

## Aufsätze

Prof. Dr. *Susanne Walther*, LL.M. (Univ. Köln)

**Völkerrechtliche Nachbesserung der Strafprozessordnung – jetzt!**

Universitätsassistent (Schweiz) *Tilo Mühlbauer*, Univ. Zürich

**Strafrechtliche Überprüfung der Angemessenheit von Anwaltshonoraren?**

## Entscheidungen

- BVerfG **Einschränkung der Geldwäschestrafbarekeit bei Verteidigungshonorar**
- IGH **Fall Avena – Mexiko vs. USA (Anschluss an den Fall LaGrand)**
- BVerfG **Verfassungswidrigkeit des § 143 StGB**
- BGH **Zulässiger Augenschein bei durch Vorführen der zu Beweiswecken erstellten Bild-Ton-Aufzeichnung über die Erklärung eines Zeugen**
- BGH **Anwendung des § 252 StPO bei nachträgl. Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beim „Videoprotokoll“; zwingende Anwesenheit des Angeklagten**
- BGH **Anordnung einer Trennscheibe bei Verteidigerbesuch nach § 4 II 2 StVollzG**
- BGH **Unzulässigkeit des im Rahmen einer Absprache vereinbarten Rechtsmittelverzichts (Antwort des 2. Strafsenates)**
- BGH **Konnexitätsgebot bei Verfahrensabsprachen**
- BGH **Anwendung des deutschen Urheberstrafrechts auf CD-Raubkopien, die für das Ausland bestimmt sind**
- BGH **Anfragebeschluss zur revisionsrechtlichen Behandlung der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung**

### 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:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer (Dresden / Zürich); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

# 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:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Ass. *Tilo Mühlbauer* (Univ. Zürich); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

5. Jahrgang, April 2004, Ausgabe **4**

## **Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG**

### **238. BVerfG 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 (Zweiter Senat) – Urteil vom 30. März 2004 (BGH, LG Frankfurt/Main)**

Grundrecht auf freie Berufsausübung (Schutzbereich; Existenzerhaltung; angemessene Vergütung; freie Entfaltung der Persönlichkeit); Eingriff (Vorschriften ohne primär berufsregelnde Zielrichtung); Freiheit der Advokatur (freie und unreglementierte Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts); Strafverteidiger; Geldwäsche durch Annahme eines Strafverteidigerhonorars (verfassungskonforme einengende Auslegung; Gesetzesauslegung; Gefährdung des Instituts der Wahlverteidigung; Vertrauensverhältnis zum Mandanten); Anforderungen an den Vorsatz (sichere Kenntnis; keine Leichtfertigkeit, kein *dolus eventualis*; Kenntniszeitpunkt der Annahme des Honorars; Kenntnisquelle; keine Nachforschungspflicht; unangemessener Honorarvorschuss); Rücksichtnahme von Gericht und Staatsanwaltschaft auf die besondere Stellung des Strafverteidigers bei einem Ermittlungsverfahren gegen einen Strafverteidiger (Effektivität der Strafverteidigung; Vertrauensverhältnis; Verschwiegenheitspflicht; Bindung der Staatsanwaltschaft an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; keine „Ermittlungsimmunität“); gerichtliche Entscheidung (Beachtung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; Auslegung; erkennbare Anwendung); faires Verfahren (Chancen- und Waffengleichheit; Mitwirkung eines Strafverteidigers); „European Kings Club“.

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 6 EMRK

1. § 261 Absatz 2 Nummer 1 des Strafgesetzbuchs ist mit dem Grundgesetz vereinbar, soweit Strafverteidiger nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme ihres Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatten. (BVerfG)

2. Strafverfolgungsbehörden und Gerichte sind bei der Anwendung des § 261 Absatz 2 Nummer 1 StGB verpflichtet, auf die besondere Stellung des Strafverteidigers schon ab dem Ermittlungsverfahren angemessen Rücksicht zu nehmen. (BVerfG)

3. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Die Norm konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich individueller beruflicher Leistung und Existenzerhaltung (vgl. BVerfGE 101, 331, 346 ff.) und zielt auf eine möglichst unreglementierte berufliche Betätigung ab (vgl. BVerfGE 59, 302, 315). Sie verbürgt außerdem das Recht, für die berufliche Leistung eine angemessene Vergütung zu fordern (BVerfGE 54, 251, 271; 101, 331, 347). Der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG umfasst auch die Strafverteidigung (vgl. BVerfGE 39, 238, 242). (Bearbeiter)

4. Der besondere Freiheitsraum, den das Grundrecht der Berufsfreiheit sichern will, kann nach gefestigter Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch durch Vorschriften ohne primär berufsregelnde Zielrichtung dann berührt sein, wenn ihre tatsächlichen Auswirkungen zu einer Beeinträchtigung der freien Berufsausübung führen (vgl. BVerfGE 13, 181, 185 f.; 61, 291, 308 f.). (Bearbeiter)

5. Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter der Herrschaft des Grundgesetzes der freien und unreglementierten Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts (vgl. BVerfGE 15, 226 234; 63, 266, 284). Der Schutz der anwaltlichen Berufsausübung vor staatlicher Kontrolle und Bevormundung liegt dabei nicht allein im individuellen Interesse des einzelnen Rechtsanwalts oder des einzelnen Rechtssuchenden. Der Rechtsanwalt ist „Organ der Rechtspflege“ (vgl. §§ 1 und 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten (vgl. BVerfGE 10, 185, 198). Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege (vgl. BVerfGE 15, 226, 234; 37, 67, 77 ff.; 72, 51, 63 ff.). (Bearbeiter)

6. Unter der Geltung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes müssen dem Bürger schon aus Gründen der Chancen- und Waffengleichheit Rechtskundige zur Seite stehen, denen er vertrauen und von denen er erwarten kann, dass sie seine Interessen unabhängig, frei und uneigennützig wahrnehmen (vgl. BVerfGE 63, 266, 284; 87, 287, 320). Dem Rechtsanwalt als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, seinem Mandanten umfassend beizustehen. Voraussetzung für die Erfüllung dieser Aufgabe ist ein Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Integrität und Zuverlässigkeit des einzelnen Berufsangehörigen (vgl. BVerfGE 63, 266, 286; 93, 213, 236) sowie das Recht und die Pflicht zur Verschwiegenheit (vgl. BVerfGE 76, 196, 209 f.) sind die Grundbedingungen dafür, dass dieses Vertrauen entstehen und eine Strafverteidigung wirksam sein kann. (Bearbeiter)

7. Der auf die Ermittlung des Sachverhalts hin angelegte Strafprozess mit seiner Aufgabe, den staatlichen Strafanspruch im Interesse des Rechtsgüterschutzes Einzelner und um der Allgemeinheit willen durchzusetzen, muss fair ausgestaltet sein (vgl. BVerfGE 57, 250, 275 ff.; stRSpr). Der Einzelne muss auf den Verlauf des gegen ihn geführten Verfahrens und auf dessen Ergebnis aktiv und wirkungsvoll Einfluss nehmen können. Ein rechtsstaatliches und faires Verfahren fordert „Waffengleichheit“ zwischen den Strafverfolgungsbehörden einerseits und dem Beschuldigten andererseits. Dabei ist die Mitwirkung eines Strafverteidigers, der dem Beschuldigten beratend zur Seite steht und für diesen die ihn entlastenden Umstände zu Gehör bringt, für die Herstellung dieser „Waffengleichheit“, abgesehen von einfach gelagerten Situationen, unentbehrlich.

8. Das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem Anwalt seiner Wahl und seines Vertrauens verteidigen zu lassen, ist durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes verfassungsrechtlich verbürgt (vgl. BVerfGE 26, 66, 71; 66, 313, 318 f.). Vor rechtskräftiger Verurteilung darf ein Beschuldigter, der – mutmaßlich – nur über bemakelte Geldwerte verfügt, mit einem Unbemittelten nicht ohne weiteres gleichbehandelt werden. (Bearbeiter)

9. Dem Verteidiger kann nicht uneingeschränkt angesonnen werden, einer durch den Strafgesetzgeber geschaffenen Gefahrenlage mit Niederlegung des Wahlmandats und Pflichtverteidigerbeordnung zu begegnen. Die Pflichtverteidigung ist ein Sonderopfer des Strafverteidigers im öffentlichen Interesse, das in die Berufsausübungsfreiheit des Strafverteidigers eingreift. Die Niederlegung des Mandats und die Bestellung des gewählten Verteidigers zum Pflichtverteidiger gleichen den Verlust der Berufsausübungsfreiheit nicht aus, sondern machen ihn sinnfällig. (Bearbeiter)

10. Auch wenn sich die seinen Mandanten belastende Beweislage im Verlaufe des Mandatsverhältnisses und mit Fortschreiten des Ermittlungsverfahrens verändern und zum Nachteil des Mandanten verdichten wird, rechnet es weiterhin zu den Aufgaben des Strafverteidigers, mögliche Zweifel an der Schuld des Mandanten zu wecken und vermeintliche Gewissheiten zu erschüttern. (Bearbeiter)

11. Für die Beurteilung der Vorlage des sicheren Wissens kommt es auf den Kenntnisstand des Verteidigers zum Zeitpunkt der Honorarannahme an. Dagegen kommt es für die materielle Strafbarkeit nicht darauf an, ob das sichere Wissen des Strafverteidigers auf einem Geständnis seines Mandanten oder auf anderen Quellen beruht. Der Verteidiger ist zu Nachforschungen über die legalen oder illegalen Einnahmequellen des Mandanten nicht verpflichtet. (Bearbeiter)

12. Bei der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Strafverteidiger wegen Geldwäsche ist den Strafverfolgungsbehörden von Verfassungen wegen Zurückhaltung auferlegt. Hinsichtlich der Entscheidung, ob die bestehende Verdachtslage zu der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwingt, hat die Staatsanwaltschaft neben dem damit verbundenen Eingriff in die Berufsausübung des betroffenen Strafverteidigers auch zu berücksichtigen, dass ein Einschreiten zugleich das Recht des Mandanten auf den Beistand eines Verteidigers seines Vertrauens beeinträchtigen kann. (Bearbeiter)

13. Das Grundgesetz verlangt keinen strafrechtsfreien Raum, in dem der Strafverteidiger uneingeschränkt bemakeltes Vermögen als Honorar annehmen und damit, etwa in Abstimmung mit dem Katalogtäter oder durch Scheinhonorierung, die Ziele des Gesetzgebers beim Verbot der Geldwäsche unterlaufen darf. Einer „Ermittlungsimmunität“ für Strafverteidiger bedarf es nicht. (Bearbeiter)

**342. IGH – Urteil vom 31. März 2004 (Avena u.a. mexikanische Staatsbürger vs. USA; Mexiko vs. USA)**

Wiener Übereinkommen über die konsularische Beziehungen (Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates; Benachrichtigungsrecht; Belehrungspflicht; unverzüglich: Vernehmung, Inhaftierung, zuständige Behörden, Staatsbürgerschaft; volle Wirksamkeit: full effect und nationale prozessuale Präklusionen bzw. Beruhen, effektive Rechtsmittel, Heilung; Fall Avena; Fall LaGrand; BGH 5 StR 116-01); faires Verfahren (Menschenrecht; Ergänzung des Verteidigerbeistandes).

Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK; Art. 36 Abs. 2 WÜK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Art. 36 WÜK gewährleistet, dass die Konsularbeamten zu den Staatsangehörigen des Entsendestaates Zugang haben, mit ihnen frei kommunizieren können und ihre rechtliche Vertretung arrangieren können.

2. Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK gewährleistet auch ein Individualrecht, unverzüglich über die Rechte des Art. 36 WÜK informiert zu werden.

3. Wird eine Person festgehalten, so muss sie über das Benachrichtigungsrecht des Art. 36 WÜK belehrt werden, sobald nach den konkreten Umständen Grund zu der Annahme besteht, dass es sich um einen ausländischen Staatsangehörigen handeln könnte.

4. Zum völkerrechtlichen Ausschluss von Präklusionen nach Art. 36 II WÜK („full effect-Rechtsprechung“).

**237. EGMR Nr. 73797/01 – Urteil vom 27. Januar 2004 (Kyprianou vs. Griechenland)**

Recht auf ein faires Verfahren (Anwendbarkeit: Begriff der strafrechtlichen Anklage bei gerichtlichen Ordnungsstrafen, Ordnungsmitteln und contempt of court): Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts (Befangenheit und Besorgnis der Befangenheit: objektiver und subjektiver Test; nemo iudex in causa sua; praktische und nicht theoretische Betrachtung des Gerichts und seiner Richter; Bedingungen einer möglichen Heilung), Unschuldsvermutung (Gewährung voller Verteidigungsrechte), unverzügliche Information über Art und Grund der strafrechtlichen Anklage; Meinungsfreiheit des Rechtsanwaltes (Verteidigers; Einwirkung des fairen Verfahrens; chilling effect).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. a EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 Abs. 1 GG

1. Ein Gericht muss unparteiisch sein. Unparteilichkeit bedeutet grundsätzlich, dass das Gericht nicht voreingenommen oder befangen sein darf. Die Unparteilichkeit des Gerichts kann nach Art. 6 I EMRK auf verschiedene Art und Weise geprüft werden. Erstens muss das Gericht von persönlicher Voreingenommenheit oder Befangenheit frei sein. Die Unparteilichkeit eines Richters wird dabei vermutet, soweit nicht Belege für das Gegenteil vorliegen. Zweitens muss das Gericht auch

objektiv unparteiisch sein: Es müssen hinreichende Garantien vorliegen, die berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit ausschließen.

2. In Situationen, in denen ein Gericht mit dem Fehlverhalten einer Person im Gerichtssaal konfrontiert wird, das eine gegen die Autorität des Gerichts gerichtete Straftat (*“contempt of court”*) erfüllen könnte, muss infolge der Unparteilichkeit des Art. 6 Abs. 1 EMRK die Frage einer möglichen Bestrafung den zuständigen Strafverfolgungsbehörden überwiesen werden und eine mögliche Anklage wegen des Fehlverhaltens von anderen Richtern entschieden werden. Dies gilt nicht, soweit eine reine Disziplinarstrafe vorliegt, auf die Art. 6 EMRK keine Anwendung findet.

3. Die Unschuldsvermutung ist ein Bestandteil des fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK. Sie ist verletzt, wenn das verhandelnde Gericht zu Beginn der Verhandlung seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten erklärt und ihm nur die Gelegenheit gibt, mildernde Umstände vorzutragen anstatt ihm eine volle Verteidigung gegen den Tatvorwurf zu gewähren.

4. Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK gewährt dem Angeklagten das Recht, nicht nur über den Grund der Anklage und damit über die ihm vorgeworfenen Handlungen informiert zu werden, sondern auch über die rechtliche Einstufung dieser Handlungen. Die hiernach erforderliche Information muss detailliert sein und sie muss erfolgen, bevor das Gericht eine Grundentscheidung über die Schuld des Angeklagten getroffen hat. Die Anwendung des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK muss im Lichte des generelleren Rechts auf ein faires Verfahren erfolgen, das von Art. 6 Abs. 1 EMRK garantiert wird.

**240. BVerfG 1 BvR 1778/01 (Erster Senat) – Urteil vom 16. März 2004**

Eigentumsgarantie; Einfuhr- und Verbringungsverbot; Berufsfreiheit (Züchten von Hunden mit erblich bedingten Aggressionssteigerungen; strafrechtliche Sanktionierung landesrechtlicher Verbote einen gefährlichen Hund zu züchten oder Handel mit ihm zu treiben; dynamische Verweisung; Berufsausübungsfreiheit; berufsregelnde Tendenz); Rechtsstaatsprinzip (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Einschätzungsprärogative und verfassungsrechtliche Beobachtungsgebote bei Schutzpflichten; Normenbestimmtheit); mangelnde Regelungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers (Bundesgesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde; Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse; Verweis des bundesrechtlichen Strafrechts auf landesrechtliche Verbote; wesentliche Übereinstimmung landesrechtlicher Verbote); Vorabentscheidungsverfahren (fehlende Entscheidungserheblichkeit bei ausstehender Verfassungsbeschwerde).

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 14 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 72 Abs. 2 GG; § 143 Abs. 1 StGB; Art. 234 EGV

1. Das Einfuhr- und Verbringungsverbot in § 2 Abs. 1 Satz 1 des Hundeverbringungs- und -Einfuhrbeschränkungsgesetzes vom 12. April 2001 ist, soweit es sich auf Hunde der darin genannten Rassen bezieht, mit dem Grundgesetz vereinbar. Der Gesetzgeber hat allerdings die weitere Entwicklung zu beobachten und zu prüfen, ob die der Norm zugrunde liegenden Annahmen sich tatsächlich bestätigen. (BVerfG)

2. Das Verbot des Züchtens von Hunden zur Vermeidung von Nachkommen mit erblich bedingten Aggressionssteigerungen in § 11 b Abs. 2 Buchstabe a des Tierschutzgesetzes in Verbindung mit § 11 der Tierschutz-Hundeverordnung dient nicht dem Tierschutz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG. (BVerfG)

3. Die strafrechtliche Sanktionierung sehr unterschiedlicher landesrechtlicher Verbote, einen gefährlichen Hund zu züchten oder Handel mit ihm zu treiben, in § 143 Abs. 1 StGB genügt nicht den Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG. (BVerfG)

4. Die Regelungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers für das Strafrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG schließt grundsätzlich auch die Befugnis ein, Vorschriften des Landesrechts mit strafrechtlichen Sanktionen des Bundesrechts zu versehen, sofern nicht der Bundesgesetzgeber in Wirklichkeit die der Länderkompetenz unterliegende Materie selbst sachlich regelt (vgl. BVerfGE 13, 367, 373; 26, 246, 258). Die Inanspruchnahme dieser Befugnis hängt aber davon ab, dass die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der Fassung vorliegen, welche die Vorschrift durch das Änderungsgesetz vom 27. Oktober 1994 (BGBl I S. 3146) erhalten hat. Das Gesetzgebungsrecht besteht somit nur dann, wenn und gegebenenfalls soweit diese Regelung als für die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse erforderlich angesehen werden könnte. Dies lässt grundsätzlich auch einen Verweis des bundesrechtlichen Strafrechts auf landesrechtliche Verbote zu, erfordert jedoch, dass die landesrechtlichen Verbote im Wesentlichen übereinstimmen. (Bearbeiter)

**239. BVerfG 2 BvR 26/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2004 (OLG Frankfurt)**

Auslieferung nach Italien bei einem Abwesenheitsurteil; Abwesenheitsverfahren (Flucht; Vertretung durch ordnungsgemäß bestellten Pflichtverteidiger; Wiedereinsetzungsantrag; Beleg der persönlichen Kenntnis des Angeklagten; nachträgliches rechtliches Gehör: fehlende Effektivität angesichts nachteiliger Beweislastregeln und unangemessener Einlegungsfristen); Menschenwürde; Rechtsstaatsprinzip; rechtliches Gehör (persönliche Äußerung; Vortrag entlastender Umstände); faires Verfahren (wirksame Verteidigung); Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen (Zusicherung); Prüfungsumfang (keine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines ausländischen Strafurteils; Vereinbarkeit mit verbindlichen völkerrechtlichen

Mindeststandards; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 25 GG; Art. 6 EMRK; Art. 3 2. ZP-EuAIÜbk; Art. 175 Codice di procedura penale

1. Eine Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils ist von Verfassungs wegen unzulässig, sofern der Verfolgte weder über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des betreffenden Verfahrens in irgendeiner Weise unterrichtet war noch ihm eine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet ist, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich wirksam zu verteidigen (vgl. BVerfGE 63, 332, 338).

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts haben die deutschen Gerichte bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Auslieferung grundsätzlich die Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines ausländischen Strafurteils, zu dessen Vollstreckung der Verfolgte ausgeliefert werden soll, nicht nachzuprüfen. Sie sind indessen nicht an der Prüfung gehindert - und unter Umständen von Verfassungs wegen dazu verpflichtet -, ob die Auslieferung und ihr zu Grunde liegende Akte mit dem nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard und mit den unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätzen ihrer öffentlichen Ordnung vereinbar sind. Hierzu kann zumal Anlass bestehen, wenn ein ausländisches Strafurteil, zu dessen Vollstreckung ausgeliefert werden soll, in Abwesenheit des Verfolgten ergangen ist (vgl. BVerfGE 59, 280, 282 ff.; 63, 332, 337).

3. Das zwingende Gebot, dass der Beschuldigte im Rahmen der von der Verfahrensordnung aufgestellten, angemessenen Regeln die Möglichkeit haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen, deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls auch Berücksichtigung zu erreichen, gehört zum unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung, wie auch zum völkerrechtlichen Mindeststandard, der über Art. 25 GG einen Bestandteil des in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich geltenden Rechts bildet (vgl. BVerfGE 63, 332, 338).

**243. BVerfG 2 BvR 2251/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2004 (OLG Stuttgart)**

Anspruch auf den gesetzlichen Richter; Neufestsetzung von Einzelstrafen unter Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht (Schuldspruchberichtigung von Tatmehrheit zu Tateinheit); Konkurrenzkorrektur (keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

1. Eine über die in § 354 Abs. 1 StPO ausdrücklich normierten Fälle hinausgehende Strafzumessung durch das

Revisionsgericht verletzt dann das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn sie von willkürlichen Erwägungen bestimmt ist (vgl. BVerfGE 31, 145, 165).

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, nach der eine „Konkurrenzkorrektur“ in aller Regel keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts bedeutet (vgl. BGH, NStZ 1999, 513, 514; BGHR StPO § 354 Abs. 1/Strafausspruch 5) ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

**241. BVerfG 2 BvR 27/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. März 2004 (LG Itzehoe; AG Itzehoe)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Anforderungen; eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Beschreibung des Tatvorwurfs; Messbarkeit und Kontrollierbarkeit des Grundrechtseingriffs; Richtervorbehalt); Beschlagnahme (genaue Bezeichnung der zu beschlagnahmenden Gegenstände); Willkürverbot (Fehlen plausibler Gründe; sachfremde Erwägungen); Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Art. 13 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO.

1. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache. Das Grundgesetz verlangt vielmehr eine eigenverantwortliche richterliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen.

2. Um die Durchsuchung rechtsstaatlich zu begrenzen, muss der Richter die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (vgl. BVerfGE 20, 162, 224; 42, 212, 220 f.).

3. Ein Durchsuchungsbefehl, der keinerlei tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs enthält und der zudem den Inhalt der konkret gesuchten Beweismittel nicht erkennen lässt, wird rechtsstaatlichen Anforderungen jedenfalls dann nicht gerecht, wenn solche Kennzeichnungen nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ohne weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich sind (vgl. BVerfGE 42, 212 220 f.; 71, 64, 65).

4. Eine gerichtliche Entscheidung, wie die Anordnung einer Durchsuchung, verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn sich für sie sachlich zureichende, plausible Gründe nicht finden lassen, so dass ihr Ergebnis bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich ist (vgl. BVerfGE 59, 95, 97).

5. Eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts ist nicht schon dann anzunehmen, wenn eine Entscheidung, am Straf- oder Strafprozessrecht gemessen, objektiv fehlerhaft ist. Der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

**282. BGH 3 StR 454/03 - Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Duisburg)**

Beihilfe (objektiv förderlicher Tatbeitrag; Anteil an der Beute; bloße Billigung); Fälschung von Zahlungskarten (Tateinheit; Tatmehrheit).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 152a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

Die bloße Kenntnis von der Begehung einer Tat durch einen anderen und deren Billigung, ohne einen die Tat objektiv fördernden Beitrag zu leisten, reicht für die Annahme von Beihilfe selbst dann nicht aus, wenn der Betreffende einen Teil der Beute beansprucht (BGH NStZ 1993, 385). Wenn ihm ein Anteil lediglich freiwillig überlassen wird, gilt dies erst recht.

#### 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

**261. BGH 2 StR 452/03 - Urteil vom 28. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Verwertbarkeit von Zeugenaussagen bei nachfolgender Zeugnisverweigerung; Mord; niedrige Beweggründe (objektive Bewertung als niedrig; subjektive Erkenntnis-

fähigkeit; Berücksichtigung des kulturellen Hintergrunds); Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen (Umstandskennntnis); Erörterungsmangel.  
§ 52 StPO; § 211 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Zum Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe bei ausländischen Tätern. (BGHR)

2. Bei der Gesamtwürdigung, ob ein Tötungsmotiv objektiv als niedrig einzuschätzen ist, kommt es nicht auf den kulturellen Hintergrund des Täters an. Zwar umfasst die Gesamtwürdigung, ob ein Beweggrund objektiv niedrig ist, neben den Umständen der Tat auch die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit. Der Maßstab für die objektive Bewertung eines Beweggrunds als niedrig ist jedoch den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen, in der Täter lebt und vor deren Gericht er sich zu verantworten hat, und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die sich den sittlichen und rechtlichen Werten dieser Rechtsgemeinschaft nicht in vollem Umfang verbunden fühlt (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 29 zur „Blutrache“). (Bearbeiter)

3. In subjektiver Hinsicht muss der Täter die Mordmerkmale in ihren tatsächlichen Voraussetzungen erfassen. Bei der Prüfung der niedrigen Beweggründe gehört dazu, dass er diejenigen Umstände kennt und mit seinem Bewusstsein erfasst, welche die Bewertung seines Handlungsantriebes als niedrig begründen (ständige Rechtsprechung, u. a. BGHR § 211 StGB Niedrige Beweggründe 6, 13, 15, 23). (Bearbeiter)

4. Die Wertung selbst muss der Täter jedoch nicht unbedingt nachvollzogen haben. Er muss aber zu einer solchen Wertung angesichts seiner Persönlichkeit und seines Wertekanons überhaupt in der Lage gewesen sein. Die Fähigkeit dazu kann etwa bei einem Persönlichkeitsmangel oder bei einem ausländischen Täter, der den in seiner Heimat gelebten Anschauungen derart intensiv verhaftet ist, dass er die in Deutschland gültigen abweichenden sozialetischen Bewertungen seines Motivs nicht nachvollziehen kann, fehlen. (Bearbeiter)

#### **244. BGH 2 StR 351/03 - Urteil vom 28. Januar 2004 (LG Bonn)**

Sexuelle Nötigung; sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung (besondere Erniedrigung); Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Opfervorstellung; Eigenständigkeit der Variante).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 176 StGB

1. Die sexuelle Nötigung gem. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt keine über die sexuelle Handlung hinausgehende gesonderte Nötigungshandlung voraus; die Nötigung erschöpft sich vielmehr in der Vornahme der sexuellen Handlung gegen den Willen des Opfers, wenn sich dieses in einer schutzlosen Lage befindet und der Täter dies zu der Tat ausnutzt (vgl. im einzelnen BGH 2 StR 248/99 = BGHSt 45, 253, 257 ff.). Die sexuelle Nötigung im Sinne

des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist daher, anders als die Taten nach Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2, ein einaktiges Delikt.

2. Die sexuelle Nötigung im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt nicht voraus, dass das Opfer seine Lage überhaupt als schutzlos erkannt hat und sich vor Zwangshandlungen oder Zufügung von über die sexuelle Handlung hinausgehenden sonstigen Übeln fürchtet (Abgrenzung zu BGH 3 StR 446/02 – Beschluss vom 27. März 2003).

3. Es kommt für sexuelle Nötigung gem. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht darauf, ob der Täter die schutzlose Lage bewusst herbeigeführt.

#### **334. BGH 5 StR 488/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Cottbus)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Obhutsverhältnis bei der öffentlichen Jugendhilfe: höhere Anforderungen bei öffentlich-rechtlicher anstatt zivilrechtlicher Begründung und Doppelverwertungsverbot).

§ 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Im Vergleich zu den auf eine Anwendung des Zivilrechts begründeten Varianten des § 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB hat ein Angehöriger der öffentlichen Jugendhilfe höhere Anforderungen zu erfüllen (vgl. §§ 14 Abs. 2 Nr. 1, 27 ff., 72 Abs. 1 Satz 1 SGB VIII), so dass im Hinblick auf das Doppelverwertungsverbot bedenkliche Erwägungen noch zu tolerieren sein können.

#### **322. BGH 5 StR 271/03 – Beschluss vom 1. März 2004 (LG Neuruppin)**

Erforderlicher Fortbestand der Amtsträgereigenschaft (Zeitpunkt; keine nachwirkenden Pflichten); Bestechlichkeit.

§ 332 StGB a.F.; § 331 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Die Bestechungsdelikte im weiteren Sinn (§§ 331 bis 335 StGB) setzen voraus, dass der Bestochene zur Zeit der Tat Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 (Nr. 3 und 4) StGB ist (vgl. für die Vorteilsannahme nach § 331 StGB bereits BGHSt 11, 345, 347). Der Gesichtspunkt nachwirkender Pflichten, der etwa bei denjenigen Amtsdelikten trägt, die während der Amtsträgerschaft erlangte Kenntnisse betreffen (§§ 353b, 355 StGB), greift bei den Bestechungsdelikten im weiteren Sinne nicht.

#### **328. BGH 5 StR 395/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Hamburg)**

Besonders schwerer Fall des Totschlages (Nähe zu Mordmerkmalen).

§ 212 Abs. 3 StGB; § 211 StGB

1. Ein besonders schwerer Fall des Totschlages setzt voraus, dass das in der Tat zum Ausdruck kommende Verschulden des Täters außergewöhnlich groß ist. Es muss ebenso schwer wiegen wie das eines Mörders. Hierfür genügt nicht schon die bloße Nähe der die Tat oder den Täter kennzeichnenden Umstände zu gesetzlichen Mordmerkmalen. Es müssen vielmehr schulderhöhende

Gesichtspunkte hinzukommen, die besonders gewichtig sind (BGH NJW 1982, 2264, 2265; StV 2000, 309; BGHR StGB § 212 Abs. 2 Umstände, schulderhöhende 1, 3, 4). Ob dies der Fall ist, kann nur unter Berücksichtigung der Gesamtheit der äußeren und inneren Seite der Tat beantwortet werden.

2. Die Nähe zu zwei Mordmerkmalen reicht nicht aus, um einen besonders schweren Fall des Totschlags in Betracht zu ziehen, wenn die erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit des Täters zur Ablehnung der subjektiven Voraussetzungen der Mordmerkmale führt. Die Umstände, welche die Verneinung von Mordmerkmalen zur Folge haben, können es nahelegen, auch die Nähe zu Mordmerkmalen zu verneinen (BGH NSTZ 1981, 258).

### 308. BGH 4 StR 394/03 – Urteil vom 25. Februar 2004 (LG Mühlhausen)

Erpresserischer Menschenraub (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang; Vollendung). räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Mitfahrer, konkludent im Fahrzeug erfolgende fortdauernde Nötigung zum Mitfahren; Vollendung).

§ 239 a Abs. 1 StGB; § 316 a Abs. 1 StGB

1. Ausgehend von der Zielrichtung der Strafvorschrift, neben individuellen Rechtsgütern den Schutz der Sicherheit des Kraftfahrverkehrs auf den Straßen zu bezwecken, erfasst § 316a Abs. 1 StGB als taugliche Tatopfer nur den „Führer“ oder den „Mitfahrer“ eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist, dass das Opfer diese Eigenschaft zum Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, hat.

2. Mit dem Verüben des Angriffs ist § 316a Abs. 1 StGB vollendet. Für die Tatbestandsvollendung ist es unerheblich, dass das Raubdelikt erst später - außerhalb des Fahrzeugs - vollendet werden soll. Es genügt, dass der Täter im Zeitpunkt des Angriffs den Entschluss zu einer in ihren wesentlichen Zügen bestimmten Tat, die die Merkmale einer Raubtat (hier: einer räuberischen Erpressung) erfüllt, gefasst hatte (BGH NSTZ 1997, 236, 237).

### 255. BGH 2 StR 408/03 - Beschluss vom 13. Februar 2004 (LG Mühlhausen)

Strafmilderung beim Meineid (fehlende Belehrung über Auskunftsverweigerungsrechte; Verstoß gegen Eidesverbot); Eidesnotstand; Falschbeurkundung im Amt. § 154 StGB; § 157 StGB; § 49 Abs. 2 StGB; § 55 StPO; § 60 Abs. 2 StPO; § 348 ZPO; § 348 StGB

1. Ein Verstoß gegen das Vereidigungsverbot des § 60 Abs. 2 StPO oder die Aufklärungspflicht über ein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 Abs. 2 StPO stellt im Rahmen der Strafzumessung wegen Meineids einen Strafmilderungsgrund dar. Dies gilt unabhängig davon, ob der vernehmende Richter zu diesem Zeitpunkt einen entsprechenden Verdacht haben konnte, da allein maßgeblich ist, ob der Zeuge objektiv verdächtig bzw. objektiv ein Auskunftsverweigerungsrecht gegeben war.

2. Der Strafmilderung steht nicht entgegen, dass der Angeklagte sich als Zeuge nicht auf sein Aussageverweigerungsrecht nach § 55 StPO berufen hat (vgl. u.a. BGH StV 1982, 521; BGHR StGB § 157 Abs. 1 Selbstbegünstigung 1 und 6).

3. Diese Grundsätze gelten auch hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 384 Nr. 2 ZPO. Darauf, ob dem vernehmenden Gericht bekannt war, dass beim Angeklagten die Voraussetzungen des § 384 ZPO vorlagen, kommt es auch hier nicht an (vgl. BGH NSTZ 1984, 134).

### 257. BGH 2 StR 423/03 - Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Trier)

Hehlerei (Wahlfeststellung mit Diebstahl; Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache). § 242 StGB; § 259 StGB

Ein „sich Verschaffen“ im Sinne des Hehlereitbestandes (§ 259 StGB) kann zwar auch bei der Erlangung von Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt an einer gestohlenen Sache gegeben sein, etwa wenn der Vortäter die Sache mehreren Personen überträgt. Dies gilt aber nicht ohne weiteres, wenn der Vortäter selbst an der Sache Mitbesitz und Mitverfügungsgewalt behält. In einem solchen Fall kommt Hehlerei nur in Betracht, wenn jeder der Mitbesitzer für sich unter Ausschluss des anderen Teils Verfügungsberechtigt sein soll.

