr zu verlegen, weil er erst am Ende der Sitzung vom 21.01.2003 die Akten erhalten werde. Da er am nächsten Tag in einer anderen Hauptverhandlung verteidigt, sei es ihm nur bei einer zeitlichen Verschiebung des Hauptverhandlungstermins möglich, ausreichend Akteneinsicht zu nehmen und die Sache mit dem Angeklagten zu besprechen. Am Ende des Sitzungstages wurden dem Verteidiger die Akten ausgehändigt. Außerdem ordnete der Vorsitzende an, gem. § 238 Abs. 1 Satz 2 StPO den Angeklagten bis zur Fortsetzung der Hauptverhandlung in Gewahrsam zu nehmen. Die gestellten Anträge des Verteidigers auf Aufhebung oder Außervollzugssetzung der Inverwahrnahme wurden abgelehnt. Der Vorsitzende erklärte, der Termin am 23.01.2003 findet um 09:00 Uhr statt. Sämtliche Maßnahmen des Vorsitzenden wurden gem. § 238 Abs. 2 StPO von der Strafkammer bestätigt. In dem Fortsetzungstermin vom 23.01.03 stellte der Verteidiger erneut Anträge auf Aussetzung bzw. Unterbrechung und erklärte, dass ihm aufgrund der Verhaftung des Angeklagten eine Besprechung in der Sache bislang nicht möglich gewesen ist. Diese Anträge wurden erneut abgelehnt, an diesem Tag wurde ein Urteil verkündigt. Den Beschluss über die Inverwahrnahme des Angeklagten hat das Oberlandesgericht Frankfurt auf die Beschwerde am 12.05.2003 für rechtswidrig erklärt.

### Die Entscheidung des BGH

Die Revision war erfolgreich: Eine erhebliche Beschränkung der Verteidigung erfolgte vorliegend durch die völlig grundlose und damit rechtswidrige Inverwahrnahme des Angeklagten und die anschließende Ablehnung der zeitlichen Verlegung oder Unterbrechung der Hauptverhandlung. Der BGH führt weiter aus, dass ein Verteidiger im Strafprozess nur dann sinnvoll mitwirken kann und die Interessen des Angeklagten wahrnehmen kann, wenn er den Sachverhalt ausreichend kennt, genügend über die Einlassung des Angeklagten zur Anklage unterrichtet ist und ein klares Bild von den Möglichkeiten gewonnen hat, die für eine sachgemäße Verteidigung bestehen.

---

<sup>1</sup> Beschluss vom 14.01.2004, 2 StR 315/03

Der Fall zeigt, wie wichtig es ist, gegen sämtliche Anordnungen des Vorsitzenden eine gerichtliche Entscheidung nach § 238 StPO einzufordern, da nur auf Entscheidungen des Gerichts und nicht auf Anordnungen des Vorsitzenden hin die Revision gestützt werden kann.

## **XI. Verfahren El Montassadeq <sup>1</sup>.**

### **1. Das Problem**

Neben den Besonderheiten eines Verfahrens mit terroristischen Hintergrund kann die Entscheidung des 3. Strafsenates auch erhebliche Auswirkungen auf alle Verfahren haben, bei denen ein zentrales Beweismittel wegen einer Sperrerklärung oder einer verweigerten Aussagegenehmigung nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann.

Die Richter stellen klar, dass in diesen Fällen der Tatrichter die hier durch bedingte Einschränkung seiner Erkenntnismöglichkeiten sowie die Beschneidung der Verteidigerrechte des Angeklagten bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigen muss und in den Urteilsgründen im Rahmen der Beweiswürdigung auch erörtern muss. Erfolgt dies nicht, ist die Beweiswürdigung lückenhaft und der Anspruch des Angeklagten auf ein rechtsstaatliches Verfahren verletzt. Dabei ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, welche Folgen es hat, wenn ein wichtiges Beweismittel, nicht in das Verfahren eingeführt werden kann, weil die Verwaltung dies verhindert, so dass im Verfahren offen bleiben muss, ob die Beweiserhebung für den Angeklagten Belastendes oder Entlastendes ergeben hätte. Dabei muss sich das Gericht den seiner Überzeugungsbildung gezogenen Grenzen bewusst sein und dies auch im Urteil zum Ausdruck bringen.

