

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A mietet eine Wohnung von B und überweist an ihn eine Kautions in Höhe von 700 Euro. Der Mietvertrag sieht vor, dass B das Geld entsprechend der Regelung in § 551 Abs. 3 BGB getrennt von seinem Vermögen als Spareinlage mit dem üblichen Zinssatz anlegt und nach Beendigung des Mietverhältnisses bei ordnungsgemäßer Rückgabe der Räume einschließlich der Zinsen zurückzahlt. Als das Mietverhältnis nach einigen Jahren beendet wird, fordert A vergeblich die Rückzahlung. B versichert eidesstattlich, keine Vermögensgegenstände zu besitzen. A erstattet Strafanzeige. Die Ermittlungen ergeben, dass B seinerzeit die Kautionssumme nicht auf ein separates Konto eingezahlt, sondern für eigene Zwecke verwendet hat. Die Staatsanwaltschaft erhebt gleichwohl keine Anklage, weil sie die Ansicht vertritt, dass der Tatbestand der Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB nicht erfüllt sei. Die vertraglichen und gesetzlichen Pflichten des Vermieters hinsichtlich der Mietkaution genügten nicht den Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne dieser Vorschrift. Dagegen legt A Beschwerde bei der Generalstaatsanwaltschaft ein.

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht verändert und gekürzt, um die Probleme des Falles deutlicher hervortreten zu lassen.

Juli 2007

## Mietkautions-Fall

*Legalitätsgrundsatz / Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung bei fester höchstrichterlicher Rechtsprechung / Untreue / Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht / vertrags- und gesetzeswidrige Verwendung der Mietkaution durch den Vermieter*

§ 152 Abs. 2 StPO, § 266 Abs. 1 StGB

### Leitsatz der Verf.:

Kommt bei unterschiedlicher rechtlicher Bewertung einer Rechtsfrage eine Strafbarkeit nach ernstzunehmender Meinung in der Weise in Betracht, dass eine Verurteilung eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich ist, so folgt aus dem Legalitätsgrundsatz eine Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Anklageerhebung.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 8. März 2007 – Az 1 Ws 47/07; veröffentlicht in: WUM (Wohnungswirtschaft und Mietrecht) 2007, 281, und abrufbar bei juris.

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Die Entscheidung hat ein materiellrechtliches und ein prozessrechtliches Problem zum Gegenstand. Das materiellrechtliche Problem liegt offen zutage. Im Sachverhalt ist es bereits angesprochen: **Verletzt der Vermieter eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB, wenn er eine Mietkaution vertrags- und gesetzeswidrig für sich verwendet?**

Das prozessrechtliche Problem erschließt sich nur demjenigen, der mit dem Meinungsstand zu dem materiellrechtlichen Problem vertraut ist. Man muss wissen, dass der BGH in einem Fall wie dem vorliegenden eine Strafbarkeit wegen Untreue angenommen

hat,<sup>2</sup> nachdem zuvor zwei Oberlandesgerichte anders entschieden hatten,<sup>3</sup> und dass die Literatur überwiegend eine Strafbarkeit verneint<sup>4</sup>. Für die Generalstaatsanwaltschaft stellt sich damit die Frage, ob sie verpflichtet ist, dem BGH zu folgen und Anklage erheben zu lassen, oder ob sie berechtigt ist, danach zu entscheiden, wie sie selbst das Rechtsproblem beurteilt. In allgemeiner Fassung lautet das prozessrechtliche Problem also: **Ist die Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden?**

Aus praktischer Sicht liegt es nahe, die beiden Probleme in bestimmter Abfolge zu behandeln. Zunächst wird sich die Generalstaatsanwaltschaft eine Meinung zur Frage ihrer Bindung bilden. Mit dem materiellrechtlichen Problem muss sie sich erst dann befassen, wenn eine Bindung zu verneinen ist. In dieser Reihenfolge wollen auch wir die Probleme behandeln.

