

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 2/2004
5. Jahrgang

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

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

Aufsätze

Wiss. Ass. *Karsten Gaede* **Menschenrechtliche Fragezeichen hinter der Zurückhaltung von Beweismitteln im deutschen Strafverfahren**

RA *Markus Rübenstahl* Mag. iur. **Die Untreue des Rechtsanwalts durch Verwahrung von Mandantengeldern auf eigenen Konten**

Wiss. Mit. *Ulf Buermeyer* **HRRS-Praxishinweis: Zweifelssatz und Maßregelordnung beim Vollrausch gem. § 323a StGB**

Entscheidungen

BVerfG **Zulässigkeit der lebenslangen Sicherungsverwahrung**

EGMR ***Baars v. Niederlande* – Schutz der Unschuldsvermutung gegen belastende (Kosten-) Entscheidungen**

BVerfG **Begrenzung der analogen Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO**

BGH **Keine Privilegierung bei § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG und § 227 Abs. 1 StGB**

BGH **Zurückweisung der Anfrage zur Unwirksamkeit des nach einer unzulässigen Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts durch den ersten Strafsenat**

BGH **Kein Richterausschluss bei Tätigkeit als Staatsanwalt in einer Leichensache**

SCHRIFTLLEITUNG
Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig), Prof. Dr.
Christoph Sowada (Univ. Rostock)
Oberassistentin Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich),
RA mag. iur. Markus Rübenstahl (Kanzlei Redeker Sellner Dahs
& Widmaier, Karlsruhe); Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer.

HRRS HRR-Strafrecht

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig), **Prof. Dr. Christoph Sowada** (Univ. Rostock) **Oberassistentin Dr. Daniela Demko, LL.M.** (Zürich), **RA mag. iur. Markus Rübenstahl** (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); **Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer.**

5. Jahrgang, Februar 2004, Ausgabe **2**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

BVerfG 2 BvR 2029/01 – Urteil vom 5. Februar 2004 (OLG Frankfurt, LG Marburg/Zweiter Senat)

Menschenwürde (sozialer Wert- und Achtungsanspruch; Verletzung; Subjektstellung; Haftschäden; Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums; keine Verwirkung der Würde); Wesensgehalt eines Grundrechtes (Bestimmung aus dem Gesamtsystem der Grundrechte; Legitimierung des Eingriffes durch gewichtige Grundrechte anderer; Verhältnismäßigkeit); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Präventivmaßnahme; Schutz der Allgemeinheit; fortdauernde Gefährlichkeit; Achtung der Eigenständigkeit und Würde des Untergebrachten; Ausrichtung am Resozialisierungsgedanken; Ausrichtung auf ein frei verantwortliches Leben in Freiheit); Dauer der Sicherungsverwahrung (prozeduraler Grundrechtsschutz; Prüfungsanforderungen; Nachweis der Gefährlichkeit; von Verfassungen wegen kein Gebot der Festsetzung einer Höchstfrist); Vollzugslockerungen; Prognoseentscheidung des Gerichtes (eigene Entscheidung; richterliche Kontrolle des ärztlichen Gutachtens); Sachverständigen-gutachten (erfahrener Sachverständiger; externer Sachverständiger; ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Erstellung; Gebot der Transparenz: vollständige und klare Darlegung der Anknüpfungs- und Befundtatsachen, Erläuterung der Untersuchungsmethoden, Offenlegung der Hypothesen; Gebot der hinreichend breiten Prognosebasis: Hauptbereiche aus dem Lebenslängs- und -querschnitt des Verurteilten, Auseinandersetzung mit dem Anlassdelikt, der prädeliktischen Persönlichkeit, der postdeliktischen Persönlichkeitsentwicklung, sozialer Empfangsraum des Täters, Verhalten bei Vollzugslockerungen); absolutes Rückwirkungsverbot (Geltung nur für

Strafen; verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe); Garantie des gesetzlichen Richters; Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutzgebot).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; Art. 19 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 StGB.

1. a) Die Menschenwürde wird auch durch eine langdauernde Unterbringung in der Sicherungsverwahrung nicht verletzt, wenn diese wegen fortdauernder Gefährlichkeit des Untergebrachten notwendig ist. Erforderlich ist aber auch in diesen Fällen, die Eigenständigkeit des Untergebrachten zu wahren, seine Würde zu achten und zu schützen. Daher muss die Sicherungsverwahrung ebenso wie der Strafvollzug darauf ausgerichtet sein, die Voraussetzungen für ein verantwortliches Leben in Freiheit zu schaffen. (BVerfG)

1. b) Für das Institut der Sicherungsverwahrung folgt aus Art. 1 Abs. 1 GG kein verfassungsrechtliches Gebot, schon bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung oder in einem späteren Überprüfungszeitpunkt eine Höchstfrist des Vollzugs festzusetzen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber vorsieht, dass eine verbindliche Entscheidung über den voraussichtlichen Entlassungszeitpunkt beim Sicherungsverwahrten nicht im Vorhinein getroffen wird. (BVerfG)

2. a) Je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert, umso strenger sind die Voraussetzungen für ihre Fortdauer. (BVerfG)

2. b) Die Vorschrift des § 67d Abs. 3 StGB trägt der verstärkten Geltung des Freiheitsanspruchs nach zehnjähriger Verwahrdauer Rechnung, indem sie erhöhte Anforderungen an das bedrohte Rechtsgut und den Nachweis der Gefährlichkeit des Verwahrten stellt und nur ausnahmsweise die Fortsetzung der Vollstreckung gestattet. (BVerfG)

2. c) Wegen der besonderen Bedeutung der Vollzugslockerungen für die Prognosebasis darf sich das Vollstreckungsgericht nicht damit abfinden, dass die Vollzugsbehörde ohne hinreichenden Grund Vollzugslockerungen versagt, welche die Erledigung der Maßregel vorbereiten können. (BVerfG)

2. d) Die Landesjustizverwaltungen haben dafür Sorge zu tragen, dass Möglichkeiten der Besserstellung im Vollzug der Sicherungsverwahrung soweit ausgeschöpft werden, wie sich dies mit den Belangen der Justizvollzugsanstalten verträgt. (BVerfG)

3. Der Anwendungsbereich von Art. 103 Abs. 2 GG ist auf staatliche Maßnahmen beschränkt, die eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldausgleich dient. (BVerfG)

4. Der Wegfall der Höchstfrist für eine erstmalig angeordnete Sicherungsverwahrung und die Anwendbarkeit auf Straftäter, bei denen die Sicherungsverwahrung vor Verkündung und Inkrafttreten der Novelle angeordnet und noch nicht erledigt war, steht im Einklang mit dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutzgebot (Art. 2 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG). (BVerfG)

5. Achtung und Schutz der Menschenwürde gehören zu den Konstitutionsprinzipien des Grundgesetzes. Mit der Menschenwürde ist der soziale Wert- und Achtungsanspruch des Menschen geschützt, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt des Staates zu machen oder ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist auch dem eigen, der auf Grund seines körperlichen oder geistigen Zustands nicht sinnhaft handeln kann. Selbst durch „unwürdiges“ Verhalten geht sie nicht verloren. Sie kann keinem Menschen genommen werden. Verletzbar ist aber der Achtungsanspruch, der sich aus ihr ergibt. (Bearbeiter)

6. Für die Strafrechtspflege bedeutet das Gebot zur Achtung der Menschenwürde insbesondere, dass grausame, unmenschliche und erniedrigende Strafen verboten sind. Der Täter darf nicht zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung seines verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs gemacht werden. Mit der Garantie der Menschenwürde wäre es unvereinbar, wenn der Staat für sich in Anspruch nehmen würde, den Menschen zwangsweise seiner Freiheit zu entkleiden, ohne dass zumindest die

Chance für ihn bestehen würde, je wieder der Freiheit teilhaftig zu werden. (Bearbeiter)

7. Zu den Anforderungen an die richterliche Entscheidung und an zugrunde liegende Sachverständigengutachten bei der Anordnung und Überprüfung der Sicherungsverwahrung. (Bearbeiter)

8. Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner kriminalpolitischen Vorstellungen und Ziele im Rahmen seiner Einschätzungsprärogative zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Verfassungsgerichtlicher Korrektur unterliegen insoweit nur offensichtlich fehlsame Entscheidungen des Gesetzgebers (vgl. BVerfGE 30, 292, 317; 77, 84, 106). (Bearbeiter)

9. Strafbarkeit im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG setzt danach voraus, dass das auferlegte materielle Übel mit der Missbilligung vorwerfbareren Verhaltens verknüpft ist und von seiner Zielrichtung her (zumindest auch) dem Schuldausgleich dient. (Bearbeiter)

EGMR Nr. 44320/98 – Urteil vom 28. Oktober 2003 (Baars v. Niederlande)

Unschuldsumsetzung: Schutz vor (Kosten-) Entscheidungen, welche den Angeklagten formal oder materiell ohne vorherigen gesetzlichen Schuldbeweis und ohne die Möglichkeit zur Ausübung der Verteidigungsrechte für schuldig erklären (Abgrenzung von – missverständlicher / bedenklicher – Verdachtsdarstellung und materieller Schuldfeststellung; Schutz auch bei Verfahrenseinstellung ohne vorherigen Freispruch); kein Entschädigungsanspruch nach Verfahrenseinstellung gemäß EMRK (Recht auf Privatleben).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 8 EMRK

1. Die Unschuldsumsetzung wird verletzt, wenn eine justitielle Entscheidung einen Angeklagten als schuldig einschätzt, ohne dass zuvor ein gesetzlicher Schuldbeweis erbracht worden ist und der Angeklagte seine Verteidigungsrechte ausüben konnte. Dies kann auch der Fall sein, wenn keine formale Schuldfeststellung erfolgt. Es genügt für eine Verletzung, wenn die Entscheidungsbegründung zeigt, dass das Gericht den Angeklagten als schuldig ansieht.

2. Weder Art. 6 Abs. 2 EMRK noch eine andere Vorschrift der EMRK gewährt einem Angeklagten ein Recht auf eine Entschädigung, wenn ein gegen ihn eingeleitetes Verfahren eingestellt worden ist. Die Verweigerung einer Entschädigung hinsichtlich der für das Verfahren angefallenen Auslagen und Kosten stellt für sich genommen noch keine Verletzung der Unschuldsumsetzung dar.

3. Die Entscheidung über eine solche Entschädigung nach der Beendigung des Verfahrens kann jedoch durch ihre Begründung zu einer Verletzung der

Unschuldsumutung führen, wenn zuvor der gesetzliche Schuldbeveis nicht erbracht worden ist und der Angeklagte seine Verteidigungsrechte nicht ausüben konnte. Dies gilt auch dann, wenn die Beendigung des Verfahrens nicht durch einen Freispruch erfolgt ist. Die Bezugnahme auf einen nach dem vorherigen Verfahren verbliebenen Tatverdacht führt dabei allein noch nicht zu einer Verletzung, selbst wenn die Äußerungen missverstanden werden können.

BVerfG 2 BvR 1704/01 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (BGH/3. Kammer des Zweiten Senats)

Recht auf den gesetzlichen Richter (willkürliche Erwägungen; Auslegung einer Zuständigkeitsnorm); Revision (Strafzumessung; Zurückverweisung; grundsätzlich nur Rechtsprüfung keine eigene Ermessenserwägung des Revisionsgerichts); Kompetenz des Revisionsgerichts bei einer Veränderung des Schuldspruchs, die Rechtsfolgenentscheidung selbst zu treffen (Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe trotz Wegfalls zweier Einzelstrafen; Durchentscheidung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; analog § 354 StPO

1. Art. 101 Abs. 2 Satz 1 GG kann verletzt sein, wenn ein Revisionsgericht eine nach dem Stand des Verfahrens gebotene Zurückverweisung an das Tatsachengericht unterlässt (vgl. BVerfGE 54, 100, 115). Die über die gesetzlich normierten Fälle des § 354 Abs. 1 StPO hinausgehende Strafzumessung durch das Revisionsgericht, die zugleich die Entscheidung des Tatgerichts zur Festsetzung der konkret verwirkten Strafe verhindert, enthält eine Verkenning der dem Revisionsgericht gezogenen Grenzen. Sie verletzt jedenfalls dann das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn sie von willkürlichen Erwägungen bestimmt ist (vgl. BVerfGE 31, 145, 165).

2. Ob die Entscheidung des Revisionsgerichts, die Strafe selbst festzusetzen, auf willkürlichen Erwägungen beruht, ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu entscheiden (BVerfG NStZ 1991, 499). Willkür liegt dann vor, wenn die Entscheidung eines Gerichts sich bei der Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist. Dies bedeutet, dass Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch durch eine gerichtliche Entscheidung verletzt wird, die bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist (BVerfGE 29, 45, 49).

3. Im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG werden die Grenzen, die der Auslegung und Anwendung des Strafprozessrechts unter Berücksichtigung der gesetzlichen Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht von Verfassungen wegen gezogen sind, jedenfalls dann überschritten, wenn ein Revisionsgericht das Ergebnis der tatrichterlichen Strafzumessung aufrechterhält, obgleich zwei Einzelstrafen weggefallen sind, die der Tatrichter für die Bildung der Gesamtstrafe als wesentlich erachtet hatte.

BVerfG 2 BvR 917/03 – Beschluss vom 23. Dezember 2003 (OLG Nürnberg/2. Kammer des Zweiten Senats)

Anspruch auf Rechtsschutz: Rechtsberatungsgesetz (Auswirkungen eines Verstoßes auf den Rechtsschutz; Beratung im Strafvollzug; Missbrauchsbeffriff); Strafvollzug (Disziplinarmaßnahme; Rechtsbeschwerde; Entstehen von Abhängigkeiten und Autoritätsstrukturen durch rechtsberatende Tätigkeit; Vollzugszweck; Sicherheit und Ordnung in der Justizvollzugsanstalt).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 § 8 RBERG; Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG

1. Das Rechtsberatungsgesetz sieht als Mittel der Sanktionierung von Verstößen gegen die Verbote und Gebote des Rechtsberatungsgesetzes die Ahndung als Ordnungswidrigkeit (Art. 1 § 8 RBERG), nicht aber eine Beschneidung der Rechtsschutzmöglichkeiten des rechtsuchenden Antragstellers vor. Eine gegenläufige Auslegung des Gesetzes stellt eine nicht nachvollziehbare, grundlose Versagung des Anspruches auf Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG dar.

2. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt. Die Voraussetzungen und Bedingungen des Zugangs zu gerichtlichem Rechtsschutz werden durch das einfache Recht ausgestaltet. Dabei darf der Anspruch des Bürgers auf eine tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle nicht in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht zu rechtfertigender Weise eingeschränkt werden. Dasselbe gilt für die gerichtliche Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts. Art. 19 Abs. 4 GG ist daher verletzt, wenn eine gerichtliche Sachentscheidung ohne nachvollziehbaren Grund versagt wird

3. Das Prozessrecht kennt keinen Grundsatz des Inhalts, dass nur rechtmäßig zustande gekommene Anträge zulässig sind. Auch aus dem ungeschriebenen Verbot des Missbrauchs prozessualer Rechte lässt sich ein solcher Grundsatz nicht ableiten. Denn ein Missbrauch ist dann anzunehmen, wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die Verfahrensordnung eingeräumte Möglichkeit zur Wahrung seiner Belange benutzt, um statt des Schutzes seiner Rechte gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen, nicht aber wenn der Verfahrensbeteiligte ein sachliches, dem Zweck des Verfahrens entsprechendes Anliegen verfolgt.

BVerfG 2 BvR 366/03 - Beschluss vom 10. Oktober 2003 (OLG Koblenz)

Menschenwürde; allgemeines Persönlichkeitsrecht; allgemeine Handlungsfreiheit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnis zur Sicherungsverwahrung; aliud; anderes Übel; qualitativer Unterschied); unklare Aussicht auf Behandlungserfolg; isolierter Sicherungszweck; Aussetzung des Maßregelvollzuges (Entlassungsprognose; Erprobung; vertretbares Risiko).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 62 StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

1. Bei der Entscheidung über die bedingte Entlassung eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten ist der mit Verfassungsrang ausgestattete Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Die mögliche Gefährdung der Allgemeinheit muss zur Dauer des erlittenen Freiheitsentzugs in Beziehung gesetzt werden (vgl. BVerfGE 70, 297, 311 f). Die dem Richter auferlegte Prognose erfordert eine wertende Entscheidung über die „Verantwortbarkeit der Erprobung“ einer Aussetzung des Maßregelvollzuges. Dies schließt ein, dass mit der Aussetzung ein vertretbares Risiko eingegangen wird, zumal bei lang andauerndem Freiheitsentzug mit völligem Wohlverhalten nach der bedingten Entlassung kaum jemals zu rechnen ist. Die Entlassungsprognose erfordert also nicht etwa die sichere Erwartung zukünftigen Wohlverhaltens des Untergebrachten.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet, die Unterbringung eines Täters in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB nur solange zu vollstrecken, wie der Zweck dieser Maßregel es unabweisbar erfordert und zu seiner Erreichung den Untergebrachten weniger belastende Maßnahmen nicht genügen. Je länger die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus andauert, umso strenger werden die Voraussetzungen für die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs sein. Das Freiheitsgrundrecht gewinnt wegen des sich verschärfenden Eingriffs immer stärkeres Gewicht für die Wertungsentscheidung des Strafvollstreckungsrichters, zumal der Gesetzgeber für diese Maßregel eine absolute zeitliche Höchstgrenze der Vollstreckung nicht vorgesehen hat.

3. Von der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus sind zwar Täter nicht von vornherein ausgeschlossen, bei denen die Aussicht auf Besserung zweifelhaft erscheint (vgl. BGH, NStZ 1990, 122, 123). Dem Verblässen des Besserungszwecks mag auch eine nur begrenzte Bedeutung zukommen oder die Besserung mag als Nebenzweck überhaupt nachrangig sein (vgl. BVerfGE 70, 297, 316-318). Wenn sich jedoch die Besserungsprognose weiterhin verschlechtert und die Besserung gegebenenfalls sogar ausgeschlossen sein sollte, nähert sich die Unterbringung gemäß § 63 StGB dem Vollzug einer Sicherungsverwahrung an. Die beiden Maßregeln, die grundsätzlich gemäß § 72 Abs. 2 StGB auch nebeneinander angeordnet werden können, sind jedoch voneinander zu unterscheiden. Sie stehen nicht in einem Stufenverhältnis zueinander, sondern unterscheiden sich qualitativ. Die Unterbringung ist im Verhältnis zur Sicherungsverwahrung kein geringeres, sondern ein anderes Übel (vgl. BGH, NStZ 2002, 533, 534).

BVerfG 2 BvR 27/04 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Itzehoe, AG Itzehoe/3. Kammer des Zweiten Senats)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung des Vorbringens; Rechtswegerschöpfung; Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei); Beschlagnahme (genaue Bezeichnung der zu beschlagnahmenden Gegenstände; Richtlinie für die Durchsuchung; vorläufige Beschlagnahme; Rechtsschutz gegen die Beschlagnahme).

Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; § 32 BVerfGG; § 102 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde darf dann nicht ergehen, wenn sich das in der Hauptsache zu verfolgende Begehren als unzulässig oder offensichtlich unbegründet erweisen würde (BVerfGE 103, 41, 42). Dies ist u.A. dann der Fall, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg gemäß § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG noch nicht erschöpft hat.

2. Ordnet ein Richter - etwa gleichzeitig mit dem Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses - die Beschlagnahme von Gegenständen an, bevor diese von den Strafverfolgungsbehörden in amtlichen Gewahrsam genommen worden sind, so muss er die Gegenstände so genau bezeichnen, dass keine Zweifel darüber bestehen, ob sie von der Beschlagnahmeanordnung erfasst sind oder nicht. Fehlt diese genaue Bezeichnung, so handelt es sich bei der Beschlagnahmeanordnung lediglich um eine Richtlinie für die Durchsuchung.

3. Die Sicherstellung und Durchsuchung des Datenbestandes der Rechtsanwaltskanzlei bedarf jedenfalls im Hinblick darauf, dass neben dem Beschuldigten die Daten einer Vielzahl Nichtbeschuldigter betroffen sind, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit einer besonderen verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

BVerfG 2 BvR 1895/03 – Beschluss vom 15. Januar 2004 (Leitender OStA der StA Düsseldorf/3. Kammer des Zweiten Senats)

Rechtliches Gehör; Akteneinsicht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren (Gefährdung des Untersuchungszweckes; Teilakteneinsicht; Steuerstrafverfahren; Parallelverfahren vor dem Finanzgericht); (nicht) offenes Ermittlungsverfahren.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 147 Abs. 1 StPO; § 147 Abs. 2 StPO.

Mit Blick auf den rechtsstaatlichen Auftrag zur möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren ist es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft einen Informationsvorsprung hat und das Informationsinteresse des Beschuldigten im Hinblick auf den Inhalt der Verfahrensakten bis zum Abschluss des Ermittlungsverfahrens zurücksteht.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

BGH 5 StR 458/03 – Urteil vom 16. Dezember 2003 (LG Göttingen)

Tötungsvorsatz (Totschlag; Eventualvorsatz; Indiz der äußerst gefährlichen Handlung: auf der Hand Liegen des Vorsatzes, Strangulieren; voluntatives Vorsatzelement: fehlsamer Beleg einer Grundlage für das Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges; Beweiswürdigung); Abgrenzung Beihilfe und Mittäterschaft. § 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

1. Bei einer objektiv äußerst gefährlichen Handlung, wie es etwa das Strangulieren des Tatopfers unzweifelhaft darstellt, liegt die Annahme eines bedingten Tötungsvor-

satzes nahe. Das Tatgericht hat dabei diesem Indiz das sich aus den Tatumständen gegebenenfalls ergebende gesteigerte Gewicht beizumessen (hier: außerordentlich lange Dauer des Strangulierens). In einer solchen Fallkonstellation kann (zumindest) bedingter Tötungsvorsatz auf der Hand liegen, ohne dass es dafür besonderer Anforderungen an die Darlegung der inneren Tatseite in den Urteilsgründen bedarf (vgl. BGH NStE Nr. 27 zu § 212 StGB).

2. Zum voluntativen Vorsatzelement: fehlerhafter indizieller Beleg einer Grundlage für das Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

BGH 3 StR 120/03 – Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Kiel)

BGHSt; Privilegierung (privilegierende Spezialität; Verabreichen von Betäubungsmitteln; Körperverletzung mit Todesfolge; eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Fremdgefährdung; Täterschaft; Teilnahme; Akzessorität; Tatherrschaft); Sittenwidrigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden; Allgemeinkundigkeit; gute Sitten; anderweitige Strafbarkeit; Konsum harter Drogen; Lebensgefahr; Bedeutung der Verletzung von Universalrechtsgütern).

§ 227 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; vor § 13 StGB; § 27 StGB; § 228 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG in der Tatvariante des Verabreichens von Betäubungsmitteln mit Todesfolge steht zu § 227 Abs. 1 StGB nicht im Verhältnis privilegierender Spezialität. (BGHSt)

2. Zur Rechtswidrigkeit einer Körperverletzung, die durch das einverständliche Verabreichen illegaler Betäubungsmittel bewirkt wird. (BGHSt)

3. Privilegierende Spezialität als besondere Form der Gesetzeskonkurrenz liegt vor, wenn ein Strafgesetz alle Merkmale einer anderen Strafvorschrift und wenigstens noch ein weiteres Merkmal enthält, das den in Frage kommenden Sachverhalt unter einem spezielleren Gesichtspunkt erfasst und der Täter durch die Spezialvorschrift privilegiert werden soll. In diesem Fall ist ein

Rückgriff auf das allgemeinere Delikt ausgeschlossen, da hierdurch die Privilegierung beseitigt würde (vgl. BGHSt 30, 235, 236). Ob die speziellere Vorschrift den Täter begünstigen soll, ist anhand des Zwecks dieser Vorschrift, des inneren Zusammenhangs der miteinander konkurrierenden Bestimmungen und des Willens des Gesetzgebers zu prüfen (BGHSt 19, 188, 190; 24, 262, 266). (Bearbeiter)

4. Nicht jede Betäubungsmittelgabe führt zwingend zu einer Gesundheitsschädigung. Insbesondere beim Konsum leichter Drogen in geringer Dosis müssen die normalen Körperfunktionen nicht derart nachteilig beeinflusst werden, dass von einem pathologischen Zustand (vgl. BGHSt 43, 346, 354 m. w. N.) gesprochen werden kann. Wer bei der Verabreichung von Betäubungsmitteln nur derartige Wirkungen billigend in Kauf nimmt, macht sich daher nicht der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig. (Bearbeiter)

5. Daher beinhaltet auch nicht jede Verabreichung von Betäubungsmitteln mit Todesfolge notwendig eine vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge. Beide stehen trotz des im Vergleich zu § 227 Abs. 1 StGB für die Todesfolge in § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG geforderten erhöhten Grades der Fahrlässigkeit bei gleichzeitig niedrigerer Strafrahmengrenze nicht im Verhältnis der privilegierender Spezialität. (Bearbeiter)

6. Die eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdung erfüllt grundsätzlich nicht den Tatbe-

stand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, wenn sich das mit der Gefährdung vom Opfer bewusst eingegangene Risiko realisiert. Wer eine solche Gefährdung veranlasst, ermöglicht oder fördert, nimmt lediglich an einem Geschehen teil, welches - soweit es um die Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - nicht tatbestandsmäßig und damit nicht strafbar ist (grundlegend BGHSt 32, 262 und ständig, zuletzt BGH, Urteil vom 20. 5. 2003 - 5 StR 66/03 = NJW 2003, 2326). (Bearbeiter)

7. Maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen strafloser Beteiligung an einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung und einer Fremdgefährdung ist die Trennungslinie zwischen Täterschaft und Teilnahme. Liegt die Tatherrschaft über die Gefährdungshandlung nicht allein bei dem Gefährdeten, sondern zumindest auch bei dem sich hieran Beteiligten, so begeht dieser eine eigene Tat. (Bearbeiter)

8. Nach dem Wortlaut des § 228 StGB ist entscheidend, ob die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Unerheblich ist daher, ob dieser Makel - auch oder nur - der Einwilligung anhaftet (BGHSt 4, 88, 91; BGH NSTZ 2000, 87, 88). (Bearbeiter)

9. Um dem Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG) standzuhalten, muss der Begriff der guten Sitten im Sinne des § 228 StGB auf seinen Kern beschränkt werden. Dies bedeutet, dass ein Verstoß der Körperverletzungstat gegen die guten Sitten nur angenommen werden kann, wenn sie nach allgemein gültigen moralischen Maßstäben, die vernünftigerweise nicht in Frage gestellt werden können, mit dem eindeutigen Makel der Sittenwidrigkeit behaftet ist. In diesem Sinne ist eine Körperverletzung trotz Einwilligung des Geschädigten dann sittenwidrig, wenn sie gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt (vgl. BGHSt 4, 24, 32; 4, 88, 91). (Bearbeiter)

10. Die allgemein gültigen, vernünftigerweise nicht anzweifelbaren sittlichen Wertmaßstäbe sind allgemeinkundig. Sie stehen daher der Kenntnisnahme durch das Revisionsgericht offen, ohne dass es ihrer Darlegung im tatrichterlichen Urteil bedarf (vgl. BGHSt 6, 292, 296). (Bearbeiter)

11. Der Senat vermag nicht zu erkennen, dass der Konsum illegaler Drogen nach heute allgemein anerkannten, nicht anzweifelbaren Wertvorstellungen generell noch als unvereinbar mit den guten Sitten angesehen wird. Hierfür reicht allein auch das Verabreichen harter Drogen nicht aus. Maßgeblich ist vielmehr, ob und in welchem Grad durch die konkrete Tat Gesundheits- bzw. Suchtgefahren begründet oder verstärkt werden. Nach allgemeinem sittlichen Empfinden ist die Grenze moralischer Verwerflichkeit dann jedenfalls dann überschritten, wenn bei vorausschauender objektiver Betrachtung aller maßgeblichen Umstände der Betroffene durch das Verabreichen des Betäubungsmittels in konkrete Todesgefahr gebracht wird. (Bearbeiter)

12. Aus dem strafrechtlichen Schutz von Universalrechtsgütern lässt sich, auch wenn sie mittelbar den Schutz von Individualrechtsgütern mitbewirken (s. BGHSt 23, 261, 264; 37, 179, 182), nichts für die Beantwortung der Frage ableiten, ob im konkreten Einzelfall die Einwilligung des Geschädigten in die Verletzung des Individualrechtsguts seiner körperlichen Unversehrtheit mit allgemein anerkannten sittlichen Wertvorstellungen unvereinbar ist (vgl. BGHSt 6, 232, 234). Bearbeiter

BGH 5 StR 308/03 - Urteil vom 4. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Betrug (Täuschung; Irrtumserregung; Rechnung, Offerte, Zahlungspflicht, Besonderheiten bei Kaufleuten); Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit); Überzeugungsbildung; Urteilsgründe (Freispruch: Erörterung der gegen den Angeklagten sprechenden Umstände, Gesamtwürdigung); Tateinheit; Tatmehrheit; Kognitionspflicht. § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 264 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Leichtgläubigkeit oder Erkennbarkeit der Täuschung bei hinreichend sorgfältiger Prüfung schließen die Schutzbedürftigkeit des potentiellen Opfers und damit gegebenenfalls eine Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB nicht aus (vgl. BGHSt 34, 199, 201; BGH NSTZ 2003, 313, 314).

2. Eine - regelmäßig konkludente - Täuschung kann auch gegeben sein, wenn sich der Täter isoliert betrachtet wahrer Tatsachenbehauptungen bedient. In solchen Fällen wird ein Verhalten dann zur tatbestandlichen Täuschung, wenn der Täter die Eignung der inhaltlich richtigen Erklärung, einen Irrtum hervorzurufen, planmäßig einsetzt und damit unter dem Anschein „äußerlich verkehrsgerechten Verhaltens“ gezielt die Schädigung des Adressaten verfolgt, wenn also die Irrtumserregung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der Handlung ist (vgl. BGHSt 47, 1; BGH wistra 2001, 386).

3. Der Beschluss des Senats vom 27. Februar 1979 - 5 StR 805/78 - (veröffentlicht in NSTZ 1997, 186) darf nicht dahin missverstanden werden, dass eine vorsätzliche Täuschung von Kaufleuten in Fällen vergleichbarer Art regelmäßig zu verneinen wäre.

BGH 4 StR 250/03 - Urteil vom 20. November 2003 (LG Dresden)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Beschränkung der Opfer auf aktuelle Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges; Angriff auf die Entschlussfreiheit; teleologische Auslegung). § 316a StGB

1. Der Tatbestand des § 316 a StGB setzt 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 (im Anschluss an BGH 4 StR 150/03 v. 20. November 2003; Aufgabe von BGHSt 13, 27 ff).

2. Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit ergibt sich auch nicht allein aus dem Umstand, dass sich der Wille des Geschädigten auf eine Fahrt zu seiner Wohnung bezog, während die Angeklagten ihn an einen entlegenen Tatort bringen.

BGH 4 StR 427/03 – Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Dortmund)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Beschränkung der Opfer auf aktuelle Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges; Genügen einer Beschäftigung mit dem Fahrzeug trotz Anhaltens).
§ 316a StGB

Auch nach den Maßstäben der geänderten Rechtsprechung des Senats genügt es für die geforderte zeitliche Verknüpfung (Eigenschaft als Führer eines Kraftfahrzeugs), wenn die / der Geschädigte das Fahrzeug zur Überprüfung anhält.

BGH 5 StR 457/03 – Urteil vom 4. Dezember 2003 (LG Cottbus)

Heimtückemord (Ahnungslosigkeit und Wehrlosigkeit; Grenze der einschränkenden Auslegung über die subjektive Komponente bei schlafenden Opfern).
§ 211 StGB

Wer ein Opfer tötet, das, wie er bemerkt oder auch nur für möglich hält, schläft, weiß selbstverständlich um die aus dem wahrgenommenen Zustand folgende Arglosigkeit und die hierdurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers, die er mit Vornahme der konkreten Tötungshandlung in der erkannten Situation seines Opfers bewusst ausnutzt. Anders als bei anderen Fallkonstellationen der Heimtücke ist dieser klare Befund durch eine noch so

heftige Gemütsbewegung des Täters nicht in Frage zu stellen. Dass dieser seinen Tötungsentschluss in gleicher Weise in die Tat umgesetzt hätte, wenn er das Opfer nicht im Zustand der Ahnungs- und Schutzlosigkeit angetroffen hätte, stellt die Erfüllung des Mordmerkmals nicht in Frage.

BGH 4 StR 275/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Stralsund)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Fahrzeugführer; Pervertierung des Verkehrsvorgangs; Schädigungsvorsatz); Diebstahl (Vollendung; Beendigung); räuberischer Diebstahl (Beutesicherungsabsicht).
§ 315 b StGB; § 242 StGB; § 252 StGB

Ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten wird nur dann von § 315 b StGB erfasst, wenn der Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt, er mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu „pervertieren“, und es ihm darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 41, 231, 234; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3 m.w.N.). Nach der neueren Rechtsprechung des Senats muss zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzukommen, dass das Fahrzeug mit (mindestens bedingtem) Schädigungsvorsatz eingesetzt wird (vgl. BGH NStZ 2003, 486 f.). Damit scheidet in Fällen, in denen der Täter sein Fahrzeug als Fluchtmittel benutzt und dabei (lediglich) verkehrswidrig fährt, die Anwendbarkeit des § 315 b StGB jeweils dann aus, wenn er nur mit Gefährdungsvorsatz handelt.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

BGH 2 StR 291/03 - Urteil vom 26. November 2003 (LG Köln)

BGHSt; Sicherungsverwahrung (Umfang oder Schwierigkeit der Sache); Anrechnung von Untersuchungshaft auf die Rückfallverjährung (Unschuld; Haftentschädigung; Gelegenheit zum Beweis der Rechtstreue); Legalbewährung; Hinweispflicht (Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts; Unterlassen; Beruhen; andere Verteidigung).
§ 66 StGB; § 265 StPO; § 76 Abs. 2 GVG

1. Als Zeit einer Verwahrung im Sinne des § 66 Abs. 4 Satz 4 StGB ist Verbüßung von Untersuchungshaft auch dann anzusehen, wenn das Verfahren, in welchem sie angeordnet wurde, nicht zu einer Verurteilung geführt hat und der Angeklagte für die erlittene Untersuchungshaft entschädigt wurde. (BGHSt)

2. Aus dem Wortlaut des § 66 Abs. 4 Satz 4 StGB ergibt sich eindeutig, dass die Nichtanrechnung von Verwah-

rungszeiten auf die Frist des § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB nicht daran zu knüpfen ist, ob der Verwahrung ein schuldhaftes Verhalten zugrunde lag. (Bearbeiter)

3. Die gesetzliche Vermutung, dass jemand, der sich auf behördliche Anordnung in freiheitsentziehender Verwahrung befindet, keine oder nur eingeschränkte Gelegenheit hat, Anreizen zu neuen schweren Straftaten zu widerstehen und daher Anlass für die Verneinung der Prognose seiner Gefährlichkeit in Freiheit zu geben, ist sachgerecht. (Bearbeiter)

4. Die Entscheidung, dass die Strafkammer in der Hauptverhandlung mit nur zwei Berufsrichtern besetzt sein soll, begründet die Revision nur dann, wenn sie sich als objektiv willkürlich darstellt (BGHSt 44, 328, 333 f.). (Bearbeiter)

5. Der Umstand allein, dass die Anordnung einer Maßregel gemäß § 66 StGB in Betracht kommt, lässt nicht

„nach dem Umfang oder der Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Richters notwendig erscheinen“, sie steht daher einer Entscheidung nach § 76 Abs. 2 GVG nicht entgegen, die Sache in der Besetzung mit zwei Berufsrichtern zu verhandeln. (Bearbeiter)

BGH 4 StR 439/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (LG Bochum)

Strafzumessung (unzulässige Belastung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens des Angeklagten: Duldung von Falschaussagen; rechtsfeindliches Verhalten des Angeklagten).