Dies gilt auch, wenn Angaben von nicht erreichbaren Zeugen durch Gewährsleute, etwa Vernehmungsbeamte, eingeführt werden. Die auf diese Art und Weise eingeführten Angaben bedürften sorgfältigster Überprüfung, weil bei dieser Art der Beweisführung das Fragerecht des Angeklagten und des Verteidigers Einbußen erleidet. Auf die mittelbar wiedergegebenen Aussagen dürfen Feststellungen nur gestützt werden, wenn diese durch andere eben so wichtige Beweisanzeichen bestätigt werden. Dabei darf nicht übersehen werden, dass die Exekutive es ist, die eine Sachaufklärung verhindert.

### **2. Das Rettungsmittel**

Nach Ansicht des BGH ist in diesen Fällen, die freie Beweiswürdigung gem. § 261 StPO unter Berücksichtigung des Prinzips „im Zweifel für den Angeklagten“.

Die Grundsätze dieser Entscheidung sind auch für Fälle eines Lockspitzeinsatzes polizeilicher Spitzel zu beachten. Behauptet der Angeklagte hierbei, durch den Lockspitzeinsatz in eine Tat verstrickt worden zu sein und ist eine Vernehmung des Spitzels nicht möglich, weil die zuständige Innenbehörde deren Identität nicht preisgibt, ist eine ganz besonders vorsichtige Beweiswürdigung geboten, bei der der Tatrichter nicht übersehen darf, dass es die Exekutive ist, die eine erschöpfende Sachaufklärung verhindert und es der Verteidigung und dem Gericht unmöglich macht, der Verteidigungseinlassung des Angeklagten nachzugehen. Die gebotene Kompensation der durch Maßnahmen der Exekutive bedingten Verkürzung der

<sup>1</sup> BGH Urteil vom 05.03.03, 3 StR 218/03

Beweisgrundlage ist im Rahmen der Beweiswürdigung allerdings nicht in der Weise vorzunehmen, dass Verteidigungsvorbringen des Angeklagten, dessen Richtigkeit durch Erhebung des gesperrten Beweises hätte überprüft werden können, in unmittelbarer Anwendung des Zweifelsatzes als zutreffend angesehen wird. Denn der Zweifelsatz ist keine Beweisregel („Die Wahrunterstellung würde in vielen Fällen zum Freispruch führen“ und dies will der BGH nun auch wieder verhindern.)

### 3. Konkrete Folgen für das Strafverfahren:

Die Sperrung von Beweismitteln ist erst bei der abschließenden Würdigung des gesamten Beweisergebnisses (Gesamtschau) zu berücksichtigen. Hierbei hat der Tatrichter in seiner Erwägungen die Möglichkeiten einzubeziehen, dass das gesperrte Beweismittel das Entlastungsvorbringen bestätigt hätte. Diese Möglichkeit hat er dem übrigen Beweisergebnis gegenüberzustellen und auf diese Grundlage unter Beachtung des Zweifelsatzes zu entscheiden, ob das potenziell entlastende Beweisergebnis der unterbliebenen Beweiserhebung durch die verwertbaren sonstigen Beweismitteln soweit entkräftet wird, dass trotz der geschmälernten Erkenntnisgrundlage aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten gewonnen werden kann. Je mehr sich das Ergebnis der Beweisaufnahme mit dem Entlastungsvorbringen des Angeklagten in Anklang bringen lässt, je näher das gesperrte Beweismittel zu der Tat steht und je mehr es daher potenziell zu deren Aufklärung hätte beitragen können, umso höher sind die Anforderungen dann an den argumentativen Aufwand des Tatrichters zur Begründung seiner Überzeugung von der Schuld des Angeklagten, insbesondere, wenn die Beweise, auf die er diese Überzeugung stützt, nur indiziell auf die Schuld des Angeklagten hindeuten.

## XII. Nebenklage und Antrag im Revisionsverfahren <sup>1</sup>.

Gemäß § 400 StPO ist ein Nebenkläger nicht anfechtungsberechtigt, wenn er lediglich eine andere Rechtsfolge für angemessen hält. Aus dem Grunde ist es – anders als bei Revision des Angeklagten – in der Regel notwendig, dass im Revisionsverfahren ein konkreter Antrag gestellt wird <sup>2</sup>.