Das Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung zählt zu den „großen“ Problemen der Strafprozessrechtslehre, weil mit ihm mehr angesprochen ist als nur das Verhältnis zweier Organe der Strafjustiz. Es weist Bezüge zum materiellen Strafrecht und zum Verfassungsrecht auf und es betrifft das berufliche Selbstverständnis der beteiligten Personen.

Diskutiert wird im Wesentlichen allerdings nur über Fälle der vorliegenden Art, also über die Bindung an eine höchstrichterliche Rechtsprechung, die ein bestimmtes Verhalten für strafbar erklärt. Im entgegen gesetzten Fall einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, die das Verhalten als straflos ansieht, wird nahezu einhellig eine Bindung der

Staatsanwaltschaft verneint.<sup>5</sup> Die Begründung lautet: Wäre die Staatsanwaltschaft daran gehindert, Anklage zu erheben, so würde den Gerichten die Möglichkeit genommen, ihre Rechtsprechung zu ändern, weil sie wegen des Anklagemonopols der Staatsanwaltschaft nur über Fälle entscheiden können, welche diese ihnen vorlegt.

Im Mittelpunkt der Diskussion über die hier vorliegende Konstellation steht eine Entscheidung des BGH, die sich entschieden für eine Bindung ausspricht.<sup>6</sup> Danach ist im Falle einer **„festen höchstrichterlichen Rechtsprechung“**<sup>7</sup> die Staatsanwaltschaft verpflichtet, Anklage zu erheben, sofern nicht auf Grund gesetzlicher Ausnahmen vom Legalitätsgrundsatz eine Verfahrenseinstellung in Betracht kommt (§§ 153 ff. StPO). Eine abweichende Meinung könne die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zur Geltung bringen.

Der BGH führt für seinen Standpunkt die Grundsätze der **Gleichheit vor dem Gesetz**, der **Einheit der Rechtsanwendung** und des **richterlichen Entscheidungsmonopols** an.<sup>8</sup> Es müsse verhindert werden, dass die Strafverfolgung in Abhängigkeit von der Rechtsansicht der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft gerate und dass es der Exekutive ermöglicht werde, über die weisungsabhängige Staatsanwaltschaft auf die Gesetzesanwendung einzuwirken. Andernfalls liege die rechtssprechende Gewalt entgegen Art. 92 GG nicht mehr ausschließlich in den Händen der Gerichte, weil die Staatsanwaltschaft auf Grund ihres Anklagemonopols die Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer dann blockieren könne, wenn sie anderer Meinung sei.

<sup>2</sup> BGHSt 41, 224.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf wistra 1994, 33, und NJW 1989, 1171; OLG Schleswig, SchlHA 1990, 111.

<sup>4</sup> Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes bei *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 29. Aufl. 2006, Rn. 771.

<sup>5</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2006, Rn. 89.

<sup>6</sup> BGHSt 15, 155.

<sup>7</sup> BGHSt 15, 155, 158.

<sup>8</sup> Siehe dazu und zum Folgenden BGHSt 155, 158 ff.

Mit diesem Standpunkt ist der BGH in der Literatur auf Zustimmung<sup>9</sup> und – überwiegend – auf Kritik<sup>10</sup> gestoßen. Die Kritik trägt zur Hauptsache Folgendes vor.<sup>11</sup>

Eine Bindung ist mit **§ 150 GVG** nicht zu vereinbaren; danach üben Staatsanwälte ihr Amt unabhängig von den Gerichten aus. Auch kann von einem Staatsanwalt nicht verlangt werden, eine Person anzuklagen, die er für unschuldig hält, zumal die Verfolgung Unschuldiger nach **§ 344 StGB** mit Strafe bedroht ist. Zudem wird ihm ein **widersprüchliches Verhalten** mit befremdlicher Außenwirkung abverlangt: Er soll einerseits Anklage erheben und andererseits seine entgegen gesetzte Rechtsansicht in der Hauptverhandlung durch Beantragung eines Freispruchs zum Ausdruck bringen. Schließlich ist unklar, wann überhaupt ein Fall der Bindung vorliegt, weil der **Begriff der festen Rechtsprechung** viel zu **diffus** ist.