§ 46 StGB; Art. 6 EMRK

1. Das bloße Dulden von Falschaussagen in der Hauptverhandlung seitens des Angeklagten kann nicht als Strafschärfungsgrund angesehen werden: Ein solches Prozessverhalten des Angeklagten zu seinen Lasten zu werten ist jedoch nur zulässig, wenn es Ausdruck von Rechtsfeindlichkeit und Uneinsichtigkeit ist (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 20 und Verteidigungsverhalten 12; Senatsbeschlüsse vom 24. März 1995 – 4 StR 113/95 und 10. März 1998 – 4 StR 66/98). Dies käme insbesondere dann in Betracht, wenn der Angeklagte die Zeugen zu den Falschaussagen zu seinen Gunsten veranlasst oder sie in Kenntnis ihrer Bereitschaft hierzu als Zeugen benannt hat.

2. Das Leugnen der Tat stellt ein zulässiges Verteidigungsverhalten eines Angeklagten dar. Dass dadurch der

Geschädigten eine erneute – gerichtliche – Vernehmung nicht erspart bleibt, darf daher – für sich gesehen – nicht zu Lasten des Angeklagten gewertet werden (vgl. hierzu BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verteidigungsverhalten 15).

BGH 5 StR 459/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Strafzumessung bei der Geiselnahme (verfolgtes Nötigungsziel; Glaube an einen Schadensersatzanspruch).

§ 46 StGB; § 239b StGB

Regelmäßig ist für die Strafzumessung bei einer Geiselnahme auch das mit dem Verbrechen verfolgte Nötigungsziel von wesentlicher Bedeutung.

BGH 2 StR 294/03 - Beschluss vom 12. November 2003 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Tateinheit; Tatmehrheit; Handlungseinheit: überschneidende Ausführungshandlungen); ausnahmsweise Aufrechterhaltung einer Einsatzstrafe.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 255 StGB; § 211 StGB

Handlungen, die nach der rechtlichen Vollendung einer räuberischen Erpressung, aber vor deren tatsächlicher Beendigung vorgenommen werden, begründen Tateinheit, wenn sie der Verwirklichung der tatbestandsmäßig vorausgesetzten Absicht dienen und zugleich weitere Strafgesetze verletzen (vgl. BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 13 und 21 jeweils m.w.N.).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

BGH 1 ARs 27/03 – Beschluss vom 26. November 2003

(Un-)Wirksamkeit des infolge einer rechtswidrigen verfahrensbeendenden Verfahrensabsprache erklärten Rechtsmittelverzichts (Unanfechtbarkeit; unzulässige oder schwerwiegende Willensbeeinträchtigung; Deal; Stellung des beratenden Verteidigers; Rechtskraft: Widerstreit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit; Fürsorgepflicht); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Bekanntwerden veränderter Rechtsprechung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 44 StPO; Vor § 1 StPO; § 137 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Der Senat hält an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, die den vom 3. Strafsenat beabsichtigten Entscheidungen entgegensteht.

2. Der nach einer verfahrensbeendenden Absprache vom Angeklagten im Anschluss an die Urteilsverkündung oder auch später während des Laufs der Rechtsmittelfrist erklärte Rechtsmittelverzicht ist als Prozessklärung grundsätzlich unanfechtbar und unwiderruflich; seine Wirksamkeit wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass er im Rahmen der Absprache in Aussicht gestellt oder vom Tatgericht auf ihn hingewirkt wurde oder dass er gar Teil der Absprache war.

3. Nach der Erfahrung des Senats führen die Tatgerichte ihre Verfahren auch bei etwaigen Verständigungen regelmäßig prozessordnungsgemäß und fair. Verfahrensbeendende Absprachen sind heutzutage ein wirksamer Weg, dafür geeignete Verfahren zügig und konsensual zu erledigen.

4. Dem Beistand des Verteidigers kommt in diesem Zusammenhang große Bedeutung zu. Dessen Verantwortung für den Angeklagten liegt insbesondere darin, seinerseits für die Wahrung der verfahrensrechtlichen Grundsätze Gewähr zu bieten. Ihm kann abverlangt werden, dass er bei dem Versuch einer Verständigung dem Tatgericht vermittelt, sein Mandant werde einen Rechtsmittelverzicht im Anschluss an die Urteilsverkündung nicht in Aussicht stellen. Vor allem der Verteidiger muss und wird dem Angeklagten verdeutlichen, dass einer Absprache, die einen Rechtsmittelverzicht in den Blick genommenen hat, insoweit keinerlei Bindungswirkung zukommt. Das ist seine Pflicht, und an deren Erfüllung muss er im Interesse seines Mandanten festgehalten werden, auch wenn er besorgt, dadurch etwaigen oder vermeintlichen Erwartungen des Tatgerichts nicht gerecht zu werden. Der Verteidiger ist der berufene Berater des Angeklagten.

BGH 1 StR 102/03 - Urteil vom 2. Dezember 2003 (LG Augsburg)

BGHSt; Richterausschluss (Tätigkeit als Staatsanwalt; Anordnung der Obduktion einer Leiche); Befangenheit (Spannungen Richter / Verteidiger); Anklage (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Beweiswürdigung); gesetzlicher Richter (Jährlichkeitsprinzip; verbotene Einzelfallzuweisung); Leichensachen (keine Ermittlungsverfahren); Öffentlichkeitsgrundsatz (kein Schutz bei Maßnahmen, die außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen dürfen); Sicherungsverwahrung (Anordnungszeitpunkt; Haltungsänderung).

Art. 6 I 1 EMRK; § 169 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 24 Abs. 2 StPO; § 22 Nr. 4 StPO; § 338 Nr. 2 StPO; § 200 StPO; § 159 StPO

1. Ein erkennender Richter ist nicht „in der Sache“ als Staatsanwalt tätig gewesen und deshalb von der Mitwirkung ausgeschlossen, weil er in seinem früheren Amt als Staatsanwalt im Rahmen von Todesermittlungen die Obduktion der Leiche eines vor der Hauptverhandlung verstorbenen Zeugen und Tatgeschädigten angeordnet hat. (BGHSt)

2. Das gilt auch dann, wenn vor der Obduktion für den Fall einer bei dieser feststellbaren Fremdverursachung hypothetische Erwägungen über eine etwaige Verantwortung des Angeklagten für den Tod des Zeugen angestellt worden sind, die Obduktion jedoch keinen Anhalt für ein Fremdverschulden erbracht und die Todesermittlungen ohne weiteres eingestellt worden sind. (BGHSt)

3. Unter „der Sache“ i.S. des § 22 Nr. 4 StPO ist grundsätzlich dasjenige Verfahren zu verstehen, welches die strafrechtliche Verfolgung einer bestimmten Straftat zum Gegenstand hat. Es kommt also in erster Linie auf die Identität des historischen Ereignisses an, um dessen Aufklärung es zu der Zeit ging, als der Richter in richterlicher Funktion tätig war. Der Annahme einer solchen Identität steht auch das Vorliegen mehrerer selbständiger Taten im Sinne des § 264 StPO nicht entgegen. Vielmehr entscheidet in solchen Fällen regelmäßig die Einheit der Hauptverhandlung; sie kann auch solche Vorgänge, die bei natürlicher Betrachtung als verschiedene historische Ereignisse erscheinen, zu einer Einheit zusammenfassen (vgl. BGHSt 28, 262, 263 ff.). Der Verdacht der Parteilichkeit, den die in Rede stehende Bestimmung (§ 22 Nr. 4 StPO) vermeiden will, kann schließlich bei weiter Auslegung der Norm auch bei mehreren für eine einheitliche Behandlung in Betracht zu ziehenden Verfahren aufkommen, wenn zumindest ein enger und für die zu treffende Entscheidung bedeutsamer Zusammenhang besteht (vgl. BGHSt 9, 193; 28, 264, 267). (Bearbeiter)

4. Ermittlungen im Falle eines unnatürlichen Todes (siehe § 159 i.V.m. § 87 StPO; sog. „Leichensachen“) sind keine Ermittlungsverfahren im Sinne des § 160 StPO. (Bearbeiter)

5. Die Äußerung des Vorsitzenden der Strafkammer, der der Verteidigung bei fortgeschrittener Hauptverhandlung

vorgehalten hatte „wohl langsam den Überblick über die gestellten Beweisanträge verloren“ zu haben, vermag ersichtlich das Vertrauen des Angeklagten in die Unparteilichkeit des Richters nicht zu berühren. (Bearbeiter)

BGH 5 StR 359/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Bremen)

BGHR; Besetzung einer großen Strafkammer mit drei Beisitzern außerhalb einer Schwurgerichtssache; gesetzlicher Richter (zulässige Überbesetzung; Regelbesetzung; reduzierte Besetzung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 76 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

1. Eine große Strafkammer, die nicht als Schwurgericht tätig ist, kann geschäftsplanmäßig mit drei Beisitzern besetzt sein. (BGHR)

2. Diese Rechtsprechung betrachtet der Senat als verfassungskonform. Die Überbesetzung stellt sich im Hinblick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr als verfassungsrechtliches Problem dar (BVerfG NJW 1995, 2703, 2705). Hinreichende Grenzen ergeben sich nunmehr aus § 21f GVG. (Bearbeiter)

3. Die Frage, ob in der Hauptverhandlung die reduzierte Besetzung nach § 76 Abs. 2 GVG der Regelfall oder die Ausnahme ist, kann der Senat auch hier offen lassen (so schon BGHR GVG § 76 Abs. 2 Besetzungsbeschluss 2). (Bearbeiter)

BGH 5 StR 249/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (OLG Dresden)

BGHR; Sprungrevision (Berufungseinlegung innerhalb der Einlegungsfrist: möglicher Übergang zur Revision; BGHSt 5, 338); Vorlegung auch bei Abgabeentscheidung.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 345 Abs. 1 StPO; § 335 StPO

Der Senat hält daran fest, dass dann, wenn ein Urteil statt mit dem Rechtsmittel der Berufung mit dem der Revision angefochten werden kann (Sprungrevision), der Beschwerdeführer, der in der Einlegungsfrist Berufung eingelegt hat, innerhalb der Revisionsbegründungsfrist erklären darf, daß er von der ursprünglich gewählten Berufung zur Revision übergeht (BGHSt 5, 338).

BGH 1 StR 445/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG München)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kriterien des BGH; Beginn und Ende der Verfahrensspanne; unbeachtliche Lücken der Verfahrensführung; Gesamtbetrachtung; Komplexität; Zulässigkeit der Verfahrensrüge); Recht auf Beschwerde und Kompensation.

Art. 6 I 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Will ein Beschwerdeführer beanstanden, durch das Verfahren sei das Beschleunigungsgebot des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verletzt und die Verfahrensverzögerung

sei im Urteil nicht berücksichtigt worden, so hat er die Tatsachen, die den behaupteten Verfahrensverstöß belegen, in der Revisionsbegründung darzulegen, um dem Revisionsgericht eine entsprechende Nachprüfung zu ermöglichen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Entsprechendes gilt, wenn der Beschwerdeführer beanstandet, das Urteil sei zwar eher allgemein vom Vorliegen einer Verfahrensverzögerung ausgegangen, aber Art, Ausmaß und Umstände dieser Verzögerung seien nicht oder nicht genügend festgestellt (so BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 7 m.w.Rspr.Nw.).

2. Das Revisionsgericht hat von Amts wegen auf die zulässige Revision hin Verfahrensverzögerungen nach Erlass des angefochtenen tatrichterlichen Urteils zu berücksichtigen (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 8).

3. Soweit sich selbst „einige zeitliche Spannen zwischen Verfahrensabschnitten ergeben“, sind diese unbeachtlich, wenn sie sich in einer Gesamtschau nicht als von solcher Qualität erweisen, dass dies die Annahme der Rechtsstaatswidrigkeit und der Unangemessenheit (im Sinne von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) begründet. In Fällen solcher Art hat der Tatrichter zu prüfen, ob die Sache insgesamt in angemessener Frist verhandelt worden ist, wobei eine gewisse Untätigkeit innerhalb einzelner Verfahrensabschnitte dann nicht zu einer Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 MRK führt, wenn dadurch die Gesamtdauer des Verfahrens nicht unangemessen lang wird. Dabei beginnt die „angemessene Frist“ im Sinne der Konvention, wenn der Beschuldigte von den Ermittlungen in Kenntnis gesetzt wird; sie endet mit dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens.

4. Neben der gesamten Dauer vom Beginn bis zum Ende der Frist kommen für die Frage der Angemessenheit die Schwere und die Art des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrens, die Art und Weise der Ermittlungen, das Verhalten des Beschuldigten sowie das Ausmaß der mit dem andauernden Verfahren verbundenen Belastungen für den Beschuldigten als maßgebende Kriterien in Betracht (siehe nur BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 9).

BGH 5 StR 501/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Bremen)

Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (Verdacht eines Verbrechens; Belehrungspflichten; Verwertung einer im Ermittlungsverfahren vor dem Haftrichter ohne den Beistand eines Verteidigers getroffenen Aussage des Beschuldigten).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 115 StPO; § 115a StPO; § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Es ist daran festzuhalten, dass nach geltendem Recht (§ 141 Abs. 3 Satz 2 StPO) auch mit Bedacht auf Art. 6 Abs. 3 Buchst. c MRK keine Pflicht besteht, dem Beschuldigten stets bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren, und zwar beginnend mit dem dringenden Verdacht

eines Verbrechens, einen Verteidiger zu bestellen (BGHSt 47, 233, 236 f.).

2. Eine richterliche Vernehmung des Beschuldigten durch den Haftrichter nach §§ 115, 115a StPO darf daher auch ohne Mitwirkung eines Verteidigers durchgeführt und später verwertet werden.

BGH 1 StR 481/03 – Beschluss vom 18. November 2003 (LG München)

Entpflichtung des Pflichtverteidigers (objektiv erschüttertes Vertrauensverhältnis vom Standpunkt des verständigen Angeklagten; Vertreterbestellung; Vergleichbarkeit zur Ablehnung des Richters wegen Befangenheit; Pflicht zum Vortrag der Verteidigerstellungnahme nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO); Pflicht zum Vortrag über das Hauptverhandlungsprotokoll hinaus.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 142 StPO; § 143 StPO

1. Hat entgegen § 141 Abs. 4 StPO die gesamte Schwurgerichtskammer und nicht allein der Vorsitzende über die Ablehnung eines Entpflichtungsantrages entschieden, hält der erste Strafsenat dies für unschädlich.

2. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist aufzuheben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und dem Angeklagten endgültig und nachhaltig erschüttert und deshalb zu besorgen ist, dass die Verteidigung objektiv nicht (mehr) sachgerecht geführt werden kann (BGHSt 39, 310, 314 f m. w. N.). Maßstab hierfür ist, insoweit vergleichbar der Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit, die Sicht eines verständigen Angeklagten.

3. Ob das Verhalten eines Verteidigers geeignet ist, das Vertrauen des Angeklagten zu zerstören, kann regelmäßig ohne Kenntnis von Erklärungen des Verteidigers hierzu nicht beurteilt werden. Auch insoweit gilt vergleichbares wie bei der Ablehnung eines Richters, dessen dienstliche Erklärung je nach ihrem Inhalt zunächst berechtigt erscheinendes Misstrauen ausräumen kann (vgl. BGHSt 4, 264, 269, 270; BGH wistra 2002, 267 m. w. N.). Dementsprechend sind solche Erklärungen eines Verteidigers, ebenso wie dienstliche Erklärungen eines Richters (vgl. BGH StV 1996, 2 m. w. N.), bei einer entsprechenden Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO mitzuteilen.

4. Ist für die Beurteilung einer Verfahrensrüge die Kenntnis von Verfahrensgeschehen erforderlich, für das die absolute Beweiskraft des Protokolls nicht gilt, macht dies entsprechenden Tatsachenvortrag der Revision nicht entbehrlich. Vielmehr ist dann vom Revisionsgericht die tatsächliche Grundlage des Revisionsvorbringens anderweitig zu überprüfen, insbesondere an Hand dienstlicher Äußerungen, auf deren Abgabe die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihrer Gegenerklärung (§ 347 Abs. 1 Satz 2 StPO) hinzuwirken hat (vgl. Nr. 162 Abs. 2 Satz 7 RiStBV).

BGH 2 StE 5/03 - 5 StB 21/03 - Beschluss vom 19. Dezember 2003

Dringender Tatverdacht; Haftbefehl; Haftbeschwerdeverfahren (Prüfungsumfang nach Nichtabhilfe; Mzoudi-Verfahren im Zusammenhang mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001).

§ 120 StPO; § 112 StPO; § 304 Abs. 4 Nr. 1 StPO; § 306 StPO

1. Die Beurteilung des dringenden Tatverdachts, die das erkennende Gericht während laufender Hauptverhandlung vornimmt, unterliegt im Haftbeschwerdeverfahren nur in eingeschränktem Umfang der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht. Allein das Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattfindet, ist in der Lage, deren Ergebnisse aus eigener Anschauung festzustellen und zu würdigen sowie auf dieser Grundlage zu bewerten, ob der dringende Tatverdacht nach dem erreichten Verfahrensstand noch fortbesteht oder dies nicht der Fall ist. Das Beschwerdegericht hat demgegenüber keine eigenen unmittelbaren Erkenntnisse über den Verlauf der Beweisaufnahme.

2. Der Prüfungsumfang in der Beschwerdeinstanz ist insbesondere dann erheblich eingeschränkt, wenn die Beweisaufnahme abgeschlossen ist oder unmittelbar vor dem Abschluss steht und sich auf Beweismittel erstreckt hat, deren – potentielle – Beweisbedeutung dem Beschwerdegericht aus den Akten nicht ersichtlich ist.

BGH 2 StE 4/02 - 5 StB 20/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004

Haftprüfungsantrag (Prüfungsmaßstab: Berufungsinstanz, Revisionsinstanz; Wiederaufnahmeverfahren); Beschwerde; dringender Tatverdacht (erstinstanzliches Urteil).

§ 304 Abs. 4 Nr. 1 StPO; § 117 StPO; § 112 Abs. 1 StPO; § 268 b StPO; § 323 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

1. Wird der Angeklagte verurteilt, so setzt die gleichzeitige Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft (§ 268 b StPO) keine gesonderte Prüfung und Begründung des dringenden Tatverdachts voraus; denn dieser wird in aller Regel bereits durch das verurteilende Erkenntnis hinreichend belegt.

2. Tauchen nach Verkündung des tatrichterlichen Urteils und des Beschlusses über die Haftfortdauer neue Beweismittel auf, so ist für die nachfolgenden Haftentscheidungen danach zu differenzieren, ob das Urteil auch mit der Berufung oder nur mit der Revision angefochten werden kann.

3. Ist das erstinstanzliche Urteil auch mit der Berufung anfechtbar, so dass neue Beweismittel im Berufungsrechtszug uneingeschränkt verwertet werden können (§ 323 Abs. 3 StPO), so sind sie den Beweisen, auf denen die Verurteilung beruht, gegenüberzustellen. Auf dieser Beweisgrundlage ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Fortbestand des dringenden Tatverdachts neu zu prüfen.

4. Unterliegt das tatrichterliche Urteil allein der Revision, so dass es nur auf Rechtsfehler überprüft wird (§ 337 StPO), so reicht es für eine Neubewertung des Tatverdachts nicht aus, wenn unter Berücksichtigung des neuen Beweismittels eine vom angefochtenen Urteil abweichende, dem Angeklagten günstigere Beweiswürdigung möglich oder sogar naheliegender wäre. Denn dies kann der Revision nicht zum Erfolg verhelfen und daher den Eintritt der Rechtskraft nicht hindern. Auch eine Neubewertung des Tatverdachts kommt daher nur in Betracht, wenn es aufgrund des neuen Beweismittels nach den Maßstäben des Wiederaufnahmerechts als wahrscheinlich anzusehen ist, dass ein hierauf gestützter Wiederaufnahmeantrag (§ 359 Nr. 5 StPO) erfolgreich sein und der Angeklagte in einer neuen Hauptverhandlung freigesprochen oder aus einem milderen Strafgesetz verurteilt werden wird.

BGH 5 StR 391/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Essen)

Unzureichende Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit (strenger Maßstab vor allem beim Zeugenbeweis; Verbot der Beweisantizipation; Begriff des Beweisantrages; Konnexität).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Bei der Zurückweisung nach § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO muss es sich um ein Beweismittel handeln, dessen Inanspruchnahme von vornherein gänzlich nutzlos wäre, so dass die Erhebung des Beweises sich in einer reinen Förmlichkeit erschöpfen würde. Die völlige Ungeeignetheit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 4).

2. Das sonstige Ergebnis der Beweisaufnahme darf hierzu nicht herangezogen werden (BGH aaO m.w.N.). Da die Ablehnung eines Beweisantrages mit der Begründung, das Beweismittel sei völlig ungeeignet, zwangsläufig eine vorweggenommene Beweiswürdigung enthält, ist bei der Entscheidung ein strenger Maßstab anzulegen. Dies gilt vor allem für die Annahme, ein Zeuge sei deswegen ein völlig ungeeignetes Beweismittel, weil er sich wegen des Zeitablaufs voraussichtlich an die Beweistatsache nicht mehr erinnern könne (BGH aaO m.w.N.).

BGH 1 StR 340/03 - Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Augsburg)

Beweiskraft des Protokolls bzw. wesentliche Förmlichkeit (nicht protokollierungspflichtige Verwendung von Augenscheinsgegenständen als Vernehmungshilfe); Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung).

§ 261 StPO; § 273 StPO; § 274 StPO

Die Verwendung von Augenscheinsgegenständen als Vernehmungshilfen ist nicht protokollierungspflichtig (BGH StV 2000, 241).

BGH 5 StR 262/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (hohe Anforderungen bei der Situation Aussage gegen Aussage; Würdigung der Entstehungsgeschichte der Aussage kindlicher bzw. jugendlicher Zeugen in Missbrauchsfällen).

§ 176 StGB; § 261 StPO

Will das Gericht einer Person Glauben schenken, wenn Aussage gegen Aussage steht, muss das Tatgericht bei der Beweiswürdigung hohen gerecht werden. Bei der Aussage kindlicher bzw. jugendlicher Zeugen in Missbrauchsfällen kommt der Entstehungsgeschichte der Beschuldigung besondere Bedeutung zu (vgl. BGH StV 1994, 227; 1995, 6, 7; 1998, 250).

BGH 1 StR 182/03 - Urteil vom 25. November 2003 (LG Augsburg)

Revisionsanträge der Staatsanwaltschaft (Auslegung); Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die Aussagekonstanz / Erinnerung bei sexuellen Straftaten; Kernbereich); Ausschluss des Angeklagten bei einer Zeugenvernehmung (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; kein absoluter Revisionsgrund bei Begründungsmängeln / beim Fehlen einer Begründung; Relativierung).

§ 247 StPO i. V. m. § 338 Nr. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

Selbst dann, wenn der Beschluss zum Ausschluss des Angeklagten überhaupt nicht begründet wäre, liegt ein Revisionsgrund gemäß § 338 Nr. 5 StPO dann nicht vor, wenn das Gericht unzweifelhaft von zutreffenden Erwägungen ausgegangen ist (vgl. BGHR StPO § 247 Satz 2 Begründungserfordernis 2 m.w.N.). Für eine nur pauschale Begründung kann nichts anderes gelten.

BGH 2 StR 293/03 - Urteil vom 26. November 2003 (LG Köln)

Vergewaltigung (Freispruch aus tatsächlichen Gründen: Beweiswürdigung, Darstellung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss der Tatrichter zunächst in einer geschlossenen Darstel-

lung diejenigen Tatsachen feststellen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen - zusätzlichen - Feststellungen nicht getroffen werden können (st. Rspr., vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 10).

2. Dem Revisionsgericht ist durch die Darstellung im Urteil eine umfassende Überprüfung der Beweiswürdigung auf Rechtsfehler zu ermöglichen. Dazu wird regelmäßig die Darstellung der Aussage des Opfers unerlässlich sein.

BGH 2 StR 387/03 - Urteil vom 10. Dezember 2003 (LG Koblenz)

Nichtvereidigung (Beruhen); Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage; Darstellung im Urteil). § 59 StPO; § 337 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

Das Urteil beruht nicht auf einer fehlerhaft unterbliebenen Vereidigung, wenn der unvereidigt gebliebene Zeuge in den Urteilsgründen als glaubhaft bezeichnet wird.

BGH 2 ARs 376/03 2 AR 243/03 - Beschluss vom 3. Dezember 2003

Zuständigkeitsbestimmung; Führungsaufsicht; tatsächliche Befassung.

§ 462 a Abs. 4 StPO; § 463 Abs. 6 StPO; § 14 StPO

Mit der Aufnahme des Verurteilten in eine JVA wird die dort örtlich zuständige Strafvollstreckungskammer gemäß §§ 462 a Abs. 4 in Verbindung mit § 463 Abs. 6 StPO auch für die Führungsaufsicht und für gem. § 68 d StGB zu treffende nachträgliche Entscheidungen zuständig (BGH 2 ARs 334/03, 2 ARs 328/00, 2 ARs 196/00 sowie BGHR StPO § 463 Abs. 6 Führungsaufsicht 1). Ob Nachtragsentscheidungen überhaupt notwendig werden, ist ohne Belang (BGH 2 ARs 334/03 und 2 ARs 196/00). Die Zuständigkeit der vorher zuständigen Strafvollstreckungskammer bleibt nicht etwa so lange bestehen, bis eine andere Strafvollstreckungskammer tatsächlich mit einer bestimmten Frage befasst wird (vgl. BGH 2 ARs 334/03 und BGH 2 ARs 328/00).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

BGH 2 StR 164/03 - Urteil vom 14. November 2003 (LG Erfurt)

Bestechung; Amtsträger (Geschäftsführer einer privatrechtlich organisierten Einrichtung); kommunale Steuerung (Anschluss- und Benutzungszwang, Inhaberschaft, Gesellschafterstellung, städtischer Alleinbesitz); verlängerter Arm des Staates; Behörde; Gewinnerzielungsabsicht; Vertrauen in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 334 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 78 Abs. 4 StGB

1. Der Geschäftsführer einer GmbH, die sich in städtischem Alleinbesitz befindet und deren wesentliche Geschäftstätigkeit die Versorgung der Einwohner mit Fernwärme ist, ist Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB, wenn die Stadt die Geschäftstätigkeit im öffentlichen Interesse steuert. (BGHR)

2. Liegen wegen einer Veränderung der Strafdrohung die Voraussetzungen der Ruhensvorschrift des § 78 b Abs. 4 StGB vor, so ist § 2 Abs. 3 StGB zu beachten. (BGHR)

3. Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB ist, wer sonst dazu bestellt ist, bei oder im Auftrag einer Behörde oder sonstigen Stelle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Unter „sonstigen Stellen“ sind - ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform - behördenähnliche Institutionen zu verstehen, die zwar keine Behörden im organisatorischen Sinne sind, aber rechtlich befugt sind, bei der Ausführung von Gesetzen und Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken (vgl. BGHSt 43, 370, 376 = BGH 2 StR 521/97 - Urteil vom 19. Dezember 1997). (Bearbeiter).

4. Auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand sind als „sonstige Stellen“ den Behörden gleichzustellen, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher bzw. hier kommunaler Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 43, 370, 377; BGHSt 46, 310, 312). (Bearbeiter)

5. Wenn die §§ 331 ff. StGB das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen schützen (vgl. BGHSt 15, 88, 96 f.; 43, 370, 377), so gilt gleichartiges Vertrauen auch den Funktionsträgern einer staatlich gesteuerten Privatrechtsorganisation. Dieses Vertrauen wird durch die Erfahrung der Käuflichkeit der Funktionsträger in gleicher Weise enttäuscht wie bei anderen Amtsträgern (vgl. BGHSt 43, 370, 377). (Bearbeiter)

6. Zwar steht nach ständiger Rechtsprechung das Rückwirkungsverbot der nachträglichen Verlängerung von Verjährungsfristen, die bloße verfahrensrechtliche Regeln darstellen, nicht entgegen (vgl. BGHSt 2, 300, 307; 26, 288, 289; 46, 310, 318). Resultiert jedoch die Verlängerung der Verjährungsfrist bzw. der Eintritt des Ruhens der Verjährung nicht aus der Änderung der Verjährungsvorschrift, sondern aus der Veränderung einer Strafdrohung und damit einer materiellrechtlichen Vorschrift, so ist § 2 Abs. 3 StGB zu beachten. Dies hat zur Folge, dass sich die Verjährung nach dem für den Angeklagten günstigeren Recht der Tatzeit richtet (vgl. BGH GA 1954, 22). (Bearbeiter)

BGH 2 ARs 383/03 2 AR 249/03 - Beschluss vom 3. Dezember 2003

Jugendgericht (sachliche Zuständigkeit; örtliche Zuständigkeit; Verweisung an ein Erwachsenengericht); Strafbann des Amtsgerichts.

§ 8 StPO; § 47a JGG; § 269 StPO; § 270 Abs. 1 StPO; § 24 Abs. 2 GVG; § 25 GVG

1. Stellt sich nach Eröffnung des Hauptverfahrens vor dem Jugendgericht heraus, dass nicht das Jugendgericht, sondern ein Erwachsenengericht zuständig gewesen wäre, so verbleibt es nach § 47 a Satz 1 JGG bei der Zuständigkeit des Jugendgerichts, auch wenn eigentlich die Zuständigkeit eines Erwachsenengerichts gleicher oder niedrigerer Ordnung gegeben gewesen wäre. Das Gesetz geht davon aus, dass Jugendgerichte ebenso wie Erwachsenengerichte in der Lage sind, Strafsachen gegen Erwachsene zu verhandeln. Die fortbestehende Zuständigkeit des Jugendgerichts liegt im Interesse der zügigen Erledigung anhängiger Verfahren.

2. Die Abgabe an ein Erwachsenengericht höherer Ordnung hindert § 47 a JGG hingegen grundsätzlich nicht. Allerdings hat der Jugendrichter bei Anwendung des allgemeinen Strafrechts die gleiche Rechtsfolgenkompetenz wie der Strafrichter. Dieser kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens jede in die Strafgewalt des Amtsgerichts fallende Strafe verhängen (BGHSt 16, 248; 42, 205, 213), daher kommt eine Verweisung vom Strafrichter an das Schöffengericht nicht in Betracht, wenn der Strafrichter eine höhere Strafe als von zwei Jahren Freiheitsstrafe (aber von nicht mehr als vier Jahren Freiheitsstrafe) verhängen will. Dies gilt im Interesse einer zügigen Erledigung der Verfahren auch im Verhältnis Jugendrichter zum (Erwachsenen)Schöffengericht.

BGH 3 StR 397/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Hannover)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigeninteresse); Bandenmitglied (Täterschaft; Teilnahme; Beihilfe).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Auch beim Bandendelikt des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln gelten die allgemeinen Teilnahme- und Zurechnungsregeln (BGHSt - GSSt - 46, 321, 338; 47, 214). Ein Bandenmitglied kann je nach den Umständen des Einzelfalls als Mittäter oder als Gehilfe handeln (BGH, Beschl. vom 17. Januar 2002 - 3 StR 450/01).

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Menschenrechtliche Fragezeichen hinter der Zurückhaltung von Beweismitteln im deutschen Strafverfahren

Von Wiss. Ass. Karsten Gaede (Cambridge/Zürich)*

Die Rechtsprechung des EGMR hat anhand des englischen Strafverfahrens zur Zurückhaltung von Beweismitteln europäische menschenrechtliche Standards entwickelt, denen auch das deutsche Strafverfahren nicht mehr fraglos genügt. Der Beitrag zeigt am Beispiel zurückgehaltener Schriftstücke (§ 96 StPO), dass dem deutschen Strafverfahrensrecht hinsichtlich der Zurückhaltung möglicherweise entlastend wirkender Beweismittel eine weitreichende Diskussion bevor steht. Jedenfalls das Verfahren bei der Zurückhaltung beweisheblicher Informationen, die bei der Strafverfolgung angefallen sind, verletzt Art. 6 I 1 EMRK.

I. Einführung

Die deutsche StPO geht vom Untersuchungsgrundsatz aus und verpflichtet insbesondere auch die anklagende Staatsanwaltschaft, alle be- und entlastenden Beweisgegenstände beizuziehen (§§ 160 I-II, 244 II StPO). Dabei ist prinzipiell auch auf Beweisgegenstände zurückzugreifen, die sich im Besitz derjenigen staatlichen Behörden befinden, die nicht der Strafverfolgung dienen (§§ 95 f. StPO). Durchbrochen wird dieser Grundsatz durch § 96 S. 1 StPO, welcher der obersten Dienstbehörde die Sperrung von Schriftstücken gestattet, wenn damit etwaige Nachteile für das Wohl des Bundes oder eines Landes abgewendet werden können.¹ Das Gericht muss jedoch auf eine verständliche Begründung hinwirken und insoweit die Ausräumung von Zurückhaltungsgründen bei beehrten Zeugenvernehmungen gemäß der „Drei-Stufen-Theorie“ anregen.² Gericht und Staatsanwalt-

schaft müssen aber eine Sperrerklärung hinnehmen, solange sie nicht formelhaft³ oder offensichtlich willkürlich erfolgt.⁴ Das Gericht ist nicht befugt, sich *selbst* durch die Einsicht in die betroffenen Schriftstücke von der zutreffenden Entscheidung der obersten Dienstbehörde zu überzeugen: Das Gericht kann die eigentliche Abwägungsentscheidung weder selbst treffen, noch anhand der Entscheidungsgrundlagen nachvollziehen.⁵ Selbst wenn es nicht überzeugt ist, muss es die Behördenentscheidung hinnehmen.⁶ Es muss mithin darauf vertrauen, dass die Exekutivbehörde die Abwägungsentscheidung im Sinne der Verfahrensfairness trifft und die zur Begründung freigegebenen Angaben nicht lediglich darauf zugeschnitten sind, den Eindruck der Formelhaftigkeit bzw. der Willkür zu vermeiden. Offensichtliche Willkür wird dabei entweder betont auf Ausnahmefälle beschränkt und damit praktisch irrelevant,⁷ zum Teil wird zudem die Möglichkeit ausgeschlossen, die Willkür durch eine Beschlagnahme zu überwinden.⁸ Die in Unkenntnis verbleibende Verteidigung kann lediglich fordern, dass das Gericht die Zurückhaltung über eine vorsichtige Beweiswürdigung zur Kenntnis nimmt und dies im Urteil entsprechend darlegt.⁹ Ein alternatives *in camera* Verfahren, in dem die zurückgehaltenen Beweise jedenfalls vor dem Tatgericht offenbart werden müssen, wurde für das Strafverfahren verworfen.¹⁰

Das geschilderte Verfahren nach § 96 S. 1 StPO wird darüber hinaus beim Einsatz verdeckter Ermittler nach § 110b III StPO¹¹ und nach herrschender Auffassung in

³ Vgl. BGHSt 29, 109, 112 ff.; BGHSt 31, 148, 155 ff.; BGH StV 1982, 206, 207; KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 17.

⁴ Vgl. BGHSt 38, 237, 245; KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 26, 28; Meyer-Goßner (Fn. 2), § 96 Rn. 2.