## XIII. Erklärungen des Angeklagten <sup>3</sup>.

Eine der wichtigen Bestrebungen des Verteidigers ist es, revisionssicher festzuschreiben, was der Angeklagte zu seiner Verteidigung vorbringt.

### Der Fall:

Der Verteidiger hat eine vorbereitete schriftliche Erklärung verlesen und diese sodann als Anlage zum Protokoll gereicht.

### Die Verwertbarkeit:

Der 3. Strafsenat stellt klar, dass durch diese Vorgehensweise über den Wortlaut der Urkunde kein Beweis erhoben wurde und damit diese Urkunde nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung geworden wurde. Vielmehr wurde Gegenstand der Hauptverhandlung lediglich der mündliche Vortrag des Verteidigers und die zustimmende Erklärung des Angeklagten. Eine Überprüfung, ob der Wortlaut des

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 21.01.2004, 2 StR 468/03

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 21.01.2004, 2 StR 468/03

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 15.01.2004, 3 StR 481/03

Dokuments mit der Darstellung in dem Urteil übereinstimmt, ist nach dieser Entscheidung dem Revisionsgericht ohne (unzulässige) Rekonstruktion der Hauptverhandlung nicht möglich.

„Nur wenn das Gericht die Verlesung dieses Schriftstücks angeordnet und durchgeführt hätte, wäre die Urkunde in ihrem Wortlaut in die Hauptverhandlung eingeführt worden und hätte von der Revision als Maßstab zur Überprüfung der Beweiswürdigung herangezogen werden können“<sup>1</sup>

In dieser Entscheidung weist der Senat darauf hin, dass das Tatgericht grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine schriftliche Einlassung eines Angeklagten als Urkunde zu verlesen: Die mündliche Vernehmung kann nicht durch die gerichtliche Verlesung dieser Erklärung ersetzt werden.

#### Alternative:

Etwas anders muss jedoch dann gelten, wenn Aufzeichnungen des Angeklagten vor der Hauptverhandlung gefertigt und zu den Akten gereicht werden (Tagebuchaufzeichnungen u.ä.).

## XIV. Strafzumessung

### 1. Besondere Schwere der Schuld<sup>2</sup>

#### Der Fall:

Einem Angeklagten kann zwar abgelastet werden, wenn er zwei voneinander unabhängige Mordmerkmale, etwa Heimtücke und Handeln aus niedrigen Beweggründen, mit der Tat erfüllt. Lastet er ihm allerdings an, dass der Täter „dem minderjährigen Sohn“ den Vater genommen und ihm und der Familie großes Leiden zugefügt hat, so ist dies bedenklich und auch die Begründung der besonderen Schuldschwere, der Täter habe „mit absolutem Vernichtungswillen“ gehandelt, verstößt gegen das Verbot der Doppelverwertung gem. § 46 Abs. 3 StGB.

### 2. Strafzumessung beim Totschlag<sup>3</sup>

Es ist schon zweifelhaft, ob allein eine angenommene Nähe zu zwei Mordmerkmalen zu einem besonders schweren Fall des Totschlags führt. Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn gleichzeitig eine erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit zur Ablehnung der subjektiven Voraussetzungen der Mordmerkmale führt. Ein besonders schwerer Fall scheidet aber aus, wenn dem Angeklagten zugute gehalten wird, dass nur mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat und die Tat nicht geplant war und er Reue zeigt.

### 3. Gefährliche Körperverletzung<sup>4</sup>

#### Der Fall:

Der nicht vorbestrafte Angeklagte nahm an einem Fußballturnier teil. Er nahm der Hilferuf seines vor der Sporthalle befindlichen Schwagers wahr, der von zwei