Der zuletzt genannte Einwand zeigt, dass in praktischen Fällen Entscheidungen mit unterschiedlicher Reichweite möglich sind. Es kann grundsätzlich eine Bindung abgelehnt werden. Es kann aber auch – unter Verzicht auf eine Stellungnahme zur Grundsatzfrage – im konkreten Fall eine Bindung mangels ausreichend fester Rechtsprechung verneint werden. Im vorliegenden Fall könnte im letztgenannten Sinne entschieden werden, weil der BGH-Entscheidung zur Mietkaution entgegengesetzte Entscheidungen von Oberlandesgerichten vorgegangen sind.

Dieser Hinweis ermöglicht uns den Übergang zum materiellrechtlichen Problem. Man muss dieses Problem nicht „gelernt“ haben. Es erschließt sich

mit Grundwissen über die Anforderungen an eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB. Nicht jede Verpflichtung, die einen Bezug zu fremdem Vermögen aufweist, bildet eine geeignete Grundlage für eine Bestrafung wegen Untreue.<sup>12</sup> Zur Vermeidung einer Ausuferung des Tatbestandes wird der Kreis relevanter Pflichten auf solche beschränkt, die typischerweise und wesentlich eine fremdnützige Vermögensfürsorge zum Inhalt haben. Außerdem muss der Verpflichtete einen gewissen Spielraum für selbständige Entscheidungen haben. Kurzfassung: Es muss sich um eine **Hauptpflicht, verbunden mit Dispositionsfreiheit**, handeln.

Wendet man diese Merkmale auf die Verpflichtung des Vermieters an, in bestimmter Weise mit der Mietkaution umzugehen, so drängen sich Einwände gegen die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB geradezu auf.<sup>13</sup> In erster Linie dient die Zahlung doch dazu, Ansprüche des Vermieters gegen den Mieter zu sichern, was gegen eine Hauptpflicht des Vermieters spricht, sich um die Vermögensbelange des Mieters zu kümmern. Auch verfügt der Vermieter nur über einen geringen Entscheidungsspielraum, weil vertraglich und gesetzlich genau festgelegt ist, was mit der Kautionszahlung geschehen hat.

Mit diesen Einwänden spricht sich die Literatur überwiegend gegen eine Untreuestrafbarkeit in Fällen der vorliegenden Art aus.<sup>14</sup> In diesem Sinne haben auch einige Gerichte entschieden,<sup>15</sup> bevor der BGH zur Hauptsache mit den

<sup>9</sup> Z. B. *Beulke* (Fn. 5), Rn. 90.

<sup>10</sup> Z. B. *Hellmann*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 66; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 10 Rn. 12.

<sup>11</sup> Vgl. die Darstellungen bei *Hellmann* und *Roxin* (Fn. 10).

<sup>12</sup> Vgl. zum Folgenden *Küper*, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 360–366; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 4), Rn. 769–773.

<sup>13</sup> Vgl. *Dierlamm* in MüKo, StGB, § 266 Rn. 110; *Lackner/Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 266 Rn. 12.

<sup>14</sup> Vgl. zum Meinungsstand *Lackner/Kühl* (Fn. 13), § 266 Rn. 12.

<sup>15</sup> S. o. Fn. 3.

folgenden Argumenten den Gegenstandspunkt einnahm.<sup>16</sup>

Neben dem Sicherungsinteresse des Vermieters besteht ein Interesse des Mieters, das mit der Kautionshingebene Vermögen gesichert zu sehen. Dieses Interesse ist gleichermaßen bedeutsam und begründet daher eine (Haupt-)Pflicht des Vermieters, das Vermögen des Mieters treuhänderisch zu verwalten. Zwar sind seine Entscheidungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. Das Ausmaß der Bindung bleibt jedoch hinter den Fällen von „Diensten der Handreichung“<sup>17</sup> zurück, die mit dem Kriterium der Dispositionsfreiheit ausgegrenzt werden sollen: z. B. die Tätigkeit von Kellnern, Boten und Chauffeuren.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der Darstellung der Entscheidung müssen wir eine Bemerkung zum Verfahren voranstellen. Wie kam es zur Entscheidung des Oberlandesgerichts?