⁵ Vgl. Meyer-Goßner (Fn. 2), § 96 Rn. 7; Lesch StV 1995, 542; Renzikowski JZ 1999, 605, 608: „Plausibilitätskontrolle“; treffend KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 17: „eine detaillierte Begründung wird – weil schon dies die Geheimhaltung gefährden kann – nicht immer möglich sein. Es genügt dann der Hinweis auf diesen Sachverhalt und die Mitteilung des Ergebnisses der Ermessensentscheidung“; BGHSt 38, 237, 244 f.; 29, 109, 112; 31, 148, 155; BGH StV 1982, 206, 207; BGHSt GS 32, 115, 125: *Keine vollständige Sachprüfung des Gerichts.*

⁶ Vgl. BGHSt GS 32, 115, 126; BGHSt 41, 36 f.; 31, 148, 155; Meyer-Goßner (Fn. 2), § 96 Rn. 2, 10; KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 17; m.w.N. Renzikowski JZ 1999, 605, 608.

⁷ Vgl. m.w.N. KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 26, 28; SK-Rogall, 9. Aufl. 1994, Vor § 48 Rn. 84, 86, 91. Bezeichnend auch BGHSt 38, 237, 245: „Fälle denkbar“ (Hervorh. Verfasser).

⁸ Vgl. für diese Ansicht m.w.N. LR-Schäfer (Fn. 1) § 96 Rn. 4, 53; SK-Rudolphi, 10. Aufl. 1994, § 96 Rn. 8; zur h.M. KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 28; Meyer-Goßner (Fn. 2), § 96 Rn. 2; beim Fehlen der Sperrerklärung entschieden BGHSt 38, 237 ff.

⁹ Vgl. am Beispiel des Zeugens vom Hörensagen BGHSt 17, 382, 384 ff.; BGH NSStZ 1994, 502; BVerfG NSStZ 1995, 43, 44; 600; KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 14.

¹⁰ Vgl. BGH NSStZ 2000, 265, 266 f.; zur zust. h.M. Meyer-Goßner (Fn. 2), § 96 Rn. 7. S. bereits BVerfGE 57, 250, 289.

¹¹ Zum Meinungsstand Meyer-Goßner (Fn. 2), § 110b Rn. 8 ff.

* Der Autor ist wiss. Assistent am Lehrstuhl von Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Universität Zürich) und 2003/2004 visiting scholar der Faculty of Law Cambridge (Wolfson College). EGMR-Entscheidungen werden mit den Prozessgegnern bezeichnet. Die amtl. Sammlung wird nach Nr. (Serie A) oder Rep. zitiert. Wird das Datum genannt, ist auf die Datenbank Hudoc zurückzugreifen (www.echr.coe.int). Der Beitrag ist bestrebt, Bezüge zum englischen Strafverfahren zu erläutern. Für Fragen und Kommentare kann karsten.gaede@rwi.unizh.ch genutzt werden. Für Durchsichten der Abhandlung bedanke ich mich herzlich bei Ulf Buermeyer und Stephan Schlegel.

¹ Vgl. näher LR-Schäfer, 24. Aufl. (1986), § 96 Rn. 1 ff. und KK-Nack, 5. Aufl. (2003), § 96 Rn. 1 ff. Die eventuell besonderen §§ 96 S. 2, 54 StPO bleiben im Einzelnen ausgeklammert.

² Vgl. BGHSt GS 32, 115 ff., 125 f.; 29, 109, 112 ff.; BGH NSStZ 2000, 265, 266; Meyer-Goßner, 46. Aufl. (2003), § 96 Rn. 9. Zur „Drei-Stufen-Theorie“ beim Zeugenbeweis vgl. Renzikowski JZ 1999, 605, 606 ff.; Lesch StV 1995, 542 ff.

weiteren Fällen¹² auch dann praktiziert, wenn die Beweismittel bei der Strafverfolgung und damit im Aufgabenbereich der anklagenden Staatsanwaltschaft auf Grund strafprozessualer Vorschriften gewonnen worden sind: Vor allem zum Schutz von Leben und Gesundheit verdeckter Ermittler aber auch zur Erhaltung ihrer Verwendbarkeit bei der Strafverfolgung werden Verteidigung und Gericht von den zur Beurteilung der Zurückhaltungsentscheidung erforderlichen Informationen durch Sperrerkklärungen der Exekutive abgeschnitten.¹³

Die heute durch den EGMR vor allem in Entscheidungen gegen Großbritannien zu diesem Problemkreis entfalteten Fairnessmaßstäbe könnten diese Praxis erschüttern. Dabei wäre weniger die Frage betroffen, ob beweisrelevante Schriftstücke im Ausnahmefall zurückgehalten werden dürfen. Der EGMR betreibt keine Verabsolutierung individueller Menschenrechte. Es ist jedoch das Zurückhaltungsverfahren selbst zu überprüfen. Die sich hier heute stellenden Fragen lassen sich weder mit dem Einwand abweisen, dass gegen Großbritannien gerichtete Entscheidungen die deutsche Rechtsordnung nicht nach Art. 46 EMRK binden,¹⁴ noch mit dem Hinweis beantworten, dass die EMRK nur ein einfaches Bundesgesetz darstellt.¹⁵ Auf dem heutigen Kenntnisstand ist Folgendes der vom EGMR, dem BVerfG aber auch dem BGH getragene Ausgangspunkt:¹⁶ Die EMRK ist in erster Linie durch die Vertragsstaaten einschließlich ihrer nationalen Gerichte zu verwirklichen; sie gilt nicht erst dann, wenn der EGMR einen Staat wegen ihrer Verletzung verurteilt.¹⁷ Die vom EGMR über ein *normgestütztes Case Law* heute vermehrt ausdifferenzierten Rechte der EMRK¹⁸ gelten angesichts ihrer Umsetzung durch ein Bundesgesetz so unmittelbar, wie es in Deutschland etwa hinsichtlich § 96 StPO der Fall ist.¹⁹ Auch das Bundesgesetz hält dabei mit seinem Art. 32 fest, dass der EGMR zur letztverbindlichen Auslegung der EMRK berufen ist.²⁰ Die EMRK gewährt insoweit nicht nur unverbindliche Programmsätze, sondern Rechte, die wie die deut-

schen Grundrechte praktisch umzusetzen sind.²¹ Selbst wenn ein Konflikt zwischen der EMRK und spezielleren und/oder späteren Bundesgesetzen auftritt, setzt sich die EMRK in konventionskonformer Auslegung durch, soweit sich nicht der klare Wille des Gesetzgebers nachweisen ließe, dass er das europaweit geltende Menschenrecht brechen wollte.²² Das BVerfG zieht die EMRK darüber hinaus in Anlehnung an die EGMR-Rechtsprechung bei der Auslegung des Grundgesetzes selbst mit heran.²³ Will ein nationales Gericht oder eine nationale Behörde von der Praxis des EGMR abweichen, ist dies – soweit es möglich ist – *verfassungsrechtlich* zu rechtfertigen.

Im Folgenden wird dargestellt, welche Maßstäbe der EGMR-Rechtsprechung hinsichtlich der Frage zurückgehaltener Beweismittel zu entnehmen sind (II.). Davon Ausgang nehmend wird gezeigt, inwiefern die deutsche Praxis infolge dieser Maßstäbe auch bei einer Reflektion etwaiger prozessstruktureller Unterschiede als konventionswidrig zu betrachten ist (III.). Es wird zudem aufgegriffen, welche weitergehende Fragestellung sich abzeichnet, die den Umfang der konventionswidrigen deutschen Praxis noch erheblich erweitern kann (IV.).

II. Die Zurückhaltung von beweisrelevantem Material in der Rechtsprechung des EGMR gemäß Art. 6 I 1 EMRK

1. Die spezielleren Maßstäbe des Art. 6 I 1 EMRK zur Zurückhaltung von Beweisen

Die Zurückhaltung von Beweismitteln²⁴ stellt sich aus Sicht der EMRK als Frage des fairen Verfahrens gemäß Art. 6 I 1 EMRK dar.²⁵ Das Recht auf ein faires Verfahren wird überwiegend in Deutschland als eine Ansammlung allgemein evidenter Mindeststandards gedeutet, die schon auf Grund der erklärt einzelfallbezogenen Praxis des EGMR – vom hoch entwickelten deutschen Strafver-

¹² Vgl. BVerfGE 63, 45, 65; BGHSt GS 32, 115, 123 f.; BGHSt 41, 36, 37 f.: entsprechende Anwendung des § 96 StPO bei V-Personen; Meyer-Göfner (Fn. 2), § 96 Rn. 10 ff.; a.A. SK-Rudolphi (Fn. 8) § 96 Rn 4; LR-Lüderssen, 25. Aufl. (2001) § 147 Rn 53 ff.; Lesch StV 1996, 542, 544.

¹³ Vgl. mustergültig § 110b III 3 StPO; KK-Nack (Fn. 1), § 110b Rn. 16 ff.; einschr. Janssen StV 1995, 275 f.

¹⁴ Zu diesem unstreitigen Befund Meyer-Ladewig HK-EMRK (2003), Art. 46 Rn. 3; Renzikowski JZ 1999, 605, 611.

¹⁵ Für diese bestrittene h.M. vgl. m.w.N. BGHSt 46, 93, 97.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden bereits m.w.N. Renzikowski JZ 1999, 605, 611; Gaede StV 2004, 46, 49 ff.

¹⁷ S. Art. 1 EMRK und *Handyside* v. Großbritannien (GB), Nr. 24, § 48; *Kudla* v. Polen § 152 = NJW 2001, 2694; *Ovey/White*, ECHR, 3. Aufl. (2002), S. 14; Gaede StV 2004, 46, 51.

¹⁸ Vgl. auch bereits Gaede StV 2004, 46 f., 49 ff.; HK-EMRK (Fn. 14), Art. 46 Rn. 5: „normative Leitfunktion“.

¹⁹ Vgl. zur unmittelbaren Geltung etwa m.w.N. BGHSt 46, 93, 97; Gaede StV 2004, 46, 49.

²⁰ Vgl. *Nack*, Sonder. NJW G. Schäfer (2002), S. 46, 51: selbstverständl. Umsetzung der EGMR-Maßstäbe durch d. BGH; zur Letztentscheidungskompetenz *Handyside* v. GB, Nr. 24, § 49.

²¹ Vgl. *Airey* v. Irland, Nr. 32, §§ 24, 32; *Matthews* v. GB [GC], Rep. 1999-I, § 34; *Öcalan* v. Türkei, 12.3.2003, § 153, bei www.hrr-strafrecht.de; *Ovey/White* (Fn. 17), S. 36; HK-EMRK (Fn. 14), Einl. Rn. 32; *Villiger* Handbuch EMRK, 2. Aufl. (1999), Rn. 164, 179 f.; Gaede StV 2004, 46 ff. Zum Anspruch der dt. Grundrechte auf effektive Verwirklichung vgl. etwa BVerfGE 100, 313 ff. = NJW 2000, 55, 57; *Sachs*, in: *Sachs* GG, 3. Aufl. (2003), Vor Art. 1 Rn 60.

²² Vgl. BVerfGE 74, 358, 370; BGHSt 45, 321, 329; 46, 93 ff.; *Weigend* StV 2000, 384 ff.; m.w.N. zum einhellig zust. Schrifttum Gaede StV 2004, 46, 49 f.

²³ Vgl. BVerfGE 74, 358, 370; BVerfG NJW 2001, 2245, 2246; BVerfG 1 BvR 1965/02, Beschl. v 21. 11. 2002, Rn. 6 bei www.hrr-strafrecht.de; *Limbach* NJW 2001, 2913 (2915 f.), S. 2915; m.w.N. Gaede StV 2004, 46, 49 f.

²⁴ Gemeint sind dabei nach der EGMR-Rechtsprechung all jene, die für die jeweilige Anklage bzw. für die Verteidigung gegen diese von Bedeutung sein können und damit relevant sind, vgl. *Edwards u. Lewis* v. GB - § 57 = StraFo 2003, 360 ff. m. Anm. Sommer = HRRS 2003, 225; *Atlan* v. GB 19.6.2001, §§ 40 ff., 45 f. und *Emmerson/Ashworth*, Human Rights and Criminal Justice (2001), § 14-119a.

²⁵ Vgl. etwa *Dowsett* v. GB - §§ 40 ff. HRRS 2003, 171 f.

fahrensrecht betrachtet – grundsätzlich als ein Rückschritt gesehen werden.²⁶ Sieht man so auf die Straßburger Judikatur bzw. die EMRK, mag die Thematisierung unter Art. 6 I 1 EMRK verwundern. Vorzugswürdig ist es freilich, solche globalen und letztlich undifferenziert pauschalen Aussagen nicht zu treffen: Die jeweils existierenden in autonomer völkerrechtlicher Auslegung²⁷ gewonnenen *europäischen menschenrechtlichen Standards* sind zunächst *problembezogen* zu prüfen und es ist überdies zur Kenntnis zu nehmen, dass der EGMR sehr wohl im Wege der Fallunterscheidung („*distinguishing*“) ein System anstrebt²⁸ und nach Art. 30, 43 EMRK²⁹ sogar anstreben muss: Er prägt ein *normgestütztes Case Law* aus, nicht etwa eine Ansammlung einzelfallgerecht scheinender aber zusammenhangloser Entscheidungen.

Unternimmt man die geforderte Prüfung zur konkret aufgeworfenen Frage, ist festzustellen, dass der EGMR als konstitutive Bestandteile des Art. 6 I 1 EMRK das rechtliche Gehör und das *Recht* auf Waffengleichheit in ständiger Rechtsprechung anerkennt.³⁰ Wie der EGMR jüngst wieder in der *Dowsett*-Entscheidung ausgeführt hat, fordert Art. 6 I 1 EMRK demnach, dass die Anklage alle in ihrem Besitz befindlichen und verfahrenserheblichen, den Angeklagten belastenden oder begünstigenden Beweismittel offen legen muss.³¹ Die Offenlegung der Beweise meint dabei im englischen Parteiverfahren heute ein zweistufiges Verfahren („*disclosure*“), in dem die Anklage mitteilen muss, welche gesammelten verfahrenserheblichen Beweismittel existieren, die sie aber nicht in das Strafverfahren einführen will.³² Der europäische Anspruch auf die Offenlegung der Beweise ist jedoch tatsächlich außerhalb des englischen Parteiverfahrens entwickelt worden.³³ Etwa für das belgische Verfahren, das tendenziell dem kontinentaleuropäischen Verfahrensmodell folgt,³⁴ wurde der Anspruch auf die Offenlegung aller relevanten Beweismittel anerkannt. Dem Anspruch auf Waffengleichheit, der hier durch die Gleichstellung hinsichtlich der dem anklagenden Staat verfügbaren Beweisquellen zu erfüllen ist, wird im kontinenta-

len Inquisitionsverfahren vor allem durch die Einsicht in die Gerichtsakten entsprochen, denen etwa in Deutschland verfahrenserhebliche Informationen grundsätzlich nicht entzogen werden dürfen.³⁵ Der Anspruch dient in jedem Verfahrenstyp der Parität des Wissens³⁶ und damit³⁷ dem unbenachteiligten Verfahrenseinfluss der Verteidigung. Der EGMR selbst führt ihn wie folgt aus:

“It is a fundamental aspect of the right to a fair trial that criminal proceedings, including the elements of such proceedings which relate to procedure, should be adversarial and that there should be equality of arms between the prosecution and defence ... Article 6 § 1 requires ... that the prosecution authorities disclose to the defence all material evidence in their possession for or against the accused”³⁸

Der EGMR erkennt jedoch an, dass der Anspruch auf Offenlegung der Beweismittel nicht absolut ist: Einschränkungen können zulässig sein, soweit schutzwürdige Gründe des öffentlichen Interesses der Offenlegung entgegenstehen.³⁹ So wurde etwa das englische Institut der *public interest immunity* prinzipiell erhalten, nach dem Gründe des öffentlichen Interesses die Offenlegung ausschließen können.⁴⁰ Danach bleibt es möglich, Beweismittel etwa zum Wohle des Staates oder zum Schutz des Lebens eines Zeugen zurückzuhalten. Der EGMR sieht sich dabei zudem weder in der Lage, noch mit der Aufgabe betraut, selbst zu entscheiden, ob im Einzelfall eine Zurückhaltung aus Gründen des öffentlichen Interesses in tatsächlicher Hinsicht berechtigt gewesen ist.⁴¹ Er fordert aber ein, dass das bei der Entscheidung über die Zurückhaltung angewendete Verfahren so weit wie möglich den Erfordernissen des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit genügt, wofür adäquate verfahrensrechtliche Schutzinstrumente vorzuhalten sind („*counterbalancing*“):

“In some cases it may be necessary to withhold certain evidence from the defence so as to preserve the fundamental rights of another individual or to safeguard an important public interest. However, only such measures restricting the rights of the defence which are strictly necessary are permissible under Article 6 § 1 (...). Moreover, in order to ensure that the accused receives a fair trial, any difficulties caused to the defence by a limitation on its rights must be sufficiently counterbalanced by the procedures followed by the judicial

²⁶ Vgl. für diese Sicht exemplarisch *Braum* StV 2003, 576, 579; *Meyer-Goßner* (Fn. 2), MRK Art. 1 Rn. 1; Art. 6 Rn. 4; *Schünemann* StV 2003, 116, 121 f.

²⁷ Vgl. *Engel* u.a. v. Niederlande (NL), Nr. 22, § 82; *Villiger* (Fn. 21), Rn. 162; *Renzikowski* JZ 1999, 605, 609.

²⁸ Vgl. etwa *Goodwin* v. GB, Rep. 2002-VI, § 74; *Stafford v. GB* [GC], Rep. 2002-IV, § 68; *Villiger* (Fn. 21), Rn 167; m.w.N. *Gaede* StV 2004, 46.

²⁹ Vgl. etwa die Erläuterungen bei HK-EMRK (Fn. 14), Art. 43 Rn. 7 EMRK: Vermeidung von Divergenzen.

³⁰ Vgl. *Dowsett* v. GB - §§ 41 ff. HRRS 2003, 171 f.; *Edwards* v. GB, Nr. 247-B, § 36; *Fitt* v. GB Rep. 2000-II, §§ 44 ff.

³¹ Vgl. *Dowsett* v. GB - §§ 41 ff. HRRS 2003, 171 f.; *Edwards* v. GB, Nr. 247-B, § 36; *Rowe u. Davis* v. GB, Rep. 2000-II, §§ 60 ff. = StraFo 2002, 51 f. m. Anm. *Sommer*.

³² Vgl. dazu *Edwards u. Lewis* v. GB, Urt. v. 22.7.2003, §§ 31 ff., 39; *Blackstone's Criminal Practice* 2003, D 6.1 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 3. Aufl. (2003), Rn. 1177.

³³ Vgl. nur EKMR, *Jespers* v. Belgien (B), DR 27, 76 ff., § 58; vgl. auch *Bendenoun* v. Frankreich, Nr. 284, § 52.

³⁴ Vgl. *Pesquié*, in: *Spencer*, European Criminal Procedures (2002), S. 81, 84 ff., 114 f.

³⁵ Vgl. dazu eingehend m.w.N. LR-*Lüderssen* (Fn. 12) § 147 Rn 53 ff.; SK-*Rudolphi* (Fn. 8) § 96 Rn 4.

³⁶ Vgl. *Welp*, Peters-Festgabe (1984), S. 309; LR-*Lüderssen* (Fn. 12) § 147 Rn 4.

³⁷ Vgl. BGHSt 29, 99, 102; LR-*Lüderssen* (Fn. 12) § 147 Rn 1.

³⁸ Vgl. *Rowe u. Davis* v. GB, Rep. 2000-II, § 60 = StraFo 2002, 51 f. m. Anm. *Sommer*.

³⁹ Vgl. z.B. *Dowsett* v. GB - § 42, HRRS 2003, 171 f. mit Verweis auf *Doorson* v. NL, Rep. 1996-II, § 70; vgl. auch m.w.N. *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 6.

⁴⁰ Vgl. *Emmerson/Ashworth* (Fn. 24), § 14-114 ff. und *Rowe u. Davis* v. GB, Rep. 2000-II, §§ 61 ff. = StraFo 2002, 51 f.

⁴¹ Vgl. für diese st.Rspr. m.w.N. nur *Dowsett* v. GB - § 42 f. HRRS 2003, 171 f. und *Rowe u. Davis* v. GB, Rep. 2000-II, §§ 61 ff. = StraFo 2002, 51 f. m. Anm. *Sommer*.

authorities ... In cases where evidence has been withheld from the defence on public interest grounds, it is not the role of this Court to decide whether or not such non-disclosure was strictly necessary since ... , as a general rule, it is for the national courts to assess the evidence before them (see the *Edwards* judgment cited above, pp. 34-35, § 34). *Instead, the Court's task is to ascertain whether the decision-making procedure applied in each case complied, as far as possible, with the requirements of adversarial proceedings and equality of arms, and incorporated adequate safeguards to protect the interests of the accused*"⁴²

Die konkrete Frage besteht folglich aus menschenrechtlicher Sicht im Folgenden: Worin genau muss dieser prozedurale Ausgleich liegen? Der EGMR hat entschieden, worin er keineswegs gesehen werden kann: Wägt die staatliche Anklage selbst ab, ob Beweismittel zurückzuhalten sind, genügt dies Art. 6 I 1 EMRK nicht.⁴³ Soll das Verfahren trotz der Zurückhaltung von beweiserheblichem Material noch fair sein, kann der anklagende Staat insoweit nicht selbst entscheiden, ob der mit der Zurückhaltung eintretende Nachteil für die Verteidigung von den öffentlichen Interessen im konkreten Einzelfall hinreichend aufgewogen wird. Die Anklage muss infolge der ihr auch bei der Entscheidung über die Zurückhaltung von Beweisen obliegenden Aufgabe der Strafverfolgung bzw. der Anklage als überfordert gelten, wenn sie die unangemessene Benachteiligung des eigenen Verfahrensgegners ausschließen soll. Im Original heißt es insoweit:

"a procedure, whereby the prosecution itself attempts to assess the importance of concealed information to the defence and weigh this against the public interest in keeping the information secret, cannot comply with the above-mentioned requirements of Article 6 § 1"⁴⁴

Dem EGMR genügte nur eine Lösung, bei der dem Verfahrensrichter⁴⁵ seitens der Anklage das vor der Verteidigung zurückgehaltene Material zur Kenntnis gebracht wird, damit er selbst einschätzen kann, ob die Beweismittel im öffentlichen Interesse zurückzuhalten sind.⁴⁶ Nach

⁴² Vgl. *Dowsett v. GB* - § 42 f. HRRS 2003, 171 f. (Hervorhebung des Verfassers); *Atlan v. GB* 19.6.2001, §§ 40 ff.; vgl. auch bereits *Van Mechelen v. NL* - §§ 53 ff. StV 1997, 617 ff.

⁴³ Vgl. die Grundsatzentscheidung *Rowe u. Davis v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 62 ff., 63 = StraFo 2002, 51 f. m. Anm. Sommer; bestätigend etwa *Dowsett v. GB* - § 48 HRRS 2003, 171 f.

⁴⁴ Vgl. etwa m.w.N. *Dowsett v. GB* - § 48 HRRS 2003, 171 f.

⁴⁵ Im engl. Verfahren ist der Verfahrensrichter ab Straftaten mittlerer Schwere grundsätzlich nur für Rechts- und Verfahrensfragen, nicht hingegen für die – bei einem Unschuldsvotum des Angeklagten – der *jury* überlassene Tatfrage zuständig, vgl. *Spencer* (Fn. 34), S. 157 f., 183; *Kühne* (Fn. 32), Rn. 1160 f.; *Edwards u. Lewis v. GB* - § 56 StraFo 2003, 360, 362. Anzumerken bleibt, dass das streitige „Recht auf *jury trial*“ vermehrt beschränkt wird und die Masse der Fälle von den *magistrates* (= Gerichten ohne diese Trennung) entschieden wird.

⁴⁶ Vgl. *Rowe u. Davis v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 65 f. = StraFo 2002, 51 f. m. Anm. Sommer: "the prosecution's failure to lay the evidence in question before the trial judge and to permit

der heutigen Rechtsprechung des EGMR ist davon auszugehen, dass diese Entscheidung nicht in einem nachträglich die Verurteilung überprüfenden Rechtsmittelverfahren ohne die uneingeschränkte Kenntnis und Mitwirkung der Verteidigung mit heilender Wirkung getroffen werden kann: Eine solche Prüfung würde ohne unmittelbare Verfahrenskennntnis nur aus zweiter Hand erfolgen und zudem kann die vorherige Verurteilung eine unbelastete Abwägung - wenn auch unbewusst - möglicherweise beeinträchtigen. Grundsätzlich muss die tatrichterliche Instanz die Anforderungen des Art. 6 I 1 EMRK erfüllen.⁴⁷

Der EGMR hat dabei mit nur neun zu acht Stimmen entschieden, dass eine zusätzliche Verschärfung der Verfahrensanforderungen *noch* nicht von Art. 6 I 1 EMRK gefordert ist: In den Entscheidungen *Fitt* und *Jasper* hat sich der EGMR gegen die Bestellung eines *special counsel* für die Vorlage der zunächst zurückgehaltenen Beweismittel ausgesprochen. Es genügt danach bislang, wenn der englische Verfahrensrichter über die Zurückhaltung der Beweismittel *in camera* unter Möglichkeit einer Stellungnahme der Verteidigung entscheidet.⁴⁸ Ein *special counsel* wäre dagegen ein Verteidiger, der im Zurückhaltungsverfahren das Verteidigungsinteresse in Kenntnis des vorhandenen Beweismittels einzubringen hätte, jedoch bei der Kommunikation mit der Verteidigung hinsichtlich der Offenbarung der möglicherweise weiterhin gesperrten Beweismittel eingeschränkt ist.⁴⁹ Er gleicht den Umstand aus, dass allein die Anklage auf die Entscheidung durch den nun informierten Richter in informierter Weise Einfluss nehmen kann, während die Verteidigung nur mutmaßende Stellungnahmen einreichen kann.⁵⁰ Das britische Schrifttum hält die ablehnenden Entscheidungen überwiegend für die Zurückhaltung einer auf längere Sicht nach Art. 6 EMRK kaum vermeidbaren Verfahrensinstitution.⁵¹ Der von der britischen Regierung in Auftrag gegebene und für die rechtspolitische Entwicklung des englischen Strafverfahrens bedeutende *Auld-Report*, den der EGMR jüngst

him to rule on the question of disclosure deprived the applicants of a fair trial." (Hervorhebung des Verfassers).

⁴⁷ Vgl. *Rowe u. Davis v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 65 f. = StraFo 2002, 51 f.; *Emmerson/Ashworth* (Fn. 24), § 14-122.

⁴⁸ Vgl. *Jasper v. GB*, 16.2.2000, §§ 55 ff.; *Fitt v. GB* Rep. 2000-II, §§ 47 ff.; *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 6.

⁴⁹ Vgl. *Fitt v. GB* Rep. 2000-II, §§ 30 ff.; *Edwards u. Lewis v. GB*, 22.7.2003, §§ 40 ff.; *Emmerson/Ashworth* (Fn. 24), § 14-116.

⁵⁰ Vgl. dazu die Argumentation der sechs (von acht) abweichenden Richter in *Fitt v. GB* Rep. 2000-II und *Jasper v. GB*, 16.2.2000, die zu den Möglichkeiten der Verteidigung bemerken, es sei „purely a matter of chance whether they made any relevant points“; *Emmerson/Ashworth* (Fn. 24), § 14-121 f. Vgl. nun auch *Edwards u. Lewis v. GB* - § 58 f. StraFo 2003, 360 ff.

⁵¹ S. *Emmerson/Ashworth* (Fn. 24), § 14-123; *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 6 ff.; *Sprack*, Emmins, 9. Aufl. (2002), S. 133.

ausführlich dargestellt hat, befürwortet die Einführung des *special counsel*.⁵²

Nunmehr ist die Verweigerung des *special counsel* auch in der EGMR-Rechtsprechung jedenfalls für eine bestimmte Konstellation bereits in Frage gestellt. Der EGMR hat getreu seiner Praxis, den Staaten keine Vorgaben bei der Umsetzung seiner Zielvorgaben zu machen,⁵³ den *special counsel* nicht gefordert, jedoch auf das Folgende erkannt: Der Verfahrensrichter darf sich bei der oben geschilderten Verfahrensweise nach der Entscheidung *Edwards u. Lewis* nicht in einer Lage befinden, in der er selbst über die von den Beweisen betroffene Frage entscheidet.⁵⁴ Die Institution, die das *counterbalancing* durchführt, darf in diesem Fall keine möglicherweise tatsächlich belastenden Beweismittel zur Kenntnis nehmen, zu denen die Verteidigung nicht in gleich informierter Weise Stellung beziehen können.⁵⁵ Zur Ausräumung dieses Umstandes kommt die Einführung des *special counsel* in Frage. Ob diese Qualifizierung der Verfahrensanforderungen jedoch in dieser Form bestehen bleibt, ist offen, da die britische Regierung das Verfahren über eine behauptete Divergenz zur übrigen Rechtsprechung erfolgreich zur Entscheidung durch die Große Kammer weiter gezogen hat.⁵⁶

Wenn die in *Edwards u. Lewis* einstimmig erkannte Verletzung des fairen Verfahrens auch kaum im Ergebnis zurückgenommen werden dürfte, so soll doch die mögliche Steigerung der europäischen Maßstäbe hier noch nicht näher thematisiert werden. Festzuhalten bleibt auf dem heute gesicherten Rechtsprechungsstand, dass eine von der Anklage durchgeführte Abwägung bei der Zurückbehaltung von Beweismitteln Art. 6 I 1 EMRK nicht genügt. Der vom EGMR geforderten strikten Verhältnismäßigkeit und dem erforderlichen *counterbalancing* ist hingegen entsprochen, wenn ein mit dem Verfahren vertrauter Richter die Prüfung selbst vornimmt, wobei sich diese Anforderungen angesichts ihrer nun möglichen und nur denkbar knapp abgelehnten Steigerung als Mindestbedingungen darstellen.

⁵² Vgl. *Edwards u. Lewis* v. GB, Urt. v. 22.7.2003, §§ 40 ff.; *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 7 f.; *Sommer* StraFo 2003, 363 f.

⁵³ Vgl. beispielhaft *Artico* v. Italien (IT), Nr. 37, §§ 32 ff.; *Quaranta* v. Schweiz, Nr. 205, §§ 30 ff.; s. im hiesigen Kontext auch *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 7 f.

⁵⁴ Vgl. *Edwards u. Lewis* v. GB - §§ 57 ff. StraFo 2003, 360 ff. m. Anm. *Sommer* = HRRS 2003, 225; *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5 ff. Im Fall hatte der Verfahrensrichter zu entscheiden, ob der – ggf. straffausschließende – Einwand des entrapment (insbesondere Tatprovokation) zutreffend war, so dass er eine Sachentscheidung hätte vorweg nehmen können und zudem war – in einem der beiden Fälle – die Offenbarung belastenden Materials nachträglich bekannt gegeben worden.

⁵⁵ Vgl. *Edwards u. Lewis* v. GB - §§ 57 ff. StraFo 2003, 360 ff. m. Anm. *Sommer* = HRRS 2003, 225; *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 7 f.; auch *Janssen* StV 1995, 275, 276 ff.

⁵⁶ Vgl. *Information Note No. 59 - December 2003 (provisional version)* auf der EGMR-Homepage. Vgl. auch *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 7 f.

2. Steigerungen und Ergänzung über die Gesamtbetrachtung

Ohne diesen Aspekt vollständig entfalten zu können, muss angesichts einer dem nicht stets gewachsenen deutschen höchstrichterlichen Praxis⁵⁷ betont werden, dass auch bei der Beurteilung des hier spezifisch aufgegriffenen Fairnessaspekts seine Einbettung in die gesamte Verfahrensfairness zu bedenken bleibt.⁵⁸ Dies mag entbehrlich sein, wenn sich keine Fallabweichungen ergeben: Hier sind die oben dargestellten Maßstäbe zu beachten und ihre Nichtbeachtung führt zu einer Verletzung. Zumindest dann, wenn Fallabweichungen auftreten, die eine gleiche Entscheidung normativ in Frage stellen, muss der Blick wieder für die Gesamtbetrachtung der Fairness geöffnet werden: Der EGMR hält es für möglich, eine Verletzung des Art. 6 I 1 EMRK im Wege einer übergreifenden Betrachtung einzelner menschenrechtlich bedenklicher Verfahrensvorkommnisse zu bejahen.⁵⁹ Vor allem in Fragen des Beweisrechts kommt dieser Ansatz zur Geltung.⁶⁰ Wenn der EGMR Abweichungen und Präzisierungen der erkannten Maßstäbe zu prüfen hätte, muss man davon ausgehen, dass er seinen Blick auch weiteren Teilrechten zuwenden wird.

Nach der EGMR-Rechtsprechung kommt insoweit offenbar jedes anerkannte Teilrecht in Betracht. Es können – beispielhaft gesprochen – etwa bedenkliche, plötzliche Wechsel der Gerichtsbesetzung und vergleichsweise geringe Bemühungen um Zeugenvernehmungen zu einer Verletzung beitragen.⁶¹ Für die Ausgangsproblematik zurückgehaltener Beweismittel kommen insbesondere die Rechte des Art. 6 III lit. d EMRK auf die Ladung von Entlastungszeugen bzw. die Konfrontation von Belastungszeugen als flankierende Fairnessmomente in Betracht, zumal diese in ständiger Rechtsprechung in besonderer Weise an Art. 6 I 1 EMRK angelehnt geprüft werden⁶² und – wie der Offenlegungsanspruch – primär der Waffengleichheit dienen sollen.⁶³ Der Staat muss auf verfahrensrelevante Zeugenvernehmungen grundsätzlich

⁵⁷ S. beispielgebend die jedenfalls methodisch mit ihrer isolierten Prüfung unzulängliche Entscheidung BGH NJW 2003, 2761, 2763; abl. *Eisenberg/Zötsch* NJW 2003, 3676, 3677 f.

⁵⁸ Vgl. etwa m.w.N. die einleitende Formulierung in *Dowsett* v. GB – § 40 HRRS 2003, 171 f.

⁵⁹ Vgl. *Unterpertinger* v. Österreich (AUT), Nr. 110, §§ 28 ff.; *Barberà* u.a. v. Spanien, Nr. 146, §§ 67 ff., 89; vgl. auch die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 2003 in ZStW 115 (2003), 671, 692 f.

⁶⁰ Vgl. *Allan* v. GB, § 42, StV 2003, 257, 259; m.w.N. zusammenfassend *Gaede* StV 2004, 46, 49 f.

⁶¹ Vgl. *Unterpertinger* v. AUT, Nr. 110, §§ 28 ff.; *Barberà* u.a. v. Spanien, Nr. 146, §§ 67 ff., 89.

⁶² Vgl. zB *Bönisch* v. AUT, Nr. 92, §§ 29 ff.; *Unterpertinger* v. AUT, Nr. 110, §§ 29 ff., 33; *Artner* v. AUT, Nr. 242-A, § 19; *Pullar* v. GB, Rep. 1996-III, § 45; *A.M.* v. IT, Rep. 1999-IX, §§ 23 ff.; *Lucca* v. IT, 27.2.2001, §§ 37 ff.; *Perna* v. IT, 25.7.2001, §§ 26 ff.; *P.S.* v. Deutschland (D) - §§ 20 ff. NJW 2003, 2893.

⁶³ Vgl. *Engel* u.a. v. NL, Nr. 22, § 91; *Bönisch* v. AUT, Nr. 92, § 32; *Vidal* v. B, Nr. 235-B, § 33.

ohne Nachlässigkeit hinwirken.⁶⁴ Wenn der Staat im Zusammenhang mit zurückgehaltenen Beweismitteln auf die von der Verteidigung zur Entlastung beanspruchte Vernehmung eines Informanten nicht fehlerfrei oder nicht mit dem im konkreten Fall völkerrechtlich⁶⁵ angemessenen Nachdruck hinwirkt, kann sich eine im einzelnen möglicherweise noch ausscheidende Verletzung auch aus der Gesamtbetrachtung beider Fairnessaspekte ergeben. So könnten beispielsweise etwaige Versäumnisse hinsichtlich Art. 6 III lit. d EMRK den Ausschlag dafür geben, einen im Ganzen unfairen Prozess anzunehmen.