<sup>1</sup> so auch BGH St 38, 14

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 03.02.2004, 4 StR 403/03

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 20.01.2004, 5 StR 395/03

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 07.01.2004, 3 StR 456/03

Männern geschlagen wurde und die bereits den Angeklagten auf dessen Weg zum Fußballturnier ohne Anlass in aggressiver Weise verfolgt und beschimpft hatten. Bereits hierdurch war eine Schlägerei ausgelöst worden. Der Angeklagte und sein Bruder eilten daraufhin nach Außen, um dem Schwager zu helfen. Vor der Halle riss der Angeklagte aus einem Gartenzaun ein Holzpfeil und stellte einer der Angreifer zur Rede. Als dieser ihn mit Worten wie Arschloch und Ähnlichen beschimpfte, steigerte sich seine Erregung und er schlug mit dem Pfeil in Richtung der Körperseite seines etwa ein Kopf größeren Gegners. Er traf ihn jedoch am Kopf, weil dieser sich in diesem Augenblick abwandte und bückte. Sein Kontrahent erlitt ein subturales Hämatom und fiel auf das Pflaster. Der Geschädigten musste sich einer Notoperation am Schädel unterziehen und befand sich mehrere Wochen im Koma. Bei ihm besteht immer noch eine linksseitige Bewegungseinschränkung, die voraussichtlich von Dauer aber im Ausmaß ungewiss ist.

#### Entscheidung des BGH

Die Strafkammer hat den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Seine Revision hatte Erfolg. Fehlerhaft ist es, dass das Gericht nicht berücksichtigt hat, dass der Angeklagte eine solch schwere, wie eingetretene, Kopfverletzung, nicht gewollt hat, sondern auf die Körperseite des Gegners gezielt hat und nur wegen dessen unglücklicher Bewegung den Kopf getroffen hat. Außerdem hätte das Gericht berücksichtigen müssen, dass den Geschädigten ein erhebliches Mitverschulden trifft. Das Landgericht hatte ausgeführt, der Angeklagte habe sich ohne Not und ohne ersichtlichen Grund mit einem Kantholz bewaffnet. Dies ist angesichts der Vorgänge bedenklich und steht nicht im Einklang damit, dass der Angeklagte auf die Mitteilung seines Schwagers, er wäre angegriffen, diesem zur Hilfe geeilt ist. Der Bundesgerichtshof bezeichnet das Urteil als außergewöhnlich hoch.

#### 4. Steuerrecht <sup>1</sup>.

##### Der Fall:

Der Angeklagte war wegen 22 Fällen der Steuerhinterziehung mit einem Gesamtschaden von 5,4 Millionen DM zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zur Bewährung verurteilt. Er hatte ein Unternehmen gegründet und Steuererklärungen aufgrund von Daten, die frei erfunden waren, abgegeben. Die Staatsanwaltschaft hat hiergegen Revision eingelegt. Aufgrund der Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH in drei Fällen das Verfahren eingestellt, wodurch drei Einzelstrafen von je 6 Monaten entfallen sind. Gleichwohl der 5. Strafsenat die Sache nicht zur Entscheidung über eine neue Gesamtstrafe an das Landgericht zurückverwies. Es führt hierzu wörtlich aus:

„Der Senat schließt aus, dass der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Würdigung dieser Fälle auf der Grundlage der verbleibenden Einzelstrafen eine noch mildere Gesamtstrafe verhängt hätte. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.01.2004, 2 BvR 1704/01 nötigt nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache“. Die hier vom Landgericht festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe kann aus Rechtsgründen nicht noch niedriger bemessen werden. Anderenfalls würde sie das Maß

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 05.02.2004, 5 StR 580/03

des noch Schuldangemessenen in einer nicht mehr hinnehmbaren Weise unterschreiten.“

Diese Entscheidung ist umso bemerkenswerter, als der BGH in einigen Fällen, die Gegenstand des verbliebenen Urteils waren, den besonderen schweren Fall nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO verneint hat.

## **5. Entscheidung des 2. Strafsenats zu § 69 StGB <sup>1</sup>.**

Der zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat zwar auf eine Anfrage erklärt, er halte an seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 69 StGB nicht mehr fest, aber sich gleichwohl eine Entscheidung des Großen Strafsenats gewünscht. In einer Entscheidung vom Februar hat er eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Großen Strafsenats vermieden, indem er eine Entscheidung des Landgerichts wegen Entziehung der Fahrerlaubnis aus anderen Gründen aufgehoben hat. Das Landgericht hatte noch ausgeführt:

„Bei Betäubungsmittelgeschäften unter Benutzung von Kraftfahrzeugen ist diese (Eignung) in aller Regel zu verneinen. ....“.