Die Generalstaatsanwaltschaft wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, dass nach ihrer Bewertung das Verhalten des B nicht den Tatbestand der Untreue erfülle und eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung, die Gegenteiliges annehme, nicht vorhanden sei. Daraufhin machte A von der in § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, dass Verletzte einer Straftat eine gerichtliche Entscheidung über die Klageerhebung beantragen können. Zuständig für die Entscheidung über derartige Klageerzeugungsanträge sind die Oberlandesgerichte. Halten sie den Antrag für begründet, dann verweisen sie die Sache nicht etwa zurück an die Staatsanwaltschaft; vielmehr beschließen sie selbst die Erhebung der Klage (§ 175 StPO). Das ist im vorliegenden Fall geschehen.

Da das Gericht anstelle der Staatsanwaltschaft handeln konnte, hätte es einer Stellungnahme zum prozessrechtlichen Problem der Bindung der Staatsanwaltschaft nicht unbedingt bedurft. Es ist jedoch gut verständlich, dass der Senat sich mit dieser Frage auseinandergesetzt hat. Der Fall bot Gelegenheit für grundsätzliche Ausführungen, mit denen Klarheit für das vom Gericht erwartete künftige Verhalten der Staatsanwaltschaft geschaffen wird. Die Gelegenheit ergibt sich nur dann, wenn es zu einem Klageerzwingungsverfahren kommt. Das setzt voraus, dass durch die Straftat eine Person verletzt worden ist, was bei so genannten opferlosen Delikten<sup>18</sup> nicht der Fall ist, und dass die verletzte Person einen Antrag nach § 172 Abs. 1 StPO stellt.

Das OLG Zweibrücken knüpft an die oben dargestellte Entscheidung des BGH an und erweitert sogar noch den Bereich der Fälle, für die eine Bindung der Staatsanwaltschaft angenommen wird. Vorausgesetzt wird nicht mehr eine feste höchstrichterliche Rechtsprechung. Ausreichen soll eine Konstellation „unterschiedlicher rechtlicher Bewertung einer Rechtsfrage, wobei Strafbarkeit nach **ernstzunehmender Meinung** in Betracht kommt“<sup>19</sup>. Liege sie vor, dann folge aus dem Legalitätsgrundsatz eine „Obliegenheit zur Anklageerhebung“<sup>20</sup>. Eine nähere Begründung enthält die Entscheidung nicht.

Zwei Fragen drängen sich auf. Was ist unter einer „ernstzunehmenden Mei-

<sup>18</sup> Z. B. abstrakte Gefährungsdelikte oder Rauschgiftstraftaten.

<sup>19</sup> OLG Zweibrücken – 1 Ws 47/07 –, abrufbar bei juris, Rn. 5 (Fettdruck von uns eingefügt).

<sup>20</sup> OLG Zweibrücken (Fn. 19), Rn. 5. (Der Senat leistet sich hier einen begrifflichen Lapsus. Unter „Obliegenheit“ wird eine „im eigenen Interesse zu beachtende Verhaltensanordnung“ verstanden, „deren Missachtung nachteilige Folgen für die belastete Partei hat“; Alpmann Brockhaus Fachlexikon Recht, 2. Aufl. 2005, S. 967. Gemeint hat der Senat jedoch eine echte Verpflichtung.)

<sup>16</sup> Vgl. zum Folgenden BGHSt 41, 224 ff. – Zustimmend: Marxen, Kompaktkurs Strafrecht BT, 2004, S. 386 f.

<sup>17</sup> BGHSt 41, 224, 229.

nung“ zu verstehen? Wann kommt eine Anklageerhebung „in Betracht“?

Die Entscheidung gibt darüber nur recht knapp Auskunft, indem sie Bezug nimmt auf die Entscheidung des BGH zur missbräuchlichen Verwendung der Mietkaution durch den Vermieter: „Auf Grund der Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage erscheint eine Verurteilung **eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich**.“<sup>21</sup>

Der Satz legt die Annahme nahe, dass sich die vorzunehmende Prognose an der Praxis der Obergerichte orientieren soll und dass der Meinungsstand in der Literatur weniger wichtig, wenn nicht gar bedeutungslos ist.