Diese Praxis des EGMR gilt es zu erinnern, wenn Einzelfälle hinsichtlich zurückgehaltener Beweise zu entscheiden sind. Dass das Vorgehen des EGMR Kritik unterliegt, ist dabei hier nur zu referieren.⁶⁶ Die Praxis wird im Schrifttum auch allgemein oder differenziert begrüßt.⁶⁷ Dass dieses Vorgehen des EGMR eine systematisierte wissenschaftliche Durchdringung des Art. 6 EMRK vor erhebliche aber nicht unlösbar scheinende Probleme stellt, ist zu bemerken. Will ein Vertragsstaat der EMRK aber – seiner Verpflichtung gemäß – jede Verletzung ausschließen, müssen alle für diesen Staat agierenden Institutionen sich dieser Vorgehensweise des EGMR bei der Entscheidung einzelner Fälle stets stellen.

III. Die konventionswidrige Zurückhaltung von Informationen, die im Aufgabenbereich der Staatsanwaltschaft erlangt werden

Zunächst soll die Konstellation aufgegriffen werden, in der auch dann eine verbindliche exekutive Sperrklärung erfolgt, wenn Beweismittel zur Aufklärung von Straftaten angefallen sind, die der Kenntnis der Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde nicht entzogen sind. Dies kann praktisch insbesondere dann auftreten, wenn die Verteidigung eine Tatprovokation durch verdeckte Ermittler oder V-Leute anderer Art einwendet und dazu Beweismittel offen gelegt wissen will. Diese könnten die Identität der anonym gehaltenen Person preisgeben und daher vom Innenminister nach § 110b III 1, 3 StPO bzw. analog § 96 StPO zurückgehalten werden. Hierbei muss nicht zwingend eine Aussage dieser Personen durch den Rückgriff auf Beweissurrogate im Urteil verwertet wor-

den sein.⁶⁸ Das Problem wird auch aufgeworfen, wenn der entlastend wirkende Beleg einer möglichen Tatprovokation erschwert wird und damit – oder etwa durch die Zurückhaltung entlastender Zeugenaussagen – die gewählte Verteidigungsstrategie von vornherein behindert wird.⁶⁹ Erinnert man die eingangs dargestellte Praxis im deutschen Strafverfahren (I.), muss vor dem Hintergrund der EGMR-Rechtsprechung ein Konflikt wahrgenommen werden: Es wird hingenommen, dass die Spitze einer Exekutivbehörde über die Zurückhaltung von Beweismitteln entscheidet, obwohl diese Behörde zur Strafverfolgung zu agieren hatte.⁷⁰ Die Nachprüfung des Gerichts geschieht in Unkenntnis der beweis erheblichen Schriftstücke selbst, die Ausübung der Befugnis bleibt tatsächlich nachrangigen Beamten überlassen.⁷¹ Das Gericht kann nur nachempfinden, ob die strafverfolgende Exekutive eine wertende Stellungnahme niedergeschrieben hat, die für sich genommen zur Zurückhaltung von Beweisen geeignet ist. Das Gericht prüft die Stellungnahme der Behörde, es prüft gerade nicht, ob die tatsächlich zurückgehaltenen Informationen angesichts der von der Behörde angegebenen Gründe in einer Abwägung in einem fairen Verfahren zurückgehalten werden sollten. Die anhand der Tatsachen entscheidende Instanz ist die strafverfolgende Exekutivbehörde, nicht das Gericht.⁷² Dem Gericht verbleibt es nur, in der Beweiswürdigung den untauglichen Versuch zu unternehmen, zwischen unbekanntem zurückgehaltenen Beweisen und den existierenden Beweisen einen Bezug herzustellen.

Diese Praxis erfüllt die Anforderungen des EGMR nicht.⁷³ Die Staatsanwaltschaft ist nicht gehindert, die bei der Strafverfolgung angefallenen Kenntnisse beizuziehen: Auch die Identität von Informanten⁷⁴ ist ihr grundsätzlich nicht zu verschweigen, wenn deren Einsatz Teil

⁶⁴ Vgl. etwa *Isgrò v. IT*, Nr. 194-A, § 32; *Artner v. AUT*, Nr. 242-A, §§ 20 ff.; *Van Mechelen v. NL* - §§ 53 ff. StV 1997, 617.

⁶⁵ Da der EGMR in Übereinstimmung mit der Wiener Vertragsrechtskonvention judiziert – vgl. m.w.N. *Villiger* (Fn. 21) Rn. 162 ff. – und das übrige Völkerrecht nach Art. 31 I III lit. c, 32 VRK einbezieht – vgl. nur *Golder v. GB*, Nr. 18, §§ 29 f.; *Luedicke u.a. v. D*, Nr. 29, § 39; *Hans Adam II v. D*. [GC], Rep. 2001-VIII, §§ 43 ff. – müssen die in einem konkreten Fall bestehenden Anforderungen im Lichte des Völkerrechts bestimmt werden, soweit Auslandszeugen betroffen sind.

⁶⁶ Vgl. etwa bereits *Trechsel*, ZStW 101 (1989), 819, 836 f.; die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrtagung 2003 in ZStW 115 (2003), 671, 690 ff. und m.w.N. *Gaede* StV 2004, 46, 49.

⁶⁷ Vgl. *Stavros*, The guarantees for accused persons under Art. 6 ECHR (1993), S. 327 ff.; 336 ff.; differenzierend etwa *Nelles* und *Trechsel* ZStW 115 (2003), 671, 692 f.

⁶⁸ Vgl. zu dieser Konstellation bereits grundlegend *Renzikowski* JZ 1999, 605 ff., 609 ff. und *Van Mechelen v. NL* - §§ 49 ff. StV 1997, 617 ff. Auch für diese Konstellation dürften freilich Rückwirkungen entstehen, die BGH NSTz 2000, 265 ff. noch nicht bedacht hatte und – so man das passive Abwarten auf entsprechende Vorgaben aus Straßburg akzeptiert – mangels EGMR-Präzedenzfälle noch nicht bedenken konnte.

⁶⁹ Vgl. etwa den Fall *Edwards u. Lewis v. GB* §§ 57 ff. StraFo 2003, 360 ff. = HRRS 2003, 225; dazu, dass die entschiedene prozessuale Problematik keineswegs nur auf die Tatprovokation zu beziehen ist, s. *Waterman*, Archbold News, Sept. 2003, 5, 7.

⁷⁰ Vgl. etwa BVerfGE 57, 250, 288 ff.

⁷¹ Vgl. BVerfGE 57, 250, 289 f.; BGHSt 35, 82, 86; *Meyer-Göbner* (Fn. 2), § 96 Rn. 8.

⁷² Vgl. BVerfGE 57, 250, 288: verbindliche Entscheidung der Behörde. Vgl. auch § 110b III StPO; zur eventuellen Kenntnis des Gerichts vgl. *Janssen* StV 1995, 275, 276 ff.

⁷³ Vgl. bereits unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 III lit. d EMRK *Renzikowski* JZ 1999, 605 ff., insbes. auch 612; *Lesch* StV 1996, 542, 544 ff. Im hiesigen Zusammenhang vgl. erwägend auch bereits *Sommer* in der Anmerkung zu *Rowe u. Davis* v. GB etc. in StraFo 2002, 51 ff. Für einen Verstoß bei der Sonderkonstellation der Identität von Ermittlungsrichter und Verfahrensrichter bereits *Janssen* StV 1995, 275, 276 ff.

⁷⁴ Dies soll hier umfassend verstanden sein, nicht nur den Verdeckten Ermittler erfassen.

der Strafverfolgung war.⁷⁵ Sie befindet sich angesichts ihrer Pflicht zur objektiven Sachverhaltserforschung und ihrer Berechtigung, auf die ihr hinsichtlich der Strafverfolgung unterstellten Polizeibehörden zurück zu greifen, im Besitz der vor der Verteidigung zurückgehaltenen Informationen.⁷⁶ Mehr noch entscheidet über die Zurückhaltung eine Exekutivbehörde, die angesichts der Einschaltung der dem Innenminister organisatorisch unterstehenden Polizeibehörden in die Strafverfolgung⁷⁷ zur strafverfolgenden Exekutive zu rechnen ist und damit die Anklage stützende Aufgaben wahrzunehmen hat. Zudem tritt der Innenminister funktional auch an die Stelle der anklagenden Justiz, da er befugt sein soll, *über etwaig einschlägige präventiv-polizeiliche Kompetenzen hinaus* sogleich die Einschätzung für die Strafverfolgung insgesamt vorzunehmen, der die Staatsanwaltschaft vorsteht.⁷⁸ Damit soll eine Behörde, die in die Aufgabe der Strafverfolgung eingebunden ist, einschätzen können, ob die gegen die Strafverfolgung gerichtete Verteidigung in einem Verfahren einen unverhältnismäßigen Nachteil erleidet.⁷⁹

Schon die möglicherweise für eine Vereinbarkeit des deutschen Rechts mit der EMRK streitende vorsichtige Beweiswürdigung ist – für die Frage nach dem Zurückhaltungsverfahren⁸⁰ – keine einzeln oder im Kontext relevante verfahrensrechtliche Institution: Auch im englischen Geschworenverfahren existiert sie über das Äquivalent des *summing up*, der Instruktion der Geschworenen über die – eventuell besonders gearteten – rechtlichen Maßstäbe bei der Würdigung der zugelassenen Beweise.⁸¹ Der EGMR hat sie aber in den einschlägigen Entscheidungen in keiner Weise argumentativ einbezogen. Selbst in der hoch streitigen *Fitt*-Entscheidung hat die vom Richter vorgegebene vorsichtige Würdigung der infolge zurückgehaltener Beweise unbekannt gebliebenen Tatumstände bei der zurückhal-

tenderen Mehrheit des Gerichts keine Erwähnung gefunden.⁸² Werden Beweise legitim zurückgehalten, muss die besonders vorsichtige Würdigung i.S. einer strikten Anwendung von in dubio pro reo zwar erfolgen. Dass sie in diesem Fall nachträglich erfolgt, fördert jedoch im *vorherigen* Entscheidungsverfahren über die Zurückhaltung in keiner Weise *dessen* Übereinstimmung mit den Anforderungen des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit.

Nach der EGMR-Rechtsprechung muss im Sinne einer strikten Notwendigkeit beachtet werden, dass die Beschränkungen der Verteidigungsrechte *hinsichtlich des gewählten Abwägungsverfahrens* so gering wie möglich zu halten sind: Die Verteidigungsrechte sind so weit wie möglich zu respektieren.⁸³ Es ist nicht nur unstrittig unzureichend, wenn die Anklagebehörde selbst die dem Verfahrensgegner nachteilige Entscheidung trifft. Es ist vielmehr ein hinreichendes Ausgleichsverfahren („*sufficiently*“) zu wählen, welches das Verteidigungsinteresse so weit wie möglich einbringt. Dies aber geschieht nicht, wenn das in der ausgleichenden Institution des beide Seiten hörenden unabhängigen Gerichts ausgeprägte faire Verfahren auf eine strafverfolgende Exekutivbehörde verschoben wird: Die vom Innenminister geführte strafverfolgende Polizei muss sich zur Beachtung gegenläufiger Verteidigungsinteressen erst aus ihrer übrigen Aufgabendefinition lösen.⁸⁴ Allein die Einschaltung des abstrakt die Verantwortung für die Entscheidungen seines Hauses übernehmenden Innenministers, heilt dies nicht. Der Innenminister steht am Ende einer auf Zuarbeiten beruhenden Kette, in der die unmittelbare Kenntnis hinsichtlich des Verfahrens – anders als beim vom EGMR geforderten Trichter – ständig abnimmt, wenn „der Innenminister“ schließlich seine persönliche Entscheidung trifft. Dass eine solche Lösung so weit wie möglich die Interessen einer waffengleichen Verteidigung wahrt, lässt sich nicht behaupten. Die Sensibilität des EGMR für einen Menschenrechtsschutz über *procedural safeguards*⁸⁵ und damit für ein Denken freiheitlicher Rechtsmaßstäbe in Institutionen, welche diese Maßstäbe auch sichtbar konstituieren, wird vielmehr ignoriert. Allein die Verlagerung der Entscheidung auf die selbst nicht anklagende aber zu eben dieser beitragende Exekutive genügt nicht. Aus dieser Differenz der deutschen Rechtslage zur vom EGMR ausdrücklich für ungenügend erachteten englischen Praxis kann nicht fehlsam

⁷⁵ Vgl. insbesondere §§ 110b III, 160 I-II; vgl. auch bereits *Janssen StV* 1995, 275 ff.

⁷⁶ Vgl. §§ 160 I-II, 161 I (für präventiv-polizeiliche Auskünfte), 163 II und m.w.N. *SK-Wohlers*, 27. Lfg. 2002, SK § 161 Rn. 21; § 163 Rn. 3, 18 ff.

⁷⁷ Vgl. etwa zur Stellung des Innenministers als oberster Behörde etwa *BGHSt* 41, 36, 38 ff.

⁷⁸ Vgl. dazu eingehend und zu a.A. *BGHSt* 41, 36 ff.; zust. etwa *Meyer-Gößner* (Fn. 2), § 110b Rn. 8.

⁷⁹ Eben dies sieht und duldet *BVerfGE* 57, 250, 289 f. in der Hoffnung, mit der – sogleich wieder eingeschränkten – Transformation auf die behördliche Spitzenebene eine zureichende *Minimierung* des verbleibenden Problems zu bieten.

⁸⁰ Dass der Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo bei einer Zurückhaltung von Beweisen eine besondere Bedeutung zukommt, wird hier nicht bestritten. Wenn es aber um die Begründung der Zurückhaltung selbst geht, kann seine Anwendung gerade angesichts der EGMR-Vorgaben nicht hinreichen: Der Verweis auf die mindere und angesichts ihrer Subjektivität bzw. geringen Kontrollierbarkeit nachrangige „Lösung“ ignoriert, dass der Entzug der Beweismittel gerade schon den Einfluss beschränkt, das Ergebnis der Beweisaufnahme im Sinne der Verteidigung mitzugestalten, welches erst dann unter Beachtung von in dubio pro reo zu würdigen ist.

⁸¹ Vgl. zum *summing up* *Blackstone's Criminal Practice* 2003, D 16.10 ff.; *Kühne* (Fn. 32), Rn. 1192.

⁸² Vgl. *Fitt v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 14, 48 ff.

⁸³ Vgl. *Dowsett v. GB* - § 43 HRRS 2003, 171; *Jasper v. GB*, 16.2.2000, § 53; *Rowe u. Davis v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 62 ff. = *StraFo* 2002, 51 f. m. Anm. *Sommer*; *Edwards u. Lewis v. GB* §§ 54 ff. *StraFo* 2003, 360 ff = HRRS 2003, 225.

⁸⁴ Vgl. etwa die an sich zutreffende Beschreibung bei *BGHSt* GS 32, 115, 124 „Sie [die zuständige Verwaltungsbehörde] darf nicht nur die von ihr wahrzunehmenden Aufgaben zur Grundlage ihrer Entscheidung machen“; ebenso *BVerfGE* 57, 250, 283 ff.; *Lesch StV* 1996, 542, 544: Deformation der Abwägung durch die aufgabenbezogenen Exekutivinteressen.

⁸⁵ Vgl. *Dowsett v. GB* - § 43 HRRS 2003, 171; *Rowe u. Davis v. GB*, Rep. 2000-II, §§ 62 ff. = *StraFo* 2002, 51 f. m. Anm. *Sommer*; zur stRspr. auch *Edwards u. Lewis v. GB* §§ 54 ff. *StraFo* 2003, 360 ff = HRRS 2003, 225.

auf die Vereinbarkeit der deutschen Praxis mit Art. 6 I 1 EMRK geschlossen werden. Diese Differenz ist für den Anspruch auf Waffengleichheit bei einem gerade auch auf die – bei der Entscheidung durch Teilhaber der Strafverfolgung fehlende – *Erscheinung der Fairness* bezogen menschenrechtlichen Anspruch⁸⁶ ungenügend: *Gerade dann, wenn sich rechtliche Maßstäbe letztlich nur zu einer Abwägungsentscheidung konkretisieren lassen, kommt tatsächlich den Fragen, welcher Institution diese Entscheidung zugewiesen wird und auf welchem Verfahren die Entscheidung beruht, die herausragende Bedeutung zu.* Nimmt man hinzu, dass der EGMR kurz davor stand, *zusätzlich* zu dem somit knapp für ausreichend befundenen richterlichen Verfahren noch die Beziehung eines zur Verschwiegenheit verpflichteten Verteidigers zu fordern, so darf man das Anliegen des EGMR endgültig nicht darauf reduzieren, die Zurückhaltung nur aus den Händen der unmittelbaren Anklagebehörde zu nehmen. Vielmehr muss die Rechtsprechung so verstanden werden, dass die Zurückhaltungsentscheidung über im Besitz der Anklage befindliche Beweismittel durch eine mit dem Verfahren hinreichend vertraute und nicht exekutiv mit der Strafverfolgung in Verbindung stehende gerichtliche Instanz wahrzunehmen ist. Damit wäre keine unvorsichtige „Maximalinterpretation“ der EGMR-Rechtsprechung unternommen, zumal die *Edwards u. Lewis*-Entscheidung hier noch ausgenommen bleibt, jedenfalls aber gesichert, dass keine Marginalisierung der existierenden menschenrechtlichen Vorgaben erfolgt.

Gegen die hier mithin vertretene Unvereinbarkeit der geschilderten deutschen Praxis mit der EGMR-Rechtsprechung lässt sich auch nicht in prozessstruktureller Reflektion⁸⁷ einwenden, dass die zum englischen Parteiverfahren ergangenen Entscheidungen für das deutsche reformierte Strafverfahren nicht gleich gelten können, da mit der Staatsanwaltschaft eine jedenfalls auch als Rechtspflegeorgan gestaltete, an die Ermittlung entlastender Umstände gebundene und auf Fairness bedachte Anklage existiert.⁸⁸ Es ließe sich der Einwand andeuten, zu einer solch strikten Waffengleichheit sei man nur im Parteiverfahren genötigt, nicht hingegen im reformier-

ten Inquisitionsprozess, so dass EGMR-Maßstäbe abzuschwächen seien. Eine prozesssystematische Analyse muss zwar stets erfolgen, wenn Entscheidungen des EGMR zu anderen Prozessordnungen auf ihre konkrete Bedeutung für die StPO untersucht werden sollen. Judikate des EGMR sind gerade nicht darauf bedacht, europäische Strafverfahren der äußeren Form nach anzugleichen. Sie formulieren aber anhand von Einzelfällen unter dem Anspruch kohärenter Rechtsprechung verbindliche Zielmaßstäbe, die jedes nationale Verfahren und jedes Prozessmodell verwirklichen können muss:⁸⁹ Frei gestellt ist das Mittel der Umsetzung, nicht die Umsetzung selbst. Die Umsetzung kann mit einem auf das Verfahrensmodell abgestimmten Mittel erfolgen, nur unterbleiben kann sie nicht. Abgesehen davon, dass die als Rechtspflegeorgan eingewendete Staatsanwaltschaft selbst gerade nicht entscheidet und das amtsermittelnde Gericht eben nicht wirklich prüfen kann, muss ein solcher Einwand schon mit der ständigen Rechtsprechung des EGMR aus allgemeinen Erwägungen zurückgewiesen werden. Der EGMR erkennt mit Recht an, dass die Waffengleichheit an der wahrgenommenen Aufgabe der Anklage und nicht an einem ungebundenen einseitigen Prozessgegner ansetzt.⁹⁰ Der EGMR sieht die Staatsanwaltschaft insofern als Gegner, weil es auch hier ihre Aufgabe bleibt, die Anklage gegen die Verteidigung durchzusetzen. Auf die fehlerfreie und gleichsam gerichtsgleiche Wahrnehmung der objektivrechtlichen Verpflichtungen durch die Staatsanwaltschaft ist die Verteidigung auch dann nicht verwiesen, wenn das Verfahren sich nicht als Parteiverfahren bezeichnen lässt. Dementsprechend braucht auch bei der Staatsanwaltschaft ein Angeklagter nicht darauf vertrauen, dass die exekutiv entschiedene Beweiszurückhaltung die Verteidigungsinteressen hinreichend wahrt. Verteidigungsrechte berechtigen gerade dazu, die Auffassung der objektiv gebundenen Anklage nicht teilen zu müssen. Selbst wenn dies anders wäre, liefe das über den Prozessvergleich bemühte Argument leer, da die ungebundene *Anklage* im Parteiverfahren eher einem Mythos gleicht: Jedenfalls die heutige englische Anklagebehörde, zu der der EGMR entschieden hat, ist keine reine ungebundene Verfahrenspartei.⁹¹ Mehr noch muss gerade für einen betont der

⁸⁶ Vgl. für die Anerkennung der *Maxime* „*justice must not only be done, it must also be seen to be done*“ bei Art. 6 EMRK *Delcourt v. B.*, Nr. 11, § 31; *Campbell u. Fell v. GB*, Nr. 80, § 81; *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 400; *Stavros* (Fn. 67), S. 215.

⁸⁷ Nur angemerkt sei hier, dass sich eine Unterschreitung der EGMR-Maßstäbe auch nicht deshalb rechtfertigen kann, weil die deutsche StPO keine Trennung zwischen Verfahrensrichter und Geschworenen kennt: Das Problem der Zurückhaltung entscheidungserheblicher Beweise wird allein dadurch, dass es keine Geschworenen gibt, nicht ausgeräumt. Auch der Berufsrichter ist beeinträchtigt, wenn er nur einen Ausschnitt der verfügbaren Beweise würdigen kann, BGHSt 38, 237, 245. Die Besonderheiten sind bei der Umsetzung einzubringen.

⁸⁸ Vgl. zur Staatsanwaltschaft insofern BVerfGE 63, 45, 63 f. aber auch 103, 142, 156; m.w.N. *Beulke*, Strafprozessrecht, 6. Aufl. (2002), Rn. 88 und SK-*Wohlers* 27. Lfg. 2002, SK § 160 Rn. 37 ff. Vgl. m.w.N. zur oft angesprochenen Verschiedenheit von Prozessstruktur und der prozessualen Denkweise auch *Renzikowski* JZ 1999, 605, 612 f.

⁸⁹ Vgl. *Artico v. IT*, Nr. 37, §§ 32 ff.; *Quaranta v. Schweiz*, Nr. 205, §§ 30 ff.; vgl. auch *Borgers v. B.*, Nr. 214-A, §§ 24 ff.: Die lange Tradition einer auf das nationale Prozessmodell bezogenen Praxis hindert die Annahme einer Verletzung nicht.

⁹⁰ Vgl. *Borgers v. B.*, Nr. 214-A, §§ 24 ff.; auch *Jespers v. B.*, DR 27, 76 ff., §§ 56 ff. S. dazu, dass diese Rechtsprechung auch für die dt. StPO schlicht den prozesswissenschaftlich herausgearbeiteten Erkenntnissen beisteht die Ausführungen von *Wohlers*, in SK 27. Lfg. 2002, SK § 160 Rn. 40 m.w.N.

⁹¹ Vgl. m.RS-N. *Ashworth*, Criminal Process (1998), S. 69 f.; 87 f., 302; *Dennis*, Evidence, 2. Aufl. (2002), S. 431 f.; *Sprack* (Fn. 51), S. 68 f.; *Blake/Ashworth* Crim LR 1998, 16 ff.; knapp auch *Kühne* (Fn. 32), Rn. 1170. Einführend zu Entstehung und Ausgestaltung des CPS *Sprack* (Fn. 51), S. 56 ff.; Blackstone's Criminal Practice 2003, D 2.33, 2.38. Das Problem in der Reformdiskussion bleibt – auch – im englischen Verfahren das Ermittlungsverfahren, da der Anklagebehörde die Untersuchung selbst nicht voll unterstellt ist, vgl. *Uglow*, Criminal Justice, 2.

Inquisitionsmaxime zugewandten Verfahrenstyp die bisherige deutsche Praxis gleichsam unerträglich scheinen, denn die in die Hand der Exekutive gelegte Zurückhaltung von Beweisen bewirkt, dass die Justiz nur noch über einen Ausschnitt der menschlicher Erkenntnis zugänglichen Wahrheit entscheidet.⁹² Nicht das Gericht entscheidet, sondern es muss die Vor-, „Entscheidung der Behörde hinnehmen“⁹³. Die deutsche Praxis, die Zurückhaltung von Beweismitteln, die sich im Besitz der Strafverfolgungsbehörden befinden, nach §§ 110b III, 96 StPO durch die Exekutive entscheiden zu lassen, verstößt daher auch bei einer prozessstrukturellen Reflektion gegen Art. 6 I 1 EMRK. Wie die Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit Art. 6 I 1 EMRK bezogen auf die deutsche StPO wieder hergestellt werden kann bzw. muss, wird hier – auch angesichts des Umfangs dieses Aufsatzes – nicht entschieden. Der Bedarf, nach einer geeigneten Umsetzung zu suchen, ist aufgeworfen.⁹⁴

IV. Konventionswidrige Zurückhaltung bei unterlassener Beiziehung von Informationen, die sich im Besitz anderer Behörden des anklagenden Staates befinden?

Über die in § 110 b III StPO geregelten Fälle und die von der herrschenden Auffassung hinzugefügten Fälle hinaus darf die Staatsanwaltschaft dem Gericht auch im deutschen Strafverfahren beweisrelevante Schriftstücke bzw. beweisrelevante Informationen nicht vorenthalten.⁹⁵ Die Zurückhaltung von Beweisen ist jedoch auch abseits der bislang behandelten Fälle aus Sicht des Staates weiter möglich: Es wird schon der Besitz bzw. die Kenntnis der Staatsanwaltschaft ausnahmsweise verhindert. Während grundsätzlich der Besitz beweisrelevanter Informationen insbesondere bei Schriftstücken herbeizuführen ist, schließt der Staat vor allem im Fall mit § 96 StPO schon den Zugriff der Justiz aus.⁹⁶

Es ist nicht zu verkennen, dass diese Regelungsstruktur dem Staat je nach seiner inneren Behördenorganisation die Möglichkeit eröffnet, strafprozessual im Sinne der

Verfahrensfairness anerkannte Maßstäbe für die Abwägungsentscheidung praktisch leer laufen zu lassen: Ordnet der Staat seine Behördenstruktur so, dass die mit der Aufgabe der Strafverfolgung und der Anklage vor Gericht betraute Behörde tatsächlich nur das erhält, was die vorgeschalteten staatlichen Behörden im Zuge ihrer exekutiven Prüfung für angemessen halten, kann die nachgeschaltete justitielle Prüfung entwertet werden: Infolge der Möglichkeit, die Problemfälle zuvor „zu bereinigen“, bliebe eine Betrachtung, die den Beweismittelbesitz zu einer rein faktischen Größe degradiert und nicht auch selbst *normativ betrachtet*, an einer entscheidenden Stelle fehlsam. Es wird mitnichten gesagt, dass die deutsche Rechtslage mit der Differenzierung nach Behördenaufgaben dieser Umgehungsmöglichkeit dienen sollte oder heute dient. Keineswegs ist zu einer solchen Erklärung des § 96 StPO greifen. Es ist jedoch ein Allgemeines und auch bei der Frage der Offenlegungspflicht zu bedenkendes Gebot, Maßstäbe der EMRK wirksam auszugestalten und nicht durch die Eröffnung von Umgehungsoptionen dem Leerlauf auszuliefern.⁹⁷ Gerade in einem Inquisitionsverfahren muss der staatliche Besitzanspruch hinsichtlich relevanter Beweismittel im Ausgangspunkt umfassend gedacht werden: Der „Nichtbesitz“ erheblicher Beweismittel seitens der Strafverfolgungsbehörden und damit der Staatsanwaltschaft ist auch nach dem geltenden deutschen Strafverfahrensrecht (§ 95 StPO) rechtfertigungsbedürftig: § 96 StPO stellt sich als Ausnahme zur grundsätzlich bestehenden Verpflichtung dar, sich den Besitz derselben zu verschaffen.⁹⁸ Da gerade auch in den Judikaten zu Art. 6 EMRK bereits die Offenlegungspflicht auf die Beweismittel erstreckt worden ist, welche die Anklage prinzipiell hätte beiziehen können,⁹⁹ muss ein normatives Problem des Art. 6 EMRK auch dann erkannt werden, wenn bereits der faktische Besitz der Anklagebehörde eingeschränkt wird. Die EMRK richtet sich nicht allein an die nationalen Anklagebehörden, sondern an den gesamten Staat einschließlich der ihm zurechenbaren Funktionsträger¹⁰⁰ einschließlich der Behörden, die – an ihre eigene Aufgabe gebunden – nach der deutschen Rechtslage zusätzlich auch die Aufgabe der Herbeiführung eines fairen Verfahrens eigenständig bewältigen können sollen. Die Zurückhaltung möglicherweise entlastender Beweise stellt nicht nur dann ein Problem dar, wenn gerade die Anklagebehörde diese zurückhält: Der EGMR hat das Offenlegungserfordernis

Aufl. (2002), S. 178 ff.; zur dt. Praxis vgl. zudem SK-Wohlers 27. Lfg. 2002, SK § 160 Rn. 9 ff.

⁹² Grundsätzlich erkennt das – durch die BGH-Rechtsprechung insgesamt noch nicht zureichend gelöste – Problem auch bereits BGHSt 38, 237, 245: „unmittelbaren Einfluß auf den Gang des ausschließlich der Rechtsprechung vorbehaltenen Strafverfahrens nehmen könnte“. Eben diesen Einfluss hat die Exekutive jedoch, da sie – in eigene Aufgaben eingebettet – über justitielle Fragen entscheidet und nur einer formalen gerichtlichen Kontrolle unterworfen ist.

⁹³ M.w.N. KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 17; BVerfGE 57, 250, 288.

⁹⁴ Wie der EGMR jüngst wieder am Beispiel des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung entschieden hat, schließt allein eine möglicherweise erforderliche Gesetzesänderung die Verletzung nicht aus, vgl. *Kitov v. Bulgarien*, 3.4.2003, § 73.

⁹⁵ Vgl. nur für diesen Grundsatz LR-Lüderssen (Fn. 12) § 147 Rn. 53 ff.; vgl. aber auch bereits Fn. 12.

⁹⁶ Vgl. LR-Schäfer (Fn. 1) § 96 Rn. 1: Amtshilfe; KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 1: Unterfall des § 95. Weitere Fälle wie § 54 StPO werden hier nicht spezifisch behandelt.

⁹⁷ Vgl. allgemein bereits Fn. 21 und *Goodwin v. GB*, Rep. 2002-VI, §§ 74 ff.: „*crucial importance*“; zur Vermeidung eines Leerlaufs / von Umgehungen vgl. *Golder v. GB*, Nr. 18, §§ 26 ff., 34; *Allan v. GB* - §§ 42 ff. StV 2003, 257 ff.; *M.M. v. NL* - §§ 36 ff. StV 2004, 1 ff. und *Gaede StV* 2004, 46, 51 ff.

⁹⁸ Vgl. nur KK-Nack (Fn. 1), § 96 Rn. 1 und allgemein SK-Wohlers, 27. Lfg. 2002, SK § 161 Rn. 25 ff.

⁹⁹ Vgl. etwa *Jespers v. B*, DR 27, 76 ff., § 58, vgl. dort auch § 56: „it matters little ... under whose authority they [investigations] are carried out“.

¹⁰⁰ Vgl. Irland v. GB, Nr. 25, § 239; *Martins Moreira v. Portugal*, Nr. 143, § 60; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, Nr. 189, § 73; *Wille v. Liechtenstein*, Rep. 1999-VII, § 46; HK-EMRK (Fn. 14), Art. 1 Rn. 4; *Villiger* (Fn. 21), Rn. 64, 124; zur möglichen Zurechnung von Privatpersonen *Gaede StV* 2004, 46, 50 ff.

nicht allein aus der Waffengleichheit, sondern auch aus dem Erfordernis des rechtlichen Gehörs abgeleitet, so dass die innerprozessuale Gegnerstellung nicht allein entscheidend sein kann. Die der Verteidigung durch andere staatliche Behörden entzogene Einflusschance im Verfahren hat hinsichtlich der Verfahrensfairness eigenes Gewicht.¹⁰¹ Kann ein Staat hier die entwickelten prozeduralen Maßstäbe allein deshalb entbehren lassen oder eine Absenkung vornehmen, indem er schon den Zugriff seiner Anklagebehörde auf verfahrenserhebliche Informationen einschränkt?

Welche Entscheidung dieses Problem *konventionsrechtlich* im Ergebnis im Einzelnen zukünftig finden muss, soll und kann hier nicht mehr abschließend beurteilt werden. Dass der EGMR anhand neu vorgelegter Fallkonstellationen die Fairnessanforderungen mehr und mehr anhebt¹⁰² und die einmal erkannten Anforderungen durch eine vor Umgehungen schützende Rechtsprechung ausdifferenzierend absichert, ist eine oft beobachtete Erkenntnis und eine oft geäußerte Erwartung. Drei Grundauffassungen scheinen – am Beispiel des deutschen Verfahrens gesprochen – möglich, die hier nur noch angedacht werden können. *Erstens* könnte die Problemstellung zurückgewiesen werden: Wird die Kenntnis der Anklagebehörde ausgeschlossen, ist sie nicht im Vorteil und wenn selbst nicht anklagende hochrangige Behörden ohne einen dargelegten Grund zur Annahme ihrer Befangenheit die Abwägung vornehmen, liegt ein *für diesen Fall* hinreichender Schutz vor. *Zweitens* lässt es sich erwägen, die Differenzierung nach den national zugewiesenen Aufgaben als legitimen Grund für die Nichtinbesitznahme der beweisheblichen Schriftstücke durch die Staatsanwaltschaft bzw. zumindest als legitimen Grund für die Entziehung von der gerichtlich institutionalisierten Abwägungsentscheidung schlicht zu verwerfen: Auch das Gericht kann nach der Rechtsprechung des EGMR die gleichen Ausnahmen zulassen, die auch die Behörden einwenden können. Es würde so auch hier eine Institution entscheiden, die selbst dem Ausgleich der durch den Staat vertretenen öffentlichen Interessen und denen der Verteidigung dient.

Drittens ließe sich differenzierend erwägen, eine Entscheidung derjenigen Behörden anzuerkennen, die selbst weder rechtlich noch faktisch mit der Aufgabe der Strafverfolgung betraut sind und auch nicht betraut werden können. Diese Behörden ließen sich nicht mit dem Interesse an einer erfolgreichen Anklage in Verbindung bringen, das mit dem EGMR gegen die Befähigung zur Ab-

wägungsentscheidung spricht. Wenn die Exekutivbehörden auch nicht die vom EGMR betonte intime Kenntnis des laufenden Strafverfahrens besitzen, so haben sie – zumal wenn die Behördenspitze die Entscheidung verantworten muss – doch in diesem Fall keinen Anlass, die Verteidigungsinteressen bei der Abwägungsentscheidung zu benachteiligen. Fehlt die Betrauung mit der Strafverfolgung ganz, könnte die behördliche Prüfung mit der anschließenden gerichtlichen Willkürprüfung als genügend betrachtet werden. Sobald es aber eine Betrauung mit der Strafverfolgung gibt oder geben kann, wäre die exekutive Verweigerung der Schriftstücke nicht legitim: Allein wegen der durch staatliche Organisationsentscheidungen entstehenden zusätzlichen Betrauung z.B. mit präventiven Aufgaben oder etwa wegen des Umstandes, dass der völkerrechtlich vollumfänglich verpflichtete Staat Bundesbehörden wie das zur Strafverfolgung beitragende Bundeskriminalamt nicht dem Zugriff der für die Anklage zuständigen Staatsanwaltschaften unterstellt, werden Verletzungen der EMRK nicht per se ausgeschlossen.¹⁰³

V. Fazit und Ausblick

Soweit nach der heutigen deutschen Verfahrenspraxis beweishebliche Schriftstücke, die im Zusammenhang mit der Strafverfolgung entstanden und der Kenntnisnahme durch die Staatsanwaltschaft nicht entzogen sind, ohne eine informierte gerichtliche Entscheidung zurückgehalten werden, ist Art. 6 I 1 EMRK verletzt. Deutschland muss ein Schutzverfahren entwickeln, das demjenigen prozedural äquivalent ist, welches der EGMR gegenüber Großbritannien eingefordert hat. Dabei ist die Fortentwicklung durch *Edwards u. Lewis* angesichts der deutschen Identität von verfahrensleitendem und erkennendem Gericht besonders zu beachten.