Zur Begründung einer Maßregel nach § 69 StGB ist nach dieser Entscheidung nicht nur eine Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten in die Entscheidung mit einzubeziehen, auch das Gewicht der Tatbeiträge, bei denen ein Fahrzeug geführt wurde, muss im Einzelnen festgestellt werden. Dabei gilt es, die Umstände der Benutzung des Kraftfahrzeuges ausreichend darzulegen und zu würdigen.

## **6. Einstellung und Gesamtstrafe**

Einen Sonderfall hatte der 1. Strafsenat zu entscheiden <sup>2</sup>.

### **Der Fall:**

Das Landgericht Regensburg hatte gegen den Angeklagten wegen mehrfacher Taten eine Gesamtfreiheitsstrafe verhängt. Dabei war versehentlich wegen zweier Einzeltaten lediglich eine Einzelstrafe verhängt worden. Auf Antrag des Generalbundesanwaltes hat der 1. Strafsenat das Verfahren insoweit eingestellt, als bezüglich einer Tat die Festsetzung einer Einzelstrafe versehentlich unterlassen wurde. Insoweit wurde der Tenor berichtigt, die Revision im übrigen aber verworfen. Das Gericht führt aus, dass die im Urteil berücksichtigten Einzelstrafen damit unverändert blieben und damit auch der dem Urteil zugrunde gelegte Schuldumfang. Diese Entscheidung ist bedenklich, da sicher nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei der Bemessung der Gesamtstrafe auch die Tat berücksichtigt wurde, die jetzt durch Einstellung weggefallen ist.

## **7. Bildung einer Gesamtstrafe <sup>3</sup>.**

Es gibt auch immer wieder eigenartige Probleme bei der Bildung von Gesamtstrafen! Im nachstehenden Fall wurde von der Staatsanwaltschaft zugunsten von der Angeklagten Revision eingelegt.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 21.01.2004, 2 StR 357/03

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 18.02.2004, 1 StR 555/03

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 16.02.2004, 2 StR 515/03

**Der Fall:**

Der Angeklagte wurde vom Landgericht Koblenz zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und 11 Monaten verurteilt. Unter Einbeziehung einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen hat das Landgericht dann eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren gebildet.

Die Revision der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten war natürlich erfolgreich, denn eine höhere Gesamtstrafe als die Summe der Einzelstrafen darf unter keinen Umständen verhängt werden. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Fall den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und 11 Monaten und einer Woche verurteilt.

**8. Nachträgliche Festsetzung einer Einzelstrafe <sup>1</sup>.**

Einen anderen Weg als 1. Strafsenat ist der 3. Strafsenat gegangen. Auch dieser Senat hat bei der vergessenen Bezifferung einer Einzelstrafe die Revision verworfen und für diesen Fall die Freiheitsstrafe auf drei Monate festgesetzt. Hierzu führt der BGH aus:

„Zwar beschwert die Nichtfestsetzung der Einzelstrafe den Angeklagten nicht, die gleichwohl gebotene Festsetzung hat der Senat dadurch nachgeholt, dass er unter Annahme eines minderschweren Falles des § 30 Abs. 2 BtmG auf das gesetzliche Mindestmaß erkannt hat.“

Auch in diesem Falle erfolgte keine Zurückverweisung, da „Auswirkungen auf die Gesamtstrafe sicher auszuschließen sind“.

**9. Maßregel**

Neben dem § 69 StGB sind die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – aber auch immer wieder einmal die Frage der Sicherungsverwahrung – Gegenstand zahlreichen von Revisionsentscheidungen.

Nachdem in den letzten Jahren eine deutliche Neigung des BGH festgestellt wurde, Unterbringungen zu befürworten, ist in letzter Zeit auffällig, dass von dem Tatrichter angeordnete Unterbringungen aufgehoben werden.