Ferner wird mit dem Begriff der Wahrscheinlichkeit eine Verbindung zum gesetzlichen Merkmal des hinreichenden Tatverdacht hergestellt, der die gesetzliche Voraussetzung für die Erhebung der Anklage bildet: Nach gängiger Definition setzt dieser Verdacht die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung voraus.<sup>22</sup> Demnach verpflichtet das Legalitätsprinzip nicht nur dann zur Anklageerhebung, wenn sich ein bestimmter Sachverhalt in der Hauptverhandlung wahrscheinlich beweisen lassen wird und der Staatsanwalt rechtlich davon überzeugt ist, dass für diesen Sachverhalt die Voraussetzungen der Strafbarkeit erfüllt sind. Zur Erhebung der Anklage soll der Staatsanwalt auch gezwungen sein, falls er diese rechtliche Überzeugung nicht hat, aber gerichtliche Entscheidungen vorliegen, nach denen auch in rechtlicher Hinsicht eine Verurteilung wahrscheinlich ist.

Schließlich wird man der Grenzziehung mit dem Begriffspaar wahrscheinlich/unwahrscheinlich entnehmen müssen, dass Wahrscheinlichkeit immer schon dann vorliegt, wenn die 50-Prozent-Marke der Unentschiedenheit überschritten ist.

<sup>21</sup> OLG Zweibrücken (Fn. 19), Rn. 5 (Fett-  
druck von uns eingefügt).

<sup>22</sup> Vgl. *Volk*, Grundkurs StPO, 5. Aufl.  
2006, § 8 Rn. 3.

Seine Stellungnahme zum prozessrechtlichen Problem machte es für den Senat entbehrlich, sich selbst auch noch mit dem materiellrechtlichen Problem auseinanderzusetzen.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die Entscheidung dringt allmählich ins Bewusstsein der juristischen Öffentlichkeit. Hatte sich zunächst die RÜ<sup>23</sup> mit ihr befasst, so wird sie nun in der JuS kommentiert<sup>24</sup>. Wir hatten sie schon seit einiger Zeit im Visier und sehen jetzt den richtigen Zeitpunkt für eine Famos-Besprechung gekommen.

Bemerkenswert ist die Entscheidung als solche, nicht die Begründung. Denn diese beschränkt sich letztlich auf die bloße Behauptung, dass aus dem Legalitätsgrundsatz die Pflicht der Staatsanwaltschaft folge, anzuklagen, wenn nach „ernstzunehmender Meinung“ eine Strafbarkeit in Betracht komme.

Trotz der Dürftigkeit der Begründung wird die Entscheidung die Diskussion über die Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung neu entfachen, weil das OLG Zweibrücken eine **noch weitergehende Bindung** als der BGH in seiner viel kritisierten Entscheidung<sup>25</sup> annimmt. Es wird (oder sollte) Aufsehen erregen, dass in einer Zeit, in der die Staatsanwaltschaft an Macht gewonnen und das Legalitätsprinzip an Bedeutung verloren hat,<sup>26</sup> die richterliche Kontrolle der staatsanwaltschaftlichen Anklagenpraxis verstärkt wird. Zwar sind Zweifel angebracht, ob der

<sup>23</sup> RÜ 2007, S. 261.

<sup>24</sup> JuS 2007, 691 (*Jahn*).

<sup>25</sup> BGHSt 15, 155.

<sup>26</sup> Erwähnt sei der Ausbau der Möglichkeiten einer Einstellung des Verfahrens aus Gründen der Opportunität gemäß §§ 153 ff. StPO, welche die Staatsanwaltschaft teilweise ohne gerichtliche Mitwirkung wahrnehmen kann. Auch die immer häufiger vorkommenden Verfahrensabsprachen haben die Position der Staatsanwaltschaft gestärkt.

obergerichtliche Herrschaftsanspruch durchsetzbar ist, der in dieser Entscheidung anklingt. Denn für seine Durchsetzung steht allein das Instrument der Strafverfolgung wegen Strafvereitelung im Amt nach § 258 a StGB zur Verfügung, das wiederum in der Hand der Staatsanwaltschaft liegt. Immerhin wird aber das Thema der innerjustiziellen Gewaltenteilung zwischen Gericht und Staatsanwaltschaft wieder auf die Tagesordnung gesetzt.