Darüber hinaus ist auch die staatliche Verweigerung der Inbesitznahme von Beweismitteln durch die Staatsanwaltschaft und der damit verbundene Ausschluss einer kenntnisgetragenen richterlichen Entscheidung über diese Beweise als Problem des Art. 6 EMRK auf den Prüfstand zu stellen. Die auch bei Unkenntnis der Staatsanwaltschaft durch die Zurückhaltung von Beweismitteln mögliche erhebliche Erschwerung des rechtlichen Gehörs muss bedacht werden. Der anklagende Staat kann das mit der EMRK völkerrechtlich an ihn herangetragene Fairnessproblem selbst nicht allein dadurch lösen, dass er sich innerlich gliedert und damit seine Anklage vom Makel der Zurückhaltung möglicherweise entlastender Beweise befreit. Das deutsche Strafverfahren wird die in ihm erfolgende Zurückhaltung möglicherweise entscheidungserheblicher Beweismittel, hinsichtlich des gebotenen prozeduralen bzw. institutionellen Menschenrechtsschutzes *bei der Entscheidung über die Zurückhaltung* überdenken müssen. Strafverfahrensrecht ist nicht nur

¹⁰¹ Vgl. auch nur Art. 6 III lit. b EMRK.

¹⁰² Vgl. m.w.N. *Borgers v. B.*, Nr. 214-A, §§ 24 ff.; vgl. auch *Kudla v. Polen* [GC] Rep. 2000-XI, §§ 152 ff. = NJW 2001, 2694 ff.; *Schermers*, Preface *Stavros* (Fn. 67); *Stavros* (Fn. 67), S. 344, 359; *Harris/O'Boyle/Warbrick*, Law of the ECHR (1995), S. 273: „there remain aspects of the trial process, particularly in criminal cases, in which recognised standards of procedural justice have yet to be fully imposed by the Court“ (Neuaufgabe angekündigt); *Villiger* (Fn. 21), Rn. 470. Zum Verständnis der Konvention als „*living instrument*“ vgl. *Gaede* StV 2004, 46, 51.

¹⁰³ Vgl. zur Pflicht, die Justiz konventionskonform zu organisieren, jüngst wieder *Hennig v. AUT*, 3.10.2003, § 38, bei www.hrr-strafrecht.de (demnächst wistra 2004, Heft 4 o. 5); *Eckle v. D.*, Nr. 51, § 84 = EuGRZ 1983, 371 ff.

angewandtes nationales Verfassungsrecht. Strafverfahrensrecht verwirklicht Menschenrechte oder es verletzt sie, indem es etwa Verurteilungen ermöglicht, die den

Anschein dulden, als sei die Verurteilung selbst Spielball in einem in erster Linie von der Exekutive gespielten Versteckspiel.¹⁰⁴

¹⁰⁴ Vgl. zur auch vom EGMR zu Art. 6 EMRK mehrfach anerkannten Maxime „*justice must not only be done, it must also be seen to be done*“ bereits Fn. 86. In der englischen Literatur – vgl. etwa Sprack (Fn. 51), S. 276; Clayton/Tomlinson, *The Law of Human Rights* (2000), § 11.67, wird diese Maxime auf *LJ Hewart in R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy* (1924) K.B. 256, 259 zurückgeführt. Sie lautet dort im Original: *it is „of fundamental importance that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done“.*

Die Untreue des Rechtsanwalts durch Verwahrung von Mandantengeldern auf eigenen Konten

Zugl. Besprechung von BGH, Beschluss vom 30. Oktober 2003 – 3 StR 276/03

Von RA *Markus Rübenstahl* Mag. iur. (Karlsruhe)*

In der besprochenen Entscheidung¹ befasst sich der *BGH* erneut mit der Frage, unter welchen Umständen die Einzahlung von Mandantengeldern durch einen Rechtsanwalt auf ein eigenes Konto eine strafbare Untreue (§ 266 Abs. 1 StGB) darstellt. Der 3. *Strafsenat* hält an der bisherigen Rechtsprechung fest, wonach in Ermangelung flüssiger eigener Mittel des Rechtsanwalts von der Verwirklichung des Tatbestand auszugehen ist. Jedoch könne bei einer bloßen Vermögensgefährdung nicht ohne weiteres von einer besonders hohen Schadenssumme ausgegangen werden. Dem Ergebnis des Bundesgerichtshofs ist hinsichtlich des Schuldpruchs und der Strafzumessung grundsätzlich zuzustimmen. Kritik ist jedoch an der Begründung zu üben, insbesondere soweit der *Senat* hier – soweit ersichtlich erstmals – die schadensbegründenden Fallgruppen zum individuellen Schadenseinschlag aus BGHSt 16, 321 ff unmodifiziert bzw. ausweitend auf den Tatbestand der Untreue überträgt.

I. Zum Sachverhalt

Der Angeklagte, ein erfahrener Strafverteidiger, der zusammen mit seiner Ehefrau über ein beträchtliches Immobilienvermögen (in Höhe von mehreren Millionen DM) verfügte und sich nicht im Vermögensverfall befand, war im November 1998 von einem wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung in Untersuchungshaft befindlichen niederländischen Staatsangehörigen mit der

Verteidigung beauftragt worden. Vordringlichstes Ziel des Mandanten war seine Entlassung aus der Untersuchungshaft, die gegebenenfalls durch Stellung einer Sicherheitsleistung bewirkt werden sollte. Der Angeklagte ließ in zwei Tranchen (à 490.000 DM und à 500.000 DM) von einem Mitarbeiter seiner Kanzlei insgesamt 990.000 DM in bar, die mittelbar aus den Straftaten des Mandanten stammten, und dem Angeklagten von seinem Mandanten für die Kautionsstellung zur Verfügung gestellt wurden, in den Niederlanden abholen. Der Angeklagte zahlte diese Summen im Dezember 1998 jeweils in bar auf das Geschäftskonto seiner Kanzlei ein. Dieses wies zum Zeitpunkt der Einzahlung jeweils ein Negativsaldo – über 500.000 DM bzw. über 200.000 DM – auf, welches den eingeräumten Überziehungskredit weit überschritt, wobei bei Einzahlung der zweiten Tranche auf Grund eines auf das Geschäftskonto gezogenen Schecks eine weitere Belastung von 150.000 DM unmittelbar vorstand. Im Frühjahr 1999 beauftragte der Mandant den Angeklagten, eines seiner Konten aufzulösen und das Guthaben von rund 353.000 DM als Schadenswiedergutmachung an die Landeskasse abzuführen. Das Guthaben ließ der Angeklagte zunächst auf sein Geschäftskonto überweisen, welches bei Gutschrift im März 1999 einen Negativsaldo von rund 500.000 DM auf wies. Nach Außervollzugsetzung des Haftbefehls gegen den Mandanten gegen eine Sicherheitsleistung von einer Million DM durch selbstschuldnerische Bürgschaft einer Bank oder Sparkasse am 1. Juli 1999 übernahm die Bank, welche das Geschäftskonto des Angekl. verwaltete, die Bürgschaft erst, nachdem die Ehefrau des Angekl. eine Kaufpreisforderung von 600.000 DM aus einem Immobilienverkauf an sie abgetreten hatte. Erst nach Beibringung der Bürgschaftsurkunde konnte der Mandant am 9. Juli 1999 aus der Untersuchungshaft entlassen werden. Wenn dessen Gelder vollständig zur Verfügung gestanden hätten, hätte die Kautions einige Tage früher gestellt und er dementsprechend früher entlassen werden können².

* Der Autor ist Anwalt in der Kanzlei *Redeker Sellner Dahs & Widmaier* Rechtsanwälte bei Prof. Dr. *Gunter Widmaier*.

¹ Vgl. ergänzend den Beschluss vom 9. Dezember 2003 – 3 StR 276/03, mit dem der Senat die Gegenvorstellung des Angeklagten gegen den Verwerfungsbeschluss zurückwies.

² Der Sachverhalt lässt sich dem kappen Beschluss nur indirekt entnehmen, vgl. i.Ü. die Feststellungen des (unveröffentlichten) angefochtenen Urteils des LG Oldenburg vom 10. Februar 2003 – 5 KLS 14/02, UA S. 3-10.

II. Die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

Der BGH setzt sich zunächst mit der Frage auseinander, ob die Grundsätze, welche die Rechtsprechung zur Pflichtwidrigkeit des Handelns bei der Inempfangnahme von Geldern von Seiten Dritter durch Rechtsanwälte und sonstige Angehörige von rechtsberatenden Berufen zur anschließenden Verwahrung dieser Mandantengelder gebildet hat, auch anzuwenden sind, wenn, wie im Fall – gewissermaßen umgekehrt – Gelder von dem Mandanten an den angeklagten Rechtsanwalt übergeben werden, die einer Zweckbindung unterliegen und nicht notwendigerweise sofort im Interesse des Mandanten zu verwenden sind. Zu Recht überträgt der erkennende 3. Strafsenat die in ständiger Rechtsprechung zur Pflichtwidrigkeit entwickelten Rechtssätze auf diese Sachverhaltskonstellation. Einschränkend ist jedoch anzumerken, dass die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht nicht - wie gelegentlich in der Rechtsprechung zu beobachten - aus einem Verstoß gegen § 43 Abs. 5 BRAO hergeleitet werden kann. Heranzuziehen sind vielmehr die Regelungen des Anwaltsvertrages (§ 675 BGB), der den privatrechtlichen Beziehungen zwischen Anwalt und Mandant zugrunde liegt.

1. Vermögensbetreuungspflicht aus § 43 Abs. 5 Satz 2 BRAO?

a) Grundsätzlich verhält sich nur derjenige Rechtsanwalt rechtmäßig, der gemäß der berufsrechtlichen Regelung (§ 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO, § 4 BORA) die vom oder für den Mandanten anvertraute Summe (allgemein: „fremde Gelder“) unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB) auf ein Anderkonto einzahlt bzw. überweist oder an den Empfangsberechtigten weiterleitet³. Eine andere Verfahrensweise ist – auch berufsrechtlich – nur dann nicht zu beanstanden, wenn der Anwalt diese konkret mit dem Mandanten vereinbart hat (§ 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 BORA)⁴. Eine Pflicht zur ständigen Unterhaltung von Anderkonten wird dem Rechtsanwalt in § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO selbst zwar nicht auferlegt. § 4 Abs. 1 BORA erweitert aber diese Verpflichtung dahingehend, dass jeder Rechtsanwalt verpflichtet ist, ein Anderkonto zu führen, damit er für den Fall, dass es ihm nicht möglich ist, Fremdgelder unverzüglich weiterzuleiten, diese sofort auf ein Anderkonto einzahlen kann. Mit dieser Ausdehnung der Pflicht aus § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO hält sich der Satzungsgeber im Rahmen seiner Ermächtigung aus § 59b Abs. 2 Nr. 1f BRAO⁵. Die Defi-

inition eines Anderkontos wird sowohl in § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO als auch in § 4 BO vorausgesetzt: § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 BORA bestimmen lediglich, dass es sich für ständige Auftraggeber und allgemein „in der Regel“ um Einzelanderkonten handeln müsse, während auf den – ausnahmsweise zulässigen - Sammelanderkonten jedenfalls Beträge von über 15.000 Euro nicht länger als einen Monat verwaltet werden dürfen. Der Sinn und Zweck eines solchen Kontos – die saubere Trennung zwischen Fremdgeldern und eigenen Geldern des Rechtsanwalts – fordert, dass keine eigenen Gelder über dieses Konto laufen oder sonst eigene Geschäfte des Anwalts darüber abgewickelt werden⁶. Der Rechtsanwalt führt das Anderkonto im eigenen Namen und mit eigener Verfügungsbefugnis, wobei die verwahrten Gelder einer treuhänderischen Bindung unterliegen⁷. Zahlt der Rechtsanwalt Fremdgelder auf ein sogenanntes Scheinanderkonto, d.h. ein Konto, welches als Anderkonto ausgewiesen ist, auf dem sich aber auch Eigengelder befinden, so verstößt er gegen § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO⁸.

Nach den einschlägigen gesetzlichen und vertraglichen Regelungen sind Anderkonten gegenüber dem Zugriff Dritter weitgehend abgesichert: Gemäß § 47 InsO hat der treugebende Mandant bei der Insolvenz des Anwalts hinsichtlich seiner Kontoeinlage ein Aussonderungsrecht⁹. Praktisch ergibt sich die erhöhte Sicherheit der Anderkonten zudem aus den speziellen allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken¹⁰: Danach verzichten die Banken bzgl. der Anderkonten auf Pfandrechte aus Forderungen gegenüber dem im Außenverhältnis berechtigten Rechtsanwalt. Im Falle der Pfändung durch Dritte ist die Bank verpflichtet, im Rahmen der nach § 840 ZPO abzugebenden Drittschuldnererklärung den Gläubiger auf die Eigenschaft als Anderkonto hinzuweisen¹¹. Bei den als solchen geführten Anderkonten ist das Offenkundigkeitsprinzip bereits hierdurch gewahrt¹², so dass ein Antrag auf einen Pfändungsbeschluss aus Titeln gegen den Anwalt, der ausdrücklich ein Anderkonto nennt, insoweit wohl abzulehnen wäre¹³; die – durch die Erklärung der Bank reduzierte - Gefahr der Pfändung besteht tatsächlich wohl nur bei einem unbestimmten Antrag auf Pfändung aller Konten. Für das Widerspruchsrecht des Treugebers gemäß § 771 ZPO bedarf es überdies nicht notwendigerweise der Publizität der Treuhandeigenschaft¹⁴.

b) Der BGH ging in den bisherigen Entscheidungen zu meist davon aus, dass ein Verstoß gegen § 43a Abs. 5

³ Feuerich/Braun BRAO, 3. Aufl. (1999), § 43a Rdnr. 90/91: Bei einer persönlichen Übergabe der Gelder sollen zwei bis drei Tage als unverzüglich anzusehen sein; bei Gutschriften auf dem Kanzeleikonto, das nicht täglich überprüft wird, sollen i.d.R. vier bis sechs Tage noch genügen.

⁴ Vgl. auch BGH NStZ 1982, 331

⁵ Feuerich/Braun BRAO § 43a Rdnr. 91: Ein Rechtsanwalt kann nicht ausschließen, dass im Rahmen seiner Tätigkeit die Verwaltung fremder Vermögenswerte anfällt; zur Ausschließung der Gefahr einer Vermischung mit eigenen Geldern erscheint die Regelung die die ständige Existenz eines Anderkon-

tos fordert, sachgerecht und verhältnismäßig; anderer Ansicht Hartung/Holl/Nerlich, Anwaltliche Berufsordnung (1997), § 4 Rdnr. 99.

⁶ Hartung/Holl/Nerlich § 4 Rdnr. 37

⁷ Feuerich/Braun, BRAO § 43a Rdnr. 92

⁸ Hartung/Holl/Nerlich BRAO, § 4 BO Rdnr. 64

⁹ Gößmann WM 2000, 857, 858

¹⁰ Vgl. Gößmann, WM 2000, 857 m. w. N.

¹¹ Gößmann a.a.O. S. 863

¹² Vgl. BGH NJW 1959, 1223

¹³ Gößmann WM 2000, 857, 863; BGHZ 11, 37; KG Rechtspfleger 1980, 197

¹⁴ BGH AnwBl. 1996, 287; BGH NJW 1993, 2622

Satz 2 BRAO nicht zwingend die Verletzung einer – gesetzlich verankerten – Vermögensbetreuungspflicht darstellt¹⁵. So stelle etwa die bloße Nichterfüllung eines Auftrags bzw. dessen verzögerte Erfüllung nicht zwingend eine tatbestandsmäßige Untreue dar¹⁶; auch der Rechtsanwalt, der den von der Treuabrede umfassten Aufgaben nachkommt oder es nach Vertragsbeendigung unterlässt, dass Geld rechtzeitig an seinen Mandanten auszukehren, verstoße zwar gegen § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO¹⁷, nicht jedoch gegen § 266 Abs. 1 StGB¹⁸. Jedoch verstoße derjenige Rechtsanwalt, der Mandantengelder "anderweitig verwendet" – das heißt wohl: nicht zur Ausführung des Auftrags sondern zweckwidrig, insbesondere – nach der hier besprochenen Entscheidung – für "eigene Zwecke", gegen eine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB¹⁹. Häufig wird nicht klargestellt, ob die Treupflicht auf das Gesetz, das heißt auf die einschlägigen Regelungen der BRAO (bzw. bei Notaren etc. auf entsprechende Normen) zurückzuführen ist oder auf die Vertragsbeziehungen von Anwalt und Mandant²⁰.

c) Richtigerweise ist die Verletzung des § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO an sich nicht als Verletzung einer gesetzlichen Vermögensbetreuungspflicht anzusehen: Diese standesrechtliche Vorschrift schützt – nach Auffassung des historischen Gesetzgebers – nicht in erster Linie das Vermögen der Mandanten, sondern vorrangig das allgemeine Vertrauen in Korrektheit und Integrität der An-

¹⁵ BGH NJW 1960, 1629, 1630; BGH NStZ 1986, 361 362; vgl. auch BGH JR 1983, 515; BGH wistra 1988, 191, 192; wenn er den Betrag ständig bereit hält; vgl. schon: Nach der Rspr. des Reichsgerichts (RGSt 73, 157 ff, RG JW 1937, 3092) ist von einer Treupflichtverletzung jedenfalls dann auszugehen, wenn ein Rechtsanwalt, der sich „in wirtschaftlich bedrängter Lage“ befindet, Mandantengelder auf ein Geschäftskonto überweisen lässt; darin liegt ein Verstoß gegen die aus dem Auftragsverhältnis – das heißt aus dem Vertrag – resultierende Pflicht zur sicheren Verwahrung von Fremdgeldern, erst in zweiter Linie zog das RG auch den Verstoß gegen standesrechtliche Pflichten zur Begründung einer Treupflichtverletzung heran. Anders BGH NStZ 1982, 331f: Der 5. Strafsenat leitet hier direkt aus § 23 BNotO, der die Einzahlung von Mandantengeldern auf Anderkonten vorschreibt, eine Vermögensbetreuungspflicht her.

¹⁶ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 3.

¹⁷ Bzw. gegen die von jeher bestehenden Standesrichtlinien (zuletzt § 47 Abs. 1 und 2 der Standesrichtlinien), vgl. Hartung/Holl/Nerlich, BRAO, 2. Aufl. 2001, § 43a Rdnr. 70-77; die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Neuordnung des Berufsrechts der Rechtsanwälte und der Patentanwälte vom 2. September 1994 (BGBl. I, S. 2278) – als Reaktion auf eine Entscheidung des BVerfG (E 76, 171 ff = NJW 1988, 191 ff) eingeführt.

¹⁸ BGH AnwBl 1986, 104, insoweit dürfte aber die Verneinung des Tatbestandes eher auf das Fehlen eines Vermögensnachteils als auf das (treupflicht-)gemäße Verhalten; vgl. auch Kleine-Cosack, BRAO, 4. Aufl. 2003, § 43a Rdnr. 127; anderer Ansicht OLG Karlsruhe NStZ 1990, 82.

¹⁹ Vgl. BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 3.

²⁰ Vgl. BGHSt 15, 342, 344 (Konkursverwalter); BGHSt 15, 372, 376 (Rechtsanwalt).

waltschaft in allen finanziellen Fragen und damit zugleich die Funktionsfähigkeit des Anwaltsstandes in der Rechtspflege²¹. Dieses Allgemeininteresse – nicht das Individualinteresse des Mandanten an dem Erhalt seines Vermögens – rechtfertigt nach h.M. die Ausgestaltung zivilrechtlicher Pflichten aus dem Mandatsvertrag als berufsrechtliche Grundpflicht²². Aus dem unterschiedlichen Schutzzweck von Vermögensbetreuungspflicht i.S. des § 266 StGB und der genannten Berufspflicht folgt, dass die Verletzung der Berufspflicht nicht notwendigerweise Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht darstellen muss. Richtiger Auffassung zufolge lassen sich zudem die aus § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO i.V. § 4 BORA zum Schutz des Vertrauens der Rechtsuchenden zu beobachtenden spezifischen Sorgfaltspflichten aus den üblichen Geschäftsbesorgungsverträgen zivilrechtlich nicht begründen²³, zumal im Verhältnis zu dem treunehmenden Rechtsanwalt kein zusätzlicher Schutz begründet wird.

2. Die Herleitung der Vermögensbetreuungspflicht aus dem konkreten Anwaltsvertrag

Im Hinblick auf die Reichweite einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB ist die konkrete vertragliche Ausgestaltung des Mandatsverhältnisses und nicht § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO maßgeblich:

a) Unabhängig von dieser Vorschrift ist der Rechtsanwalt aus dem Anwaltsdienstvertrag (§§ 611, 627, 675 BGB) zur sorgfaltsgerechten (§ 276 BGB) Verwahrung von Mandantengeldern verpflichtet²⁴, insbesondere im Hinblick auf die Herausgabepflicht aus §§ 675, 667 BGB. Maßgeblich für die Fälligkeit des Herausgabeanspruchs ist in erster Linie die getroffene Vereinbarung; soweit dies vertraglich nicht geregelt ist, gilt § 271 Abs. 1 BGB. Danach tritt Fälligkeit in der Regel mit der Beendigung des Auftrags ein²⁵. Die Beendigung des Auftrags erfolgt durch Besorgung des Geschäfts, dessen Scheitern, Kündigung oder den Widerruf des Auftrags²⁶. Da es sich bei den in Frage kommenden Tätigkeiten des Rechtsanwalts – auch soweit ein konkreter Auftrag bzgl. der Mandantengelder betroffen ist – stets um Dienste höherer Art i. S. des § 627 Abs. 1 BGB handeln dürfte²⁷, ist der Mandant

²¹ vgl. BT-Drucks. 12/4993, S. 28.

²² Feuerich/Braun, BRAO, 5. Aufl. 2000, § 43a Rdnr. 84/85; Henssler/Prütting/Eylmann § 43a Rdnr. 154.

²³ Hartung/Holl/Nerlich, BRAO, 2. Aufl. 2001, § 43a Rdnr. 79; aA Feuerich/Braun, BRAO, § 43a Rdnr. 43

²⁴ Dem entspricht m.E. inhaltlich die allgemeinere standesrechtliche Verpflichtung aus § 43a Abs. 5 Satz 1 BRAO, die den Rechtsanwalt "bei der Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet". Aufgrund des Gesetzeszwecks begründet auch diese Vorschrift nicht direkt eine Vermögensbetreuungspflicht.

²⁵ Palandt/Sprau § 667 Rdnr. 8.

²⁶ MünchKomm-BGB/Seiler, 3. Aufl., 1997, § 667 Rdnr. 22; Soergel/Beuthien, BGB-Kommentar, 12. Aufl. 1999, § 667 Rdnr. 19.

²⁷ Vgl. OLG Düsseldorf BB 1987, 2187; Palandt/Putzo § 627 Rdnr. 2.

als Dienstberechtigter jederzeit zur Kündigung berechtigt²⁸.

b) Hinsichtlich des zur Ausführung des Auftrags erhaltenen (§ 667 1. Alt. BGB) führt der 3. Strafsenats hier aus, dass die bloße Nichterfüllung des Auftrages ebenso wie dessen verzögerte Erfüllung keine Untreue darstellen müssen²⁹; diese etwas unpräzise Aussage dürfte sich jedoch auf das Tatbestandsmerkmal des Schadens beziehen. Dafür, dass in derartigen Fällen jedenfalls eine Vertragsverletzung vorliegt, sprechen entscheidend §§ 662, 665 BGB³⁰; dass es sich dabei um vermögensrelevante Pflichten handelt, wird auch schwer zu bestreiten sein, so dass die Annahme einer Pflichtverletzung durchaus nahe liegt, ein Vermögensnachteil jedoch nicht zwingend ist.

Da der Anspruch des Auftraggebers auf Herausgabe des zur Durchführung erlangten schon vor Beendigung des Auftrags fällig wird, wenn die Besorgnis besteht, der Beauftragte können im Hinblick auf den eigenen Vorteil bei der weiteren Ausführung des Auftrags die Interessen des Auftraggebers außer Acht lassen³¹, kann gerade die – sei es auch nur vorübergehende – Verwendung von Mandantengeldern zum eigenen Vorteil pflichtwidrig sein, weil sie diese Befürchtungen objektiv begründet und damit die Herausgabepflicht aktualisiert; überdies wird durch die eigennützige Verwendung der rechtzeitige zweckgerechte Einsatz wohl meist gefährdet: Eine Verwendung des Erlangten durch den Beauftragten „für sich“ (vgl. § 668 BGB) ist dann gegeben, wenn der Beauftragte die Gelder für eigene Rechnung oder im Interesse Dritter nutzt³². Zwar ist eine eigene Verwendung mehr als die bloße Einnahme, z. B. durch Einzahlung auf ein eigenes Konto oder Verwahrung des Geldes. Dies kann sogar zweckmäßig und erforderlich sein, wenn es sich um Barmittel handelt, die im bargeldlosen Zahlungsverkehr schnellstmöglich weiter transferiert werden sollen, um der vom Auftraggeber gewünschten Verwendung zugeführt werden zu können. Bei einem Einsatz zum eigenen Nutzen, etwa einer Kontoauszahlung zu eigenen Zwecken oder ein Stehenlassen des Geldes auf dem Konto³³, um einen sonst anfallenden Sollzins zu vermeiden, liegt allerdings eine eigene Verwendung i. S. des § 668 BGB vor³⁴; nichts anderes kann für die Einzahlung auf ein defizitäres Konto gelten, da auch hierdurch

Sollzinsen vermieden und somit eigene Aufwendungen des Rechtsanwalts erspart werden. In dieser – bei Vereinbarung eines Verwendungszwecks i. d. R. bestimmungswidrigen – Verwendung des zur Auftragsbefreiung Erlangten liegt zugleich eine Verletzung des vertraglicher Pflichten, so dass neben dem Rückzahlungsanspruch aus § 667 1. Alt. BGB zugleich ein Schadensersatzanspruch aus positiver Vertragsverletzung bzw. § 280 BGB n. F. – und zugleich die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht – nahe liegt³⁵. Auch die Einzahlung auf ein eigenes Konto, mit der Absicht, Zinsgewinne zu erzielen, ist meines Erachtens nach diesen Maßstäben dann pflichtwidrig, wenn die Verwahrung der Mittel der Vereinbarung nach nicht veranlaßt war und der Zweckverfolgung im Wege steht (auch eine Abweichung von Weisungen ist nach Maßgabe des § 665 BGB zulässig). Wenn die vorübergehende zinsbringende Anlage erforderlich ist, ist jedenfalls die Nichtweitergabe der erlangten Zinsen pflichtwidrig: Die Zinsen hat der Beauftragte aus der Geschäftsbesorgung – d. h. den inneren Zusammenhang mit ihr³⁶ – erhalten (§ 667 2. Alt. BGB), da es sich um gezogene Nutzungen (§ 100 BGB)³⁷ des anvertrauten Betrages handelt³⁸. Gemäß § 668 BGB ist der Beauftragte verpflichtet, Geld, welches er herauszugeben oder fremdnützig zu verwenden hat, aber stattdessen für sich verwendet, zu verzinsen (und insgesamt herauszugeben).

c) Hinsichtlich des aus der Geschäftsbesorgung Erlangten (§ 667 2. Alt. BGB) wird der Anwalt nach der vertraglichen Abrede in der Regel sogar zur sofortigen Herausgabe verpflichtet sein³⁹. In dieser Konstellation liegt bereits in der Unterlassung der unverzüglichen Auskehrung des Erlangten an den Auftraggeber eine Verletzung der vertraglichen Pflichten. Es ist daher auch danach von einer vertraglichen Pflicht zur Erhaltung der ständigen Zahlungsbereitschaft auszugehen. Überdies ist der Rechtsanwalt aus dem Dienstvertrag dazu verpflichtet, aufgrund des besonderen Vertrauensverhältnisses Interessenkonflikte mit dem Mandanten bei der Wahrnehmung des Mandats zu vermeiden⁴⁰. Zumindest ein latenter Interessenkonflikt besteht, wenn der Anwalt Mandantengelder – vorübergehend – zur Deckung eigener Liquiditätslücken oder Erzielung von Zinsgewinnen verwendet.

d) Diese aus dem Anwaltsvertrag (§ 675 BGB) resultierenden Pflichten haben einen eindeutigen Vermögensbe-

²⁸ Palandt/Putzo § 627 Rdnr. 6.

²⁹ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 276/03, S. 3.

³⁰ Palandt/Sprau § 662 Rdnr. 9 und § 665 Rdnr. 1-3.

³¹ BGH WM 1978, 115.

³² Soergel/Beuthien a.a.O. § 668 Rdnr. 3.

³³ In diesem Fall handelt es sich um eine Untreue durch Unterlassen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass dies zu entsprechenden Anwendung des Strafmilderungsgrundes aus § 13 Abs. 2 StGB führt, vgl. BGHSt 36, 227 ff; BGH StV 1998, 127; anderer Auffassung Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 53 m. w. N. Offen ist hingegen (vgl. BGHSt 36, 227), ob § 13 Abs. 1 StGB gilt, so BayObLG JR 1989, 299, dann würde die Garantienpflicht unproblematisch aus der Vermögensbetreuungspflicht folgt – zusätzlich zu prüfen, ob das Unterlassen bei wertender Betrachtung einem aktiven Tun entspricht; anderer Ansicht Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 82 m. w. N.

³⁴ Soergel/Beuthien a.a.O. § 668 Rdnr. 3 und 4.

³⁵ Münchner Kommentar-BGB/Seiler a.a.O. § 667 Rdnr. 23

³⁶ vgl. BGH NJW 1994, 3346.

³⁷ BGHZ 138, 160; Palandt/Heinrichs § 100 Rdnr. 1.

³⁸ vgl. BGH NJW 2000, 2669, 2672.

³⁹ Palandt/Sprau § 667 Rdnr. 8.

⁴⁰ BGH NJW 1993, 2676; 1779; 1992, 1159, 1160; 1991, 2079, 2080; 1988, 1079, 1080; vgl. auch Schulte-Körne, Zweiseitige Treuhand-Bindungen des Rechtsanwalts, Diss. Erfurt 2000, S. 59 f m. w. N. zur Rechtsprechung; bezüglich des Interessenkonflikts vgl. BGH NJW 1991, 1176, 1177. Das parallele berufsrechtliche Verbot, widerstreitenden Interessen zu dienen (§ 43a Abs. 4 BRAO) dient in erster Linie wiederum dem Schutz des Vertrauens in die Integrität des Anwaltsstandes und kann deshalb keine Treuepflicht i.S. des § 266 StGB begründen.

zug und beziehen sich auf die selbständigen Wahrnehmung der Interessen des treugebenden Mandanten durch den Rechtsanwalt, deshalb sind sie ohne Weiteres geeignet, eine Vermögensbetreuungspflicht gem. § 266 Abs. 1 StGB zu begründen⁴¹. Wenn man – unabhängig davon – direkt auf den vereinzelten Auftrag abstellt, gilt nichts anderes⁴². Bezüglich der Pflichtenstellung des Anwalts bei der Inempfangnahme zweckgebundener Gelder zur Auftrags Erfüllung (§ 667 1. Alt. BGB) und der Erlangung von Geldern aus der Geschäftsbesorgung zur Weiterleitung an den Mandanten (§ 667 2. Alt. BGB) ergeben sich jedenfalls in den typischen Situationen der Eigenverwendung zur Deckung von Liquiditätslücken keine zivilrechtlich relevanten Unterschiede (s.o.). Dies schlägt auf die Reichweite der hier vertraglich begründeten Vermögensbetreuungspflicht durch. Die Auffassung des *BGH* in der hier besprochenen Entscheidung, es ließen sich keine unter Wertungsgesichtspunkten bedeutsamen Unterschiede erkennen⁴³, die im Ergebnis älteren Entscheidungen des *BGH* entspricht⁴⁴, trifft daher jedenfalls *hier* zu, weil der Angeklagte das Bargeld seines Mandanten auf sein in diesem Zeitraum häufig im Soll befindliches Geschäftskonto einzahlte und über Monate dort beließ, und damit – eigennützig – Sollzinsen einsparte, obwohl er mit dem Mandanten keine dahingehende Abrede getroffen hatte.

e) Nach einer Entscheidung des *BGH*⁴⁵ liegt in der bloßen Nichtherausgabe von Mandantengeldern jedoch noch keine Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht, sondern einer bloßen Schuldnerpflicht: Die Pflicht, das Geld – nach Kündigung des Vertrages durch den Auftraggeber – rechtzeitig herauszugeben, unterscheidet sich nicht von Herausgabe- und Rückerstattungspflichten anderer Schuldverhältnisse, die keine Treueabrede enthalten; von der anvertrauten Vermögensfürsorge trete mit der Kündigung jedoch keine Befreiung ein. Eine Treupflichtverletzung liege aber jedenfalls in einer eigen- oder drittnutzi-

⁴¹ *BGH* NJW 1957, 596; 597; *BGH* NJW 1960, 1629; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 122 und allg. Rdnr. 69, 72, 73 m.w.N. Eine hinreichende Selbständigkeit der Tätigkeit (vgl. RGSt 69, 58, 61 f; BGHSt 13, 315; BGHSt 41, 224, 229) dürfte allenfalls dann fehlen, wenn der Rechtsanwalt allein als Geldbote mit nach Ort, Zeit und Vorgehensweise genau bestimmten Weisungen und ohne eigenen Spielraum, hiervon abzuweichen, eingesetzt wird. Bei einer Beauftragung zur Verwahrung bzw. zum Einsatz von Mandantengeldern im Rahmen eines Mandats – und in Interdependenz mit den Erfordernissen von dessen Wahrnehmung – dürfte dies angesichts der standesrechtlichen Aufgabenstellung des Rechtsanwalts bzw. Verteidigers nicht in Betracht kommen.

⁴² BGHSt 1, 186, 189; BGHSt 12, 207, 212; *BGH* StV 1984, 513

⁴³ *BGH*, Beschluss vom 31. Oktober 2003 – 3 StR 276/03, S. 3

⁴⁴ *BGH* NJW 1960, 1629 f; *BGH* NJW 1957, 1770; Beschl. v. 25. Oktober 1955 – 5 StR 335/55: Ein Treueverhältnis bestehe bzgl. der Gelder, die der Auftraggeber seinem Rechtsanwalt für einen bestimmten Zweck im Rahmen der Prozessführung zukommen lässt; es handele sich um eine (vertragliche) Hauptverpflichtung.