**9.1. Feststellung eines Defektes <sup>2</sup>.**

Die Feststellung eines psychischen Defektes, der Voraussetzung für zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit ist, scheint immer wieder große Schwierigkeiten zu machen. Dabei muss zumindest die Voraussetzung des § 21 StGB als sicher feststehen. Nicht ausreichend ist es, wenn im Urteil lediglich festgestellt wird, dass der Angeklagte „in seiner Persönlichkeit erheblich fehlentwickelt ist, wobei neurotischen Mechanismen (Ängste, Zwangshandlungen wie Waschzwang, durchgängig gedruckte Stimmung) im Vordergrund stehen. Notwendig ist darüber hinaus auch eine konkrete Gefährlichkeitsprognose.“

**1.2. § 21 StGB <sup>3</sup>.**

Es bedarf der positiven Feststellung eines länger andauernden nicht nur vorübergehenden Defektes, der zumindest eine erhebliche Einschränkung der

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 12.02.2004, 3 StR 408/03

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 04.02.2004, 5 StR 472/03

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 08.01.2004, 4 StR 539/03

Schuldfähigkeit in § 21 StGB sicher begründet. Außerdem muss feststehen, dass der Täter in diesem Zustand rechtswidrige Taten begangen hat, die in einem kausalem symptomatischen Zusammenhang mit diesem Defekt stehen. Lässt sich nicht feststellen, ob die festgestellt Störung die erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit erreicht, so scheidet eine Unterbringung aus. Dabei bleibt zumindest offen, ob ein polyvalentes Verwahrlosungssyndrom bereits eine in psychiatrischen Fachkreisen allgemein erkannte Kategorie psychischer Störungen ist.

### **9.3. Medizinischer Befund <sup>1</sup>**

Das Urteil muss einen hinreichend konkreten Befund und eine klare medizinische Diagnose wiedergeben. Nichtssagende Erläuterungen wie die Angaben: „der gesamte Entwicklungsbogen“ des Angeklagten sei deutlich verkürzt, es handelt sich um eine selbstbezogene und selbstständige Persönlichkeit mit eingeschränkten intellektuellen Ressourcen, er sei für eine normale Partnerschaft ungeeignet, besage nichts über eine krankhafte seelische Störung an.

### **10. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung <sup>2</sup>.**

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung, ob Sicherungsverwahrung angeordnet werden muss, ist der Zeitpunkt der Hauptverhandlung. Ob Sicherungsverwahrung vollstreckt werden muss, oder einer Aussetzung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen kann, obliegt der dann zuständigen Strafvollstreckungskammer. Entscheidend ist vor allem, ob ein Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Ein Hang verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der in immer wieder an neuen Straftaten begehren lässt.

**Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist, oder aufgrund einer festeingewurzelten Neigung immer wieder straffällig sind, wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, aber auch der willensschwache Täter oder der, der aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht widerstehen vermag, diesen Hang.**

Entscheidend ist für das Urteil des Tatrichters dabei, ob ein solcher Hang besteht; dessen Ursache ist nicht Grundlage der Entscheidung. Da die Kammer in ihren Gründen hat erkennen lassen, dass sie im Falle der Anordnung der Sicherungsverwahrung auf eine niedrigere Freiheitsstrafe erkannt hätte. Der BGH weist zwar darauf hin, dass seiner Meinung nach kein unmittelbarer und notwendiger Zusammenhang steht. Dabei entfernt der 1. Strafsenat sich aber von der Rechtsprechung in anderen Rechtsgebieten: Beispielsweise die Frage des Fahrverbotes wird in engem Zusammenhang mit einer Geldstrafe oder Geldbuße gesehen und gewertet. Auch in anderen Stellen wird immer wieder davon gesprochen, dass das „Gesamtübel“ gewährt werden muss.

## **XV. Einzelfragen zum StGB**

### **1. Bandenbetrug <sup>3</sup>**

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 10.02.2004, 4 StR 584/03

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 04.02.2002, 1 StR 474/03

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 04.02.2004, 5 StR 511/03

Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige im Einzelnen noch ungewisse Straftaten zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden im übergeordneten Bandeninteresse ist dabei nicht erforderlich. Die Bande setzt aber einen übereinstimmenden Tatplan der Bandenmitglieder auf Basis übereinstimmender Bösgläubigkeit voraus. Kann nicht festgestellt werden, dass eine der Beteiligten bösgläubig war, scheidet die Feststellung einer Bande aus.

## 2. Beihilfe bei Kreditkartenbetrug <sup>1</sup>.

### Der Fall:

Die Haupttäter hatten den Angeklagten aus Mitleid aufgenommen und mitgenommen. Aus Mitleid gaben sie ihm auch Anteile aus ihren Einkäufen ab. Während der Taten (Einkauf mit gefälschten Kreditkarten) wartete der Angeklagte beim Pkw, während die Mitangeklagten Einkäufe tätigten.

Diese Handlungen belegen jedoch eine Beihilfe nicht. Es muss zumindest ein positives Tun, durch das die Tat erleichtert wird oder ein bestärkendes Tatentschluss erfolgen. Die bloße Kenntnis von der Begehung einer Tat, deren Billigung und Annahme eines Teils der Beute, jedenfalls wenn ihm dieser Anteil freiwillig überlassen wird, reicht nicht aus.

### Anmerkung:

Bei verschiedenen Einkäufen, aber einheitlichen Zahlungsvorgang, liegt Tateinheit vor.

## 3. Darlehensbetrug und Verletzung der Buchführungspflicht <sup>2</sup>.

### Der Fall:

Die Angeklagten schlossen einen Darlehensvertrag. Darlehensauszahlungen sollten dabei je nach Baufortschritt erfolgen. Der Hauptangeklagte erreichte die Auszahlung von Darlehensbeträgen durch Vorlage völlig gefälschter Baunachweise. Wenn sich nicht feststellen lässt, dass der Beschuldigte bereits beim Abschluss eines Darlehensvertrages den Vorsatz hat, die einzelnen alle Darlehensbeträge ausschließlich durch Täuschung zu erlangen, ist die Tat als jeweils Einzeltat beendet, wenn er aufgrund einer einzelnen Baustandsanzeige einen Darlehensbetrag erhält und nicht erst, wenn der letzte Darlehensbetrag ausgezahlt wurde.

### Verletzung der Buchführungspflicht:

Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 283 b Abs. 1 Nr. 3 lit b StGB muss das Gericht, ob der Angeklagte auch aus tatsächlichen Gründen stets in der Lage war, die Pflicht zu erfüllen. War er dies nicht, hat er auch den Tatbestand des Strafgesetzes nicht verwirklicht. Zweifel können bestehen, wenn der Hauptangeklagte die Buchhaltungsunterlagen bei sich verwahrt und (z. B. der GmbH-Geschäftsführer) überhaupt keinen Zugriff auf die Buchhaltungsunterlagen hat. Es muss mithin erörtert werden, ob der Beschuldigte überhaupt in der Lage ist, die

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 27.01.2004, 3 StR 545/03

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 22.01.2004, 5 StR 415/03

Buchführung zu führen, oder als Unternehmer über die notwendigen Mittel verfügt, die Bilanzierung durch einen Steuerberater zu finanzieren.

#### 4. Mord und Rücktritt <sup>1</sup>

##### Der Fall:

Die Angeklagte hat einen Dritten mit der Tötung des Ehemannes beauftragt. Als dieser von der Täter schwer verletzt wurde, rief er im Unkenntnis ihrer Tatbeteiligung seine Ehefrau an und bat sie um Hilfe. Die Angeklagte alarmierte nach dem Anruf Ihres Ehemanns die Polizei und leitete auf dieser Art und Weise die Rettung ein. Dies ist ein Rücktritt vom Versuch der Anstiftung zum versuchten Mord – auch dann, wenn die Angeklagte sich so verhalten hat, um keinen Verdacht zu erregen.

#### 5. Rücktritt von der Nötigung <sup>2</sup>

##### Der Fall:

Die beiden Angeklagten war stark angetrunken und gingen in einen Kiosk, in dem sich mehrere Kunden befanden und wo sie als Kunden bekannt waren. Einer der Angeklagten sagte: „Das ist ein Überfall, Geld her“. Die Angeklagten waren nicht maskiert. Die Inhaberin dachte daher zuerst an einen Scherz. Als ein Angeklagter eine Spielzeugpistole herausnahm, bekam die Inhaberin Angst und rief die Polizei. Die Angeklagten wollten kein Geld haben, sondern wollten die Verhaftung eines der Angeklagten erreichen, da dieser infolge seines massiven Alkoholkonsums unter erheblichem Beschwerden litt und er durch die Festnahme aus seinem bisherigen Umfeld herausgebracht werden sollte. Die Frau rief die Polizei an. Als sie den Angeklagten deren Eintreffen mitteilte, gingen diese auf die Straße, warteten vor dem Kiosk auf die Polizeibeamten, von denen sie sich mit erhobenen Händen festnehmen ließen. Das Landgericht hat einen der Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten, den anderen zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr zur Bewährung verurteilt.

##### Die Entscheidung des BGH

Die Revision hatte Erfolg. Der BGH hat das Urteil aufgehoben und zur erneuten Entscheidung an das Amtsgericht zurückverwiesen und zugleich den Haftbefehl des Amtsgerichts Kleve aufgehoben und angeordnet, dass der Hauptangeklagte auf freiem Fuß zu setzen ist.

Das Landgericht hat eine strafbare Nötigung angenommen, weil die Angeklagten die Inhaberin mit einer Spielzeugpistole bedroht und den Eindruck eines echten Überfalls erweckt hätten, um dadurch die Geschädigte zu veranlassen, die Polizei zu verständigen. Der BGH verneint das Vorliegen einer Nötigung. Voraussetzung für eine Nötigung ist, dass der Genötigte als Folge des auf ihn ausgeübten Drucks mit der von ihm geforderten Handlung zumindest begonnen hat. Ein vom Täter erstrebtes Verhalten des Genötigten, dass er von diesem nicht verlangt, ist nicht ausreichend. Vorliegend hat der BGH auch eine versuchte Nötigung verneint. Hierzu hätte feststehen müssen, dass die Angeklagten davon ausgegangen sind, dass die Frau unter dem Eindruck der Bedrohung das Geld aushändigen würde, oder dies zumindest für möglich gehalten haben. Unter den besonderen Umständen des Einzelfalles hielt der BGH dies für ausgeschlossen. Dies ergibt sich auch daraus,

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 04.02.2004, 5 StR 281/03

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 15.01.2001, 3 StR 490/03

dass die Angeklagte die Inhaberin nicht weiter bedroht haben, als diese ihnen mitteilte, sie habe die Polizei benachrichtigt, obwohl ihnen dies noch möglich gewesen wäre.

## 6. Btm

### 6.1. Anfragebeschluss des 3. Strafsenats <sup>1</sup>

Der BGH hat angefragt, ob die anderen Senate an ihrer Rechtsprechung festhalten, wonach vollendetes Handelstreiben auch angenommen wird, wenn ernsthaften Verhandlungen es zu einem Austauschgeschäft nicht kommt. Anlass für diese Anfrage waren möglicherweise zahlreiche Fälle, in denen V-Leute lediglich von konkreten Verhandlungen gesprochen haben, diese aber nie realisiert worden sind. Auch diese Anfragen haben jetzt der 2.<sup>2</sup> und 5. Strafsenat <sup>3</sup>geantwortet, dass sie an ihrer bisherigen Rechtsprechung weiter festhalten wollen.

### 6.2 Umtauschgeschäfte <sup>4</sup>

#### Der Fall

Der Angeklagte wollte in Belgien Betäubungsmittel erwerben. Dort kaufte er allerdings (unwissend) eine wirkungslose Substanz. Dies merkte er in Deutschland, fuhr mit dieser Substanz nach Belgien zurück, tauschte die wirkungslose Substanz in Betäubungsmittel um und kehrte nach Deutschland zurück.

Die Revision hatte insoweit Erfolg, als der BGH feststellte, dass dieses Verhalten lediglich eine Tat im Rechtssinne war. Beide Fahrten nach Belgien dienten der Abwicklung eines einzigen auf Umsatz von Betäubungsmittel gerichteten Geschäfts.

---

<sup>1</sup> BGH, Anfragebeschluss vom 10.07.2003, 3 StR 61/02 und 3 StR 243/02

<sup>2</sup> BGH, Beschluss vom 06.02.2004, 2 ARS 276/03

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 22.01.2004, 5 ARS 46/03

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 22.01.2004, 1 StR 538/03