Dieses Thema ist gleichermaßen für die Praxis wie für die juristische Ausbildung von großem Interesse. Für Ausbildungs- und Prüfungszwecke ist die Entscheidung auch dadurch attraktiv, dass sie es ermöglicht, das Problem der Anforderungen an die Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 Abs. 1 StGB an einem höchst umstrittenen Fall zu erörtern.

## 5. Kritik

Das Fehlen einer näheren Begründung könnte damit zu erklären sein, dass dem Senat nicht bewusst geworden ist, wie sehr seine zentralen Formulierungen die Bindung der Staatsanwaltschaft ausdehnen. Denkbar ist auch, dass er diese Ausdehnung möglichst unauffällig einführen wollte. Keine der beiden Erklärungen schmeichelt dem Senat. Eine aus nur zwei Sätzen bestehende Begründung steht in einem eklatanten Missverhältnis zur Bedeutung des Problems der Bindung der Staatsanwaltschaft an die höchstrichterliche Rechtsprechung.

Auch uns wird eine angemessene Würdigung im Rahmen dieser Besprechung nicht gelingen.<sup>27</sup> Wir beschränken uns auf drei Bemerkungen.

Für eine Bindung mag sprechen, dass der Verlust der Rechtseinheit zu besorgen ist, wenn es dem Gusto der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft

überlassen bliebe, ob es zur Anklage kommt. Allerdings zeigt die Praxis der modernen Staatsanwaltschaft, dass die Gefahr durchaus zu beherrschen ist, indem die Weisungsabhängigkeit und die Verständigungsmöglichkeiten moderner Kommunikationsmittel genutzt werden, um ein einheitliches Vorgehen zu sichern.

Gegen eine Bindung spricht eine Entwicklung, die zum Zeitpunkt der Entscheidung des BGH (1960) noch nicht absehbar war. Seither hat die Bedeutung der Verfassung für die Strafrechtsanwendung enorm zugenommen,<sup>28</sup> wie auch die Vielzahl der zum Strafrecht ergangenen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts belegt. Da die Staatsanwaltschaft unabhängig davon, ob sie der Exekutive oder der Judikative zugerechnet wird,<sup>29</sup> unmittelbar der Verfassung verpflichtet ist (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG), muss es ihr möglich sein, einer höchstrichterlichen Rechtsprechung jedenfalls dann die Gefolgschaft zu verweigern, wenn sie sie für verfassungswidrig hält.<sup>30</sup>

Schließlich: Die Bindung verwehrt Staatsanwälten ein eigenes Urteil über Rechtsfragen. Ihre Aufgabe erschöpft sich in bloßer Analyse des vorhandenen Meinungsstandes. Das verträgt sich schlecht mit einer juristischen Ausbildung, die selbständig denkende und verantwortungsbewusst agierende Juristen hervorbringen soll und daher das begründungslose Befolgen einer herrschenden Meinung als fehlerhaft bewertet.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Tobias Stauß zugrunde.)*

<sup>27</sup> Für den bisherigen Meinungsstand sei nochmals auf *Hellmann* und *Roxin* (Fn. 10) und die dortigen weiteren Nachweise verwiesen.

<sup>28</sup> Vgl. zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht *Krey*, Strafrecht AT, 2. Aufl. 2004, Rn. 44–117.

<sup>29</sup> Vgl. dazu *Roxin* (Fn. 10), Rn. 8.

<sup>30</sup> Man denke an den jüngst von uns besprochenen Fall, in dem das BVerfG die Rechtsprechung des BGH zu § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB für verfassungswidrig erklärt hat (Rollsplitt-Fall, Famos Mai 2007).