⁴⁵ *BGH* NStZ 1986, 361.

gen Verwendung des Geldes oder in seiner Gefährdung⁴⁶. Darüber hinaus muss m.E. berücksichtigt werden, dass der Entscheidung ein Sachverhalt zu Grunde lag, nach dem der Rechtsanwalt bereits die Hauptpflicht, nämlich die Anlage des Betrags auf einem Festgeldkonto, erfüllt hatte. Die Auffassung des *BGH*, in der Nichtherausgabe liege noch keine Treupflichtverletzung, kann meines Erachtens nicht allgemein gelten: Wenn vereinbart ist, dass ein Rechtsanwalt – etwa als Prozessbevollmächtigter – erstrittene oder per Vergleich vom Schuldner erlangte Beträge in Empfang zu nehmen und an den Mandanten als Gläubiger auszukehren hat, wird man davon auszugehen haben, dass dies eine von der Treueabrede umfasste Hauptpflicht des Mandatsverhältnisses ist, so dass bereits in der Unterlassung der Auskehrung die Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht zu sehen ist, unabhängig davon, ob die Gelder dadurch gefährdet oder im Interesse des Rechtsanwalts verwendet würden.

3. Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

a) Diesen oben beschriebenen Treuepflichten wird der Anwalt im Regelfall nicht gerecht, wenn er Mandantengelder auf ein – defizitäres – privates oder Kanzleikonto einzahlt und er nicht zugleich gewährleistet, dass er mit Sicherheit jederzeit ein dem Fremdgeldbetrag entsprechendes Guthaben bzw. einen Überziehungskredit – ggfs. auf einem anderen Konto – zur sofortigen Verfügung hat. Damit verletzt er nämlich stets seine vertragliche Pflicht, Interessenkonflikte zu vermeiden, die Durchführung des Auftrags nicht zu beeinträchtigen und für den Fall der Beendigung des Auftrags die Herausgabe der anvertrauten Gelder nicht zu gefährden. Der Maßstab des *BGH* für die Tatbestandsmäßigkeit des Verhaltens (s. u.) verdient mithin grundsätzlich Zustimmung, mit der Einschränkung, dass diese Umstände zunächst nur die Verletzung einer vertraglichen Vermögensbetreuungspflicht begründen, nicht notwendigerweise schon einen Vermögensnachteil⁴⁷. Festzuhalten bleibt, dass das Unterbleiben der Verwahrung von Mandantengeldern auf Anderkonten für sich genommen lediglich dann als Treupflichtverletzung anzusehen ist, wenn diese Verwahrungsart ausdrücklich oder schlüssig zwischen Rechtsanwalt und Mandant vereinbart wurde⁴⁸.

b) Von einer treupflichtgemäßen - und standesrechtlich zulässigen (§ 4 Abs. 2 BRAO) - anderweitigen Verwahrung bzw. Verwendung von Mandantengeldern muss ausgegangen werden, wenn hinsichtlich der Vorgehensweise des Anwalts ein wirksames Einverständnis des Treugebers oder sogar eine entsprechende Anweisung vorliegt; dies kann aus der konkreten Ausgestaltung des einzelnen Auftrags (als Bestandteil der Geschäftsbesor-

⁴⁶ *BGH* NStZ 1986, 361.

⁴⁷ Der *BGH* verzichtet in einigen der einschlägigen Entscheidungen darauf, die Treupflichtverletzung und den Vermögensnachteil getrennt zu prüfen, vgl. etwa BGHSt 15, 372, 376.

⁴⁸ Da die Einzahlung auf ein Anderkonto nach § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO berufsrechtlich sowieso geboten ist, liegt es nicht fern, an die konkludente Vereinbarung der derartigen Verwahrung geringe Anforderungen zu stellen: (weiter nächste Seite)

gung) resultieren⁴⁹. Nach herrschender Auffassung wirkt die Einwilligung des Geschäftsherren im Rahmen des § 266 StGB als tatbestandsausschließendes Einverständnis, jedenfalls soweit es sich bei diesem um eine natürliche Person handelt⁵⁰. Es ist anerkannt, dass jedenfalls die rechtfertigende Einwilligung durch den Inhaber des von der Strafrechtsnorm geschützten Rechtsguts zu erklären ist; § 266 StGB schützt lediglich das Vermögen⁵¹. Ungeachtet des § 43a Abs. 5 Satz 2 BRAO können die Erfordernisse für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis sinnvoller Weise hier nicht weiter reichen als sonst üblich⁵². Dafür spricht entscheidend auch § 4 Abs. 2 BORA, der im Falle des Einverständnisses berufsrechtlich die scheinbar kategorische Regel bzgl. der Anderkonten durchbricht; dies muss im Hinblick auf § 266 StGB, wo die Vermögensbetreuungspflicht vertraglichen Ursprungs ist, bzgl. jeder vom Mandanten veranlassten oder bewilligten Verwahrungsart gelten. Wollte man Anderes annehmen, müsste ausnahmsweise von einer bloß rechtfertigenden Wirkung der Einwilligung (unter dem Gesichtspunkt des mangelnden Interesses) ausgegangen werden, denn es ist allgemein anerkannt, dass der Vermögensinhaber über sein Vermögen disponieren kann⁵³.

III. Der Vermögensnachteil

Ausnahmen von dem strafrechtlich sanktionierten Verbot, Mandantengelder zeitweise für eigene Zwecke zu verwenden, insbesondere auf defizitäre eigene Konten einzuzahlen, werden vom *BGH* in der Regel bei dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensnachteils thematisiert⁵⁴. Die Zuordnung der sachlichen Problematik zum

(Fortsetzung Fn 48) Wenn sich Rechtsanwalt oder Mandant bei ihrer Vereinbarung in irgendeiner Weise auf den berufrechtlichen Standard beziehen, und dem Eindruck nicht entgegengetreten wird, die standesrechtlichen Pflichten würden eingehalten, spricht vieles dafür, dass eine entsprechende Nebenpflicht besteht. Um strafrechtliche Konsequenzen zu vermeiden, müsste – nach entsprechender Aufklärung – die schriftliche Einverständnis des Mandanten eingeholt werden, alternativ zu verfahren. Dies führt jedoch zur Offenlegung des Verstoßes gegen die BRAO.

⁴⁹ Es erscheint unabdingbar, dass sich ein Anwalt eine solche Regelung vom Mandanten schriftlich bestätigen lässt.

⁵⁰ BGHSt 3, 23, 25; Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 14; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 21, 38; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 100; Lackner/Kühl § 266 Rdnr. 20. Hinsichtlich juristischer Personen, insbesondere bezüglich der GmbH, ist in hohem Maße strittig, inwieweit die Einwilligung sämtlicher Gesellschafter den Tatbestand ausschließt; vgl. zum Streitstand LK/Schünemann § 266 Rdnr. 125.

⁵¹ Ganz herrschende Meinung vgl. nur BGHSt 8, 254, 255 ff; BGHSt 14, 38, 47; BGHSt 43, 297 ff, zur Rechtsprechung; in der Lit. Vgl. LK/Schünemann § 266 Rdnr. 28; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 1; SK/Samson/Günther § 266 Rdnr. 2; Lackner/Kühl § 266 Rdnr. 1 jeweils m. w. N.

⁵² vgl. Schönke/Schröder/Lenckner vor §§ 32 ff Rdnr. 32, 36 m. w. N.

⁵³ vgl. Tröndle/Fischer vor § 32 Rdnr. 3b; RGSt 44, 41; BGH NJW 1992, 251.

⁵⁴ Vgl. explizit BGHSt 15, 342, 344.

Merkmal des Vermögensnachteils trifft zu, so weit es der Sache nach darum geht, ob die pflichtwidrige Handlung – für sich betrachtet – zumindest das Vermögen des Geschäftsherren konkret gefährdet hat (Vermögensminderung) und in Frage steht, ob diese Vermögensgefährdung in tatbestandsausschließender Weise ausgeglichen ist (Schadenskompensation). Auch diese beiden Gesichtspunkte werden in der Rechtsprechung nicht immer trennscharf behandelt⁵⁵.

1. Zur Vermögensminderung

Eine Vermögensminderung setzt den Verlust oder die Wertminderung von Aktiva oder eine Belastung mit Passiva voraus⁵⁶. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung ist ausreichend⁵⁷; die Gefährdung muss bei lebensnaher Betrachtung zu einer Wertminderung des Vermögens zum Zeitpunkt der Treupflichtverletzung führen⁵⁸. Die Treupflichtverletzungen, die hier im Raum stehen (s. o.), führen in aller Regel zu einer Minderung des Vermögens – zumindest einer gleichwertigen Gefährdung – weil die Pflichtwidrigkeit der Handlung typischerweise daraus resultiert, dass Vermögenswerte des Auftraggebers (vertragswidrig) einer Verlustgefahr ausgesetzt werden (s. o.) und die Gefährdung des Vermögens zwangsläufige Konsequenz aus der pflichtwidrigen Handlung diesen Typs ist, so dass häufig nur noch die Frage der Kompensation ernstlich zu erörtern ist. Für das Vorliegen eines Gefährdungsschadens sprechen hier auch viktimodogmatische Erwägungen: Da dem drohenden endgültigen Verlust der Mandantengelder (bzw. der Vereitelung des Auftrags) keine Vermeidungsmöglichkeiten des Treugebers gegenüberstehen⁵⁹, dürfte grundsätzlich eine gegenwärtige Minderbewertung des Anspruchs des Mandanten aus dem Anwaltsvertrag anzunehmen sein, sobald die Gelder auf defizitäre Konten bzw. solchen, die von Vollstreckungsmaßnahmen der Gläubiger des Rechtsanwalts bedroht sind, gelangen. Zwar hatte der Mandant schon zuvor die Gelder dem Rechtsanwalt anvertraut, nunmehr kann auch dieser – der dem Mandant vertraglich verpflichtet ist – nicht mehr sicher und ungehindert auf die Gelder zugreifen, vielmehr ist das Verhalten Dritter, die dem Mandanten nichts schulden, entscheidend.

Anders ist dies – meines Erachtens – für die Fälle der Verzögerung bzw. Vereitelung der Auftragsausführung und für die Fälle der nicht veranlassten gewinnbringenden Anlage der Gelder auf Haben-Konten zu sehen, weil insofern die Vermögensminderung nicht zwangsläufig mit der Pflichtverletzung einher geht. Da der Anwalt jedenfalls in Höhe dieses Guthabens flüssige Mittel hat und die Gelder durch die Einzahlung auf dem Konto dem

⁵⁵ Differenzierend BGHSt 15, 342, 344; pauschaler BGH NStZ 1982, 331; BGH MDR 1983, 281.

⁵⁶ BGHSt 30, 388; BGHSt 45, 4; Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 59 i. V. m. § 263 Rdnr. 72.

⁵⁷ BGHSt 44, 376, 384; BGH wistra 1988, 26.

⁵⁸ BGH wistra 1995, 223; BayObLG NJW 1988, 2550.

⁵⁹ Vgl. Hefendehl, Vermögensgefährdung und Expektanzen (1994) S. 128 ff., 256 ff; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 146.

Mandanten – der diese bereits dem Anwalt anvertraut hatte – nicht weiter entfremdet werden, ist damit an sich keine weitere Wertminderung verknüpft. Jedoch kann hier das Ausbleiben einer Vermögensmehrung wegen des Unterlassens pflichtgemäß gebotener Handlungen, nämlich die zweckgerechter Verwendung der Mittel, zur Begründung eines Vermögensnachteils führen: Zwar reicht der Ausfall einer bloßen Hoffnung oder ungewissen Chance für den Treugebers nicht aus⁶⁰; ein Nachteil tritt jedoch ein, wenn eine gesicherte Aussicht des Treugebers auf den Vorteil vereitelt wird⁶¹. Dies ist hier der Fall, wenn der Mandant durch die - umgehende - zweckgerechte Verwendung der Mittel sicher einen Gewinn gemacht hätte, der nun nicht mehr zustande kommen kann (etwa: nur zeitweilig günstige, risikoarme Anlagegeschäfte, Handelsgeschäfte mit typischer, aber zeitgebundener Gewinnmarge im Rahmen fester Geschäftsbeziehungen). Ein Gefährdungsschaden kann hier im weiteren Verlauf eintreten, wenn sich die wirtschaftlichen Verhältnisse des Anwalts – oder der Stand des Kontos - ungünstig entwickeln; es kommt dann eine Strafbarkeit nach §§ 266, 13 StGB in Betracht.

2. Zur Schadenskompensation

Der *BGH* beschäftigt sich in den einschlägigen Entscheidungen im Wesentlichen mit Fragen der Schadenskompensation⁶². Dies deshalb, weil der (Gefährdungs-)Schaden, der typischerweise durch die pflichtwidrige eigennützige Verwendung von Mandantengeldern entsteht, nach den allgemeinen Grundsätzen zu den §§ 263, 266 StGB durch Vorteile für das betreute Vermögen ausgeglichen werden kann und dann ein Vermögensnachteil - nach den Grundsätzen der Gesamtsaldierung - nicht eingetreten ist⁶³: An einem Nachteil fehlt es stets dann, wenn die ungetreue Handlung Vermögensminderung und Kompensation zugleich – d.h. auch gleichzeitig – hervorbringt. Der nachträgliche Schadensausgleich ist, da der Nachteil nicht anzudauern braucht⁶⁴, grundsätzlich auf Tatbestandsebene für § 266 StGB bedeutungslos⁶⁵. An sich führen deshalb auch Befriedigung versprechende Ersatzansprüche des Geschäftsherrn gegen den Beauftragten, die erst aus der Pflichtverletzung und dem verursachten Nachteil resultieren, nicht zum Ausschluss des Tatbestandes⁶⁶. Im Rahmen des § 266 StGB – inkonse-

quenterweise aber nicht beim Eingehungsbetrug (§ 263 StGB)⁶⁷ – kompensiert nach der Rspr. dieser Anspruch den Nachteil jedoch ausnahmsweise dann, wenn der Täter ständig zahlungswillig und liquide ist⁶⁸; dies ist auch dann der Fall, wenn der Geschädigte über ausreichende Sicherheiten verfügt⁶⁹. Im Einzelnen zu Fällen der Veruntreuung von Mandantengeldern:

a) Zutreffend geht der *BGH* in ständiger Rspr. davon aus, dass der Treupflichtige die zum Ersatz der anvertrauten Summe erforderlichen Gelder ständig bereithalten muss, um einen Schadenseintritt zu vermeiden⁷⁰. Es kann für den (eventualen) Schädigungsvorsatz bereits genügen, dass der Rechtsanwalt mit einem gegenwärtigen oder zukünftigen Debetsaldo auf diesem Konto rechnet⁷¹. Er muss überdies sein Augenmerk darauf richten, diese Mittel ständig (bzw. jederzeit) zum Ausgleich benutzen zu können. Anhaltspunkte für eine anderweitige Prioritätensetzung legen nach Auffassung des *BGH* sowohl das objektive Vorliegen eines Vermögensnachteils als auch einen entsprechenden Vorsatz nahe⁷². Diese Sichtweise ist auch deshalb zutreffend, weil bei ähnlich gelagerten Sachverhalten des Eingehungsbetruges regelmäßig ein Gefährdungsschaden im Sinne des § 263 StGB angenommen wird, wenn es an dem Zahlungswillen des Schuldners fehlt⁷³. Ein Anspruch - auch ein solcher auf Schadenersatz, Rückzahlung bzw. Erfüllung des Auftrags - ist objektiv wirtschaftlich minderwertig, wenn der Verpflichtete nicht zur Zahlung bereit ist, es sei denn, der Gläubiger verfügt über Sicherheiten, die er unabhängig vom Willen des Schuldners ohne erheblichen Aufwand an Zeit und Kosten verwerten kann⁷⁴.

b) Bei den zum Ersatz bereitstehenden Mitteln muss es sich um eigene Gelder des Treuhänders handeln; die Mittel von (zahlungswilligen und zahlungsfähigen) Angehörigen - auch der Ehefrau - sollen nicht in Betracht

⁶⁷ LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 166; vgl. LK-10. Aufl./Lackner § 263 Rdnr. 188; bzgl. des Eingehungsbetruges reichen aber jedenfalls anerkanntermaßen zuverlässige Sicherheiten zur Kompensation, vgl. *BGH* *NStZ* 1994, 194; *BGH* *StV* 2000, 478; *BGH* *StV* 2002, 133.

⁶⁸ Vgl. LK/Schünemann § 266 Rdnr. 139 m.w.N. zur Rspr.; man könnte m.E. auch annehmen, dass es nicht der durch die Pflichtverletzung entstehende Ersatzanspruch, sondern der fortbestehende Erfüllungs- oder Rückzahlungsanspruch ist, der durch die Liquidität abgesichert ist; grundsätzlich kritisch Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 74/75, der anscheinend einen Ausgleich auf Tatbestandsebene nicht anerkennen will; vgl. bereits Schröder *JR* 1961, 268.

⁶⁹ Vgl. LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 167 m.w.N.

⁷⁰ *BGHSt* 15, 342, 344; *BGHR* *StGB* § 266 Abs. 1 Nachteil 34 und 35.

⁷¹ vgl. *BGH* *NStZ* 1982, 331.

⁷² Vgl. *BGH* *wistra* 1988, 191, 192.

⁷³ Vgl. *BGHSt* 15, 24, 27; *BGH* *StV* 1985, 186 f.

⁷⁴ *BGH* *GA* 1966, 51; *BGH* *GA* 1972, 209; *BGH* *StV* 1985, 186 f; *BGH* *NJW* 1986, 1183; *BGH* *wistra* 1995, 28 f; *BGH* *wistra* 1995, 222, 223; *OLG* *Karlsruhe* *wistra* 1997, 109, 110; vgl. auch Schönke/Schröder/*StR* Schröder/Cramer § 263 Rdnr. 120; Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 32q LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 167.

⁶⁰ *BGH* *NJW* 1983, 1807; *OLG* *Hamm* *NJW* 1968, 1940; *OLG* *Köln* *NJW* 1967, 1923; *OLG* *Bremen* *NStZ* 1989, 229; *OLG* *Stuttgart* *NJW* 1999, 1566.

⁶¹ *BGHSt* 17, 148; *BGHSt* 20, 145; *BGHSt* 31, 232; *BGH* *wistra* 1984, 109; *BGH* *wistra* 1989, 224; *BGH* *wistra* 1995, 62; *BGH* *MDR* 1979, 456; vgl. schon *RGSt* 71, 333.

⁶² Typisch etwa *BGHSt* 15, 342, 344.

⁶³ Vgl. zu § 266 StGB ständige Rechtsprechung: *BGHSt* 31, 232, 234; *BGHSt* 40, 287, 295; *BGHSt* 43, 296, 298; vgl. auch Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 41; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 149.

⁶⁴ *BGHSt* 20, 143, 144; *RGSt* 68, 371, 374.

⁶⁵ LK/Schünemann § 266 Rdnr. 137/138 m.w.N.; LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 162

⁶⁶ Vgl. *RGSt* 38, 266 f; *RGSt* 53, 194, 195; *RGSt* 62, 31, 33; LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 166; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 139.

kommen; die Bereitschaft eines Dritten begründe keine sichere Ersatzfähigkeit, die allein im Machtbereich des Täters liegen müsse⁷⁵. Dem ist zuzustimmen, weil zwar eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich ist⁷⁶, jedoch die Tatsache, dass der Mandant gegen den Dritten keinen Rechtsanspruch auf Zahlung hat, im Regelfall auch tatsächlich einen wirtschaftlichen Minderwert der bloßen tatsächlichen Aussicht auf Zahlung durch diesen begründet, so dass dessen Zahlungsbereitschaft und Zahlungswilligkeit jedenfalls nicht derjenigen des beauftragten Rechtsanwalts gleichgesetzt werden kann, der überdies berufsrechtlich gebunden und berufsrechtlichen Sanktionen ausgesetzt ist. Dafür spricht auch die grundsätzlich anerkannte strukturelle Identität der Tatbestandsmerkmale des Vermögensnachteils (§ 266 StGB) und des Vermögensschadens (§ 263 StGB)⁷⁷: Da es im Rahmen des Betrugstatbestandes allgemein anerkannt ist, dass freiwillige Leistungen – erst recht die Leistungsfähigkeit und –bereitschaft – Dritter einen entstandenen Vermögensschaden nicht kompensieren⁷⁸, muss dies bei der Untreue genauso gelten. Überdies würden sonst nachträglichen Schutzbehauptungen der Betroffenen Tür und Tor geöffnet. Anders ist meines Erachtens zu beurteilen, wenn der zahlungsfähige und -willige Dritte vor der Vermögensminderung Sicherheiten (Bürgschaft, Schuldbeitritt, Sicherungsübereignung o.ä.) gestellt hatte, die nach den Umständen ohne weiteres verwertbar sind⁷⁹. In den hier fraglichen Fallgestaltungen dürfte dies jedoch praktisch kaum in Betracht kommen, da die Stellung von Sicherheiten durch Rechtsanwälte gegenüber Mandanten äußerst unüblich sein dürften.

c) Erst recht genügt nach dem *BGH* die bloße Möglichkeit des zahlungswilligen Treuhänders, sich das Geld bei Bedarf, etwa durch Kreditaufnahme irgendwann zu beschaffen, nicht⁸⁰. Dies gilt meines Erachtens mit der Einschränkung, dass die Verfügbarkeit eines bereits bewilligten Kredits bzw. eines nicht ausgeschöpften Dispositions- oder Überziehungskredits, der sofort abrufbar ist, anders zu beurteilen ist. Hingegen kann selbst die sichere Erwartung, nach noch zu führenden Verhandlungen einen Kredit gewährt zu bekommen, gerade wenn zunächst Sicherheiten zu stellen sind, nicht ausreichen, da eine schadensgleiche Vermögensgefährdung anzunehmen ist.

⁷⁵ BGHSt 15, 376; BGH wistra 1988, 192; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 34, 35; BGH, Urteil vom 13. Mai 1953 - 3 StR 926/52; BGH, Urteil vom 20. März 1956 - 5 StR 580/55.

⁷⁶ BGHSt 16, 220, 221; BGH NJW 1975, 3235; BGH NStZ 1986, 455; BGH wistra 1986, 24; Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rdnr. 78 ff; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 133.

⁷⁷ Ganz h.M.: Vgl. etwa BGHSt 15, 342, 343 f; BGH NJW 1975, 1234, 1235; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 39; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 132; Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 59; Lackner/Kühl § 266 Rdnr. 17.

⁷⁸ Vgl. etwa RGSt 41, 24 ff; LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 162; Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 93.

⁷⁹ BGH GA 1966, 51; BGH NJW 1986, 1183.

⁸⁰ BGH NStZ 1982, 331; BGH wistra 1988, 192.

d) Daraus folgt, dass auch ein vermöglicher Rechtsanwalt und Notar, der momentan nicht liquide ist, nicht das Risiko eingehen kann, die Mandantengelder auf einem defizitären Privat- oder Geschäftskonto zu deponieren, selbst wenn er im ausreichenden Maß über verpfändbares (Grund-)Eigentum verfügt. Allgemein wird man sagen müssen, dass Rechtsanwälte, die damit rechnen müssen, in näherer Zukunft nicht solvent zu sein, die kurz- oder mittelfristigen überschuldet sind oder sich gar im Vermögensverfall befinden, im Hinblick auf das strafrechtliche Risiko Mandantengelder ausschließlich auf Anderkonten verwahren sollten. Wenn sie eine Einzahlung - durch die Mandanten oder durch Dritte - auf Geschäftskonten oder Privatkonten veranlassen, dürften sie regelmäßig den Tatbestand der Untreue verwirklichen, weil die Mandantengelder bereits durch die reale Gefahr der Zwangsvollstreckung hinreichend konkret gefährdet werden. Es empfiehlt sich darüber hinaus, vorsichtshalber bereits Zahlungen auf ein Konto, welches einer starken Fluktuation unterworfen ist und regelmäßig ins Soll gerät zu vermeiden. Auch müssen Rechtsanwälte, die für möglich halten, dass ein Gläubiger ihr Geschäftskonten (oder Privatkonten) pfändet, umgehend veranlassen, das Mandantengelder auf Anderkonten transferiert, zweckgerecht verwendet oder an den Mandanten zurückgeleitet werden, da ansonsten eine Strafbarkeit nach den §§ 266, 13 StGB gegeben sein könnte. Bereits durch den Eingang der Gelder auf den bedrohten Konten ist im Regelfall ein Gefährdungsschaden eingetreten.

3. Zum Sonderfall der kurzfristigen Rückzahlung durch den grundsätzlich zahlungswilligen und zahlungsfähigen Rechtsanwalt

Erkennbar werden die angeführten strengen Maßstäbe solchen Einzelfällen nicht voll gerecht, in denen ein zahlungswilliger, privat vermöglicher Rechtsanwalt aus Achtlosigkeit oder Bequemlichkeit Mandantengelder auf sein starken Schwankungen unterworfenen, häufig defizitäres Geschäftskonto leitet und binnen Stunden oder Tagen nach Fälligkeit aus eigenem Vermögen die Mittel zur unwesentlich verzögerten zweckgerechten Verwendung bereitstellt. In der besprochenen Entscheidung lässt der 3. *Strafsenat* - in einem obiter dictum - erkennen, dass nicht ausgeschlossen ist, dass auch dann, wenn nach der abredewidrigen Verwendung der Gelder die jederzeitige Verfügbarkeit von Ersatzmitteln nicht sichergestellt ist, ausnahmsweise aber nach Inhalt und Umständen des Auftragsverhältnisses eine zeitliche Verzögerung bei der Erfüllung des Auftrags unwesentlich erscheint, ein Vermögensschaden ausgeschlossen sein kann⁸¹. Dies ist jedenfalls dann denkbar, wenn feststeht, dass der Treupflichtige während des gesamten Zeitraums zahlungswillig⁸² war und über genügend eigene Mittel verfügte, die er nicht sofort, aber kurzfristig – jedenfalls innerhalb von

⁸¹ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 34.

⁸² Die Zahlungswilligkeit lässt sich m. E. zumeist aus der obj. Interessenlage des Rechtsanwalts (berufs- und strafrechtliche Folgen) und seinem Bemühen, nach Fälligkeit umgehend Ersatz bereitzustellen, folgern.

einigen Tagen - mobilisieren konnte. In diesem Fall ist der endgültige Verlust der Mittel von vornherein derart unwahrscheinlich, dass die tatsächlich erfolgte geringfügig verspätete Zahlung, die an sich nur eine tatbestandlich nicht mehr relevante Schadenswiedergutmachung darstellt, zusammen mit der jederzeit bestehenden Möglichkeit, mit geringer Verspätung zu zahlen, qualitativ einer Schadenskompensation gleichgestellt werden sollte. Dies wäre im Rahmen des § 266 StGB bereits deshalb nichts grundlegend Neues, weil die kompensatorische Wirkung der Liquidität des Trenehmers von der Rspr. anerkannt ist, diese aber nach der h. M. nur den wirtschaftlichen Wert des Ersatzanspruches gegen diesen näher beschreibt, der an sich zu dem Bereich des nachträglichen Schadensausgleichs rechnet (s.o.). Auch insoweit bewirkt die Sicherheit des zu erwartenden Schadensausgleichs einen qualitativen Umschlag in eine tatbestandsrelevante Schadenskompensation. Hinzu kommt, dass ein (angemessenes) engeres Verständnis des Gefährdungsbegriffs in der neueren Rspr. im Sinne einer konkret naheliegenden Verlustmöglichkeit⁸³ zum selben Ergebnis führen muss; bezogen auf den endgültigen Verlust der anvertrauten Summe bleibt die Gefahr nämlich hier geringfügig und abstrakt.

Ein Vermögensnachteil könnte in der eingangs beschriebenen Fallkonstellation – und im besprochenen Fall – demnach nur in einem gegebenenfalls resultierenden „Verzögerungsschaden“ zu sehen sein⁸⁴. Bloße Leistungsverzögerungen sind im Allgemeinen nicht als wirtschaftlich messbare Schäden anzusehen⁸⁵. Ein solcher liegt hier aber möglicherweise darin, dass dem Geschäftsherrn über 7 Monate, während derer die Mandantengelder auf defizitären Konten lagen, Zinsen in nicht unbeträchtlicher Höhe entgangen sind. Zu einem pflichtgemäßen Vorgehen kann bei nicht sofortiger zweckentsprechender Verwendung auch die zinsbringende Anlage des anvertrauten Geldes gehören (s.o.)⁸⁶. Das Ausbleiben der Vermögensmehrung in Höhe der üblichen Zinsen vereitelt hier eine gesicherte Aussicht des Treugebers auf einen Vorteil, denn diesen hätte er ohne Zweifel bei korrekter Verwahrung (oder eigener Verwaltung) erlangt, wenn die Gelder nicht sofort zweckgerecht hätten eingesetzt werden müssen. Darin liegt grundsätzlich eine Nachteilszufügung⁸⁷. Mit der Einzahlung der Gelder auf dem defizitären Konto ist m.E. ein (Gefährdungs-)Schaden teilweise verwirklicht. sobald bei korrekter Anlage erstmals Zinsen angefallen wären, liegt ein (Teil-)Schaden im eigentlichen Sinn vor; die Schadenshöhe wächst mit dem Zeitablauf entsprechend dem entgangenen Zinsgewinn an. Es kann auch nicht ohne Weiteres –

ohne dass tatsächliche Anhaltspunkte konkret darauf hindeuten - davon ausgegangen werden, dass sich die Zahlungswilligkeit des Rechtsanwalts auch auf die nachträgliche Zahlung der entgangenen Zinsen richtet; bei einer eigennützigen – zeitweiligen - Verwendung der Mandantengelder deutet vielmehr Vieles darauf hin, dass er Soll-Zinsen ersparen möchte und umgekehrt – zwangsläufig - den Haben-Zins dem Treugeber endgültig entziehen möchte, so dass der Tatbestand des § 266 StGB als verwirklicht anzusehen ist. Dies dürfte auch im besprochenen Fall gelten, in dem soweit ersichtlich der Angeklagte auch nachträglich nicht den Versuch machte, entgangene Zinsgewinne zu erstatten⁸⁸.

4. Verzögerte Haftentlassung als individueller Schadenserschlag?

Zweifelhaft sind hier aber die – tragenden - Ausführungen des *Senats*, auch unabhängig von der Frage, ob die kurzzeitige Verzögerung an sich einen Vermögensschaden begründen könne, sei dieser jedenfalls im besprochenen Fall aufgrund der – realisierten – Gefahr einer um wenige Tage verlängerten Untersuchungshaft des Mandanten anzunehmen. Dies ergebe sich aus dessen besonderer Interessenlage, die Grundlage der vertraglichen Regelung der Geschäftsbesorgung geworden sei, weil der Mandant zu erkennen gegeben habe, dass es ihm vorrangig auf die frühestmögliche Entlassung aus der Untersuchungshaft ankomme⁸⁹. Dies sei unter dem Gesichtspunkt des subjektiven – bzw. individuellen - Schadenserschlags zur Begründung eines Vermögensnachteils ausreichend⁹⁰. Die zweckwidrige Verwendung der Gelder - mit der Folge der nicht sofortigen Verwendbarkeit – hatte zu der naheliegenden Gefahr einer kurzen zeitlichen Verzögerung bei der Außervollzugsetzung des Haftbefehls (§ 116 StPO) bis zur verspäteten Kautionsstellung geführt.

Darin liegt eine im Bereich der Untreue bisher so weit ersichtlich bisher nicht erfolgte ausdehnende Anwendung dieser - grundsätzlich von der h.M. anerkannten - Rechtsfigur⁹¹ auf Gesichtspunkte ohne Vermögensrelevanz.

⁸⁸ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 3 f

⁸⁹ In dem Beschluss nach § 33a StPO vom 9. Dezember 2003 - 3 StR 276/03, S. 2 wird ganz ausdrücklich darauf abgestellt, dass der Angeklagte sich mit seinen materiellen Mitteln die Freiheit habe erkaufen wollen und wegen dieses individuellen Gesichtspunkts auch die Verzögerung Bezahlung wenige Tage schadensbegründend sei.

⁹⁰ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 4/5

⁹¹ Bzgl. § 263 StGB grds. zustimmend: BGHSt 16, 220; BGHSt 16, 321, 325 f; BGHSt 22, 88; BGH NStZ 1986, 168; BGH NJW 1990, 2397; Schönke/Schröder/Cramer § 263 Rdnr. 121 f; Jakobs, JuS 1977, 228; LK-10. Aufl./Lackner § 263 Rdnr. 156 ff; krit. NK/Kindhäuser § 263 Rdnr. 367. Bzgl. § 266 StGB vgl. etwa Tröndle/Fischer § 266 Rdnr. 67; Neye, NStZ 1981, 370; Bieneck, wistra 1998, 249; in der Rspr. nur eingeschränkt vgl. OLG Hamm NStZ 1986, 119; BGHSt 43, 293 ff. bezieht sich grundsätzlich eher auf den Gesichtspunkt der Zweckverfehlung u. hat überdies eine restriktive Tendenz. Vgl. i.Ü. zur Zweckverfehlung (bei § 266 StGB): BGH NStZ 1984, 549; BGH NStZ 1986, 455; BGH NStZ 2001, 248; BGHSt 40, 287 ff.

⁸³ Vgl. BGH NStZ 1996, 203 m.w.N.

⁸⁴ Zutr. BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 5.

⁸⁵ LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 211; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 147; vgl. auch BGHSt 1, 262, 264.

⁸⁶ Vgl. RG GA 1888, 400.

⁸⁷ BGHSt 17, 148; BGHSt 20, 145; BGHSt 31, 232; LK/Schünemann § 266 Rdnr. 145; Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 46; SK/Samson/Günther § 266 Rdnr. 44.

Tatsächlich liegt die Vermutung nahe, der BGH habe hier durch § 266 StGB vorrangig die Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 GG) des inhaftierten Mandanten schützen wollen. Dies ist jedoch allein Aufgabe der §§ 234 ff StGB, insbesondere des § 239 StGB⁹². In den bisher entschiedenen Fällen des individuellen Schadenseinschlags ging es um den Schutz der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit der Betroffenen⁹³. Auch die hier vom 3. Strafsenat in Bezug genommene Kommentarstelle bezieht sich ausdrücklich auf die wirtschaftlichen Zielsetzungen und Bedürfnisse des Betroffenen⁹⁴. Im Rahmen des § 263 StGB wird in dem bekannten "Melkmaschinenfall"⁹⁵ zwar als dritte Fallgruppe eines individuellen Schadenseinschlags die Konstellation genannt, dass der Geschädigte infolge seiner Verpflichtung diejenigen Mittel nicht mehr zur Verfügung hat, derer er zu einer nach seinen persönlichen Verhältnissen angemessenen Wirtschafts- oder Lebensführung bedarf⁹⁶. Es ging dabei schon nach dem Sachverhalt um die finanziellen Mittel zur Fortführung des kleinbäuerlichen Betriebes; dass auch die Lebensführung mit angesprochen wurde, dürfte dem Umstand zuzuschreiben sein, dass in diesem Fall eine Abgrenzung zur bloßen Subsistenzwirtschaft schwer fiel. Allenfalls war damit noch die Finanzierung des Lebensunterhalts gemeint; beides steht hier nicht in Frage. Der 3. Strafsenat zeigt gerade nicht auf, inwieweit die Freilassung als „vordringliches Ziel“ des Angeklagten über sein Interesse an der persönlichen Fortbewegungsfreiheit eine konkrete wirtschaftliche Bedeutung – etwa hinsichtlich der Fortführung der Erwerbstätigkeit oder der Erforderlichkeit von (nur in Freiheit möglichen) Aktivitäten zur Vermeidung von Vermögensverlusten – zukommt. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass die Fallgruppen der "Melkmaschinenentscheidung" gerade zu dem Zweck gebildet wurden, den Ausschluss von bloßen Beeinträchtigungen der Dispositionsfreiheit aus dem Tatbestand des § 263 StGB und die Behebung der Unbestimmtheit der bisherigen Rechtsprechung zu ermöglichen⁹⁷. Überdies wurden die Kriterien – soweit ersichtlich – in dieser Weise von der Rspr. bisher noch nicht auf den Tatbestand des § 266 StGB übertragen. Hier fanden – in Fällen der sogenannten Haushaltsuntreue – nur die stark abgewandelten Kriterien der „Intendantenentscheidung“ Anwendung, die hier nicht einschlägig sind⁹⁸.