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### 284. BGH 3 StR 479/03 - Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Bückeburg)

Verminderte Schuldfähigkeit (fakultative Strafminde- rung: Alkoholintoxikation, Mischintoxikation, Vorwerfbarkeit).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Bei alkoholbedingter Verminderung der Schuldfähigkeit kommt eine Versagung der fakultativen Strafmitde-

rung gem. §§ 21, 49 StGB - abgesehen von den Fällen, in denen der Rechtsgedanke der actio libera in causa zur Ablehnung der Strafmilderung führt - dann in Betracht, wenn der Täter seinen Rausch verschuldet herbeigeführt und schon früher unter Alkoholeinfluss vergleichbare Taten begangen hat und daher zumindest hätte wissen können, dass er in einem solchen Zustand zu derartigen Straftaten neigt (vgl. BGHSt 34, 29, 33; 43, 66, 78).

2. Der Senat lässt offen, ob eine Strafrahmenermilderung in der Regel schon dann nicht in Betracht kommt, wenn die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf verschuldeter Trunkenheit beruht (vgl. 3 StR 435/02 vom 27. März 2003). Voraussetzung für die Versagung der Strafmilderung ist allerdings, dass dem Täter der Alkoholkonsum uneingeschränkt vorwerfbar ist. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn der Täter alkoholkrank oder alkoholüberempfindlich ist.

3. Eine Alkoholerkrankung, bei der die Alkoholaufnahme nicht als schulderhöhender Umstand zu werten ist, kann vorliegen, wenn der Täter den Alkohol aufgrund eines unwiderstehlichen oder ihn weitgehend beherrschenden Hanges trinkt.

### 302. BGH 4 StR 2/04 – Beschluss vom 10. Februar 2004 (LG Magdeburg)

Strafzumessung bei Vergewaltigung (minder schwerer Fall bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels; Strafrahmenermilderung bei gewichtigen Milderungsgründen); Versagung einer Strafrahmenermilderung bei vorwerfbarer Neigung zu alkoholbedingten Straftaten.  
§ 46 StGB; § 177 Abs. 2, Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung kann eine Ausnahme von der Regelwirkung in Betracht kommen, wenn ein Regelbeispiel mit gewichtigen Milderungsgründen zusammentrifft. Der Bestrafung kann dann bei der Vergewaltigung ausnahmsweise der Normalstrafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB zugrunde gelegt werden. In extremen Ausnahmefällen kann sogar eine weiter gehende Milderung des Normalstrafrahmens (§ 177 Abs. 1 StGB) und die Bemessung der Strafe aus dem Rahmen für den minder schweren Fall (§ 177 Abs. 5 1. Halbs. StGB) in Betracht zu ziehen sein (vgl. BGHR StGB § 177 Abs. 2 Strafrahmenerwahl 13 m.w.N.).

2. Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann bei einem Täter, der seine erheblich verminderte Schuldfähigkeit durch Alkoholgenuß verschuldet herbeigeführt hat, die Strafmilderung dann versagt werden, wenn er die Neigung hatte, nach Alkoholgenuß Straftaten zu begehen und wenn er sich dieser Neigung bewusst war oder hätte bewusst sein können (vgl. BGHSt 43, 66, 78; BGHR StGB § 21 Strafrahmerverschiebung 14, 22, 30 m.w.N.).

### 313. BGH 4 StR 524/03 – Urteil vom 19. Februar 2004 (LG Dortmund)

Minder schwerer Fall der Vergewaltigung bei einer Beziehungstat (gefährliche Werkzeuge; Strafzumessung; Darlegung einzelner Prüfungsschritte).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 5 StGB; § 46 StGB

1. Die Strafzumessung, zu der auch die Frage gehört, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, ist grundsätzlich Aufgabe des Tatrichters. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Entscheidung, ob ein minder schwerer Fall anzunehmen ist, maßgebend, ob das

gesamte Tatbild, einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit, vom Durchschnitt der gewöhnlich vorkommenden Fälle so sehr abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint (vgl. nur BGHR StGB § 177 Abs. 5 Strafrahmenerwahl 2 m.w.N.).

2. Dabei liegt es im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters, im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu entscheiden, welches Gewicht den einzelnen Milderungsgründen im Verhältnis zu den Erschwerungsgründen beizumessen ist. Das Revisionsgericht darf die Gesamtwürdigung nicht selbst vornehmen, sondern nur nachprüfen, ob dem Tatrichter bei seiner Entscheidung ein (durchgreifender) Rechtsfehler unterlaufen ist (vgl. BGH StV 2002, 20; 2003, 395 f.).

### 246. BGH 2 StR 266/03 - Urteil vom 6. Februar 2004 (LG Köln)

Exhibitionismus; Sicherungsverwahrung; Gefahr erheblicher Straftaten; Gefährlichkeitsprognose; Strafaussetzung zur Bewährung.  
§ 66 Abs. 1 StGB; § 183 Abs. 3 StGB; § 183 Abs. 4 StGB

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung gem. § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt zum einen voraus, dass der Täter wegen vorsätzlicher Straftaten schon zweimal jeweils zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr verurteilt worden ist, damit die Sicherungsverwahrung nur gegen Personen angeordnet wird, die durch Straftaten von einem gewissen Gewicht gezeigt haben, dass sie für die Allgemeinheit gefährlich sind. Zum anderen müssen die Vortaten symptomatisch für den Hang des Täters zu erheblichen Straftaten sein, also als Indiz für einen solchen Hang gewertet werden können. Dabei lassen nur Straftaten von einem gewissen Gewicht den Schluss auf einen Hang zur Begehung erheblicher Straftaten zu.

2. Angesichts der gesetzlichen Wertung, wie sie in der erweiterten Möglichkeit der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 183 Abs. 3, Abs. 4 Nr. 2 StGB zum Ausdruck kommt, stellen rein exhibitionistische Handlungen ohne unrechtmäßig erhöhende Besonderheiten, auch wenn sie vor Kindern begangen werden, nicht ohne weiteres erhebliche Straftaten dar, die für sich gesehen die Gefahr einer erheblichen Straftat im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB indizieren könnten.

### 294. BGH 1 StR 437/03 – Urteil vom 17. Februar 2004 (LG München I)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche rechtswidrige Taten: Nachbarstreitigkeiten und körperliche Attacken; maßgeblicher Zeitpunkt der Hauptverhandlung); krankhafte seelische Störung.  
§ 63 StGB; § 20 StGB

1. Körperliche Attacken, die wiederholt sogar zu Knochenbrüchen geführt haben, aber auch Ohrfeigen oder Faustschläge ins Gesicht sind nicht lediglich lästige und

unbedeutende und daher von der Allgemeinheit hinzunehmende Vorfälle, selbst wenn im Einzelfall Ohrfeige oder Fausthieb den Betroffenen letztlich aus Zufall oder wegen eigenen geschickten Ausweichens nicht oder nicht mit voller Wucht getroffen hat.

2. Bei der Frage der Notwendigkeit einer Maßregel gemäß § 63 StGB kommt es entscheidend auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung an.

### **295. BGH 1 StR 474/03 – Urteil vom 4. Februar 2004 (LG Stuttgart)**

Sicherungsverwahrung (Hang; Beurteilungszeitpunkt für die Gefährlichkeitsprognose und beschränkte Berücksichtigung des Alters des Angeklagten).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Das Merkmal „Hang“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet; ebenso aber auch derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Entscheidend ist das Bestehen eines solchen Hanges, nicht dessen Ursache (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1; BGH NSTz 1999, 502).

2. Bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist für die Gefährlichkeitsprognose (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB) nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich der Zeitpunkt der Aburteilung maßgeblich (vgl. BGHSt 25, 59, 61; BGH NSTz 2002, 535).

Der Tatrichter darf dem Alter des Angeklagten und den Wirkungen eines langjährigen Strafvollzuges allenfalls dann Bedeutung beimessen, wenn schon bei Urteilsfindung mit Sicherheit angenommen werden kann, dass aufgrund dessen eine Gefährlichkeit des Täters bei Ende des Vollzuges der Strafe nicht mehr bestehen wird. Die bloße Möglichkeit künftiger Besserung oder die Hoffnung auf sich ändernde Umstände können die Gefährlichkeit jedoch nicht ausräumen (vgl. BGH NSTz 2002, 535; NSTz-RR 1998, 206).

### **312. BGH 4 StR 518/03 – Beschluss vom 2. März 2004 (LG Dessau)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (sich aufdrängender Hang; positive Feststellung; Bedeutung fehlender Entzugerscheinungen, der körperlichen Abhängigkeit; symptomatischer Zusammenhang). § 64 StGB

1. Von einem Hang im Sinne von § 64 Abs. 1 StGB ist auszugehen, wenn eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung besteht, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht dem Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben muss (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 1, 5, 6 m.w.N.).

2. Eine durch Entzugerscheinungen indizierte körperliche Abhängigkeit ist ebenso wenig wie eine zumindest verminderte Schuldfähigkeit gemäß § 21 StGB (vgl. BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 2; BGH NSTz-RR 2001, 12) Voraussetzung für die Bejahung eines Hanges im Sinne des § 64 StGB.

## **III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)**

### **297. BGH 1 StR 566/03 – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Aufklärungspflicht und Unmittelbarkeitsgrundsatz (zulässiger Augenschein durch Vorführen der zu Beweis Zwecken erstellten Bild-Ton-Aufzeichnung über die Erklärung eines Zeugen bei seiner Vernehmung; Ergänzung und Ersetzung der unmittelbaren Zeugenaussage; Nachbefragungsrecht der Verteidigung; Verlesung von Protokollen; authentischer Beweiswert der Bild-Ton-Aufzeichnung, des Videoprotokolls; Beweisanspruchsrecht).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 250 StPO; § 253 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 255a StPO

1. Der Augenschein durch Vorführen der zu Beweis Zwecken erstellten Bild-Ton-Aufzeichnung über die Erklärung eines Zeugen ist im Zusammenhang mit seiner Vernehmung zulässig (Fortführung von BGHSt 48, 268). (BGHSt)

2. § 250 StPO untersagt nur die Ersetzung der Zeugenaussage durch die Verwertung einer berichtenden, zu Beweis Zwecken erstellten Urkunde, mag es sich dabei nun um ein Protokoll oder um eine schriftliche Erklärung des Zeugen handeln. Dass neben der Vernehmung der in Betracht kommenden Person als Zeuge eine frühere protokollarisch oder in einer schriftlichen Erklärung festgehaltene Äußerung dieser Person im Wege des Urkundenbeweises verwertet wird, verbietet die Vorschrift nicht (BGHSt 20, 160, 161 f.). (Bearbeiter)

3. Das Gesetz hat verboten nicht die Verwertung schriftlicher Erklärungen neben der Zeugenaussage überhaupt. Es ist vielmehr von dem der Systematik des Gesetzes zu entnehmenden allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass das Gesetz den Urkundenbeweis zulässt, wo es ihn nicht ausdrücklich untersagt. (Bearbeiter)

4. Das „Videoprotokoll“ ist insoweit der Niederschrift

einer Zeugenvernehmung gleichzusetzen. (Bearbeiter)

5. Der Tatrichter hat sich regelmäßig zunächst die Frage vorzulegen, ob die persönliche Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung nach § 255a Abs. 2 StPO ersetzt werden kann. Macht er von der Vernehmungsersetzung Gebrauch, so ist die durch Vorspielen der Bild-Ton-Aufzeichnung eingeführte Vernehmung so zu behandeln, als sei der Zeuge in der Hauptverhandlung selbst gehört worden. Im Ausnahmefall kann danach die ergänzende Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung nach Maßgabe der Aufklärungspflicht oder auch des Beweis-antragsrechts erforderlich werden (dazu BGHSt 48, 268). (Bearbeiter)

### **275. BGH 3 StR 185/03 - Urteil vom 12. Februar 2004 (LG Duisburg)**

BGHSt; Zeugnisverweigerungsrecht (teilweises Gebrauchmachen; Zustimmung zur Verwendung früherer Aussagen; Vorführung einer Videoaufnahme; Aussage im Ermittlungsverfahren); Verwertung eines richterlichen Vernehmung trotz Zeugnisverweigerung (Vernehmung des Richters); Unterstützung des Gedächtnisses; Einwilligung in die Vernehmung eines verstandesunreifen Zeugen; faires Verfahren (Konfrontationsrecht und Fragerecht); Bild-Ton-Aufzeichnung (vorverlagerter Teil der Hauptverhandlung; nicht einschränkbare Mitwirkungsrechte des Verteidigers, des Angeklagten).

§ 252 StPO; § 255a StPO; § 52 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 168c StPO

1. Macht ein Zeuge nachträglich von seinem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch, darf die Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nach § 255 a Abs. 1 StPO i. V. m. § 252 StPO nicht zu Beweis Zwecken vorgeführt werden, obgleich auf das weniger zuverlässige Beweismittel der Vernehmung des Richters zurückgegriffen werden kann. (BGHSt)

2. Die Vorführung der Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO scheidet aus, wenn der Beschuldigte gem. § 168 c Abs. 3 StPO bei der ermittelungsrichterlichen Vernehmung ausgeschlossen war und daher keine Gelegenheit zur Mitwirkung hatte. Dies gilt auch dann, wenn sein Verteidiger an dieser Vernehmung teilgenommen hat. (BGHSt)

3. Sind die Voraussetzungen des § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO erfüllt, kann der Zeuge durch nachträgliche Ausübung seines Zeugnisverweigerungsrechts die Verwertung der Bild-Ton-Aufzeichnung seiner früheren richterlichen Vernehmung nicht verhindern (nicht entscheidungstragend). (BGHSt)

4. Der Senat lässt - erneut, vgl. schon das Senatsurteil BGH 3 StR 181/02 vom 24. April 2003 - ausdrücklich offen, ob der Ansicht des 4. Senats in BGH 4 StR 189/99, Urteil vom 23. September 1999 = BGHSt 45, 203 zu folgen ist, wonach der von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machende Zeuge nicht gehin-

dert sei, nach ordnungsgemäßer Belehrung die Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten. (Bearbeiter)

5. Der gesetzliche Vertreter eines im Sinne von § 52 Abs. 2 Satz 1 StPO verstandesunreifen Zeugen entscheidet nicht an dessen Stelle über die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts, sondern lediglich darüber, ob er einer Vernehmung des Zeugen zustimmt oder nicht. Versagt der gesetzliche Vertreter seine Zustimmung, darf das Kind auch dann nicht vernommen werden, wenn es zur Aussage bereit wäre; stimmt der gesetzliche Vertreter einer Vernehmung zu, kann das Kind dennoch das Zeugnis rechtswirksam verweigern. (Bearbeiter)

6. Trotz § 252 StPO kann über den Inhalt einer Aussage, die ein Zeuge bei einer richterlichen Vernehmung nach ordnungsgemäßer Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis erhoben werden, wenn der Zeuge sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft (Bestätigung der st. Rspr., vgl. zuletzt BGHSt 46, 189, 195 = BGH 2 StR 354/00 vom 3. November 2000).

7. Es liegt nahe, die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der Verlesung einer Vernehmungsniederschrift zur Unterstützung des Gedächtnisses des früher vernehmenden Richters in den Fällen des § 252 StPO auch auf Bild-Ton-Aufzeichnungen zu übertragen. (Bearbeiter)

8. Der vollständige Ausschluss eines Angeklagten gemäß § 168 c Abs. 3 StPO oder ein Absehen von der Benachrichtigung vom Vernehmungstermin nach § 168 c Abs. 5 StPO entziehen einer späteren Vorführung der Videoaufzeichnung in der Hauptverhandlung gemäß § 255 a Abs. 2 Satz 1 StPO stets die Grundlage, ohne dass es darauf ankäme, ob der Ausschluss im konkreten Fall rechtlich zulässig war oder nicht. (Bearbeiter)

### **340. BGH 5 ARs (Vollz) 78/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Anordnung eines Trennscheibeneinsatzes bei einem Verteidigerbesuch (Recht auf Verteidigung; freier Verkehr; konkrete anderweitig nicht ausschließbare Gefahr der Geiselnahme des Verteidigers); Vorlage; Entpflichtung des Verteidigers (wichtiger Grund); verfassungsrechtliches und strafrechtliches Bestimmtheitsgebot; strafrechtliche Garantenstellung des Anstaltsleiters für Straftaten seiner Gefangenen; Menschenwürde.

Art. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art 103 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK; § 121 Abs. 2 GVG; § 4 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 148 StPO; § 48 Abs. 2 BRAO; § 13 StGB; § 137 StPO

Die Vollzugsbehörde darf die Anordnung eines Trennscheibeneinsatzes bei einem Verteidigerbesuch auf § 4 Abs. 2 Satz 2 StVollzG stützen, um der konkreten, anderweitig nicht ausschließbaren Gefahr zu begegnen, dass ein Strafgefangener seinen Verteidiger zur Freipresung als Geisel nimmt (Abgrenzung zu BGHSt 30, 38). (BGHSt)

**306. BGH 4 StR 371/03 – Urteil vom 19. Februar 2004 (LG Münster)**

BGHSt; Unzulässigkeit verfahrensbeendender Absprachen bei Anregung eines tatfremden oder verfahrensfremden Verhaltens (fehlender innerer Zusammenhang; Konnexität zur Vermeidung eines Handels mit der Gerechtigkeit; allgemeiner und besonderer latenter Druck auf den Angeklagten); Auswirkungen einer fehlgeschlagenen Verständigung; Beruhen.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 337 StPO

1. Eine verfahrensbeendende Absprache ist unzulässig, wenn das dem Angeklagten angesonnene Verhalten ersichtlich vordergründig einem Zweck dient, der mit der angeklagten Tat und dem Gang der Hauptverhandlung in keinem inneren Zusammenhang steht (im Anschluss an BGHSt 43, 195). (BGHSt)

2. Zu den Auswirkungen einer fehlgeschlagenen Verständigung. (BGHSt)

3. Nicht jedes sozial anerkennenswerte Verhalten eines Angeklagten, das im Rahmen der Abwägung nach § 46 Abs. 2 StGB strafmildernde Berücksichtigung finden kann, kann durch das Gericht zum Gegenstand einer Absprache über die Strafzumessung gemacht werden. Dies gilt insbesondere für die Begleichung der aus der Vortat herrührenden Steuerschuld. (Bearbeiter)

4. Eine das Tatgericht bindende Zusage (vgl. BGHSt 36, 210, 214; 43, 195, 210) liegt nur dann vor, wenn es zu einer Verständigung gekommen ist, nicht bereits bei einem einseitigen Angebot des Tatgerichts. (Bearbeiter)

5. Inhaltlich setzt eine zulässige Verständigung voraus, dass bei dem Bemühen der Beteiligten um das Zustandekommen einer Absprache die freie Willensentschließung des Angeklagten gewahrt bleibt (BGHSt 43, 195, 204). Zwar gerät ein Angeklagter, dem das Gericht eine Verständigung vorschlägt, zwangsläufig in den Konflikt, sein Verhalten den Wünschen des Gerichts anzupassen oder die Möglichkeit einer deutlich höheren Strafe in Kauf zu nehmen. Dies ist jedoch hinzunehmen, sofern die Verständigung geeignet ist, anerkannten strafprozessualen Zwecken zu dienen. (Bearbeiter)

**300. BGH 2 ARs 330/03 – Beschluss vom 28. Januar 2004**

Anfrageverfahren zur Unwirksamkeit des in einer Absprache vereinbarten Rechtsmittelverzichts (3 StR 368/02; 3 StR 415/02; Rechtsmittelverzicht als Geschäftsgrundlage der Absprache; unzulässige Willensbeeinflussung; Verstreichenlassen der Einlegungsfrist; Umgehungsmöglichkeiten; Prozesshandlungen; Rechtsicherheit und Rechtskraft); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Unwirksamkeit bei Täuschungen des Verteidigers); negative Beweiskraft des Protokolls bei der Verständigung.

Art. 6 EMRK; § 44 Abs. 1 Satz 1 StPO; Vor § 1 StPO; § 274 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

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

2. Die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, ist nicht unwirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise (BGHSt 43, 195, 204) ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist.

3. Der Senat hat – abweichend von den in BGHSt 43, 195 ff. aufgestellten Grundsätzen – keine Bedenken, dass bei einer formgerechten einverständlichen Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten (auch des Staatsanwalts und ggf. des Nebenklägers) ein allseitiger Rechtsmittelverzicht in Aussicht gestellt wird, mag ein solcher auch nicht bindend sein.

**327. BGH 5 StR 376/03 – Beschluss vom 13. November 2003**

Abgrenzung von Sachrüge und Verfahrensrüge: Anwendung auf das Recht auf Verfahrensbeschleunigung bzw. das Beschleunigungsgebot (Rüge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung; bestimmender Strafzumessungsgrund; Rechtsstaatsprinzip; Rechtsmittelklarheit; Verfahrenshindernis; verfassungsrechtliches Darlegungsgebot; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Kriterium der Tatschuld); Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen im Revisionsverfahren von Amts wegen.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 354a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Das Revisionsgericht hat auf Sachrüge zu prüfen, ob eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung, die eine kompensatorische Strafzumessung erforderlich macht, gegeben ist oder jedenfalls zu erörtern gewesen wäre; insoweit stehen dem Revisionsgericht als Beurteilungsgrundlage die Urteilsgründe sowie diejenigen Umstände offen, die es von Amts wegen zur Kenntnis nehmen muss (Anklage, Eröffnungsbeschluss).

2. Eine Verfahrensrüge ist dann nicht erforderlich ist, wenn die Verfahrensverzögerung nach Ablauf der Begründungsfrist für die Verfahrensrüge entstanden ist (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 11). Im Revisionsrechtszug bewirkte Verstöße gegen das rechtsstaatliche Gebot einer angemessenen Förderung des Strafverfahrens berücksichtigen die Strafsenate des Bundesgerichtshofs durchgängig von Amts wegen, wobei regelmäßig durch das Revisionsgericht selbst ein dem Umfang der Verzögerung Rechnung tragender Strafnachlass gewährt wird (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Verfahrensverzögerung 8, 10).

3. Eine von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortende erhebliche Verzögerung des Strafverfahrens verletzt den Beschuldigten in seinem Recht auf ein faires,

rechtsstaatliches Verfahren (BVerfG NJW 2003, 2225 m.w.N.) und zugleich die in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK niedergelegte Gewährleistung, die eine Sachentscheidung innerhalb einer angemessenen Dauer sichern soll (EGMR EuGRZ 1983, 371 ff.). Ob eine in diesem Sinne unangemessene Verfahrensdauer vorliegt, ist aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung festzustellen, die neben der Verzögerung durch die Justizorgane auch die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, den Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstands sowie die für den Betroffenen damit verbundenen besonderen Belastungen berücksichtigen muss (BVerfG NJW 2003, 2225 ff.; 2228 f.).

4. Zur Herleitung verfassungs- und konventionsrechtlich begründeter besonderer Darlegungspflichten des Tatrichters bzw. den entsprechenden Grenzen einfachrechtlicher Darlegungspflichten des Rechtsmittelführers.

#### **286. BGH 1 StR 364/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Ellwangen)**

Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (belastende Beweiswürdigung einer verspäteten freiwilligen Abgabe einer Speichelprobe; nemo tenetur; gescheitertes, widerlegtes Alibi; Recht des Beschuldigten, zu lügen; Begründung des Tatverdachts); gefährliches Werkzeug (verwendungsspezifische Auslegung; Fesselung; sexuelle Nötigung; schwerer Raub).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 81a StPO; § 81e StPO; § 261 StPO; § 152 StPO; § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Die freie richterliche Beweiswürdigung nach § 261 StPO findet ihre Grenze an dem Recht eines jeden Menschen, nicht gegen seinen Willen zu seiner Überführung beitragen zu müssen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass ein Beschuldigter nicht gehalten ist, zur eigenen Überführung tätig zu werden und an einer Untersuchungshandlung eines Strafverfolgungsorgans oder eines Sachverständigen aktiv mitzuwirken. Seine Beweisfunktion darf gegen seinen Willen nur durchgesetzt werden, sofern er lediglich passiv Beteiligter bleibt. Er selbst hat darüber zu befinden, ob er an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv mitwirken will oder nicht. Demgemäß darf er nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, Schriftproben oder zur Schaffung ähnlicher, für die Erstattung eines Gutachtens notwendiger Anknüpfungstatsachen gezwungen werden.

2. Auch die Verweigerung der aktiven Mitwirkung darf dem Beschuldigten nicht als belastendes Beweisanzeichen entgegeng gehalten werden. Er hat die Freiheit, sich auch auf diese Weise zu verteidigen; er muss nicht seine Unschuld beweisen (vgl. BGHSt 34, 39, 45, 46; 45, 363, 364). Zur Begründung des Tatverdachts darf nicht der Umstand herangezogen werden, dass ein Beschuldigter eine freiwillige Teilnahme an einer DNA-Untersuchung abgelehnt habe (BVerfG, Kammer, NJW 1996, 1587, 1588; 1996, 3071, 3072).

3. Auch wenn der Beschuldigte seine Bereitschaft zur freiwilligen Ablieferung von Speichelproben zweimal gegenüber der Polizei erklärt hat und die letztlich nicht freiwillig gewährte Mitwirkung nach der StPO erzwingbar ist, rechtfertigt dies keine Abweichung von der bisherigen Spruchpraxis zur indiziell belastenden Verwertung prozessualen Verhaltens eines Beschuldigten.

4. Grundsätzlich darf nicht einmal der späte Zeitpunkt einer Beweisantragstellung für einen Entlastungsbeweis als Beweisanzeichen für seine Schuld gewertet werden (vgl. BGHSt 45, 367). Anderes kann allerdings nach Auffassung des Senats dann gelten, wenn sich der Beschuldigte der Anordnung einer Speichelprobe nach §§ 81a, 81e StPO - durch ein anordnungsbefugtes Organ - entzieht.

5. Ob es im Ermittlungsverfahren einen Tatverdacht im Sinne der Anordnungsvoraussetzungen für die Entnahme einer Speichelprobe verstärken kann, wenn aus einer Menge nach abstrakten Grundsätzen Tatverdächtiger sich ein kleiner Teil zu einer freiwilligen Speichelprobe nicht bereit erklärt, ist eine Frage des Einzelfalles. Wenn andere verdachtsbegründende Kriterien angeführt werden können und sich der Kreis der grundsätzlich Verdächtigen durch die Abgabe einer Vielzahl freiwilliger Speichelproben verdichtet hat, wird auch jemand zur Entnahme einer solchen Probe durch strafprozessuale Anordnung gezwungen werden können, der bis dahin keine abgegeben hat (vgl. BVerfG, Kammer, NJW 1996, 3071).

6. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein objektiv widerlegtes, aber auch ein nachweislich erlogenes Alibi für sich allein und ohne Rücksicht auf Gründe und Begleitumstände seines Vorbringens nicht als Beweisanzeichen für die Überführung des Angeklagten gewürdigt werden. Ebenso wenig ist der lediglich gescheiterte Alibibeweis für sich allein ein Beweisanzeichen für die Täterschaft. Der Angeklagte ist nicht gehalten, sein Alibi zu beweisen. Dass er dies versucht hat, wenn auch im Ergebnis erfolglos, darf ihm nicht ohne weiteres zum Nachteil gereichen.

7. Ein widerlegtes Alibi muss bei der Beweisführung nicht stets außer Betracht bleiben. Treten besondere Umstände hinzu, so darf berücksichtigt werden, dass der Angeklagte sich bewusst wahrheitswidrig auf ein Alibi berufen hat (vgl. zu alldem BGHR StPO § 261 Überzeugungsbildung 11, 30). Die Gründe und Begleitumstände der Alibi behauptung sind dabei zu bewerten (BGHSt 41, 153; BGH StV 1982, 158). Will der Tatrichter eine erlogene Entlastungsbehauptung als zusätzliches Belastungszeichen werten, so muss er sich bewusst sein, dass eine wissentlich falsche Einlassung hierzu ihren Grund nicht darin haben muss, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, vielmehr auch eine andere Erklärung finden kann. Deshalb hat er in solchen Fällen darzutun, dass eine andere, nicht auf die Täterschaft hindeutende Erklärung im konkreten Fall nicht in Betracht kommt oder - ob-

gleich denkbar - nach den Umständen jedenfalls so fernliegt, dass sie ausscheidet (BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 13).

**248. BGH 2 StR 315/03 - Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt (Inverwahrnehmung des Angeklagten; Verteidigerkonsultation); Recht auf angemessene Verteidigung; Wahlverteidiger (Mandatierung während der Hauptverhandlung; Aussetzung des Verfahrens; Akteneinsichtsrecht; Entpflichtung des Pflichtverteidigers); konkrete Möglichkeit des Zusammenhangs zwischen Verfahrensverstöß und Urteil; sinnvolle Mitwirkung des Verteidigers im Strafverfahren.

Art. 6 Abs. 3 lit. b und c EMRK; § 338 Nr. 8 StPO; § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 229 StPO; § 137 StPO; § 140 StPO

1. Es stellt eine Beeinträchtigung der Verteidigung im Sinne des § 338 Nr. 8 StPO dar, wenn die Verteidigungsmöglichkeiten eines neu gewählten Verteidigers und damit des Angeklagten ohne sachlichen Grund in erheblichem Umfang eingeschränkt werden.

2. Eine Beeinträchtigung der Verteidigung im Sinne des § 338 Nr. 8 StPO sowie des Rechts des Angeklagten auf sachgerechte Verteidigung kann darin zu erblicken sein, dass dem Angeklagten die Konsultation des Verteidigers in der Zeit zwischen dessen erstmaliger Akteneinsicht und der Fortsetzung der Hauptverhandlung durch Inverwahrnehmung des Angeklagten und Verweigerung einer Terminsverlegung unmöglich gemacht wird.

3. Der Verteidiger kann im Strafprozess entsprechend § 140 Abs. 1 StPO nur dann sinnvoll mitwirken und die Interessen des Angeklagten wirksam wahrnehmen, wenn er den Sachverhalt ausreichend kennt, genügend über die Einlassung des Angeklagten zur Anklage unterrichtet ist und ein klares Bild von den Möglichkeiten gewonnen hat, die für eine sachgemäße Verteidigung bestehen.

4. Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 338 Nr. 8 StPO ist nur dann gegeben, wenn die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensverstöß und dem Urteil nicht nur abstrakt, sondern konkret besteht (vgl. BGH 3 StR 390/99 - Urteil vom 24. November 1999). Wird dem Angeklagten jedoch durch Gerichtsbeschlüsse das Recht auf angemessene Verteidigung durch einen Rechtsanwalt seines Vertrauens (BVerfG StV 2002, 521) genommen, so ist dies der Fall.

**298. BGH 1 StR 574/03 – Urteil vom 2. März 2004 (LG München)**

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen hinsichtlich der Unparteilichkeit; Unmutsaufwallung und gehäuftes Auftreten verfehlter Formulierungen; individuelle Ansprache; Vorwurf des Leugnens; ausnahmsweise Einbeziehung präkludierter Umstände; Wiederaufgreifen verfehlter Formulierungen

– „Albanerfall“); absolute Revisionsgründe (Zweifel des Senats an deren Berechtigung).

Art. 6 I 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes ist grundsätzlich vom Standpunkt des Angeklagten aus zu beurteilen. Ob der Richter tatsächlich parteiisch oder befangen ist, spielt keine Rolle. Misstrauen in die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die seine Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann. Dabei ist der Sachverhalt auch unter Berücksichtigung der Dienstlichen Erklärung des abgelehnten Richters zu beurteilen; zunächst berechtigt erscheinendes Misstrauen ist danach möglicherweise zu überwinden (vgl. BGHSt 4, 264, 269, 270; BGH wistra 2002, 267).

2. Aus der Verhandlungsführung des Richters kann sich ein solches Misstrauen in die Unvoreingenommenheit ergeben, wenn dieser in grob unsachlicher Weise seinen Unmut zum Ausdruck bringt, wenn er den Angeklagten bedrängt, zur Sache auszusagen oder ein Geständnis abzulegen oder wenn er den Angeklagten sonst unter Verletzung des richterlichen Verhandlungsstils in unangemessener oder gar ehrverletzender Weise behandelt. Nicht zu beanstanden ist es hingegen, wenn er dem Angeklagten in nachdrücklicher Form Vorhalte macht, sich in nach Sachlage noch verständlichen Unmutsäußerungen ergeht („Unmutsaufwallungen“), auf das nach dem gegebenen Sachstand zu erwartende Verfahrensergebnis hinweist oder die Bedeutung eines Geständnisses für die Strafzumessung hervorhebt.

3. Einem Richter ist es unbenommen, situationsangemessen und auf das Naturell des jeweiligen Angeklagten eingehend, entsprechende Erklärungen und Fragen auch mit Nachdruck und in klarer, dem jeweiligen Angeklagten sicher verständlicher Sprache zu formulieren. Dabei darf er auch Worte wählen, mit denen er den jeweiligen Angeklagten wirksam erreicht („individuelle Ansprache“). Er darf aber nicht den Eindruck vermitteln, er habe sich hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme bereits festgelegt und werfe dem Angeklagten vor, dass er von seinem Recht, zu leugnen, Gebrauch mache.

4. Auch wenn Äußerungen des Richters nach § 25 Abs. 2 StPO präkludiert sind, können sie ausnahmsweise in die Beurteilung der Besorgnis der Befangenheit einbezogen werden, wenn das frühere präkludierte Geschehen einem weiteren, grundsätzlich berechtigten Ablehnungsgrund ein erhöhtes Gewicht verleiht (vgl. dazu BGHR StPO § 24 Abs. 2 Vorsitzender 4; hier: Vorbehalte gegen eine Volksgruppe).

**324. BGH 5 StR 307/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Hamburg)**

Beweisthemenbezogener Widerspruch gegen die Verwertung von Beschuldigtenangaben im Hinblick auf die Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts und grundsätzlich erforderlicher Einzelwiderspruch hinsichtlich jedes einzelnen zeugenschaftlich vernommenen Vernehmungsbeamten; Beruhen.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 257 StPO; § 337 StPO

1. Grundsätzlich ist jede Zeugenvernehmung eines Vernehmungsbeamten bezüglich ihrer Verwertbarkeit für sich zu betrachten (vgl. BGHSt 39, 349, 352).

2. Hat der Verteidiger nicht rechtzeitig einen beweisthemenbezogenen Widerspruch gegen die Verwertung von Beschuldigtenangaben im Hinblick auf die Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts erhoben, bedarf es spätestens zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt des Widerspruchs bezogen auf jeden einzelnen zeugenschaftlich vernommenen Vernehmungsbeamten. (beweismittelbezogener bzw. beweisthemenbezogener Widerspruch).

### **311. BGH 4 StR 475/03 – Urteil vom 25. Februar 2004 (LG Stendal)**

Vorteilsannahme; Beweiswürdigung beim Freispruch (lückenhafte; zu hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung); Beschuldigteneigenschaft (Belehrungspflicht; Zeugenstellung; Verwertungsverbot).

§ 331 StGB; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163 a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO

1. Nicht jeder Tatverdacht begründet bereits die Beschuldigteneigenschaft mit der Folge einer entsprechenden Belehrungspflicht durch den Vernehmenden; es kommt vielmehr auf die Stärke des Tatverdachts an. Es obliegt der Strafverfolgungsbehörde, nach pflichtgemäßer Beurteilung dann von einer Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung überzugehen, wenn sich der Verdacht so verdichtet, dass die vernommene Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt (vgl. BGHSt 37, 48, 51 f.; BGH NSTZ-RR 2002, 67; BGHR StPO § 55 Abs. 1 Verfolgung 3 und § 136 Belehrung 6).

2. Für die erforderliche Überzeugungsbildung bedarf es keiner absoluten, das Gegenteil denknotwendig - „zwingend“ - ausschließenden und von niemanden anzweifelbaren Gewissheit, vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß denktheoretisch mögliche Zweifel nicht zulässt (st. Rspr.; vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 16).

### **285. BGH 3 StR 481/03 - Beschluss vom 15. Januar 2004 (LG Berlin)**

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot (PKK); Inbegriff der Hauptverhandlung (schriftliche Erklärung des Angeklagten: Anlage zum Protokoll, Verlesung als Urkunde, Mündlichkeitsprin-

zip); Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung; Strafzumessung.

§ 18 Satz 2 VereinsG; § 261 StPO; § 249 Abs. 1 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB

1. Eine vorbereitete schriftliche Erklärung des Angeklagten, die der Verteidiger verliest und dann als Anlage zum Protokoll überreicht, wird dadurch nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung, da über ihren Wortlaut kein Beweis erhoben wird. Gegenstand der Hauptverhandlung wird lediglich der mündliche Vortrag durch den Verteidiger und die zustimmende Erklärung des Angeklagten. Das Revisionsgericht kann nicht unter Rückgriff auf die als Anlage zum Protokoll gereichte Erklärung prüfen, ob diese vollständig und zutreffend in den Urteilsgründen wiedergegeben ist (Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung).

2. Der Senat bemerkt obiter, dass eine vorbereitete schriftliche Erklärung des Angeklagten zwar zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden kann, indem seine Verlesung als Urkunde angeordnet wird (vgl. § 249 Abs. 1 StPO), der Tatrichter aber hierzu nicht verpflichtet ist, da der Angeklagte selbst gehört werden kann (Mündlichkeitsprinzip; vgl. § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO).

### **280. BGH 3 StR 438/03 - Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Oldenburg)**

Besetzung des Gerichts (zwei oder drei Berufsrichter); Umfang und Schwierigkeit der Sache (Entscheidung über Sicherungsverwahrung; Umfang des Aktenmaterials; Zahl der Zeugen; Dauer der Hauptverhandlung); gesetzlicher Richter.

Art. 101 Abs. 1 GG; § 338 Nr. 1 StPO; § 222a StPO; § 222b StPO; § 76 Abs. 2 GVG; § 66 StGB

1. Der Strafkammer steht bei der Entscheidung, ob Umfang und Schwierigkeit der Sache die Mitwirkung eines dritten Berufsrichters erfordern (§ 76 Abs. 2 GVG), ein weiter Beurteilungsspielraum zu (vgl. BGHSt 44, 328 ff.).

2. Auch in Verfahren, in denen die Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) in Betracht kommt, ist eine Entscheidung der Strafkammer, in der Besetzung mit nur zwei Berufsrichtern zu entscheiden, nicht schlechthin unvertretbar. Bei der Entscheidung sind jedoch das Gewicht der Maßregel und der mit der Feststellung ihrer Voraussetzungen gegebenenfalls verbundene Aufwand zu berücksichtigen.

3. Lassen Umfang des Aktenmaterials, die Anzahl der zu ladenden Zeugen und Sachverständigen sowie Art und Zahl der angeklagten Taten vermuten, dass mit einem ungewöhnlich langen Verfahren zu rechnen ist, so ist die Entscheidung, in der Besetzung mit nur zwei Berufsrichtern zu entscheiden, unvertretbar.

### **326. BGH 5 StR 359/03 alt: 5 StR 127/02 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Bremen)**

Nachholung rechtlichen Gehörs; Beschlussverfahren (Begründung; offensichtliche Unbegründetheit).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO; § 33a StPO

1. Ohne Festlegung auf einen jeden Einzelfall erfassende Definition entspricht es ständiger Spruchpraxis, dass eine Revision auch dann durch Beschluss verworfen werden kann, wenn der jeweilige Spruchkörper einhellig die Auffassung vertritt, dass die von der Revision aufgeworfenen Rechtsfragen zweifelsfrei zu beantworten sind und dass auch die Durchführung der Hauptverhandlung keine neuen Erkenntnisse erwarten lässt, die Zweifel an dem gefundenen Ergebnis aufkommen lassen könnten (BGHR StPO § 349 Abs. 2 Verwerfung 6).

2. Das Revisionsgericht darf selbst dann eine Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO verwerfen, wenn es die Ausführungen des Generalbundesanwalts nur im Ergebnis für zutreffend hält, sich aber nicht in allen Teilen der Begründung anschließt (BGH NJW 2002, 3266). Diese Verfahrensweise ist verfassungsrechtlich unbedenklich (BVerfG NJW 1982, 925; NSTz 2002, 487; NJW 2002, 814). Das Bundesverfassungsgericht erachtet es allerdings in einem solchen Fall für sinnvoll, dass das Revisionsgericht die eigene Rechtsauffassung in einem Zusatz begründet.

#### **288. BGH 1 StR 369/03 – Urteil vom 17. Februar 2004 (LG Nürnberg)**

Ausnahmsweise nachträgliche Gesamtstrafenbildung im Beschlussverfahren (Erörterungsmängel; Darlegungspflichten).  
§ 55 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1. Die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (seit BGHSt - GS - 12, 1) grundsätzlich Sache des Tatrichters. Er darf dies in der Regel nicht dem Beschlussverfahren nach §§ 460, 462 StPO überlassen.

2. Es gibt jedoch Ausnahmen. Der Tatrichter darf die nachträgliche Gesamtstrafenbildung insbesondere dann dem Beschlussverfahren überlassen, wenn er auf Grund der bislang gewonnenen Erkenntnisse keine sichere Entscheidung fällen kann, etwa weil die Unterlagen für eine möglicherweise gebotene Gesamtstrafenbildung nicht vollständig vorliegen - ohne dass dies auf unzureichender Terminvorbereitung beruht - und die Hauptverhandlung allein wegen deshalb noch notwendiger Erhebungen mit weiterem erheblichem Zeitaufwand belastet werden würde (BGHSt - GS - 12, 1, 10; BGHSt 23, 98, 99).

3. Enthalten die Urteilsgründe keine erschöpfenden Ausführungen zu den Vorverurteilungen, deren Einbeziehung in die Gesamtstrafe im Grundsatz gemäß § 55 StGB zu prüfen gewesen wäre, ohne ausdrücklich mitzuteilen, weshalb die entsprechenden Feststellungen nicht getroffen werden konnten, so liegt darin kein Erörterungsmangel. Wie sogar das Vorliegen der Voraussetzungen für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung durch Schwei-

gen verneint werden kann, so ist bei fehlenden oder nicht vollständigen Darlegungen zu den Voraussetzungen einer in Betracht kommenden nachträglichen Gesamtstrafenbildung grundsätzlich davon auszugehen, dass dem erkennenden Gericht die notwendigen Unterlagen zu den Vorverurteilungen und zu deren Vollstreckung nicht zugänglich waren, und dass das Gericht deshalb die nachträgliche Gesamtstrafenbildung zu Recht dem Beschlussverfahren gemäß §§ 460, 462 StPO überlassen hat. Soll anderes geltend gemacht werden, so wird dies einer gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zu begründenden Verfahrensrüge bedürfen.

#### **293. BGH 1 StR 379/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Landshut)**

Beweiswürdigung (lückenhafte; fernliegende Erwägungen des Tatgerichts; generelle Glaubwürdigkeit: Tendenz zu falschen Aussagen und Gewaltandrohungen des von diesen begünstigten Angeklagten; Freispruch; Gesamtwürdigung zur Glaubhaftigkeit einer Aussage; Aussagen von Kindern); Zulässigkeit der Revision der Nebenklage.  
§ 400 StPO; § 261 StPO

1. Die „generelle“ Glaubwürdigkeit einer Person lässt allenfalls begrenzte Rückschlüsse auf die Glaubhaftigkeit der konkreten fallbezogenen Aussage zu (vgl. BGH StV 1994, 64).

2. Ein möglicher Zusammenhang zwischen den festgestellten Tendenzen zu falschen, den Angeklagten begünstigenden Angaben und der vom Angeklagten offenbar immer wieder ausgeübten massiven Gewalt ist bei der Gewichtung der festgestellten Falschaussagen hinsichtlich der Glaubhaftigkeit einer Aussage in die Erwägungen einzubeziehen.

3. Bei einem Widerspruch zwischen mehreren Erkenntnisquellen hat das Gericht ohne Rücksicht auf deren Art und Zahl darüber zu befinden, in welchen von ihnen die Wahrheit ihren Ausdruck gefunden hat. Stehen sich Bekundungen eines - insbesondere einzigen - Zeugen und des Angeklagten unvereinbar gegenüber („Aussage gegen Aussage“), darf das Gericht allerdings den Bekundungen dieses Zeugen nicht deshalb, weil er Anzeigerstatter und (gegebenenfalls) Geschädigter ist, ein schon im Ansatz ausschlaggebend höheres Gewicht beimessen als den Angaben des Angeklagten. Maßgebend ist nicht allein die formale Stellung des Aussagenden im Prozess, sondern der innere Wert einer Aussage, also deren Glaubhaftigkeit. Es ist in einer Gesamtwürdigung (vgl. BGHSt 44, 153, 158 f. m.w. Nachw.) zu entscheiden, ob einer solchen Zeugenaussage gefolgt werden kann (vgl. eingehend BGHSt 45, 164, 170 ff.).

#### **341. BGH 5 StR 364/03 – Urteil vom 16. März 2004 (LG Bonn)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Strafzumessung); Zulässigkeit der Aufklärungsrüge (Darlegungspflicht); Bildung einer kriminellen Vereinigung bei einem Umsatzsteuerkarussell (Gruppenwille; Bandendelikte).

§ 370 AO; § 46 StGB; § 129 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Die Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen i.S. des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO hat mit Bestimmtheit und so genau und vollständig zu erfolgen, dass das Revisionsgericht allein auf Grund der Rechtfertigungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen zutreffen.

2. Eine Aufklärungsrüge ist nur dann begründet, wenn der Tatrichter es unterlassen hat, eine bestimmte Beweistatsache unter Benutzung eines bestimmten Beweismittels aufzuklären, obwohl sich ihm die unterbliebene Beweiserhebung aufdrängen musste (BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Aufklärungsrüge 6 m.w.N.). Deshalb setzt eine zulässige Aufklärungsrüge zunächst voraus, dass ein bestimmtes Beweismittel und ein bestimmtes zu erwartendes Beweisergebnis benannt werden (BGH aaO).

3. Eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 Abs. 1 StGB ist ein im räumlichen Geltungsbereich des Grundgesetzes bestehender auf Dauer angelegter organisatorischer Zusammenschluss von mindestens drei Personen, die bei Unterordnung des Willens des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit gemeinsame (kriminelle) Zwecke verfolgen oder gemeinsame (kriminelle) Tätigkeiten entfalten und unter sich derart in Beziehung stehen, dass sie sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen. Eine solche Vereinigung setzt die Unterordnung des einzelnen unter den Willen der Gesamtheit voraus. Es ist dabei aber möglich, dass eine Person als Anführer eingesetzt wird, nach dem sich die anderen richten (BGHR StGB § 129 Gruppenwille 1 m.w.N.).

#### **266. BGH 2 StR 493/03 - Beschluss vom 28. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Revisionsantrag (Auslegung der Rechtsmittelbeschränkung: Maßregelanordnung, Anlasstat); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; spezifischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat).  
§ 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

Die Revision kann nicht wirksam darauf beschränkt werden, dass zwar der gesamte Schuldspruch, nicht aber die darauf gegründete Maßregelanordnung angefochten werde. Das Rechtsmittel ist in diesem Fall als unbeschränkt eingelegt anzusehen. Denkbar ist hingegen eine auf den Strafausspruch beschränkte Anfechtung des Urteils.

#### **325. BGH 5 StR 314/03 – Urteil vom 17. März 2004 (LG Dresden)**

Kognitionspflicht (Tat im prozessualen Sinne); Insolvenzverschleppung.  
§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 264 StPO

1. Das Sachurteil muss den durch die zugelassene Anklage abgegrenzten Prozessstoff erschöpfen (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 1997, 127 m.w.N.). Die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung ist der geschichtliche Vorgang, auf den Anklage und Eröffnungsbeschluss hinweisen und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll (BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 4 m.w.N.). Hierbei handelt es sich um einen eigenständigen Begriff; er ist weiter als derjenige der Handlung im sachlichen Recht (BGHSt 29, 288, 292 m.w.N.).

2. Zur Tat im prozessualen Sinne gehört – unabhängig davon, ob Tateinheit oder Tatmehrheit vorliegt – das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang darstellt (BGHSt 32, 215, 216 m.w.N.). Somit umfasst der Lebensvorgang, aus dem die zugelassene Anklage einen strafrechtlichen Vorwurf herleitet, alle damit zusammenhängenden und darauf bezüglichen Vorkommnisse, auch wenn diese in der Anklageschrift nicht ausdrücklich erwähnt sind (BGH aaO). Dabei kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Entscheidend ist, ob zwischen den in Betracht kommenden Verhaltensweisen – unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung – ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (BGH aaO S. 217).

## **IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**

#### **299. BGH 2 ARs 276/03 – Beschluss vom 6. Februar 2004**

Vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anfragebeschluss des dritten Strafsenates; Abgrenzung Versuch, Vollendung und Vorbereitung); Bestimmtheitsgrundsatz.  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, nach der für die Annahme vollendetes Handeltreibens auch ernsthaft Verhandlungen über den Erwerb von zum gewinn-

bringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln ausreichen.

2. Der Senat sieht in seiner Mehrheit keinen Grund zu einer Änderung bei der Auslegung des Handeltreibensbegriffs im Betäubungsmittelrecht.

3. Einzuräumen ist allerdings, dass die unterschiedslose Anwendung des Strafrahmens für das vollendete Delikt dem unterschiedlichen Unrechtsgehalt der verschiedenen als vollendetes täterschaftliches Handeltreiben erfassten Begehungsweisen nicht immer gerecht wird. Angesichts

der Definition des Handeltreibens als jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit ist die Abgrenzung von täterschaftlichem Handeltreiben und Teilnahmehandlungen insbesondere aber die vom Gesetz gewollte Abgrenzung zwischen Vollendung/Versuch/Vorbereitungshandlung problematisch.

### 339. BGH 5 ARs 46/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004

Vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anfrageverfahren des dritten Strafsenates; Abgrenzung Versuch, Vollendung und Vorbereitung; Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Rücktritt).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, dass zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln jede eigennützige den Umsatz des Betäubungsmittels fördernde Handlung gehört, ohne dass es zur Anbahnung bestimmter Geschäfte gekommen sein muss (BGHSt 29, 239).

2. Teilen des Senates erscheint – dem anfragenden Senat partiell folgend – eine Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit zu Lasten eines vollendeten Handeltreibens vorzugswürdig.

### 245. BGH 2 StR 109/03 - Urteil vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)

Urheberrecht (Herstellung und Export von Tonträgern); Urheberrechtsakzessorietät; Schutzlandprinzip; Territorialitätsprinzip; Inverkehrbringen im Inland (Versand ins Ausland); Verbreiten; Vervielfältigen; Ablehnung eines Beweisantrags (Beruhen); Sinn und Zweck urheberrechtlicher Regelungen; gewerbsmäßige unerlaubte Eingriffe in verwandte Schutzrechte (strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal); BGHSt.

§ 108 Abs. 1 Nr. 5, UrhG; § 85 UrhG; § 16 UrhG; § 17 UrhG; § 338 Nr. 8 StPO; § 28 Abs. 2 StGB

1. Die Strafbarkeit der Verletzung inländischer Tonträgerherstellerrechte durch CD-Pressungen im Inland für einen Auftraggeber im Ausland und für den Export der CDs dorthin richtet sich wegen des im Urheberrecht geltenden Territorialitäts- und Schutzlandsprinzips ausschließlich nach deutschem Urheberrecht. (BGHSt)

2. Der strafrechtliche Schutz der §§ 106 ff. UrhG knüpft an den zivilrechtlichen Urheber- und Leistungsschutz an (Urheberrechtsakzessorietät). Abweichend von § 7 StGB sind daher nur im Inland begangene Verletzungshandlungen strafrechtlich relevant. (BGHSt)

3. Der Versand von unberechtigt hergestellten Tonträgern ins Ausland ist urheberrechtsverletzendes Inverkehrbringen im Inland. (BGHSt)

4. Hersteller eines Tonträgers ist, wer die Erstfixierung einer Tonaufnahme vornimmt (Masterband) und die organisatorische Verantwortung für die Aufnahme hat.

Das können einzelne oder mehrere Personen gemeinsam, aber auch Unternehmen sein. (Bearbeiter)

5. Für die Frage, ob der persönliche Schutzbereich nach § 126 Abs. 3 UrhG i.V.m. dem Genfer Tonträger-Abkommen eröffnet ist, ist ebenso wie beim Urheberrecht stets die Staatsangehörigkeit des ursprünglichen Tonträgerherstellers maßgeblich, nicht die des Rechtsnachfolgers oder eines abgeleiteten Rechteinhabers (Lizenznehmers). Ansonsten könnte ein ursprünglich nicht geschützter Tonträgerhersteller einen Schutz nach dem Genfer Tonträger-Abkommen durch bloße Abtretung oder Lizenzierung erreichen. (Bearbeiter)

6. Der Sinn und Zweck der urheberrechtlichen Regelungen liegt darin, die ausschließlichen Befugnisse des Urhebers bzw. des Berechtigten eines Verwandten Schutzrechts so umfassend zu gestalten, dass möglichst jede Art der Nutzung seines Werks seiner Kontrolle unterliegt. Es soll in seiner Hand liegen, Art und Umfang der Nutzung zu überwachen und diese von der Zahlung einer Vergütung abhängig zu machen. (Bearbeiter)

7. Für eine Einschränkung der Strafbarkeit durch teleologische Reduktion des Merkmals des „Vervielfältigens“ und „Verbreitens“ - etwa im Hinblick darauf, dass eine Vermarktung der Tonträger von Anfang an nur im Ausland geplant war - besteht kein Anlass. (Bearbeiter)

8. Der Begriff der Gewerbsmäßigkeit ist in § 108 a UrhG ebenso auszulegen wie bei anderen Strafvorschriften. Die unerlaubte Verwertung im Rahmen eines Gewerbebetriebs ist daher nicht gleichbedeutend mit der gewerbsmäßigen Tatbegehung. Gewerbsmäßig im Sinne von § 108 a UrhG handelt vielmehr, wer sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen will. Dabei kann es auch ausreichen, dass die Tat nur mittelbar als Einnahmequelle dient, der Täter sich also mittelbar geldwerte Vorteile über Dritte aus den Tathandlungen verspricht. (Bearbeiter)

9. Die Gewerbsmäßigkeit ist bei § 108 a UrhG ein strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal; sie kann daher weder über § 28 Abs. 2 StGB noch über § 14 Abs. 1 StGB zugerechnet werden. (Bearbeiter)

### 290. BGH 1 StR 71/04 – Beschluss vom 3. März 2004 (LG Stuttgart)

BGHSt; kein die Strafvollstreckung verkürzenden Ausspruch über die Anrechnung von Bewährungsleistungen bei der nachträglichen Einbeziehung einer Jugendstrafe mit Bewährung in eine Verurteilung zu Jugendstrafe ohne Bewährung; nachträglich gebildete Gesamtfreiheitsstrafe; bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 54 JGG.

§ 31 Abs. 2 JGG; § 55 StGB; § 54 JGG

1. Wird eine Verurteilung zu Jugendstrafe mit Bewährung nachträglich in eine Verurteilung zu Jugendstrafe

ohne Bewährung einbezogen, ist für einen die Strafvollstreckung verkürzenden Ausspruch über die Anrechnung von Bewährungsleistungen - anders als bei einer nachträglich gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe (vgl. BGHSt 36, 378) - kein Raum. (BGHSt)

2. Wird in eine nachträglich gebildete Gesamtfreiheitsstrafe ohne Bewährung eine zur Bewährung ausgesetzte Strafe einbezogen und ist für Bewährungsleistungen ein Ausgleich geboten, so hat dies durch eine die Strafvollstreckung verkürzende Anrechnung auf die Gesamtfreiheitsstrafe zu erfolgen (st. Rspr. seit BGHSt 36, 378). (Bearbeiter)

3. Ob, insbesondere im Hinblick auf den vorrangigen Erziehungsgedanken, im Falle des § 31 Abs. 2 JGG unabhängig etwa vom Gewicht sämtlicher Taten einerseits, dem Umfang der erbrachten Bewährungsleistungen andererseits und den übrigen Umständen des Einzelfalles die Berücksichtigung von Bewährungsleistungen stets ein im Sinne des § 54 JGG bestimmender und daher erörterungsbedürftiger Strafzumessungsgesichtspunkt ist, lässt der Senat offen. (Bearbeiter)

### **330. BGH 5 StR 420/03 – Urteil vom 5. Februar 2004 (LG Bochum)**

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 Buchstabe b UStG 1993 bzw. § 4 Nr. 21 Buchstabe a bb UStG 1999; unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienende Leistungen, Bescheinigung der zuständigen Landesbehörde, Begriff der berufsbildenden Einrichtung, Sofortmaßnahmen am Unfallort, richtlinienkonforme Auslegung); Kompensationsverbot (nachträgliche Steuerbefreiung; Ausgleich bei der Strafzumessung).

§ 370 AO; § 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 4 Nr. 21 Buchstabe b UStG 1993; § 4 Nr. 21 Buchstabe a bb UStG 1999

1. Im Rahmen des Schuldspruchs müssen bei der Steuerhinterziehung als verkürzte Steuern diejenigen Beträge angesehen werden, die auf die unrichtig erklärten oder verschwiegenen steuerlichen Vorgänge entfallen (Kompensationsverbot). Nur für solche Ermäßigungsgründe oder Steuervorteile, die im unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit den unzutreffenden Steuerklärungen stehen, bei denen es sich somit um die steuerrechtliche Beurteilung desselben Vorgangs handelt, gilt das Kompensationsverbot nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht.

2. Dies gilt auch dann, wenn infolge einer nachträglich eingeholten Genehmigung eine Steuerbefreiung eintritt: Eine nachträgliche rückwirkende schuldmindernde Berücksichtigung im Rahmen des Schuldspruchs kommt wegen des Kompensationsverbots nicht in Betracht.

3. Ermäßigungsgründe und Steuervorteile, die wegen des Kompensationsverbots nicht berücksichtigungsfähig sind, sind im Rahmen der Strafzumessung zu bedenken und strafmildernd einzustellen: Dem Täter einer Steuer-

hinterziehung sind nur die tatsächlichen steuerlichen Auswirkungen der Tat zur Last zu legen (vgl. BGHSt 47, 343, 350 f.; NJW 2002, 1963, 1965 f.).

4. Zur (richtlinienkonformen) Auslegung der § 4 Nr. 21 Buchstabe b UStG 1993; § 4 Nr. 21 Buchstabe a bb UStG 1999.

### **249. BGH 2 StR 355/03 - Urteil vom 4. Februar 2004 (LG Darmstadt)**

Untreue (Risikogeschäft; riskantes Handeln; unternehmerischer Spielraum).

§ 266 Abs. 1 StGB

1. Der Abschluss eines mit einem Risiko behafteten Geschäfts erfüllt nicht schon wegen des Risikos als solchem oder wegen des Eintritts eines Verlustes den Tatbestand der Untreue. Wirtschaftlich vernünftige Ausgaben im Rahmen kaufmännischen Unternehmergeistes dürfen nicht ohne weiteres pönalisiert werden.

2. Ein riskantes Handeln, dessen Folgen einen anderen treffen, ist in der Regel pflichtwidrig, wenn der Handelnde den ihm gezogenen Rahmen nicht einhält, insbesondere die Grenzen des verkehrsüblichen Risikos überschritten hat. Ein von § 266 StGB erfasstes Risikogeschäft liegt insbesondere dann vor, wenn der Täter bewusst und entgegen den Regeln kaufmännischer Sorgfalt eine äußerst gesteigerte Verlustgefahr auf sich nimmt, nur um eine höchst zweifelhafte Gewinnaussicht zu erhalten (BGH NSTz 1990, 437 f.).

3. Für die Beurteilung des eingeräumten Spielraums ist das zugrunde liegende Treueverhältnis maßgebend. Danach beurteilt sich, wie weit das Eingehen oder Vermeiden von Verlustrisiken sich im Rahmen der im Innenverhältnis bestehenden Pflichten hält.

### **317. BGH 5 StR 23/04 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Berlin)**

Ablehnung des Beweisantrags auf eine Zeugenvernehmung (tatsächliche Bedeutungslosigkeit); Aufklärungserfolg (Beziehung zum Beweisantragsrecht).

§ 31 BtMG; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Ein Angeklagter kann nicht mit neuen noch unbewiesenen Angaben erst in der Hauptverhandlung den noch nicht eingetretenen Aufklärungserfolg mit Hilfe des Beweisantragsrechts erreichen (vgl. BGHR BtMG § 31 Nr. 1 Aufdeckung 24).

2. Zur uneingeschränkten Geltung der Grundsätze des Beweisantragsrechts in derartigen Fällen.

### **291. BGH 1 StR 83/04 – Beschluss vom 16. März 2004 (LG Nürnberg)**

Täterschaft beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (untergeordnete Rolle; Gehilfenschaft; Einfuhr).

§ 27 StGB; § 29 BtMG

Im Einzelfall kann ein Täter der Einfuhr, der damit aus eigennützigen Motiven fremde Umsatzgeschäfte fördert, hinsichtlich des Handeltreibens nur Gehilfe sein; dies setzt aber voraus, dass seine Rolle insoweit nur ganz untergeordnet ist (vgl. BGH NStZ 2000, 482).

### 329. BGH 5 StR 415/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Dresden)

Betrug (Beendigung und Verjährung; Vorsatz); Verletzung der Buchführungspflichten (Tatmacht).  
§ 263 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 78a StGB; § 15 StGB; § 283b Abs. 1 Nr. 3 lit. b StGB

1. Beendet im Sinne des § 78a StGB ist der Betrug mit Erhalt des angestrebten rechtswidrigen Vermögensvorteils und Abschluss der Tat im Ganzen. Entsteht der Schaden erst durch verschiedene Ereignisse und vergrößert er sich durch sie nach und nach, dann ist der Zeitpunkt des letzten Ereignisses für die Beendigung maßgebend (vgl. BGHSt 27, 342, 343; BGHSt 46, 159, 166/167; BGH wistra 2001, 339).

2. Ist der Angeklagte tatsächlich gar nicht in der Lage gewesen, seinen Buchführungspflichten zu genügen, lässt

dies den Tatbestand des § 283b Abs. 1 Nr. 3 lit. b StGB entfallen (BGH NStZ 2000, 206 f.).

### 272. BGH 2 ARs 418/03 2 AR 276/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004

Zuständigkeitsbestimmung (Zuständigkeit für Entscheidungen über die Vollstreckung der Jugendstrafe); Zuständigkeitsübergang durch Verbüßen von Straftat in einem Gerichtsbezirk.  
§ 85 Abs. 2 JGG

Gemäß § 85 Abs. 2 JGG geht die Zuständigkeit auf das Amtsgericht über, in dessen Bezirk der Verurteilte in einer Justizvollzugsanstalt einsitzt. Diese kraft Gesetzes eintretende Übergang der Vollstreckung wird nicht dadurch rückgängig gemacht, dass ein früher mit der Sache befasstes anderes Gericht einen Beschluss nach § 456 a Abs. 1 StPO erlässt. Ein unzuständiges Gericht kann nicht durch Erlass einer Entscheidung die kraft Gesetzes verlorene Zuständigkeit wieder an sich ziehen. Mag auch die Entscheidung wirksam sein, führt sie jedoch nicht dazu, dass das unzuständige Gericht für weitere Entscheidungen wieder zuständig würde.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Völkerrechtliche Nachbesserung der Strafprozessordnung – jetzt!

Vorschläge zu §§ 136, 338 StPO anlässlich des Urteils des IGH vom 31. März 2004 im Fall *Avena* u.a. (Mexico v. United States of America) = HRRS 2004, Nr. 342<sup>1</sup>

Von Prof. Dr. Susanne Walther LL.M., Universität zu Köln

#### I. Ausgangsproblem

Wirksamer Individualrechtsschutz hängt, besonders im Strafverfahren, wesentlich von Information ab. Wer nicht weiß, welche Rechte ihm bei konkreten Eingriffen wie etwa Festnahme, Durchsuchung, Beschlagnahme, und polizeilicher Vernehmung zustehen, für den bleiben selbst die vorbildlichsten Grund- und Menschenrechte nur bedrucktes Papier. Durch Informationsdefizite besonders gefährdet ist, wer in fremdem Land strafrechtlich verfolgt wird.<sup>2</sup> Ein rechtsstaatliches Problem, das

auch Deutschland angeht. Denn schließlich gebietet Art. 3 III 1 GG: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden.“

Der Gesetzgeber trägt dem Befund, dass Individualrechtsschutz von Information abhängt, bislang - schon im Allgemeinen - nur unzureichend Rechnung.<sup>3</sup> Nur sehr zögerlich setzt sich insbesondere die Erkenntnis durch, dass den Belehrungspflichten der zuständigen Behörden im Strafverfahren gegenüber einem Beschuldigten *eigenständige* Individualrechte desselben entsprechen. Das dürfte sich daraus erklären, dass es bei diesen „Belehrungsrechten“ nicht um Abwehr-, sondern um Leistungsrechte geht, was im strafrechtlichen Kontext schon an sich ungewohnt wirkt. Noch ungewohnter ist freilich, dass es sich um eine sehr spezielle Art von Leistungsrechten handelt: Dem Beschuldigten ist ein Dienst ge-

teil der Ausländer an den Verurteilten lag bei ca. 24 %. Siehe Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2003, Abschnitt Rechtspflege, 15.6 und 15.7. Zur Erfassungs- und Deutungsproblematik der Kriminalität von „Ausländern“ bzw. „Nicht-deutschen“ vgl. z.B. Bock, Kriminologie (2. Aufl. 2000), Kap. 15.

<sup>3</sup> Ein entsprechendes Monitum gilt natürlich bezüglich der Informationsrechte des Deliktsoffiziers; doch kann dieses Thema hier nicht weiter verfolgt werden.

<sup>1</sup> IGH-Urteil v. 31.3.2004, abrufbar unter [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org) = HRRS 2004, Nr. 342.

<sup>2</sup> Zur Veranschaulichung: Der Anteil ausländischer Staatsangehöriger an den polizeilich ermittelten Tatverdächtigen betrug im Jahr 2001 (ohne Straßenverkehrsdelikte) rd. 25 %; der An-

schuldet, ohne dass er danach verlangt hat. Hauptbeispiel ist der in § 136 I StPO verankerte Anspruch, als Beschuldigter bei der ersten richterlichen Vernehmung u.a. auf das Schweigerecht und das Recht auf Verteidigerkonsultation hingewiesen zu werden; er besteht gleichermaßen bei jeder ersten Vernehmung durch die Polizei oder die Staatsanwaltschaft (§ 163a III 2, IV 2 StPO).

Die Aufwertung dieser Belehrungsrechte zu eigenständigen Verteidigungsrechten erfolgte in Deutschland erst in den 90er Jahren. Zu verdanken war sie nicht dem Strafgesetzgeber, sondern der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die sich ihrerseits durch gewandeltes Verfassungs- und Völkerrecht dazu (mehr oder weniger) gezwungen sah. Dabei ging es bislang stets um die Umsetzung von Normen, die eindeutig und unmittelbar den Zweck verfolgen, Individualrechte – in Gestalt von Grund- und Menschenrechten – zu verankern: Motor einer grund- und menschenrechtlichen Nachbesserung unserer Strafprozessordnung war vor allem die Rechtsprechung des Straßburger Gerichtshofs (EGMR) zu dem in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 verankerten Recht auf ein Faires Verfahren. Auch die völkerrechtliche Verpflichtung Deutschlands aus Art. 14 des Internationalen Paktes über Bürgerliche und Politische Rechte von 1966 (IPBPR) fand Eingang in die BGH-Rechtsprechung. Aus dem jahrzehntelang bloß als „Ordnungsvorschrift“ gedeuteten § 136 I StPO ist seit den Entscheidungen des 5. und des 4. Strafsenats aus dem Jahre 1992 ein durch Verwertungsverbote abgesichertes, eigenständiges Individualrecht des Beschuldigten geworden.<sup>4</sup> Dies bislang allerdings nur insoweit, als es um zwei Verteidigungsrechte von Grundrechtsrang geht, nämlich das Schweigerecht sowie das Recht auf Verteidigerkonsultation („nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen“ (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO)).<sup>5</sup>

Gewiß ein Fortschritt – aber ausreichend? Aus einer Fülle von Punkten, die ich noch auf der Wunschliste sehe, will ich – aus Anlaß des neuen IGH-Urteils – einen bislang wenig erörterten herausgreifen. Wie steht es eigentlich um die Gewährleistung des Rechts auf effektivi-

ve Verteidigung für den ausländischen Staatsangehörigen? Weder in der StPO selbst noch in den Justizgrundrechten der Art. 102-104 GG finden sich Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber sich der Frage bislang in gebotener Weise bewusst war. Zwar enthalten Art. 6 III a EMRK<sup>6</sup> sowie §§ 185 ff. GVG und § 259 StPO einzelne Mosaiksteine insofern, als es um die Fähigkeit zu sprachlicher Verständigung bzw. um das Recht auf Beiziehung eines Dolmetschers geht. Doch ist damit allein die Gefahr einer systematischen Verkürzung der Verteidigungsrechte des Ausländers vor einem fremden Strafgericht nicht zu bannen:

Wirksame Verteidigung setzt voraus, dass bereits weit im Vorfeld von Anklage und Gerichtsprozess, nämlich ab Beginn des Ermittlungsverfahrens und insbesondere bei ersten polizeilichen Zugriffen wie Festnahme und Vernehmung für die Absicherung von Schweigerecht und Verteidigerkonsultation gesorgt ist. Schließlich werden bereits im Ermittlungsverfahren häufig später nicht mehr korrigierbare Weichen für den Verlauf der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung und den Ausgang des Verfahrens gestellt. Die Verteidigung muß daher frühzeitig alle Möglichkeiten für eine Entlastung des Beschuldigten ausschöpfen, d.h. insbesondere herausfinden, ob stichhaltige Gründe für eine alsbaldige Einstellung des Verfahrens, und, falls entsprechende Vorstöße erfolglos bleiben, für eine Rechtfertigung, Entschuldigung, oder Strafmilderung vorgebracht werden können. Dazu aber kommt es weniger darauf an, dass der Beschuldigte *persönlich* die Behörden- bzw. Gerichtssprache spricht und versteht. Entscheidend ist vor allem, dass sich Beschuldigter und *Verteidigerbeistand* sprachlich gut – und das heißt: möglichst ohne Dolmetscher – verständigen können. Außerordentlich bedeutsam ist sodann, dass der *Verteidigerbeistand* in der Lage ist, sich mit den anderen Verfahrensbeteiligten<sup>7</sup>, etwa mit Mitbeschuldigten, ansonsten natürlich mit Polizei, Staatsanwaltschaft und Gericht, und gegebenenfalls auch mit übergeordneten politischen Instanzen in Verbindung zu setzen. Wichtig ist gleichermaßen, dass er bei den professionellen Verfahrensbeteiligten als sachkundig anerkannt und persönlich „in good standing“ ist, und (daher) dem Anliegen, bereits den Tatverdacht oder zumindest das öffentliche Interesse an einer gerichtlichen Strafverfolgung auszu-

<sup>4</sup> BGHSt. 38, 214 ff., St. 38, 372 ff.; vgl. auch BGHSt. 42, 15. Zur neueren Entwicklung im Überblick *Meyer-Goßner*, StPO (46. Aufl. 2003), Rdn. 20 ff.

<sup>5</sup> Zum Verwertungsverbot, wenn der Beschuldigte über das Recht auf *Verteidigerkonsultation* nicht oder unzureichend belehrt worden ist, siehe BGHSt. 47, 172 ff.; AG Neumünster, StV 2001, 498 m. Anm. *Gübner*. - Belehrungspflichten enthält die StPO im übrigen für den Fall strafprozessual veranlasster Freiheitsentziehung, nämlich bei der richterlichen Vorführung eines Beschuldigten auf Grund eines Haftbefehls (§ 115 Abs. 3 StPO) oder nach vorläufiger Festnahme (§ 128 Abs. 1 S. 2 iVm § 115 Abs. 3 StPO). Allerdings beschränken sich letztere (bislang) auf den Zweck, das *Schweigerecht* abzusichern. Eine selbständige Absicherung auch des Rechts auf Verteidigerkonsultation enthalten sie ihrem Wortlaut nach nicht. (Nur) soweit der Beschuldigte zugleich einer *ersten* richterlichen Vernehmung unterzogen wird, erwachsen entsprechende Hinweis- und Belehrungsrechte, da dann auch § 136 StPO Anwendung findet.

<sup>6</sup> Art. 6 Abs. 3 a) EMRK gewährleistet das Recht der „angeklagten Person“, in einer „ihr verständlichen Sprache“ über die Beschuldigung unterrichtet zu werden, und Abs. 3 e) verbürgt das Recht auf unentgeltliche Unterstützung durch einen Dolmetscher für den Fall, dass der Angeklagte „die Verhandlungssprache des Gerichts nicht versteht oder spricht“.

<sup>7</sup> Siehe z.B. *Gillmeister*, in Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, Bd. 1 (3. Aufl. 2004), § 4 H („Das Strafverfahren ist mehr als alle anderen Verfahrensarten durch die Persönlichkeiten der Beteiligten geprägt. In vielen Fällen empfiehlt es sich deshalb, persönlichen Kontakt zu den anderen Verfahrensbeteiligten zu suchen.“). Lesenswert zur Gesamtproblematik im übrigen *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten (1995).

räumen, wirksam – das heißt vor allem: rechtzeitig<sup>8</sup> – Gehör verschaffen kann. Falls gleichwohl die Durchführung eines Gerichtsprozesses in concreto nicht abgewendet werden kann, muß der Verteidiger persönlich in der Lage sein, im näheren sozialen Umfeld des Beschuldigten, ja gegebenenfalls auch in dessen Heimatland zu recherchieren (oder recherchieren zu lassen), um möglichst alle relevanten Entlastungsmomente zusammen zu tragen. Sofern der Beschuldigte ausländischer Staatsangehöriger ist, werden sich diese – dann ungleich komplexeren - Verteidigungsaufgaben in der Regel nur durch ein Verteidigungsteam meistern lassen, dem auch Experten aus dem Heimatstaat des Beschuldigten oder sonst mit den sprachlichen, rechtlichen und kulturellen Besonderheiten vertraute Sachkundige angehören.

Um diesem Befund gerecht zu werden bedarf es einer Schutzkonzeption, die in geeigneter Weise bei der Fremdeneigenschaft der Person ansetzt. Leicht gesagt; die Frage des „Wie“ führt aber in einen Strudel von Problemen hinein, vor allem in Einwanderungsgesellschaften, zu denen auch Deutschland gehört.<sup>9</sup> Ob und nach welchen Kriterien die Gruppe der in Folge von „Fremdheit“ im Strafverfahren diskriminierungsgefährdeten Bevölkerungsgruppen mittel- und langfristig sachgerecht erfasst werden kann, gibt sicherlich ein Fundamentaltheorem für die künftige Strafrechtswissenschaft ab. Für die Gegenwart sind wir indes aufgefordert, erste kleine Schritte anhand jenes vor 40 Jahren gewählten Modells zu unternehmen, das schlicht an das Personalstatut – also die Staatsangehörigkeit – anknüpft.<sup>10</sup>

Die Rede ist von Art. 36 WÜK (Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen v. 24. April 1963<sup>11</sup>). Unter der Überschrift „Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates“ sieht Art. 36 I b) ein Benachrichtigungsrecht vor, welches durch ein entsprechendes Belehrungsrecht abgesichert wird:

**Art. 36 I** Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates. (1) Um die Wahrung konsularischer Aufgaben in bezug auf Angehörige des Entsendestaates zu erleichtern, gilt folgendes:

a) ....

b) die zuständigen Behörden des Empfangsstaates haben die konsularische Vertretung des Entsendestaates auf Verlangen des Betroffenen unverzüglich zu unterrichten, wenn in deren Konsularbezirk ein Angehöriger

<sup>8</sup> Instruktiv dazu – speziell zur Initiativaufgabe des Verteidigers, eine Verfahrenseinstellung zu erreichen – *Gillmeister* (Fn. 7), § 7 B.

<sup>9</sup> Vgl. nur – im kriminologischen Kontext – *Bock* (Fn. 2), Rdn. 1021 ff.

<sup>10</sup> Die heute vorprogrammierten Schief lagen bei der Anknüpfung an das Personalstatut werden z.B. an dem im Jahre 2001 vom IGH entschiedenen Fall *LaGrand* deutlich; dazu *Weigend*, in FS Lüderssen (2002), 463 ff.; *Hillgruber*, JZ 2002, 94 ff., sowie die Nachweise unten Fn. 19, 31.

<sup>11</sup> Für die Bundesrepublik Deutschland in Kraft getreten am 7.10.1991, BGBl. II S. 1285; abgedr. in der Gesetzessammlung Sartorius II unter Nr. 326.

dieses Staates **festgenommen, in Straf- oder Untersuchungshaft genommen oder ihm anderweitig die Freiheit entzogen ist.** Jede von dem Betroffenen an die konsularische Vertretung gerichtete Mitteilung haben die genannten Behörden ebenfalls unverzüglich weiterzuleiten. **Die Behörden haben den Betroffenen unverzüglich über seine Rechte auf Grund dieser Bestimmung zu unterrichten;**<sup>12</sup>

c) ...

Doch verbürgt diese – völkervertragsrechtliche – Bestimmung überhaupt Individualrechte – oder geht es hier nur – wie schon der Konventionsname nahe legt – um die Gewährleistung friedlicher und freundlicher zwischenstaatlicher Beziehungen? Falls doch (auch) Individualrechte verbürgt werden: Welche Schutzzwecke verfolgen sie? Und wie können diese durchgesetzt werden: Nur in mediatisierter Form, d.h. über die in Art. 1 Fakultativprotokoll zum WÜK vorgesehenen, spezifisch völkerrechtlichen Weg der Staatenbeschwerde zum IGH?<sup>13</sup> Oder müßte nicht – zusätzlich – auch eine Rechtsdurchsetzung im Rahmen des jeweiligen innerstaatlichen Rechtsmittelverfahrens in Strafsachen und gegebenenfalls per Verfassungs- oder gar Menschenrechtsbeschwerde gegeben sein? Daß solche Überlegungen höchst zeitgemäß sind beweist der Umstand, dass der BGH sich unlängst mit einer entsprechenden (Verfahrens-) Rüge im Revisionsverfahren zu befassen hatte; der Beschwerdeführer machte geltend, dass das gegen ihn erlassene Urteil infolge unterlassener Belehrung über seine Rechte nach dem WÜK auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.<sup>14</sup>

## II. Konsularische Benachrichtigung als Element des Grundrechts auf effektive Verteidigung? Zur Entscheidung des IGH im Fall *Avena u.a. (Mexico v. United States)*

Plausibilität können derartige Rechtsschutzbegehren indessen nur dann entfalten, wenn die in Art. 36 I b WÜK gewährleisteten Rechte überhaupt darauf ausgerichtet sind, (auch) strafprozessuale Schutz- und Verteidigungsinteressen eines Beschuldigten zu wahren. Verfolgte diese Norm hingegen nur andere, selbständig – und unabhängig – neben Verteidigungsbelangen im Strafprozeß stehende Zwecke, etwa den, zu verhindern, „dass Angehörige des Entsendestaates, die außerhalb ihrer Heimat vielfach nur über geringe oder gar keine Sozialkontakte verfügen, dort auf Grund staatlichen Zugriffs aus der Öffentlichkeit verschwinden“,<sup>15</sup> so spräche dies eher dafür, dass ein „Beruhen“ des Strafurteils auf der Gesetzesverletzung für die Norm des Art. 36 I b WÜK von vornherein ausgeschlossen ist.<sup>16</sup> Man müßte schon den Beweis führen, dass eben auch die Kategorie

<sup>12</sup> Hervorhebungen hinzugefügt.

<sup>13</sup> Siehe *Berber*, Völkerrecht, Dokumentensammlung Bd. I (1967), S. 884; englischer Text in AJIL 57 (1963), 995.

<sup>14</sup> BGH, Beschl. V. 7.11.2001 – 5 StR 116/01, NStZ 2002, 168.

<sup>15</sup> So BGH aaO.

<sup>16</sup> Vgl. allgemein *Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 337 Rdn. 4, 37.

der Benachrichtigungsrechte, die ja dem deutschen Recht nicht unbekannt ist, wie das Recht auf Benachrichtigung für den Fall richterlich angeordneter Freiheitsentziehung in Bezug auf Angehörige und Vertrauenspersonen zeigt (Art. 104 IV GG, § 114b StPO), der Gewährleistung effektiver Verteidigung im Strafverfahren dient. Zu dieser Beweisführung hat sich in Deutschland offenbar bislang niemand berufen gesehen.

Ob Rechtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland sich auch künftig gewiß sein dürfen, dass es sich beim Typus der Benachrichtigungspflichten in *strafprozessualer* Hinsicht generell um eine *quantité négligeable* – weil (insofern) der Kategorie „Soll- und Ordnungsvorschrift“<sup>17</sup> zuzuordnen – handelt, wird durch die neueste Rechtsprechung des Haager Internationalen Gerichtshofs grundlegend in Frage gestellt. Nicht nur, dass der IGH bereits in der Entscheidung im Fall *LaGrand* (Germany v. United States of America), noch klarer aber jetzt im Fall *Avena u.a.* (Mexico v. United States of America) den auch *individualrechtlichen* Charakter von Art. 36 I b WÜK herausgestellt hat.<sup>18</sup> Dies ist zu Recht von völkerrechtlicher Seite begrüßt worden.<sup>19</sup> Von strafrechtlicher Seite ist indes festzustellen: Der IGH hat zugleich einen bedeutsamen Schritt für die Verankerung des Benachrichtigungsrechts beim Beschuldigten-Grundrecht auf effektive Verteidigung getan.

Gewiß: Der Gerichtshof hat zur Rechtsnatur des Benachrichtigungsrechts nicht explizit Stellung genommen, und sich, wie bereits im Fall *LaGrand* (2001) so auch im Fall *Avena* (2004) den Anträgen der Klägerseite (Deutschland bzw. Mexico), festzustellen, es handle sich sogar um ein Menschenrecht, entzogen.<sup>20</sup> Die Entscheidungsgründe lassen indes keinen Zweifel daran, dass der Gerichtshof Art. 36 I b WÜK a) den *strafprozessualen* Rechten des Beschuldigten zuordnet, und b) geneigt ist, darin eine Ergänzung des Grundrechts auf Verteidigerkonsultation zu sehen. Dies sind die Belege:

<sup>17</sup> Zum Streitstand über diese Kategorie vgl. die Nachw. bei *Meyer-Goßner* (Fn. 4), Rdn. 4.

<sup>18</sup> IGH-Urteil (oben Fn. 1), Nr. 40. Genauer gesagt geht der Gerichtshof von einem Doppelcharakter von Art. 36 Nr. 1 WÜK aus: Die Rechte des Entsendestaates und die des Individuums seien miteinander verknüpft dergestalt, daß durch eine Verletzung der Individualrechte zugleich die Rechte des Staates verletzt seien, und umgekehrt. Der Kläger – hier Mexico –, der vor dem Gerichtshof eine Rechtsverletzung im eigenen Namen geltend mache, könne „unter diesen besonderen Umständen“ zugleich verlangen, daß der Gerichtshof auch über die indirekte Verletzung durch Verletzung von Individualrechten befunde. Ein solches Rechtsbegehren unterliege nicht der Zulässigkeitsvoraussetzung der vorherigen Ausschöpfung lokaler Rechtsmittel.

<sup>19</sup> Instruktiv *Oellers-Frahm*, in T. Marauhn (Hrsg.), *Die Rechtsstellung des Menschen im Völkerrecht* (2003), S. 21 ff., *dies.*, EuGRZ 2001, 265 ff.; *dies.*, NJW 2001, 3688 ff. Ablehnend hingegen *Hillgruber*, JZ 2002, 94, 96 ff. (Anmerkung zum Fall *LaGrand*).

<sup>20</sup> Für die Interpretation als Menschenrecht *Oellers-Frahm*, EuGRZ 2001, 265, 268.

- Der Zweck der Konvention liegt, so der Gerichtshof, darin, zu gewährleisten, dass die Konsularbeamten „mit den Staatsangehörigen des Entsendestaates frei kommunizieren können, Zugang zu ihnen haben, sie besuchen und mit ihnen sprechen *und ihre rechtliche Vertretung arrangieren können*“.<sup>21</sup>

- Art. 36 I b WÜK enthält nach der Interpretation des IGH drei Elemente, die separat, aber miteinander verknüpft sind<sup>22</sup>: (1) das Recht des Betroffenen, unverzüglich über seine Rechte aus dieser Norm *informiert* zu werden; (2) das Recht des Konsulats, unverzüglich über das Festhalten (detention) des Betroffenen *benachrichtigt* zu werden, wenn dieser es verlangt; und (3) die Verpflichtung des Empfangsstaates, jegliche an das Konsulat adressierte Mitteilung der festgehaltenen Person unverzüglich weiterzuleiten.

- Bereits aus dem Wortlaut von Art. 36 I b WÜK („arrested or committed to prison or to custody pending trial or is detained in any other manner“<sup>23</sup>) ist ersichtlich, dass die Norm auch innerhalb des Strafverfahrens beachtet werden muß. Insbesondere kann der Tatbestand der „detention“ – also des (behördlichen) Festhaltens des Beschuldigten – bereits in der Situation der *Vernehmung* erfüllt sein. Als Grundsatz gilt jedenfalls: Werde eine Person festgehalten, so *müsse* sie über das Benachrichtigungsrecht belehrt werden sobald nach den konkreten Umständen Grund zu der Annahme bestehe, dass es sich um einen ausländischen Staatsangehörigen handeln könnte.<sup>24</sup>

- Der IGH zeigt deutliche Sympathie für die in den USA von manchen Polizeibehörden bereits geübte Praxis, bei polizeilicher (kustodialer) Vernehmung die Belehrung über das Recht auf Benachrichtigung des Heimatkonsulats routinemäßig in die allgemeine, verfassungsrechtlich gebotene Rechtsbelehrung aufzunehmen („Miranda rule“<sup>25</sup>): „Indeed, were each individual to be

<sup>21</sup> IGH-Urteil (oben Fn. 1), Nr. 85; Hervorhebung hinzugefügt. (Original: „As for the object and purpose of the Convention, the Court observes that Article 36 provides for consular officers to be free to communicate with nationals of the sending State, to have access to them, to visit and speak with them and to arrange for their legal representation“). Freilich sei das nicht so zu verstehen, daß etwa Konsularbeamte selbst als Rechtsvertreter oder Rechtsbeistände im Strafverfahren fungierten.

<sup>22</sup> IGH-Urteil (Fn. 1), Nr. 61.

<sup>23</sup> Die deutsche Übersetzung des Ausdrucks „who is detained“ mit „dem die Freiheit *entzogen* ist“, ist schief; sie lädt zu dem Mißverständnis einer Gleichsetzung des Anwendungsbereichs mit demjenigen von Art. 104 IV GG, § 114b StPO durchaus ein.

<sup>24</sup> IGH-Urteil (Fn. 1), Nr. 63 („The Court finds that the duty upon the detaining authorities to give the Article 36, paragraph 1 (b), information to the individual arises once it is realized that the person is a foreign national, or once there are grounds to think that the person is probably a foreign national. Precisely when this may occur will vary with circumstances“).

<sup>25</sup> Benannt nach der Leitentscheidung des U.S. Supreme Court in *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966); eingehend dazu *Salditt*, GA 1992, 51 ff.

told at that time [of detention, d. Verf.] that, should he be a foreign national, he is entitled to ask for his consular post to be contacted, compliance with this requirement under Art. 36, paragraph 1 (b), would be greatly enhanced."<sup>26</sup>

### III. Für eine Absicherung der in Art. 36 I b WÜK enthaltenen Beschuldigtenrechte in § 136 I und § 338 StPO

Aus alledem folgt: Auf die Rechtslage in Deutschland bezogen ergänzt das Recht auf konsularische Benachrichtigung keineswegs – wie der BGH meinte<sup>27</sup> – *allein* die in Art. 104 IV GG und § 114b StPO verbürgten Rechte. Denn während die dort verbürgten Rechte auf Benachrichtigung (eines Angehörigen oder einer Vertrauensperson) nur eingreifen, wenn dem Beschuldigten aufgrund richterlicher Entscheidung die Freiheit entzogen worden ist, reicht der Schutzbereich von Art. 36 I b WÜK sehr viel weiter. Aus der Konzeption des IGH folgt, dass das Recht auf Benachrichtigung des Konsulats in jeder Situation der „detention“, auch der „nur“ polizeilichen, zugleich das Recht auf Verteidigerbeistand ergänzt.

1. Ergibt sich hieraus Handlungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber? Nicht unmittelbar und zwingend, denn schließlich sind die Entscheidungen des IGH nur *inter partes* verbindlich (Art. 59 IGH-Statut). Indessen ist anerkannt, dass die Wirkung solcher Urteile doch weiter reicht. Für die per Urteilsspruch nunmehr zum zweiten Male höchstrichterlich verpflichtete Streitpartei USA entsteht eine faktische Verpflichtung, in *jedem* Fall eines Strafverfahrens gegen einen Ausländer die Beachtung der Konsularrechtskonvention zu gewährleisten, einschließlich der ihm im Falle ihrer Verletzung unabhängig vom Stand des Verfahrens einzuräumenden Rechtsmittel.<sup>28</sup> Diese Pflicht trifft dann implizit auch alle anderen Vertragsstaaten des WÜK.<sup>29</sup> Im übrigen sind die Vertragsstaaten – also auch Deutschland – unmittelbar aus der Konvention selbst verpflichtet. Sie haben gemäß Art. 36 II WÜK dafür zu sorgen, dass ihre Gesetze und sonstigen Rechtsvorschriften „es ermöglichen [...], die Zwecke vollständig zu verwirklichen, für welche die in diesem Artikel vorgesehenen Rechte eingeräumt werden“.<sup>30</sup> Diese Verpflichtung aus eigenen Stücken ernst zu nehmen ist für den deutschen Gesetzgeber besonders veranlasst – hat doch Deutschland selbst unlängst (nämlich im Fall *LaGrand*) nicht nur den IGH ersucht festzustellen, dass Art. 36 I b WÜK sogar ein *Menschenrecht* verbür-

ge,<sup>31</sup> sondern auch die Behauptung aufgestellt, seine eigenen Gesetze stünden in vollem Einklang mit den im Verfahren gegen die USA eingeklagten völkerrechtlichen Standards, insbesondere könne eine Verletzung von Art. 36 I b WÜK nach der deutschen Strafprozessordnung im Wege der Revision geltend gemacht werden.<sup>32</sup> Davon kann in Wirklichkeit keine Rede sein.<sup>33</sup>

Für den deutschen Gesetzgeber ergeben sich aus der jüngsten IGH-Rechtsprechung daher folgende Konsequenzen:

Full effect – volle Wirksamkeit – der in Art. 36 I b (mit-) enthaltenen strafprozessualen Beschuldigtenrechte setzt eine Doppelstrategie voraus. Es geht ja, genau genommen, innerhalb des vom IGH so gedeuteten „ersten Elements“ dieser Norm um *zwei* Individualrechte, die einzeln und spezifisch abgesichert werden müssen – und zwar *innerhalb* des Strafverfahrens selbst<sup>34</sup>: Zum einen das Individualrecht auf *Belehrung* über das Benachrichtigungsrecht; zum anderen natürlich das Recht auf *Vornahme* der Benachrichtigung, wenn der Betroffene dies verlangt.<sup>35</sup> Beide Rechte ergänzen das Recht auf Verteidigerbeistand, das seinerseits Bestandteil des Rechts auf ein Faires Verfahren ist. Sie nehmen daher auch an dessen Grundrechtsrang teil (Art. 6 I EMRK, Art. 1 I i.V.m Art. 2 I, Art. 20 III GG).

2. Diesem Rang angemessen ist es zunächst, die *Belehrungspflicht* aus Art. 36 I b WÜK denjenigen in § 136 I 2 StPO gleichzustellen und sie damit – wie jene – über ein beweisrechtliches Verwertungsverbot<sup>36</sup> abzusichern. Gesetzesverstöße sind sodann gemäß § 337 StPO

<sup>31</sup> IGH (Fall *LaGrand*), I.C.J. Reports 2001, Nr. 75; dazu auch *Oellers-Frahm*, in T. Marauhn (Fn. 19), S. 36; *dies.*, EuGRZ 2001, 265 ff. 268.

<sup>32</sup> IGH (Fall *LaGrand*), I.C.J. Reports 2001, Nr. 62 („Germany... maintains that its law and practice is fully in compliance with the standards which it invokes. In this regard, it explains that the German Code of Criminal Procedure provides a ground of appeal where a legal norm, including a norm of international law, is not applied or incorrectly applied and where there is a possibility that the decision was impaired by this fact.“).

<sup>33</sup> Siehe nur die BGH-Entscheidung von November 2001, oben Fn. 14; dazu bereits oben unter II.

<sup>34</sup> Für den im folgenden vorgeschlagenen Ausbau der *Rechtsmittel* ergibt sich dies aus Art. 36 II WÜK selbst. Danach entsteht für den Fall einer Verletzung von Beschuldigtenrechten eine *völkerrechtliche* Wiedergutmachungspflicht, deren Erfüllung im konkreten Fall verlangt, „review and reconsideration“ sowohl der Verurteilung als auch der Strafzumessung zu ermöglichen, und zwar „within the overall judicial proceedings“: IGH-Urteil (Fn. 1), Nr. 115 ff., 120, 138-143.

<sup>35</sup> Die „Drei-Elemente“-Analyse des IGH im Fall *Avena* (aaO Nr. 61) ist insofern noch präzisierungsbedürftig.

<sup>36</sup> Vgl. bereits oben bei Fn. 4. Zur Idee eines Beweisverwertungsverbots auch *Weigend* (Fn. 10), S. 475, wobei aber zum einen zwischen Belehrungs- und Benachrichtigungsrecht nicht näher differenziert wird und zum anderen unklar bleibt, ob der Autor eine Beweisverbotslösung für das künftige Recht empfehlen würde oder nicht.

<sup>26</sup> IGH-Urteil (Fn. 1), Nr. 64.

<sup>27</sup> Oben Fn. 14.

<sup>28</sup> Dazu *Oellers-Frahm*, in T. Marauhn (Fn. 19), S. 35 (anlässlich des Falls *LaGrand*).

<sup>29</sup> *Oellers-Frahm* aaO.

<sup>30</sup> Originaltext: „...the said laws and regulations must enable full effect to be given to the purposes for which the rights accorded under this article are intended“. Siehe IGH-Urteil (Fn. 1), Rn. 108 ff.

revisibel.<sup>37</sup> In der konkreten Ausgestaltung sollte die Belehrungspflicht aus Art. 36 I b WÜK nicht an besondere Tatbestandsvoraussetzungen (etwa das Vorliegen einer „Feststellung“ oder „konkreten Vermutung“ der Ausländereigenschaft des Beschuldigten) knüpfen<sup>38</sup>; bestmöglicher Rechtsschutz erfordert es, sie in die Allgemeinnorm des § 136 I 2 StPO direkt einzubeziehen. Das könnte folgendermaßen geschehen:

§ 136 [Erste Vernehmung]

(1)<sup>1</sup> Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen.<sup>2</sup> Er ist darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen; jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen; **und dass er, falls er Staatsangehöriger eines anderen Landes sei, unverzüglich die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung des betreffenden Staates verlangen kann.**<sup>3</sup> ...

3. Das Recht auf *Vornahme* der Benachrichtigung müßte – um „volle Wirksamkeit“ zu gewährleisten – sowohl durch Beweisverwertungsverbote als auch mit Hilfe eines neuen, absoluten Revisionsgrundes (§ 338 StPO) abgesichert werden. Hier geht es um den Fall, dass die zuständigen Strafverfolgungsbehörden trotz entsprechenden Verlangens des Beschuldigten dessen Konsulat nicht oder nicht unverzüglich unterrichtet haben.<sup>39</sup> Sachlich ist die Nichterfüllung des Benachrichtigungsverlangens – nach dem oben Gesagten – unter bestimmten Umständen, insbesondere im Rahmen einer auf Beweisgewinnung zielenden Verfahrenslage (namentlich bei Vernehmung sowie bei Zwangseingriffen), so gravierend, dass sie dem Tatbestand einer „unzulässigen Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt“ nahe kommt, § 338 Nr. 8 StPO. Das geltende Recht bietet indessen gleichwohl keine zufrieden stellende Lösung (was übrigens auch für das Recht auf Verteidigerkonsultation gilt!<sup>40</sup>). Die An-

<sup>37</sup> Auf die (schon bisher) umstrittene „Widerspruchslösung“ des BGH muß dabei verzichtet werden; denn sie kommt einer prozessualen Präklusionsregel („procedural default rule“) gleich, die der IGH im Fall *Avena* erneut – und noch deutlicher als im Fall *LaGrand* – mißbilligt hat; vgl. IGH-Urteil (Fn 1), Nr. 133 f. – Zum Streitstand bei § 136 StPO vgl. *Meyer-Gofßner* (Fn. 4), § 136 Rdn. 21.

<sup>38</sup> Wie der IGH im Fall *Avena* am Beispiel der USA deutlich macht (IGH-Urteil [Fn. 1], Nr. 64), gibt es nämlich heute keine äußeren Sachmerkmale, anhand derer Polizeibeamte, Staatsanwälte oder Richter verlässlich erkennen könnten, ob der konkrete Verdächtige oder Beschuldigte ausländischer Staatsangehöriger ist oder nicht.

<sup>39</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich des weiteren die Frage, welche Bedeutung dem vom IGH herausgestellten dritten Element der in Art. 36 I b WÜK enthaltenen Rechte zukommt: Der Verpflichtung des Empfangsstaates zur unverzüglichen *Weiterleitung* von Mitteilungen des Betroffenen. Der IGH konnte dies bislang offen lassen; vgl. IGH-Urteil (Fn. 1), Nr. 62.

<sup>40</sup> Ein Beispiel für die Verweigerung eines Konsultationsverlangens findet sich im Fall BGHSt. 38, 372; der Sache nach

wendbarkeit von § 338 Nr. 8 StPO setzte nämlich – da sie eine Beschränkung der Verteidigung „durch einen Beschluß des Gerichts“ verlangt – voraus, dass die Erfüllung eines im Ermittlungsverfahren missachteten Benachrichtigungsverlangens (entsprechendes gilt für das Verlangen nach Verteidigerkonsultation) grundsätzlich noch in der Hauptverhandlung nachgeholt werden könnte. Das scheitert aber daran, dass Ermittlungs- und Hauptverfahren nicht isoliert nebeneinander stehen, sondern das eine das andere „vorbereitet“, damit aber auch vorstrukturiert, ja vielfach nicht nur das „Wie“, sondern sogar schon das „Ob“ *vorbestimmt*.<sup>41</sup> Polizei, Staatsanwaltschaft oder Richter, die im Ermittlungsverfahren eine Benachrichtigungspflicht aus Art. 36 I b WÜK (oder Pflichten zur Ermöglichung von Verteidigerkonsultation) zu erfüllen haben, sind daher, zivilistisch gesprochen, in der jeweiligen Verfahrenslage Schuldner eines Fixgeschäfts. Man sollte daher den Katalog des § 338 StPO erweitern:

§ 338 [Absolute Revisionsgründe] Ein Urteil ist stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen,

(1.- 8.....)

**9. wenn einem Verlangen des Beschuldigten nach Konsultatsbenachrichtigung oder nach Verteidigerkonsultation unter Verletzung seiner Rechte (Art. 36 I b WÜK, Art. 6 I, III c EMRK, § 136 I 2 StPO) nicht oder nicht unverzüglich entsprochen worden ist.**

4. Zu guter Letzt: Für den Fall, dass der Internationale Gerichtshof in einem gegen Deutschland gerichteten Streitverfahren eine Verletzung von Art. 36 I b WÜK festgestellt hat, umfaßt, sofern die Verurteilung bereits rechtskräftig geworden ist, die völkerrechtliche Wiedergutmachungspflicht aus Art. 36 II WÜK auch die Ermöglichung einer Wiederaufnahme des Verfahrens. Der deutsche Gesetzgeber sollte dem durch eine Ergänzung des § 359 Nr. 6 StPO Rechnung tragen.<sup>42</sup> Ob es für die dort dann versammelten, völkerrechtlich legitimierten Wiederaufnahmegründe auch künftig angemessen ist, die Berufung auf sie pauschal in Gestalt einer „Beruhensklausel“ tatbestandlich zu beschränken (also nach dem Muster eines „relativen“ Revisionsgrundes, § 337 StPO), muß allerdings bezweifelt werden.

Bei alledem ist indes noch einmal ins Bewusstsein zu rufen: Mit einer Lösung, die schlicht an das Personalsta-

behandelt der BGH die gerügten Gesetzesverletzungen zu Recht wie einen absoluten Revisionsgrund.

<sup>41</sup> Die Annahme von *Weigend* (Fn. 10), S. 470, „was immer das Konsulat zu einem effektiveren Rechtsschutz seines Staatsangehörigen beitragen“ könne, werde „in der Regel auch noch in der Hauptverhandlung Wirkung entfalten können“, erscheint im Hinblick auf die eminente Aufgabe der Verteidigung, möglichst frühzeitig alle Tatsachen und Rechtsgründe für eine Verfahrenseinstellung oder zumindest eine Abmilderung bzw. Beschränkung der Anklagepunkte vorzubringen (vgl. für das deutsche Recht insbesondere §§ 153c-f sowie §§ 154-154b StPO), realitätsfern.

<sup>42</sup> So bereits *Weigend* (Fn. 10), S. 473 ff.

tut anknüpft, dürfen wir „Strafrechtler“ uns keinesfalls begnügen. Die neue IGH-Entscheidung ist nicht nur aus völkerrechtlicher, sondern auch aus strafrechtlicher Sicht Grund zum Feiern. Doch wäre mit der nunmehr angezeigten Integration von Art. 36 I b WÜK in das Strafpro-

zessrecht für die Realisierung des Großprojekts, für eine effektive Gewährleistung der Beschuldigtengrundrechte im Einklang mit Art. 3 III GG zu sorgen, erst ein bescheidener Anfang gemacht.

## Strafrechtliche Überprüfung der Angemessenheit von Anwaltshonoraren?

Zugl. Besprechung von BVerfG vom 30.03.2004 – 2 BvR 1520/01 = HRRS 2004 Nr. 238

Von Universitätsassistent (Schweiz)  
Tilo Mühlbauer, Zürich

*Der Beitrag erläutert vollständig die aktuelle Entscheidung des BVerfG zur Geldwäsche durch Verteidiger bei Entgegennahme eines Honorars. Dabei werden die Aussagen des Gerichtes vor der bisher angelaufenen Rechtsprechung und den Stellungnahmen des Schrifttums verarbeitet. Der Verfasser stimmt den rechtsstaatlichen Bedenken des Gerichtes gegen eine unbeschränkte Anwendung des § 261 StGB auf Strafverteidiger und der Anknüpfung an dessen Recht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu, kritisiert aber einzelne, bei einer Gesamtschau eher unauffällige Passagen der Entscheidung, etwa zum Verhältnis der § 261 Abs. 9 und 10 StGB zu § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Die Ablehnung einer Reduktion des objektiven Tatbestandes wird als nicht stichhaltig dargestellt. Der Ausweg über erhöhte Anforderungen an den subjektiven Tatbestand kann nach Meinung des Verfassers die Gefahr einer Infiltration der Vertrauenssphäre zwischen Mandant und Verteidiger nur bannen, wenn die Anweisungen des Gerichtes zur verfassungskonformen Anwendung der Strafnorm von den Staatsanwaltschaften und Gerichten ernst genommen werden. Er plädiert deswegen unter Entwicklung konkreterer Vorschläge für eine an Art. 103 Abs. 2 GG ausgerichtete, restriktive Handhabung jener Kriterien, welche nach der Entscheidung Indizien „sicherer Kenntnis“ des Verteidigers von der „bemakelten“ Herkunft der Vermögenswerte sind.*

### A. Einführung: Hintergrund und Kernaussage der Entscheidung.

Die lange erwartete Entscheidung befasst sich mit der praktisch relevant gewordenen und höchst umstrittenen Frage, ob sich ein Verteidiger nach § 261 Abs. 1 und 2 Nr. 1 StGB strafbar machen kann, wenn er zur Befriedigung seiner Honorarforderung vom Mandanten Vermögenswerte in Empfang nimmt, die aus einer Katalogtat nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB herrühren. Der Auffangtatbestand, der nach seinem Wortlaut schon ohne jede Manipulationstendenz vorgenommene Anschaf-

fungshandlungen erfasst<sup>1</sup>, soll den Vortäter wirtschaftlich isolieren, indem Vermögenswerte aus deliktischer Herkunft verkehrsunfähig gemacht werden.<sup>2</sup> Nach der amtlichen Begründung soll die Rechtspflege, daneben das durch die Vortat verletzte Rechtsgut geschützt sein.<sup>3</sup>

Das OLG Hamburg<sup>4</sup> sprach sich Anfang 2000 für eine verfassungsgemäße (teleologische) Reduktion des objektiven Tatbestandes aus, weil eine Pönalisierung der Annahme „bemakelten“ Honorars zahlreiche rechtstatsächliche Auswirkungen entfaltet, die das verfassungsmäßig verbürgte Institut der Wahlverteidigung in Frage stellen würden. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, konkret der Erforderlichkeit und Angemessenheit, bestünden erhebliche Zweifel daran, dass die Annahme eines Verteidigerhonorars die Rechtspflege in strafrechtlich zu missbilligenswerter Weise beeinträchtigen könne, während gleichzeitig die Voraussetzung (Honorierung) einer Dienstleistung (Wahlverteidigung) pönalisiert würde, die zum Kernbereich eines rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens zähle.<sup>5</sup> Dem Sich-Verschaffen fehle häufig der konkrete Bezug zur Vortat, es fördere sie regelmäßig nicht<sup>6</sup> und erschwere auch nicht die Aufklärung. Dem Ziel, die Rechtspflege vor der verfahrenerscherenden Manipulation durch Vermögenstransfers zu bewahren, würden die §§ 258, 261 Abs. 1 StGB dienen.<sup>7</sup> Soweit lediglich abstrakte Tatgewinne entgegengenommen wurden, die sich nicht einem bestimmten Tatopfer zuordnen lassen, sollen die Interessen des Beschuldigten und des Verteidigers an einem Mandatsverhältnis, das von der Gefahr strafverfolgungsbe-

<sup>1</sup> Vgl. OLG Hamburg StV 2000, 140, 141; *Ambos* JZ 2002, 70, 71 f; *Bottke* wistra 1995, 121, 122; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 122; *Hetzer* wistra 2000, 281, 284.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 12/989, S. 27; OLG Hamburg StV 2000, 140, 141/142; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 432.

<sup>3</sup> BT-Drucks. 12/989, S. 27; OLG Hamburg StV 2000, 140, 142; *Tröndle/Fischer*, 51. Aufl. 2003, § 261 Rn 3.

<sup>4</sup> StV 2000, 140 ff.; zust. etwa *Müther* Jura 2001, 323; *Wohlers* StV 2001, 420, 426; *ders.* ZStR 120 (2002), 197, 206 f; i. Erg. auch *SK-StGB-Hoyer*, 6. Aufl., 52. Lfg. (Aug. 2001), § 261 Rn 21 und wohl *LK-Laufhütte/Kuschel*, 11. Aufl., Nachtrag 1.9.2001, § 261 Rn 8.

<sup>5</sup> OLG Hamburg StV 2000, 140, 146; vgl. auch *Salditt* StraFO 2002, 181, 182; *Löwe-Krahl* wistra 1993, 123, 125.

<sup>6</sup> Vgl. auch *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 126: Der Gedanke, spätere Wahlverteidigung werde sicher hin und wieder ins Deliktsskalkül einbezogen führe zu „Rechtsgüterschutz in homöopathischen Dosen“. *SK-StGB-Hoyer* (Fn 46) § 261 Rn 21: Verteidigerhonorar ist ein kausaler Verlust aufgrund der Vortat, stärke also nicht den Tatanreiz; ähnlich *Bernsmann* FS-Lüderssen 2002, 683, 685.

<sup>7</sup> So insg. OLG Hamburg StV 2000, 140, 146.

hördlicher Infiltration freigestellt und damit durch Vertrauen geprägt sein muss, überwiegen.<sup>8</sup>

Der BGH<sup>9</sup> hat in einem anderen Verfahren 2001 diese sorgfältigen Erwägungen im Anschluss an das LG Frankfurt a.M.<sup>10</sup> verworfen. Eine besondere Konflikt- oder Rechtfertigungslage, die zur Privilegierung gegenüber anderen Tätern führe, bestehe für Strafverteidiger nicht.

Dieser Indolenz ist das BVerfG im Rahmen zweier gegen die Entscheidungen des LG Frankfurt a.M. und des BGH geführten Verfassungsbeschwerden nunmehr deutlich entgegengetreten, auch wenn es die vom OLG Hamburg praktizierte verfassungsgemäße Reduktion des objektiven Tatbestandes nicht nachvollziehen wollte. Unter hauptsächlichlicher Orientierung an der Berufsausübungsfreiheit der Anwälte und deutlicher Kritik am BGH teilt das BVerfG die rechtsstaatlichen Bedenken gegenüber einer uneingeschränkten Pönalisierung der Annahme von „bemakelten“ Vermögenswerten in Mandatsverhältnissen. In einer „Güterabwägung im engeren Sinne“ prüft das BVerfG § 261 StGB am Übermaßverbot und stellt fest, dass eine Pönalisierung, die über berufrechtliche Pflichten zur Rechtstreue hinausgeht, „wenig geeignet“ ist, die gesetzgeberischen Ziele zusätzlich zu fördern, während der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit schwer wiegt.<sup>11</sup> Mittels einer Lösung im subjektiven Bereich meint das BVerfG, § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB könne eine mit dem Grundgesetz vereinbare Auslegung erfahren, soweit Strafverteidiger nur dann mit Strafe bedroht werden, wenn sie im Zeitpunkt der Annahme ihres Honorars sichere Kenntnis von dessen krimineller Herkunft hatten. Gleichzeitig seien Strafverfolgungsbehörden und Gerichte bei der Anwendung der Vorschrift verpflichtet, auf die besondere Stellung des Strafverteidigers schon ab dem Ermittlungsverfahren angemessene Rücksicht zu nehmen. In den konkreten, zur Entscheidung stehenden Fällen blieb den Verfassungsbeschwerden allerdings der Erfolg verwehrt, weil das BVerfG unter den von ihm aufgestellten Kriterien sowohl den objektiven Tatbestand des § 261 Abs. 1 und 2 Nr. 1 StGB als auch das positive Wissen der betroffenen Verteidiger von der deliktischen Herkunft der angenommenen Bezahlung bejahte: Das Anwaltshepaar hatte zwei Koffer mit je 200.000 DM in bar als Honorarvorschuss von führenden Mitgliedern des „German Kings Club“ und des „European Kings Club“ entgegengenommen, die seit 1991 bekanntermaßen über ein „betrügerisches“ Schneeballsystem Anleger warben und um insgesamt mehrere hundert Millionen DM erleichtert hatten.

Die Literatur ist so vielstimmig, dass der zur Klärung betriebene Aufwand und der Umfang der Dis-

kussion teilweise als übertrieben betrachtet werden.<sup>12</sup> Gerade die vorliegende Entscheidung des BVerfG hat aber einem solchen Aufruf zum „kurzen Prozess“ eine klare Absage erteilt. In der Tat würde damit der kaum zu leugnende Konflikt zwischen einer entschiedenen Bekämpfung der organisierten Kriminalität durch Eindämmung der Geldwäsche einerseits und dem Grundsatz der Freiheit der Advokatur und dem öffentlichen Interesse an der Gewährleistung einer effektiven Strafverteidigung nicht aufgelöst.<sup>13</sup>

Es ist allerdings nicht Ziel dieser Besprechung, alle bisherigen Stellungnahmen zu exzerpieren, sondern allein, die wesentlichen Aussagen des aktuellen Urteils zu beleuchten, und zwar auch dort, wo nach einer anfänglichen Euphorie über das scheinbar überragende Verständnis der Verfassungsjurisprudenz für den betroffenen Berufsstand bei genauerem Hinsehen Skepsis hinsichtlich klarer Handlungsanweisungen für Strafverteidiger und Strafverfolgungsbehörden entsteht.

## B. § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG

Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB einen Eingriff in die verfassungsrechtlich verbürgte freie Berufsausübung des Strafverteidigers darstellt.<sup>14</sup> Art. 12 Abs. 1 GG schützt auch die Möglichkeit jedes Rechtsanwalts, in freier Advokatur honorierte Wahlverteidigung zu betreiben.<sup>15</sup> Es ist zum Teil bezweifelt worden, dass die Freiheitsrechte des Verteidigers für das vorliegende Problem der treffende Anknüpfungspunkt sind, weil eine auf Interessenvertretung angelegte Tätigkeit lediglich einen Schutzreflex erfahren könne, der von diesen Interessen abgeleitet wird. Deshalb gehe es vorliegend in Wahrheit um die Schutzwürdigkeit des Beschuldigten.<sup>16</sup> Daran ist richtig, dass die Strafdrohung des § 261 Abs. 2 S. 1 StGB mittelbar Rechte des Beschuldigten beeinträchtigt. Doch ihr Adressat ist, wer Vermögenswerte annimmt, und nur seine Grundrechte können unmittelbarer Maßstab der verfassungsgerichtli-

<sup>12</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 32. Der Bearbeiter des Kommentars ist Mitglied des 2. Strafsenats des BGH, welcher die einschlägige Entscheidung BGHSt 47, 68 erlassen hat.

<sup>13</sup> *Schmidt* JR 2001, 448, 450; vgl. auch *Bernsmann* FS-Lüderssen 2002, S. 683 f.; *Nestler* StV 2001, 641, 648; *Wohlers* StV 2001, 420, 426; *ders.* ZStrR 120 (2002), 197 ff., insb. 198 im Anschluss an *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 146: kein dogmatisches Luxusproblem.

<sup>14</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1520/01, Absatz-Nr. 88, 101 ff.

<sup>15</sup> So schon BVerfGE 15, 226, 231; 22, 114, 119 f.; 34, 293, 299; 39, 238, 242; OLG Hamburg StV 2000, 140, 145; LG Berlin NJW 2003, 2694 f.; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 125 f.; *Matt* GA 2002, 137, 147; *ders.* FS-Rieß 2002, S. 739, 765; *Müther* Jura 2001, 318, 321; unklar *Reichert* NSz 2000, 316, 317, der nicht erkennen will, wo Wahlverteidigung eine Institutsgarantie findet.

<sup>16</sup> *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 434; zust. *Ambos* JZ 2002, 70, 74; *Katholnigg* NJW 2001, 2041; vgl. auch *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 162 f., 165; *Wohlers* ZStrR 120 (2002), 197, 205.

<sup>8</sup> Vgl. OLG Hamburg StV 2000, 140, 149; insg. zust. *Müther* Jura 2001, 318, 323.

<sup>9</sup> BGHSt 47, 68 ff.

<sup>10</sup> Urteile vom 4.5.2000 und 15.1.2003 (nach Zurückverweisung) – 5 KLs 92 Js 33628.7/96.

<sup>11</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 138 f.

chen Überprüfung von Justizakten sein, die den Adressaten belasten. Und das BVerfG hat eindrucksvoll herausgearbeitet, dass *gerade* die spezifische Interessenvertretung durch einen Strafverteidiger eine berufliche Tätigkeit ist, die grundrechtlichen Schutz genießt. Sofern in der Entscheidung und nachfolgend Rechte des Beschuldigten – etwa auf freie Wahl eines Verteidigers – verarbeitet werden, demonstrieren sie die Reichweite der menschen- und verfassungsrechtlich garantierten Institution und definieren so den Schutzzumfang des Verteidigers mit.

Ein Eingriff in den Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit des Rechtsanwalts ist aber, nicht zuletzt vom BGH, auch geleugnet worden, weil das Verbot der Entgegennahme von Vermögenswerten krimineller Herkunft nicht zweckgerichtet und auch nicht mittelbar die Berufsausübung an sich regelt.<sup>17</sup> Das BVerfG resümiert hier seine eigene Rechtsprechung zutreffender, wonach auch bei nicht gezielt auf die Berufsausübungsfreiheit gerichteten Normen ein Eingriff anzunehmen ist, wenn sie eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen.<sup>18</sup> Angesichts der faktischen Auswirkungen des § 261 StGB für den Strafverteidiger trifft dies ohne weiteres zu<sup>19</sup>:

I. Die Strafbarkeit wegen Geldwäsche bei Entgegennahme einer Bezahlung gefährdet, wie die Entscheidung feststellt, die wirtschaftliche Verwertbarkeit der beruflichen Leistung. Der Strafverteidiger ist mehr als andere Anwälte in seiner Entschließungsfreiheit bezüglich der Übernahme eines Mandats behindert, weil ihn sein menschen- und verfassungsrechtlicher Auftrag typischerweise auch mit Beschuldigten in Kontakt bringt, die einer Katalogtat nach § 261 Abs. 1 S. 2 StGB verdächtigt werden.<sup>20</sup>

Der 2. Strafsenat des BGH meinte, wer dies als Argument für eine Privilegierung gebrauche, behaupte die Abhängigkeit der Wahlverteidiger vom organisierten Verbrechen.<sup>21</sup> Es gebe weder ein Recht des Verteidigers, mit „schmutzigem“ Geld honoriert zu werden, noch ein Recht des Beschuldigten, mit „schmutzigem“ Geld Leistungen zu bezahlen. Vielmehr dürfe ein Beschuldigter, der lediglich über bemakeltes Vermögen verfüge, gegenüber einem mittellosen nicht privilegiert werden; beide

seien gleichzustellen.<sup>22</sup> Nun fällt allerdings auch der Umgang mit Verbrechenslößen grundsätzlich in den Bereich der allgemeinen Handlungsfreiheit. Die behaupteten Verbote des Bezahls und Bezahlen-Lassens erscheinen lediglich als eine Art naturalistischer Fehlschluss aus der Existenz einer bestimmten Interpretation des § 261 StGB, der letztlich zur Umkehr der Beweislastverteilung für die Rechtfertigung staatlicher Grundrechtseingriffe gebraucht wird.<sup>23</sup> Auch ein Gleichbehandlungsaxiom lässt sich nicht lange halten. Es gibt zahlreiche Ungleichheiten zwischen mittellosen und durch kriminelle Handlungen bemittelten Beschuldigten, die sich auch in den Aktionsmöglichkeiten direkt gegenüber dem strafverfolgenden Staat auswirken. So besteht etwa die Möglichkeit, aus jedweden bemakelten Vermögen eine Sicherheitsleistung nach § 116 Abs. 1 Nr. 4 StPO zu stellen. Und Täter, die auf kriminelle Weise, nur eben nicht durch eine dem Katalog des § 261 Abs. 1 S. 2 StGB angehörende Straftat Vermögenswerte erlangt haben, sind mangels einer Strafdrohung gegenüber ihren Vertragspartner ebenfalls nicht mit mittellosen Beschuldigten gleichgestellt.<sup>24</sup> Auch wenn das BVerfG diese recht logische, wenn auch positivistische Widerlegung durch Gegenbeispiele nicht aufgreift, verwirft es deutlich die These vom Gleichbehandlungsgebot.<sup>25</sup> Im selben Kontext gibt es zu bedenken, dass von den Wirkungen der Sanktionsdrohung alle einer Katalogtat Beschuldigten betroffen sind, deren Recht auf Wahl des Verteidigers durch die von potentiellen Mandatsträgern zu erwartende Skepsis relativiert wird.<sup>26</sup> Es fände also auch eine selbst vor dem Gesetzestext und –zweck nicht zu rechtfertigende faktische Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem statt.

II. Die Sanktionsdrohung führt beim Verteidiger zu Interessenkonflikten, welche das Vertrauensverhältnis zum Mandanten gefährden.<sup>27</sup> Der BGH hatte die viel strapazierte, aus § 1 BRAO hervorgehende und angeblich besonders öffentlich-rechtlich verpflichtende Organstel-

<sup>17</sup> BGHSt 47, 68, 73 f. mit zust. Anm. *Katholnigg* JR 2002, 30; *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 162 f., 165; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161, 162.

<sup>18</sup> BVerfGE 13, 181, 185 f.; 36, 47, 58; 52, 42, 54; 61, 291, 308 f.; 70, 191, 214; 95, 267, 302.

<sup>19</sup> Bejahend schon *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 345; *Lüderssen* StV 2000, 205, 206; *Matt* GA 2002, 137, 148; *Müther* Jura 2001, 318, 320 f.; sehr weitgehend *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 125 f.; absolute Berufswahlbeschränkung.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfG v. 30.03.2004 – 1520/01, Absatz-Nr. 109 ff.; *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 346.

<sup>21</sup> BGHSt 47, 68, 74 f.; ähnlich *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 34a.

<sup>22</sup> BGHSt 47, 68, 75; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 36; *Burger* wistra 2002, 1, 6; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161, 164; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 436 und 438; *Katholnigg* NJW 2001, 2041, 2045; *Reichert* NSTz 2000, 316, 317; *Schaefer/Wittig* NJW 2000, 1387, 1388.

<sup>23</sup> Bezeichnend *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 34b: Der Grundsatz individueller Schuld sei nicht begründungsbedürftig. Wie hier *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 346; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 126; *Nestler* StV 2001, 641, 648.

<sup>24</sup> *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 347; *ders.* FS-Lüderssen 2002, S. 683, 685.

<sup>25</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 129 und 162 f.

<sup>26</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 125 und 163; *Ambos* JZ 2002, 70, 72; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 126; *Kargl* NJ 2001, 57, 62; *Matt* GA 2002, 137, 148 f.; *Müther* Jura 2001, 318, 320 f.; *Wohlers* ZStR 120 (2002), 197, 206 und 209.

<sup>27</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 115 ff.; vgl. hierzu schon OLG Hamburg StV 2000, 140, 145 und 148 mit dem Bild eines Verteidigers als Einziehungs- und Verfallsbeteiligten.

lung der Rechtsanwälte<sup>28</sup> zu der Aussage geführt, ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG komme schon deswegen nicht in Frage, weil es nicht dem Berufsbild der Strafverteidiger entspreche, Honorar entgegenzunehmen, das bekanntermaßen aus schwerwiegenden Straftaten herkommt.<sup>29</sup> Das BVerfG erkennt demgegenüber in § 43a BRAO konkrete Standespflichten, die das Berufsbild des Anwalts prägen und bei einer eigenen Strafbarkeit kaum mehr wahrgenommen werden könnten: Das Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen und die Pflicht zur Verschwiegenheit. Wer sich als Verteidiger behände des Verdachts der Geldwäsche erwehren muss, den er allein durch eine zum Mandatsverhältnis gehörende Handlung auf sich ziehen kann, wird den Problemen des Beschuldigten nicht mehr die ungeteilte Aufmerksamkeit widmen. Der Mandant hat zu befürchten, dass sich sein Anwalt zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden genötigt fühlt und Interna des Verteidigungsverhältnisses Preis gibt.

Zu Recht verweist das BVerfG auf die Absätze 9 und 10 des § 261 StGB, welche „die Gefahr für das von der Pflicht zur Verschwiegenheit geprägte Vertrauensverhältnis augenfällig machen“.<sup>30</sup> Nach diesen Vorschriften kann Straffreiheit oder Strafmilderung erlangen, wer die Tat freiwillig anzeigt, die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt, sein Wissen offenbart usw. Ob wegen dieser Selbstentlastungsversuchung allerdings, wie das Gericht meint, „angesichts einer dem Strafverteidiger zuzugestehenden Güterabwägung“ der von § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB gewährleistete Schutz des Berufsgeheimnisses leer läuft, dürfte zweifelhaft sein. Hier wird vom BVerfG ein kleines obiter dictum konstatiert, das dem Verteidiger kaum behagen kann: Das Gericht hat dem Anwalt nicht nur eine Güterabwägung zugestanden, sondern selbst eine vorgenommen. Anstatt den Appell des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu bekräftigen, ist der Verteidiger nun mit verfassungsrichterlichem Segen aufgerufen, sich vom Verbot der Preisgabe von Berufsgeheimnissen nicht abschrecken zu lassen, wenn es darum geht, ggf. durch Denunziation des Mandanten die Chance auf Milde der Strafverfolgungsbehörden zu wahren. *Von Galen*, die vom Gericht hier zitiert wird, gewichtet anders: Sie sieht vor allem ein Problem mit Art. 3 Abs. 1 GG, weil Rechtsanwälte als Berufsgeheimnisträger we-

gen der Strafdrohung des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB nicht vom Privileg der Absätze 9 und 10 des § 261 StGB profitieren können.<sup>31</sup> Das hätte dem Gericht, nachdem es selbst die Notwendigkeit des Schutzes der Verschwiegenheitssphäre und der Vertrauensbeziehung zwischen Mandant und Verteidiger herauskristallisiert hat, bei weitem zutreffender erscheinen sollen. Der von den § 261 Abs. 9 und 10 StGB aufgebaute Zwang zur Selbst- und Fremdbezichtigung berührt die Dignität dieser Beziehung ohnehin bedenklich.<sup>32</sup>

Demgegenüber hat man zur Vermeidung solcher Hemmnisse den Vorschlag angebracht, Strafverteidigung als Hobby oder – ggf. nach Niederlegung verdächtiger Wahlmandate – ausschließlich Pflichtverteidigung zu betreiben<sup>33</sup> oder die Honorarforderung auf jene Mittel des Mandanten zu ermäßigen, die nicht aus kriminellen Machenschaften stammen.<sup>34</sup> Das in den §§ 1 bis 3 BRAO kodifizierte, vom BVerfG wiederentdeckte Leitbild der freien und unabhängigen Advokatur wurde so nur mehr verhöhnt.<sup>35</sup> Niemand, hat wie es der BGH unterstellte, die behördlich veranlasste und dennoch mit aller Sorgfalt (§§ 43; 59 b Abs. 1 und 2 Nr. 1 lit. a; 191a Abs. 2 BRAO i.V.m. § 1 Abs. 3 BORA) zu erbringende Pflichtarbeit von Anwälten nach den §§ 49 BRAO i.V.m. §§ 140 ff. StPO als Verteidigung minderer Güte bezeichnet.<sup>36</sup> Wenn in diesem Zusammenhang von einem „Rechtsschutz zweiter Klasse“<sup>37</sup> oder einer „zusätzlichen Bestrafung des Mandanten“<sup>38</sup> gesprochen wurde, enthielt dies den berechtigten Hinweis, dass die Verfahrensrechte des Beschuldigten und seines Verteidigers bei einer Bestellung nach den §§ 141 ff. StPO mehr als bei der Wahlverteidigung eingeschränkt sind: Im Vorverfahren hängt die Bestellung von einem in der Praxis kaum zu findenden Antrag der Staatsanwaltschaft ab (§ 141 Abs. 3 StPO), und der Einfluss des Beschuldigten auf die Auswahl seines Pflichtverteidigers ist trotz der Regelanordnung des § 142 Abs. 1 S. 3 StPO beschränkt, schon durch den Vorzug ortsansässiger Anwälte (§ 142 Abs. 1 S. 1 StPO). Diese Abhängigkeiten von Entscheidungen der Strafverfolgungsbehörden, die sich auch auf Kostenfolgen erstrecken (§ 145 Abs. 4 StPO), und überhaupt von (geringer) staatlicher, fixierter Vergütung zeigen, wie wenig das von den §§ 140 ff. StPO begründete Institut die Rechte des Beschuldigten aus Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK und die Rechte des Verteidigers aus Art. 12 Abs. 1 GG wahrt.<sup>39</sup>

<sup>28</sup> Hierzu etwa *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 146 und *passim*; *ders.*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rn 14; vgl. auch OLG Düsseldorf NStZ 1991, 299; OLG Braunschweig StV 1984, 500, 50; *Arapidou*, Die Rechtsstellung des Strafverteidigers unter besonderer Berücksichtigung seiner Wahrheitspflicht sowie des griechischen Rechts, 1997, S. 21, 148; *Brei*, Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns, 1991, S. 269, 290; *Liemersdorf* MDR 1989, 204; *Seier* JuS 1981, 806; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 258 Rn 8; krit. etwa *Augstein* NStZ 1981, 52, 53; *Mehle* FG-Koch 1989, S. 179, 183; *Stumpf* NStZ 1997, 7, 10: Organstellung nicht als Argument, sondern statt eines Argumentes; *Krekeler* NStZ 1983, 146 f.; *Kühne*, Strafprozeßrecht, 2003, Rn 200; *LR-Lüderssen*, Stand 1.10.2001, Vor § 137 Rn 133h, 163; *Jahn*, „Konfliktverteidigung“ und Inquisitionsmaxime, 1998, S. 189 ff.

<sup>29</sup> BGHSt 47, 68, 74.

<sup>30</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 124.

<sup>31</sup> *Von Galen* StV 2000, 575, 576 und 580.

<sup>32</sup> Es geht insoweit nicht nur um den Nemo-Tenetur-Grundsatz, sondern um die Menschenwürde, vgl. *Kargl* NJ 2001, 57, 63.

<sup>33</sup> BGHSt 47, 68, 75 f. mit zust. Anm. *Katholnigg* JR 2002, 30 ff.; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161, 164; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 432.

<sup>34</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn. 34a.

<sup>35</sup> Kritisch etwa auch *Barton* StV 1993, 156, 158; *von Galen* StV 2000, 575, 583; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 125; *Matt* GA 2002, 137, 147 f.; *ders.* Rieß-Festschr. 2002, S. 739, 766 f.

<sup>36</sup> So aber BGHSt 47, 68, 75 f.

<sup>37</sup> *Barton* StV 1993, 156, 158.

<sup>38</sup> *Lüderssen* StV 2000, 205, 207.

<sup>39</sup> Vgl. BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 127 f., 163: „Sonderopfer“ der Rechtsanwälte [so auch *von Galen*]

Die – einfachgesetzlich auch in § 137 StPO festgelegte – Möglichkeit, sich in jeder Lage des Verfahrens (wenigstens) eines frei gewählten Verteidigers zu bedienen und das damit korrespondierende Recht einer bei Pflichtverteidigung eingeschränkten Personengruppe (vgl. § 138 Abs. 1 und 2 sowie § 142 Abs. 1 S. 1 StPO), Strafverteidigung nach Wahl des Beschuldigten zu betreiben, werden unabhängig von der Art des deliktischen Vorwurfs garantiert,<sup>40</sup> was bereits völkerrechtlich nach Art. 6 EMRK geboten ist.<sup>41</sup> Die §§ 140 ff. StPO sind demgegenüber ein Aliud<sup>42</sup>, das allenfalls als rechtsstaatliches Ornament einer menschenrechtlichen Gewährleistung erscheint.

Dass die Niederlegung eines übernommenen Mandates bei Verteidigung in einer Katalogsache Signalwirkung hat, ist offensichtlich.<sup>43</sup> Der Hinweis, dass es einen solchen Konflikt auch bei anderen Situationen im Strafverfahren gebe, wo ein Verteidiger zur Vermeidung von Strafbarkeit Distanz zum Beschuldigten einnehmen müsse<sup>44</sup>, basiert zum einen auf einer verfehlt extensiven Beurteilung prozessualer Unzulässigkeit bzw. Strafbarkeit nach § 258 StGB<sup>45</sup> und löst zum anderen die Widersprüche zum Nemo-Tenetur-Grundsatz nicht auf, die sich daraus ergeben, dass aus einem vom Verteidiger abverlangten Verhalten recht aussagekräftige Rückschlüsse auf den Vortatverdacht gezogen werden können.<sup>46</sup>

Und natürlich wird das Vertrauensverhältnis auch durch die Gefahr von Ermittlungs- und Zwangsmaßnahmen (Telefonüberwachung, Durchsuchung der Kanzleiräume, Beschlagnahme der Handakten) gegen den Verteidiger in seinem Wesengehalt berührt.<sup>47</sup> Der

vom BGH entgegen gesetzte Hinweis, auch die mögliche Strafbarkeit nach §§ 257, 258 oder 259 StGB habe nicht zu einer nennenswerten Anzahl von Ermittlungsverfahren geführt<sup>48</sup>, verzerrt nicht nur die empirischen Grundlagen einer Quantifizierung der Strafdrohungen nach diesen Normen und § 261 StGB<sup>49</sup>, sondern verkennt die Subjektivität des individuell für jedes einzelne Verteidigungsverhältnis zu gewährleisteten Schutzes.<sup>50</sup> Die in der vorliegenden Entscheidung erwähnten 37 Ermittlungsverfahren gegen Strafverteidiger wegen Verdachts der Geldwäsche durch Honorarannahme, die zu 28 Kanzleidurchsuchungen und vier Beschlagnahmen von Handakten geführt haben<sup>51</sup>, sind nennenswert genug.

Seit dem Inkrafttreten des StVBG am 1.1.2002, welches § 370a AO als Verbrechen ausgestaltet und die tauglichen Tatgegenstände der Geldwäsche durch Neufassung des § 261 Abs. 1 S. 3 StGB erweitert hat, haben übrigens vor allem Verteidiger in Steuerstrafsachen zusätzlich die Ermittlungskompetenzen der Finanzbehörden (§ 369 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 386 Abs. 1 AO) zu befürchten.<sup>52</sup>

### C. Keine Reduktion des objektiven Tatbestandes?

Nach all dieser Vorarbeit und einem breiten Resümee zahlreicher rechtsstaatlicher Bedenken gegen eine Pönalisierung der Honorarentgegennahme vermisst man eine plausible Erklärung des Gerichtes, warum keine – sei sie nun verfassungsgemäß oder teleologisch zu nennen – Reduktion des objektiven Tatbestandes erfolgen kann und soll.

I. Zunächst stellt das BVerfG dar, dass der weite Wortlaut des Allgemeindeliktens auch ein „Sich-Verschaffen“ von bemakelten Vermögenswerten durch Strafverteidiger erfasst.<sup>53</sup> Das hat wohl niemand in Frage gestellt. Nur ist der gern gebrauchte Verweis auf den Wortlaut<sup>54</sup> hier ebenso wenig wie anderswo geeignet, die

StV 2000, 575, 581]; OLG Hamburg StV 2000, 140, 147; *Ambos* JZ 2002, 70, 72 f.; *Bernsmann* StV 2000, 40, 41; *ders.* StraFO 2001, 344, 346; drohende Domesticierung der Verteidiger, ähnlich *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 128; *Kargl* NJ 2001, 57, 62; LR-*Lüderssen* (Fn 70) Rn 116d; *Salditt* StraFO 2002, 181, 182; *Schmidt* StraFo 2003, 2, 4 f.; *Wohlens* ZStR 120 (2002), 197, 207 ff.

<sup>40</sup> OLG Hamburg StV 2000, 140, 147; *Müther* Jura 2001, 318, 321; vgl. auch von *Galen* StV 2000, 575, 581; *Matt* GA 2002, 137, 147; *Salditt* StraFO 2002, 181.

<sup>41</sup> Vgl. die – in anderem Zusammenhang aufgestellten – Hinweise von *Gaede* ZStW 2003 (115), 845, 874; *dem.* StV 2003, 260, 262 f. m.w.N. der ständ. EGMR-Rechtsprechung.

<sup>42</sup> Ähnlich *Ambos* JZ 2002, 70, 73.

<sup>43</sup> OLG Hamburg StV 2000, 140, 144; LR-*Lüderssen* Vor § 137 Rn 116e; *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 348; *ders.* StV 2000, 40, 41; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 127; *Hamm* NJW 2000, 636; *Müther* Jura 2001, 318, 320; aA und unklar BGHSt 47, 68, 76 mit zust. Anm. *Katholnigg* JR 2002, 30, 32 f.

<sup>44</sup> So *Schmidt* JR 2001, 448, 450.

<sup>45</sup> Hierzu demnächst SK-StPO-*Wohlens*, 36. Lfg. (vorauss. Juli 2004), Vor §§ 137 ff Rn 84 ff., 89 ff.

<sup>46</sup> Einen Verstoß gegen die Menschenwürde wegen Zwang zur Selbstbeichtigung sieht *Kargl* NJ 2001, 57, 63 in § 261 StGB insgesamt; vgl. auch von *Galen* StV 2000, 575 ff, insb. 582.

<sup>47</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 126; OLG Hamburg StV 2000, 140, 145; *Ambos* JZ 2002, 70, 72; *Bernsmann* StV 2000, 40, 41; von *Galen* StV 2000, 575, 580; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 125; *Hamm* NJW 2000,

636; *Kargl* NJ 2001, 57, 62; *Matt* GA 2002, 137, 142 f, 146 f, 150 f; *Müther* Jura 2001, 318, 320 und 322.

<sup>48</sup> BGHSt 47, 68, 78 mit zust. Anm. *Katholnigg* JR 2002, 30, 32 f.; vgl. auch *Burger* wistra 2002, 1, 6.

<sup>49</sup> Vgl. LR-*Lüderssen* (Fn 70) Vor § 137 Rn 116f ff. und *Lüderssen* StV 2000, 205, 206, wo die Notwendigkeit der Derogation der Pönalisierung hauptsächlich aus der Verhinderung der Wahlverteidigung in einer „nicht mehr tolerablen Zahl von Fällen“ geschlossen wird; *Wohlens* ZStR 120 (2002), 197, 204 f.

<sup>50</sup> *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 349.

<sup>51</sup> BVerfG v. 30.03.2003 – 2 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 81; vgl. auch LG Berlin NJW 2003, 2694.

<sup>52</sup> Vgl. *Burger* wistra 2002, 1, 6.

<sup>53</sup> BVerfG v. 30.03.2003 – 2 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 94 f.

<sup>54</sup> *Burger* wistra 2002, 1, 6: „Bereits dem Wortlaut nach...“; *Katholnigg* NJW 2001, 2041, 2042; *Schaefer/Wittig* NJW 2000, 1387.

weitest mögliche Auslegung zur allein zulässigen zu erklären.<sup>55</sup>

II. Verbreitet wurde das Wortlautargument im Engagement gegen eine Tatbestandsreduktion mit dem sofortigen Hinweis auf die Normgenese verbunden: Der Bundesratsentwurf des neu zu schaffenden § 261 StGB von 1990 enthielt zwar noch eine die Strafbarkeit ausschließende Sozialadäquanzklausel. Diese sollte aber bereits an sich nur Erbringer von Leistungen des täglichen Bedarfs oder solcher, die gesetzlich geschuldet sind, erfassen, dagegen nicht die vertraglichen Gebührenansprüche freier Berufe.<sup>56</sup> Die Gesetz gewordene Fassung hat dann solche Gesichtspunkte, selbst nach den Änderungen 1998, 2001, 2002 und 2003, also zu Zeitpunkten, wo dem Gesetzgeber auch die besondere Problematik der Strafverteidiger bewusst war, überhaupt nicht berücksichtigt, weil angeblich auch Vermögensverschiebungen zu Geldwäschezwecken in Bagatellfällen des täglichen Lebens strafwürdiges Unrecht darstellen<sup>57</sup> – und genau deshalb erfolge, so etwa der Vorwurf gegenüber dem OLG Hamburg, eine restriktive Exegese contra legem.<sup>58</sup> Aufgrund der kassatorischen Natur der Verfassungsrechtsprechung kann sich die vorliegende Entscheidung hier mit dem kurzen Hinweis begnügen, dass die Entstehungsgeschichte einer Einbeziehung der Strafverteidiger in den Kreis tauglicher Täter nicht entgegensteht.<sup>59</sup>

III. Die mit dieser Entstehungsgeschichte eng verknüpften Ausführungen des Gerichts zur systematischen Einordnung der Norm lassen aber einige Zweifel daran aufkommen, inwiefern die Geldwäsche-Gesetzgebung von einem eindeutigen und konsequenten Willen des Gesetzgebers getragen war. Unabhängig davon, dass ein weiter Wortlaut und gehaltlose Materialien methodisch nicht unbedingt zum Hineinlesen einer bewussten Erfassung bestimmter Fälle durch bewusste Nichtregelung ihres Ausscheidens zwingen<sup>60</sup>, hat das BVerfG klargestellt, dass mitunter auch ein konkludent plausibel zu vermutender Gesetzgeberwille so lange nicht wirklich gewollt sein kann, wie er die Kollision seiner legislativen Ergebnisse mit höherrangigem Recht ver-

kennt.<sup>61</sup> In Ergänzung zum BVerfG sollte man sich bewusst sein, dass auch Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK entgegen der üblichen Behandlung<sup>62</sup> insoweit höherrangiges Recht – Gesetz – ist<sup>63</sup>, als eine entgegenstehende gesetzliche Regelung in konventionskonformer Auslegung regelmäßig hinter der menschenrechtlichen Norm zurücktreten muss.<sup>64</sup>

An der Eindeutigkeit des Gesetzgeberwillens lässt auch ein Blick auf den zum selben Regelungskreis gehörenden § 3 Abs. 1 GwG zweifeln. Danach sind Rechtsanwälte lediglich bei der Verwaltung *fremden* Vermögens verpflichtet, den Vertragspartner zu identifizieren und bei Entgegennahme bestimmter Vermögenswerte von 15.000 € oder mehr den Überbringer (§ 2 Abs. 2 GwG), nicht jedoch bei Annahme von Geld zur Befriedigung eigener Honorarforderungen.<sup>65</sup> Schon der BGH verstand dieses, auf das konkrete Verhalten zugeschnittene Argument a majore ad minus nicht, sondern gab an, die Vorschriften belegen vielmehr den Willen, rechtsberatenden Berufen keine Sonderstellung einzuräumen.<sup>66</sup> Dem folgt das BVerfG im Grunde, führt jedoch zusätzlich eine unterschiedliche Schutzrichtung des GwG und des § 261 StGB ins Feld. Während mit ersterem Private zur aktiven Bekämpfung der Geldwäsche verpflichtet werden, schütze die Strafnorm Handlungsverbote.<sup>67</sup> Überzeugen kann das nicht, denn nur durch die unterschiedliche Kategorie einer Verhaltensanweisung als Gebot (Identifizierungspflicht) oder Verbot (Annahme von Vermögenswerten) wird der gemeinsame Schutzzweck (Geldwäschebekämpfung) nicht beseitigt.

Immerhin ist auch bemerkenswert, dass in den Materialien unter Verzicht auf eine gesetzliche Freizeichnungsklausel angeregt wird, angesichts des Schutzzweckes der staatlichen Rechtspflege den Tatbestand zugunsten von *Strafverfolgungsbehörden* teleologisch zu reduzieren, wenn diese kontaminierte Vermögenswerte aus ermittlungstaktischen Gründen kontrolliert weiterleiten.<sup>68</sup> Die Annahme einer legislativ-historisch verordneten Schlechterstellung der Strafverteidiger wird sich vor Art. 3 Abs. 1 GG kaum halten lassen.

<sup>55</sup> Vgl. nur *Wohlers*, Gesetzeswortlaut und „ratio legis“ im Strafrecht, in: Die Bedeutung der „ratio legis“, Kolloquium der Universität Basel, Basel 2001, 79, 80 f m.w.N.

<sup>56</sup> Hierzu BT-Drucks. 11/7633, S. 7, 27; OLG Hamburg StV 2000, 140, 142.

<sup>57</sup> Zur Gesetzesbegründung BT-Drucks. 11/7663, S. 50; OLG Hamburg StV 2000, 140, 142 ff.

<sup>58</sup> Vgl. BGHSt 47, 68, 72 f.; *Bernsmann* StV 2000, 40, 43; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161; *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 163 f.; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 33; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 432; *Katholnigg* NJW 2001, 2041, 2042 ff.; *Reichert* NSZ 2000, 316, 317; *Schaefer/Wittig* NJW 2000, 1387 f.; *Schönke/Schröder/Stree*, 26. Aufl. 2001, § 261 Rn 17; *Schmidt* JR 2001, 448, 450; vgl. hierzu die komprimierte Kritik von *Müther* Jura 2001, 318, 321 f.

<sup>59</sup> BVerfG v. 30.03.2003 – 2 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 99.

<sup>60</sup> Ähnlich von *Galen* StV 2000, 575, 576; *Hartung* AnwBl 1994, 440, 443; *Kreß* wistra 1998, 121, 126.

<sup>61</sup> Vgl. BVerfG vom 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 151; für einen Vorrang der verfassungsrechtlichen Vorgaben vor einer genetischen Argumentation ebenfalls *Kreß* wistra 1998, 121, 126; i. Erg. auch *Barton* StV 1993, 156, 159; *LR-Lüderssen* (Fn 70) Vor § 137 Rn 116g, 117.

<sup>62</sup> Vgl. etwa BGHSt 47, 68, 73; *Burger/Peglau* wistra 2000, 161, 164.

<sup>63</sup> So auch *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 345.

<sup>64</sup> Vgl. zum Gebot konventionskonformer Auslegung *Weigend* StV 2000, 384 ff. m.w.N.; *Gaede* StV 2004, 46, 49 f.; *ders.*, wistra 2004, voraus. Heft 5.

<sup>65</sup> Vgl. zu diesem Argument OLG Hamburg StV 2000, 140, 147 f.; *Hartung* AnwBl 1994, 440, 443 f.; *Müther* Jura 2001, 318, 322.

<sup>66</sup> BGHSt 47, 68, 73; *Katholnigg* NJW 2001, 2041, 2042; vgl. auch *Matt* FS-Rieß 2002, S. 739, 761 f.

<sup>67</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 98.

<sup>68</sup> BT-Drucks. 13/8651, S. 9 f.; *Kreß* wistra 1998, 121, 126.

IV. Noch überraschender wirkt aber, dass das BVerfG damit die „herkömmlichen Methoden der Auslegung“ als erschöpft betrachtet. Eine objektiv-teleologische Auslegung wird offenbar als Fremdkörper in einem strikt an Grammatik, Historie und Systematik ausgerichteten Kanon empfunden.<sup>69</sup>

Es entspricht verfassungsrichterlicher Generosität gegenüber der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, dass auch bei einer Strafnorm der eigentliche Zweck und die Schutzzeignung nicht final hinterfragt werden. Zwar sieht man im Konsens mit der herrschenden Strafrechtslehre das Ziel des Strafrechtssystems im Schutz von elementaren Werten des Gemeinschaftslebens, die teilweise auch vom BVerfG als Rechtsgüter bezeichnet werden.<sup>70</sup> Dementsprechend wird bei der Normenkontrolle von Straftatbeständen die Forderung nach deren *Eignung* und *Erforderlichkeit* zum Schutz eines Rechtsgutes gegen verbotene Beeinträchtigungen erhoben.<sup>71</sup> Allerdings hat man Verständnis dafür, dass eine weitere Spezifikation kaum zu leisten ist, so dass sich unzulässige Zwecke nur negativ im Sinne solcher durch die Verfassung verbotener beschreiben lassen.<sup>72</sup> Diese Flexibilität des Gesetzgebers soll auf der pragmatisch und dogmatisch notwendigen Offenheit der Verfassung beruhen: Eine Gesellschaft, die sich entwickelnde und verändernde Gefährdungslagen produziert, benötige ein reaktionsfähiges Rechtssetzungsorgan; dessen demokratische Legitimation verbiete gleichzeitig eine zu starke präskriptiv-konstitutionelle Bindung.<sup>73</sup>

Dementsprechend war auch vorliegend zu erwarten, dass die spätere Prüfung der verfassungsmäßigen Rechtfertigung die „Strafandrohung des § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB“ als „zur Erreichung des ihr gesetzten Zwecks im Grundsatz geeignet und erforderlich“ betrachtet.<sup>74</sup> Die Weigerung, den Schutzzweck der Strafandrohung

überhaupt konkret zu bestimmen, verführt das Gericht aber im Rahmen der Tatbestandsauslegung dazu, (ohne Kennzeichnung) eine schon von *Ambos* vorgetragene Argumentation gegen die teleologische Reduktion zu übernehmen. Danach soll die mangelnde Bestimmbarkeit des von § 261 StGB geschützten Rechtsguts, genauer: der Streit der Lehre über dieses Rechtsgut, einer teleologischen Tatbestandsreduktion die „konsentiierte Prämisse“ entziehen.<sup>75</sup> Nach dem BVerfG heißt dies, „eine Widerlegung des durch die herkömmlichen Methoden gefundenen Auslegungsergebnisses“ durch die „objektiv-teleologische Methode“ müsse „schon an der Weite und Vagheit der durch die Strafvorschrift möglicherweise geschützten Rechtsgüter scheitern“.<sup>76</sup> Das ist ein befremdender Gedankengang: Weil nicht klar ist, was § 261 StGB überhaupt schützt, soll es der Verweis auf den Schutzzweck auch nicht erlauben, eine Handlung aus der Strafdrohung der Norm auszugrenzen, deren Pönalisierung mit gravierenden Einschnitten in Grundrechte des Beschuldigten und des Verteidigers verbunden wäre. Der Vorsitzende des urteilenden Senats selbst vertritt die Auffassung, „Straftatbestände ohne Rechtsgüterschutz sind Staatsterrorismus!“<sup>77</sup> Nun muss man einen so erheblichen Vorwurf gegenüber der *verfassungsgemäßen Auslegung* einer Norm ohne Gewissheit über den Rechtsgüterschutz nicht erheben. Es wäre aber wünschenswert gewesen, wenigstens den Versuch zu unternehmen, die angeblich geschützten Allgemeinbelange endlich einmal so konkret zu formulieren, dass die Eignetheit und Erforderlichkeit des hier in Frage stehenden Ausschnitts der Verbotsnorm wirklich geprüft werden kann, bevor eine ganze Auslegungsmethode abgewürgt wird. Man wird behaupten dürfen, dass diese fehlende Gewissheit über den Schutzzweck nicht gegen eine Ausgrenzung der Honorarentgegennahme mittels Tatbestandsreduktion spricht, sondern gegen die Legitimität einer uneingeschränkt grammatikalischen Interpretation.<sup>78</sup>

#### D. „Institutionelle“ Vorsatzlösung mit beschränkter Ermittlungsimmunität?

Der vom Gericht gewählte Ausweg über die Erhöhung der Vorsatzanforderungen ist weder im methodischen Ansatz noch für das konkrete Problem neu und überzeugend.

I. Es ist bereits für Verteidigertätigkeit insgesamt in Anlehnung an die bei § 339 StGB herrschende Lehre und Rechtsprechung zum sog. „Richterprivileg“ eine Art Sperrwirkung des § 258 StGB im Bereich des subjektiven Tatbestandes vorgeschlagen worden: Eine Strafbarkeit des Richters wegen Leitung einer Rechtssache kommt nach dieser Figur nur tateinheitlich mit dem

<sup>69</sup> Vgl. BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 93, 100.

<sup>70</sup> Vgl. BVerfGE 27, 18, 29; 37, 201, 212; 45, 187, 254; *Stächezlin*, Strafgesetzbuch im Verfassungsstaat, Berlin 1998, S. 121; *Vogel StV* 1996, 110, 111.

<sup>71</sup> Vgl. BVerfGE 90, 145 (183); *Weigend* FS-Hirsch 1999, S. 917 (921, 923). Ob sich dabei neben einer vom Grundgesetz unstreitig vorgegebenen Ausrichtung des Strafrechts als Schutzrecht verfassungsmäßig auch die Notwendigkeit eines „Rechtsgut“-Schutzes ableiten lässt (verneinend etwa *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 158; bejahend *Schünemann*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* [Hrsg.], Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 133, 141 ff.; kürzer auch *Hassemer* ebda. S. 57, 59 f. und *Sternberg-Lieben* ebda. S. 65, 66), soll hier als auch terminologisches Problem dahinstehen, weil jedenfalls das BVerfG oftmals den Eindruck erzeugt.

<sup>72</sup> *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 160 f.; *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, Tübingen 1996, S. 140; *Stächezlin* (Fn 112) S. 116 ff., 120; *Bunzel*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 96 (110 ff.).

<sup>73</sup> *Amelung*, in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 162 f., der aus Respekt vor der gewählten Repräsentation mündiger Bürger eine Bevormundung durch die Verfassung ablehnt.

<sup>74</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 135.

<sup>75</sup> *Ambos* JZ 2002, 70, 75.

<sup>76</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 100.

<sup>77</sup> Vgl. Diskussionsberichte in: *Hefendehl/von Hirsch/Wohlers* (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Baden-Baden 2003, S. 305. Der Verfasser war Zeuge des Ausspruchs.“

<sup>78</sup> Vgl. auch *Hefendehl* FS-Roxin 2001, S. 145, 152 f.

Spezialtatbestand in Frage, weil die Unabhängigkeit der Rechtspflege geschützt werden müsse.<sup>79</sup> Dies soll auf die Tätigkeit des Verteidigers, deren strafrechtliche Begrenzung ihre sedes materiae in § 258 StGB finde, derart übertragen werden, dass die dort gesetzlich festgelegte Ausgrenzung des dolus eventualis auch bei anderen Delikten gelten müsse.<sup>80</sup> Allerdings hat dieser Vorschlag vor allem jene Delikte im Auge, die durch die Wahrnehmung des Mandats, durch Vertretung der Interessen des Beschuldigten erfüllt werden können<sup>81</sup>; es geht um im weitesten Sinne strafverhindernde Handlungen, nicht schon die Annahme des Honorars.

II. 1. Mit einer den Eventualvorsatz, erst recht die Leichtfertigkeit des § 261 Abs. 5 StGB hinsichtlich der Herkunft der Vermögenswerte ausnehmenden Lösung folgt das BVerfG vereinzelt Stimmen des Schrifttums.<sup>82</sup> Allerdings wird damit die Gefahr, der Verteidiger könnte sich zum Selbstschutz veranlasst fühlen, sich den Sachverhalt zum Erhalt seiner Gutgläubigkeit nur unvollständig vermitteln lassen usw., nicht gebannt.<sup>83</sup> Eine prozessuale Absicherungswirkung geht von erhöhten Vorsatzanforderungen kaum aus.<sup>84</sup> Dementsprechend erscheint auch die teilweise mit dem Verweis auf eine „Vorsatzlösung“ gekoppelte Forderung nach einer Ermittlungsmimmunität des Verteidigers<sup>85</sup> eher als Lippenbekenntnis. Der legitimierende Anfangsverdacht wird regelmäßig aus äußeren Tatumständen hergeleitet<sup>86</sup>, und die fehlende innere Tatseite wird, was auch die vorliegende Entscheidung erkennt, frühestens bei umfangrei-

chen Befragungen des Verteidigers in der Hauptverhandlung offenbar.<sup>87</sup>

2. Das BVerfG weist eine Ermittlungsmimmunität nunmehr auch explizit zurück, weil sie nicht notwendig sei. Denn die Strafverfolgungsbehörden werden auf Umsicht bei der Prognose des möglichen Schuldformnachweises verpflichtet.<sup>88</sup> Wer von einer gewissen Missbrauchsbereitschaft der Staatsanwaltschaften ausgeht, den § 261 Abs. 2 S. 1 StGB auf Verteidiger gerade deshalb gern anzuwenden, um weitere Ermittlungsansätze gegen den Beschuldigten zu erlangen<sup>89</sup>, wird bei dieser Passage einiges von dem aufgebauten Glauben verlieren, das Urteil wende sich in vollem Ernst gegen Willkür und behördliche Einflussnahme auf die Strafverteidigung. Der Eindruck verstärkt sich, wenn man liest, dass eine außergewöhnliche Höhe des Honorars oder die Art und Weise der Erfüllung Indikatoren für die subjektive Tatseite – also für das geforderte Wissen von der deliktischen Herkunft – sein können. Derartige Kriterien sind bereits zur Bestimmung der Leichtfertigkeit (§ 261 Abs. 5 StGB) eines Verteidigers beim guten Glauben an die Herkunft seines Honorars<sup>90</sup> oder als objektive Anhaltspunkte einer Scheinhonorierung<sup>91</sup> angedacht worden. Es ist kaum zu glauben, dass damit einer strafgerichtlichen Angemessenheitsprüfung von Verteidigerhonoraren<sup>92</sup> das Wort geredet werden sollte, allerdings ist auch kaum auszuschließen, dass dieser Einwurf des BVerfG, der angesichts marktwirtschaftlicher Grundsätze zu sorglos erscheint, dahingehend rezipiert wird. Hard cases make bad law – es ist dies die Stelle, wo das BVerfG „die Kurve“ zur Abweisung der Verfassungsbeschwerden zweier Rechtsanwälte nehmen musste, die wohl weder von Seiten der Strafverfolgung noch von Seiten der Strafverteidigergemeinschaft mit Sympathie bedacht werden konnten. Wer sich Koffer mit Hunderttausenden Mark in Bar von Mandanten übergeben lässt, die bekanntermaßen Tausende „Anleger“ geprellt haben, der darf nicht strafrei davonkommen.

Damit wird zugleich klargestellt, dass die Unschuldsumutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK für das BVerfG eben (noch) nicht normativ gilt. Man berechtigt und verpflichtet den Verteidiger zwar allen Orts, mit vollem Engagement die Unschuld seines Mandanten zu propagieren, alle entlastenden Beweise einzuführen

<sup>79</sup> Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 339 Rn 21 m.w.N.; zur Übertragbarkeit der Grundgedanken *Rietmann*, Zur Strafbarkeit von Verfahrenshandlungen, Hamburg 2002, S. 60 ff.

<sup>80</sup> *Hamm* NJW 1993, 289, 294; *von Stetten* StV 1995, 606 ff.; *Wünsch* StV 1997, 45, 49 f.; *Müller* StV 1981, 90, 100; vgl. auch *Jahn* (Fn 70) S. 312, insb. Fn 236.

<sup>81</sup> Hierzu *Rietmann* (Fn 121) S. 5 ff.; *Wohlers* StV 2001, 420 ff.; *ders.* SK-StPO (Fn 87) Vor §§ 137 ff Rn 84 ff.

<sup>82</sup> *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 439 f; restriktive Auslegung des § 261 Abs. 5 StGB, dafür allgemein auch *Botke* wistra 1995, 121, 123 f. im Zusammenhang mit dem Komplex des sozialadäquaten Verhaltens; *Matt* GA 2002, 137, 144 ff.; *ders.* FS-Rieß 2002, S. 739, 759 f; Reduktion auf direkten Vorsatz; hiergegen *Katholnigg* JR 2002, 30, 32.

<sup>83</sup> Vgl. OLG Hamburg StV 2000, 140, 143; *Bernsmann* StraFO 2001, 344, 348; *Kargl* NJ 2001, 57, 62; SK-StPO-*Wohlers* (Fn 87) Vor §§ 137 ff Rn. 161.

<sup>84</sup> *Bernsmann* StV 2000, 40, 41 f.; SK-StPO-*Wohlers* (Fn 87) Vor §§ 137 ff Rn. 161; vgl. selbst *Matt* FS-Rieß 2002, S. 739, 755: absolute Tabuisierung des Innenverhältnisses geboten und durch objektiven Tatbestandsausschluss de lege ferenda anstrebenenswert, weil nur dadurch jede Gefahr von Ermittlungsmaßnahmen entfällt

<sup>85</sup> Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 37; *Grüner/Wasserburg* GA 2000, 430, 441; dagegen BGHSt 47, 68, 78.

<sup>86</sup> Widersprüchlich etwa *Schmidt* JR 2001, 448, 452, der das Argument einer vertrauensstörenden Gefahr von Überwachungs- und Zwangsmaßnahmen ablehnt, weil dahinter der sorglose Umgang der Praxis mit dem Anfangsverdacht stehe.

<sup>87</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 113; OLG Hamburg StV 2000, 140, 145; *Ambos* JZ 2002, 70, 76; *Gotzens/Schneider* wistra 2002, 121, 125.

<sup>88</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 152 ff.; ähnlich schon *Matt* GA 2002, 137, 144 f., 150 f.; *ders.* FS-Rieß 2002, S. 739, 769 f; Anhebung des Verdachtsgrades.

<sup>89</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 3a etwa erklärt, der Ursprung der Vorschrift liege im Beweisrecht, sie ziele auf sekundäre Effekte; krit. hierzu *Hefendehl* FS-Roxin 2001, 145, 152.

<sup>90</sup> LG Berlin NJW 2003, 2694 f.

<sup>91</sup> Vgl. *Hamm* NJW 2000, 636, 637; wohl auch OLG Hamburg StV 2000, 140, 149; krit. *Wohlers* ZStR 120 (2002), 197, 216 f.; keine üblichen Gebührensätze für Wahlverteidiger.

<sup>92</sup> Dafür aber *Ambos* JZ 2002, 70, 80; krit. SK-StPO-*Wohlers* (Fn 87) Vor §§ 137 ff Rn. 161.

usw.<sup>93</sup>, man entbindet ihn auch von der Pflicht zur Nachforschung über die Herkunft seines Honorars.<sup>94</sup> Aber eine echte, materiellrechtliche Orientierung an dieser Unschuldsumutung zugunsten des Mandanten räumt man nicht ein. Dies wäre jedoch diskussionswürdig, wenn man sie nicht nur prozessual bis zum Schuldnachweis wirken lassen möchte<sup>95</sup>, sondern auch bei den Verhaltensnormen, indem schon objektiv bis zum rechtskräftigen Urteil keine direkten oder indirekten Einschränkungen des materiellen Rechts beim Umgang des Verteidigers mit dem Beschuldigten auf Grundlage der Aussicht aufgestellt werden, dass später die Schuld des Mandanten bewiesen wird.<sup>96</sup>

Wenn das Gericht im Ausgangspunkt auf eine mögliche „Abstimmung mit dem Katalogtäter“ oder eine „Scheinhonorierung“ abstellt, wegen denen eine völlige Freistellung der Strafverteidiger nicht in Frage kommt<sup>97</sup>, hat es Fälle mit gesteigertem Unrecht, nämlich verschleiender Tendenz vor Augen. Das damit wohl gemeinte sog. „kick-back“ von Vermögenswerten, die dem Anwalt nur zum Schein übergeben werden und an denen der Mandant wirtschaftlich berechtigt bleibt, dürfte allerdings regelmäßig schon von § 257 und § 261 Abs. 1 StGB erfasst sein.<sup>98</sup> Die fehlende Beschränkung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG auf solche Fälle, wenn sie überhaupt in den Schutzbereich fallen, verwundert. Wenn im Ergebnis die Annahme von Verteidigerhonorar im „sicheren Wissen“, dass es aus einer Katalogtat herrührt, der Strafdrohung des § 261 Abs. 2 S. 1 StGB deswegen nicht entzogen wird, weil andernfalls „das Vertrauen der Bevölkerung in die persönliche Integrität und Zuverlässigkeit der Strafverteidiger in Zweifel zu ziehen und damit die Institution der Strafverteidigung langfristig zu schwächen“ sei bzw. weil es sich verbiete, „den Missbrauch seiner

<sup>93</sup> BGHSt 46, 53, 55 f.; OLG Köln NJW 1975, 459, 460; KK-Laufhütte, 5. Aufl. 2003, Vor § 137 Rn 5; Hartmann AnwBl 2002, 330; Müller-Dietz Jura 1979, 242, 249; Wünsch StV 1997, 45, 48.

<sup>94</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 144.

<sup>95</sup> So BGHSt 47, 68, 77; Tröndle/Fischer (Fn 45) § 261 Rn 34b; krit. hierzu Bernsmann StraFO 2001, 344, 348; vgl. auch Ambos JZ 2002, 70, 71; Wohlers StV 2001, 420, 426 Fn. 67: Denken nach Kategorien des Feindstrafrechts; Botke wistra 1995, 121, 122.

<sup>96</sup> Vgl. Bernsmann FS-Lüderssen 2002, S. 683, 686 f.; Hamm NJW 2000, 636; Gotzens/Schneider wistra 2002, 121, 127; Salditt StraFO 2002, 181; für Berücksichtigung im subjektiven Bereich BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 129 und 163; Matt GA 2002, 137, 142 f.; ders. FS-Rieß 2002, S. 739, 748; vgl. auch LR-Lüderssen (Fn 70) Vor § 137 Rn 133b, 134 f.; Heeb, Grundsätze und Grenzen der anwaltlichen Verteidigung und ihre Anwendung auf den Fall der Mandatsübernahme, Marburg 1973, S. 52; SK-StGB-Hoyer § 258 Rn 25 f.; grds. auch Paulus NSTZ 1992, 305, 310; Frisch NJW 1983, 2471, 2473; ders. JuS 1983, 915, 922: keine Sonderverhaltensordnung für Straftäter oder gegenüber Straftätern; aA Katholnigg NJW 2001, 2041, 2042: Verteidiger darf nicht stets von Unschuld ausgehen.

<sup>97</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 142.

<sup>98</sup> Vgl. Gotzens/Schneider wistra 2002, 121, 126; Müther Jura 2001, 318 ff.; Salditt StraFO 2002, 181, 182.

[des Strafverteidigers] - Stellung bis hin zu einem einverständlichen Zusammenwirken mit seinem Mandanten und zu einem bewussten Unterlaufen des Gesetzesbefehls als schutzwürdig anzusehen“<sup>99</sup>, dann kann man dem Gericht weder zugute halten, wirkliche Argumente angeführt, noch, etwas zur Aufklärung dieses Gesetzesbefehls beigetragen und sich immer nur an ihm orientiert zu haben.

Insofern hat das Urteil des BVerfG mit der Konzentration auf die subjektive Tatseite die wohl ohnehin nicht sehr erhebliche Gefahr einer Bestrafung der betroffenen Berufskreise weiter reduziert, die Bedenken hinsichtlich eines behördlichen Eingriffs in das Intimverhältnis der Verteidigung aber nicht endgültig zerstreut.<sup>100</sup>

### E. Aufgabe: Restriktive Bestimmung einer außergewöhnlichen Höhe des Honorars und des Anfangsverdachts bzgl. sicherer Kenntnis von der „bemakelten“ Herkunft

Soll der Gewinn der vorliegenden Entscheidung nicht nur ideeller Natur sein, sondern in einer unzweifelhaft beabsichtigten Erhöhung der Rechtssicherheit für Strafverteidiger, Beschuldigte und Strafverfolgungsbehörden liegen, dann müssen die wesentlichen Vorgaben des BVerfG zu den Anforderungen an den Vorsatz mit seiner restriktiven Grundhaltung zusammengeführt werden. Die Entscheidung bedarf – dies wurde den Strafverfolgungsbehörden aufgegeben – einer verfassungsgemäßen Umsetzung, die sich auch an dem vom Gericht selbst etwas vernachlässigten Art. 103 Abs. 2 GG orientieren muss.

I. 1. Zuerst sollte betont werden, dass das Gericht nicht von einer unangemessenen, sondern von einer außergewöhnlichen Höhe des Honorars spricht. Bisherige, einen Bestimmtheitsgewinn vermittelnde Überlegungen, die Angemessenheit eines Honorars nach den Maßstäben der Rechtsanwaltskammern bei Gutachten gemäß § 3 Abs. 3 S. 2 BRAGO zu bestimmen und in einer erheblichen Überschreitung das Indiz einer Scheinhonorierung zu sehen<sup>101</sup>, können nur beschränkt herangezogen werden. Während das Gebot der Angemessenheit eher auf eine wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung zielt, rekurriert die Gewöhnlichkeit scheinbar auf rein empirische Vergleichsdaten. Allerdings wird sich insofern eine gemeinsame Basis finden lassen, als unangemessene Honorarvereinbarungen nicht gewöhnlich sind.

a) Der Wahlverteidiger hat zunächst den gesetzlichen Gebührenanspruch aus den §§ 1; 83 ff. BRAGO – am 1.7.2004 wird unter Aufhebung der BRAGO das neue Rechtsanwaltsvergütungsgesetz (RVG) in Kraft treten; die Verteidigergebühren sind hier in Teil 4 Ab-

<sup>99</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 142 und 145.

<sup>100</sup> Vgl. schon Hamm NJW 2000, 636: häufige Verhinderung der Bestrafung, aber nicht der Beschuldigung.

<sup>101</sup> Hamm NJW 2000, 636, 637.

schnitt 1 des Vergütungsverzeichnisses festgelegt.<sup>102</sup> Es handelt sich um Betragsrahmengebühren gem. § 12 BRAGO (neu: § 14 RVG), die bisher ausschließlich vom Anwalt selbst, nicht vom Gericht festgesetzt wurden (§ 19 Abs. 8 BRAGO)<sup>103</sup>. Das RVG schafft hier in § 42 die Möglichkeit eines Antrags an das OVG oder den BGH auf Festsetzung einer Pauschgebühr, falls die im neuen Vergütungsverzeichnis festgelegten Sätze unzumutbar erscheinen. Der Verteidiger hat nach § 12 Abs. 1 S. 1 BRAGO, ebenso wie nach § 14 Abs. 1 S. 1 RVG, bei der Bestimmung der Gebührenhöhe im Einzelfall nach billigem Ermessen alle Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Bedeutung der Angelegenheit, den Umfang und die Schwierigkeit der anwaltlichen Tätigkeit sowie die Vermögens- und Einkommensverhältnisse des Auftraggebers.<sup>104</sup> Allerdings sollte in der Praxis vom Mittelwert des Gebührenrahmens ausgegangen und dieser nach den genannten Kriterien bis zum Höchststrahmen angehoben oder bis zum Mindeststrahmen abgesenkt werden.<sup>105</sup> Schon bei den Einstiegsgebühren des § 83 Abs. 1 BRAGO ergab sich somit ein erheblicher Spielraum des Anwalts, der durch die neuen Gebührentatbestände des Vergütungsverzeichnisses des RVG (Grundgebühr von 30-300 €, Terminsgebühren außerhalb der HV von 30-375 €, Verfahrensgebühr im Vorverfahren von 30-200 €, Verfahrensgebühr im Hauptverfahren von 30-725 €, bei Revision bis 930 €, jew. mit evtl. Zuschlägen) noch erweitert wurde. Es ist anzunehmen, dass, selbst nach etwaigen Summationen, das BVerfG eine Gebührenhöhe, die aufgrund der genannten Vorschriften errechnet wird, in keinem Fall als außergewöhnlich hoch ansehen möchte.

Nebenbei erwähnt *verpflichtet* § 14 Abs. 1 S. 3 RVG den Verteidiger künftig, sein Haftungsrisiko bei der Gebührenberechnung zu berücksichtigen, denn seine Rahmengebühr richtet sich nicht nach einem Gegenstandswert. Und spätestens seit OLG Nürnberg StV 1997, 481 ff. und OLG Düsseldorf StV 1998, 430 sollte man dieses Haftungsrisiko weder für Wahl- noch Pflichtverteidiger in der Praxis unterschätzen.<sup>106</sup>

b) Das BVerfG dürfte ausschließlich die durch oder aufgrund einer *Vereinbarung* festgesetzte Vergütung i.S.d. § 3 BRAGO (§ 4 RVG) im Auge gehabt haben. Das Missverhältnis zwischen der gesetzlich angebotenen Entschädigung und dem Arbeitsaufwand wird von Seiten der Anwaltschaft gerade in Strafsachen, die oft erhebliche Vorbereitungszeit erfordern<sup>107</sup>, als derart gra-

vierend empfunden, dass Honorarvereinbarungen hier als absoluter Regelfall beschrieben oder sogar angemahnt werden.<sup>108</sup>

Eine Vergütung kann nun inhaltlich bestimmt (Festbetrag) bzw. bestimmbar (z.B. Stundensätze mit voraussichtlichen Gesamtaufwand) direkt zwischen den Vertragspartnern vereinbart oder ihre Festsetzung kann dem billigen Ermessen des Vorstands der Rechtsanwaltskammer überlassen werden (§ 3 Abs. 1 S. 1 BRAGO; § 4 Abs. 3 S. 1 RVG). Ist sie unangemessen hoch, kann sie in einem späteren Gebührenstreit herabgesetzt werden (§ 3 Abs. 3 S. 1 BRAGO; § 4 Abs. 4 S. 1 RVG). Dies zeigt im Grundsätzlichen, dass, von § 291 StGB abgesehen, der eine besondere Konstitution des Vertragspartners voraussetzt, kein eigentliches Verbot der Forderung „unangemessener“ oder „außergewöhnlicher“ Honorare existiert; auch das Standesrecht verhält sich nur zum entgegen gesetzten Fall der Unterschreitung gesetzlicher Gebühren (vgl. § 49b Abs. 1 BRAO). Man kann sich deswegen unter dem Gesichtspunkt der Systemgerechtigkeit an der Idee stoßen, über ein Vermutungskriterium im subjektiven Tatbestand des § 261 StGB gerade für Verteidiger strafrechtliche Risiken von der Höhe entgegengenommener Vergütungen abhängig zu machen. Allerdings ist diese Idee Bestandteil eines verfassungsgerichtlichen Urteils. Es erscheint also konstruktiver, die Wertungen jener Normen heranzuziehen, die wegen einem „auffälligen Missverhältnis“ zwischen Honorar und Leistung (§ 138 Abs. 2 BGB) oder einer „unangemessenen“ Höhe zu einer zumindest teilweisen Unwirksamkeit der Gebührenvereinbarung führen können.

Im Kostenrecht der Anwälte ist anerkannt, dass weder die Sicht des Anwalts noch die des Auftraggebers über die Angemessenheit entscheidet, sondern ein objektiver Maßstab. Weil hierbei jedoch vor allem die von § 12 Abs. 1 S. 1 BRAGO (§ 14 Abs. 1 S. 1 RVG) aufgezählten Kriterien, z. B. die wirtschaftliche Lage des Auftraggebers, aber auch frühere Erfolge des Anwalts, also sein „Stand“ verwertet werden,<sup>109</sup> gibt es durchaus personell bedingte Unterschiede. Angesehene und gut honorierte Verteidiger geben also nicht allein deswegen Anlass zur Skepsis der Strafverfolgungsbehörden, weil sie überdurchschnittlich verdienen; eigentlich sollte man das nicht schreiben müssen. Auch die „Bedeutung der Angelegenheit“ bestimmt sich sowohl von den zu erwartenden unmittelbaren und mittelbaren, tatsächlichen und ideellen, wirtschaftlichen und rechtlichen Auswirkungen her zwar insofern subjektiv, als sie den Auftraggeber betreffen müssen. Sein Interesse an einer ausbleibenden oder geringeren Sanktion ist jedoch aus dem Blickwinkel eines unbeteiligten Dritten zu beurteilen.<sup>110</sup> Eine Strafsache dürfte unter dieser Perspektive regelmäßig besonders bedeutungsvoll sein. Damit erweitert sich die Angemes-

<sup>102</sup> Der Text des bisher noch nicht im BGBl. veröffentlichten Gesetzes ist z.B. unter [www.anwaltverein.de/01/07/archiv/internet\\_beilage\\_2004/rvg03.pdf](http://www.anwaltverein.de/01/07/archiv/internet_beilage_2004/rvg03.pdf) abrufbar.

<sup>103</sup> Vgl. *Hartmann* Kostengesetze, 33. Aufl. 2004, Einführung Vor § 83 BRAGO Rn 2.

<sup>104</sup> Zur Ausfüllung der Merkmale vgl. *Hartmann* (Fn 144) § 12 BRAGO Rn 3 ff.

<sup>105</sup> *Hartmann* (Fn 144) § 12 BRAGO Rn 13 ff. m.w.N.

<sup>106</sup> Vgl. SK-StPO-Wohlens (Fn 87) Vor §§ 137 ff Rn 166 ff.

<sup>107</sup> Das Argument wird trotz der neuen Grundgebühr 4100 (4./1/1 Vergütungsverzeichnis) RVG für die erstmalige Einarbeitung in die Strafsache nicht weggelassen.

<sup>108</sup> Vgl. *Engels* MDR 1999, 1244; *Madert*, Anwaltsgebühren in Straf- und Bußgeldsachen, 4. Aufl. 2002, S. 1 ff.

<sup>109</sup> Vgl. *Hartmann* (Fn 144) § 3 BRAGO Rn 49.

<sup>110</sup> *Hartmann* (Fn 144) § 12 BRAGO Rn 3 A.

senheitsgrenze nach oben. Aus Rücksicht auf den Vorrang des § 3 BRAGO lehnt es die Rechtsprechung ab, den zu § 138 BGB entwickelten Grundsatz, wonach bei einer 100%igen Überschreitung des Gegenleistungswertes Nichtigkeit folgt, auf Honorarabreden anzuwenden. Auch eine die gesetzlichen Gebühren um das Sechsfache oder Sechzehnfache übersteigende Vereinbarung ist nicht per se unangemessen hoch.<sup>111</sup>

Absolute Grenzen werden nicht definiert. Schon vor mehreren Jahren galten Stundensätze von über 500 € als nicht unüblich<sup>112</sup>, 130 € sogar als maßvoll<sup>113</sup>, und das BVerfG selbst hatte vor kürzerer Zeit aus dem Gutachten einer Rechtsanwaltskammer erfahren, dass mehr als 400 € pro Stunde angemessen sein können. Im betreffenden Beschluss hat das BVerfG festgestellt, dass „Vergütungsregelungen und hierauf gründende Entscheidungen, die auf die Einnahmen, welche durch eine berufliche Tätigkeit erzielt werden können, und damit auch auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind, [...] in die Freiheit der Berufsausübung“ eingreifen.<sup>114</sup> Staatsanwaltschaften, die einen Verteidiger gerade wegen der Höhe der von ihm vereinnahmten Gebühren der Geldwäsche verdächtigen, müssen sich also bei Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nicht nur wegen der faktischen Folgewirkungen für die Arbeit des Verteidigers mit Art. 12 Abs. 1 GG auseinandersetzen, sondern schon, weil die obrigkeitliche Beurteilung eines Honorars als „außergewöhnlich“ usw. den Schutzbereich der grundgesetzlich gewährleisteten beruflichen Existenzhaltung verletzt.

Dass sich, wie gesagt, eine außergewöhnliche Höhe nicht nur nach dem absoluten Zahlbetrag, sondern den gesamten Umständen des Mandatsverhältnisses, insbesondere der wirtschaftlichen Situation des Mandanten bestimmen kann, haben Verteidiger aber auch umgekehrt bei geringeren Honoraren zu bedenken. Die Rechtsprechung hat bereits angedeutet, dass auch niedrigere Beträge aus dem „Rahmen des Üblichen“ fallen können, wenn sie von einem Mandanten stammen, der einer eher weniger gut bemittelten Berufsgruppe oder Ausbildungsstufe angehört – insofern geht es allgemein um die Vereinbarkeit der Zahlung mit der angegebenen Herkunftsquelle.<sup>115</sup>

2. Zur Bestimmung auffälliger Modalitäten der Erfüllung der Honorarforderung werden sich ebenfalls keine trennscharfen Beschreibungen aufstellen lassen. Hilfreich könnte eine beschränkte Orientierung an § 2 Abs. 2 GwG sein: Die Behändigung von Bargeld über 15.000 € wird zumindest ungewöhnlich sein, ebenso, unabhängig von der Höhe, die Bezahlung mittels Wert-

papieren oder Edelmetallen. Zwar kann man dem Verteidiger auch in diesen Fällen nicht die Pflicht auferlegen, die Herkunft des Vermögenswertes nachzufragen. Es dürfte ihm aber zu raten sein, sich vom Mandanten den Grund für eine Abweichung von der Usance plausibel machen zu lassen, eine Geldsumme zu überweisen. Dies dürfte – unabhängig vom Streit um die Anwendbarkeit des § 261 Abs. 6 StGB wegen eines gutgläubigen Zwischenerwerbs des Kreditinstituts<sup>116</sup> – allemal der sicherste Weg sein. Auch *Fischer* sieht in einer unbaren Zahlungsabwicklung ein Indiz für die Gutgläubigkeit des Zahlungsempfängers, auch wenn er Strafverteidiger ist.<sup>117</sup>

Bei alledem bleibt freilich dunkel, inwiefern Strafverfolgungsbehörden überhaupt verdachtsneutral, ohne ein bereits eingeleitetes Ermittlungsverfahren, Informationen über die Honorarhöhe erlangen können. Es dürfte sich, wie § 43a Abs. 2 BRAO vorgibt und § 49b Abs. 4 BRAO verstärkt, um ein gut gehütetes Geheimnis handeln, und tatsächliche Geldflüsse sind wohl ohne schon eingriffsintensive Überwachungsmaßnahmen kaum zu registrieren.

II. Es sollte wohl auch noch einmal betont werden, dass selbst die Feststellung eines außergewöhnlich hohen Honorars oder dubioser Zahlungsweisen nur Indizien für eine „sichere Kenntnis“ des Verteidigers darstellen.

Die strafrechtliche Vorsatzlehre befasst sich eingehend mit der Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit und bedingtem Vorsatz, aber definiert kaum, wann von sicherem Wissen auszugehen ist. Bedingt durch die Neigung der Rechtsprechung zu den Einwilligungstheorien, die sich in der Formel vom „billigenden Inkauf-Nehmen“ des Erfolges niederschlägt, steht die Herleitung des voluntativen Elementes aus gewissen Gefahrprognosen im Vordergrund<sup>118</sup>, während die – ja auch der *neglegentia* eigentümliche – Vorstellung des Täters, der strafrechtlich missbilligte Erfolg werde wenigstens möglicherweise eintreten, entweder durch Beweise über das dem Täter von anderen vermittelte konkrete Gefahrwissen positiv festgestellt oder über ein Allgemeinwissen wegen der generellen Gefährlichkeit

<sup>116</sup> Hierfür etwa *Hamm* NJW 2000, 636, 638; abl. *Schönke/Schröder/Stree* (Fn 100) § 261 Rn 14; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 29: Es komme nicht auf das (nicht identische) ein- und ausgezahlte Geld an, sondern die Forderung gegen die Bank werde vom Vortäter auf den Zahlungsempfänger übertragen und bleibe Surrogat aus der Vortat.

<sup>117</sup> *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 29 a.E. i.V.m. Rn 32.

<sup>118</sup> Vgl. nur BGHSt 36, 1, 10 ff.; *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn 100) § 15 Rn 81 ff.; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 15 Rn 9 ff.; krit. *Schlehofer* NJW 1989, 2017 ff.; konkret geht es etwa um die Schwere der Sorgfaltspflichtverletzung, die Nähe der Rechtsgutsverletzung, die (eingebildete) Steuerungsmöglichkeit des Täters, also die Beherrschbarkeit der Gefahr usw., vgl. hierzu *Prittowitz* JA 1988, 498 ff. und das Schweizer Bundesgericht BGE 125 IV 252 f. ([www.bger.ch](http://www.bger.ch)); *Mühlbauer* ius.full Nr. 02/2003, S. 64, 67.

<sup>111</sup> OLG Köln NJW 1998, 1960; AG Hamburg AGS 2000, 81; vgl. auch BGH NJW 1997, 2388 f.; BGH NJW 2000, 2669; BGH NJW 1992, 899.

<sup>112</sup> Vgl. *Engels* MDR 1999, 1244, 1245.

<sup>113</sup> OLG Hamm NJW 1998, 1871.

<sup>114</sup> BVerfG NJW 2002, 3314.

<sup>115</sup> Vgl. LG Berlin NJW 2003, 2694 f., freilich zum Problem der Leichtfertigkeit: 2000 € von einem Schüler.

der Handlung unterstellt wird.<sup>119</sup> Beides ist vorliegend unbrauchbar, weil die Handlung – Honorarentgegennahme – an sich neutral ist, was auch das BVerfG erkennt, und eine positive Vermittlung der deliktischen Herkunft kaum zu erwarten sein dürfte. Allerdings werden weitere objektive Bewertungen eines Risikos teilweise auch herangezogen, um Erhöhungen oder Abschwächungen im intellektuellen Element zu begründen.<sup>120</sup> Auch vorliegend hat es das BVerfG als nötig erkannt, „auf Tatsachen beruhende, greifbare Anhaltspunkte“, heranzuziehen, um den Schluss auf eine sichere Kenntnis des Verteidigers wagen zu können. Bis auf die bereits behandelten beiden Kriterien offenbart die Entscheidung aber leider keine Ideen, was hier in Frage kommt.

Im Zivilrecht liest man die überzeugende Analyse, dass Normen, die zur Rechtsbewahrung eine bestimmte Handlung verlangen und somit an das Außerachtlassen bestimmter Umstände nachteilige Rechtsfolgen knüpfen, eine um so sicherere Kenntnis von diesen Umständen verlangen, je erheblicher der Nachteil oder die Zwangslage des Obliegenheitsadressaten ist.<sup>121</sup> Angesichts der offenbar gewordenen rechtsstaatlichen Bedeutung der Strafverteidigung und des Grundrechtsschutzes dieser Erwerbstätigkeit war die Elimination des *dolus eventualis* also folgerichtig. Man sieht sich aber doch durch die im Zivilrecht beschriebenen anderweitigen Obliegenheitsverletzung durch fahrlässigen Umgang mit der eigenen Kognition veranlasst, mit allem Nachdruck klarzumachen, dass all dies für § 261 StGB nicht (mehr) genügt: Auf ein Kennen-Können, ein Kennen-Müssen, Leichtfertigkeit bei der Unkenntnis usw. kommt es nicht an.

1. Die Erlangung „sicherer Kenntnis“ ist zweistufig. Sie beinhaltet die Wahrnehmung von Geschehnissen und erfordert hierauf gründende Schlussfolgerungen. Teilweise genügt es für eine „sichere Kenntnis“, dass Tatsachen in Erfahrung gebracht werden, die nach objektiver Beurteilung eines verständigen Beobachters keine ernsthaften Zweifel mehr hinsichtlich des „Kenntnisthemas“ bestehen lassen.<sup>122</sup> Die Entscheidung macht zwar begrifflich nicht ganz klar, worauf sich das sichere Wissen beziehen muss. Nach dem 1. Leitsatz ist es die „Herkunft“ des Honorars, nach verschiedenen Stellen in den Gründen ist es sein „Charakter“ (Absatz- Nr. 146) oder sein Herrühren aus einer Katalogtat (Absatz-Nr. 143). Deutlich ist jedoch, dass nicht schon die Kenntnis von Tatsachen genügt, welche auf ein solches „Herrühren“ schließen lassen, sondern dass diese *Schlussfolgerung des Verteidigers* feststehen muss.

Insofern verwirrt es etwas, wenn das BVerfG betont, dass ein Geständnis des Mandanten nicht die einzige Anknüpfungstatsache für den Beweis eines siche-

ren Wissens des Verteidigers ist, sondern der Beweis auch über andere Indizien erbracht werden kann.<sup>123</sup> In Frage käme hier ohnehin nicht schon das „interne Geständnis“ des Mandanten hinsichtlich der Katalogtat, sondern nur die Erklärung gegenüber dem Verteidiger, sein Honorar stamme aus einer solchen Tat. Nur muss dies ebenso wenig wahr sein wie ein Geständnis der angeklagten Tat selbst.<sup>124</sup> Indiziennetze sind ebenso schwach wie unerlässlich, wenn man den Vorsatz über subjektive Komponenten bestimmen will<sup>125</sup>, will man sichere Kenntnis nachweisen, müssen sie nahezu reißfest sein.

Damit angenommen werden kann, der Verteidiger habe den deliktischen Ursprung des als Honorar entgegengenommenen Gegenstandes erkannt, muss sich sein „sicheres Wissen“ sowohl auf das Vorhandensein einer Katalogtat, die nicht zwangsweise Gegenstand des Mandats sein muss, als auch auf die Verwertungskette der aus dieser Tat herrührenden Vermögenswerte beziehen, soweit sie selbst oder Surrogate<sup>126</sup> zu ihm gelangt sind. Fehlt es an Offenbarungen des Mandanten, dann muss sich – mangels einer Pflicht zur Initiative – etwa die Erkenntnis aufdrängen, dass der Mandant über keine Vermögenswerte verfügt, die nicht aus einer Katalogtat herrühren. Wer aber verlangt – egal, ob vom Verteidiger oder den Strafverfolgungsbehörden – so totale Urteile zu fällen, ist vom Täter- und Feindstrafrecht nicht mehr weit entfernt.

2. Im Ergebnis besteht Einigkeit darin, dass es ein absolut sicheres Wissen von Geschehensabläufen nicht gibt, erst recht im Hinblick auf innere Zustände – wie ein sicheres Wissen. Die nach § 261 StPO in freier Beweiswürdigung gewonnene Überzeugung des Tatrichters muss deswegen nicht auch die letzten, „theoretisch“ immer möglichen Zweifel überwinden.<sup>127</sup> Doch wäre es nach Ansehung der nunmehr entstandenen Rechtslage übertrieben, die Frage der Beweisbarkeit des (direkten) Vorsatzes breit aufzurollen.

Der BGH war schon vor der Maßregelung durch das BVerfG bereit, weitgehende Zugeständnisse an Strafverteidiger hinsichtlich der Verneinung des subjektiven Tatbestandes zu machen. Selbst beim Eventualvorsatz stellte man aus Achtung vor dem Institut der Strafverteidigung so hohe Beweisanforderungen und begründete innere Vorbehalte des Verteidigers gegen rechtswidriges Verhalten, dass – auf unsere Fallgruppe adaptiert – nur bei schlichtweg hanebüchenen Schutzbehauptungen

<sup>123</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 156.

<sup>124</sup> Hierzu *Bernsmann* FS-Lüderssen 2002, S. 683, 686; *Ostendorf* NJW 1978, 1345, 1348; vgl. auch *Bottke* ZStW 96 (1984), 726, 759.

<sup>125</sup> Vgl. die Kritik von *Schlehofer* NJW 1989, 2017, 2018 – dort auch zum Ansatz objektiver Risikozuschreibung, w. N. hierzu bei *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* (Fn 100) § 15 Rn 77 ff.

<sup>126</sup> Vgl. *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 8.

<sup>127</sup> BGH NJW 1995, 2930, 2932; *KK-Schoreit* (Fn 135) § 261 Rn 2; *Schlehofer* NJW 1989, 2017, 2018.

<sup>119</sup> Vgl. BGHSt 36, 1, 11 f.; 39, 168, 181 f.; 40, 304, 306.

<sup>120</sup> BGHSt 36, 1, 19; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 15 Rn 10b.

<sup>121</sup> *Grundmann*, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2003, § 276 Rn 157.

<sup>122</sup> Vgl. insg. *Wellenhofer*, in: MüKo-BGB, 4. Aufl. 2002, § 1600b Rn 9 ff.

noch Strafbarkeit in Betracht kommt.<sup>128</sup> Wenn nunmehr sicheres Wissen verlangt wird, scheint Vorsatz nicht mehr nachweisbar, es sei denn, der Verteidiger gesteht.

3. Von dieser Aussicht sollten sich auch die Staatsanwaltschaften leiten lassen. Der ihnen – letztlich durch die vorliegende Entscheidung deutlich – zugestandene Beurteilungsspielraum bei der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens nach der Bildung eines Anfangsverdachts<sup>129</sup> (§ 152 Abs. 2 StPO) der Geldwäsche durch die bloße Annahme eines Verteidigerhonorars hat sich erheblich reduziert. Die Verdachtsgrade hinsichtlich des Ob und der Schwere einer solchen Tat müssen mit sämtlichen grundrechtlichen Bedenken abgewogen werden. Wurde ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, hat die Staatsanwaltschaft das Beschleunigungsgebot zu beachten und den Sachverhalt zügig zu erforschen; verdichten sich die Anhaltspunkte nicht, ist das Verfahren einzustellen (§ 170 Abs. 2 StPO).<sup>130</sup>

Wenn die Honorarforderung nicht 200.000 DM beträgt und nicht mit einem Bargeldkoffer – oder Edelmetallen – beglichen wird, dann sind, das wurde gezeigt, auch die vom BVerfG angebotenen Indikatoren recht untauglich, um eine Einleitung oder Aufrechterhaltung des Ermittlungsverfahrens zu rechtfertigen. Der Hinweis des Gerichtes, dass die „Übernahme eines Wahlmandates wegen einer Katalogtat [...] für sich genommen zur Begründung eines Anfangsverdachts nicht“ genügt<sup>131</sup>, kopiert eine überflüssige und missverständliche Phrase des BGH.<sup>132</sup> Die Übernahme eines Wahlmandates ist, auch beim Vorwurf einer Katalogtat, nicht nur für sich genommen, sondern überhaupt kein Anhaltspunkt für einen Geldwäscheverdacht; dies gilt selbstverständlich ebenso für die Annahme eines Honorars.<sup>133</sup> Man könnte sonst auch erwägen, einen Verteidiger nach § 138a Abs. 1 Nr. 3 StPO i.V.m. § 258 StGB auszuschließen, weil er ein Wahlmandat übernommen und noch dazu verfahrenszögernde Anträge gestellt hat.

Nicht nur die Geldwäschebehandlung des § 261 Abs. 2 S. 1 StGB ist unauffällig, auch die Vortaten sind, obwohl „Kataloge“ ja oft den Eindruck besonders krasser Rechtsgutsverletzungen erwecken, nicht durchweg

<sup>128</sup> BGHSt 38, 345, 351; 46, 53, 59 f.; krit. *Beulke* JR 1994, 114, 120; *Ignor* FS-Schlüchter 1998, S. 39, 44; *von Stetten* StV 1995, 606, 611; *Stumpf* NStZ 1997, 7, 10 f.; *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 258 Rn 13a; *Wohlers* StV 2001, 420, 422.

<sup>129</sup> Vgl. BGHSt 37, 48, 53; 38, 214; 228; *Beulke* Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2002, Rn 111. Weil „Verdacht“ etwas Subjektiv-Faktisches ist, geht es – entgegen der Terminologie des BVerfG (Absatz-Nr. 153) – nicht um die „Prüfung und Entscheidung, ob ein Anfangsverdacht [...] zu bejahen ist“, sondern darum, ob hinreichende Verdachtsgrade für die Eröffnung eines Strafverfahrens und bestimmte Ermittlungshandlungen vorliegen, also um eine Prüfung tatsächlicher Anhaltspunkte unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Wertungen, vgl. auch BGH StV 1988, 440, 441 f.

<sup>130</sup> Vgl. BGH StV 1988, 440, 443.

<sup>131</sup> BVerfG v. 30.03.2004 – 1 BvR 1520/01, Absatz-Nr. 154.

<sup>132</sup> BGHSt 47, 68, 78; zust. *Katholnigg* JR 2002, 30, 32 f.

<sup>133</sup> Vgl. *Wohlers* ZStR 120 (2002), 197, 217.

selbsterklärend. Nach etlichen Erweiterungen der Tatgegenstände ist mittlerweile auch strafbar, wer *legal erworbene* Vermögenswerte entgegennimmt, für die gewerbsmäßig oder bandenmäßig – hier nennt die Kommentierung Unternehmen und Steuerberatergesellschaften – keine Abgaben (etwa Umsatzsteuer) entrichtet wurden (§ 261 Abs. 1 S. 3 StGB).<sup>134</sup> Insofern muss man immer am konkreten Vorwurf messen, ob der Verteidiger überhaupt eine Chance hat, die Herkunft zu erkennen. Je intensivere Untersuchungen der Strafverfolgungsbehörden nötig waren, um diesen deliktischen Ursprung aufzudecken, um so geringer – nicht um so höher – wird man die Wahrscheinlichkeit zu beurteilen haben, auch der Verteidiger kenne ihn sicher. Und der Verdacht, eine Zahlung soll an den Mandanten zurückfließen und diene damit jener wirklichen Geldwäsche, auf die das BVerfG eigentlich abzielt, sollte um so ferner liegen, je mehr der Verteidiger nach außen als solcher in Erscheinung tritt.<sup>135</sup> Effektive und wirkliche Verteidigung sollte insgesamt als Anzeichen zu werten sein, dass der Verteidiger sich mehr um die Belange des Beschuldigten sorgt als um die Herkunft seines Honorars.

Art. 12 Abs. 1 GG und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangen letztlich, nicht mit intensiven Zwangsmaßnahmen „ins Haus“ zu fallen, sondern dem Verteidiger Gelegenheit zur Selbsterklärung zu geben<sup>136</sup>, wenn wirklich bedenkliche Verdachtsgrade bestehen. Andererseits müssen sich Strafverfolgungsbehörden nun bewusst sein, dass sie das sichere Wissen des Verteidigers nicht mit der Übermittlung von Untersuchungserkenntnissen herbeiführen, die lediglich den Verdacht früherer Katalogtaten des Mandanten hergeben; ein Nötigungsszenario, am Ende dessen die Niederlegung des Wahlmandates oder Kooperation erwartet wird, ist unwahrscheinlicher geworden.

Vielleicht sind all das praxisferne Hoffnungen zur Besänftigung praxisferner Befürchtungen. Man muss einen Grundrespekt vor der Verfassung und der Verfassungsgerichtsbarkeit ohnehin voraussetzen (§ 20 Abs. 3 S. 2 GG!), sonst wäre jedes Wort sinnlos. – Im Übrigen bergen grundrechtssensitive Ermittlungen ohne Überführbarkeit des Beschuldigten und entgegen verfassungsrichterlichen Vorgaben die Gefahr einer Amtshaftungsklage, denn sie sind, um sich an den Maßstäben des BGH auszurichten, selbst „bei voller Würdigung auch der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege [...] nicht mehr verständlich“.<sup>137</sup>

4. Nicht ganz klar, aber anzunehmen ist, dass das BVerfG auch die Möglichkeit des untauglichen Versuchs (§ 261 Abs. 3 StGB) eines Verteidigers, durch die Annahme eines irrtümlich für bemakelt gehaltenen Honorars Geldwäsche zu begehen, ausschließen wollte. Wenn die Rechtsprechung „sichere Kenntnis“ verlangt,

<sup>134</sup> Vgl., zutr. krit., *Tröndle/Fischer* (Fn 45) § 261 Rn 8a.

<sup>135</sup> *Wohlers* ZStR 120 (2002), 197, 216 f.

<sup>136</sup> Vgl. LG Berlin NJW 2003, 2694, 2695.

<sup>137</sup> Vgl. BGH StV 1988, 440, 441.

bedeutet dies, dass die Tatsachen objektiv feststehen müssen.<sup>138</sup> Bevor eine Staatsanwaltschaft in das Innenverhältnis der Verteidigung eindringt, muss – dies soll

abschließend gefordert werden – der deliktische Ursprung der dem Verteidiger übergebenen Vermögenswerte erst einmal geklärt sein.

<sup>138</sup> MüKo-BGB/Wellenhofer (Fn 161) § 1600b Rn 10 m.w.N.

## 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

### 237. EGMR Nr. 73797/01 – Urteil vom 27. Januar 2004 (Kyprianou vs. Griechenland)

Recht auf ein faires Verfahren (Anwendbarkeit: Begriff der strafrechtlichen Anklage bei gerichtlichen Ordnungsstrafen, Ordnungsmitteln und contempt of court); Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts (Befangenheit und Besorgnis der Befangenheit: objektiver und subjektiver Test; nemo iudex in causa sua; praktische und nicht theoretische Betrachtung des Gerichts und seiner Richter; Bedingungen einer möglichen Heilung), Unschuldsvermutung (Gewährung voller Verteidigungsrechte), unverzügliche Information über Art und Grund der strafrechtlichen Anklage; Meinungsfreiheit des Rechtsanwaltes (Verteidigers; Einwirkung des fairen Verfahrens; chilling effect).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 lit. a EMRK; Art. 10 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 Abs. 1 GG

### 238. BVerfG 2 BvR 1520/01, 2 BvR 1521/01 (Zweiter Senat) – Urteil vom 30. März 2004 (BGH, LG Frankfurt/Main)

Grundrecht auf freie Berufsausübung (Schutzbereich; Existenzhaltung; angemessene Vergütung; freie Entfaltung der Persönlichkeit); Eingriff (Vorschriften ohne primär berufsregelnde Zielrichtung); Freiheit der Advokatur (freie und unreglementierte Selbstbestimmung des einzelnen Rechtsanwalts); Strafverteidiger; Geldwäsche durch Annahme eines Strafverteidigerhonorars (verfassungskonforme einengende Auslegung; Gesetzesauslegung; Gefährdung des Instituts der Wahlverteidigung; Vertrauensverhältnis zum Mandanten); Anforderungen an den Vorsatz (sichere Kenntnis; keine Leichtfertigkeit, kein dolus eventualis; Kenntniszeitpunkt der Annahme des Honorars; Kenntnisquelle; keine Nachforschungspflicht; unangemessener Honorarvorschuss); Rücksichtnahme von Gericht und Staatsanwaltschaft auf die besondere Stellung des Strafverteidigers bei einem Ermittlungsverfahrens gegen einen Strafverteidiger (Effektivität der Strafverteidigung; Vertrauensverhältnis; Verschwiegenheitspflicht; Bindung der Staatsanwaltschaft an den

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; keine „Ermittlungsmunität“); gerichtliche Entscheidung (Beachtung der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte; Auslegung; erkennbare Anwendung); faires Verfahren (Chancen- und Waffengleichheit; Mitwirkung eines Strafverteidigers); „European Kings Club“.

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 6 EMRK

### 239. BVerfG 2 BvR 26/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2004 (OLG Frankfurt)

Auslieferung nach Italien bei einem Abwesenheitsurteil; Abwesenheitsverfahren (Flucht; Vertretung durch ordnungsgemäß bestellten Pflichtverteidiger; Wiedereinsetzungsantrag; Beleg der persönlichen Kenntnis des Angeklagten; nachträgliches rechtliches Gehör: fehlende Effektivität angesichts nachteiliger Beweislastregeln und unangemessener Einlegungsfristen); Menschenwürde; Rechtsstaatsprinzip; rechtliches Gehör (persönliche Äußerung; Vortrag entlastender Umstände); faires Verfahren (wirksame Verteidigung); Zweites Zusatzprotokoll zum Europäischen Auslieferungsübereinkommen (Zusicherung); Prüfungsumfang (keine Prüfung der Rechtmäßigkeit des Zustandekommens eines ausländischen Strafurteils); Vereinbarkeit mit verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 25 GG; Art. 6 EMRK; Art. 3 2. ZP-EuAIÜbk; Art. 175 Codice di procedura penale

### 240. BVerfG 1 BvR 1778/01 (Erster Senat) – Urteil vom 16. März 2004

Eigentumsgarantie; Einfuhr- und Verbringungsverbot; Berufsfreiheit (Züchten von Hunden mit erblich bedingten Aggressionssteigerungen; strafrechtliche Sanktionierung landesrechtlicher Verbote einen gefährlichen Hund zu züchten oder Handel mit ihm zu treiben; dynamische Verweisung; Berufsausübungsfreiheit; berufsregelnde Tendenz); Rechtsstaatsprinzip (Verhältnismäßigkeits-

grundsatz: Einschätzungsprärogative und verfassungsrechtliche Beobachtungsgebote bei Schutzpflichten; Normenbestimmtheit; mangelnde Regelungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers (Bundesgesetz zur Bekämpfung gefährlicher Hunde; Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse; Verweis des bundesrechtlichen Strafrechts auf landesrechtliche Verbote: wesentliche Übereinstimmung landesrechtlicher Verbote); Vorabentscheidungsverfahren (fehlende Entscheidungserheblichkeit bei ausstehender Verfassungsbeschwerde).

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 14 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 72 Abs. 2 GG; § 143 Abs. 1 StGB; Art. 234 EGV

c

**241. BVerfG 2 BvR 27/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. März 2004 (LG Itzehoe; AG Itzehoe)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Anforderungen; eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Beschreibung des Tatvorwurfs; Messbarkeit und Kontrollierbarkeit des Grundrechtseingriffs; Richtervorbehalt); Beschlagnahme (genaue Bezeichnung der zu beschlagnahmenden Gegenstände); Willkürverbot (Fehlen plausibler Gründe; sachfremde Erwägungen); Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Art. 13 Abs. 1 GG, Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 94 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO.

**242. BVerfG 2 BvR 1478/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. März 2004 (Ermittlungsrichter des BGH)**

Verfassungsbeschwerde; Erledigterklärung; Erstattung von Auslagen (Billigkeitsgesichtspunkte; keine überschlägige Beurteilung der Sach- und Rechtslage); Maßnahme nach § 2 DNA-IfG in Verbindung mit § 81 g StPO zur Aufklärung von vor der Anordnung begangener Straftaten.

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 34a Abs. 3 BVerfGG; § 81 g StPO; § 2 DNA-IfG

1. Wird eine Verfassungsbeschwerde vom Beschwerdeführer für erledigt erklärt, so erfolgt die Erstattung von Auslagen nach Billigkeitsgesichtspunkten wobei regelmäßig keine überschlägige Beurteilung der Sach- und Rechtslage stattfindet (vgl. BVerfGE 33, 247, 264).

2. Beseitigt die öffentliche Gewalt von sich aus den mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Akt oder hilft sie der Beschwer auf andere Weise ab, ohne dass dies auf einer Veränderung der Sach- und Rechtslage beruht, ist es billig, die öffentliche Hand ohne weitere Prüfung an ihrer Auffassung festzuhalten und dem Beschwerdeführer die Erstattung seiner Auslagen zuzubilligen.

**243. BVerfG 2 BvR 2251/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2004 (OLG Stuttgart)**

Anspruch auf den gesetzlichen Richter; Neufestsetzung von Einzelstrafen unter Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht (Schuldspruchberichtigung von Tatmehrheit zu Tateinheit); Konkurrenzkorrektur (keine Verringerung des verwirklichten Tatunrechts). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 Abs. 1 StPO

**244. BGH 2 StR 351/03 - Urteil vom 28. Januar 2004 (LG Bonn)**

Sexuelle Nötigung; sexueller Missbrauch von Kindern; Vergewaltigung (besondere Erniedrigung); Ausnutzen einer schutzlosen Lage (Opfervorstellung; Eigenständigkeit der Variante).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 176 StGB

**245. BGH 2 StR 109/03 - Urteil vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)**

Urheberrecht (Herstellung und Export von Tonträgern); Urheberrechtsakzessorietät; Schutzlandprinzip; Territorialitätsprinzip; Inverkehrbringen im Inland (Versand ins Ausland); Verbreiten; Vervielfältigen; Ablehnung eines Beweisantrags (Beruhen); Sinn und Zweck urheberrechtlicher Regelungen; gewerbsmäßige unerlaubte Eingriffe in verwandte Schutzrechte (strafscharfendes besonderes persönliches Merkmal); BGHSt.

§ 108 Abs. 1 Nr. 5, UrhG; § 85 UrhG; § 16 UrhG; § 17 UrhG; § 338 Nr. 8 StPO; § 28 Abs. 2 StGB

**246. BGH 2 StR 266/03 - Urteil vom 6. Februar 2004 (LG Köln)**

Exhibitionismus; Sicherungsverwahrung; Gefahr erheblicher Straftaten; Gefährlichkeitsprognose; Strafaussetzung zur Bewährung.

§ 66 Abs. 1 StGB; § 183 Abs. 3 StGB; § 183 Abs. 4 StGB

**247. BGH 2 StR 290/01 - Beschluss vom 11. Februar 2004 (LG Darmstadt)**

Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe (Zurückverweisung; gesetzlicher Richter; BVerfG 2 BvR 1704/01).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 354 StPO

**248. BGH 2 StR 315/03 - Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Beschränkung der Verteidigung in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt (Inverwahrnahme des Angeklagten; Verteidigerkonsultation); Recht auf angemessene Verteidigung; Wahlverteidiger (Mandatierung während der Hauptverhandlung; Aussetzung des Verfahrens; Akteneinsichtsrecht; Entpflichtung des Pflichtverteidigers); konkrete Möglichkeit des Zusammenhangs zwischen Verfahrensverstoß und Urteil; sinnvolle Mitwirkung des Verteidigers im Strafverfahren.

Art. 6 Abs. 3 lit. b und c EMRK; § 338 Nr. 8 StPO; § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 229 StPO; § 137 StPO; § 140 StPO

**249. BGH 2 StR 355/03 - Urteil vom 4. Februar 2004 (LG Darmstadt)**

Untreue (Risikogeschäft; riskantes Handeln; unternehmerischer Spielraum).

§ 266 Abs. 1 StGB

**250. BGH 2 StR 378/03 - Urteil vom 11. Februar 2004 (LG Köln)**

Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung; Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen (sexuelle Nötigung; Vergewaltigung; Aussage gegen Aussage; Umstände außerhalb der Aussage; sachverständige Zeugen).

§ 177 StGB; § 261 StPO

**251. BGH 2 StR 357/03 - Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Koblenz)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung der Täterspersönlichkeit; Gewicht der Tatbeiträge); Erörterungsmangel.

§ 69 Abs. 1 StGB; § 30 BtMG; § 261 StPO; § 267 StPO

**252. BGH 2 StR 366/03 - Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Aachen)**

Aufhebung der Maßregelentscheidung; Entziehung der Fahrerlaubnis.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 69 StGB

**253. BGH 2 StR 366/03 - Beschluss vom 6. Februar 2004 (LG Aachen)**

Aufklärungspflicht; Überzeugungsbildung; Gesamtstrafenbildung (teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe; gesetzlicher Richter).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 54 StGB; § 154 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

**254. BGH 2 StR 371/03 - Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Erfurt)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage: sexueller Missbrauch, Kind, fehlende Aussagekonstanz, Sachverständigengutachten); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 176 StGB

**255. BGH 2 StR 408/03 - Beschluss vom 13. Februar 2004 (LG Mühlhausen)**

Strafmilderung beim Meineid (fehlende Belehrung über Auskunftsverweigerungsrechte; Verstoß gegen Eidesverbot); Eidesnotstand; Falschbeurkundung im Amt.

§ 154 StGB; § 157 StGB; § 49 Abs. 2 StGB; § 55 StPO; § 60 Abs. 2 StPO; § 348 ZPO; § 348 StGB

**256. BGH 2 StR 468/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004 (LG Bonn)**

Zulässigkeit der Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; Begründungsanforderungen).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 StPO; § 397a Abs. 1 StPO

**257. BGH 2 StR 423/03 - Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Trier)**

Hehlerei (Wahlfeststellung mit Diebstahl; Verfügungsgewalt über die gestohlene Sache).

§ 242 StGB; § 259 StGB

**258. BGH 2 StR 428/03 - Beschluss vom 23. Januar 2004**

Bestellung eines Rechtsanwalts als Beistand für die Revisionsinstanz.

§ 397 a Abs. 1 StPO; 395 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StPO

**259. BGH 2 StR 430/93 - Beschluss vom 28. Januar 2004**

Zurückweisung der Gegenvorstellung; Rechtskraft; besondere Schwere der Schuld (Ergänzung des Urteilstenors während einer Übergangszeit; BVerfGE 86, 288).

§ 267 StPO; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Absatz 2 Satz 1 GG

**260. BGH 2 StR 449/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004 (LG Aachen)**

Strafzumessung (Tötungsvorsatz; Maß an krimineller Energie).

§ 46 StGB

**261. BGH 2 StR 452/03 - Urteil vom 28. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Verwertbarkeit von Zeugenaussagen bei nachfolgender Zeugnisverweigerung; Mord; niedrige Beweggründe (objektive Bewertung als niedrig; subjektive Erkenntnisfähigkeit; Berücksichtigung des kulturellen Hintergrunds); Vorsatz bei normativen Tatbestandsmerkmalen (Umstandskennntnis); Erörterungsmangel.

§ 52 StPO; § 211 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**262. BGH 2 StR 512/03 - Beschluss vom 20. Februar 2004**

Bestellung eines Beistands für die Nebenklage in der Revisionsinstanz.

§ 397 a Abs. 1 StPO; § 395 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StPO

**263. BGH 2 StR 480/03 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Gießen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**264. BGH 2 StR 486/02 - Beschluss vom 6. Februar 2004**

Bewilligung einer Pauschvergütung in der Revisionsinstanz (besondere Schwierigkeit des Verfahrens: Wiederaufnahme; umfangreiche Vorbereitung auf die Revisionshauptverhandlung).

§ 99 BRAGO; § 359 StPO

**265. BGH 2 StR 487/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004 (LG Köln)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Revisionsbegründungsfrist.

§ 345 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

**266. BGH 2 StR 493/03 - Beschluss vom 28. Januar 2004 (LG Frankfurt)**

Revisionsantrag (Auslegung der Rechtsmittelbeschrän-

kung; Maßregelanordnung, Anlasstat); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; spezifischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat).

§ 64 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**267. BGH 2 StR 517/03 - Beschluss vom 13. Februar 2004 (LG Darmstadt)**

Änderung des Schuldspruchs; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe bei Lagerung von Betäubungsmitteln; nicht geringe Menge).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**268. BGH 2 ARs 390/03 2 AR 254/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004**

Zuständigkeit für die weitere Bewährungsaufsicht; Zuständigkeitsbestimmung.

§ 14 StPO; § 462 a Abs. 1 Satz 1 StPO

**269. BGH 2 ARs 14/04 / 2 AR 6/04 - Beschluss vom 27. Februar 2004**

Zuständigkeitsbestimmung; gemeinschaftliches oberes Gericht.

§ 14 StPO

**270. BGH 2 ARs 18/04 / 2 AR 5/04 - Beschluss vom 13. Februar 2004**

Verfahrensabgabe wegen Wohnsitzwechsels.

§ 42 Abs. 3 JGG

**271. BGH 2 StR 521/03 - Beschluss vom 20. Februar 2004 (LG Mainz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**272. BGH 2 ARs 418/03 2 AR 276/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004**

Zuständigkeitsbestimmung (Zuständigkeit für Entscheidungen über die Vollstreckung der Jugendstrafe); Zuständigkeitsübergang durch Verbüßen von Straftat in einem Gerichtsbezirk.

§ 85 Abs. 2 JGG

**273. BGH 3 StR 19/04 - Beschluss vom 19. Februar 2004 (LG Wuppertal)**

Aufhebung der Gesamtstrafe; teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 154 StPO

**274. BGH 3 StR 352/03 - Urteil vom 15. Januar 2004 (LG Oldenburg)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Indizienbeweis; Zweifelssatz; Aussage gegen Aussage); Brandstiftung.

§ 306 StGB; § 261 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

**275. BGH 3 StR 185/03 - Urteil vom 12. Februar 2004 (LG Duisburg)**

BGHSt; Zeugnisverweigerungsrecht (teilweises Gebrauchmachen; Zustimmung zur Verwendung früherer Aussagen; Vorführung einer Videoaufnahme; Aussage im Ermittlungsverfahren); Verwertung eines richterlichen Vernehmung trotz Zeugnisverweigerung (Vernehmung des Richters); Unterstützung des Gedächtnisses; Einwilligung in die Vernehmung eines verstandesunreifen Zeugen; faires Verfahren (Konfrontationsrecht und Fragerecht); Bild-Ton-Aufzeichnung (vorverlagerter Teil der Hauptverhandlung; nicht einschränkbare Mitwirkungsrechte des Verteidigers, des Angeklagten).

§ 252 StPO; § 255a StPO; § 52 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 168c StPO

**276. BGH 3 StR 25/04 - Beschluss vom 19. Februar 2004 (LG Düsseldorf)**

Strafzumessung bei Serientaten (Berücksichtigung unterschiedlicher Schadenssummen bei Wohnungseinbruchsdiebstählen); Urteilsgründe (Gliederung; Benennung der Einzeltaten).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 267 StPO

**277. BGH 3 StR 26/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Kleve)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 254 StPO; § 349 StPO

**278. BGH 3 StR 408/03 - Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Kleve)**

Festsetzung einer fehlenden Einzelstrafe auf das gesetzliche Mindestmaß.

§ 354 Abs. 1 StPO

**279. BGH 3 StR 53/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Oldenburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**280. BGH 3 StR 438/03 - Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Oldenburg)**

Besetzung des Gerichts (zwei oder drei Berufsrichter); Umfang und Schwierigkeit der Sache (Entscheidung über Sicherungsverwahrung; Umfang des Aktenmaterials; Zahl der Zeugen; Dauer der Hauptverhandlung); gesetzlicher Richter.

Art. 101 Abs. 1 GG; § 338 Nr. 1 StPO; § 222a StPO; § 222b StPO; § 76 Abs. 2 GVG; § 66 StGB

**281. BGH 3 StR 448/03 - Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Osnabrück)**

Aufklärungsrüge (vollständige Darlegung des relevanten Aktenauszugs in der Revisionsbegründung); Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

**282. BGH 3 StR 454/03 - Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Duisburg)**

Beihilfe (objektiv förderlicher Tatbeitrag; Anteil an der Beute; bloße Billigung); Fälschung von Zahlungskarten (Tateinheit; Tatmehrheit).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 152a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**283. BGH 3 StR 461/03 - Beschluss vom 4. März 2004 (LG Oldenburg)**

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

**284. BGH 3 StR 479/03 - Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Bückeburg)**

Verminderte Schuldfähigkeit (fakultative Strafminde- rung: Alkoholintoxikation, Mischintoxikation, Vorwerf- barkeit).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**285. BGH 3 StR 481/03 - Beschluss vom 15. Januar 2004 (LG Berlin)**

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betäti- gungsverbot (PKK); Inbegriff der Hauptverhandlung (schriftliche Erklärung des Angeklagten: Anlage zum Protokoll, Verlesung als Urkunde, Mündlichkeitsprin- zip); Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung; Strafzumessung.

§ 18 Satz 2 VereinsG; § 261 StPO; § 249 Abs. 1 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 46 StGB

**286. BGH 1 StR 364/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Ellwangen)**

Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit (belastende Be- weiswürdigung einer verspäteten freiwilligen Abgabe einer Speichelprobe; nemo tenetur; gescheitertes, wider- legtes Alibi; Recht des Beschuldigten, zu lügen; Begrün- dung des Tatverdachts); gefährliches Werkzeug (ver- wendungsspezifische Auslegung; Fesselung; sexuelle Nötigung; schwerer Raub).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 81a StPO; § 81e StPO; § 261 StPO; § 152 StPO; § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

**287. BGH 1 StR 33/04 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Bamberg)**

Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Waffe (Füh- ren einer Waffe; Dauerstraftat).

§ 52a Abs. 1 Nr. 1 WaffG

**288. BGH 1 StR 369/03 – Urteil vom 17. Februar 2004 (LG Nürnberg)**

Ausnahmsweise nachträgliche Gesamtstrafenbildung im Beschlussverfahren (Erörterungsmängel; Darlegungs- pflichten).

§ 55 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

**289. BGH 1 StR 58/04 – Beschluss vom 3. März 2004 (LG Traunstein)**

Unzulässigkeit der Revision (Einlegung).

§ 349 Abs. 1 StPO

**290. BGH 1 StR 71/04 – Beschluss vom 3. März 2004 (LG Stuttgart)**

BGHSt; kein die Strafvollstreckung verkürzenden Aus- spruch über die Anrechnung von Bewährungsleistungen bei der nachträglichen Einbeziehung einer Jugendstrafe mit Bewährung in eine Verurteilung zu Jugendstrafe ohne Bewährung; nachträglich gebildete Gesamtfrei- heitsstrafe; bestimmender Strafzumessungsgrund im Sinne des § 54 JGG.

§ 31 Abs. 2 JGG; § 55 StGB; § 54 JGG

**291. BGH 1 StR 83/04 – Beschluss vom 16. März 2004 (LG Nürnberg)**

Täterschaft beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäu- bungsmitteln (untergeordnete Rolle; Gehilfenschaft; Einfuhr).

§ 27 StGB; § 29 BtMG

**292. BGH 1 StR 555/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Regensburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**293. BGH 1 StR 379/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Landshut)**

Beweiswürdigung (lückenhafte; fernliegende Erwägun- gen des Tatgerichts; generelle Glaubwürdigkeit: Tendenz zu falschen Aussagen und Gewaltandrohungen des von diesen begünstigten Angeklagten; Freispruch; Ge- samtwürdigung zur Glaubhaftigkeit einer Aussage; Aus- sagen von Kindern); Zulässigkeit der Revision der Ne- benklage.

§ 400 StPO; § 261 StPO

**294. BGH 1 StR 437/03 – Urteil vom 17. Februar 2004 (LG München I)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche rechtswidrige Taten: Nachbarstreitigkeiten und körperliche Attacken; maßgeblicher Zeitpunkt der Hauptverhandlung); krank- hafte seelische Störung.

§ 63 StGB; § 20 StGB

**295. BGH 1 StR 474/03 – Urteil vom 4. Februar 2004 (LG Stuttgart)**

Sicherungsverwahrung (Hang; Beurteilungszeitpunkt für die Gefährlichkeitsprognose und beschränkte Berück- sichtigung des Alters des Angeklagten).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**296. BGH 1 StR 483/02 – Beschluss vom 15. März 2004**

Pauschvergütung (Angemessenheit; schwierige Rechts- fragen).

§ 99 Abs. 2 Satz 2 BRAGO

**297. BGH 1 StR 566/03 – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Aufklärungspflicht und Unmittelbarkeitsgrund- satz (zulässiger Augenschein durch Vorführen der zu Beweis Zwecken erstellten Bild-Ton-Aufzeichnung über die Erklärung eines Zeugen bei seiner Vernehmung;

Ergänzung und Ersetzung der unmittelbaren Zeugenaussage; Nachbefragungsrecht der Verteidigung; Verlesung von Protokollen; authentischer Beweiswert der Bild-Ton-Aufzeichnung, des Videoprotokolls; Beweisanspruchsrecht).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 250 StPO; § 253 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; § 255a StPO

**298. BGH 1 StR 574/03 – Urteil vom 2. März 2004 (LG München)**

Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit (Misstrauen hinsichtlich der Unparteilichkeit; Unmutsaufwallung und gehäuftes Auftreten verfehlter Formulierungen; individuelle Ansprache; Vorwurf des Leugnens; ausnahmsweise Einbeziehung präkludierter Umstände: Wiederaufgreifen verfehlter Formulierungen – „Albanerfall“); absolute Revisionsgründe (Zweifel des Senats an deren Berechtigung).

Art. 6 I 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

**299. BGH 2 ARs 276/03 – Beschluss vom 6. Februar 2004**

Vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anfragebeschluss des dritten Strafsenates; Abgrenzung Versuch, Vollendung und Vorbereitung); Bestimmtheitsgrundsatz.

Art. 103 Abs. 2 GG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**300. BGH 2 ARs 330/03 – Beschluss vom 28. Januar 2004**

Anfrageverfahren zur Unwirksamkeit des in einer Absprache vereinbarten Rechtsmittelverzichts (3 StR 368/02; 3 StR 415/02; Rechtsmittelverzicht als Geschäftsgrundlage der Absprache; unzulässige Willensbeeinflussung; Verstreichenlassen der Einlegungsfrist; Umgehungsmöglichkeiten; Prozesshandlungen; Rechtssicherheit und Rechtskraft); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Unwirksamkeit bei Täuschungen des Verteidigers); negative Beweiskraft des Protokolls bei der Verständigung.

Art. 6 EMRK; § 44 Abs. 1 Satz 1 StPO; Vor § 1 StPO; § 274 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

**301. BGH 4 StR 1/04 – Beschluss vom 25. Februar 2004 (LG Magdeburg)**

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

**302. BGH 4 StR 2/04 – Beschluss vom 10. Februar 2004 (LG Magdeburg)**

Strafzumessung bei Vergewaltigung (minder schwerer Fall bei der Verwirklichung eines Regelbeispiels; Strafrahmenmilderung bei gewichtigen Milderungsgründen); Versagung einer Strafrahmenmilderung bei vorwerfbarer Neigung zu alkoholbedingten Straftaten.

§ 46 StGB; § 177 Abs. 2, Abs. 1, Abs. 5 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

**303. BGH 4 StR 24/04 – Beschluss vom 10. Februar 2004 (LG Arnsberg)**

Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung bei allgemeiner Kriminalität; Ungeeignetheit; verkehrsspezifischer Zusammenhang).

§ 69 StGB

**304. BGH 4 StR 30/04 – Beschluss vom 25. Februar 2004 (LG Paderborn)**

Wirksamkeit des im Zusammenhang mit einer Verfahrensabsprache abgegebenen Rechtsmittelverzichts (Beleg der Verfahrensabsprache; Beweiswirkung des Sitzungsprotokolls).

§ 274 StPO; § 302 StPO

**305. BGH 4 StR 36/04 – Beschluss vom 18. März 2004 (LG Osnabrück)**

Beweiswürdigung (Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung).

§ 261 StPO

**306. BGH 4 StR 371/03 – Urteil vom 19. Februar 2004 (LG Münster)**

BGHSt; Unzulässigkeit verfahrensbeendender Absprachen bei Anregung eines tatfremden oder verfahrensfremden Verhaltens (fehlender innerer Zusammenhang: Konnexität zur Vermeidung eines Handels mit der Gerechtigkeit; allgemeiner und besonderer latenter Druck auf den Angeklagten); Auswirkungen einer fehlgeschlagenen Verständigung; Beruhen.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 337 StPO

**307. BGH 4 StR 394/03 – Beschluss vom 25. Februar 2004 (LG Mühlhausen)**

Fehlende Ausführungen zu einer Kostenfreistellung nach den §§ 74, 109 Abs. 2 Satz 1 JGG.

§ 74 JGG; § 109 Abs. 2 Satz 1 JGG

**308. BGH 4 StR 394/03 – Urteil vom 25. Februar 2004 (LG Mühlhausen)**

Erpresserischer Menschenraub (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang; Vollendung). räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Mitfahrer, konkludent im Fahrzeug erfolgende fortdauernde Nötigung zum Mitfahren; Vollendung).

§ 239 a Abs. 1 StGB; § 316 a Abs. 1 StGB

**309. BGH 4 StR 51/04 – Beschluss vom 9. März 2004 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**310. BGH 4 StR 403/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Bochum)**

Mord (besondere Schuldschwere: Doppelverwertungsverbot).

§ 211 StGB; § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**311. BGH 4 StR 475/03 – Urteil vom 25. Februar 2004 (LG Stendal)**

Vorteilsannahme; Beweiswürdigung beim Freispruch (lückenhafte; zu hohe Anforderungen an die Überzeugungsbildung); Beschuldigteneigenschaft (Belehrungspflichten; Zeugenstellung; Verwertungsverbot).  
§ 331 StGB; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163 a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 261 StPO

**312. BGH 4 StR 518/03 – Beschluss vom 2. März 2004 (LG Dessau)**

Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (sich aufdrängender Hang; positive Feststellung; Bedeutung fehlender Entzugserscheinungen, der körperlichen Abhängigkeit; symptomatischer Zusammenhang).  
§ 64 StGB

**313. BGH 4 StR 524/03 – Urteil vom 19. Februar 2004 (LG Dortmund)**

Minder schwerer Fall der Vergewaltigung bei einer Beziehungstat (gefährliche Werkzeuge; Strafzumessung; Darlegung einzelner Prüfungsschritte).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 5 StGB; § 46 StGB

**314. BGH 4 StR 580/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Zweibrücken)**

Schwere räuberische Erpressung (Waffe; gefährliches Werkzeug; objektive Gefährlichkeit nach der konkreten Art der Verwendung; nicht funktionsfähige Schreckschusspistole).  
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 255 StGB

**315. BGH 4 StR 584/03 – Beschluss vom 10. Februar 2004 (LG Saarbrücken)**

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung eines länger andauernden, nicht nur vorübergehenden geistigen Defekts; erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB).  
§ 64 StGB; § 21 StGB

**316. BGH 5 StR 21/04 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Hamburg)**

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

**317. BGH 5 StR 23/04 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Berlin)**

Ablehnung des Beweisantrags auf eine Zeugenvernehmung (tatsächliche Bedeutungslosigkeit); Aufklärungserfolg (Beziehung zum Beweisantragsrecht).  
§ 31 BtMG; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

**318. BGH 5 StR 27/04 - Beschluss vom 16. März 2004 (LG Essen)**

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

**319. BGH 5 StR 35/04 - Beschluss vom 1. März 2004 (LG Berlin)**

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

**320. BGH 5 StR 38/04 - Beschluss vom 2. März 2004 (LG Berlin)**

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

**321. BGH 5 StR 60/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**322. BGH 5 StR 271/03 – Beschluss vom 1. März 2004 (LG Neuruppin)**

Erforderlicher Fortbestand der Amtsträgereigenschaft (Zeitpunkt; keine nachwirkenden Pflichten); Bestechlichkeit.  
§ 332 StGB a.F.; § 331 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**323. BGH 5 StR 281/03 – Beschluss vom 4. Februar 2004 (LG Berlin)**

Rücktritt von der Anstiftung zum versuchten Mord.  
§ 24 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 22 StGB; § 211 StGB

**324. BGH 5 StR 307/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Hamburg)**

Beweisthemenbezogener Widerspruch gegen die Verwertung von Beschuldigtenangaben im Hinblick auf die Verletzung des Verteidigerkonsultationsrechts und grundsätzlich erforderlicher Einzelwiderspruch hinsichtlich jedes einzelnen zeugenschaftlich vernommenen Vernehmungsbeamten; Beruhen.  
Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 257 StPO; § 337 StPO

**325. BGH 5 StR 314/03 – Urteil vom 17. März 2004 (LG Dresden)**

Kognitionspflicht (Tat im prozessualen Sinne); Insolvenzverschleppung.  
§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 264 StPO

**326. BGH 5 StR 359/03 alt: 5 StR 127/02 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Bremen)**

Nachholung rechtlichen Gehörs; Beschlussverfahren (Begründung; offensichtliche Unbegründetheit).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO; § 33a StPO

**327. BGH 5 StR 376/03 – Beschluss vom 13. November 2003**

Abgrenzung von Sachrüge und Verfahrensrüge: Anwendung auf das Recht auf Verfahrensbeschleunigung bzw. das Beschleunigungsgebot (Rüge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung; bestimmender Strafzumessungsgrund; Rechtsstaatsprinzip; Rechtsmittelklarheit; Verfahrenshindernis; verfassungsrechtliches Darlegungsgebot; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Kriterium der Tatschuld); Berücksichtigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen im Revisionsverfahren von Amts wegen.  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 354a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**328. BGH 5 StR 395/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Hamburg)**

Besonders schwerer Fall des Totschlages (Nähe zu Mordmerkmalen).  
§ 212 Abs. 3 StGB; § 211 StGB

**329. BGH 5 StR 415/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Dresden)**

Betrug (Beendigung und Verjährung; Vorsatz); Verletzung der Buchführungspflichten (Tatmacht).  
§ 263 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 78a StGB; § 15 StGB; § 283b Abs. 1 Nr. 3 lit. b StGB

**330. BGH 5 StR 420/03 – Urteil vom 5. Februar 2004 (LG Bochum)**

Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Umsatzsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 21 Buchstabe b UStG 1993 bzw. § 4 Nr. 21 Buchstabe a bb UStG 1999; unmittelbar dem Schul- und Bildungszweck dienende Leistungen, Bescheinigung der zuständigen Landesbehörde, Begriff der berufsbildenden Einrichtung, Sofortmaßnahmen am Unfallort, richtlinienkonforme Auslegung); Kompensationsverbot (nachträgliche Steuerbefreiung; Ausgleich bei der Strafzumessung).  
§ 370 AO; § 370 Abs. 4 Satz 3 AO; § 4 Nr. 21 Buchstabe b UStG 1993; § 4 Nr. 21 Buchstabe a bb UStG 1999

**331. BGH 5 StR 441/03 5 StR 529/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Berlin)**

Mangelhafte Gesamtstrafenbegründung (beträchtliche Höhe); Verfahrensverzögerung (Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); doppelte Strafrahmenschiebung bei der Beihilfe.  
§ 55 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 27 StGB; § 49 StGB; § 28 StGB

**332. BGH 5 StR 444/03 – Beschluss vom 4. Februar 2004 (LG Hamburg)**

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

**333. BGH 5 StR 472/03 – Beschluss vom 4. Februar 2004 (LG Berlin)**

Erörterungsmangel: Rücktritt vom Versuch; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Wahrscheinlichkeit; Erwartung künftiger Straftaten).  
§ 24 StGB; § 63 StGB

**334. BGH 5 StR 488/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Cottbus)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Obhutsverhältnis bei der öffentlichen Jugendhilfe: höhere Anforderungen bei öffentlich-rechtlicher anstatt zivilrechtlicher Begründung und Doppelverwertungsverbot).  
§ 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**335. BGH 5 StR 507/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Potsdam)**

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

**336. BGH 5 StR 441/03 5 StR 529/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Berlin)**

Mangelhafte Gesamtstrafenbegründung (beträchtliche Höhe); Verfahrensverzögerung (Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); doppelte Strafrahmenschiebung bei der Beihilfe.  
§ 55 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 27 StGB; § 49 StGB; § 28 StGB

**337. BGH 5 StR 582/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Berlin)**

Verfolgungsverjährung (Bedrohung; gefährliche Körperverletzung; Vorrang des Freispruchs).  
§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 223a aF StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 241 StGB; § 261 StPO

**338. BGH 5 StR 585/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Dresden)**

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

**339. BGH 5 ARs 46/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004**

Vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Anfrageverfahren des dritten Strafsenates; Abgrenzung Versuch, Vollendung und Vorbereitung; Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme; Rücktritt).  
Art. 103 Abs. 2 GG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**340. BGH 5 ARs (Vollz) 78/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (OLG Karlsruhe)**

BGHSt; Anordnung eines Trennscheibeneinsatzes bei einem Verteidigerbesuch (Recht auf Verteidigung; freier Verkehr; konkrete anderweitig nicht ausschließbare Gefahr der Geiselnahme des Verteidigers); Vorlage; Entpflichtung des Verteidigers (wichtiger Grund); verfassungsrechtliches und strafrechtliches Bestimmtheitsgebot; strafrechtliche Garantienstellung des Anstaltsleiters für Straftaten seiner Gefangenen; Menschenwürde.  
Art. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art 103 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK; § 121 Abs. 2 GVG; § 4 Abs. 2 Satz 2 StVollzG; § 148 StPO; § 48 Abs. 2 BRAO; § 13 StGB; § 137 StPO

**341. BGH 5 StR 364/03 – Urteil vom 16. März 2004 (LG Bonn)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Strafzumessung); Zulässigkeit der Aufklärungsrüge (Darlegungspflicht); Bildung einer kriminellen Vereinigung bei einem Umsatzsteuerkarussell (Gruppenwille; Bandendelikte).  
§ 370 AO; § 46 StGB; § 129 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**342. IGH – Urteil vom 31. März 2004 (Avena u.a. mexikanische Staatsbürger vs. USA; Mexiko vs. USA)**

Wiener Übereinkommen über die konsularische Beziehungen (Verkehr mit Angehörigen des Entsendestaates; Benachrichtigungsrecht; Belehrungspflicht; unverzüglich: Vernehmung, Inhaftierung, zuständige Behörden, Staatsbürgerschaft; volle Wirksamkeit: full effect und nationale prozessuale Präklusionen bzw. Beruhen, effek-

tive Rechtsmittel, Heilung; Fall Avena; Fall LaGrand; BGH 5 StR 116/01); faires Verfahren (Menschenrecht; Ergänzung des Verteidigerbeistandes).

Art. 36 Abs. 1 lit. b WÜK; Art. 36 Abs. 2 WÜK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 137 Abs. 1 Satz 1 StPO