⁹² Vgl. Überschrift des 18. Abschnitts des StGB: „Straftaten gegen die persönliche Freiheit“; Tröndle/Fischer § 239 Rdnr. 1; BGHSt 32, 189.

⁹³ Vgl. etwa die Leitentscheidungen BGHSt 43, 293 ff (Intendantenfall); 16, 321 ff (Melkmaschinenfall) und die übrigen Entscheidungen in Fn. 91 zu den §§ 263, 266 StGB.

⁹⁴ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 5 mit Verweis auf Schönke/Schröder/Lenckner/Perron § 266 Rdnr. 43.

⁹⁵ BGHSt 16, 321, 325.

⁹⁶ vgl. auch BGH wistra 1999, 299, 300; BayObLG NJW 1973, 633 mit Anm. Berz NJW 1973, 1337 und Weidemann MDR 1973, 992; KG JR 1972, 28; OLG Köln MDR 1974, 157.

⁹⁷ BGHSt 16, 321, 327.

⁹⁸ BGHSt 43, 293, 299: Wohl kumulativ wirtschaftlich gewichtige Kreditaufnahme (Nachtragshaushalt), gravierende Beeinträchtigung der Dispositionsbefugnis u. Beschneidung der

Der Systematik des StGB nach haben die §§ 239 ff StGB bzgl. der Strafbarkeit von Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit⁹⁹ (Art. 2 Abs. 2 GG) abschließende Funktion; eine weiterreichende Strafbarkeit aus anderen Tatbeständen kommt daher nicht in Betracht. Die Bestrafung wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) hätte einen bedingten Vorsatz des angeklagten Verteidigers bezüglich einer aufgrund der eigennützigen Verwendung der Gelder drohenden Verlängerung der Inhaftierung vorausgesetzt; bloße Kenntnis gefährdender Umstände allein kann in diesem Zusammenhang nicht genügen. Durch die Verlagerung des objektiven Umstands der „Freiheitsgefährdung“ in den Tatbestand des § 266 Abs. 1 StGB als individuellen Schadenseinschlag – in der Form eines Gefährdungsschadens – darf aus gesetzessystematischen Gründen weder eine faktische Ausdehnung des Tatbestands des § 239 StGB auf Gefährdungssachverhalte noch auf lediglich fahrlässige Freiheitsberaubungen bewirkt werden. Genau dieses Risiko schafft die Subsumtion unter § 266 Abs. 1 StGB, weil die Rspr. in dessen Rahmen seit langem anerkennt, dass zur Vollendung bereits eine Vermögensgefährdung ausreicht. Nicht anders ist nach Auffassung des BGH auch – wie der 3. Strafsenat hier am Rande zu erkennen gibt¹⁰⁰ – die naheliegende Gefahr des Eintritts von Umständen, die als individueller Schadenseinschlag anzusehen sind, zu beurteilen. Praktisch lässt sich auf diese Weise die bloße Freiheitsgefährdung als vollendete Untreue bestrafen, wobei dann wohl gemerkt der – ansonsten bei nach dem Inhalt des Auftrags unwesentlich verspäteten Zahlungsbereitschaft möglicherweise fehlende¹⁰¹ - Vermögensschaden der Untreue gerade damit begründet wird, dass dem Geschädigten die Erlangung der Freiheit besonders am Herzen gelegen habe und (erst) hierdurch die wirtschaftliche Relevanz entstehe. Der Senat gerät so gefährlich nahe an die Aussage, dass die Intensität des affektiven Interesses an der Verwendung der Mandantengelder über das Vorliegen eines Vermögensnachteils entscheidet; entgegen der Zielsetzung der „Melkmaschinenentscheidung“ werden die Dispositions- und Affektionsinteressen des Betroffenen unabhängig von ihrer Vermögensrelevanz geschützt.

IV. Schädigungsvorsatz

Auch nach den Kriterien der gefestigten Rspr. erscheinen die Äußerungen des Senats zum Untreuevorsatz unzureichend: Wenn hier der Vermögensnachteil i.S.d. § 266 StGB daraus hergeleitet wird, dass die fehlende Vorhaltung der Gelder die Gefahr der mangelnden sofortigen

politischen Gestaltungsbefugnis des Haushaltsgesetzgebers, bezieht sich allerdings auf eine wirtschaftlich grds. gleichwertige Gegenleistung bei Verletzungen von Haushaltsrecht.

⁹⁹ Tröndle/Fischer § 239 Rdnr. 1 m.w.N.

¹⁰⁰ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 4: „Für den Mandanten war die naheliegende Gefahr... nicht ohne Bedeutung ... Ihm war nach den Feststellungen sehr an einer möglichst schnellen Freilassung gelegen; diese war „sein vordringliches Ziel“...“

¹⁰¹ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 3/4: Der Senat lässt dies offen.

Reaktionsmöglichkeit auf einen Aussetzungsbeschluss (§ 116 StPO) durch Zahlung der geforderten Kaution geschaffen hat, dann hätte der Angeklagte auch diesbezüglich zumindest bedingt vorsätzlich handeln müssen. Erforderlich für den Schädigungsvorsatz ist nämlich die Kenntnis der Umstände, die mindestens einen Gefährdungsschaden begründen¹⁰². Diese müssen – aus der Sicht des Täters – mit (wirtschaftlichen) Nachteilen ernstlich rechnen lassen bzw. einer Schädigung gleichstehen¹⁰³. Eine andere Beurteilung ist zudem geboten, wenn der Treupflichtige auf Grund bestimmter Umstände der sicheren Überzeugung gewesen ist, dass kein Schaden eintreten werde¹⁰⁴. Erforderlich wäre hier eine Kenntnis des Angekl. von den Umständen, die es ex ante konkret möglich erscheinen ließen, dass die Kautionsgelder fällig würden, bevor der Angeklagte für Ersatz gesorgt hätte. Dass das Urteil des Landgerichts dazu Feststellungen enthielt, lässt sich dem Beschluss des 3. *Strafsenats* nicht entnehmen. Zu Unrecht scheint der *Senat* dies auch nicht für maßgeblich zu halten, da er nur auf die allgemeine Sach- und Rechtslage bei Aussetzungsbeschlüssen rekurriert, ohne die Besonderheiten des Einzelfalles zu berücksichtigen¹⁰⁵. Diese können aber durchaus geeignet gewesen sein, den bedingten Vorsatz auszuschließen: Wie der *Senat* selbst festhält, stand angesichts der Forderung der Staatsanwaltschaft als Kaution ein Betrag von über 2 Millionen DM im Raum, während dafür seitens des Mandanten 990.000 DM bereitgestellt worden waren; auch zusammen mit dem zusätzlichen Betrag von ca. 350.000 DM, der in erster Linie zur Schadenswiedergutmachung gedacht war, hätte diese zunächst geforderte Summe nicht aufgebracht werden können¹⁰⁶. Diese Umstände kannte der Angeklagte. Dies spricht, entgegen dem *Senat*, gegen ein vorsätzliches Handeln: Gerade weil eine weitaus höhere Summe gefordert wurde, musste er nicht damit rechnen, dass die nicht ausreichende anvertraute Summe (1,3 Mio. DM) jederzeit zur Kautionsstellung bereitzustehen habe. Der Angeklagte, ein erfahrener Strafverteidiger, der für seinen Mandanten vor Ort die Verhandlungen über die Aussetzung des Haftbefehls führte, konnte vielmehr fest davon ausgehen, aufgrund seiner Kenntnisse und Kontakte rechtzeitig vorher von einem anstehenden Beschluss zu erfahren und aus dem eigenen Vermögen pünktlich den erforderlichen

¹⁰² Vgl. BGH MDR 1972, 197; BGH MDR 1981, 810f; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vorsatz 1; BGH wistra 1991, 307; BGH NJW 1994, 1745, 1746; Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 40; LK/Tiedemann § 263 Rdnr. 243; SK/Samson/Günther § 263 Rdnr. 181

¹⁰³ BGH wistra 1987, 21; BGHSt 23, 300, 302 ff

¹⁰⁴ BGH NJW 1994, 1745, 1746

¹⁰⁵ Vgl. BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 4: Der *Senat* führt aus, der Angeklagten "*musste... in dieser Situation jederzeit mit einem Aussetzungsbeschluss nach § 116 StPO rechnen und in der Lage sein, die erforderliche Kaution unverzüglich bereit zu stellen, um die umgehende Freilassung seines Mandanten zu gewährleisten. Vorlaufzeit... besteht bei einer solchen Sachlage... nicht. Denn Haftverschonungsbeschlüsse werden von den Haftgerichten, sobald sie sich von den Voraussetzungen des § 116 StPO überzeugt haben, regelmäßig unverzüglich gefasst und bekannt gegeben.*"

¹⁰⁶ BGH, Beschl. vom 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 4

Betrag bereitstellen zu können, zumal die Tathandlung viele Monate vor der erfolgten Reduzierung der von der Staatsanwaltschaft geforderten Kautionssumme von 2 Mio. DM durch das Gericht stattfand, und dem Angeklagten eine Ermäßigung auf 1 Mio. DM zu diesem Zeitpunkt als rein theoretische Möglichkeit erscheinen mochte. Soweit er diese – nachträglich irrierte – Vorstellung tatsächlich hatte, ist dies mit der Annahme des *Senats*, der Angeklagte habe – nach den allgemeinen rechtlichen Vorgaben – ständig mit einem Beschluss nach § 116 StPO „*rechnen müssen*“, nicht widerlegt. Dies kennzeichnet das Verhalten des Angeklagten – im Hinblick auf die den subjektiven Schadenseinschlag kennzeichnenden Umstände – lediglich als fahrlässig.

Auch das voluntative Element des Schädigungsvorsatzes – bzgl. des vom *Senat* herangezogenen individuell schadensbegründenden Gesichtspunkts der Freiheitsgefährdung – erwähnt der besprochene Beschluss zu Unrecht überhaupt nicht: Die Verzögerung der Freilassung des geschädigten Mandanten widersprach fundamentalen Interessen des Angeklagten: Nur wenn dieser unverzüglich durch Kautionsstellung aus der Haft gelangt wäre, konnte der Angeklagte hoffen, dass die zwischenzeitliche Verwendung der Mittel im eigenen Interesse sowohl dem Mandanten als auch der Justiz verborgen bleiben würde; dem Angeklagten dürfte bekannt gewesen sein, dass seine Vorgehensweise jedenfalls dem klaren Wortlaut des § 43 Abs. 5 Satz 2 BRAO widersprach, er musste dementsprechend zumindest mit berufsrechtlichen Konsequenzen und mit schweren Konflikten mit seinem Mandanten rechnen.

V. Strafzumessungsschaden

In Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des *BGH* läge nicht fern, den vollen Betrag, der auf das defizitäre Geschäftskonto des Angeklagten eingezahlt wurde – wenn man die Prämisse teilt, das darin eine schadensgleiche Vermögensgefährdung liegt – als Vermögens(-gefährdungs-)schaden im Sinne des § 266 StGB anzusehen¹⁰⁷ und die Strafe – wie es das Landgericht getan hatte – entsprechend zu bemessen. Nach der Auffassung des *BGH* ist überdies grundsätzlich bei der Veruntreuung von Mandantengeldern durch Rechtsanwälte neben der Höhe des Gefährdungsschadens dessen – hier beträchtliche – Dauer für die Strafzumessung bedeutsam¹⁰⁸.

An der Richtigkeit der Auffassung, den gesamten Betrag, der jeweils gefährdet wird, als schadensgleich gefährdet zu betrachten, ist meines Erachtens jedenfalls dann zu zweifeln, wenn nicht auch der gesamte Betrag mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit tatsächlich endgültig verloren gehen kann¹⁰⁹. Es ist ständige Rechtsprechung des *BGH*, dass die bloße Vermögensgefährdung weniger schwer wiegt, als der endgültige Verlust eines Vermö-

¹⁰⁷ Vgl. etwa BGH wistra 2001, 218 = BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 47

¹⁰⁸ BGH wistra 1999, 297.

¹⁰⁹ Vgl. BGHR StGB § 263 Vermögensschaden 3.

genswerts¹¹⁰. Da nach der Auffassung des BGH das Vorliegen einer schadensgleichen Vermögensgefährdung davon abhängig ist, dass mit einem wirtschaftlichen Nachteil " *ernstlich zu rechnen* " ¹¹¹ bzw. die " *naheliegende Möglichkeit eines Verlustes* " gegeben ist¹¹² und somit der Grad der Gefährdung bereits für das die Verwirklichung des Tatbestandes eine maßgebliche Rolle spielt, muss - insbesondere die verhältnismäßig gering ausgeprägte - Intensität der Gefährdung erst recht im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt werden, denn jedes „*minus*“ an Gefährdung macht diese weniger schadensgleich und rückt sie vom normalen Unrechtsgehalt des Tatbestandsmerkmals, das an sich eine echte Vermögensminderung fordert, ab. Bei konsequenter Betrachtung muss beim Gefährdungsschaden nicht nur die Grenzziehung zwischen Versuch und Vollendung¹¹³, sondern auch die genaue Bestimmung des verwirklichten Tatumrechts im Rahmen der Strafzumessung daran anknüpfen, wie intensiv die Gefährdung war und ob - gegebenenfalls nur für Teilbeträge - eine reale Verlustgefahr bestand. Ansonsten bezieht sich die Gefahr nur in dem Sinne auf den pflichtwidrig behandelten Gesamtbetrag, dass irgendein möglicherweise geringfügiger, jedenfalls nicht individualisierbarer Teilbetrag aus dem Gesamtbetrag verloren gehen konnte. In einem Fall, in dem 1 Mio. Euro prinzipiell in einer relevanten Gefahrensituation sind - die Summe etwa auf ein in mindestens derselben Höhe defizitäres Konto eingezahlt wurde - aus der aber sicher nur ein Verlust von 10% resultieren wird, weil der vermögende und zahlungswillige Täter mit Sicherheit nach wenigen Tagen über 900.000 Euro verfügen und zweckgerecht einsetzen wird, muss daher bei der Strafzumessung je nach Grad der Gefährdung des verbleibenden Betrages (d.h. der Wahrscheinlichkeit des endgültigen Verlusts), im Beispiel ausgehend von max. 100.000 Euro, ein (Gefährdungs-)Zumessungsschaden berechnet werden. Hinsichtlich des Umfangs des vom

endgültigen Verlust bedrohten Betrages hat das Gericht eine objektiv nachträgliche Einschätzung abzugeben. Da zur strafscharfenden Berücksichtigung eine schuldhaft - d.h. fahrlässige - Verursachung der Tatfolgen (§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB) ausreicht¹¹⁴, ist nicht nötig, dass der Täter auch hinsichtlich der endgültigen Verlustgefahr bedingt vorsätzlich handelte. Wenn sich der Schaden am Ende auch realisiert hat, d.h. die Mandantengelder in dieser Höhe endgültig weder zweckentsprechend verwendet wurden noch zurückflossen, kann auch dies unabhängig von einem diesbezüglichen Vorsatz des Beauftragten erschwerend bewertet werden¹¹⁵. Ergänzend dürfen strafscharfend natürlich außertatbestandliche Folgen berücksichtigt werden (Insolvenz des Treugebers o.Ä.)¹¹⁶.

Der Auffassung des 3. Strafsenats, dass hier der Strafausspruch der Überprüfung nicht standhalte, weil die Kammer einerseits angenommen hatte, dass der „*Schaden bzw. die Vermögensgefährdung immens*“ gewesen sei, wobei sie implizit den vollen Betrag (ca. 1,3 Mio. DM) der anvertrauten Gelder zugrundelegte, andererseits aber als unerheblich hatte dahinstehen lassen, inwieweit der Angeklagte in der Lage gewesen ist, die anvertrauten Mittel aus seinem Immobilienvermögen auszukehren, ist zuzustimmen: Die Kammer hätte - da sie weder einen endgültigen Verlust noch auch nur die Gefahr des endgültigen Verlusts für den gesamten oder einen Teilbetrag festgestellt hatte - allenfalls auf „*den Nachteil abstellen dürfen, der dem Mandanten durch die Gefahr einer verzögerten Bereitstellung der Mittel entstanden war*“¹¹⁷.

¹¹⁴ Vgl. BGH NSStZ 1986, 85; Tröndle/Fischer § 46 Rdnr. 34 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. Gerhard Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. (2001), Rdnr. 916

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 9. April 1992 - 1 StR 775/91 (unveröffentlicht).

¹¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. v. 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 5.

¹¹⁰ BGH wistra 1999, 185, 187; BGH NSStZ 1999, 244; BGH NSStZ 2000, 376.

¹¹¹ BGHSt 21, 112, 113; 34, BGHSt 394, 395.

¹¹² BGH NSStZ 1996, 203 m. w. N.

¹¹³ Vgl. dazu Tröndle/Fischer § 263 Rdnr. 94, 96.

HRRS-Praxishinweis: Zweifelssatz und Maßregelanordnung beim Vollrausch gem. § 323a StGB

Anmerkungen zu BGH 4 StR 147/03 - Beschluss vom 5. August 2003

von Ulf Buermeyer, Leipzig/Paris*

* Der Autor ist Redakteur der Zeitschrift Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht (HRRS; <http://www.hrrs.de>). Er promoviert derzeit an der Universität Leipzig und der Bibli-

Der 4. Strafsenat des BGH entscheidet derzeit über die Revision gegen eine Entscheidung des Landgerichts Bielefeld, die einige Fragen zum Verhältnis der Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff StGB) untereinander und zum Zweifelssatz „*in dubio pro reo*“ aufwirft. Der Senat hat sie zum Anlass eines Anfragebeschlusses genommen¹. Da davon auszugehen ist, dass die übrigen Senate an ihrer - ohnehin wohl nicht entgegenstehenden² - Rechtsprechung jedenfalls nicht festhalten

othèque de Cujas (Université Paris I - Panthéon-Sorbonne) zur Umsetzung der e-Commerce-Richtlinie.

¹ BGH 4 StR 147/03 - Beschluss vom 5. August 2003.

² Der 1. Senat (BGH 1 ARs 29/03 - Beschluss vom 6. November 2003), der 2. Senat (BGH 2 ARs 343/03 - Beschluss vom

werden, sollen die aufgeworfenen Fragen skizziert und in ihrer praktischen Bedeutung beleuchtet werden.

1. Die Entscheidung des LG

Der Sache liegt folgende Fallgestaltung zugrunde³: Der Angeklagte ist seit Jahrzehnten alkoholabhängig und neigt unter Alkoholeinfluss zu teils schweren Straftaten, die bisher 23 Eintragungen im Bundeszentralregister ergaben. Mehrjährige Unterbringungen in Entziehungsanstalten blieben erfolglos. Am Tattag nahm der Angeklagte wieder Alkohol zu sich. Seine Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit betrug 4,02 ‰. In diesem Zustand mißhandelte er einen Zechgenossen durch Schläge mit der Faust und einer Taschenlampe sowie durch Fußtritte, so dass dieser u.a. ein Schädelhirntrauma und mehrere Gesichtsfrakturen erlitt. Die sachverständig beratene Strafkammer geht davon aus, dass der Angeklagte bei Trinkbeginn voll schuldfähig war. Die Rauschtat, die das Landgericht - soweit ersichtlich zutreffend - als gefährliche Körperverletzung wertet, habe er dagegen im Zustand erheblich verminderter, möglicherweise völlig aufgehobener Steuerungsfähigkeit begangen. Nachdem sich die Schuldfähigkeit des Angeklagten zur Zeit der Körperverletzung nicht eindeutig bestimmen ließ, ging das LG in Anwendung des Zweifelssatzes „in dubio pro reo“ davon aus, dass er schuldunfähig gewesen sei, und verurteilte ihn wegen vorsätzlichen Vollrauschs gem. § 323a Abs. 1 StGB.

Interessant sind nun die Erwägungen, die das LG zur Frage der Anordnungen einer Maßregel des Besserung und Sicherung anstellt. Es schließt zunächst die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt aus, da es an einer hinreichenden Aussicht auf einen Therapieerfolg fehle⁴. Angesichts der zahlreichen bereits gescheiterten Therapieversuche erscheint dies zutreffend. Dann erwägt es, den Angeklagten gem. § 63 StGB in einem psychiatrischen Krankenhaus unterzubringen, lehnt aber auch diese Möglichkeit ab. Sie komme nämlich nur dann in Betracht, wenn „die Tat“ im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit begangen wurde. Als „die Tat“ nimmt das LG in diesem Zusammenhang das Sichberauschen im Sinne des § 323a Abs. 1 StGB an und beruft sich dabei auf Rechtsprechung des 5. Strafsenats⁵. Das Berauschen fand jedoch nach den Feststellungen in voll schuldfähigem Zustand statt. Daher fehle es für die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus an einer Anlasstat. Auf der Grundlage dieser Annahme ordnete das LG daher die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung gem. § 66 StGB an, weil dessen

28. November 2003) und der 5. Senat (BGH 5 ARs 63/03 - Beschluss vom 29. Oktober 2003) haben bereits klargestellt, dass ihre Rechtsprechung nicht entgegensteht; im Einzelnen siehe sogleich.

³ Wiedergabe nach dem Anfragebeschluss, vgl. oben Fn 1.

⁴ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 16. März 1994 - BVerfGE 91, 1.

⁵ BGH, Beschluss vom 18. Mai 1995 - 5 StR 239/95 = NStZ 1996, 41.

Voraussetzungen vorlagen und keine andere Maßregelanordnung rechtlich möglich sei.

2. Wie entscheidet man „pro reo“?

Wie auch die Revision gegen das Urteil aufzeigte, führt der Zweifelssatz in Kombination mit § 323a Abs. 1 StGB einerseits und §§ 63, 66 StGB andererseits zu bedenklichen Konsequenzen. Zwar wird der Angeklagte hier zunächst durch die Verurteilung wegen Vollrauschs statt wegen gefährlicher Körperverletzung begünstigt, denn der Strafrahmen beträgt Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe anstelle einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Andererseits scheint sich aus daraus zu ergeben, dass es an einer im Zustand der zumindest verminderten Schuldfähigkeit begangenen Tat und daher an einer Anlasstat im Sinne des § 63 StGB fehlt, da die der Verurteilung letztlich zugrundeliegende Tat - nämlich das Sich-Berauschen im Sinne des § 323a Abs. 1 StGB - eben nicht in diesem Zustand begangen wurde. Letztlich hätte dem LG daher - wie es selbst auch in den Urteilsgründen annimmt - nur noch die Sicherungsverwahrung als Maßregel zu Gebote gestanden, aber nicht mehr die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. Aus der Sicht der Revision begründet dies einen Verstoß gegen den Zweifelssatz: Die Unterbringung sei gegenüber der Sicherungsverwahrung die mildere Maßregel, so dass die Verhängung der letzteren als Konsequenz des Zweifelssatzes dazu führe, dass letztlich gerade nicht „pro reo“ entschieden werde.

Der 4. Strafsenat nähert sich der Lösung an, indem er gesichertes Terrain absteckt. Er hält fest, dass der Zweifelssatz selbstverständlich nur zugunsten des Täters angewendet werden kann und dass dies auch im Grundsatz die Anwendung des § 323a Abs. 1 StGB ermöglicht: Der Vollrausch stellt einen Auffangtatbestand dar, den der Gesetzgeber keinesfalls schärfer gewertet wissen wolle als die Verurteilung wegen der ihm zugrunde liegenden Rauschtat. Daher dürfe dem Täter daraus kein Nachteil erwachsen, dass der Tatrichter ihn aus § 323a Abs. 1 StGB verurteilt. Aus diesem Grund sei diese Verurteilung in Fällen nicht aufzuklärender tatsächlicher Umstände grundsätzlich mit dem Zweifelssatz zu vereinbaren. Die gesetzgeberische Vorgabe, dass der Verurteilte bei § 323a StGB nicht schlechter stehen dürfe als bei Verurteilung wegen der Rauschtat, müsse dann aber auch für die gesamten Rechtsfolgen der Tat, also auch die Maßregelanordnung, gelten⁶. Dem Senat ist insoweit zuzustimmen: In der Tat ist dies einerseits offensichtlich Ziel des Gesetzes, andererseits und vor allem aber eine notwendige Voraussetzung der Anwendung des Zweifelssatzes. Könnte der Täter bei § 323a StGB nämlich letztlich hinsichtlich der Nebenfolgen doch schlechter stehen als bei einer Verurteilung wegen der Rauschtat selbst, so verböte sich hier die Anwendung des Zweifelssatzes, und § 323a Abs. 1 StGB würde für bestimmte Fälle unanwendbar, verlöre also seinen Charakter als Auffangtatbestand.

⁶ BGH nach oben Fn 1, HRRS-Rn 13 bis 15.

3. Kein Stufenverhältnis der Maßregeln der §§ 63, 66 StGB

Die Argumentation der Revision baut weiter darauf auf, zwischen den Maßregeln der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und der Sicherungsverwahrung ein Stufenverhältnis in dem Sinne zu erblicken, dass die Sicherungsverwahrung den härteren Freiheitseingriff bedeute. Der 4. Strafsenat übernimmt diese Einschätzung, so dass in der Verurteilung aus § 323a Abs. 1 StGB (Folge: Sicherungsverwahrung als allein verbleibende Maßregel) statt der wegen gefährlicher Körperverletzung (Folge: ebenfalls denkbare Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus) ein Verstoß gegen den Zweifelssatz zu sehen sein könnte. Der 4. Senat geht von dem Stufenverhältnis zwischen den Maßregeln allerdings nur implizit aus, ohne es näher zu diskutieren, und postuliert es nicht ausdrücklich⁷. Sollte darin allerdings eine Stellungnahme in diese Richtung zu entnehmen sein, so wäre dem entgegnet zu werden:

Die Frage nach dem Verhältnis der Maßregeln ist unlängst vom 1. Strafsenat entschieden worden⁸. Er stellte fest, dass beide Maßregeln teilweise unterschiedliche Ziele verfolgen, also nicht deckungsgleich sind: Die Sicherungsverwahrung schützt die Allgemeinheit durch Einsperren des Verurteilten unabhängig von der verhängten Strafe. Die Unterbringung will zwar ebenfalls diesen Sicherungszweck verfolgen, stellt aber daneben auch auf Heilung ab. Die Unterbringung ist daher - in den Worten des 1. Senats, der wiederum BGHSt 5, 312, 314 zitiert - „kein geringeres, sondern ein anderes Übel“. Der 1. Strafsenat steht also mit dieser Ansicht auf dem gesicherten Boden der Rechtsprechung. Sie wurde vor kurzem auch vom BVerfG in einem Nichtannahmebeschluss zitiert und bestätigt⁹.

Diese Ansicht überzeugt aber auch inhaltlich: Ob ein Behandlungsversuch, wie er integraler Bestandteil der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist¹⁰, gegenüber der „bloßen“ Sicherungsverwahrung als milder oder härter empfunden wird, hängt nicht zuletzt von der psychischen Disposition des Verurteilten ab. Wer selbst ein Krankheitsgefühl entwickelt hat und sich aus den Zwängen der eigenen Psyche zu befreien sucht, wird die Unterbringung eher als Chance und würde die Sicherungsverwahrung als demütigendes und abstumpfendes Wegsperrn empfinden. Wem diese Krankheitseinsicht hingegen fehlt, der wird eher die „Nachstellungen“ der Ärzte, die ihm „eine Krankheit einreden“ wollen, als belastend ansehen und demnach möglicherweise die Sicherungsverwahrung als milder empfinden.

Auch die tatbestandlichen Voraussetzungen beider Maßregeln unterscheiden sich, ohne dass man ein Stufenverhältnis erkennen könnte: § 63 StGB setzt voraus, dass vom Täter infolge des Zustands der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist¹¹. Nach dem Ende des „Zustands“ - also einer Heilung des Täters - entfällt daher der Zweck der Unterbringung. Eine Sicherungsverwahrung setzt hingegen keinen Zustand im Sinne der §§ 20, 21 StGB voraus, sondern unter anderem einen Hang zur Begehung von Straftaten, also ein durch Anlage oder Übung erworbenes Verhaltensmuster zur Begehung immer neuer Straftaten¹². Beide Begriffe zielen auf unterschiedliche Persönlichkeitsmerkmale des Täters; sie stehen - um die Terminologie der Konkurrenzlehre zu bemühen - nicht im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikation. Angesichts der individuell unterschiedlich einschneidenden Wirkung und den unterschiedlichen Voraussetzungen der Maßregeln ist demnach kein Stufenverhältnis anzunehmen.

Für den vor dem LG Bielefeld verhandelten Fall bedeutet dies, dass zumindest mit der Begründung, dass die Sicherungsverwahrung *generell* die härtere Maßregel darstelle, die Anwendung des Zweifelssatzes und damit eine Verurteilung aus § 323a Abs. 1 StGB nicht zu beanstanden ist¹³.

Auch wenn dies im vorliegenden Fall nicht unbedingt zwingend erscheint, so ist dennoch die Initiative des 4. Strafsenats zu begrüßen, die Voraussetzungen zu präzisieren, unter denen eine Maßregel gem. § 63 StGB angeordnet werden kann, wenn der Täter wegen Vollrauchs nach § 323 a StGB verurteilt wurde. Denn es stellt sich durchaus die Frage, wie zu entscheiden ist, wenn zwar im Rahmen der Strafzumessung die Anwendung des § 323a StGB für den Angeklagten vorteilhafter ist, er dadurch aber bei den Nebenfolgen der Tat schlechter gestellt würde.

4. Erzwingt der Zweifelssatz eine „doppelte“ Tatsachenfeststellung?

Ein Ansatz würde darin bestehen, für Schuldspruch und Strafzumessung *in dubio* von bestimmten Tatsachen auszugehen, für Nebenfolgen der Tat hingegen - wiederum im Zweifel - von anderen: Die Hilfserwägung des 5. Senats in seiner Antwort auf den Anfragebeschluss, dass „möglicherweise eine zweite Anwendung des Zweifelssatzes darüber hinwegtragen [kann], daß die Feststellung der Merkmale des § 21 StGB als Voraussetzung einer

⁷ BGH nach oben Fn 1, HRRS-Rn 16.

⁸ BGH 1 StR 546/01 - Urteil vom 19. Februar 2002, dort HRRS-Rn 21 f.

⁹ BVerfG 2 BvR 366/03 - Beschluss vom 10. Oktober 2003 (bei HRRS).

¹⁰ Vgl. § 136 StVollzG; Tröndle/Fischer § 63 StGB Rn 2.

¹¹ Tröndle/Fischer § 63 StGB Rn 2b und 7; S/S-Stree § 63 Rn 16 f.

¹² Tröndle/Fischer § 66 StGB Rn 17 ff.

¹³ Allerdings enthält das Urteil in der Maßregelanordnung einen Erörterungsmangel, denn der Tatrichter hat die Möglichkeit zu Unrecht ausgeschlossen, eine Unterbringung nach § 63 StGB anzuordnen, und daher die ihm nach § 72 Abs. 1 StGB zukommende Entscheidung nicht getroffen, welche Maßregel die im konkreten Fall mildeste mögliche ist.

Unterbringung nach § 63 StGB dem Tatrichter nicht möglich war¹⁴, deutet in diese Richtung. Dieser Ansatz ist indessen nicht unproblematisch: Der Zweifelsatz soll sicherstellen, dass prozessordnungsgemäß auch in einer Gesamtbetrachtung der gesamten Beweislage¹⁵ nicht überwindbare Zweifel über das wahre tatsächliche Geschehen sich nicht zu Lasten des Täters auswirken¹⁶. Fraglich erscheint jedoch, ob er wirklich so weit reicht, dem Täter auf einer unsicheren Tatsachengrundlage die materiell bestmögliche Entscheidung auch dann sichern, wenn dies zu einem in sich un schlüssigen, weil auf miteinander unvereinbaren *in dubio*-Annahmen beruhenden Urteil führen würde. Anerkannt ist dieses Vorgehen zwar für Fälle des Fahrens unter Alkoholeinfluss, in denen einerseits im Rahmen der Bestimmung der absoluten Fahruntüchtigkeit pro reo vom niedrigsten möglichen BAK-Wert ausgegangen wird, andererseits aber bei der Frage der Schuldfähigkeit vom höchstmöglichen¹⁷. Allerdings sollte diese „Widerspruchslösung“ nur als ultima ratio angewendet werden, wenn sie der Zweifelsatz tatsächlich erzwingt, denn immerhin führt sie dazu, vom Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe¹⁸ abzuweichen. Zudem würde damit ein Geschehen zugrunde gelegt, das so schon denklösig nicht stattgefunden haben kann - entweder war der Täter schuldunfähig oder eben nicht - während der Richter eigentlich nach ständiger Rechtsprechung zur Überzeugungsbildung nur gehalten ist, *in dubio* von dem für den Täter günstigsten wenigstens für möglich gehaltenen, nicht nur rein theoretisch denkbaren Geschehensablauf auszugehen¹⁹. Bevor also zu der Notlösung der doppelten Anwendung des Zweifelsatzes zu greifen sein mag, lohnt der Blick auf andere Varianten, die dieses unbefriedigende Ergebnis vermeiden.

Zieht man die einheitliche Tatsachenfeststellung vor, so bleibt die Frage, wie das Auseinanderfallen von günstigem Schuldspruch bei einem tatsächlichen Geschehen und günstiger Nebenfolgenentscheidung bei einem anderen zu lösen ist. Das *Ergebnis* zumindest dürfte in den Fällen der unklaren Rauschmittelintoxikation eindeutig sein: § 323 a Abs. 1 StGB wurde vom Gesetzgeber - wie der 4. Strafsenat überzeugend darlegt²⁰ - als Auffangtatbestand konzipiert, er soll gerade in Zweifelsfällen anwendbar sein. Daher ist nach einer Lösung zu suchen, die

bei seiner Anwendung Nachteile für den Verurteilten ausschließt und so der Anwendung des Zweifelsatzes den Weg ebnet.

5. Lösung: Rauschtat als rechtswidrige Tat im Sinne von § 63 StGB

Der Ansatz dazu ist in den tatbestandlichen Voraussetzungen der Maßregeln zu suchen. Ist denn überhaupt die Annahme des *LG Bielefeld* zutreffend, dass „rechtswidrige Tat“ im Sinne des § 63 StGB notwendigerweise das Sich-Berauschen ist? Das Gericht stützt sich zwar zu Recht auf den Wortlaut der von ihm zitierten Entscheidung des 5. Senats von 1995²¹. Diese jedoch diskutiert die Frage, ob im Rahmen des § 63 auf die Rauschtat oder das Sich-Berauschen abzustellen ist, mit keinem Wort und stützt sich auf keine frühere Rechtsprechung. Sie geht hingegen wie selbstverständlich davon aus, daß „auslösende rechtswidrige Tat i.S. des § 63 StGB das Vergehen des Vollrauschs (§ 323a StGB)“ sei. Zumindest wird man dieser Entscheidung also keine ausdrückliche Stellungnahme gegen die Berücksichtigung der Rauschtat entnehmen können, sondern sie so lesen müssen, dass *jedenfalls auch* die Tathandlung des § 323a StGB in Betracht kommt: Das ist in der Tat nicht zweifelhaft, und dann erscheint die doch sehr lapidare Feststellung des 5. Senats verständlich, der sich der 2. Senat²² und der 4. Senat²³ ebenfalls ohne nähere Begründung angeschlossen haben.

Bei genauer Betrachtung führt indessen kaum ein Weg daran vorbei, im Rahmen des § 63 StGB auch auf die Rauschtat abzustellen. Denn wenn man mit dem Zweifelsatz annimmt, dass der Angeklagte sich im Zustand des § 20 StGB befand, also schuldlos handelte, so bleibt davon die Rechtswidrigkeit seiner Rauschtat unberührt. Es gibt keinen Grund, anzunehmen, dass „rechtswidrige Tat“ in diesem Sinne nur diejenige sein könne, die auch im Urteilstenor bezeichnet wird, mithin also bei Verurteilung aus § 323 a Abs. 1 StGB das Sich-Berauschen. Denn in Fällen des nicht ausschließbaren § 20 StGB ist der Täter insoweit ohnehin ausdrücklich freizusprechen²⁴, so dass keine Verurteilung wegen der Rauschtat im Tenor zu finden sein wird. Auf die Urteilsformel kann es also nicht ankommen.

Dass der Täter nun in den Sonderfällen²⁵ der Rauschmittelintoxikation dennoch aus § 323 a Abs. 1 StGB verurteilt wird, wegen dieser Tat *als solcher* jedoch mangels Zustands der §§ 20, 21 StGB nicht gem. § 63 StGB untergebracht werden darf, kann der Anordnung der Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus *wegen der schuldlosen Rauschtat* nicht entgegenstehen: Zwar mag das Strafbedürfnis der Allgemein-

¹⁴ BGH 5 ARs 63/03 - Beschluss vom 29. Oktober 2003, HRRS-Rn 6, ähnlich der 2. Senat in BGH 2 ARs 343/03 - Beschluss vom 28. November 2003.

¹⁵ Zur Anwendung des Zweifelsatzes nicht schon auf einzelne Beweistatsachen, sondern erst auf die Beweiswürdigung im ganzen BGH 3 StR 136/01 - Urteil v. 27. Juni 2001, HRRS-Rn 5.

¹⁶ KK-Pfeiffer Einleitung zur StPO Rn 19; KK-Schoreit § 261 StPO Rn 56.

¹⁷ So aber Meyer-Goßner § 261 StPO Rn 32 aE.

¹⁸ Vgl. etwa BGH 3 StR 276/03 - Beschluss vom 30. Oktober 2003, HRRS-Rn 8; BGH 3 StR 434/02 - Urteil vom 13. März 2003, HRRS-Rn 8; KK-Engelhardt § 267 StPO Rn 13.

¹⁹ BGH 4 StR 585/01 - Urteil vom 11. April 2002, HRRS-Rn 6; BGH 3 StR 136/01 - Urteil v. 27. Juni 2001, HRRS-Rn 7 f; KK-Schoreit § 261 StPO Rn 56 m.w.N.

²⁰ Vgl. oben Fn 1.

²¹ Vgl. oben Fn 5.

²² BGH, Beschluss vom 26. Juni 1996 - 2 StR 244/96, NSTZ-RR 1997, 102.

²³ BGH, Beschluss vom 4. Februar 1997 - 4 StR 655/96, NSTZ-RR 1997, 299, 300.

²⁴ Tröndle/Fischer § 63 StGB Rn 15.

²⁵ Im Gegensatz etwa zu Fällen einer Psychose.

heit bereits durch den Schuldspruch und den darauf gegründeten Strafausspruch erfüllt sein, doch erfüllen Maßregeln der Besserung und Sicherung ohnehin keinen Straf- sondern ihren eigenen, vornehmlich präventiven Zweck. Es ist also nicht ersichtlich, warum in den Fällen, in denen § 323 a Abs. 1 StGB zur Verurteilung des wegen der eigentlichen Rauschtat freizusprechenden Täters führt, die Anwendung von § 63 StGB gesperrt sein sollte. Dies führt im Gegenteil zu einem „unüberbrückbaren Widerspruch“, denn der wegen Vollrauschs Verurteilte, dem die ausdrückliche Missbilligung seines Tuns durch die Rechtsordnung attestiert wird, stünde auf der Seite der Nebenfolgen *besser* als derjenige, der wegen schuldlosen Handelns freigesprochen wurde²⁶. Auf dieser Linie argumentiert auch der 4. Senat, wenn er vernehmlich zweifelt²⁷, ob an entgegenstehender Rechtsprechung - namentlich also zumindest dem Anschein nach an der eben zitierten des 5. Senats - festzuhalten ist, die eben diese Anknüpfung an die Rauschtat für nicht zulässig hält.

Den genannten Entscheidungen²⁸ ist eine dezidierte Stellungnahme gegen die Berücksichtigung der Rauschtat als Anlasstat aber auch nicht beizulegen. Selbst der 5. Senat, der die Grundlage für diese Rechtsprechung gelegt hat, hat an seiner Entscheidung²⁹ nicht ausdrücklich festgehalten, sondern sich darauf zurückgezogen, daß offen bleiben könne, welche Tat als Anlasstat des § 63 StGB anzusehen ist³⁰. Andererseits gibt er seine Rechtsprechung auch nicht auf und stellt eine Hilferwägung an, die wiederum dafür sprechen könnte, er wolle doch an ihr festhalten³¹. Dem wäre jedoch wegen der Auslegung des § 63 StGB nicht zu folgen, vor allem aber auch deshalb

²⁶ BGH nach oben Fn 1, Rn 18 aE.

²⁷ BGH aaO.

²⁸ S.o. Fn 5, 22 und 23.

²⁹ Oben Fn. 5.

³⁰ AaO (oben Fn. 2), HRRS-Rn 4.

³¹ AaO, Rn. 6; ähnlich äußert sich der 2. Senat (oben Fn. 2, Rn 1).

nicht, weil dieser Ansatz zu der oben skizzierten „doppelten“ Tatsachenfeststellung nötigen würde, die wie gezeigt unbefriedigend wäre. Vielmehr liegt es nahe, von einem Missverständnis auszugehen: Es geht sicherlich im Kern nicht darum, dass § 63 in Fällen des Vollrauschs *systematisch* gesperrt wäre - dafür gibt es keinen Grund. Statt dessen mag die Unterbringung schon *tatbestandlich* nicht möglich gewesen sein, weil der Zustand im Sinne des § 63 StGB seiner Natur nach ein länger dauernder sein muss, was bei einer Rauschmittelvergiftung nicht unbedingt der Fall sein muss. Im Falle des Alkoholmissbrauchs genügt etwa eine einfache Sucht auch dann nicht, wenn der Süchtige unter Alkoholeinfluss Straftaten begeht. Die Alkoholsucht muss vielmehr Krankheitswert erreichen³². Das ist aber ohnehin stets Fallfrage.

6. Zusammenfassung

Es bleibt damit festzuhalten, dass auch in Fällen des § 323a Abs. 1 StGB bei der Frage der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus die Anknüpfung an die Rauschtat möglich ist. Diese Lösung erscheint systematisch überzeugend, da sie vom Wortlaut des § 63 StGB getragen wird und Spannungen zwischen Haupt- und Nebenfolgen der Rauschtat vermeidet. Insbesondere lassen sich so widersprüchliche Tatsachenfeststellungen mittels doppelter *in-dubio*-Schlüsse umgehen. Die Rechtsprechung des BGH ist zur Frage der Anknüpfung an die Rauschtat nicht eindeutig, weswegen die Initiative des 4. Senats zur Präzisierung rundum zu begrüßen ist. Auf der Basis der hier vertretenen Ansicht steht schließlich der gewohnten einfachen Anwendung des Zweifelssatzes mit eindeutiger Tatsachenfeststellung in diesen Fällen nichts mehr entgegen.

³² BGH 2 StR 430/98 - Urteil vom 8. Januar 1999, HRRS-Rn 5; vgl. zu den Anforderungen Tröndle/Fischer § 63 StGB Rn 2b; S/S-Stree § 63 Rn 12.

Vollständige Rechtsprechung des BGH

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

73. EGMR Nr. 44320/98 – Urteil vom 28. Oktober 2003 (Baars v. Niederlande)

Unschuldsvermutung: Schutz vor (Kosten-)Entscheidungen, welche den Angeklagten formal oder materiell ohne vorherigen gesetzlichen Schuldbeweis und ohne die Möglichkeit zur Ausübung der Verteidigungsrechte für schuldig erklären (Abgrenzung von –missverständlicher / bedenklicher – Verdachtsdarstellung und materieller Schuldfeststellung; Schutz auch bei Verfahrenseinstellung ohne vorherigen Freispruch); kein Entschädigungsanspruch nach Verfahrenseinstellung gemäß EMRK (Recht auf Privatleben).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 8 EMRK

74. BGH 2 StR 164/03 - Urteil vom 14. November 2003 (LG Erfurt)

Bestechung; Amtsträger (Geschäftsführer einer privat-rechtlich organisierten Einrichtung); kommunale Steuerung (Anschluss- und Benutzungszwang, Inhaberschaft, Gesellschafterstellung, städtischer Alleinbesitz); verlängerter Arm des Staates; Behörde; Gewinnerzielungsabsicht; Vertrauen in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen.

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 334 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 78 Abs. 4 StGB

75. BGH 2 StR 291/03 - Urteil vom 26. November 2003 (LG Köln)

BGHSt; Sicherungsverwahrung (Umfang oder Schwierigkeit der Sache); Anrechnung von Untersuchungshaft auf die Rückfallverjährung (Unschuld; Haftentschädigung; Gelegenheit zum Beweis der Rechtstreue); Legalbewährung; Hinweispflicht (Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts; Unterlassen; Beruhen; andere Verteidigung).

§ 66 StGB; § 265 StPO; § 76 Abs. 2 GVG

76. BGH 2 StR 293/03 - Urteil vom 26. November 2003 (LG Köln)

Vergewaltigung (Freispruch aus tatsächlichen Gründen; Beweiswürdigung, Darstellung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

77. BGH 2 StR 294/03 - Beschluss vom 12. November 2003 (LG Aachen)

Konkurrenzen (Tateinheit; Tatmehrheit; Handlungseinheit: überschneidende Ausführungshandlungen); ausnahmsweise Aufrechterhaltung einer Einsatzstrafe.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 255 StGB; § 211 StGB

78. BGH 2 StR 387/03 - Urteil vom 10. Dezember 2003 (LG Koblenz)

Nichtvereidigung (Beruhen); Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage; Darstellung im Urteil).

§ 59 StPO; § 337 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

79. BGH 2 StR 394/03 - Beschluss vom 14. November 2003 (LG Koblenz)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

80. BGH 2 StR 403/03 - Beschluss vom 28. November 2003 (LG Erfurt)

Gesamtstrafenbildung; Doppelverwertungsverbot.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 54 StGB

81. BGH 2 ARs 383/03 2 AR 249/03 - Beschluss vom 3. Dezember 2003

Jugendgericht (sachliche Zuständigkeit; örtliche Zuständigkeit; Verweisung an ein Erwachsenengericht); Strafbann des Amtsgerichts.

§ 8 StPO; § 47a JGG; § 269 StPO; § 270 Abs. 1 StPO; § 24 Abs. 2 GVG; § 25 GVG

82. BGH 2 ARs 376/03 2 AR 243/03 - Beschluss vom 3. Dezember 2003

Zuständigkeitsbestimmung; Führungsaufsicht; tatsächliche Befassung.

§ 462 a Abs. 4 StPO; § 463 Abs. 6 StPO; § 14 StPO

83. BGH 2 ARs 397/03 2 AR 259/03 - Beschluss vom 19. Dezember 2003

Zuständigkeitsbestimmung im Verfahren gegen einen Heranwachsenden; Zuständigkeit des Gerichts am Wohnort.

§ 42 Abs. 3 JGG

84. BGH 2 StR 404/03 - Beschluss vom 14. November 2003 (LG Trier)

Strafzumessung (bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: Wirkstoffgehalt, THC, weiche Droge).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 30 a Abs. 2 BtMG

85. BGH 3 StR 257/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Hannover)

Deal (Urteilsgründe; Darstellung).

§ 267 StPO

86. BGH 2 StE 4/02 - 5 StB 20/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004

Haftprüfungsantrag (Prüfungsmaßstab: Berufungsinstanz, Revisionsinstanz; Wiederaufnahmeverfahren); Beschwerde; dringender Tatverdacht (erstinstanzliches Urteil).

§ 304 Abs. 4 Nr. 1 StPO; § 117 StPO; § 112 Abs. 1 StPO; § 268 b StPO; § 323 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

87. BGH 2 StE 5/03 - 5 StB 21/03 - Beschluss vom 19. Dezember 2003

Dringender Tatverdacht; Haftbefehl; Haftbeschwerdeverfahren (Prüfungsumfang nach Nichtabhilfe; Mzoudi-Verfahren im Zusammenhang mit den Terroranschlägen vom 11. September 2001).

§ 120 StPO; § 112 StPO; § 304 Abs. 4 Nr. 1 StPO; § 306 StPO

88. BGH 3 StR 120/03 – Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Kiel)

BGHSt; Privilegierung (privilegierende Spezialität; Verabreichen von Betäubungsmitteln; Körperverletzung mit Todesfolge; eigenverantwortliche Selbstgefährdung; Fremdgefährdung; Täterschaft; Teilnahme; Akzessorität; Tatherrschaft); Sittenwidrigkeit der Einwilligung in eine Körperverletzung (Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden; Allgemeinkundigkeit; gute Sitten; anderweitige Strafbarkeit; Konsum harter Drogen; Lebensgefahr; Bedeutung der Verletzung von Universalrechtsgütern).

§ 227 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; vor § 13 StGB; § 27 StGB; § 228 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

89. BGH 3 StR 221/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Duisburg)

Auslieferung (Spezialitätsgrundsatz; Einstellung des Verfahrens; Konsens des ausliefernden Staates).

§ 154 Abs. 1 StPO; Art. 14 Abs. 1 EuALÜbk

90. BGH 3 StR 257/03 - Urteil vom 16. Oktober 2003 (LG Hannover)

Strafzumessung (Deal; Absprache; Bindung an Höchststrafenzusage; Inbegriff der Hauptverhandlung); Gesamtstrafenbildung.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 301 StPO; § 261 StPO

91. BGH 3 StR 368/03 - Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Oldenburg)

Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung (Begründung; Darstellung; Sozialprognose)

§ 56 Abs. 1 StGB; § 267 StPO

92. BGH 3 StR 276/03 - Beschluss vom 9. Dezember 2003 (LG Oldenburg)

Zurückweisung einer Gegenvorstellung.

§ 33 a StPO

93. BGH 3 StR 302/03 - Urteil vom 16. Oktober 2003 (LG Oldenburg)

Beschränkung der Revision (Staatsanwaltschaft; Unwirksamkeit); Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit; Annahme minder schwerer Fälle; Annahme erheblich verminderter

Steuerungsfähigkeit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 267 StPO; § 21 StGB; § 29 a Abs. 2 BtMG; § 30 Abs. 2 BtMG; § 64 StGB

94. BGH 3 StR 302/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Oldenburg)

Berichtigung der Urteilsformel.

§ 260 StPO; § 268 StPO; § 356 StPO

95. BGH 3 StR 323/03 - Beschluss vom 25. November 2003 (LG Wuppertal)

Strafzumessung (Wirkstoffmenge bei Betäubungsmitteln; strafscharfende Berücksichtigung eingestellter aber festgestellter Taten).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 154a StPO

96. BGH 3 StR 397/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Hannover)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigeninteresse); Bandenmitglied (Täterschaft; Teilnahme; Beihilfe).

§ 30 Abs. 1 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 27 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

97. BGH 5 StR 400/03 - Beschluss vom 13. November 2003 (LG Berlin)

Glaubwürdigkeitsbeurteilung; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

98. BGH 4 StR 275/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Stralsund)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Fahrzeugführer; Pervertierung des Verkehrsvorgangs; Schädigungsvorsatz); Diebstahl (Vollendung; Beendigung); räuberischer Diebstahl (Beutesicherungsabsicht).

§ 315 b StGB; § 242 StGB; § 252 StGB

99. BGH 4 StR 395/03 - Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Bielefeld)

Strafzumessung; Jugendstrafe (Vorrang des Erziehungsgedankens); Urteilsgründe.

§ 46 StGB Abs. 2; § 18 Abs. 2 JGG; § 267 StPO

100. BGH 4 StR 456/03 - Beschluss vom 6. November 2003 (LG Saarbrücken)

Sicherungsverfahren; Schuldunfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Schizophrenie; Einmaltäter; Überzeugungsbildung; Urteilsgründe).

§ 63 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO; § 20 StGB

101. BGH 4 StR 504/03 - Beschluss vom 4. Dezember 2003 (LG Essen)

Verschlechterungsverbot (Geltung bei Einzelstrafen); Strafzumessung.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

102. BGH 4 StR 536/01 - Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Berlin)

Verwerfung eines nach Abschluss des Revisionsrechtszuges gestellten Antrags.
§ 349 Abs. 2 StPO

103. BGH 5 StR 250/03 - Urteil vom 4. Dezember 2003 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung; Ausschluss von Tatvarianten (Begründungsanforderungen; Widerspruchsfreiheit); Beruhen; räuberische Erpressung; Mitäterschaft; finale Verknüpfung von Drohung und Erpressung.
§ 261 StPO; § 267 StPO; § 27 StGB; § 337 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 250 StGB; § 255 StGB.

104. BGH 1 StR 424/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Nürnberg-Fürth)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach Verfahrensabsprache.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

105. BGH 1 StR 102/03 - Urteil vom 2. Dezember 2003 (LG Augsburg)

BGHSt; Richterausschluss (Tätigkeit als Staatsanwalt; Anordnung der Obduktion einer Leiche); Befangenheit (Spannungen Richter / Verteidiger); Anklage (Umgrenzungsfunktion; Informationsfunktion; Beweiswürdigung); gesetzlicher Richter (Jährlichkeitsprinzip; verbotene Einzelfallzuweisung); Leichensachen (keine Ermittlungsverfahren); Öffentlichkeitsgrundsatz (kein Schutz bei Maßnahmen, die außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen dürfen); Sicherungsverwahrung (Anordnungszeitpunkt; Haltungsänderung).
Art. 6 I 1 EMRK; § 169 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 24 Abs. 2 StPO; § 22 Nr. 4 StPO; § 338 Nr. 2 StPO; § 200 StPO; § 159 StPO

106. BGH 1 StR 182/03 - Urteil vom 25. November 2003 (LG Augsburg)

Revisionsanträge der Staatsanwaltschaft (Auslegung); Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die Aussagekonstanz / Erinnerung bei sexuellen Serienstraf-taten; Kernbereich); Ausschluss des Angeklagten bei einer Zeugenvernehmung (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; kein absoluter Revisionsgrund bei Begründungsmängeln / beim Fehlen einer Begründung; Relativierung).
§ 247 StPO i.V.m. § 338 Nr. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 176 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; § 261 StPO

107. BGH 1 StR 297/03 – Urteil vom 16. Dezember 2003 (LG Traunstein)

Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten (mit Speicherelementen versehenes Kreditkartenlesegerät kein Gegenstand; Computerprogramme; ähnliche Vorrichtungen: Unmittelbarkeit); Mitglied einer Bande im Sinne des § 152a Abs. 2 2. Alt. StGB.
§ 152a Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB; § 152a Abs. 2 2. Alt. StGB

108. BGH 1 StR 340/03 - Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Augsburg)

Beweiskraft des Protokolls bzw. wesentliche Förmlichkeit (nicht protokollierungspflichtige Verwendung von Augenscheinsgegenständen als Vernehmungshilfe); Beweiswürdigung (Inbegriff der Hauptverhandlung).
§ 261 StPO; § 273 StPO; § 274 StPO

109. BGH 1 StR 429/03 – Urteil vom 16. Dezember 2003 (LG Traunstein)

Beweiswürdigung.
§ 261 StPO

110. BGH 1 StR 498/03 – Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Karlsruhe)

Verwerfung der Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

111. BGH 1 ARs 27/03 – Beschluss vom 26. November 2003

(Un-)Wirksamkeit des infolge einer rechtswidrigen verfahrensbeendenden Verfahrensabsprache erklärten Rechtsmittelverzichts (Unanfechtbarkeit; unzulässige oder schwerwiegende Willensbeeinträchtigung; Deal; Stellung des beratenden Verteidigers; Rechtskraft: Widerstreit von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit; Fürsorgepflicht); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Bekanntwerden veränderter Rechtsprechung).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 44 StPO; Vor § 1 StPO; § 137 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

112. BGH 1 StR 481/03 – Beschluss vom 18. November 2003 (LG München)

Entpflichtung des Pflichtverteidigers (objektiv erschüttertes Vertrauensverhältnis vom Standpunkt des verständigen Angeklagten; Vertreterbestellung; Vergleichbarkeit zur Ablehnung des Richters wegen Befangenheit; Pflicht zum Vortrag der Verteidigerstellungnahme nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO); Pflicht zum Vortrag über das Hauptverhandlungsprotokoll hinaus.
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 142 StPO; § 143 StPO

113. BGH 1 StR 445/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG München)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kriterien des BGH; Beginn und Ende der Verfahrensspanne; unbeachtliche Lücken der Verfahrensführung; Gesamtbe-trachtung; Komplexität; Zulässigkeit der Verfahrensrüge); Recht auf Beschwerde und Kompensation.
Art. 6 I 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

114. BGH 1 StR 452/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Ingolstadt)

Recht auf Verteidigung (Verwehrung des Verteidigerkontakts durch Verschiebung).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 137 StPO

- 115. BGH 1 StR 463/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG München)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 116. BGH 2 StR 389/03 – Beschluss vom 19. November 2003 (LG Kassel)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 117. BGH 2 StR 280/03 – Beschluss vom 19. November 2003 (LG Bonn)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 118. BGH 2 StR 368/03 – Beschluss vom 19. November 2003 (LG Fulda)**
Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Recht auf Beschwerde (Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen; Beschleunigungsgebot).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB
- 119. BGH 2 StR 370/03 – Beschluss vom 19. November 2003 (LG Gießen)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 120. BGH 2 StR 371/02 – Beschluss vom 5. Dezember 2003**
Pauschgebühr.
§ 99 BRAGO
- 121. BGH 2 StR 399/03 – Beschluss vom 21. November 2003 (LG Frankfurt)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 122. BGH 3 StR 378/03 - Beschluss vom 9. Dezember 2003 (LG Hildesheim)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 123. BGH 3 StR 318/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Bückeburg)**
Mord (fehlerhafte Anwendung der ausnahmsweisen Rechtsfolgenlösung).
§ 211 StGB; § 46 StGB
- 124. BGH 3 StR 161/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Duisburg)**
Verfahrenshindernis der Spezialität der Strafverfolgung (Auslieferungsverfahren; Verzicht).
Art. 14 EuALÜbk
- 125. BGH 3 StR 206/03 – Beschluss vom 26. November 2003 (LG Flensburg)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 126. BGH 3 StR 405/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Kleve)**
Ungenügende Begründung der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.
§ 63 StGB
- 127. BGH 3 StR 95/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Hannover)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 128. BGH 3 StR 442/03 - Beschluss vom 9. Dezember 2003 (LG Karlsruhe)**
Zu widerhandlung gegen ein Vereinsverbot (Bekanntniserklärung).
§ 18 Satz 2 VersG; § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG
- 129. BGH 3 StR 406/03 – Beschluss vom 26. November 2003 (LG Aurich)**
Vollendeter Raub (Wegnahme; Objekt Konkretisierung bei der Zueignungsabsicht: Entwendung eines Behältnisses, das lediglich wertlose Sache enthält).
§ 249 StGB
- 130. BGH 3 StR 415/03 - Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Duisburg)**
Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO
- 131. BGH 3 StR 419/03 – Beschluss vom 9. Dezember 2003 (LG Duisburg)**
Wirksame Rücknahme der Revision (revisionsgerichtliches Feststellungsverfahren; Ermächtigung des Verteidigers).
§ 302 StPO
- 132. BGH 3 StR 430/03 – Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Aurich)**
Härteausgleich bei unmöglicher nachträglicher Gesamtstrafenbildung (zusätzliche Geldstrafe).
§ 41 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB
- 133. BGH 3 StR 452/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Duisburg)**
Sexuelle Nötigung (keine Verwendungsabsicht bei § 177 Abs. 3 StGB).
§ 177 Abs. 3 StGB
- 134. BGH 4 StR 398/03 – Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Stralsund)**
Aufrechterhaltung der fünfjährigen Sperrfrist nach § 69 a StGB bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung; entsprechende Anwendung des § 354 StPO.
§ 55 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 69a StGB; § 354a StPO
- 135. BGH 4 StR 250/03 – Urteil vom 20. November 2003 (LG Dresden)**
Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Beschränkung der Opfer auf aktuelle Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges; Angriff auf die Entschlussfreiheit; teleologische Auslegung).
§ 316a StGB

136. BGH 4 StR 311/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Siegen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Beschränkung der Opfer auf aktuelle Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges).

§ 316a StGB

137. BGH 4 StR 385/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Münster)

Beweiswürdigung (Tötungsvorsatz: Schluss aus der objektiven Tatausführung unter Einbeziehung der psychophysischen Verfassung des Angeklagten zur Tatzeit; Totschlag).

§ 212 StGB; § 261 StPO

138. BGH 4 StR 390/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

139. BGH 4 StR 427/03 – Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Dortmund)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Beschränkung der Opfer auf aktuelle Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeuges; Genügen einer Beschäftigung mit dem Fahrzeug trotz Anhaltens).

§ 316a StGB

140. BGH 5 StR 262/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung (hohe Anforderungen bei der Situation Aussage gegen Aussage; Würdigung der Entstehungsgeschichte der Aussage kindlicher bzw. jugendlicher Zeugen in Missbrauchsfällen).

§ 176 StGB; § 261 StPO

141. BGH 4 StR 439/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (LG Bochum)

Strafzumessung (unzulässige Belastung wegen zulässigen Verteidigungsverhaltens des Angeklagten: Duldung von Falschaussagen; rechtsfeindliches Verhalten des Angeklagten).

§ 46 StGB; Art. 6 EMRK

142. BGH 4 StR 467/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (LG Münster)

Aufhebung des Strafausspruches wegen unzulässiger Bezugnahme auf aufgehobene Feststellungen (Teilrechtskraft).

§ 46 StGB; § 353 StPO

143. BGH 4 StR 498/03 - Beschluss vom 4. Dezember 2003 (LG Aachen)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung nach der neuen Rechtsprechung: Anwendung beim Anhalten des Fahrzeugs mit laufendem Motor).

§ 316a StGB

144. BGH 5 StR 249/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (OLG Dresden)

BGHR; Sprungrevision (Berufungseinlegung innerhalb der Einlegungsfrist: möglicher Übergang zur Revision; BGHSt 5, 338); Vorlegung auch bei Abgabeentscheidung.

§ 121 Abs. 2 GVG; § 345 Abs. 1 StPO; § 335 StPO

145. BGH 5 StR 275/03 – Beschluss vom 18. Dezember 2003 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

146. BGH 5 StR 445/03 – Beschluss vom 18. Dezember 2003 (LG Berlin)

Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (kein Zweck der Vermeidung der Anordnung der Sicherungsverwahrung).

§ 66a StGB; § 66 StGB

147. BGH 5 StR 331/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

148. BGH 5 StR 359/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Bremen)

BGHR; Besetzung einer großen Strafkammer mit drei Beisitzern außerhalb einer Schwurgerichtssache; gesetzlicher Richter (zulässige Überbesetzung; Regelbesetzung; reduzierte Besetzung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG; § 76 GVG; § 338 Nr. 1 StPO

149. BGH 5 StR 391/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Essen)

Unzureichende Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit (strenger Maßstab vor allem beim Zeugenbeweis; Verbot der Beweisantizipation; Begriff des Beweisantrages: Konnexität).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

150. BGH 5 StR 440/03 – Beschluss vom 6. Januar 2004 (LG Berlin)

Fehlerhafter Gesamtstrafenbildung (Zäsur).

§ 55 Abs. 1 StGB

151. BGH 5 StR 457/03 – Urteil vom 4. Dezember 2003 (LG Cottbus)

Heimtückemord (Ahnungslosigkeit und Wehrlosigkeit: Grenze der einschränkenden Auslegung über die subjektive Komponente bei schlafenden Opfern).

§ 211 StGB

152. BGH 5 StR 501/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Bremen)

Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren (Verdacht eines Verbrechens; Belehrungspflichten; Verwertung einer im Ermittlungsverfahren vor dem Haftrichter ohne den Beistand eines Verteidigers getroffenen Aussage des Beschuldigten).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 115 StPO; § 115a StPO; § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO

153. BGH 5 StR 497/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Berlin)

Fehlerhaft unterlassene Erörterung der Strafmilderung nach §§ 46a Nr. 1, 49 Abs. 1 StGB; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 46a Nr. 1 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

154. BGH 5 StR 458/03 – Urteil vom 16. Dezember 2003 (LG Göttingen)

Tötungsvorsatz (Totschlag; Eventualvorsatz; Indiz der äußerst gefährlichen Handlung; auf der Hand Liegen des Vorsatzes, Strangulieren; voluntatives Vorsatzelement: fehlsamer Beleg einer Grundlage für das Vertrauen auf das Ausbleiben des tatbestandlichen Erfolges; Beweiswürdigung); Abgrenzung Beihilfe und Mittäterschaft.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

155. BGH 5 StR 459/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Strafzumessung bei der Geiselnahme (verfolgtes Nötigungsziel; Glaube an einen Schadensersatzanspruch).

§ 46 StGB; § 239b StGB

156. BGH 5 StR 462/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Dresden)

Verlesung des Anklagesatzes; Beweiskraft des Protokolls (wesentliche Förmlichkeit; Entfallen der Beweiskraft im Ausnahmefall bei inhaltlichen Mängeln des Protokolls; Lückenhaftigkeit; freibeweisliche Klärung in diesem Fall).

§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 273 Abs. 1 StPO; § 274 Satz 1 StPO

157. BGH 5 StR 504/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Görlitz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

158. BGH 5 StR 517/03 - Beschluss vom 6. Januar 2004 (LG Hamburg)

Strafzumessung beim erpresserischen Menschenraub (Berücksichtigung des Nötigungszieles: Glaube an Veruntreuungen des Opfers / bestehende Schadensersatzansprüche; minder schwerer Fall; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung: bestimmte Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 239a Abs. 2 StGB

159. BGH 5 StR 521/03 – Beschluss vom 6. Januar 2004 (LG Hamburg)

Unrichtige Darstellung der Verhältnisse einer Kapitalgesellschaft im Jahresabschluss; falsche Angaben i.S. des § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG.

§ 331 Abs. 1 Nr. 1 HGB; § 399 Abs. 1 Nr. 4 AktG

160. BGH 5 StR 522/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

161. BVerfG 2 BvR 366/03 - Beschluss vom 10. Oktober 2003 (OLG Koblenz)

Menschenwürde; allgemeines Persönlichkeitsrecht; allgemeine Handlungsfreiheit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnis zur Sicherungsverwahrung; aliud; anderes Übel; qualitativer Unterschied); unklare Aussicht auf Behandlungserfolg; isolierter Sicherungszweck; Aussetzung des Maßregelvollzuges (Entlassungsprognose; Erprobung; vertretbares Risiko).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 62 StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 72 StGB

162. BVerfG 2 BvR 1895/03 – Beschluss vom 15. Januar 2004 (Leitender OStA der StA Düsseldorf/3. Kammer des Zweiten Senats)

Rechtliches Gehör; Akteneinsicht des Verteidigers im Ermittlungsverfahren (Gefährdung des Untersuchungszweckes; Teilakteneinsicht; Strafverfahren; Parallelverfahren vor dem Finanzgericht); (nicht) offenes Ermittlungsverfahren.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 147 Abs. 1 StPO; § 147 Abs. 2 StPO.

163. BVerfG 2 BvR 1704/01 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (BGH/3. Kammer des Zweiten Senats)

Recht auf den gesetzlichen Richter (willkürliche Erwägungen; Auslegung einer Zuständigkeitsnorm); Revision (Strafzumessung; Zurückverweisung; grundsätzlich nur Rechtsprüfung keine eigene Ermessenserwägung des Revisionsgerichts); Kompetenz des Revisionsgerichts bei einer Veränderung des Schuldspruchs, die Rechtsfolgenentscheidung selbst zu treffen (Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe trotz Wegfalls zweier Einzelstrafen; Durchentscheidung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; analog § 354 StPO

164. BVerfG 2 BvR 917/03 – Beschluss vom 23. Dezember 2003 (OLG Nürnberg/2. Kammer des Zweiten Senats)

Anspruch auf Rechtsschutz: Rechtsberatungsgesetz (Auswirkungen eines Verstoßes auf den Rechtsschutz; Beratung im Strafvollzug; Missbrauchsbegriff); Strafvollzug (Disziplinarmaßnahme; Rechtsbeschwerde; Entstehen von Abhängigkeiten und Autoritätsstrukturen durch rechtsberatende Tätigkeit; Vollzugszweck; Sicherheit und Ordnung in der Justizvollzugsanstalt).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 § 8 RBERG; Art. 1 § 1 Abs. 1 RBERG

165. BVerfG 2 BvR 27/04 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Itzehoe, AG Itzehoe/3. Kammer des Zweiten Senats)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Substantiierung des Vorbringens; Rechtswegerschöpfung; Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei); Beschlagnahme (genaue Bezeichnung der zu beschlagnahmenden Gegenstände; Richtlinie für die Durchsuchung; vorläufige Beschlagnahme; Rechtsschutz gegen die Beschlagnahme).

Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; § 32 BVerfGG; § 102 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO

166. BVerfG 2 BvR 2029/01 – Urteil vom 5. Februar 2004 (OLG Frankfurt, LG Marburg/Zweiter Senat)

Menschenwürde (sozialer Wert- und Achtungsanspruch; Verletzung; Subjektstellung; Haftschäden; Gemeinschaftsgebundenheit des Individuums; keine Verwirkung der Würde); Wesensgehalt eines Grundrechtes (Bestimmung aus dem Gesamtsystem der Grundrechte; Legitimierung des Eingriffes durch gewichtige Grundrechte anderer; Verhältnismäßigkeit); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Präventivmaßnahme; Schutz der Allgemeinheit; fortdauernde Gefährlichkeit; Achtung der Eigenständigkeit und Würde des Untergebrachten; Ausrichtung am Resozialisierungsgedanken; Ausrichtung auf ein frei verantwortliches Leben in Freiheit); Dauer der Sicherungsverwahrung (prozeduraler Grundrechtsschutz; Prüfungsanforderungen; Nachweis der Gefährlichkeit; von Verfassungen wegen kein Gebot der Festsetzung einer Höchstfrist); Vollzugslockerungen; Prognoseentscheidung des Gerichtes (eigene Entscheidung; richterliche Kontrolle des ärztlichen Gutachtens); Sachverständigen-gutachten (erfahrener Sachverständiger; externer Sachverständiger; ausreichend Zeit und Gelegenheit zur Erstellung; Gebot der Transparenz: vollständige und klare Darlegung der Anknüpfungs- und Befundtatsachen, Er-

läuterung der Untersuchungsmethoden, Offenlegung der Hypothesen; Gebot der hinreichend breiten Prognosebasis; Hauptbereiche aus dem Lebenslängs- und -querschnitt des Verurteilten, Auseinandersetzung mit dem Anlassdelikt, der prädeliktischen Persönlichkeit, der postdeliktischen Persönlichkeitsentwicklung, sozialer Empfangsraum des Täters, Verhalten bei Vollzugslockerungen); absolutes Rückwirkungsverbot (Geltung nur für Strafen; verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe); Garantie des gesetzlichen Richters; Rechtsstaatsprinzip (Vertrauensschutzgebot).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; Art. 19 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 GG; § 67d Abs. 3 StGB.

167. BGH 5 StR 308/03 - Urteil vom 4. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Betrug (Täuschung; Irrtumserregung; Rechnung, Offerte, Zahlungspflicht, Besonderheiten bei Kaufleuten); Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit); Überzeugungsbildung; Urteilsgründe (Freispruch: Erörterung der gegen den Angeklagten sprechenden Umstände, Gesamtwürdigung); Tateinheit; Tatmehrheit; Kognitionspflicht.

§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 264 Abs. 1 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO