

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 5/2004
5. Jahrgang

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

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

Publikationen

Oberassistentin Dr. *Daniela Demko* (LLM, Univ. Zürich) – **Zum Begriff der „Freiheitsentziehung“ des Art. 5 Abs. 1 EMRK im Fall Amuur gegen Frankreich (Anwendung auf sog. Transitzonen)** (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Wiss. Ass. *Karsten Gaede* (Cambridge/Zürich) – **HRRS-Praxishinweis: Gesetzesorientierte Auslegung des Handelstreibens oder Verzicht auf staatliche Strafansprüche nach richterlichem Ermessen?**

Die Ausgabe enthält zudem vier Rezensionen zu strafrechtlich relevanter Literatur.

Entscheidungen

- | | |
|--------|---|
| EGMR | <i>Puhk v. Estland</i> – Anwendung des Rückwirkungsverbotes auf Dauerdelikte |
| BVerfG | Grundrechtsschutz gegen private (Mit-) Hörfallen und (Un-) Verwertbarkeit daraus resultierender Beweismittel in Zivil- und Strafverfahren |
| BVerfG | Verfassungsrechtliche Anforderungen an die richterliche Beweiswürdigung |
| BGH | Beurteilung des Schweregrades einer anderen seelischen Abartigkeit und der Erheblichkeit der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat |
| BGH | Beihilfenvorsatz zur Geldfälschung hinsichtlich strafschärfender Umstände |
| BGH | Indizielle Bedeutung der Pädophilie für §§ 21, 63 StGB |
| BGH | Revisionsrechtliches „Rekonstruktionsverbot“ und gesetzlicher Richter |
| BGH | Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei fehlenden Sprachkenntnissen |

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, LLM (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Klieschewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Bucerius Law School Hamburg); Wiss. Mit. 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. Mit. 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).

5. Jahrgang, Mai 2004, Ausgabe **5**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

343. EGMR Nr. 55103/00 – Urteil vom 10. Februar 2004 (Puhk v. Estland)

Anwendung des Rückwirkungsverbotes auf Dauerdelikte (Gesetzlichkeitsprinzip; nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege; rule of law bzw. Rechtsstaatsprinzip; Fortsetzungstaten; Steuerhinterziehung).

Präambel der EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Der Schutz des Art. 7 EMRK beschränkt sich nicht darauf, die dem Angeklagten nachteilige Anwendung des Strafrechts zu untersagen. Art. 7 EMRK umfasst auch das Prinzip, dass nur das Gesetz eine Straftat definieren und eine Strafe vorsehen darf (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Ebenso umfasst der Schutz des Art. 7 EMRK das Prinzip, dass das Strafrecht nicht zu lasten des Angeklagten extensiv ausgelegt werden darf.

2. Eine Straftat muss durch das Gesetz klar definiert werden. Dem ist genügt, wenn der Einzelne auf Grund der Formulierung der relevanten Vorschriften und gegebenenfalls mit Hilfe der Auslegung der Rechtsprechung vorhersehen kann, welche Handlungen und Unterlassungen zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit führen.

3. Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK ist ein grundlegendes Element der *rule of law*. Es ist so auszulegen und anzuwenden, dass ein effektiver Schutz

gegen willkürliche Strafverfolgungen, Verurteilungen und Strafzumessungen besteht.

4. Art. 7 EMRK gilt auch bei Dauerdelikten. Wird die Strafbarkeit eines Dauerdelikts eingeführt, darf infolge Art. 7 EMRK keine Bestrafung des dem Einführungszeitpunkt vorangegangenen Verhaltens erfolgen, selbst wenn dieses dem jeweiligen Dauerdelikt begrifflich unterfällt. Die vergleichsweise kurze Dauer einer rückwirkenden Anwendung des Strafrechts schließt eine Verletzung nicht aus. Die Dauer der rückwirkenden Anwendung ist kein für die Entscheidung gemäß Art. 7 EMRK relevantes Kriterium.

345. BVerfG 1 BvR 1611/96 u. 1 BvR 805/98 (Erster Senat) – Beschluss vom 9. Oktober 2002 (OLG Köln/LG Heilbronn)

Verwertung von Zeugenaussagen im Zivilverfahren bzw. im Strafverfahren (rechtswidriges Mithören von Telefongesprächen Dritter; Mithöreinrichtung); Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Schutz vor Kenntnisnahme des Inhalts und der näheren Umstände der Telekommunikation; Unabhängigkeit vom Inhalt und von der Nachrichtenübermittlung zugrunde liegenden Telekommunikations-Technologien; Erstreckung auch auf von Privaten betriebene Telekommunikationsanlagen und Endgeräte; Konvergenz); spezifische Gefährdungslage (Zugriff Dritter außerhalb des Einfluss- und Verantwortungsbe-

reichs der Kommunikationsteilnehmer); allgemeines Persönlichkeitsrecht (Recht am gesprochenen Wort; Schutzbereich); Einwilligung (keine konkludente allein wegen der Verbreitung von Mithöreinrichtungen und des Mithörens); Drittwirkung von Grundrechten (Beachtung bei der richterlichen Beweiswürdigung); Rechtsstaatsprinzip (rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung; Verpflichtung zu einer fairen Handhabung des Beweisrechts); (Mit-)Hörfälle.

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 286 ZPO; § 373 ff. ZPO; § 85 TKG; § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 100a StPO; § 244 StPO

1. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Art. 10 Abs. 1 GG) erstreckt sich auf die von Privaten betriebenen Telekommunikationsanlagen. (BVerfG)

2. Art. 10 Abs. 1 GG begründet ein Abwehrrecht gegen die Kenntnisnahme des Inhalts und der näheren Umstände der Telekommunikation durch den Staat und einen Auftrag an den Staat, Schutz auch insoweit vorzusehen, als private Dritte sich Zugriff auf die Kommunikation verschaffen. (BVerfG)

3. Die Gewährleistung des Rechts am gesprochenen Wort als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG schützt vor der Nutzung einer Mithöreinrichtung, die ein Gesprächsteilnehmer einem nicht an dem Gespräch beteiligten Dritten bereitstellt. Art. 10 Abs. 1 GG umfasst diesen Schutz nicht. (BVerfG)

4. Auf das Recht am gesprochenen Wort kann sich auch eine juristische Person des Privatrechts berufen. (BVerfG)

5. Zur Verwertung von Zeugenaussagen im Zivilverfahren, die auf dem rechtswidrigen Mithören von Telefongesprächen Dritter beruhen. (BVerfG)

6. Das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses dient der freien Entfaltung der Persönlichkeit durch einen Kommunikationsaustausch mit Hilfe des Fernmeldeverkehrs. Es ist unerheblich, um welche Inhalte es sich handelt und ob sie privater, geschäftlicher oder politischer Art sind (vgl. BVerfGE 100, 313, 358). Der Schutz ist nicht auf die früher von der Deutschen Bundespost genutzten Technologien und angebotenen Fernmeldedienste (wie Telefon, Telefax oder Teletext) beschränkt, sondern umfasst sämtliche mit Hilfe der verfügbaren Telekommunikationstechniken erfolgenden Übermittlungen von Informationen. Auf die konkrete Übermittlungsart (etwa über Kabel oder Funk, durch analoge oder digitale Vermittlung) und Ausdrucksform (etwa Sprache, Bilder, Töne, Zeichen oder sonstige Daten) kommt es nicht an. (Bearbeiter)

7. Erfasst von Art. 10 Abs. 1 GG sind alle Kommunikationsvorgänge, die sich der Telekommunikationstechnik

unter Nutzung einer entsprechenden Anlage und der darauf bezogenen Dienstleistungen eines Dritten bedienen. Der Schutz richtet sich gegen Eingriffe in die durch die Telekommunikationsanlage übermittelte Kommunikation. Geschützt ist die Vertraulichkeit der Nutzung des zur Nachrichtenübermittlung eingesetzten technischen Mediums, nicht aber das Vertrauen der Kommunikationspartner zueinander. Risiken, die nicht in der telekommunikativen Übermittlung durch einen Dritten, sondern in Umständen aus dem Einfluss- und Verantwortungsbereich eines der Kommunizierenden begründet sind, werden daher von der Grundrechtsnorm nicht erfasst. (Bearbeiter)

8. Die Reichweite des Schutzes des Fernmeldegeheimnisses endet nicht am so genannten Endgerät der Telekommunikationsanlage. Dem Schutzzanliegen des Art. 10 Abs. 1 GG wird eine solche rein technisch definierte Abgrenzung angesichts der technologischen Entwicklungen und insbesondere der durch sie bedingten vielfältigen Konvergenzen der Übertragungswege, Dienste und Endgeräte nicht gerecht. Eine Gefährdung der durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützten Vertraulichkeit der Telekommunikation kann auch durch Zugriff am Endgerät erfolgen. Ob Art. 10 Abs. 1 GG Schutz vor solchen Zugriffen bietet, ist mit dem Blick auf den Zweck der Freiheitsverbürgung unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdungslage zu bestimmen. (Bearbeiter)

9. Das Recht am gesprochenen Wort gewährleistet die Selbstbestimmung über die eigene Darstellung der Person in der Kommunikation mit anderen (vgl. BVerfGE 54, 148, 155). Der Schutz umfasst die Möglichkeit, sich in der Kommunikation nach eigener Einschätzung situationsangemessen zu verhalten und sich auf die jeweiligen Kommunikationspartner einzustellen. Zum Grundrecht gehört die Befugnis selbst zu bestimmen, ob der Kommunikationsinhalt einzig dem Gesprächspartner, einem bestimmten Personenkreis oder der Öffentlichkeit zugänglich sein soll. Das Selbstbestimmungsrecht erstreckt sich auf die Auswahl der Personen, die Kenntnis vom Gesprächsinhalt erhalten sollen. (Bearbeiter)

11. Die Schutzbedürftigkeit des Kommunikationsvorgangs hängt nicht davon ab, ob das Gespräch einen vertraulichen Inhalt oder ob der Anrufer erkennbar Wert auf Vertraulichkeit gelegt hatte. Auch ist unerheblich, ob eine Mithöreinrichtung als Abhörgerät im Sinne des § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB anzusehen ist. Zwar kann die Strafbarkeit ein Anhaltspunkt dafür sein, dass ein rechtlich besonders geschütztes Verhalten betroffen ist. Der verfassungsrechtliche Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts richtet sich nicht danach, ob die Rechtsordnung einen zusätzlichen strafrechtlichen Schutz vorsieht. Das Selbstbestimmungsrecht des Gesprächsteilnehmers ist auch darüber hinaus geschützt. (Bearbeiter)

12. Der Schutzbereich des Rechts am gesprochenen Wort ist nicht beeinträchtigt, wenn jeder Gesprächsteilnehmer in das Mithören durch Dritte einwilligt. Die Einwilligung kann dabei nicht nur ausdrücklich, sondern auch still-

schweigend erklärt werden. Allein aus der tatsächlichen Verbreitung des Mithörens von Telefongesprächen kann jedoch keine stillschweigende Billigung des Mithörens angenommen werden. (Bearbeiter)

13. Allein das aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip abzuleitende allgemeine Interesse an einer funktionstüchtigen Straf- und Zivilrechtspflege reicht nicht, um im Rahmen der Abwägung zwischen diesem Interesse und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht stets von einem gleichen oder gar höheren Gewicht des erstgenannten ausgehen zu können. Vielmehr müssen weitere Aspekte hinzutreten, die ergeben, dass das Interesse an der Beweiserhebung trotz der Persönlichkeitsbeeinträchtigung schutzbedürftig ist. Im Strafverfahren kann dies etwa die Aufklärung besonders schwerer Straftaten sein (vgl. BVerfGE 34, 238, 248 ff.; 80, 367, 380). (Bearbeiter)

344. BVerfG 2 BvR 2045/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2003 (OLG München/LG Ingolstadt)

Freiheit der Person; strafrichterliche Aufklärungspflicht (vollständige Erhebung aller bekannten Beweismittel hinsichtlich aller auf der Grundlage des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Beweisfragen; „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“); freie Beweiswürdigung (Zeuge; Wiedererkennen; Verstöße gegen Denk- und Erfahrungssätze; Zirkelschluss; Beachtung der von der obergerichtliche Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Beweiswürdigung und ihre Darlegung in den Urteilsgründen); Rechtsstaatsprinzip (Idee der Gerechtigkeit; faires Verfahren); Willkürverbot; Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen durch das BVerfG (evidente Entfernung des Tat- und Revisionsgerichts von der Verpflichtung zur Wahrung der Unschuldsvermutung; fehlende Aufklärung von Gründen, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen; Verlust des rationalen Charakters der Entscheidung); Erlass einer einstweiligen Anordnung (Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde). Art 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Prüfungsmaßstab für die Fragen der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die strafrichterliche Aufklärungspflicht und Beweiswürdigung ist vornehmlich Art. 2 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Die Grundsätze fairen Verfahrens haben insoweit Vorrang vor dem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ableitbaren Willkürverbot, da sie die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt haben (vgl. BVerfGE 13, 290 296; 75, 348, 357).

2. Die freiheitssichernde Funktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erfordert allgemein im Strafverfahren Beachtung. Sie ist eine der Wurzeln des Prozessgrundrechts auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (vgl. BVerfGE 57, 250, 274 f.), aus dem sich Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung im strafprozessualen

Hauptverfahren ergeben (vgl. BVerfGE 57, 250, 275). Sie setzen u.a. Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für eine hinreichende tatsächliche Grundlage der richterlichen Entscheidungen. Es ist unverzichtbare Voraussetzung rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf zureichender richterlicher Sachaufklärung beruhen (vgl. BVerfGE 58, 208, 222) und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben, die der Bedeutung der Freiheitsgarantie entspricht (vgl. BVerfGE, a.a.O. 230). Das folgt letztlich aus der Idee der Gerechtigkeit, die wesentlicher Bestandteil des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit ist (vgl. BVerfGE 33, 367, 383) und an der sich jedwede Rechtspflege messen lassen muss.

3. Beweisaufnahme und Beweiswürdigung stehen in vielfacher Verschränkung. So wie § 244 Abs. 2 StPO das Gericht verpflichtet, alle bekannten Beweismittel vollständig zu erheben, verpflichtet § 261 StPO, über alle auf der Grundlage des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Beweisfragen eine vollständige Beweiswürdigung vorzunehmen und diese dem Urteil zu Grunde zu legen. Dabei müssen nicht nur die unmittelbaren Beweise erhoben, sondern auch die zu ihrer Würdigung erforderlichen Umstände (u.a. zur Glaubwürdigkeit der Zeugen und Glaubhaftigkeit ihrer Angaben) ihrerseits im Rahmen der Beweisaufnahme aufgeklärt und zum Gegenstand der nachfolgenden Würdigung gemacht werden.

4. Die durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gestellten Anforderungen an die freie richterliche Beweiswürdigung als Grundlagen einer Entscheidung über die Schuld des Angeklagten konkretisieren den Maßstab, der sich aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG für das faire, rechtsstaatliche Verfahren ergibt. Der Bundesgerichtshof hat damit der durch empirische psychologische Untersuchungen gewonnenen Erkenntnis der Unzuverlässigkeit des Zeugenbeweises generell, aber auch und gerade in den genannten Beweissituationen, in denen die Verurteilung wesentlich von der Aussage und dem Wiedererkennen einer einzelnen Person abhängt, Rechnung getragen und die besondere Verantwortung der Tatgerichte bei der Sachaufklärung und Beweiswürdigung verdeutlicht.

5. Nicht jeder Verstoß gegen § 244 Abs. 2 oder § 261 StPO und die hierzu vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze rechtfertigt das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts. Voraussetzung eines solchen ist, dass sich das Tat- und gegebenenfalls das Revisionsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Freiheitsentziehung sein kann.

346. BVerfG 2 BvR 253/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG Dresden)

Auslieferung nach Weißrussland (Auslieferungersuchen; Bewilligungsverfahren; Zusicherung; Spezialitätsgrundsatz); völkerrechtlicher Mindeststandard; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; öffentlichen Ordnung; ordre public; gerichtliche Prüfungspflicht; Haftbedingungen (völkerrechtlicher Mindeststandard; Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Rechtliches Gehör; Verfahren nach § 77 IRG in Verbindung mit § 33a StPO).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 25 GG; § 73 IRG; Art. 3 EMRK; Art. 7 IPbpR; § 77 IRG; § 33a StPO

1. Die bloße Möglichkeit oder auch die erklärte Absicht des Bundesministeriums der Justiz, im Rahmen des Bewilligungsverfahrens eine Zusicherung des ausländischen Staates zu einer den völkerrechtlichen Mindeststandards genügenden Haftunterbringung des Beschwerdeführers einzuholen und die Einhaltung der Zusicherung durch konsularische Maßnahmen zu überprüfen, vermag die verfassungsrechtlich geforderte Aufklärungs- und Prüfungspflicht des Oberlandesgerichts nicht einzuschränken oder die unterlassene Prüfung und Würdigung zu heilen. Der Beschwerdeführer kann nicht auf eine Prüfung der Haftbedingungen im Bewilligungsverfahren verwiesen werden kann.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind die deutschen Gerichte bei der Prüfung der Zulässigkeit der Auslieferung von Verfassungs wegen gehalten zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zu Grunde liegenden 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 (vgl. BVerfGE 63, 332, 337; 75, 1, 19).

3. Gegen den ordre public verstößt eine Rechtshilfebehandlung, mit der der ersuchte Staat dazu beitragen würde, dass der Ausgelieferte der Folter oder einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung oder Strafe ausgesetzt würde. Auch die Auslieferung zur Verhängung oder Vollstreckung einer an sich zulässigen Strafe kann gegen den ordre public verstoßen und unzulässig sein, wenn zu besorgen ist, dass die zu erwartende oder verhängte Strafe im ersuchenden Staat in einer den Erfordernissen des Art. 3 EMRK nicht entsprechenden Weise vollstreckt werden würde.

347. BVerfG 2 BvR 2225/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. April 2004 (Hanseatisches OLG)

Recht auf den gesetzlichen Richter; Richterablehnung (Gleichzeitig vorgetragene Ablehnungsgesuche, die alle Richter eines Spruchkörpers betreffen und deren Ablehnungsgründe zueinander in Verbindung stehen; gleichzeitige Entscheidung über die Gesuche); Prüfungsumfang

(Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung; Willkür; bloßer Verfahrensirrturn; error in procedendo).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 27 Abs. 1 StPO

1. Ob die Maßnahme oder Entscheidung eines Gerichts auf Willkür beruht, ist nach den besonderen Umständen des Einzelfalles zu beurteilen. Von Willkür kann nicht schon bei jeder fehlerhaften Anwendung einer Zuständigkeits- oder Verfahrensnorm des einfachen Rechts die Rede sein, sondern nur, wenn die Entscheidung sich so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen ist, weil sie nicht mehr verständlich und offensichtlich unhaltbar erscheint und die Bedeutung und Tragweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG daher grundlegend verkannt worden ist (vgl. BVerfGE 29, 45, 49; 87, 282, 284 f.). Diese Grundsätze gelten bei der Anwendung nicht nur von Zuständigkeitsnormen, sondern auch von Bestimmungen über die Entscheidung über Ablehnungsgesuche (vgl. BVerfGE 31, 145, 164; 37, 67, 75).

2. Es ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn der Bestimmung des § 27 Abs. 1 StPO entnommen wird, dass bei gleichzeitig angebrachten und auf gleiche oder im Wesentlichen ähnliche Gründe gestützte Ablehnungsgesuche gegen mehrere Richter diese sämtlich von der Mitwirkung an der Entscheidung über die Gesuche ausgeschlossen sind, so dass sie alle durch die geschäftsplanmäßigen Vertreter zu ersetzen sind.

3. Es ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn den Bestimmungen über das Ablehnungsverfahren entnommen wird, dass über mehrere gegen einen Richter vorgebrachte noch nicht erledigte Ablehnungsgesuche gleichzeitig zu entscheiden ist, so dass auch die einzeln vorgetragenen Ablehnungsgesuche Gegenstand der einheitlichen Entscheidung werden, die sich auch mit dem gemeinsam gegen alle Richter angebrachten Gesuch befasst.

350. BVerfG 2 BvR 1811/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG München)

Vollzug eines Vollstreckungshaftbefehls (Art und Weise der Durchführung; überhastete Vollstreckung; Verhältnismäßigkeit; Rechtsstaatswidrigkeit; Willkürverbot; Verletzung der Menschenwürde und Objektformel); Gebot effektiven Rechtsschutzes; Rechtsschutzinteresse (gegenwärtige Beschwer; Wiederholungsgefahr; fortwirkende Beeinträchtigung; gerichtliche Klärung schwerwiegender Grundrechtseingriffe trotz prozessualer Überholung).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 456 StPO; § 457 Abs. 2 StPO; § 27 Abs. 2 StrVollstrO; § 33 Abs. 1 StrVollstrO; § 33 Abs. 2 StrVollstrO

1. Soweit nicht eine Freiheitsentziehung als solche bean-

standet wird, sondern die besonders einschneidende Art und Weise ihrer Durchführung, besteht jedenfalls dann ein Rechtsschutzinteresse an einer Überprüfung dieser Maßnahme wenn eine Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) in Betracht kommt oder wenn der Betroffene ein am Maßstab des einfachen Rechts so eklatant fehlerhaftes Vorgehen eines Hoheitsträgers geltend machen kann, dass objektive Willkür (Art. 3 Abs. 1 GG) nahe liegt.

2. Allein die überhastete Vollstreckung eines zu vollstreckenden Strafausspruch durch vorzeitigen Erlass eines Vollstreckungshaftbefehls verletzt nicht die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG). Zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung des verfassungsrechtlich geschützten Wert- und Achtungsanspruchs (vgl. BVerfGE 28, 386, 391; 72, 105, 116) wird ein Verurteilter nicht schon dann, wenn ihm die Möglichkeit des Selbststellens genommen wird. Im Einzelfall kann überhastete Vollstreckung jedoch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzen.

3. Die rechtsstaatlichen Gebote der Rechtssicherheit, des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit ziehen allen Hoheitsakten, die belastend in verfassungsmäßig verbürgte Rechtsstellungen eingreifen, enge Grenzen (vgl. BVerfGE 63, 343, 356 f.; 76, 256, 349). Auch die Gestaltung des Strafverfahrens untersteht diesen Geboten, so dass es nicht von reinen Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt sein kann (vgl. BVerfGE 17, 108, 117 f.). Auch wenn für den Eingriff in ein Grundrecht eine verfassungsrechtlich zureichende Grundlage besteht, ist bei deren Anwendung und Durchsetzung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung zu tragen. Das jeweils geschützte öffentliche Interesse ist gegen die Belange des Betroffenen abzuwägen (vgl. BVerfGE 35, 382, 400 f.; 50, 166, 174, 175).

348. BVerfG 2 BvR 506/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – vom 14. April 2004 (OLG Nürnberg)

Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verfahren über die Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Menschenwürde (grundsätzlicher Freiheitsanspruch); Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung (Prognoseentscheidung; notwendige Sachverhaltsaufklärung;

Vollzugslockerungen); Verfassungsbeschwerde (gegen gerichtliche Entscheidungen; substantiiertes Vortrag; Mitteilung der Entscheidungsgründe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 57a StGB; § 23 BVerfGG; § 92 BVerfGG

Vor allem wenn die besondere Schwere der Schuld des Verurteilten die weitere Vollstreckung nicht mehr gebietet (§ 57a Abs. 1 Nr. 2 StGB), gewinnt der Anspruch des Verurteilten auf Achtung seiner Menschenwürde und seiner freien Persönlichkeit zunehmendes Gewicht auch für die Anforderungen, die an die für die Prognoseentscheidung notwendige Sachverhaltsaufklärung zu stellen sind (vgl. BVerfG NStZ 1998, 373, 374). Wegen der besonderen Bedeutung der Vollzugslockerungen für die Prognosebasis darf sich das Vollstreckungsgericht schließlich auch bei Entscheidungen über die Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe gemäß § 57a StGB nicht damit abfinden, dass die Vollzugsbehörde ohne hinreichenden Grund Vollzugslockerungen versagt, welche die Entlassung vorbereiten können

349. BVerfG 2 BvR 578/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG München)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Auslieferung nach Bulgarien (Überstellung zum Zweck der Strafvollstreckung); Anspruch auf rechtliches Gehör (Nachholung; Antrag auf Aufschub der Auslieferung).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 77 IRG; § 33a StPO

Hat der Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen im Auslieferungsverfahren, noch die Möglichkeit, mit Hilfe eines Antrags nach § 77 IRG in Verbindung mit § 33a StPO die nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs zu den von ihm als übergangen angesehenen Punkten zu erwirken, so kann die Verfassungsbeschwerde unter Beachtung des Grundsatzes der Subsidiarität (§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG) zulässigerweise erst nach Ausschöpfung dieser Möglichkeit erhoben werden (vgl. Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 7. April 2003 – 2 BvQ 14/03 -, m.w.N.).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

415. BGH 1 StR 346/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Stuttgart)

BGHSt; Beurteilung des Schweregrads einer anderen seelischen Abartigkeit (dissoziale und schizoide Persön-

lichkeitsstörung; Begriff der Persönlichkeitsstörung) und der Erheblichkeit der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat (Bedeutung plangemäßen und zielge-

richteten Handelns; Tatbestandsrelativität der normativen Anforderungen); erpresserischer Menschenraub.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 239a StGB

1. Zur Beurteilung des Schweregrads einer anderen seelischen Abartigkeit (hier „dissoziale und schizoide Persönlichkeitsstörung“) und der Erheblichkeit der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat (Fortführung von BGHSt 37, 397). (BGHSt)

2. Gelangt der Sachverständige zur Diagnose einer „dissozialen oder antisozialen Persönlichkeitsstörung“ und einer „schizoiden Persönlichkeitsstörung“, so ist diese psychiatrische Diagnose nicht mit der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ in § 20 StGB gleichzusetzen. Für die forensische Praxis ist mit der bloßen Feststellung, bei dem Angeklagten liege eine Persönlichkeitsstörung vor, nichts gewonnen. Vielmehr sind der Ausprägungsgrad der Störung und der Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit entscheidend für die Beurteilung der Schuldfähigkeit. (Bearbeiter)

3. Für die schwere andere seelische Abartigkeit sind die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit durch die festgestellten pathologischen Verhaltensmuster im Vergleich mit jenen krankhaft seelischer Störungen zu untersuchen. Für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung ist maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des angeklagten Deliktes zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens oder Verhaltens, das gewöhnlich im frühen Erwachsenenalter in Erscheinung tritt, sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich als viertes Merkmal des § 20 StGB, der „schweren anderen seelischen Abartigkeit“ angesehen werden. (Bearbeiter)

4. Ob die Steuerungsfähigkeit wegen des Vorliegens einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Begehung der Tat „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB vermindert war, ist eine Rechtsfrage. Diese hat der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beantworten. Hierbei fließen normative Gesichtspunkte ein. Entscheidend sind die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt (vgl. für den „berauschten Täter“ BGHSt 43, 66, 77). Diese Anforderungen sind um so höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist. (Bearbeiter)

5. Stellt der Tatrichter in Übereinstimmung mit dem Sachverständigen fest, dass das Störungsbild die Merkmale eines oder mehrerer Muster oder einer Mischform die Klassifikationen in ICD-10 oder DSM-IV erfüllen, besagt dies rechtlich noch nichts über das Ausmaß psychischer Störungen. Eine solche Zuordnung hat eine Indizwirkung dafür, dass eine nicht ganz geringfügige Beeinträchtigung vorliegt. Der Tatrichter wird in einer Gesamtbetrachtung die Persönlichkeit des Angeklagten und dessen Entwicklung bewerten, wobei auch Vorgesichte, unmittelbarer Anlass und Ausführung der Tat

sowie das Verhalten danach von Bedeutung sind (st. Rspr.). (Bearbeiter)

429. BGH 4 StR 533/03 – Urteil vom 18. März 2004 (LG Münster)

Lückenhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Beihilfe zum Mord; Hilfeleistung (Kausalität hinsichtlich der Tat; keine zwingende Kausalität hinsichtlich des Taterfolgs und Unkenntnis des Täters von der Beihilfe; Strafbarkeit der Kettenbeihilfe); Nichtanzeige geplanter Straftaten (doppelte Anwendung des Zweifelssatzes bei unbelegter möglicher Tatbeteiligung).

§ 138 StGB; § 27 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO

1. Eine Hilfeleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass eine Handlung die Herbeiführung des Taterfolgs des Haupttäters objektiv fördert. Für den Erfolg selbst muss sie jedoch nicht ursächlich sein (st. Rspr.; vgl. nur BGHSt 46, 107, 109 m.w.N.). Zudem setzt § 27 StGB setzt nicht einmal voraus, dass der Täter von der Hilfeleistung Kenntnis erlangt hat (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 8).

2. Eine Hilfeleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB ist auch die psychische Unterstützung in Form der so genannten Kettenbeihilfe.

3. Ausgehend von dem Grundsatz, dass für einen Tatbeteiligten eine Mitteilungspflicht nach § 138 StGB nicht besteht, kommt eine Strafbarkeit nach § 138 StGB nicht in Betracht, wenn der Verdacht einer Tatbeteiligung am Ende der Beweisaufnahme noch fortbesteht. Nach dieser Rechtsprechung ist, wenn sich der Verdacht der Tatbeteiligung nicht ausräumen lässt, der Angeklagte vielmehr in (doppelter) Anwendung des Zweifelssatzes freizusprechen (BGHSt 39, 164, 167; 36, 167, 174). An dieser Rechtsprechung beabsichtigt der Senat, gegebenenfalls unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung, nicht länger festzuhalten. Vielmehr neigt er der in der Literatur mit beachtlichen Argumenten vertretenen Auffassung zu, dass in den Fällen, in denen nicht geklärt werden kann, ob der Nichtanzeigende auch an der Vortat beteiligt war, jedenfalls eine Bestrafung aus § 138 StGB zu erfolgen hat.

430. BGH 4 StR 464/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Neubrandenburg)

Tötungsvorsatz (Hemmschwelle und hochgradige Alkoholisierung bei gefährlichen Gewalthandlungen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahr begründung nur durch die Anlasstat; eigene Sachkunde des Gerichts und Vernehmung eines Sachverständigen).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 64 StGB; § 246a StPO

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegt, doch ist dieser nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können. Dies ist insbesondere bei einer

Alkoholintoxikation der Fall, die eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB bewirkt: Wenn ein Täter durch Alkohol oder andere Rauschmittel in seiner Wahrnehmungsfähigkeit beeinträchtigt war,

bedarf es besonderer Begründung, wenn der Tatrichter das Wissenselement des bedingten Vorsatzes aus der objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung herleiten will.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

423. BGH 4 StR 53/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Stuttgart)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Begriff des Fahrzeugführers; Mitfahrer; für sich genommen ungenügende Enge des Fahrzeugs und Abgelegenheit des Überfallortes).

§ 316 a StGB

1. Der Tatbestand des § 316 a StGB setzt eine zeitliche Verknüpfung zwischen tauglichem Tatopfer und tatbestandsmäßiger Angriffshandlung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, das heißt bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist.

2. Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB ist nur, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Das ist regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.

3. Für die vom Tatbestand des § 316 a StGB vorausgesetzte Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs genügt allein der Umstand, dass eine Person wegen der beengten Verhältnisse im Pkw in ihrer Verteidigungsfähigkeit stark eingeschränkt war, nicht. Gleiches gilt auch für die Abgelegenheit des Überfallortes.

384. BGH 2 StR 474/03 - Urteil vom 17. März 2004 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe); Menschenhandel (Einwirken, Bringen); Zuhälterei; schwerer Menschenhandel (Anwerben; List); auslandsspezifische Hilflosigkeit; Einschleusen von Ausländern; Aufklärungspflicht (Unerreichbarkeit von Auslandszeugen); Tateinheit (gleichzeitiger Menschenhandel zum Nachteil mehrerer Opfer im selben Bordellbetrieb); Schutzgesetz; Verfall; Verfall des Wertersatzes; Unzulässigkeit der Revision der Nebenklage (Entscheidung über die Höhe des Schmerzensgelds; Adhäsionsverfahren).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 180 b StGB; § 181 StGB; § 181 a StGB; § 244 Abs. 2 und 3 StPO; § 1 Prostitutionsgesetz; § 823 Abs. 2 BGB; § 406 a StPO

1. In Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, muss der Tatrichter im Urteil deutlich machen, dass er alle für die Beurteilung der Glaubwürdigkeit relevanten Umstände und Indiztatsachen erkannt und berücksichtigt

hat. Dazu ist regelmäßig eine umfassende Mitteilung der sich widersprechenden Aussagen erforderlich.

2. Menschenhandel in der Tatbestandsalternative der Einwirkung (§ 180 b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB) setzt nicht voraus, dass die Person, auf die eingewirkt wird, den aktuellen Willen hat, die Prostitutionsausübung zu beenden. Es reicht vielmehr, dass der Täter auf die Person einwirkt, weil er davon ausgeht, dass sie möglicherweise die Prostitution beenden will (vgl. BGHSt 45, 158, 161 = BGH 3 StR 206/99 – Urteil vom 28. Juli 1999).

3. Menschenhandel in der Tatbestandsalternative der Einwirkung ist ein Unternehmensdelikt; die Tat ist daher bereits vollendet, wenn der Täter auf das Tatopfer eingewirkt hat, um es zur Aufnahme oder Fortsetzung der Prostitution zu bestimmen.

4. Menschenhandel in der Tatbestandsalternative „Bringen zur Fortsetzung der Prostitution“ liegt bei einer Person, die bereits der Prostitution nachgeht, nur dann vor, wenn sie die Prostitution aufgeben oder einschränken will und vom Täter dazu gebracht wird, den bisherigen Umfang aufrechtzuerhalten, oder bei Veranlassen einer umfangreicheren Tätigkeit.

5. „Hilflosigkeit“ im Sinne von §§ 180 b, 181 StGB liegt vor, wenn das Opfer in der konkreten Lage und nach seinen persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, sich dem Ansinnen der Prostitutionsausübung aus eigener Kraft zu entziehen. Die Hilflosigkeit beruht auf dem Aufenthalt des Opfers in einem fremden Land („auslandsspezifische Hilflosigkeit“), wenn das Opfer der deutschen Sprache nicht mächtig ist, über keine Barmittel verfügt und bezüglich Unterkunft und Verpflegung auf den Täter angewiesen ist, wobei die Hilflosigkeit durch die Wegnahme des Passes noch verstärkt wird.

6. Die Strafnorm der Zuhälterei ist Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. Um den Schadensersatzanspruch des Opfers gegen den Täter nicht zu gefährden, scheidet ein Verfall (des Wertersatzes) nach §§ 73, 73 a StGB daher aus.

420. BGH 1 StR 567/03 – Beschluss vom 26. März 2004 (LG Passau)

Beihilfe zur Geldfälschung (Beihilfeposatz hinsichtlich der Anzahl und der Qualität der gefälschten Scheine; strafschärfende Berücksichtigung bei der Strafzumessung); Betäubungsmittelhandel (Beihilfeposatz hinsichtlich des Wirkstoffgehaltes).

§ 146 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG; § 46 StGB

Wer sich am Verkehr mit Falschgeld beteiligt, ist regelmäßig mit jeder Möglichkeit einverstanden, die hinsichtlich Anzahl und Nennwert der Scheine und der Fälschungsqualität nach den Umständen des Falles in Betracht kommt. Wie der Bundesgerichtshof bereits entschieden hat, ist derjenige, der sich am Umsatz von Rauschgift beteiligt, hinsichtlich der Menge und des Wirkstoffgehalts des Rauschgifts regelmäßig mit jeder nach den Umständen des Falles in Betracht kommenden Möglichkeit einverstanden. Beim Umgang mit Falschgeld können keine anderen Grundsätze gelten.

372. BGH 3 StR 51/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Flensburg)

Raub (konkludente Drohung; vorsätzlicher Gewalteintritt; finaler Zusammenhang zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 249 Abs. 1 StGB

Wendet der Täter zunächst Gewalt gegen sein Opfer an, ohne bereits den Vorsatz gefasst zu haben, dadurch eine Wegnahme zu erreichen, und entschließt er sich später zu einer Wegnahme, so kommt eine Verurteilung wegen Raubes nur dann in Betracht, wenn er die in der Furcht des Opfers vor weiterer Gewaltanwendung fortbestehende Zwangslage im Sinne einer konkludenten Drohung bewusst zur Wegnahme ausnutzt (st. Rechtsprechung, vgl. zuletzt BGH 2 StR 283/03 - Urteil vom 15. Oktober 2003 [für BGHSt vorgesehen] sowie BGHR StGB § 249 Abs. 1 Drohung 3).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

409. BGH 1 StR 296/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Mannheim)

Verstoß gegen das Irak-Embargo; Verfall (Verfassungsmäßigkeit des Bruttoprinzips: wirksame Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen: UN-Resolutionen; Härtefall: Feststellung etwaiger Steuerbelastungen zur Vermeidung einer Doppelbelastung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 73 StGB; § 73c StGB; UN-Resolution Nr. 661

1. Der Senat hält daran fest, dass die Festsetzung des Verfallsbetrags nach dem „Bruttoprinzip“ auch bei der Anordnung des Verfalls gegen einen Drittbegünstigten verfassungskonform ist (vgl. BGHSt 47, 369, 372).

2. Auch nach dem Übergang zum Bruttoprinzip ist bei der Anwendung der Härtevorschrift des § 73c StGB eine mögliche (staatliche) Doppelbelastung zu berücksichtigen. Insoweit kann es erforderlich sein, Feststellungen dazu zu treffen, ob hinsichtlich des vereinnahmten Bruttoverkaufspreises bereits Steuern bestandskräftig festgesetzt bzw. bezahlt worden sind.

432. BGH 4 StR 563/03 – Urteil vom 10. März 2004 (LG Dessau)

(Schwerer-) Sexueller Missbrauch von Kindern; Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gesamtschau bei schwerer anderer seelische Abartigkeit; nur indizielle Bedeutung der Pädophilie).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

1. Wird ein so schwerwiegender Eingriff, wie ihn die zeitlich nicht befristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darstellt, auf die Diagnose „schwere andere seelische Abartigkeit“ gestützt, muss aufgrund einer Gesamtschau von Täterpersönlichkeit und Taten feststehen, dass die Störung den Täter so nachhaltig in

seiner Persönlichkeit geprägt hat, dass er im Zeitpunkt der Begehung der Taten aus einem starken, mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat. Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt (vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 33, 37 und § 63 Zustand 23).

2. Nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie, die zwangsläufig nur unter Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter verwirklicht werden kann, ist ohne weiteres gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Hingegen kann die Steuerungsfähigkeit etwa dann beeinträchtigt sein, wenn abweichende Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau des Raffinements und durch gedankliche Einnengung auf diese Praktiken auszeichnen.

436. BGH 4 StR 574/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Münster)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positiv festgestellter länger andauernder geistiger Defekt und resultierende erheblich verminderte Schuldfähigkeit; tatsächliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit bzw. der Einsichtsfähigkeit bei den §§ 20, 21 StGB; Gesamtschau bei schwerer anderer seelische Abartigkeit; nur indizielle Bedeutung der Pädophilie).

§ 63 StGB; § 21 StGB

1. Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nicht in Betracht, weil die Schuld des Angeklagten dann nicht im Sinne des § 21 StGB gemindert wird, wenn er ungeachtet

seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen hat (vgl. BGHSt 21, 27 f.; BGHR StGB § 21 Einsichtsfähigkeit 6 m.w.N.).

2. Steht für die Beurteilung der verminderten Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt (vgl. BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 33, 37 und § 63 Zustand 23).

3. Nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie, die zwangsläufig nur unter Verletzung strafrechtlich geschützter Rechtsgüter verwirklicht werden kann, ist ohne weiteres gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Hingegen kann die Steuerungsfähigkeit etwa dann beeinträchtigt sein, wenn abweichende Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau des Raffinements und durch gedankliche Einengung auf diese Praktiken auszeichnen.

403. BGH 3 StR 465/03 - Urteil vom 8. April 2004 (LG Itzehoe)

Besonders schwerer Fall des Betrugers (Regelbeispiel; Indizwirkung; Serientaten; Vertrauensbruch gegenüber Arbeitskollegen); Verhängung kurzer Freiheitsstrafen (eng zusammenhängende umfangreiche Serie von Vermögensdelikten).

§ 263 Abs. 3 StGB; 47 StGB

1. Verwirklicht der Täter mehrere Regelbeispiele des besonders schweren Betrugers und verursacht er dabei einen großen Gesamtschaden, so kann die Verneinung der Indizwirkung der Regelbeispiele auch bei verminderter Schuldfähigkeit des Täters so fern liegen, dass ihre Erörterung entbehrlich ist.

2. Die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe hat nach § 47 StGB regelmäßig nur Bestand, wenn sie sich aufgrund einer Gesamtwürdigung aller die Tat und den Täter kennzeichnenden Umstände als unverzichtbar erweist und dies in den Urteilsgründen dargestellt wird. Bei einer eng zusammenhängenden umfangreichen Serie von Vermögensdelikten, die ein Bedürfnis nach Einwirkung auf den Täter deutlich zutage treten lässt, kann sich die Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen jedoch in einem solchen Maße aufdrängen, dass die Voraussetzungen des § 47 StGB sich dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe entnehmen lassen und nicht zwingend ausdrücklicher Erörterung bedürfen.

413. BGH 1 StR 126/04 – Beschluss vom 2. April 2004 (LG München)

Anordnung der Unterbringung einer Entziehungsanstalt (Hang: erforderliche Feststellungen; Ungenügen der

Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch; symptomatischer Zusammenhang).

§ 64 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist von einem Hang 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 den Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben muss. „Im Übermaß“ bedeutet, dass der Täter berauschte Mittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt wird. Eine Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch ohne Depravation und erhebliche Persönlichkeitsstörung reicht daher nicht aus (BGHR StGB § 64 Nichtanordnung 1).

392. BGH 2 StR 513/03 - Beschluss vom 19. März 2004 (LG Limburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten; Therapieverweigerung und mögliche Weckung der Therapiebereitschaft).

§ 64 StGB

Der Umstand, dass der Angeklagte eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt ablehnt, steht deren Anordnung nicht zwingend entgegen. Zwar kann die Therapieunwilligkeit des Täters ein gegen die Erfolgsaussicht der Maßregel sprechender Umstand sein. In diesem Fall sind jedoch die Gründe eines etwaigen Motivationsmangels festzustellen und ist zu überprüfen, ob eine Therapiebereitschaft für eine Erfolg versprechende Behandlung geweckt werden kann.

438. BGH 4 StR 585/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Dortmund)

Isolierte Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: besondere Anforderungen bei der Anordnung gegen einen Beifahrer).

§ 69 a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 69 StGB

Bei der Maßregelanordnung gegen einen Beifahrer (vgl. BGHSt 10, 333; NStZ 2004, 86, 88 f.) sind besonders gewichtige Hinweise zu fordern, aus denen sich die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt (BGH, Beschluss vom 9. Oktober 2003 - 3 StR 322/03).

371. BGH 3 StR 10/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)

Tateinheit bei der Zuwiderhandlung gegen ein Vereinsverbot (Organisationsdelikt; Klammerwirkung; in dubio pro reo; Zweifelssatz); Sozialprognose bei der Aussetzung von Freiheitsstrafen zur Bewährung (politische Überzeugung).

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG; § 52 StGB; § 56 StGB

Die politische Überzeugung eines Angeklagten rechtfertigt für sich allein die Annahme einer ungünstigen Sozi-

alprognose nicht. Dies gilt umso mehr, wenn die politische Gruppierung, für die er eintritt, nicht verboten ist.

425. BGH 4 StR 34/04 – Beschluss vom 23. März 2004 (LG Detmold)

Gesamtfreiheitsstrafe (unterlassene Bildung der Einzelstrafen; gebotene Nachholung; keine ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe).

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Hat es das Tatgericht bei der Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe versäumt, Einzelstrafen zu bilden, so muss dies nachgeholt werden (BGHR StPO § 358 Abs. 2 Satz 1 Einzelstrafe, fehlende 1; BGHSt 4, 345).

2. Die Aufhebung erfasst in diesem Fall auch die Gesamtfreiheitsstrafe, soweit kein Sonderfall vorliegt (vgl.

BGHR StPO § 358 Abs. 2 Satz 1 Einzelstrafe, fehlende 2).

383. BGH 2 StR 104/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Darmstadt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Zurückstellung der Strafvollstreckung nach BtMG.

§ 64 StGB; § 35 BtMG

Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB ist zwingend anzuordnen, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Maßregel gegeben sind. Hiervon darf nicht allein deswegen abgesehen werden, weil eine Zurückstellung der Strafvollstreckung nach § 35 BtMG ins Auge gefasst ist (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 64 Ablehnung 8 = BGH 2 StR 266/92 – Beschluss vom 15. Juli 1992).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

359. BGH 2 StR 462/03 - Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Köln)

Gesetzlicher Richter und revisionsrechtliches Rekonstruktionsverbot (keine Umgehung durch Befangenheitsantrag hinsichtlich einer falschen Wiedergabe von Zeugenaussagen); Verwerfung einer Richterablehnung als unzulässig (völlig ungeeignete Begründung; Unzulässigkeit); Verfahrensrüge (Begründungspflicht); sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit; Täuschung über medizinische Indikation).

Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 24 StPO; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174a Abs. 2 StGB

1. Der Grundsatz des § 261 StPO verbietet ausnahmslos, dass Aufzeichnungen, die ein Prozessbeteiligter über die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung gemacht hat, zur Widerlegung der tatrichterlichen Feststellungen im Revisionsverfahren herangezogen werden. Diese verfahrensrechtliche Situation kann nicht dadurch umgangen werden, dass der Angeklagte in der laufenden Hauptverhandlung auf seine abweichende Wiedergabe und Würdigung von Zeugenaussagen einen Befangenheitsantrag stützt.

2. Ein Befangenheitsantrag, der sich auf eine bestimmte vorläufige Beweiswürdigung durch das Gericht während der Hauptverhandlung stützt, ist mangels Begründung unzulässig (§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO). Eine solche Begründung ist aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet. Eine derart ungeeignete Begründung ist ihrem völligen Fehlen gleichzustellen.

3. Der Tatbestand des § 174 a Abs. 2 StGB kann auch dann erfüllt sein, wenn das Opfer der sexuellen Handlungen sich ihnen in dem Glauben, sie seien medizinisch indiziert, freiwillig unterwirft. Denn die sexuelle Selbst-

bestimmung des Opfers wird auch dann verletzt und die Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit ausgenutzt, wenn ihm die Notwendigkeit einer Maßnahme aus Anlass der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit nur vorgespiegelt wird. Das Opfer duldet eine solche „ärztliche Handlung“ nämlich nur, weil es sich dadurch Hilfe erhofft (obiter dictum).

410. BGH 1 StR 1/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Coburg)

Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts (Willensbeeinträchtigung im Zusammenhang mit Verfahrensabsprachen durch das Gericht oder den Verteidiger; heilende Belehrung; Übereinkunft von Staatsanwaltschaft und Verteidigung; Überprüfung der Sprachfähigkeiten des Angeklagten und Hinzuziehung eines Dolmetschers).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 185 StGB; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Fehlende Sprachkenntnisse eines Angeklagten können die Wirksamkeit eines von ihm abgegebenen Rechtsmittelverzichts in Frage stellen.

2. Ob der Angeklagte genügend Kenntnisse der deutschen Sprache hat, entscheidet der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen. Wird gerügt, dass kein Dolmetscher zugezogen wurde, prüft das Revisionsgericht, ob die Grenzen des Ermessens eingehalten wurden. Dies gilt auch, wenn es um die Wirksamkeit eines vom Tatrichter zu Protokoll genommenen mündlichen Rechtsmittelverzichts geht.

3. Jedenfalls dann, wenn der Angeklagte mehrfach über die Möglichkeit eines Rechtsmittels belehrt und er sogar ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass ein Rechtsmittelverzicht der Verteidiger ihn selbst nicht binden würde, ist für die Annahme eines im Hinblick auf vorangegangenes Verfahrensgeschehen (mögliche verfahrensbeendende Absprache; Verzichtserklärung des

Verteidigers) rechtserheblichen Willensmangels des Angeklagten bei der Abgabe des Rechtsmittelverzichts kein Raum.

418. BGH 1 StR 443/03 – Urteil vom 16. März 2004 (LG Memmingen)

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität: keine Berücksichtigung späterer Ermittlungsergebnisse in der Revision; keine Gewissheit als Überzeugungserfordernis: Lebenserfahrung als ausreichendes Maß an Sicherheit bzw. mögliche, nicht zwingende Schlüsse).

§ 352 StPO; § 261 StPO

1. Von den Ermittlungsbehörden nach Abschluss des tatrichterlichen Verfahrens gewonnene neue Erkenntnisse können im Revisionsverfahren keine Berücksichtigung mehr finden.

2. Rechtlich zu beanstanden sind Beweiserwägungen dann, wenn sie erkennen lassen, dass das Gericht überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Überzeugungsbildung gestellt und dabei nicht beachtet hat, dass eine absolute, das Gegenteil denkwürdig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit nicht erforderlich ist, vielmehr ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit genügt, das vernünftige und nicht bloß auf theoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt.

375. BGH 3 StR 446/03 - Beschluss vom 9. März 2004 (LG Düsseldorf)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aufhebung und Zurückverweisung der Sache; Ausgleich durch Verminderung der verwirkten Einzelstrafen; Verfahrenshindernis).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

1. Eine Verfahrensverlängerung, die dadurch entstanden ist, dass das Urteil im Rechtsmittelzug teilweise aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen werden muss, begründet für sich genommen regelmäßig keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.

2. Die Entscheidung des Revisionsgerichts, dass bis zum tatrichterlichen Urteil kein Verfahrenshindernis infolge rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung entstanden sei, ergeht regelmäßig in Rechtskraft für das gesamte weitere Verfahren, und dies grundsätzlich auch ungeachtet späterer weiterer Verzögerungen.

451. BGH 5 StR 250/03 – 4. Dezember 2003 (LG Hamburg)

Lückenhafte und widersprüchliche Beweiswürdigung bei einer Verurteilung wegen Anstiftung zum Mord (Auftragsmord; alternative Auftraggeber); Anwesenheitsrecht (Ausschluss bei einer Gefährdung der Wahrheitsfindung: drohende Ausübung eines Auskunftsverweigerungsrechts).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 211 StGB; § 26 StGB; § 261 StPO; § 55 StPO; § 338 Nr. StPO; § 247 StPO

Kündigt ein Zeuge an, von einem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, sofern der Angeklagte bei seiner Vernehmung anwesend sein wird, darf das Gericht den Angeklagten während der Vernehmung im Interesse der Wahrheitsfindung gemäß § 247 Satz 1 StPO aus dem Sitzungszimmer entfernen.

381. BGH 2 StR 6/04 - Beschluss vom 19. März 2004 (LG Aachen)

Beweiswürdigung nach dem Inbegriff der Hauptverhandlung (Geständnis des Angeklagten; richterliches Protokoll: Unterschrift und Genehmigung des Angeklagten; Urkundenbeweis).

§ 261 StPO; § 254 Abs. 1 StPO; § 168a StPO

Erklärungen des Angeklagten in einem Protokoll können auch dann gem. § 254 Abs. 1 StPO im Wege der Verlesung zum Inbegriff der Hauptverhandlung gemacht werden, wenn die gem. § 168a Abs. 3 StPO notwendige Genehmigung und Unterschrift durch den als Beschuldigten vernommenen Angeklagten nicht erfolgt sind. Das Protokoll bleibt auch in diesem Fall ein richterliches Protokoll nach § 168a StPO.

357. BGH 2 StR 496/03 - Beschluss vom 27. Februar 2004 (LG Bonn)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet; Zurückweisung einer Richterablehnung (Unzulässigkeit; Unbegründetheit; Anwendung von Beschwerdegrundsätzen).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 25 Abs. 1 StPO

Es ist rechtlich zu missbilligen, wenn ein offensichtlich unbegründetes Ablehnungsgesuch des Angeklagten als unzulässig zurückgewiesen wird, denn die offensichtliche Unbegründetheit des Ablehnungsantrags ist mit seiner Unzulässigkeit nicht gleichzusetzen.

399. BGH 3 StR 81/04 - Beschluss vom 18. März 2004 (LG Oldenburg)

Grenzen der Teilrechtskraft und der Bindungswirkung bei Teilaufhebung im Rechtsfolgenausspruch.

§ 353 StPO; § 21 StGB

Die Auffassung, dass bei der Teilaufhebung eines Urteils im Rechtsfolgenausspruch die zu § 21 StGB getroffenen Feststellungen rechtskräftig feststehen, trifft nicht zu (vgl. BGHR StPO § 353 Abs. 2 Teilrechtskraft 18).

355. BGH 2 StR 378/03 - Beschluss vom 3. März 2004

Pauschvergütung (Zuständigkeit für die Bewilligung hinsichtlich der Revisionshauptverhandlung und der Revisionsbegründungsschrift).

§ 99 BRAGO

Für die Bewilligung einer Pauschvergütung ist der BGH nur insoweit zuständig, als es um die Revisionshauptverhandlung geht (§ 99 Abs. 2 Satz 2 BRAGO); für die Bewilligung einer Pauschvergütung für die Anfertigung der Revisionsbegründungsschrift ist hingegen das OLG zuständig (§ 99 Abs. 2 Satz 1 BRAGO).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

405. BGH 3 StR 501/03 - Beschluss vom 13. Februar 2004 (LG Wuppertal)

Einziehung von Betäubungsmitteln (Bezeichnung des einzuziehenden Rauschgifts; Verhältnis zur Einziehung gem. § 74 StGB); Verfallsanordnung (unbillige Härte).
§ 33 BtMG; § 74 StGB; § 73 c StGB

Bei der Einziehung von Betäubungsmitteln gem. § 33 Abs. 2 BtMG sind die einzuziehenden Gegenstände genau zu bezeichnen. Dazu gehört auch die Angabe von Art und Menge des einzuziehenden Rauschgifts.

366. BGH 2 ARs 4/04 2 AR 9/04 - Beschluss vom 25. Februar 2004

Zuständigkeitsbestimmung (nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung; Zuständigkeitskonzentration; Gericht des Orts der Strafanstalt; Sicherungshaft; kurzzeitige und vorübergehende Einweisung).
§ 462 a Abs. 4 Satz 1 StPO

Weder die Vollstreckung der Sicherungshaft in einer Justizvollzugsanstalt noch die dortige kurzzeitige und absehbar vorübergehende Einweisung eines Verurteilten begründen den Übergang der Zuständigkeit auf die am Ort dieser Strafanstalt zuständige Strafvollstreckungskammer im Rahmen der Zuständigkeitskonzentration gem. § 462 Abs. 4 StPO.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

HRRS-Praxishinweis: Gesetzesorientierte Auslegung des Handeltreibens oder Verzicht auf staatliche Strafansprüche nach richterlichem Ermessen?

Zugleich Anmerkung zu den Beschlüssen BGH 2 ARs 276/03 vom 6. Februar 2004 und BGH 5 ARs 46/03 vom 22. Januar 2004.

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

I. Einführung: Der Anfragebeschluss BGH 3 StR 61/02 (3 StR 243/02) vom 10. Juli 2003

Mit dem vorbezeichneten Anfragebeschluss strebt der dritte Strafsenat des Bundesgerichtshofs danach, die Auslegung des Handeltreibens im Betäubungsmittelstrafrecht einzuschränken.¹ Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

„Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reichen auch ernsthafte Verhandlungen über den Erwerb von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln nicht aus, solange über den Ankauf keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt wird.“

Da eine solche Auslegung jedoch mit der Rechtsprechung anderer Strafsenate unvereinbar ist, fragt der Senat an, ob diese an entgegenstehender Rechtsprechung fest-

halten. Der dritte Strafsenat geht dabei davon aus, dass die von ihm angestrebte Entscheidung auf Grund ihrer weitreichenden Bedeutung für das Handeltreiben in jedem Fall die Anrufung des Großen Senats in Strafsachen erforderlich machen wird. Der Senat selbst sieht eine solche Rechtsprechungsänderung jedoch auch im Angesicht der entgegenstehenden ständigen Rechtsprechung als erforderlich an. Aus seiner Sicht spricht für die Änderung die massive Kritik, welche die weite, subjektive Auslegung des Handeltreibens im Schrifttum gefunden hat. Vor allem die mit ihr verbundene Einebnung der nach dem geltenden Gesetz weiter abzugrenzenden Deliktstadien Vorbereitung und Versuch ist für den Strafsenat nicht mehr tragbar. In einem verfassungsrechtlich an den Schuldgrundsatz („Idee der Gerechtigkeit“) und an das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG gebundenen Strafrecht ist für ihn eine Neuorientierung der Auslegung des Handeltreibens im BtMG geboten. Der Senat selbst sucht diese in Form einer Katalogisierung zu erreichen, welche „handelstypische Tätigkeiten“ erfassen, reine Hilfstätigkeiten hingegen ausschließen soll.

Das Anliegen des dritten Strafsenats ist einschließlich seiner verfassungsrechtlichen Implikationen im wissenschaftlichen Schrifttum uneingeschränkt begrüßt worden.² *Roxin* würdigt den Anfragebeschluss als „bahnbrechende“ Leistung des dritten Strafsenates.³ Gleichwohl wird der vom dritten Strafsenat zur Umsetzung seines Anliegens beschrittene Weg abgelehnt, weil er hinsichtlich der aufgenommenen Katalogtätigkeiten als nicht überzeugend und allgemein zur Lösung der erkannten Probleme untauglich angesehen wird.⁴ Aus der Sicht der

² Vgl. *Roxin* StV 2003, 619 ff.; *Gaede* StraFO 2003, 392 ff.

³ Vgl. *Roxin* StV 2003, 619.

⁴ Vgl. zu diesen und weiteren erhobenen Einwänden *Roxin* StV 2003, 619 ff. und *Gaede* StraFo 2003, 392, 393 ff.

¹ Vgl. für einen Abdruck des Beschlusses und zum Folgenden BGH StV 2003, 501 ff. und BGH HRRS 2003, 157 f.

Praxis hat *Weber* auf mögliche unabsehbare Konsequenzen des Senatsansatzes insbesondere auch für andere auf ein Handeltreiben abstellende Strafgesetze hingewiesen.⁵ Er fragt besorgt, was der Anfragebeschluss denn noch vom „Handeltreiben übrig ... lässt“?⁶ Auch *Weber* spricht sich gleichwohl nicht gegen eine Neubestimmung des Handeltreibens aus, fordert jedoch für diesen Fall die mehrfache Ausdehnung des Katalogs insbesondere durch die Aufnahme des Besitzes.⁷

II. Die Positionen des zweiten und fünften Strafsenats des Bundesgerichtshofs

Nunmehr liegen Antworten des zweiten und des fünften Strafsenats vor.

1. BGH 2 ARs 276/03 – Beschluss vom 6. Februar 2004⁸

Der zweite Strafsenat des BGH hält – mehrheitlich – an seiner Rechtsprechung fest, nach der für die Annahme vollendeten Handeltreibens auch ernsthafte Verhandlungen über den Erwerb von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln ausreichen. Er wendet sich insoweit gegen die vom dritten Strafsenat beabsichtigte Neubestimmung des Handeltreibens. Zu dieser Position gelangt der Senat, indem er zunächst den jedenfalls von der herrschenden Lehre⁹ und je nach Lesart auch vom dritten Strafsenat¹⁰ behaupteten Verstoß der heutigen Auslegung gegen Art. 103 II GG verwirft. Dies erfolgt durch den Verweis auf eine Kammerentscheidung des BVerfG, mit der eine entsprechende Auslegung des zweiten Strafsenates hinsichtlich Art. 103 II GG bestätigt worden sei.¹¹

Auch die *Mehrheit des Strafsenates* hält sodann aber unabhängig von der Position zu Art. 103 II GG fest, „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.“ Der zweite Strafsenat stimmt dem anfragenden Strafsenat darin zu, dass die Abgrenzung von täterschaftlichem Handeltreiben und Teilnahmehandlungen „insbesondere aber die vom Gesetz gewollte Abgrenzung zwischen Vollendung/Versuch/Vorbereitungshandlung problematisch“ ist. Der Strafsenat favorisiert insoweit aber eine einzelfallbezogen restriktive Handhabung in „Grenzfällen“. Den vom dritten Strafsenat vorgeschlagenen Ansatz

verwirft er im Anschluss an die publizierten Entscheidungsanmerkungen: Einerseits führe der Katalogansatz selbst lediglich zu einer „neuen Typisierungskasuistik“, der ein einheitliches Kriterium zur Eingrenzung des Begriffs des Handeltreibens fehle;¹² andererseits verwirft er die vom dritten Strafsenat behauptete Asymmetrie zwischen Einkaufs- und Verkaufshandlungen.¹³ Der Senat verweist abschließend auf die kriminalpolitische Basis der heutigen Auslegung und sieht insoweit von sich aus keinen Grund, den großen Senat anzurufen. Sollte eine Neubestimmung anstehen, sieht auch der zweite Strafsenat eine grundlegende Änderung der Definition als erforderlich an, die nach dem Senat dabei auch Konsequenzen haben würde, die „keinesfalls als in jeder Hinsicht wünschenswert angesehen werden können“.¹⁴

2. BGH 5 ARs 46/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004¹⁵

Auch der fünfte Strafsenat 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. Auch der fünfte Strafsenat ist jedoch intern uneins: „Teilen“ des Senat erscheint „eine Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit zu Lasten eines vollendeten Handeltreibens vorzugswürdig.“

Der insoweit geteilte fünfte Strafsenat betont, dass Handeltreiben sprachlich nicht „Handel“ bedeute. Er sieht die tradierte Auslegung durch gute kriminalpolitische Gründe gestützt. Der Senat plädiert dafür, die Besonderheiten des Kriminalitätsbereichs des kommerziellen Umgangs mit Betäubungsmitteln zu berücksichtigen, der sich von der „allgemeinen Kriminalität“ weitgehend unterscheide. Der Gesetzgeber habe auf diese mit einer niedrig angesetzten Vollendungsschwelle reagiert und damit verbleibe „für die Annahme von Vorbereitung, Versuch oder gar Rücktritt vom Versuch kaum Raum“. Der Senat weist darauf hin, dass in der wohl größten Zahl der relevanten Fälle, eine unangemessene Auslegung „nicht in der Bestimmung der Untergrenze des Handeltreibens, sondern in der Unterscheidung von täterschaftlichem Handeltreiben und Beihilfe zum Handeltreiben“ liege, was etwa für die Fälle typischer Hilfstätigkeiten gelten soll. Soweit nicht der Grundtatbestand des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG betroffen sei, könnte der Strafraumen des minder schweren Falles herangezogen werden, um einer etwaigen Ausuferung der tatgerichtlichen Ergebnis-

⁵ Vgl. *Weber* NSTZ 2004, 66 ff.

⁶ Vgl. *Weber* NSTZ 2004, 66.

⁷ Vgl. *Weber* NSTZ 2004, 66 ff., 71.

⁸ Vgl. zum Folgenden HRRS 2004 Nr. 299. Die kursive Hervorhebung ist die des Verfassers.

⁹ Siehe die Nachweise bei BGH StV 2003, 501 bzw. BGH HRRS 2003, 157 f. und *Roxin* StV 2003, 619 f.

¹⁰ Vgl. dazu *Roxin* StV 2003, 619, 620 einerseits und BGH HRRS 2004 Nr. 299 andererseits.

¹¹ Der Senat verweist hier auf den Kammerbeschluss 2 BvR 1906/99 vom 24. Oktober 1999.

¹² Der Senat verweist hier auf *Gaede* StraFO 2003, 392 ff.

¹³ Der Senat verweist hier auf *Roxin* StV 2003, 619, 620. Wie der Senat und *Roxin* auch *Gaede* StraFO 2003, 392, 396.

¹⁴ Der Senat verweist hier auf *Weber* NSTZ 2004, 66 f., ohne damit freilich klar zu sagen, was er damit meint, es sei denn, der Senat schliesse sich in jedem erdenklichen Punkt *Weber* an, was aber gerade nicht der Fall sein kann, da *Weber* gerade den Katalogansatz als zwar „neu“, nicht aber als systematisch verfehlt ansieht, vgl. S. 72.

¹⁵ Vgl. zum Folgenden HRRS 2004 Nr. 339. Die kursive Hervorhebung ist die des Verfassers.

se in denjenigen Fällen entgegensteuern, die im unteren Bereich des Handeltreibens stehen. Der Senat sieht „bei diesem Befund“ der „Kontinuität der Rechtsprechung einen eigenen Wert“ verliehen. Die vom Gesetz vorgezeichnete Konsequenz, dass beim Versuch und bei der strafbaren Verbrechensvorbereitung nach § 30 StGB angesichts der Rücktrittsregelungen in § 24 und § 31 StGB verfahrenspraktisch „eine Entlassung vieler Fälle in die Strafflosigkeit“ die Folge ist, wird vom fünften Strafsenat als Einwand gegen den Ansatz des dritten Strafsenates geführt. Schließlich hält der fünfte Strafsenat die vom dritten Strafsenat in Aussicht genommene Definition für eine „Anregung an den Gesetzgeber“, was offenbar ihre Unvereinbarkeit mit geltendem Recht behaupten soll.

III. Absehbare praktische Konsequenzen?

Stellt man rein praktisch die dringliche Frage, welche Konsequenzen das Anfrageverfahren nun haben wird, ergibt eine – zugegeben verallgemeinernde – Zusammenfassung ein eher verworrenes Bild: Der dritte Strafsenat hat einen Anfragebeschluss gefasst, dem das von *Roxin* gleichsam angeführte Schrifttum in seinem Anliegen folgt¹⁶ und dem nun im Kern auch Teile von zwei Strafsenaten folgen. Gleichwohl wird der Katalogansatz des dritten Strafsenats *ausnahmslos* kritisiert und wesentlich mit der Argumentation über kriminalpolitisch nicht wünschenswerte praktische Folgen wird das Anliegen des Strafsenates jedenfalls in seiner jetzigen Form von den Mehrheiten des fünften und des zweiten Strafsenats zurückgewiesen. Unbeschadet der Frage, ob sie überhaupt möglich ist, soll in einer solchen Situation eine Vorhersage des Ausgangs des für die strafrechtliche Praxis so bedeutenden Anfrageverfahrens hier nicht geleistet werden. Es lassen sich jedoch bereits heute zwei Aspekte hervorheben, die in rein praktischer Hinsicht Beachtung verdienen:

Erstens scheint bemerkenswert, dass keinesfalls ein Scheitern des Anfrageverfahrens bereits infolge der mehrheitlichen Ablehnung durch zwei Strafsenate zu konstatieren ist. Wie *Roxin* bereits vorausahnt,¹⁷ kann der Anfragebeschluss des dritten Strafsenates gerade insofern bahnbrechend sein, als er das Thema aufgeworfen und die nun einsetzende Diskussion ausgelöst hat. Der Anfragebeschluss selbst muss dagegen in seinen einzelnen Ausführungen noch nicht die Lösung der praktisch und wissenschaftlich bedeutenden Rechtsfragen bedeuten. Der dritte Strafsenat kann vielmehr mit Hilfe dieser Diskussion zu einer verbesserten Umsetzung seines letztlich *sehr breit geteilten Anliegens* gelangen. Der Strafsenat hat ausdrücklich ausgeführt, dass er dem Katalogansatz *zuneigt* und sich insoweit selbst für die Berücksichtigung der Folgediskussion allen Raum gelassen. Doch selbst eine unveränderte Vorlage zum Großen Senat könnte noch zur Durchsetzung des Anliegens führen: Zum einen

kann auch der Große Senat einen neuen Lösungsansatz verfolgen, der im Ergebnis dem Ausgangsanliegen Rechnung trägt.¹⁸ Zum anderen ist schon angesichts der Uneinigkeit der bisher antwortenden Senate zu bedenken, dass durch die Besetzung des Großen Senats eine Konstellation entstehen kann, welche die vorherigen Antwortbeschlüsse relativiert.¹⁹ Der Schluss, dass eine Neubestimmung des Handeltreibens praktisch schon ausgeschlossen ist, wäre vorschnell.

Noch wichtiger scheint es *zweitens* aber, bereits heute aufzunehmen, dass der dritte Strafsenat mit seinem Anfragebeschluss schon Folgendes bewirkt bzw. offenbart hat: Die Strafsenate des BGH sind für die Fragen der Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung sowie der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme im BtMG in besonderer Weise sensibilisiert.²⁰ Es lässt sich die Bereitschaft erkennen, hier „Grenzfälle“ zu sehen, in denen eine im Vergleich zur vorherigen Praxis zurückgenommene Anwendung des Handeltreibens erfolgen soll.²¹ Offenbar neigt der BGH damit dazu, nun bewusst über Einzelfälle – wohl auch zur Vermeidung des sonst unausweichlichen konzeptionellen Neuansatzes – der „etwaigen Ausuferung der tatgerichtlichen Ergebnisse ... entgegen[zu]steuern“.²² Diese jedenfalls in dieser deutlichen Form neue Bewertung der Problemstellungen sollte bereits heute in der Praxis als kleinster gemeinsamer Nenner der Diskussion wahrgenommen werden: Ob eine konzeptionelle Neubestimmung des Handeltreibens im BtMG erfolgt, kann nicht vorhergesagt werden, wohl aber das Problembewusstsein des BGH, in Einzelfällen eine reduzierte Anwendung der weiten Auslegung des (täterschaftlichen, vollendeten) Handeltreibens zu erwägen. Dies stärkt bereits heute Argumentationsansätze, die zuvor in dieser Form nicht auf höchstrichterliche Wertungen abgestützt werden konnten. Die Tatgerichte, Staatsanwaltschaften aber gerade auch die Verteidiger sind insoweit schon heute und damit lange vor dem Abschluss des Anfrage- bzw. des etwaigen Vorlageverfahrens aufgefordert, diesen Umstand in ihre Praxis erwägend einzubeziehen.

IV. Die Notwendigkeit einer nicht nur beliebigen Neujustierung des Handeltreibens

Wie der Verfasser bereits anderenorts ausgeführt hat, ist dem Anfragebeschluss des dritten Strafsenats in seinem

¹⁸ Hier sei etwa auf den Beschluss des Großen Senats zur „Schreckschusswaffe“ hingewiesen BGHSt 48, 97 ff. = BGH GSSt 2/02, Beschl. vom 4. Februar 2003 bei HRR-Strafrecht.

¹⁹ Zur Vorsicht bei der Prognose des Ausgangs von Anfrageverfahren mahnt anlässlich des laufenden Verfahren zu § 69 StGB auch im Hinblick auf die Besetzung des Großen Senates nach § 132 V GVG *Sowada* NStZ 2004, 169, 174.

²⁰ Vgl. neben beiden Antwortbeschlüssen auch *Weber* NStZ 2004, 66, 71, der schreibt, dass „niemand behaupten“ könne, die derzeitige Interpretation des Handeltreibens sei „einer Verbesserung nicht zugänglich“.

²¹ Vgl. BGH HRRS 2004 Nr. 299.

²² So die Formulierung von BGH HRRS 2004 Nr. 339 mit dem Zusatz des Verfassers.

¹⁶ Vgl. hier nur *Roxin* StV 2003, 619 ff. und die zahlreichen Nachweise des Anfragebeschlusses BGH HRRS 2003, 157 f.

¹⁷ Vgl. *Roxin* StV 2003, 619.

Anliegen zuzustimmen.²³ Auch der Verfasser wendet sich jedoch gegen den Katalogansatz, indem er ihm einen an frühere Ausführungen von *Roxin*²⁴ anschließenden Vorschlag entgegengesetzt, der die heutige subjektive Definition des Handeltreibens durch die Prüfung einer Umsatzgefahr *ergänzt*, auf die sich sodann die Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung beziehen kann.²⁵ Von einer Wiederholung der bisherigen und hier aufrechterhaltenen Ausführungen wird abgesehen. Die Antwortbeschlüsse und die sich nunmehr andeutende untaugliche Alternative der „Einzelfalllösung“ eines strukturellen Problems bieten aber Anlass zu ergänzenden Ausführungen.

1. Das Argument der gesetzlichen Bestimmtheit und die einzelfallbezogene richterliche Zurücknahme des gesetzlich vorgegebenen Rechtsgüterschutzes

Auch wenn eine Kammer des BVerfG vor fünf Jahren die weite Auslegung des zweiten Strafsenates toleriert haben mag, räumt dies den Verstoß gegen Art. 103 II GG nicht aus. Einer solchen Kammerentscheidung kommt schon nicht das Gewicht einer wohl überlegten und begründeten Senatsentscheidung zu. Mangels hinreichender Publizität der Entscheidung ist es überdies unmöglich, die Aussage der Kammerentscheidung wirklich im Kontext und in ihrer Reichweite überhaupt einschätzen zu können.²⁶ Der Verweis auf die Entscheidung kann schon daher nicht bedeuten, die verfassungsrechtliche Problematik nun aus der Diskussion zu entfernen. Vor allem aber wäre eine solche Selbstbindung des BGH an „höher-rangige“ Gerichte schon unvollständig: Im Licht der eigenen Rechtsprechung zur konventionskonformen Auslegung bzw. der verfassungsrechtlich abgeleiteten Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes²⁷ hätte der Senat für eine rein gerichtsbezogene Zurückweisung der Unbestimmtheitskritik auch eine Entscheidung des

²³ Vgl. *Gaede* StraFO 2003, 392 ff., wobei dort auch die verfassungsrechtliche Begründung des Anfragebeschlusses präzisiert werden soll. Vgl. im Ergebnis auch *Roxin* StV 2003, 619 f.: Verstoß gegen Art. 103 II GG.

²⁴ Vgl. *Roxin* StV 1992, 517 ff. und daran erneut anknüpfend *Roxin* StV 2003, 619 ff. Nur angemerkt sei hier, dass der von *Roxin* StV 2003, 619, 621 vorgetragene Kritik an einer ausschließlichen Vertragslösung im Ergebnis zugestimmt wird. Es bleibt aber hinzuzufügen, dass der Abschluss eines Vertrages nach der in StraFO 2003, 392, 395 f. vertretenen Konzeption ein Umstand sein kann, der die geforderte Umsatzgefahr (mit) indizieren kann. Der nicht auf einen *tatsächlich erfolgten* Umsatz abstellende Vorschlag des Verfassers vermag es insoweit, den Gesichtspunkt des Vertrages umsatzbezogen zu integrieren.

²⁵ Vgl. *Gaede* StraFO 2003, 392, 395 f.

²⁶ Der Senat verweist hier exakt auf den Kammerbeschluss 2 BvR 1906/99 vom 24. Oktober 1999. Ein solcher Beschluss mit dem vom zweiten Strafsenat angegebenen Inhalt ist aber weder unter *Juris* noch auf der offiziellen Internetseite des BVerfG verfügbar. Es findet sich lediglich ein Beschluss 2 BvR 1960/99 vom 24. Oktober 1999, der jedoch die zitierten Äußerungen nicht enthält.

²⁷ Vgl. BGHSt 45, 321, 328 f.; 46, 93, 97; *Weigend* StV 2000, 384, 386 f.; *Gaede* HRRS 2004, 44, 45; zur Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes auch bereits *Dörr*, *Faires Verfahren* (1984), S. 147 ff.

EGMR zu Art. 7 EMRK²⁸ zum gleichen Effekt aufführen müssen, wenn er sich insoweit tatsächlich allein als Vollstrecker früherer Auffassungen des (europäischen²⁹) Verfassungsgerichts sieht, der sich um die *aktuelle* argumentative Auseinandersetzung um das Bestimmtheitsgebot im Falle vorliegender älterer Entscheidungen nicht mehr zu sorgen braucht.

Ganz unabhängig von der früheren Position des BVerfG verhält es sich aber gerade so, dass es dem BGH als selbst an Art. 103 II GG gebundenes Fachgericht³⁰ unbenommen bleibt, bei der Auslegung eines Gesetzes von der Auffassung des BVerfG abzuweichen: Art. 100 I GG bezieht sich auf die Verwerfung von Gesetzen, nicht auf ihre Auslegung etwa im Hinblick auf Art. 103 II GG. Wie das BVerfG betont, sind *die Fachgerichte selbst* verpflichtet, die verfassungsrechtlichen Garantien bei der ihnen anvertrauten Anwendung des einfachen Rechts zu prüfen und zu berücksichtigen.³¹ Die Unbestimmtheit einer Gesetzesauslegung kann der BGH insoweit unabhängig vom BVerfG feststellen.³² Gerade angesichts des Umstandes, dass *nunmehr* das Problem der Auslegung des Handeltreibens vom BGH und im Schrifttum als gerechtigkeitsbezogenes³³ Problem auch des Art. 103 II GG spezifisch thematisiert wird, darf die Haltung des BVerfG zur aufgeworfenen Frage nicht mehr ohne Weiteres mit der Kammerentscheidung identifiziert werden.³⁴ Vielmehr ist daran festzuhalten, dass die weite Auslegung des Handeltreibens – und damit die Grundlage der Kammerentscheidung –, die für die vom Gesetz geforderte Abstufung der Tatstadien keinen Anhaltspunkt bietet, dem Bestimmtheitsgebot nicht genügt.³⁵ Das auch für die

²⁸ Vgl. zu dessen auf einen effektiven Schutz abzielenden Auslegung etwa EGMR, *Puhk v. Estland*, HRRS 2004 Nr. 343 und m.w.N. *Demko* HRRS 2004, 19 ff.

²⁹ Zum konstitutionellen Moment der EMRK bzw. des EGMR vgl. m.w.N. *Grabenwarter*, EMRK 2003, § 2 Rn. 3; *Hoffmeister*, *Der Staat* 40 (2001), 349 ff.

³⁰ Vgl. dazu bereits *Gaede* StraFo 2003, 392, 393.

³¹ Vgl. neben Art. 20 III GG zum Beispiel zu Art. 103 I GG den grundlegenden Plenumsbeschluss BVerfG 1 PBvU 1/02 vom 30. April 2003, bei HRR-Strafrecht, Rn. 4 ff. und zu Art. 5 GG das Urteil BGH 3 StR 377/02 vom 27. März 2003, bei HRR-Strafrecht, Rn. 29 ff.

³² Vgl. nur etwa jüngst die für BGHSt vorgesehenen Urteile des ersten Strafsenates zur Auslegung des Vermögensverlust großen Ausmaßes BGH HRRS 2003, 251 f. Die Aussage gilt selbstverständlich auch für den EGMR, vgl. Art. 53 EMRK.

³³ Vgl. BGH HRRS 2003, 157 f., HRRS 2004 Nr. 299 *Nestler*, *Handb. d. BtM-StrafR* (hrsg. v. *Kreuzer* 1998), § 11 Rn. 358: Unterlaufen der „Gerechtigkeitsymmetrie des Allgemeinen Teils“; *Gaede* StraFO 2003, 392, 393 f. Vgl. insoweit zum tatsächlichen Gehalt des Art. 103 II GG die nach der Kammerentscheidung getroffene Entscheidung zur Vermögensstrafe BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. Nr. 66: „Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt auch für die Strafandrohung, die in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatensystem *gerecht* auf den Straftatbestand und *das in ihm vertypete Unrecht abgestimmt sein muss*“ (Hervorhebungen des Verfassers).

³⁴ Vgl. auch *Roxin* StV 2003, 619, 622 der bereits eine abschließende BVerfG-Entscheidung in Betracht zieht.

³⁵ Vgl. *Roxin* StV 2003, 619, 620; näher auch *Gaede* StraFo 2003, 392, 393 ff. Es ist bemerkenswert, dass auch der zweite

Tragweite³⁶ der Bestrafung geltende Gebot muss als verletzt gelten, wenn nur eine ohne nennbare Kriterien im Ermessen des BGH stehende *richterliche* Dezision zur Verfügung steht, um noch eine Abstufung zwischen den Unrechtsstadien Vorbereitung, Versuch und Vollendung anzudeuten. Bestimmtheit bedeutet nicht nur die Möglichkeit, eine Auslegung irgendwie unter einen bestimmten Sprachgebrauch fassen zu können. Das auch für die Rechtsfolgen geltende Bestimmtheitsgebot³⁷ fordert die praktische Bestimmung der Tragweite³⁸ der Strafbarkeit durch das Gesetz selbst.³⁹

Es lässt sich dabei auch nicht etwa mit dem fünften Strafsenat durchgreifend einwenden, dass der Gesetzgeber dem Handeltreibenden den Sinn einer weitgehenden, vorverlagernden Erfassung des Drogenhandels beigemessen habe, die wiederum dann Vorbereitung und Versuch kaum Raum lassen müsse.⁴⁰ Zum einen haben Vorbereitung und Versuch nach der tradierten Definition des Handeltreibens heute strukturell und praktisch betrachtet überhaupt keinen berechtigten Raum. Zum anderen – und dies ist entscheidend – kann die vielleicht zutreffend gesehene kriminalpolitische Intention gerade nicht verhindern, dass objektiv-teleologische Erwägungen wie die Bestimmtheit des Gesetzes und die nach der unterschiedlichen Schuld verhältnismäßig abgestufte Bestrafung über die teleologische Auslegung im Sinne einer verfassungskonformen Auslegung einbezogen werden müssen: Sie begrenzen den Raum, den die kriminalpolitisch vom Gesetzgeber angestrebte Strafbarkeit selbst einnehmen darf;⁴¹ sie formen das *legitime kriminalpolitische Ziel*, das über den gesetzlich vermittelten Rechtsgüterschutz durch die Gerichte angestrebt werden darf.⁴² Sie müssen

Strafsenat betont, dass gerade die *vom Gesetz geforderte* Abgrenzung infolge der heutigen Auslegung nicht befriedigend gelingt BGH HRRS 2004 Nr. 299.

³⁶ Vgl. – jeweils nach <http://www.bverfg.de/> zitiert – jüngst wieder BVerfG, 2 BvR 1107/03 vom 4.12.2003, Nr. 2: Tragweite und Anwendungsbereich; in aller Deutlichkeit auch die Entscheidung zur Vermögensstrafe BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. 63: „in rechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise erschwert, Art und Maß der Sanktion vorherzusehen, die er als staatliche Reaktion auf seine Straftat zu erwarten hat.“ (Hervorhebung des Verfassers).

³⁷ Vgl. m.w.N. BGH HRRS 2003, 251 f. und BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. 66 ff. Ein etwaiges Gegenargument, dass Art. 103 II GG zwar anerkannt für die der Rechtsfolgen gelte, nicht aber auch für die praktisch auf die Rechtsfolgenbemessung – graduell sogar stärker – wirkende Abstufung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung, müsste fadenscheinig bleiben, vgl. erneut BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. 63 ff.

³⁸ Vgl. BGH HRRS 2003, 157 f., 2003, 251 f. und bereits m.w.N. Gaede StraFO 2003, 392, 393 ff.

³⁹ Vgl. insoweit etwa EGMR, Puhk v. Estland, HRRS 2004 Nr. 343 und BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Leitsatz 1 sowie Nr. 63 ff., insb. 65.

⁴⁰ Zum Folgenden bereits Gaede StraFo 2003, 392, 393 ff.

⁴¹ Vgl. auch markant Roxin StV 2003, 619, 620: „unübersteigbare Schranken der Kriminalpolitik!“

⁴² Vgl. allgemein zur objektiv-teleologischen Auslegung *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.

dazu führen, dass Vorbereitung und Versuch einen nicht nur zufälligen, sondern durch die Auslegung des geschriebenen Gesetzes nachvollziehbar vermittelten tatsächlichen Anwendungsbereich erhalten. *Der Gesetzgeber* hat das Handeltreiben eben nicht als Unternehmensdelikt ausgestattet, sondern einen „Normbefehl“ an Bürger und Gerichte objektiviert, der die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch gegenüber dem Bürger reflektiert und insbesondere daher auch einfordert. Tatsächlich ist dadurch nicht der Vorschlag des dritten Strafsenates mit dem geltenden Recht unvereinbar: Es ist das Beharren des fünften Strafsenates auf der weiten, die gesetzliche Schutzstruktur überlaufenden Auslegung, die eine rechtspolitische Vorstellung verwirklicht, solange der Gesetzgeber nicht im Sinne eines unterschiedslosen Rechtsgutsschutzes tätig wird.⁴³ Die Nachbesserung eines hinsichtlich der Tragweite des möglicherweise erwünschten Schutzes unbestimmten Gesetzes ist dem Strafrichter verwehrt, dem Gesetzgeber vorbehalten.⁴⁴

Teilt man diesen strukturellen Ansatz hingegen nicht, könnte eine mögliche – auf der Basis einer unveränderten subjektiv-weiten Auslegung des Handeltreibens erfolgende – alternative Einzelfalllösung einerseits keine überzeugende Abschichtung der Unrechtsstufen Vorbereitung, Versuch und Vollendung leisten.⁴⁵ Andererseits müsste man sich nun gerade fragen, weshalb denn – wenn doch die kriminalpolitischen Motive so klar und durch den Gesetzgeber vorgegeben sein sollen – eigentlich eine Abschwächung des legitimen Strafanspruches in Einzelfällen überhaupt erfolgen sollte. Vor allem: Warum *darf* sie in einem solchen Fall überhaupt geschehen, wenn es doch der – gegen den dritten Strafsenat eingewendete – objektivierte Wille des Gesetzgebers ist, einen unterschiedslosen Auffangtatbestand zu schaffen, der weit auszulegen ist? Die Gerichte sind an das Gesetz

(1995), S. 153 ff.; im Kontext bereits näher Gaede StraFO 2003, 392, 393 ff.

⁴³ Dabei sind die Ausführungen des fünften Strafsenats zur besonderen Natur der Delikte ebenfalls bedenklich: Würde man sich allein wegen dieser behaupten Sondernatur im Vergleich zur „allgemeinen Kriminalität“ gegen die hier benannten verfassungsrechtlichen Erfordernisse sperren, wäre dies eine feind- bzw. täterstrafrechtliche Argumentation, die das heutige verfassungsrechtliche und menschenrechtliche Grundverständnis sprengen würde. Für eine solche aber jüngst erneut – differenziert – *Jakobs* HRRS 2004, 88 ff.

⁴⁴ Vgl. BVerfG, 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002, Nr. 65: „Art. 103 II GG versagt „es dem Strafrichter auch, ein unbestimmtes Gesetz von sich aus nachzubessern (vgl. BVerfGE 47, 109 <120>; 64, 389 <393>; 73, 206 <235>).“

⁴⁵ Mit der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme befasst sich die Abhandlung insoweit nicht im Detail. Auch hier sei aber angemerkt, dass eine wohlmeinende Abkehr von dem Grundsatz, allgemeine Täterschaftskriterien auch beim Betäubungsmittelstrafrecht anzuwenden, letztlich zu einer vor den §§ 25 ff. StGB nicht zu begründenden Sonderrechtsprechung führen würde, die der BGH etwa bei den §§ 244 ff. StGB gerade hinter sich gelassen hat. Auch hier spricht alles dafür, das Problem in erster Linie über die Anreicherung des Handeltreibens durch ein echtes objektives Unrechtselement zu lösen, da das Problem genau hier durch die bisherige Unterbestimmung des Handeltreibens entsteht.

gebunden, Art. 97 I GG. Es erscheint vor diesem Hintergrund gerade bedenklich bzw. selbstwidersprüchlich, Fälle, in denen die nach der heutigen Definition des Tatunrechts einzig erforderliche irgendwie betätigte Intention des Betäubungsmittelumsatzes vorliegt, aus dem Vollendungsunrecht herauszunehmen. Im Grunde müsste hier das vollendete Unrecht vorliegen, eine Differenzierung könnte konsequent nur im Rahmen allgemeiner Strafzumessungsvorschriften, nicht aber über Erwägungen des Versuchs oder eben auch der Vorbereitung erfolgen. Dass eine solche Rigidität letztlich niemand befürwortet, findet den eigentlichen Grund aber darin, dass eben bereits die Grundthese eines nicht objektiv abstufbar und damit *unangemessen weit* ausgelegten Handeltreibens unzutreffend und illegitim ist. Wenn nicht in Zukunft eine widersprüchliche Einzelfallkasuistik den strafrechtlichen Rechtsgüterschutz des BtMG ohne ein einheitliches Grundkriterium⁴⁶ erodieren lassen soll, sondern eine stimmige Neuorientierung des Handeltreibens in seinen Problemzonen erfolgen soll, muss man auch schon im Ansatz über die bloße Einzelfallkasuistik hinausgehen. Ringt man sich heute hierzu nicht durch, werden die Fragen auch den BGH angesichts der nun besonders sensibilisierten Praxis und des fortbestehenden strukturellen Problems noch so lange kasuistisch beschäftigen, bis die dann verspätete Neuorientierung des Handeltreibens letztlich doch erfolgt.

2. Unerwünschte Konsequenzen?

Gegen einen Neuansatz wird vorgetragen, dass er zu „unerwünschten“ Folgen führe, die insbesondere in einer möglichen Anwendung des Rücktritts auf den Versuch und etwa der Nichtaufnahme des Besitzes in den Begriff des Handeltreibens liegen.⁴⁷ Er habe Auswirkungen, die sich noch gar nicht abschätzen ließen und zudem seien Rückwirkungen auf andere Strafgesetze, die das Wort Handeltreiben gebrauchen, zu bedenken.⁴⁸ Diesen Ausführungen ist entgegen zu treten, wenngleich dies freilich nicht zur Verteidigung des Katalogansatzes geschieht, gegen den sie gerichtet sind. Vielmehr ist klarzustellen, dass – soweit solche Folgen überhaupt auftreten – derartige Einwände auch gegenüber dem Ansatz des Verfassers nicht durchgreifen.

Wenn davon gesprochen wird, dass es eine unerwünschte Folge sei, wenn bei einem Versuch ein Rücktritt auftreten und dann insoweit Straflosigkeit eintreten könne,⁴⁹ so liegt hierin eine Kritik am Gesetzgeber, der beim Handeltreiben dergleichen nicht ausgeschlossen hat: Wenn die – gebotene – veränderte Auslegung des Handeltreibens dazu führt, dass die §§ 24 und 31 StGB zur Geltung

⁴⁶ Dies fordert der zweite Strafsenat im Anschluss an das Schrifttum auch vom dritten Strafsenat, ohne dass er dann freilich selbst die *entsprechende* Tauglichkeit seines „Einzelfallansatzes“ gegenüber der tradierten und gerade die Probleme begründeten Auslegung darlegen würde.

⁴⁷ Vgl. BGH HRRS 2004 Nr. 299 und Nr. 339 sowie *Weber* NSStZ 2004, 66 ff.

⁴⁸ Dazu vor allem *Weber* NSStZ 2004, 66 ff.

⁴⁹ Vgl. vor allem BGH HRRS 2004 Nr. 339.

kommen, verwirklicht sich das Gesetz bzw. das für seine Anwendbarkeit allgemein maßgebliche Prozessrecht. Ob man dies befürwortet, stellt dann eine Frage der Rechtspolitik, nicht aber der Auslegung dar. Gleiches muss der Fall sein, wenn prozessuale Folgen bedacht werden.⁵⁰ Die strafprozessualen Vorschriften sollen insoweit akzessorisch der Durchsetzung legitimer also auch gesetzlich bestimmter und verhältnismäßig abgestufter Strafansprüche dienen; ihre Anwendung zugunsten eines nicht entsprechend abgefassten Strafgesetzes ist rechtsstaatlich gerade nicht wünschenswert. Wenn sich zudem eine Einschränkung der Strafbarkeit ergibt, da besonders voraussetzungslose Tatbestände wie der Besitz nicht ohne weiteres⁵¹ ein Handeltreiben darstellen, verwirklicht sich ebenfalls lediglich die notwendige Objektivierung der zuvor rein subjektiven Definition: Es muss rechts- und daher umsatzbezogen Unrecht verwirklicht worden sein.⁵² Gerade dies ist beim reinen Besitz nicht gleichermaßen der Fall.

Auch der Verweis auf mögliche Rückwirkungen oder Konsequenzen im Rahmen anderer Gesetze, die bei der Auslegung des Handeltreibens im BtMG wegen begrifflicher Bezugnahmen zu bedenken sein sollen,⁵³ verfängt nicht als Grund für eine Beibehaltung der alten Definition. Auch die Auslegung der Begriffe strafrechtlicher Tatbestände erfolgt kontextrelativ, d.h. die Verwendung desselben Wortlautes impliziert nicht notwendig seine gleiche begriffliche Bedeutung in unterschiedlichen Zusammenhängen bzw. Gesetzen.⁵⁴ Soweit im jeweiligen Auslegungskontext normativ relevante Kontextfaktoren gegeben sind, einem Wort eine Bedeutung beizumessen, die es in einem anderen gesetzlichen Zusammenhang nicht hat, sind formal bleibende Gründe der „Einheit der Rechtsordnung“ keine zwingenden Gebote, diese abweichende Bedeutung nicht anzuerkennen.⁵⁵ Dies muss allgemein gelten, es gilt aber im Besonderen dann, wenn die Gründe für eine bestimmte Neuausrichtung der Auslegung eines mehrfach verwendeten Rechtsbegriffs (präziser: Wortlautes) verfassungsrechtlicher und damit vorrangiger Natur sind: Die verfassungsrechtlich gebotene Abstufung der Unrechtsstufen des Handeltreibens muss sich gegenüber einfachrechtlich vom Gesetzgeber hergestellten Auslegungsbezügen durchsetzen, was letztlich auch *Weber*⁵⁶ anerkennt, der die Möglichkeit einer stati-

⁵⁰ Vgl. die Erwägungen von *Weber* NSStZ 2004, 66, 69, 70.

⁵¹ Der Besitz kann nach dem Ansatz des Verfassers sehr wohl von Bedeutung sein, da der tatsächliche Besitz der Betäubungsmittel für die Frage der Umsatzgefahr indizielle Bedeutung hat, vgl. bereits *Gaede* StraFO 2003, 392, 396. Eine völlige Unbeachtlichkeit des Besitzes tritt damit nicht ein.

⁵² Vgl. bereits näher *Gaede* StraFO 2003, 392, 394, 395 f.

⁵³ Vgl. erwägend etwa *Weber* NSStZ 2004, 66, 67, 72; vgl. aber auch den anfragenden dritten Strafsenat selbst BGH HRRS 2003, 157 f.

⁵⁴ Vgl. hierzu eingehend *Demko*, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen (2002), Duncker & Humblot, Schriften zum Strafrecht.

⁵⁵ Vgl. m.div.Nachw. *Demko* (Fn. 54), S. 13, 64 ff., 137 ff., 153 ff.; 321 ff.

⁵⁶ Vgl. *Weber* NSStZ 2004, 66, 67.

schen Verweisung auf das Handeltreiben *des BtMG*⁵⁷ hervorhebt. Festzuhalten bleibt insoweit eins: Angesichts der Relativität der Rechtsbegriffe sind weder die identische Wortwahl noch gesetzgeberische Verknüpfungen der Auslegungen anderer Gesetze mit der des Handeltreibens des BtMG zwingende Gründe dafür, dass eine Neubestimmung des Handeltreibens zu einem bestimmten Ergebnis bei der Auslegung anderer Gesetze nötig ist. Damit ist ein mögliches Zögern, den Gründen für eine Neuausrichtung des Handeltreibens statt zu geben, weil man fürchtet, mögliche Fernwirkungen der Auslegung in anderen Gesetzen nicht sogleich zu überschauen und damit unbefriedigende bzw. widersprüchliche Auslegungsergebnisse herbeizuführen, nicht begründet. Die Methodologie hält hierfür längst die nötigen Lösungen bereit.

V. Zusammenfassung und gebotene Ergänzung des Handeltreibens durch die Prüfung einer objektiven Umsatzgefahr

Praktisch betrachtet kann als vorläufiges „Ergebnis“ des Anfrageverfahrens vermerkt werden, dass eine *einzelfall-*

⁵⁷ Auch hier ist die Relativität der Rechtsbegriffe zu beachten, doch ist bei den Tatbeständen des BtMG insoweit eine kontextbezogene Nuancierung *im Ergebnis* nicht zu befürworten.

Zum Begriff der „Freiheitsentziehung“ des Art. 5 Abs. 1 EMRK im Fall Amuur gegen Frankreich (Anwendung auf sog. Transitzonen)

(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Von Frau Oberassistentin Dr. Daniela Demko (LLM)

I. Einleitung

Gegenstand der folgenden Besprechung ist das Urteil des EGMR im Fall *Amuur gegen Frankreich vom 25. Juni 1996*¹, welchem für die in vielen europäischen Staaten bestehende Praxis, auf internationalen Flughäfen *sog. Transitzonen* für die auf dem Luftwege einreisenden Asylbewerber einzurichten, eine bedeutende Wegweiserfunktion zufällt.

Die nachfolgenden Ausführungen sollen sich dabei auf die Argumentation des EGMR zur Auslegung des *Begriffs der „Freiheitsentziehung“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK* konzentrieren. Hinsichtlich der ebenso bedeutsa-

¹ EGMR, Urt. v. 25.6.1996, Amuur/Frankreich, RJD 1996-III = EuGRZ 1996, 577 ff.

bezogene Einschränkung des Handeltreibens des BtMG jedenfalls hinsichtlich der Abstufung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung sowie bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme nunmehr aussichtsreicher geworden zu sein scheint: Mögliche Problemfälle sind bereits heute einer besonderen Prüfung zu unterziehen.

Darüber hinaus ist dem Anliegen des dritten Strafsenats Rechnung zu tragen. Es ist eine strukturelle Neubestimmung des Handeltreibens erforderlich. Nach Auffassung des Verfassers ist eine dem Gesetz aber auch der (verfassungsrechtlich legitimen) gesetzgeberischen Intention entsprechende ausgewogene Lösung dadurch zu erreichen, dass die subjektiv-weite und daher entgrenzende Definition des Handeltreibens um ein Erfolgsmoment ergänzt wird. *Ein vollendetes Handeltreiben ist jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit, welche die Gefahr eines nach den Umständen erwartbaren konkreten Betäubungsmittelumsatzes herbeiführt.*⁵⁸

⁵⁸ Vgl. dazu näher bereits *Gaede* StraFO 2003, 392, 395 f., wobei die hier verwendete Formulierung den Anschluss an die heutige BGH-Definition hervorheben und eine sprachliche Vereinfachung bewirken bedeuten soll. Im Übrigen wird aber auf die früheren Ausführungen verwiesen.

men Gesichtspunkte der rechtlichen Einordnung der Transitzonen sowie der Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen einer festgestellten Freiheitsentziehung sei an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen der EGMR in der Urteilsbegründung² und die Literatur³ verwiesen.

II. Zur Eröffnung des Anwendungsbereiches des Art. 5 Abs. 1 EMRK

Der Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 EMRK ist nur eröffnet, wenn die „Freiheit ... einem Menschen ... entzogen“ wird, so dass sich für die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 1 EMRK auch im Fall Amuur zunächst die Frage stellt, ob das Festhalten von Asylbewerbern in den dafür vorgesehenen Transitzonen als eine „*Freiheitsentziehung*“ im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist.

Von einer *Freiheitsentziehung* abzugrenzen bleiben bloße, nicht von Art. 5 EMRK geschützte *Regelungen der Bewegungsfreiheit*, die jedoch, wenn sie *Beschränkungen der Bewegungsfreiheit* darstellen, als *sog. „Freiheitsbe-*

² EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 586 Ziff. 52 („keinen extraterritorialen Status“) sowie 586 Ziff. 50-54.

³ Vgl. etwa Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 176 ff.; Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, S. 101ff.; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafrecht, 2002, 203 ff..

schränkungen“ unter die Freizügigkeitsgarantie nach Art. 2 des 4. Protokolls fallen⁴.

Dass die Frage, ob eine *Freiheitsentziehung* oder nur eine *Freiheitsbeschränkung* vorliegt, und die damit verbundene Frage, *anhand welcher Kriterien sich die Grenzziehung zwischen beiden zu entscheiden hat*, alles andere als einfach und eindeutig zu beantworten sind, verdeutlichen die unterschiedlichen Argumentationsansätze des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und der Europäischen Menschenrechtskommission⁵ im Falle Amuur als auch die des deutschen Bundesverfassungsgerichts in einem Urteil vom 14. Mai 1996⁶. Hinter den verschiedenen Begründungen zur Abgrenzung der *Freiheitsentziehung* von der *Freiheitsbeschränkung* steht dennoch das insoweit übereinstimmende Bestreben, den spezifischen Bedeutungsgehalt und –umfang des Begriffs des *Freiheitsentziehung* zu ermitteln. Hier wie auch bei der Auslegung jedes anderen Rechtsbegriffs geht es darum, mit Blick auf die Kontextbezüglichkeit eines jeden Rechtsbegriffs⁷ dessen normspezifischen Bedeutungsgehalt zu finden.

III. Zum Sachverhalt im Fall Amuur

Die Beschwerdeführer, somalische Staatsangehörige, kamen am 9. März 1992 am Flughafen Paris-Orly mit einem Flug aus Damaskus, Syrien an. Sie waren zuvor zwei Monate in Syrien geblieben, nachdem sie über Kenia eingereist waren, und brachten vor, dass sie aus ihrem Ursprungsland Somalia geflohen seien, weil sie von dem machthabenden Regime verfolgt würden und in Lebensgefahr schwebten. Die Flughafen- und Grenzpolizei weigerte sich jedoch, die Beschwerdeführer auf französischem Territorium zuzulassen, da ihre Pässe gefälscht waren. In Folge wurden sie in der Transitzone des Flughafens (in ihrer Ausdehnung auf ein Stockwerk des Hotels Arcade) für 20 Tage bis zum 29. März festgehalten. Am 29. März wurden sie dann zurück nach Syrien geschickt, nachdem der Innenminister ihnen die Aufnahme als Asylbewerber verweigert hatte⁸. Die Beschwerdeführer, die geltend machten, Flüchtlinge zu sein, wurden morgens von Polizisten sehr früh in der Halle „Espace“ des Flughafens abgesetzt und abends wieder in das Hotel Arcade zurückgebracht, blieben größtenteils sich selbst überlassen, wurden strikter und ständiger polizeilicher Überwachung unterstellt und erhielten weder rechtliche noch soziale Hilfe (insbesondere im Hinblick auf die bei einem Asylantrag einzuhaltenden Formalien). Erst am 24. März stellte CIMADE, eine humanitäre Organisation, die mittlerweile über die Anwesenheit der Beschwerdeführer in der internationalen Zone informiert worden war, den Kontakt mit einem Rechtsanwalt her. Weiterhin

⁴ Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 1996, S. 76, 77 Rn. 8; Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 92.

⁵ EKMR (Amuur), Bericht vom 10.01.1995, Ziff. 50, vgl. auch EuGRZ 1996, 577, 583 Ziff. 32.

⁶ BVerfG, Urteil vom 14. Mai 1996, EuGRZ 1996, 271 ff.

⁷ Vgl. dazu näher Daniela Demko, Zur „Relativität der Rechtsbegriffe“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002.

⁸ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 578, 585 Ziff. 6-11, 44.

wurde bis zum 26. März weder die Dauer noch die Notwendigkeit ihres Festhaltens von einem Gericht überprüft. Am 26. März legte der Anwalt der Beschwerdeführer beim tribunal de grande instance Creteil ein Rechtsmittel ein; die am 31. März erlassene einstweilige Anordnung qualifizierte die Festnahme der Beschwerdeführer als rechtswidrig, weil willkürliche Freiheitsentziehung.⁹

IV. Ansichten der Beschwerdeführer, der Regierung und der Kommission im Fall Amuur sowie des Bundesverfassungsgerichts zum Vorliegen einer „Freiheitsentziehung“

Nach Ansicht der Beschwerdeführer stellt ihr Festhalten in der Transitzone eine Entziehung der Freiheit unter Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 f EMRK dar, wobei sie zum einen die *materiellen Umstände* ihres „Festhaltens“ rügen. Zum anderen betonen sie die jene Umstände noch erschwerende *exzessive Länge* ihrer „Festnahme“ als einen „entscheidende(n) Faktor“¹⁰ bei der Würdigung der Frage der *Freiheitsentziehung*.¹¹

Nach Ansicht der Regierung und der Kommission liegt im Ergebnis keine Freiheitsentziehung vor. Die Regierung betont, dass der Aufenthalt der Beschwerdeführer in der Transitzone einer Haft nicht vergleichbar gewesen sei; vielmehr seien die *materiellen Bedingungen* der Unterkunft sogar vom Europäischen Komitee zur Verhütung der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Bestrafung (das CPT) als zufriedenstellend beschrieben worden. Ihre Trennung von der anderen Hotelgästen sei durch das Anliegen gerechtfertigt, zu verhindern, dass sie der Überwachung durch die Flughafen- und Grenzpolizei entgehen und sich illegal in Frankreich niederlassen. Zudem sei der ursprüngliche Grund ihrer Festnahme und der Grund für die *Dauer* dieser Festnahme die Hartnäckigkeit der Beschwerdeführer, mit der sie trotz Aufnahmeverweigerung versuchten, auf das französische Territorium zu gelangen, weshalb ihnen die Situation weitestgehend selbst zuzuschreiben sei.¹²

Die Kommission wiederum räumt zwar ein, dass sich der Aufenthalt der Beschwerdeführer in der Transitzone mit Blick auf dessen *Länge* nicht von Haft im gewöhnlichen Sinne unterscheidet. Dennoch scheitert eine Anwendung des Art. 5 Abs. 1 f daran, dass „der *Grad* des körperlichen Zwangs, den die betreffenden Maßnahmen voraussetzen, um als „Freiheitsentziehung“ qualifiziert zu werden, im vorliegenden Falle fehlt.“¹³

Auffällig ist, dass die Beschwerdeführer, die Regierung sowie die Kommission übereinstimmend sowohl den - *quantitativen* - *Zeitfaktor der Dauer* des Festhaltens als auch den *qualitativen Faktor der Art und Weise, d.h. der*

⁹ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 578 Ziff. 10, 12, 585 Ziff. 45.

¹⁰ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 584 Ziff. 38.

¹¹ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 584 Ziff. 37, 38.

¹² EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 584 Ziff. 39.

¹³ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 584 Ziff. 40.

näheren materiellen Umstände des Festhaltens in ihre Überlegungen zur Beurteilung einer *Freiheitsentziehung* i.S.d. Art. 5 EMRK einfließen lassen. Nur die Bewertung jener zwei Beurteilungsfaktoren im konkreten Einzelfall fällt vom Ergebnis her dann jeweils anders aus.

Wie noch aufzuzeigen sein wird, greift auch der EGMR im Fall Amuur auf jene Beurteilungsgesichtspunkte zum Vorliegen einer *Freiheitsentziehung* zurück.

Ebenfalls nimmt das Bundesverfassungsgericht in seinem das „Flughafenverfahren“ betreffenden Urteil - als eine der drei Entscheidungen vom 14. Mai 1996¹⁴ - Bezug auf die die *Art und Weise der Unterbringung kennzeichnenden Begleitumstände*, indem etwa herausgestellt wird, dass im konkreten Fall des Vollzugs der Flughafenregelung auf dem Frankfurter Rhein-Main-Flughafen den Asylbewerbern in einem Bürogebäude im Transitbereich *Schlafsäle, Sanitäräume, ein Aufenthaltsraum und zwei Telefone zur Verfügung standen*; zudem hätten sie die Gelegenheit gehabt, sich auf einem *umzäunten Rasenge-lände an der frischen Luft zu bewegen*. Die *Betreuung und Verpflegung* erfolgte durch den kirchlichen Sozialdienst im Auftrag des Landes Hessen; zudem konnte ein *Arzt* bei Bedarf eine Versorgung in der Flughafenklinik veranlassen. Hinzu komme u.a., dass im Transitbereich die nötigen *Dolmetscher* zur Verfügung standen und es möglich war, einen *Anwalt zu wählen und zu beauftragen*.¹⁵

Ein weiterer Argumentationsgesichtspunkt, den die Regierung und die Kommission im Falle Amuur zur Verneinung des Vorliegens einer *Freiheitsentziehung* heranziehen, der aber ebenso in den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Urteil vom 14. Mai 1996 zu finden ist, ist die Tatsache, „daß die Beschwerdeführer *jederzeit den Anwendungsbereich der betroffenen Maßnahme hätten verlassen können*.“¹⁶ Die Transitzone sei zwar auf der französischen Seite abgeschlossen gewesen, jedoch „nach außen hin offen“¹⁷ geblieben, so dass die Beschwerdeführer jederzeit aus eigenem Antrieb nach Syrien hätten zurückkehren können, wo ihre Sicherheit im Hinblick auf die Versicherungen garantiert sei, welche die syrischen Behörden gegenüber der französischen Regierung abgegeben hatten. Dem fügt die Kommission hinzu, dass die Beschwerdeführer weder eine Gefährdung ihres Lebens oder ihrer physischen Integrität in Syrien dargelegt hätten, noch, dass die französischen Behörden sie gehindert hätten, ein in dieses Land fliegendes Flugzeug zu besteigen.¹⁸

Das Bundesverfassungsgericht stellt insoweit in seinem das „Flughafenverfahren“ betreffenden Urteil fest, dass die „*Art und Weise* der Unterbringung von Asylsuchenden auf dem Flughafengelände während der Prüfung

ihres Einreise- und Asylbegehrens ... verfassungskonform ...“ sei und es sich „... *nicht um eine Freiheitsentziehung* im Sinne von Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG“¹⁹ handle. Begründet wird dies zum einen damit, dass die Regelung nicht auf ein Festhalten der Asylbewerber „*ziele*“.²⁰ Zum anderen wird auf den Gesichtspunkt der *Einschränkungen der körperlichen Bewegungsfreiheit* Bezug genommen, indem das Bundesverfassungsgericht darauf abstellt, dass die Asylsuchenden „*sich in dem für sie vorgesehenen Teil des Flughafengeländes frei bewegen ...*“ und außerdem „... *diesen Ort durch Abreise ins Ausland jederzeit verlassen*“²¹ hätten können. Dem folgt der Hinweis des Bundesverfassungsgerichts, welchem der EGMR sodann in seiner Rechtsprechung entschieden entgegentritt, dass die Tatsache, dass „*dieser Weg wegen der geltend gemachten Verfolgungsgefahr faktisch verschlossen sein könne*, ... der Bundesrepublik Deutschland *nicht zuzurechnen*“²² sei.

V. Begründungsaufbau und Argumentationslinie des EGMR im Fall Amuur zur Beurteilung des Vorliegens einer „*Freiheitsentziehung*“

Der EGMR stellt seinen Begründungserwägungen voran, dass „sich viele Mitgliedstaaten des Europarates seit mehreren Jahren einem steigenden Strom von Asylbewerbern gegenüber gestellt sehen ...“ und er sich „... der Schwierigkeiten (bewußt ist), die mit der Aufnahme von Asylbewerbern auf den meisten europäischen Flughäfen ... zusammenhängen“.²³

In diesem Zusammenhang nimmt er Bezug auf den aufschlussreichen²⁴ Bericht der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 12.09.1991, der einen Überblick über die Lage in sechs großen europäischen Flughäfen gibt: hinsichtlich des Flughafens Roissy-Charles-de-Gaulle, Paris heißt es etwa, dass für die Asylbewerber während der *Freiheitsentziehung* „weder *Kontakt zu Sozialarbeitern*, noch *zur außerhalb der Zone befindlichen Welt* (besteht). Außerdem haben die Asylbewerber nicht immer die *Möglichkeit zu telefonieren*. Mit Erlaubnis der Grenzpolizei kann ein Kaplan die Asylbewerber besuchen. Den Asylbewerbern werden weder *Möglichkeiten sich auszuruhen*, noch *sich auszubilden* zur Verfügung gestellt. Weder besteht eine *Rechtsgrundlage für die Freiheitsentziehung*, noch ist eine *Maximaldauer gesetzlich vorgesehen* ... Asylbewerber in der internationalen Zone *schlafen auf dem Boden und auf Plastikstühlen*. Der Flughafen versorgt sie mit

¹⁹ BVerfG, EuGRZ 1996, 271, 276 V. 2. c).

²⁰ BVerfG, EuGRZ 1996, 271, 276 V. 2. c).

²¹ BVerfG, EuGRZ 1996, 271, 276 V. 2. c).

²² BVerfG, EuGRZ 1996, 271, 276 V. 2. c).

²³ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 41.

²⁴ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 41.

¹⁴ BVerfG, EuGRZ 1996, 237 ff. (sichere Drittstaaten), 256 ff. (sichere Herkunftsstaaten), und 271 ff. (Flughafenverfahren).

¹⁵ BVerfG, EuGRZ 1996, 271, 276, 277 V. 2. c) und d).

¹⁶ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 46.

¹⁷ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 46.

¹⁸ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 46.

Mahlzeiten, und es gibt ein paar *Duschen*, die sie mitten in der Nacht benutzen können, wenn sie frei sind ...²⁵

Jene Beschreibung der *näheren materiellen Begleitumstände* des Festhaltens der Asylbewerber in der Transitzone, auf die auch der EGMR mit seiner Bezugnahme auf den Bericht der Parlamentarischen Versammlung hinweist, verdeutlichen, dass sich das Bemühen um ein Verständnis des Rechtsbegriffs der *Freiheitsentziehung* i.S.d. Art. 5 Abs. 1 EMRK *nicht allein* mit dem Aspekt der *reinen Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit* begnügt. Vielmehr wird, wenn dies in dieser Deutlichkeit auch nicht ausdrücklich gesagt wird, durch die ausführliche Beschreibung der *materiellen Begleitumstände* des Festhaltens der Asylbewerber in der Transitzone klargestellt, dass mit einer - an und für sich betrachteten - Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit *zugleich auch bestimmte Beschränkungen einer selbstbestimmten Lebensführung und der die Lebensgestaltung betreffenden „persönlichen Dispositionsmöglichkeiten“*²⁶ einhergehen können.

Das *jeweilige Ausmaß der Einschränkungen einer selbstbestimmten Lebensführung* scheint für den EGMR nun neben der Tatsache der Beschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit eine maßgebende Rolle für die Beurteilung des Vorliegens einer *Freiheitsentziehung* zu spielen: Indem Art. 5 Abs. 1 EMRK das Recht auf Freiheit proklamiert, bezieht er sich „auf die physische Freiheit der Person; er zielt darauf ab, sicherzustellen, daß niemandem diese Freiheit willkürlich entzogen wird. Auf der anderen Seite betrifft er prinzipiell nicht bloße Einschränkungen der Bewegungsfreiheit ... Um zu bestimmen, ob jemand im Sinne des Artikels 5 die „Freiheit ... entzogen“ wurde, muß man von seiner *konkreten Situation* ausgehen. Eine *ganze Reihe von Kriterien müssen berücksichtigt werden, wie z.B. die Art, Dauer, Auswirkungen und die Art der Durchführung der betreffenden Maßnahme. Der Unterschied zwischen Entzug und Beschränkung der Freiheit ist lediglich eine Frage des Grades oder der Intensität und nicht eine der Natur oder der Substanz*“²⁷.

VI. Fortführung der Spruchpraxis des EGMR aus dem Fall Guzzardi und Gemeinsamkeiten zwischen den Fällen Guzzardi und Amuur

²⁵ Bericht der Parlamentarischen Versammlung des Europarates vom 12. 09. 1991 über die Ankunft von Asylsuchenden an europäischen Flughäfen, in: EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 582 Ziff. 26.

²⁶ Funk/Gimpel-Hinteregger, EuGRZ 1985, 1, 4; vgl. dazu ebenso die weiteren, aufschlussreichen Ausführungen von Funk/Gimpel-Hinteregger, EuGRZ 1985, 1, 3-5 zum Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich.

²⁷ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 42; dies aufgreifend vgl. etwa Grabenwarther, S. 177 ff., Esser, S. 199 ff.; Haefliger/Schürmann, S. 84 ff.; Frowein/Peukert, S. 77 ff.; Peters, S. 92 f.

Der EGMR führt mit jenen obigen Aussagen eine Argumentationslinie fort, die er bereits im Urteil *Guzzardi gegen Italien* vom 6. 11. 1980²⁸ vertreten hat:

Der Beschwerdeführer Guzzardi wurde auf die Insel Asinara vor der Küste Sardinien verbannt. Der Bereich, in dem sich die auf Asinara Verbannten – die wie Guzzardi unter Verdacht standen, Beziehungen zur Mafia zu unterhalten – frei bewegen durften, umfasste nur 2,5 km der insgesamt 50 km großen Insel.

Der EGMR betont auch hier, dass für die Entscheidung des Vorliegens einer *Freiheitsentziehung* von der *konkreten Situation* auszugehen und „eine *Vielzahl von Kriterien wie die Art, die Dauer, die Auswirkungen und die Umstände der Ausführung der in Frage stehenden Maßnahme*“²⁹ zu berücksichtigen sei. Der Unterschied zwischen Freiheitsentziehung und –einschränkung sei „nur einer des Grades oder der Intensität ... Die Einordnung in die eine oder andere dieser Kategorien erweist sich bisweilen als schwierig, denn in einigen Grenzfällen handelt es sich um eine reine Ermessensfrage, deren Beantwortung der Gerichtshof jedoch nicht ausweichen kann, da hiervon die Abwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit des Art. 5 abhängt.“³⁰

Interessant ist dann insbesondere die Argumentation des EGMR, dass es nicht so sei, „daß sich ein „Freiheitsentzug“ niemals aus den *Umständen der Ausführung* einer solchen Maßnahme ergeben könnte“³¹. So stellt der EGMR gerade nicht nur auf die *rein räumliche Ausdehnung* des Gebietes, auf dem sich Guzzardi physisch bewegen durfte, ab, sondern hält vielmehr – wie auch die Regierung betont – *die Art, den zur Verfügung stehenden Raum zu nutzen*³², für maßgebend. In diesem Sinne nimmt der EGMR anschließend eine *umfassende* Begutachtung und Würdigung *all der einzelnen Umstände* vor, welche die *Lebensbedingungen* Guzzardis innerhalb des Verbannungsortes betrafen. Er betont, dass zwar keine dieser einzelnen Umstände für sich allein genommen erlauben, von einem Freiheitsentzug zu sprechen. In ihrem *Zusammenwirken und einer kombinierenden Betrachtungsweise*, d.h. „*zusammengenommen* ... werfen sie (jedoch) das schwerwiegende Problem der Subsumtion unter Art. 5 auf“³³.

Unter Hinweis, dass zwar ein Unterschied zwischen der Behandlung Guzzardis auf Asinara und einem klassischen Freiheitsentzug im Gefängnis besteht, betont er, dass es gleichwohl eine *Vielzahl anderer Formen des Freiheitsentzuges* gäbe³⁴ und dass die Behandlung Guzzardis auf Asinara in einzelnen Aspekten „an die Internierung in einem „offenen Gefängnis“ oder die Verset-

²⁸ EGMR, Urteil vom 6.11.1980, Guzzardi/Italien, Serie A Nr. 39 = EuGRZ 1983, 633 ff.

²⁹ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 92.

³⁰ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 93.

³¹ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 94.

³² EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 91.

³³ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 95.

³⁴ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 95.

zung in eine Strafeinheit“ (erinnert)³⁵: so lebte er dort hauptsächlich umgeben von anderen Personen, die der gleichen Maßnahme wie er unterworfen waren, sowie von Polizeibeamten und hatte wenig Möglichkeiten zu sozialen Kontakten zu Nichtinternierten – außer zu seiner engeren Familie, seinen Schicksalsgenossen und dem Bewachungspersonal -; er unterlag einer strengen und fast ununterbrochenen Überwachung, einem Ausgehverbot zwischen 22.00 und 7.00 Uhr, einer zweimaligen Meldepflicht pro Tag, einer Angabepflicht von Name und Telefonnummer seines Gesprächspartners bei erwünschten Telefonaten und bedurfte der Genehmigung für alle Fahrten nach Sardinien oder auf das Festland, die nur selten gewährt wurden und nur unter strenger Überwachung stattfanden; hinzu kam die Dauer jener Maßnahme von mehr als 16 Monaten.³⁶

Nicht aus einer einzelnen Tatsache dieser die Lebenssituation Guzzardis beeinträchtigenden Umstände, aber aus einer *kombinierenden Zusammenschau aller - die Einschränkung der reinen körperlichen Bewegungsfreiheit unmittelbar - begleitenden Umstände einer Beschränkung der selbstbestimmten Dispositionsmöglichkeiten* schließt der EGMR auf das Vorliegen einer *Freiheitsentziehung*. Dies trotz bzw. obwohl das Verbannungsgebiet „die Ausmaße einer Zelle weit überschritt und auch von keinen tatsächlichen Barrieren umschlossen war“.³⁷

Stellt sich damit – und insoweit ist der Rechtsprechung des EGMR beizupflichten – die *Größe bzw. Ausdehnung* des räumlich begrenzenden Gebietes als solche für die Beurteilung des Vorliegens einer *Freiheitsentziehung* nicht als allein ausreichend und entscheidend dar, so sei dennoch die Frage aufgeworfen, ob auf jene „*Begleitumstände*“ des Festhaltens einer Person nur bei einer – die Ausmaße einer Zelle überschreitenden – „größeren“ Ausdehnung des zur Verfügung stehenden Raumes Rückgriff zu nehmen ist, hingegen bei einer – einer Zellengröße entsprechenden oder gar noch unterschreitenden – kleineren Ausdehnung des zur Verfügung stehenden Raumes etwaige „*Begleitumstände*“ keine bzw. eine weniger bedeutsame Rolle spielen. Die Frage ist also, „wie klein“ ein Raum sein muss, damit allein schon aus diesem „Größenfaktor“ auf eine *Freiheitsentziehung* geschlossen werden könnte bzw. umgekehrt, ab wann ein Raum als „so groß“ bzw. „zu groß“ zu betrachten ist, so dass nunmehr die „*Begleitumstände*“ der Art der Nutzung dieses Raumes für die Beurteilung des Vorliegens einer *Freiheitsentziehung* heranzuziehen sind.

Der EGMR lässt im Fall Guzzardi sowie im Fall Amuur durch seine *schlicht aufzählende Nebeneinanderstellung einzelner Kriterien*, welche für die Beurteilung einer *Freiheitsentziehung* zu beachten seien, offen, ob diese in einer gewissen Rangordnung zueinander oder in einem einfachen austauschbaren Alternativverhältnis stehen. Zudem erscheint die Aufzählung des EGMR *nicht als*

*eine solche mit abschließendem Charakter*³⁸, so dass abzuwarten bleibt, ob und in welcher Art und Weise er in zukünftigen Fällen auf weitere und andersartige Kriterien Bezug nimmt. Als hilfreich würde sich dabei erweisen, wenn insbesondere Maßstäbe zu einem evtl. vorhandenen Rangverhältnis der einzelnen Kriterien untereinander sichtbar würden, etwa dahingehend, dass mit zunehmender Größe des zur Verfügung stehenden Raumes den anderen Kriterien – also die die Lebenssituation betreffenden „*Begleitumstände*“ – ein bedeutsameres Gewicht zufällt.

Gemeinsam ist den Fällen Guzzardi und Amuur, dass der EGMR jeweils *die konkreten Einzelfallumstände, und zwar nicht isoliert, sondern in ihrem Zusammenwirken* heranzieht und bewertet, um die Abgrenzung zwischen *Freiheitsentziehung* und –beschränkung vorzunehmen. In beiden Fällen steht den betroffenen Beschwerdeführern ein Raum in einer Größe zur Verfügung, innerhalb dessen sie sich körperlich bewegen können: im Fall Amuur der Bereich der Transitzone, im Fall Guzzardi der des Verbannungsgebietes. Eine jegliche körperliche Bewegungsfreiheit vollkommen ausschließende *Freiheitsberaubung*, wie sie etwa bei einem unmittelbaren physischen Festhalten oder einer Fesselung des Opfers an einen unbeweglichen Gegenstand in Betracht kommt, liegt damit nicht vor.

Gibt es in beiden Fällen daher ein räumliches Gebiet, innerhalb dessen sich die Beschwerdeführer rein körperlich bewegen können, so ist beiden Fällen weiterhin gemeinsam, dass die Beschwerdeführer hierbei *gewissen Vorgaben und Auflagen* unterliegen, die sowohl ihre *Aufenthaltsgestaltung und Lebenssituation innerhalb dieses räumlichen Gebietes* als auch ihre *Außenweltkontakte* betreffen: so ist ihr Aufenthalt innerhalb des ihnen zur Verfügung stehenden Raumes von *striker und ständiger Überwachung* gekennzeichnet, welche die Grundlage für einen jederzeit möglichen, sich zu einem unmittelbar körperlichen Zugriff verdichtenden Eingriff bildet. Durch die Vorgaben hinsichtlich der Zeiteinteilung, der Unterkunft, der Benutzung von Schlaf- und Duschräumen, der Nahrung bzw. etwaiger Beschränkungen beim Telefonieren sowie bez. rechtlicher und sozialer Hilfe und die *Einschränkungen sozialer Kontakte zur Außenwelt*, waren sie in ihren „sonstigen persönlichen Dispositionsmöglichkeiten beschränkt“³⁹.

Dadurch, dass der EGMR das *Schwergewicht* seiner Ausführungen auf eine Begutachtung jener *qualitativen Begleitumstände*, nicht hingegen auf den quantitativen Faktor der „Raumgröße“ legt, und auch der quantitative Zeitfaktor der Dauer der Maßnahme vom EGMR zwar betont, aber nicht schon als allein ausreichend zur Bejahung einer *Freiheitsentziehung* angesehen wird, ist sichtbar, dass für die Grenzziehung zwischen *Freiheitsentzie-*

³⁵ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 95.

³⁶ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 95.

³⁷ EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 95.

³⁸ So auch Frowein/Peukert, S. 77 Rn. 9: keine „verbindliche Begriffsdefinition ...“, die in erschöpfender Weise die Kriterien einer *Freiheitsentziehung* ... festlegt“.

³⁹ Funk/Gimpel-Hinteregger, EuGRZ 1985, 1, 4.

hung und –beschränkung die *qualitativen* Kriterien der *Schwere und der objektiven Auswirkungen* des Eingriffs – sowohl in die reine körperliche Bewegungsfreiheit als auch in die damit untrennbar verbundene selbstbestimmte persönliche Lebensgestaltung – sowie sein *objektiv feststellbarer Zweck* eine maßgebende Rolle spielen.⁴⁰ So heißt es, dass das Festhalten „nicht exzessiv verlängert werden (sollte). Andernfalls bestünde das Risiko, eine bloße Freiheitsbeschränkung ... in eine Freiheitsentziehung zu verwandeln.“⁴¹ Neben diesen quantitativen Zeitfaktor treten dann die *qualitativen Begleitumstände* – und zwar sowohl die *innerhalb* des zur Verfügung stehenden Raumes als auch die *Betreff der Art und Weise einer Abgrenzung zur Außenwelt* –, die eine Verwandlung einer Freiheitsbeschränkung in eine *Freiheitsentziehung* zu verantworten haben.

VII. Hinzutreten eines weiteren Begründungsgesichtspunktes im Fall Amuur: Einschränkung nach allen vier Seiten

Im Unterschied zum Fall Guzzardi stellt sich im Fall Amuur das weitere spezielle Problem des Vorliegens einer Einschränkung der körperlichen Bewegungsfreiheit *nach allen vier Seiten hin*: liegt eine solche bei Guzzardi ohne weiteres vor, so gestaltet sich der Fall Amuur derart, dass den Beschwerdeführern zwar die Einreise nach Frankreich verweigert wurde, die Transitzone jedoch „nach außen hin offen“⁴² blieb.

Jene, auf den ersten Blick nur „einseitige“ Beschränkung der für die übrigen drei Seiten gegebenen Bewegungsfreiheit bildet den Anknüpfungspunkt für die Regierung, die Kommission als auch für das Bundesverfassungsgericht, mittels dessen diese zu dem Ergebnis einer Verneinung einer *Freiheitsentziehung* gelangen.⁴³

Der EGMR lehnt jene Auffassung, die *allein auf die theoretisch bestehende Möglichkeit* einer Ausreise nach drei Seiten abstellt, ab und legt einen anderen Beurteilungsmaßstab zugrunde: nicht jene nur theoretische Möglichkeit, sondern ob diese auch *praktisch umsetzbar* sei, entscheide darüber, ob die Bewegungsfreiheit nach allen vier Seiten eingeschränkt ist oder nicht: So könne die „bloße Tatsache, daß es Asylbewerbern offen stehe das Land, wo sie Asyl begehren, zu verlassen, ... eine Freiheitsentziehung nicht ausschließen ... Darüber hinaus wird diese *Möglichkeit theoretisch*, wenn kein anderes Land mit vergleichbarem Schutzniveau geneigt oder

bereit ist sie aufzunehmen.“⁴⁴ In Anbetracht zum einen der *praktischen Schwierigkeiten der Reise* wurde es zum anderen „erst möglich, die Beschwerdeführer zurück nach Syrien zu schicken, nachdem Verhandlungen zwischen den französischen und syrischen Behörden stattgefunden hatten. Die Garantien der syrischen Behörden hingen von den *Unwägbarkeiten diplomatischer Beziehungen* ab, wenn man berücksichtigt, daß Syrien nicht durch die Genfer Konvention über den Status von Flüchtlingen gebunden war ...“. Infolge dessen kommt der EGMR zu dem Ergebnis, dass das Festhalten der Beschwerdeführer „... *praktisch*, im Hinblick auf die erlittenen Einschränkungen, einer Freiheitsentziehung gleichkam.“⁴⁵

In einer Anmerkung zum Urteil Amuur spricht Kokott insofern von einer „*weiten* Auslegung des Begriffs der Freiheitsentziehung“⁴⁶ durch den EGMR, zu der die – engere – Auslegung des Bundesverfassungsgerichts in Widerspruch stehe, dies aber „der einzige Weg für den EGMR war, Asylbewerbern in Transitzone einen gewissen über das Folterverbot nach Art. 3 EMRK hinausgehenden Schutz zu gewähren.“⁴⁷

Dem sei hinzugefügt, dass sowohl das Bundesverfassungsgericht und die Kommission als auch der EGMR für das Begriffsverständnis der Freiheitsentziehung i.S.d. Art. 5 Abs. 1 EMRK bei näherer Betrachtung auf den Gesichtspunkt einer *notwendigen vierseitigen* Einschränkung der Bewegungsfreiheit Wert legen. Auch der EGMR weicht mit seiner Aussage, dass die „bloße Tatsache, dass es Asylbewerbern offen stehe, das Land ... zu verlassen, ... eine Freiheitsentziehung nicht ausschließen (können)“⁴⁸, nicht – wie es auf den ersten Blick erscheinen könnte – von jenem Erfordernis einer *vierseitigen* Einschränkung der Bewegungsfreiheit ab. Vielmehr ist einzig und allein *der Maßstab*, den das Bundesverfassungsgericht und der EGMR jeweils anlegen, *um zu beurteilen*, ob eine *vierseitige* Einschränkung der Bewegungsfreiheit vorliegt, ein anderer: das Bundesverfassungsgericht vertritt einen *theoretisch-potentiellen* Ansatz, indem schon die *theoretisch gegebene Möglichkeit* einer Ausreise zur Verneinung einer Freiheitsentziehung führe und faktisch bestehende Ausreisehindernisse aufgrund von Verfolgungsgefahren dem die Einreise verweigernden Staat nicht zurechenbar seien.

Der EGMR legt – und dem ist zuzustimmen – hingegen einen *praktischen Beurteilungsmaßstab* zugrunde, wonach für die Verneinung einer Freiheitsentziehung nicht entscheidend sei, ob die Asylbewerber rein theoretisch ausreisen „könnten“, sondern ob sie auch *tatsächlich* unter den vorliegenden Umständen ausreisen *können*. Jene auf die *praktische Umsetzbarkeit* abstellende Ansicht orientiert sich für das Verständnis des Begriffs der

⁴⁰ In diesem Sinne und hinweisend auf die „Verbindung von Beschränkungen der Bewegungsfreiheit, Einschränkungen der sonstigen Disposition in der Lebensgestaltung und Unterwerfung unter eine ständige und intensive Aufsicht ...“ als eine „... für die Fälle der „Verhaftung“ charakteristische Merkmalskombination“ ebenso Funk/Gimpel-Hinteregger, EuGRZ 1985, 1, 4, 5; vgl. auch Frowein/Peukert, S. 80 Rn. 18.

⁴¹ EGMR, Amuur, EuGRZ 1986, 577, 585 Ziff. 43.

⁴² EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 585 Ziff. 46.

⁴³ Siehe dazu die entsprechenden Ausführungen oben unter IV.

⁴⁴ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 586 Ziff. 48.

⁴⁵ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 586 Ziff. 48.

⁴⁶ Kokott, EuGRZ 1996, 569, 570.

⁴⁷ Kokott, EuGRZ 1996, 569, 570, 571.

⁴⁸ EGMR, Amuur, EuGRZ 1996, 577, 586 Ziff. 48.

Freiheitsentziehung nicht an einer nur theoretisch möglichen Ausreise, sondern fragt weitergehend, ob jene zwar theoretisch bestehende Möglichkeit für die Asylbewerber auch faktisch umsetzbar sowie zumutbar ist. Geht es der Europäischen Menschenrechtskonvention nun aber um praktisch bestehenden, d.h. „lebendigen“ Menschenrechtsschutz und strebt man zudem einen weiteren Ausbau des Schutzes von Asylbewerbern unter der Konvention an, so ist der beizupflichtenden Spruchpraxis des

EGMR im Amuur-Urteil insoweit eine anerkennenswerte besondere Wegweiserfunktion zuzuschreiben.⁴⁹

⁴⁹ So auch Kokott, EuGRZ 1996, 569, 569, 571.

Schrifttum

Jürgen Rath, Gesinnungsstrafrecht. Zur Kritik der Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Dr. Kovac, Hamburg 2002, 70 S., broschiert, ISBN 3-8300-0843-0, EUR 49,00

I. Die Themen für (Kurz-)Monographien oder Aufsätze lassen sich grob gesagt in drei Kategorien einteilen: Die weitaus größte Gruppe von Arbeiten behandelt Fragestellungen, die – etwa auf Grund der Fokussierung auf ein Sachproblem oder einer aktuellen Entscheidung – mehr oder weniger auf der Hand liegen; die Behandlung dieser Themen ist uneingeschränkt sinnvoll, ihr Erblicken als „behandlungswürdig“ oft aber noch keine große kreative Leistung. Eine glücklicherweise nur kleine Gruppe von Themen bilden diejenigen, deren Behandlungsnotwendigkeit spontan nicht ersichtlich ist und sich auch nach der späteren Lektüre nicht erschließt; hier mag die Themenwahl mehr oder weniger „kreativ“, aber nicht stets sinnvoll sein. Der Idealfall einer Themenstellung ist jedoch diejenige, die einerseits nicht sofort auf der Hand liegt, deren Behandlung aber nach einigem Nachdenken bzw. nach der Lektüre des Beitrags/des Buches als ebenso angemessen wie plausibel erscheint.

Ein solcher Glücksfall ist bei der Themenwahl für seine Kurzmonographie über „Gesinnungsstrafrecht“ *Jürgen Rath* gelungen. Er untersucht drei – für sich betrachtet zwar jeweils durchaus in der Literatur zur Kenntnis genommene, aber selten in einen Zusammenhang miteinander gestellte – Entscheidungen des BGH, die völlig unterschiedliche Sachverhalte betreffen und mit ganz verschiedenen Strafvorschriften zu tun haben, in denen er aber ein gemeinsames Phänomen herausarbeitet und daraus eine (zumindest drohende) Tendenz in der Rechtsprechung ableitet.

II. Es geht grob gesprochen um die „Versubjektivierung von Merkmalen des objektiven Tatbestandes“, worin *Rath* im Ergebnis (und wie in seinem Untertitel angedeutet) eine „Destruktion des Kriminalunrechtsbegriffs“ sieht. Allen drei Entscheidungen ist gemein, dass der Bundesgerichtshof beim als solchem zweifelhaften Vorliegen von objektiven Tatbestandsmerkmalen dieses mit der Begründung (und auch teilweise auf solche Fälle beschränkt) bejaht hat, dass der Täter hinsichtlich der

Schädigung des Opfers mit *dolus directus* 1. Grades gehandelt hat.

Konkret geht es um die Entscheidungen BGH 4 StR 90/99 (= NJW 1999, 3132 f. m. Anm. *Kudlich*, StV 2000, 24), BGH 4 StR 439/00 (= NJW 2001, 2187 m. Anm. *Pawlik*, StV 2003, 297; *Geisler*, NStZ 2002, 86; *Krack*, JZ 2002, 613) sowie BGH 5 StR 92/01 (=NJW 2001, 3275 ff. m. Anm. *Kühl/Heger*, JZ 2002, 201 sowie *Wohlers/Gaede*, GA 2002, 482). Im ersten Fall wurde der Täter wegen eines gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr nach § 315b I StGB verurteilt, weil er ein äußerlich ordnungsgemäßes Verhalten im Straßenverkehr subjektiv nur zu dem Zweck durchgeführt hat, einen Unfall zu provozieren (Blinken und Abbiegen in eine kleine Einfahrt in der Hoffnung, der nachfolgende Fahrer würde davon ausgehen, dass Abbiegen würde erst an der nächsten größeren Kreuzung erfolgen, und deswegen auffahren). Im zweiten Fall hat der BGH bei der Übersendung eines ausdrücklich als Angebot bezeichneten Schreibens, das jedoch äußerlich wie eine Rechnung aufgemacht war, einen Betrug angenommen, weil der Täter nicht nur in Kauf genommen, sondern gerade darauf abgezielt hat, dass ein unaufmerksamer Leser das Schreiben für eine Rechnung hält und den entsprechenden Betrag überweist. Im dritten Fall hat der BGH eine Rechtsbeugung in einem Fall angenommen, in dem der Richter eine Rechtssache in zwar objektiv noch angemessener Zeit behandelt hat, dabei jedoch subjektiv mehr Zeit dafür aufgewendet hat, als erforderlich gewesen wäre, um dadurch den in Ordnungshaft befindlichen Beschwerdeführer zu schädigen:

1. Die Entscheidungen werden zunächst kurz skizziert (S. 3 – 13) und die Berücksichtigung einer „bösen Absicht“ als ein wesentliches Merkmal der Begründung in allen Entscheidungen herausgearbeitet (S. 14 – 16).

2. Im Anschluss beschreibt *Rath*, was für ihn den „Kernbereich des Kriminalunrechts“ ausmacht (S. 17 ff.). Dabei wird zunächst in allgemeiner Form das „Recht“ als „unbedingter Imperativ“ verstanden, dem sich der Bürger nicht entziehen könne. Die Entwicklung der Gedanken in diesem Abschnitt samt ihren (rechts-)philosophischen Implikationen gerät nach meinem Empfinden ziemlich

komplex, was *Rath* auch selbst eingesteht (vgl. Fn. 20). Offenbar handelt es sich um eine stark „kondensierte“ Fassung von Überlegungen, die *Rath* ausführlich in seiner Habilitationsschrift über „Das subjektive Rechtfertigungselement“ entwickelt hat. Die extreme Verknappung derartiger grundlegender (und nicht immer ganz unkomplizierter) Überlegungen führt dazu, dass an den entsprechenden Passagen – wohlwollend ausgedrückt – ein hohes Konzentrationserfordernis für den Leser besteht und dass nach meinem Eindruck die Ausführungen dennoch zugleich relativ vage bleiben müssen. Dies spricht keinesfalls gegen die dort entwickelten bzw. postulierten Ergebnisse; der gewiss beabsichtigte Ableitungszusammenhang zu den späteren Überlegungen bzw. Betrachtungen der einzelnen Entscheidungen kann damit aber nicht immer im gewünschten Maße hergestellt werden.

Ein Gebot des o.g. unbedingten Imperativs ist auch die Bildung von Gemeinschaften, welche normativer Organisationsvorgaben bedürfen. Eine Legitimation für das Recht als einer solchen normativen Organisationseinheit bestehe aber nur „im äußeren Bereich“, d.h. hinsichtlich der äußerlich erkennbaren Interaktion der Individuen (vgl. S. 22 f.), insbesondere dort, wo „institutionell nicht mehr hinnehmbare Gefahren“ bestünden. Unberücksichtigt bleiben müssten (und eine rechtliche Sanktion nicht begründen könnten) dagegen reine „Verletzungsintentionen“ (vgl. S. 26 f.).

3. Im nachfolgenden Teil beleuchtet *Rath* den in der Rechtswissenschaft gegenwärtig geltenden Unrechtsbegriff (vgl. S. 39 ff.), insbesondere das – nicht zu Unrecht als teilweise unscharf bezeichnete – Kriterium der objektiven Zurechnung, welches er kritisch in den Zusammenhang mit seinen Überlegungen zur Legitimation des (Straf-)Rechts im Allgemeinen stellt. Während nach Ansicht von *Rath* eine Reihe von gemeinhin anerkannten Anwendungsfällen der Lehre von der objektiven Zurechnung mehr oder weniger im Dunkeln verbleiben, soll es für bestimmte Fallgruppen durchaus möglich sein, eine (zumindest für eine strafrechtliche Reaktion) nicht zureichende Gefahrschaffung „in Folge mangelnder interaktioneller Relevanz der Subjektvollzüge“ zu beschreiben. *Rath* nennt dabei Fälle

- des bloßen inneren Hinzielens,
- des äußeren Verhaltens, in denen dieses selbst ausschließlich in der Privatsphäre des Sich-Verhaltens verbleiben,
- in denen der agierende zwar einen interaktionell wirksamen Verhaltensvollzug vornimmt, diese jedoch eindeutig, insbesondere weil rechtlich erlaubt, keine unhinnehmbare Gefahr schafft, sowie Fälle,
- in denen der Agierende zwar eine interaktionell destruktive Intention verfolgt, der Verhaltensvollzug jedoch keine kriminalunrechtsrelevante Gefahr realisiert (vgl. S. 45 f.)

Es bedarf wenig Phantasie, um sich vorzustellen, dass nicht nur für die von *Rath* untersuchten Fälle, sondern

überhaupt für als problematisch empfundene Konstellationen vor allem die vierte Fallgruppe von Bedeutung ist, diese jedoch sogleich wieder die problematischste und unbestimmteste darstellt, da bei einem „wirksamen äußeren Verhaltensvollzug“ auf der Grundlage einer „interaktionell destruktiven Intention“ gerade Kriterien angeben werden müssten, warum dennoch „keine kriminalunrechtsrelevante – im Gemeinschaftsverhältnis nicht mehr hinnehmbare – Gefahr realisiert“ wird.

4. Im letzten und umfangreichsten Teil des Buches (S. 47 ff.) untersucht *Rath* vor diesem Hintergrund noch einmal die eingangs skizzierten Entscheidungen und versucht nachzuweisen, dass dort gerade Fälle vorliegen, die im von ihm verstandenen eindeutigen Sinne außerhalb einer „interaktionellen Relevanz der Subjektvollzüge“ liegen sollen.

III. Ohne dass dies im Rahmen einer kurzen Besprechung ausführlich dargetan werden könnte, mag man sich zumindest kurz die Frage stellen, ob die *Rath*'schen Kriterien stets zu überzeugenden und trennscharfen Lösungen führen: Insbesondere dann, wenn sowohl ein unerwünschter Erfolg (regelmäßig in Gestalt einer Rechtsgutsverletzung) eingetreten ist und keine weiteren spezifischen äußeren Anforderungen an das Verhalten gestellt werden, mag man durchaus erwägen, auch die subjektive Einstellung des Täters – gerade als Korrektiv für die sonst drohende zu weite Zurechnung! – mit zu berücksichtigen. Dies wird deutlich etwa in den (zumindest gemischt) subjektiven Ansätzen zur Behandlung des Problems der „neutralen Beihilfe“ (vgl. nur *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten [im Erscheinen, 2004], insbesondere S. 118 ff., 330 ff., 338 ff., 443 ff.; kritisch zu einer Berücksichtigung subjektiver Elemente auch in diesem Problemkreis *Rath*, S. 64) sowie bei der aktuellen (wenngleich möglicherweise aus anderen Gründen angreifbaren) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Entgegennahme von Strafverteidigerhonoraren als Geldwäsche (vgl. BVerfG HRRS 2004 Nr. 238 mit insoweit aber krit. Besprechung *Mühlbauer*, HRRS 2004, 132 ff.).

Insofern spricht einiges dafür, dass (ohne das dies zu von *Rath* abweichenden Ergebnissen für die von ihm untersuchten Entscheidungen führen würde) rein objektive Abgrenzungen zumindest regelmäßig nur dort trennscharf gezogen werden können, wo das pönalisierte Verhalten äußerlich näher umschrieben, die Strafbarkeit also in einem spezifischen Sinne verhaltensgebunden ist. Wenn *Rath* gegen dieses Konzept einwendet, der „Rekurs auf die Verhaltensbindung (dürfte) nicht auskommen, ohne die Definition bestimmter Gefahrgrenzen“ (sic., vgl. S. 49 Fn. 79), so wird man wohl eher annehmen müssen, dass sich umgekehrt die vom Gesetzgeber gewünschten Gefahrgrenzen aus den jeweiligen Verhaltensbeschreibungen (also z.B. bei § 263 StGB aus dem Erfordernis der Täuschung, bei § 315b StGB aus den dort mehr oder weniger genau beschriebenen Eingriffen usw.) ergeben sollten.

IV. Zusammenfassend lässt sich somit feststellen: *Rath* liefert in seiner kleinen Schrift nicht nur eine im Ergebnis zutreffende Kritik an einzelnen Entscheidungen und vielleicht sogar einer gewissen Tendenz in der Rechtsprechung des BGH, sondern unternimmt auch den lobenswerten Versuch einer fallgruppenübergreifenden Grundlegung. Diese gerät vielleicht gelegentlich etwas zu abstrakt und auch zu „pathetisch“ (vgl. nur den Satzsatz des Werkes: „Es ist zu wollen, dass die fragliche Rechtsprechung alsbald wieder in diejenige Kategorie zurückfindet, für die sie im demokratischen Rechtsstaat inthronisiert ist: In die Kategorie des Rechts.“). Als alternativen Ansatz könnte man erwägen, dass teilweise durchaus wechselseitig durchlässige Verhältnis zwischen objektiven und subjektiven unrechtsbegründenden Elementen (vgl. bereits *Roxin*, Honig-FS, S. 133, 147, sowie nochmals *Kudlich*, a.a.O., S. 317 ff., insbesondere 330 ff.) näher zu untersuchen und dann für den jeweiligen Einzelfall zu entscheiden, ob dieses Verhältnis noch in angemessener Form berücksichtigt wurde oder aber ob die objektiven Anforderungen in unzulässiger Weise zugunsten der bloßen Handlungsintentionen zurückgedrängt werden.

Zwei kleinere Monita, die jedoch nicht vorrangig den Verfasser treffen: Der Satz des Werkes ist verbesserungsfähig. Insbesondere rutschen durch die relativ großen Abstände zwischen Wörtern und den dazugehörigen Fußnotenzeichen gelegentlich Fußnotenzeichen alleine in die nachfolgende Zeile. Auch stimmt der Zeilenumbruch offenbar nicht immer (vgl. etwa S. 23, wo der Abschnitt „aa“ mitten in der Zeile beginnt und wenige Zeilen weiter unten die zum Wort „verbindet“ gehörenden beiden Fußnoten 31 und 32 hintereinander erst in der nachfolgenden Zeile stehen. Ferner ist – gerade auch und in dieser Ausführung – für ein Büchlein mit 66 Seiten ein Preis von 49 Euro eigentlich nicht vertretbar. Das ist nicht zuletzt deswegen schade, weil der Preis selbstverständlich ein Faktor ist, der auch über die Verbreitung eines Werkes mitentscheiden dürfte – und trotz aller hier geäußerten abweichenden Betrachtungsweisen ist den Überlegungen von *Rath* eine weite Verbreitung zu wünschen.

Prof. Dr. Hans Kudlich, Bucerius Law School, Hamburg

Burhoff/Kindermann, **Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 2004**. RVG mit Erläuterungen, Beispielen und Praxishinweisen, Synopse, Gesetzestext und amtlicher Begründung. ZAP Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, 2004, 520 Seiten, EUR 38,00.

Mit Inkrafttreten des Rechtsanwaltsvergütungsgesetzes (RVG) am 01.07.2004 ändert sich die Struktur des anwaltlichen Vergütungsrechts grundlegend. Angesichts der knapp bemessenen Zeit, die den Rechtsanwälten für

die Einarbeitung in die neue Materie zur Verfügung steht, benötigt man Hilfsmittel, die einem einen schnellen, aber dennoch umfassenden Überblick über die neuen Regelungen ermöglichen. Diesen Anspruch verfolgt das im März 2004 erschienene Werk von *Burhoff/Kindermann*, Rechtsanwaltsvergütungsgesetz 2004, und wird ihm in ausgezeichnete Weise gerecht. Erläuterungen zum RVG, Beispiele und Praxishinweise, eine Textsynopse und der Gesetzestext mit den amtlichen Begründungen werden in einem kompakten Handbuch vereint. Damit findet der Anwender in diesem Buch alles, was er für den Wechsel von der BRAGO zum RVG benötigt. Für Strafverteidiger ist das Werk gleich aus zwei Gründen besonders interessant: Die Erläuterungen der strafrechtlichen Gebührenregelungen nehmen einen sehr breiten Raum ein und sind verfasst von *Burhoff*, der bereits im Bereich des Strafverfahrensrechts mit seinen Handbüchern Maßstäbe gesetzt hat.

Das vorliegende Handbuch zum RVG gliedert sich in vier Teile: Im ersten Teil erhält der Leser eine Einführung in das neue Gebührenrecht. Anschließend wird im zweiten Teil der aktuelle Gesetzestext zur Verfügung gestellt. Für die Auslegung von Zweifelsfällen hält der dritte Teil die vollständigen Gesetzgebungsmaterialien parat. Absolut unverzichtbar für den reibungslosen Umstieg von der BRAGO zum RVG ist die im vierten Teil enthaltene ausführliche Textsynopse.

1. Die Einführung in das neue Gebührenrecht beginnt mit einem kurzen Überblick über die Geschichte der BRAGO-Struktur-Reform und den Werdegang des RVG, sowie der Erläuterung der Reformziele. Anschließend wird ausführlich auf die wesentlichen Neuregelungen des RVG eingegangen. *Burhoff* beschreibt zunächst die systematischen Neuerungen, die eine Angleichung an die Struktur des GKG oder GvKostG mit sich bringen: Das RVG gliedert sich in einen Allgemeinen Teil mit 61 Paragraphen, in dem die Grundsätze des anwaltlichen Gebührenrechts geregelt sind, und ein Vergütungsverzeichnis, das die eigentlichen Gebührentatbestände beinhaltet. *Burhoff* hebt zu Recht hervor, dass diese Gesetzestechnik schnell ihre Anwenderfreundlichkeit beweisen wird, da sie langes Suchen und lange Paragraphenkettens überflüssig macht.

Kindermann erläutert anschließend die allgemeinen inhaltlichen Änderungen, sowie die Gebührenvorschriften für die einzelnen anwaltlichen Tätigkeitsbereiche, mit Ausnahme der Straf- und Bußgeldsachen. Hierbei gibt sie stets wertvolle Praxishinweise und veranschaulicht die neuen Gebührentatbestände anhand von übersichtlich dargestellten Berechnungsbeispielen. Auch bereits zu Tage getretene oder schon jetzt absehbare Problemfälle werden aufgezeigt und praxisgerechten Lösungen zugeführt.

2. Der Strafverteidiger wird sich auf die neuen Gebührenregelungen für die Tätigkeiten in Straf- und Bußgeldsachen konzentrieren, die von *Burhoff* erläutert werden.

a) Im Bereich der strafrechtlichen Gebührenvorschriften wurden die größten Veränderungen gegenüber der Gebührenstruktur der BRAGO vorgenommen. Im Vordergrund stehen die Verbesserung der Honorierung im Ermittlungsverfahren, sowie die verbesserte Honorierung des Pflichtverteidigers. Der Zeugenbeistand soll in Zukunft die gleichen Gebühren wie ein Verteidiger erhalten. Neu ist auch, dass die Tätigkeit in der Strafvollstreckung nunmehr von eigenen Gebührentatbeständen erfasst wird.

Das RVG kennt im Strafverfahren nur noch die Verfahrens- und die Terminsgebühr, die aus der früheren Hauptverhandlungsgebühr des § 83 BRAGO entstanden sind. Daneben wurde eine sogenannte Grundgebühr eingeführt. Die einzelnen Gebührentatbestände sind in Teil 4 des Vergütungsverzeichnisses enthalten. Erhalten bleibt die Ausgestaltung der Gebühren des Wahlanwalts als Rahmengebühren. Beim Pflichtverteidiger sind – wie bisher auch – Festgebühren vorgesehen. Neu ist, dass der Pflichtverteidiger in Zukunft 80 % der Mittelgebühr des Wahlanwalts erhält. Diese Anbindung der Pflichtverteidigergebühren an die Mittelgebühr des Wahlanwalts führt zu einer höheren Vergütung des Pflichtverteidigers. Ebenfalls neu ist die Möglichkeit der Feststellung einer Pauschgebühr auch für den Wahlanwalt. Eine entsprechende Regelung sah die BRAGO nicht vor.

Die Verfahrens-, Termins- und Grundgebühr erläutert *Burhoff* ausführlich nach einem stringenten Schema: Es werden zunächst allgemeine Erwägungen mitgeteilt und anschließend der Abgeltungsbereich, die Höhe der Gebühren, sowie die jeweiligen Sonderfälle eingehend beschrieben. Die neue Grundgebühr soll die (erstmalige) Einarbeitung in den Rechtsfall abgelden. Die neue Verfahrensgebühr erhält der Verteidiger für die Vertretung des Mandanten im vorbereitenden bzw. gerichtlichen Verfahren. Zusätzlich kann die neue Terminsgebühr anfallen. Diese erhält der Verteidiger auch für die Teilnahme an richterlichen Vernehmungen und Vernehmungen der Strafverfolgungsbehörden außerhalb der Hauptverhandlung. Eine entsprechende Regelung fehlte in der BRAGO und konnte im Rahmen der Pflichtverteidigung allenfalls über das Instrument der Pauschgebühr geltend gemacht werden. Eine Einschränkung gilt aber insoweit, als diese Gebühr im vorbereitenden Verfahren und in jedem Rechtszug für die Teilnahme an jeweils bis zu drei Terminen nur einmal entsteht. Völlig neu ist der Längenzuschlag zur Terminsgebühr für den Pflichtverteidiger. Bei mehr als fünf und bis zu acht Stunden bzw. bei mehr als acht Stunden Hauptverhandlungsdauer bekommt der Pflichtverteidiger nun zusätzlich zur Terminsgebühr eine Zusatzgebühr. Damit wird vielfach die Bewilligung einer Pauschvergütung obsolet werden.

Die Darstellung der einzelnen Gebührentatbestände ist aufgrund von Stichwortlisten, Tabellen und Berechnungsbeispielen sehr übersichtlich. Zusätzlich werden immer wieder wertvolle Praxishinweise gegeben. Für alle Verfahrensstadien und Tätigkeitsbereiche findet der Strafverteidiger in diesem Handbuch präzise Erläuterungen.

b) Im Bereich der Bußgeldsachen sieht das RVG ebenfalls erhebliche Veränderungen vor. Die der Hauptverhandlung vorausgehenden Verfahrensabschnitte werden zukünftig stärker berücksichtigt. Auch in Bußgeldsachen erfolgt die Berechnung anhand der Verfahrens- und Terminsgebühren, die aus der früheren Hauptverhandlungsgebühr entstanden sind, sowie der neu eingeführten Grundgebühr. Eine wesentliche Änderung gegenüber der früheren Rechtslage in Owi-Sachen ist die vom RVG vorgenommene Dreiteilung der Gebühren für das Verfahren vor der Verwaltungsbehörde sowie das gerichtliche Verfahren. Die Vergütung wird abhängig gemacht von der Höhe der Geldbuße, wobei folgende Stufen gelten: Geldbuße weniger als 40,00 EUR, Geldbuße von 40,00 EUR bis 5.000,00 EUR und Geldbuße von mehr als 5.000,00 EUR. Bei den Geldbußen von weniger als 40,00 EUR wird die Tätigkeit des Verteidigers in Zukunft niedriger entgolten als nach der BRAGO. Bei den Geldbußen von 40,00 EUR bis 5.000,00 EUR bleibt die Vergütung in etwa auf dem Niveau der BRAGO. Im Übrigen erfolgt eine höhere Vergütung.

Auch bei den Gebühren in Bußgeldsachen erläutert *Burhoff* die einzelnen Tatbestände und Sonderfälle anhand von plastischen Beispielen. Im Rahmen seiner Kommentierung der Vorschriften zu den Auslagen gibt er dem Leser zudem auch Formulierungsmuster an die Hand.

3. Im zweiten Teil des Handbuches ist der gesamte Text des neuen RVG einschließlich des neuen Vergütungsverzeichnisses abgedruckt, sodass insoweit keine zusätzliche Literatur erforderlich ist. Zusätzlich enthält der dritte Teil des Buches die Gesetzesmaterialien, das heißt den Gesetzentwurf einschließlich Begründung, sowie auszugsweise die Stellungnahme des Bundesrats und die Gegenäußerung der Bundesregierung. Die Materialien stellen vor allem in der Übergangszeit eine wertvolle Auslegungshilfe bei der Lösung von Zweifelsfällen dar. Unverzichtbar für die tägliche Praxis und den schnellen Zugriff auf einzelne Vorschriften ist die im vierten Teil zusammengestellte Arbeitssynopse. Alle bisherigen und neuen Regelungen werden mit dem Gesetzestext einander gegenübergestellt. Dies ermöglicht eine schnelle Orientierung und schafft Klarheit über die jeweiligen Änderungen der Gebührentatbestände.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: *Burhoff* und *Kindermann* haben mit ihrem Werk ein in sich stimmiges Handbuch für den schnellen und reibungslosen Umstieg von der BRAGO zum RVG vorgelegt. Die Erläuterungen sind klar und präzise und aufgrund von Stichwortlisten, Tabellen und Beispielen sehr übersichtlich. Das neue Vergütungssystem wird für jeden Tätigkeitsbereich praxisgerecht aufbereitet. Gesetzestext, Materialien und Textsynopse ermöglichen die Arbeit mit dem neuen RVG ohne Zuhilfenahme weiterer Literatur. So gleicht das vorliegende Handbuch einem „Schweizer Taschenmesser“: Kompakt und doch mit allen notwendigen Werkzeugen ausgestattet. Es kann jedem, der sich in das neue RVG einarbeiten muss, uneingeschränkt emp-

fohlen werden. Aufgrund der ausführlichen Erläuterungen der strafrechtlichen Gebührevorschriften gilt diese Empfehlung in besonderer Weise für den Strafverteidiger.

Rechtsanwalt Dr. **Thorsten Junker**, Augsburg

Hannah Richter, Strafbarkeit bei vorzeitiger Durchsetzung eines Anspruchs, Kieler Schriften zum Strafrecht, Bd. 35, NOMOS, Baden-Baden 2003, 119 S., brosch., ISBN 3-8329-0401-8, EUR 41,-

Die von *Samson* betreute Kieler Dissertation geht darauf aus, die *„allgemein herrschende Meinung“* zu überprüfen, dass sowohl die Fälligkeit als auch die Einredefreiheit eines zivilrechtlichen Anspruchs erforderlich ist, um denjenigen, der dessen Gegenstand durch Wegnahme, Nötigung, Täuschung oder Veruntreuung an sich bringt, vor der Strafbarkeit - mangels Rechtswidrigkeit der Zueignung bei § 242 StGB oder mangels Absicht der rechtswidrigen Bereicherung bei den §§ 253, 263 und 266 StGB - zu bewahren. Die Autorin setzt sich eingangs zum Ziel - in Anlehnung an eine vermutete Tendenz der Rechtsprechung - die Strafbarkeit von Verhaltensweisen zu reduzieren, die zwar den gesetzlichen Tatbestand erfüllen, jedoch *„dem Rechtsgefühl nach eine Bestrafung nicht verdienen“* (S.14). Der Erste Hauptteil (S. 15-70) der Arbeit beschäftigt sich mit der Rechtswidrigkeit der Zueignung beim Diebstahl; der zweite Teil behandelt die Bereicherungsabsicht bei den Vermögensdelikten im engeren Sinn (S. 71-113); daran schließt sich ein kurzes Fazit (S. 113-115) an.

Die Autorin entwickelt ihr Thema - bzgl. des § 242 StGB - anhand zweier Beispielfälle, die sich dadurch unterscheiden, dass in dem einen Fall nach Abschluss eines Kaufvertrages und Zahlung des Kaufpreises der Anspruch auf Herausgabe der konkret geschuldeten Sache erst einige Tage später fällig wird, in dem anderen Fall zum vereinbarten Fälligkeitszeitpunkt eine Einrede vorgebracht wird; in beiden Fällen erfolgt die Wegnahme durch den Käufer (S. 15). Anschließend gibt die Autorin einen Überblick über die Dogmatik des Diebstahlstatbestands (S. 19-26) und einen rechtshistorischen Überblick der Behandlung des Falles der unerlaubten Selbsthilfe (S. 27-40). Anschließend arbeitet sie das typische Unrecht der klassischen Gebrauchsanmaßung heraus (S. 44-51), dass sie als Eigentumsentziehung auf Zeit ansieht, die erst bei einer gewissen Dauer einer Enteignung gleichkomme, weshalb bei geplantermaßen kurzen Beeinträchtigungen ein Enteignungsvorsatz i.S.d. § 242 StGB ausscheide. Diesen Gedanken überträgt die Autorin sodann auf den Fall der vorzeitigen Durchsetzung eines Übergangsanspruchs (S. 52-62). Zu Recht geht sie davon aus, dass auch hier nur - zeitweilig - Besitzrechte und Interessen des (Noch-)Eigentümers verletzt sind, nicht jedoch dauerhaft eine *rechtswidrige* Zueignung - insbesondere Enteignung - beabsichtigt ist. Die Autorin muss

jedoch einräumen, dass ihr kein Kriterium für die überzeugende Abgrenzung zwischen bloßer Gebrauchsanmaßung und vorsätzlicher rechtswidrige Enteignung zu Gebote steht; sicherlich sei die Beeinträchtigung des Eigentümers desto höher, je mehr Zeit bis zur Fälligkeit des Anspruchs noch zu vergehen habe. Entscheidend sei - wie bei sonstigen Fällen der Gebrauchsanmaßung (vgl. S. 49/50) - wann die Beeinträchtigungen einer Enteignung gleichkomme; dies sei unter Umständen erst nach Jahren der Fall (S. 54-58). Hier wäre es möglich und wünschenswert gewesen, wenn die Autorin nicht allein auf den Zeitfaktor abgestellt hätte. Bereits im Zusammenhang mit der Gebrauchsanmaßung hat sie versäumt hat, plausibel zu begründen, warum nicht auch in der Abnutzung, in dem (Teil-)Funktions- oder (Teil-)Wertverlust durch Gebrauch - nicht nur durch Zeitablauf - eine Enteignung darstellen kann. Es hätte durchaus nahe gelegen, sich mit der Auffassung der Rechtsprechung, auch der Verlust der Neuwertigkeit einer Sache stelle eine Enteignung dar (vgl. OLG Celle NJW 1967, 1921) und ähnlichen Literaturmeinungen (vgl. Fricke MDR 1988, 538 bzgl. einer überwiegenden Sachwertminderung; Rudolphi GA 1965, 46 bzgl. der dauernden Entziehung von Teilfunktionen) kritisch auseinander zu setzen. Man wird danach kaum sagen können, als einziges Abgrenzungskriterium komme der Vorsatz bzgl. der Wegnahme der Sache mehrere Jahre vor Fälligkeit in Betracht, zumal ein solcher Fall unpraktisch erscheint. Wenn bei der Wegnahme eine erheblich wertmindernde Nutzung vor der Fälligkeit beabsichtigt und zugleich zum Zeitpunkt der Wertminderung die Fälligkeit noch eine beträchtliche zeitlang - dabei muss es sich wohl kaum um Jahre handeln - nicht eintreten wird, besteht meiner Auffassung nach eine Zueignungsabsicht im Sinne des § 242 StGB. Insoweit wurde dem Schuldner endgültig ein wesentlicher Teil des Sachwerts entzogen. Bei den Gebrauchsanmaßungsfällen führt der Umstand, dass der Eigentümer die Sache bereits verkauft und innerhalb kurzer Zeit übereignet hätte, bei bestehender Absicht des Benutzers zum wertmindernden Gebrauch auch nicht zum Entfallen der Zueignungsabsicht.

Im nächsten Abschnitt (S. 63-69) differenziert die Autorin zutreffend nach der Rechtsnatur der Einrede: Für den Fall der Verjährung ist die Sache dauerhaft dem Schuldner zugewiesen; durch die Wegnahme wird er enteignet. Bei der Einrede gemäß § 320 Abs. 1 BGB ist das Ergebnis davon abhängig, ob er der Täter den festen Willen hat die Kaufpreiszahlungen in unmittelbarer Zukunft zu erbringen; in diesem Fall hat er ersichtlich nicht die Absicht eine rechtswidrige Zueignung, während die Ungewissheit der Zahlung zu Ungewissheit bzgl. der Einrede und damit des Wegfalls der Rechtswidrigkeit der Zueignung führt; ex ante ist daher insofern vom Vorsatz bzgl. der rechtswidrigen Zueignung auszugehen. Die Autorin zieht - so scheint es - unausgesprochen den Rechtsgedanken, welcher der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung der Gebrauchsanmaßung von der Zueignung zugrunde liegt, heran: Der BGH stellt zwar nicht auf einen Zahlungswillen, aber auf den unbedingten Rückführungswillen des Täters ab (vgl.

etwa BGHSt 16, 190). Die Zahlung des Kaufpreises führt dem Vermögen des Verkäufers - mit zivilrechtlich ex nunc rechtfertigender Wirkung - in gewisser Weise das vereinbarte wertmäßige Äquivalent des Kaufgegenstandes - der weggenommenen Sache - zu. Eine nachweisbare Absicht der zeitnahen Zahlung lässt angesichts des wirksamen Kaufvertrages hinsichtlich der konkreten Sache den Enteignungsvorsatz zwangsläufig entfallen.

Im zweiten Hauptteil bildet die Autorin eingangs den Fall, dass der Täter das Opfer über die noch nicht bestehende Fälligkeit eines Anspruchs auf Zahlung täuscht (bzw. zur Zahlung nötigt, S. 71), und befasst sich mit den Tatbeständen des Betrugs und Erpressung, den geschützten Rechtsgütern und den dogmatischen Problemfeldern dieser Tatbestände, insbesondere dem Vermögensbegriff (S. 75-85). Sie stellt sodann die in Rechtsprechung und Literatur bisher gefundenen Lösungsansätze für die durch Täuschung oder Nötigung bewirkte verfrühte Erlangung geschuldeter Gegenstände bzw. für die sogenannten Selbsthilfefälle, in denen der Schuldner säumig ist, vor (S. 85-95). In überzeugender Weise legt die Autorin dar, dass bei vorzeitiger Zahlung die Höhe des Vermögensschadens nicht dem Wert des Gegenstandes, sondern dem Wert der bis zur Fälligkeit vom Schuldner noch zu erzielenden Zinsen entspricht, da durch das Erlöschen der - auch bei wirtschaftlicher Betrachtung gleichwertigen - Forderung des Gläubigers eine Gegenleistung in Höhe des verfügbaren Gegenstandes erlangt wird; was der Schuldner verloren hat, ist der wirtschaftlichen Wert der Nutzungsmöglichkeit bis zur Fälligkeit des Anspruchs. Insofern hat der Gläubiger eine stoffgleiche Absicht der rechtswidrigen Bereicherung, da er in aller Regel gerade die verfrühte Nutzungsmöglichkeit bzw. die Zinsvorteile erstrebt, die dem Opfer verloren gehen (S. 96-105). Bei nicht durchsetzbaren Forderungen soll dem Schuldner zwar neben dem Zinsschaden auch ein Schaden in Höhe des verlorenen Gegenstandes entstehen (bzw. in Höhe des Wertes multipliziert mit der Wahrscheinlichkeit der Nichtdurchsetzbarkeit), jedoch soll es insoweit keine Absicht der *rechtswidrigen* Bereicherung geben, weil nach der juristisch-ökonomischen Schadenslehre der Anspruch auf den Gegenstand an sich besteht (S. 105-111). Auch diesem Ergebnis wird man letztlich zustimmen können, selbst wenn man mit einem streng wirtschaftlichen Schadensbegriff operiert und deshalb eine Rechtswidrigkeit der Bereicherung objektiv für gegeben erachtet: Wie bei Ansprüchen auf Gattungssachen oder Geldschulden dürfte jedenfalls nach den Maßstäben des BGH (BGHSt 17, 87) subjektiv das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen, wird doch der Gläubiger, der Beweissituation ungeachtet oder in deren Unkenntnis davon ausgehen, grundsätzlich ein Anrecht auf den geschuldeten Gegenstand zu haben.

Bedauerlich ist, dass die anschließenden Überlegungen zur Untreue sehr knapp sind; die Erörterung der Rechtsprechung zur Kompensation des Vermögensnachteils bei § 266 StGB durch Bereithaltung von Mitteln (etwa BGHSt 15, 342, 344) hätte vertieft werden können; das Argument, ein Zinsschaden bzw. allgemein ein Verzöge-

rungsschaden entstehe dennoch und habe einen Vermögensnachteil zur Folge, gilt nämlich dort - bei den Fällen der Veruntreuung von Mandantengeldern - wohl entgegen der Auffassung der Autorin grundsätzlich gleichermaßen (vgl. BGH, Beschl. v. 30. Oktober 2003 - 3 StR 276/03, S. 5; vgl. Rübenstahl HRRS 2004, 54 ff). Weiterführend wären sicher auch - jenseits des Themas der Dissertation liegende - Ausführungen zu praktischen Anwendungsfällen der §§ 263, 266 StGB insbesondere im Wirtschaftsleben ertragreich gewesen. Spontan könnte man etwa daran denken, das von der Autorin erarbeitete dogmatische Instrumentarium im Rahmen des § 266 StGB auf das vor einigen Jahren in den Medien kritisierte Verhalten von Banken anzuwenden, die bei bargeldlosen Zahlungsvorgängen die Konten der Kunden zwar umgehend belasteten, jedoch Überweisungen auf diese Konten erst nach einigen Tagen valutierten, um den Zinsgewinn zu nutzen.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass es sich um eine knappe, stringente und zugleich anregende Arbeit zu „*einem Randproblem des Besonderen Strafrechts*“ handelt, deren Darlegungen und Ergebnisse im Wesentlichen überzeugen.

Rechtsanwalt Markus Rübenstahl, Mag. iur.

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1. C. F. Müller, Heidelberg 2003, 9. Aufl., 667 S., geb., ISBN 3-8114-2344-4, EUR 95,00

I. Abgesehen von den Brandstiftungsdelikten haben die meisten Änderungen durch das 6. StrRG die Delikte gegen Leib und Leben sowie eine Reihe von Vermögensdelikten betroffen. Folglich dürfte „anteilmäßig“ kein Werk mehr durch diese Änderungen betroffen werden als ein solches, das gerade die Delikte gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte behandelt. Da das Buch von Maurach/Schroeder/Maiwald - anders als mittlerweile die meisten neueren Lehrwerke - noch immer die „klassische“ Zweiteilung fortführt und daher Straftaten gegen Persönlichkeits- und Vermögenswerte in einem Band behandelt (vgl. dazu auch Einleitung Rn. 29; zu den dort genannten Gesichtspunkten darf wohl noch ergänzend hinzugefügt werden, dass auch die universitären Vorlesungen mittlerweile vielerorts in eine Vorlesung gegen Vermögensdelikte sowie eine Vorlesung gegen Nichtvermögensdelikte aufgeteilt sind, so dass die „moderne“ Teilung auch der Zuordnung eines Bandes jeweils zu einer Vorlesung entspricht), muss es im besonderen Maße durch diese umfangreichste Reform des Besonderen Teils in der Geschichte des StGB betroffen sein.

Umgekehrt dürfte bei keinem der mehr oder weniger regelmäßig erscheinenden Werke der zeitliche Abstand zwischen dem 6. StrRG und dem ersten Erscheinen einer Auflage, die dieses berücksichtigt, länger gewesen sein als beim hier angezeigten Lehrbuch. Allein schon dies

macht neugierig, wie Schroeder und Maiwald die Änderungen aufgenommen haben, zu deren Verarbeitung sie mittlerweile schon auf eine kaum noch zu übersehende Literatur zum 6. StrRG zurückgreifen konnten.

Neugierig und geradezu erwartungsfroh macht in diesem Zusammenhang aber auch noch ein zweiter Gesichtspunkt: Gerade weil das 6. StrRG verbreitet wegen der Hektik des Gesetzgebungsverfahrens in Kritik geraten ist, darf man umso gespannter sein, wie sich ein Werk mit ihnen auseinandersetzt, das nach seinem – traditionell ausgezeichnet eingelöstem – Selbstanspruch die Behandlung der Tatbestände des Besonderen Teils gerade auch in die Tradition der geschichtlichen Entwicklung stellen möchte.

II. Ein kurzes Fazit sei schon an dieser Stelle erlaubt: Die beiden Bearbeiter haben es in bewundernswerter Weise verstanden, eine Auseinandersetzung mit den Neuerungen mit einem gleichzeitigem Beibehalten der bewährten Traditionen zu verknüpfen. Über die neu entstandenen Probleme und die dazu vertretenen Lösungsvorschläge wird – wenngleich manchmal etwas kürzer als man es in einem Werk dieses Umfangs erwarten würde – zuverlässig informiert, ohne dass die Einbindung in das Gesamtsystem verloren gehen würde oder dass mehr als nötig von der organisch gewachsenen Struktur der Voraufgaben aufgegeben würde.

Exemplarisch sei im Folgenden die Behandlung einiger besonders gravierender bzw. besonders viel diskutierter Neuerungen (nicht nur, aber vor allem durch das 6. StrRG) kurz skizziert:

1. Durch das 6. StrRG wurde die Privilegierung der Kindstötung nach § 217 gestrichen. Schroeder sieht dies kritisch und ist der Ansicht, dass damit eine „segensreiche Strafmilderung (...) auf dem Altar der political correctness geopfert“ worden sei (vgl. § 2 Rn. 4).

2. Der Einordnung des neugefassten § 221 als „allgemeines Lebensgefährdungsdelikt“ steht Schroeder offenbar kritisch gegenüber (vgl. § 4 Rn. 2); ob eine solche Einordnung gerechtfertigt sei, hänge wesentlich mit „der Stellungnahme zum Verhältnis zwischen der ‚hilflosen Lage‘ und dem Gefährdungsteil zusammen“; der dazu im Text gegebene Hinweis auf § 4 Rn. 5 führt dazu allerdings m.E. nicht wirklich weiter, da sich dort nur eine Definition der „hilflosen Lage“ findet und der Unterschied zwischen dem Versetzen in eine solche und im Stich lassen in einer solchen dargelegt wird, ohne das gerade zum Gefährdungsteil (vgl. dazu § 4 Rn. 13) ein Bezug hergestellt würde.

3. Die im Jahr 2001 neu eingeführte Vorschrift über den Umgang mit gefährlichen Hunden (§ 143 StGB) beurteilt Schroeder kritisch und spricht der Vorschrift „alle Merkmale einer populistischen Ad-hoc-Gesetzgebung“ zu, die zudem auf Grund des Systems der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte schlechterdings überflüssig sei. Außerdem zweifelt er auf Grund einer fehlenden Gesetz-

gebungskompetenz des Bundes nach Art. 72 II GG ihre Verfassungsmäßigkeit an, da landesrechtliche Vorschriften durch eine bundesrechtliche Vorschrift mit Strafe sanktioniert werden (vgl. § 4 Rn. 19) – zumindest im Ergebnis wird diese Auffassung durch eine aktuelle Entscheidung des BVerfG (HRRS 2004 Nr. 240) bestätigt, in der das BVerfG zwar nicht jede bundesstrafrechtliche Bewehrung landesrechtlicher Verbote für unzulässig hält, wohl aber eine solche, bei der wie im konkreten Fall die landesrechtlichen Vorgaben zu unterschiedlich sind.

4. Ähnlich kritisch beurteilt Schroeder die durch Änderungen in § 1631 II BGB in den Jahren 1997 und 2000 zum Ausdruck gekommene Einschränkung des Züchtigungsrechts, welche Kindern ein „Recht auf gewaltfreie Erziehung“ garantieren und „körperliche Bestrafungen“ als „unzulässig“ bezeichnen. Er betont zwar, dass brutale Erziehungsmethoden ohne Zweifel missbilligenswert sind, rügt jedoch zurecht die Lebensfremdheit des „in der Neufassung des Gesetzes zum Ausdruck kommenden radikalen Eifers“ (vgl. § 8 Rn. 19). Interessant sind dabei die Überlegungen, dass die gesetzliche Neufassung „moderate elterliche Reaktionen nicht verhindern und damit die Akzeptanz der Rechtsordnung weiter schwächen“ werden, sowie die grundsätzliche Erwägung eines Notwehr- bzw. Nothilferechts für Lehrer angesichts der zunehmenden Gewalt in Schulen.

5. Zum durch das 6. StrRG neu eingeführten Qualifikationsmerkmal der Beibringung von Gift oder anderen gesundheitsschädlichen Stoffen in § 224 I Nr. 1 schlägt sich Schroeder mit gutem Grund auf die Seite derjenigen, die eine restriktive Auslegung des Tatbestandes fordern. Da die Gesundheitsschädigung bereits vom Grundtatbestand des § 223 vorausgesetzt wird, laufe das Merkmal der anderen „gesundheitsschädlichen“ Stoffe anderenfalls nämlich leer, so dass Stoffe zu fordern seien, „die zur Verursachung erheblich oder länger dauernder Gesundheitsschäden geeignet sind“ (vgl. § 9 Rn. 13).

6. Die Neuformulierung des § 224 Nr. 4 StGB (Tatbegehung mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich) rügt Schroeder als „in sich widersprüchlich“ und schließt als Kompromiss zwar eine Begehung mit bloßen Teilnehmern nicht aus, fordert jedoch, „dass eine Anwesenheit der Beteiligten am Tatort erforderlich ist und damit eine besonders bedrohliche Situation des Opfers besteht“ (vgl. § 9 Rn. 17).

7. Als Anwendungsfälle der durch das 6. StrRG in § 242 StGB neu mit aufgenommenen Drittzeignungsabsichten sieht Schroeder die „Wegnahme zugunsten juristischer Personen“, dass „Handeln im Auftrag des Zeignungsbeünstigten“ sowie sonstige Fälle einer Verschaffung der vollen Verfügungsmöglichkeit an einen Dritten ohne eigene „Zwischenzeignung“ (vgl. § 33 Rn. 42a). Zutreffend ist dabei sein Monitum, dass im konkreten Einzelfall auf Grund der Gleichbehandlung von Selbst- und Drittzeignungsabsicht durch das Gesetz weniger „Geisteskraft“ auf die Abgrenzung zwischen diesen beiden Fällen als vielmehr auf die „Abgrenzung zur bloßen

Beihilfe zur Unterschlagung“ verwendet werden sollte. Gerade deswegen wäre freilich eine knappe Leitlinie für diese Abgrenzung oder ihre Demonstration anhand einiger typischer Beispiele für den Leser an dieser Stelle hilfreich gewesen.

8. Zum kontrovers diskutierten Begriff des mitgeführten gefährlichen Werkzeugs i.S.d. § 244 I Nr. 1a (und in ähnlicher Weise i.S.d. gleichlautenden § 250 I Nr. 1a) skizziert Schroeder zunächst sehr übersichtlich die möglichen Ansatzpunkte, anhand derer die Gefährlichkeit von Gegenständen theoretisch bestimmt werden könnte (vgl. § 33 Rn. 112); er selbst kommt zu einer Definition, nach der „als gefährliche Werkzeuge solche Werkzeuge anzusehen“ sein, „die sich durch ihre schnelle Einsatzbereitschaft in besonderer Weise zur Verletzung eignen und daher den Täter in Versuchung führen, sie zu verwenden“ (vgl. § 33 Rn. 116), worunter etwa Handgranaten, Tapetenmesser, Salzsäure, Hammer, Baseballschläger, Knüppel, Eisenstangen und Kampfhunde, nicht jedoch zusammengeklappte Taschenmesser zählen sollen (vgl. § 33 Rn. 117). Diese Definition enthält zwar – wenn gleich wohl unvermeidbare! – Unschärfen am Rand, dürfte jedoch überwiegend überzeugende Ergebnisse ermöglichen. Cum grano salis wird man freilich anmerken dürfen, dass es sich auch dabei um eine „mehr oder weniger kunstvolle Kombination“ handelt, wie Schroeder sie selbst (vgl. § 33 Rn. 116) für andere Verfasser nicht ohne jede Ironie konstatiert.

9. Zum „sonstigen Werkzeug“ nach § 244 I Nr. 1b (sowie § 250 I Nr. 1b) schließt sich Schroeder der herrschenden Meinung an, die entsprechend dem Willen des Gesetzgebers nunmehr auch Scheinwaffen mit einbezieht (vgl. § 33 Rn. 118); die schon von der früheren Rechtsprechung postulierte (und auch vom Gesetzgeber für richtig gehaltene) Ausnahme bei Gegenständen, die bereits nach ihrem äußeren Erscheinungsbild gänzlich ungefährlich wirken („Labello-Fälle“), wird nur wiedergegeben (vgl. § 33 Rn. 120; § 35 Rn. 27), nicht jedoch bewertet.

10. Die – nicht auf einer Änderung durch das 6. StrRG beruhende – Änderung der Rechtsprechung zum Bandenbegriff in Gestalt eines Mindestanfordernisses von drei Bandenmitgliedern wird von Schroeder begrüßt; die Zugehörigkeit zur Bande wird entgegen einer verbreiteten Ansicht als besonderes persönliches Merkmal nach § 28 II angesehen (vgl. § 33 Rn. 124, 128).

11. Zum Wohnungseinbruchsdiebstahl des § 244 I Nr. 3 StGB schließt sich Schroeder den Bemühungen um eine restriktive Auslegung grundsätzlich an, so dass „Keller- und Bodenräume, Garagen u.ä.“ nur dann zur Wohnung gehören sollen, „wenn zwischen ihnen und der Wohnung eine unmittelbare offene Verbindung besteht“; soweit der BGH es insoweit genügen lässt, wenn der Täter zu einem Diebstahl aus einem Geschäftsraum eine Wohnung durchquert, bewertet Schroeder dies kritisch, da „das Gravanem des Wohnungseinbruchsdiebstahls (...) in dem Durchsuchen und Durchwühlen der Wohnung (liegt), und nicht bloß in dem Hausfriedensbruch“. Eine Begren-

zung auf Räumlichkeiten, „die den Mittelpunkt des privaten Lebens bilden“, wird jedoch abgelehnt (vgl. § 33 Rn. 130).

12. Die durch das 6. StrRG ebenfalls tiefgreifend veränderte und in der Folge den Gegenstand einer ausufernden Literatur bildende Vorschrift des § 246 wird in der Neuauflage von Maiwald bearbeitet. Wer seine Position zum Zueignungsbegriff kennt, wird nicht erstaunt sein, dass er – nach einer sorgfältigen und sehr gut strukturierten Hinführung zu den Änderungen durch das 6. StrRG – für die nach dem Wegfall des Gewahrsamerfordernis besonders bedeutsam, aber auch besonders problematisch gewordene Tathandlung der „Zueignung“ eine Position vertritt, nach der eine Zueignung nur in einem Akt liegen kann, „der dem Eigentümer etwas nimmt, was ihm die Eigentumsordnung garantiert“. Es könne nicht darauf ankommen, „wie sich der Täter geriert, sondern alleine darauf, welche Folgen dies für den Eigentümer hat“ (vgl. § 34 Rn. 27). Zu der durch das 6. StrRG neu eingeführten Variante der Drittzueignung ist Maiwald der Ansicht, dass diese eng zu fassen sei, d.h. dass all die Fälle, die bislang in einer weiten Auslegung der Selbstzueignung als solche erfasst wurden, auch nach dem 6. StrRG als Selbst- und nicht als Drittzueignung zu beurteilen seien (vgl. § 34 Rn. 34). Dadurch komme der Drittzueignung nur ein enger Anwendungsbereich zu, da in den verbleibenden Fällen meist nur eine Beihilfe zur fremden Selbstzueignung vorliege (vgl. § 34 Rn. 35).

III. Die hier erfolgte Darstellung der Behandlung von Problemen, die in der Folge des 6. StrRG in der Literatur mehr oder weniger intensiv diskutiert worden sind, macht – zumal die entscheidenden Abschnitte hier oft wörtlich und vollständig wiedergegeben werden – deutlich, dass es Schroeder und Maiwald weder um eine Vollständigkeit in den Nachweisen noch in den Argumenten geht. Das große Lehrbuch, das an sich selbst zugleich einen „Handbuchanspruch“ erhebt (vgl. S. V) erfüllt damit weder die Funktion einer vollständigen Bibliographie noch diejenige eines Kommentars. Daran ist aber auch nichts auszusetzen. Gerade durch die klare Struktur, die jedem Kapitel zugrunde gelegt wird, und durch die Beschränkung auf die wesentlichen Punkte (bei denen man aber normalerweise sicher sein kann, dass alles wirklich Wichtige irgendwo auftaucht) sind eine Stärke des Buches. Die Darstellung bleibt damit trotz der erheblichen Änderungen im Gesetz „aus einem Guss“ und ist zu jedem einzelnen Abschnitt sowohl dem Umfang nach als auch sprachlich jederzeit gut lesbar. Insofern handelt es sich um ein Buch, das auch Studenten an sich jederzeit zu empfehlen wäre, wenn nicht der Preis für nur ein Teilgebiet des Besonderen Teils das studentische Budget regelmäßig übersteigen würde. Wer sich aber vertieft mit dem StGB befassen möchte, wird an diesem traditionsreichen und nunmehr wieder in aktueller Fassung vorliegenden Lehrbuch nicht vorbeikommen und insbesondere in den einleitenden Abschnitten jedes Kapitels zur Systematik und zum Rechtsgut auf Grund der pointierten Stellungnahmen der beiden Verfasser immer wieder neue interessante Dinge finden. Die Hand-

habung des Buches wird durch ein ausführliches Register erleichtert, das nicht nur die Stichworte, sondern auch die behandelten Paragraphen des StGB sowie die im Text

zitierten übrigen geltenden Gesetze enthält.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Bucerius Law School, Hamburg

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.

343. EGMR Nr. 55103/00 – Urteil vom 10. Februar 2004 (Puhk v. Estland)

Anwendung des Rückwirkungsverbotes auf Dauerdelikte (Gesetzlichkeitsprinzip; nulla poena sine lege; nullum crimen sine lege; rule of law bzw. Rechtsstaatsprinzip; Fortsetzungstaten; Steuerhinterziehung).

Präambel der EMRK; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

344. BVerfG 2 BvR 2045/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2003 (OLG München/LG Ingolstadt)

Freiheit der Person; strafrichterliche Aufklärungspflicht (vollständige Erhebung aller bekannten Beweismittel hinsichtlich aller auf der Grundlage des materiellen Rechts entscheidungserheblichen Beweisfragen; „Gebot bestmöglicher Sachaufklärung“); freie Beweiswürdigung (Zeuge; Wiedererkennen; Verstöße gegen Denk- und Erfahrungssätze; Zirkelschluss; Beachtung der von der obergerichtliche Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Beweiswürdigung und ihre Darlegung in den Urteilsgründen); Rechtsstaatsprinzip (Idee der Gerechtigkeit; faires Verfahren); Willkürverbot; Kontrolle fachgerichtlicher Entscheidungen durch das BVerfG (evidente Entfernung des Tat- und Revisionsgerichts von der Verpflichtung zur Wahrung der Unschuldsvermutung; fehlende Aufklärung von Gründen, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen; Verlust des rationalen Charakters der Entscheidung); Erlass einer einstweilige Anordnung (Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde).

Art 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

345. BVerfG 1 BvR 1611/96 u. 1 BvR 805/98 (Erster Senat) – Beschluss vom 9. Oktober 2002 (OLG Köln/LG Heilbronn)

Verwertung von Zeugenaussagen im Zivilverfahren bzw. im Strafverfahren (rechtswidriges Mithören von Telefongesprächen Dritter; Mithöreinrichtung); Schutz des Fernmeldegeheimnisses (Schutz vor Kenntnisnahme des Inhalts und der näheren Umstände der Telekommunikation; Unabhängigkeit vom Inhalt und von der Nachrichtenübermittlung zugrunde liegenden Telekommunikati-

ons-Technologien; Erstreckung auch auf von Privaten betriebene Telekommunikationsanlagen und Endgeräte; Konvergenz); spezifische Gefährdungslage (Zugriff Dritter außerhalb des Einfluss- und Verantwortungsbereichs der Kommunikationsteilnehmer); allgemeines Persönlichkeitsrecht (Recht am gesprochenen Wort; Schutzbereich); Einwilligung (keine konkludente allein wegen der Verbreitung von Mithöreinrichtungen und des Mithörens); Drittwirkung von Grundrechten (Beachtung bei der richterlichen Beweiswürdigung); Rechtsstaatsprinzip (rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung; Verpflichtung zu einer fairen Handhabung des Beweisrechts); (Mit-)Hörfälle.

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 286 ZPO; § 373 ff. ZPO; § 85 TKG; § 201 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 100a StPO; § 244 StPO

346. BVerfG 2 BvR 253/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG Dresden)

Auslieferung nach Weißrussland (Auslieferungersuchen; Bewilligungsverfahren; Zusicherung; Spezialitätsgrundsatz); völkerrechtlicher Mindeststandard; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; öffentlichen Ordnung; ordre public; gerichtliche Prüfungspflicht; Haftbedingungen (völkerrechtlicher Mindeststandard; Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Rechtliches Gehör; Verfahren nach § 77 IRG in Verbindung mit § 33a StPO).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 25 GG; § 73 IRG; Art. 3 EMRK; Art. 7 IPbPR; § 77 IRG; § 33a StPO

347. BVerfG 2 BvR 2225/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. April 2004 (Hanseatisches OLG)

Recht auf den gesetzlichen Richter; Richterablehnung (Gleichzeitig vorgetragene Ablehnungsgesuche, die alle Richter eines Spruchkörpers betreffen und deren Ablehnungsgründe zueinander in Verbindung stehen; gleichzeitige Entscheidung über die Gesuche); Prüfungsumfang (Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Ent-

scheidung; Willkür; bloßer Verfahrensirrturn; error in procedendo).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 27 Abs. 1 StPO

348. BVerfG 2 BvR 506/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – vom 14. April 2004 (OLG Nürnberg)

Verfassungsrechtliche Anforderungen an das Verfahren über die Aussetzung des Strafrests bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Menschenwürde (grundsätzlicher Freiheitsanspruch); Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung (Prognoseentscheidung; notwendige Sachverhaltsaufklärung; Vollzugslockerungen); Verfassungsbeschwerde (gegen gerichtliche Entscheidungen; substantiiertes Vortrag; Mitteilung der Entscheidungsgründe).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; § 57a StGB; § 23 BVerfGG; § 92 BVerfGG

349. BVerfG 2 BvR 578/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG München)

Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Auslieferung nach Bulgarien (Überstellung zum Zweck der Strafvollstreckung); Anspruch auf rechtliches Gehör (Nachholung; Antrag auf Aufschub der Auslieferung).

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 77 IRG; § 33a StPO

350. BVerfG 2 BvR 1811/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2004 (OLG München)

Vollzug eines Vollstreckungshaftbefehls (Art und Weise der Durchführung; überhastete Vollstreckung; Verhältnismäßigkeit; Rechtsstaatswidrigkeit; Willkürverbot; Verletzung der Menschenwürde und Objektformel); Gebot effektiven Rechtsschutzes; Rechtsschutzinteresse (gegenwärtige Beschwer; Wiederholungsgefahr; fortwirkende Beeinträchtigung; gerichtliche Klärung schwerwiegender Grundrechtseingriffe trotz prozessualer Überholung).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 456 StPO; § 457 Abs. 2 StPO; § 27 Abs. 2 StrVollstrO; § 33 Abs. 1 StrVollstrO; § 33 Abs. 2 StrVollstrO

351. BGH 2 StR 314/03 - Beschluss vom 27. Februar 2004

Kostenansatz für das Revisionsverfahren.

§ 40 Abs. 3 GKG

352. BGH 2 StR 116/03 - Beschluss vom 20. Februar 2004

Ablehnung eines Antrags auf nachträgliche Begründung eines Verwerfungsbeschlusses; rechtliches Gehör; Nachholung des rechtlichen Gehörs.

§ 349 Abs. 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO

353. BGH 2 StR 12/04 - Beschluss vom 10. März 2004 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Beschwerde gegen Weisungen während der Führungsaufsicht.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 68 StGB

354. BGH 2 StR 2/04 - Urteil vom 31. März 2004 (LG Darmstadt)

Tötungsvorsatz (Totschlag; Hemmschwelle; äußerst gefährliche Gewaltmittel); Beweiswürdigung.

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

355. BGH 2 StR 378/03 - Beschluss vom 3. März 2004

Pauschvergütung (Zuständigkeit für die Bewilligung hinsichtlich der Revisionshauptverhandlung und der Revisionsbegründungsschrift).

§ 99 BRAGO

356. BGH 2 StR 53/04 - Beschluss vom 10. März 2004 (LG Kassel)

Aufhebung des Gesamtstrafauspruchs; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer vollstreckten Strafe).

§ 55 StGB

357. BGH 2 StR 496/03 - Beschluss vom 27. Februar 2004 (LG Bonn)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet; Zurückweisung einer Richterablehnung (Unzulässigkeit; Unbegründetheit; Anwendung von Beschwerdegrundsätzen).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 25 Abs. 1 StPO

358. BGH 2 StR 438/03 - Urteil vom 3. März 2004 (LG Gera)

Überzeugungsbildung (teilweises Zugrundelegen der Einlassung des Angeklagten); verminderte Schuldfähigkeit (Blutalkoholkonzentration; Verneinung der fakultativen Strafmilderung bei Vortat unter Alkoholeinfluss).

§ 261 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

359. BGH 2 StR 462/03 - Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Köln)

Gesetzlicher Richter und revisionsrechtliches Rekonstruktionsverbot (keine Umgehung durch Befangenheitsantrag hinsichtlich einer falschen Wiedergabe von Zeugenaussagen); Verwerfung einer Richterablehnung als unzulässig (völlig ungeeignete Begründung; Unzulässigkeit); Verfahrensrüge (Begründungspflicht); sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Ausnutzung der Krankheit oder Hilfsbedürftigkeit; Täuschung über medizinische Indikation).

Art. 101 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 24 StPO; § 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 174a Abs. 2 StGB

360. BGH 2 StR 464/03 - Beschluss vom 25. Februar 2004 (LG Aachen)

Erweiterter Verfall; Verfall von Wertersatz (Bruttoprinzip; Vorrang vor erweitertem Verfall).

§ 73 a StGB; § 73 d StGB;

361. BGH 2 StR 488/03 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unzulässig; Rechtsmittelverzicht; Ladung des Wahlverteidigers nach Ende des Mandats.

§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

362. BGH 2 StR 509/03 - Beschluss vom 19. März 2004

Geltungsdauer der Beistandsbestellung.

§ 397 a Abs. 1 StPO

363. BGH 2 ARs 40/04 2 AR 29/04 - Beschluss vom 27. Februar 2004

Zuständigkeitsbestimmung; weitere Führungsaufsicht; Zuständigkeitskonzentration (Aufnahme in eine Strafanstalt).

§ 14 StPO; § 462 a Abs. 4 StPO

364. BGH 5 StR 581/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Bremen)

Steuerhinterziehung (Berechnungsdarstellung: Ausnahme bei steuerrechtlich kundigem Täter); Strafmilderung bei Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Anwendung auf alle Einzelstrafen, die Gesamtstrafe).

§ 370 AO; § 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

365. BGH 2 ARs 39/04 2 AR 30/04 - Beschluss vom 19. März 2004

Nachträgliche Entscheidungen über die Strafaussetzung zur Bewährung (Übertragung der Zuständigkeit: Bindungswirkung, Willkür).

§ 14 StPO; § 453 StPO

366. BGH 2 ARs 4/04 2 AR 9/04 - Beschluss vom 25. Februar 2004

Zuständigkeitsbestimmung (nachträgliche Entscheidung über Strafaussetzung zur Bewährung; Zuständigkeitskonzentration; Gericht des Orts der Strafanstalt; Sicherungshaft; kurzzeitige und vorübergehende Einweisung).

§ 462 a Abs. 4 Satz 1 StPO

367. BGH 2 ARs 48/04 / 2 AR 36/04 - Beschluss vom 3. März 2004

Zuständigkeitsbestimmung (Aufhebung einer Entscheidung der Gestapo).

§ 6 NS-AufhG

368. BGH 2 StR 519/03 - Beschluss vom 19. März 2004 (LG Koblenz)

Berechnung der Frist zur Begründung der Revision

§ 43 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

369. BGH 3 StR 68/04 - Beschluss vom 11. März 2004 (LG Itzehoe)

Untreue; Missbrauch der Stellung als Amtsträger (Ausübung einer Verwaltungstätigkeit).

§ 266 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 4 StGB

370. BGH 2 ARs 393/03 2 AR 258/03 - Beschluss vom 20. Februar 2004

Zurückweisung einer Gegenvorstellung als unzulässig; Zurückweisung einer Beschwerde als unzulässig.

§ 304 Abs. 4 StPO

371. BGH 3 StR 10/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Frankfurt)

Tateinheit bei der Zuwiderhandlung gegen ein Vereinsverbot (Organisationsdelikt; Klammerwirkung; in dubio pro reo; Zweifelssatz); Sozialprognose bei der Aussetzung von Freiheitsstrafen zur Bewährung (politische Überzeugung).

§ 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG; § 52 StGB; § 56 StGB

372. BGH 3 StR 51/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Flensburg)

Raub (konkludente Drohung; vorsätzlicher Gewalteinsatz; finaler Zusammenhang zwischen Gewaltanwendung und Wegnahme).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 249 Abs. 1 StGB

373. BGH 3 BJs 35/03 / 5 (4) StB 1/04 - Beschluss vom 1. April 2004

Anordnung des Vollzugs der Untersuchungshaft (gröbliche Pflichtverletzung; neu hervorgetretene Umstände).

§ 112 StPO; § 116 Abs. 4 StPO

374. BGH 3 StR 37/04 - Beschluss vom 3. März 2004 (LG Mönchengladbach)

Aufhebung des Strafausspruchs; Ruhen der Verjährung (sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen).

§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 StGB

375. BGH 3 StR 446/03 - Beschluss vom 9. März 2004 (LG Düsseldorf)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aufhebung und Zurückverweisung der Sache; Ausgleich durch Verminderung der verwirkten Einzelstrafen; Verfahrenshindernis).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB; § 354a StPO

376. BGH 2 StR 30/04 - Beschluss vom 31. März 2004 (LG Bad Kreuznach)

Verwerfung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig (Wochenfrist; Fristbeginn mit dem Wegfall des Hindernisses).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 45 StPO; § 46 Abs. 1 StPO

377. BGH 2 StR 1/04 - Beschluss vom 10. März 2004 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Aufklärungspflicht (Vorliegen verminderter Schuldfähigkeit).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 21 StGB

378. BGH 2 StR 21/04 - Beschluss vom 10. März 2004 (LG Aachen)

Rücknahme der Revision (Feststellung der Wirksamkeit; Zuständigkeit).

§ 346 Abs. 2 StPO; § 302 StPO

379. BGH 2 StR 28/04 - Beschluss vom 24. März 2004 (LG Frankfurt)

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

380. BGH 2 StR 48/04 - Beschluss vom 24. März 2004 (LG Meiningen)

Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 346 Abs. 2 StPO; § 45 StPO

381. BGH 2 StR 6/04 - Beschluss vom 19. März 2004 (LG Aachen)

Beweiswürdigung nach dem Inbegriff der Hauptverhandlung (Geständnis des Angeklagten; richterliches Protokoll: Unterschrift und Genehmigung des Angeklagten; Urkundenbeweis).
§ 261 StPO; § 254 Abs. 1 StPO; § 168a StPO

382. BGH 2 StR 124/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Marburg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (angebliche Zusage der sofortigen Verlegung und der Unterbringung in einer Drogentherapie).
§ 35 BtMG; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

383. BGH 2 StR 104/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Darmstadt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Zurückstellung der Strafvollstreckung nach BtMG.
§ 64 StGB; § 35 BtMG

384. BGH 2 StR 474/03 - Urteil vom 17. März 2004 (LG Aachen)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Urteilsgründe); Menschenhandel (Einwirken, Bringen); Zuhälterei; schwerer Menschenhandel (Anwerben; List); auslandsspezifische Hilflosigkeit; Einschleusen von Ausländern; Aufklärungspflicht (Unerreichbarkeit von Auslandszeugen); Tateinheit (gleichzeitiger Menschenhandel zum Nachteil mehrerer Opfer im selben Bordellbetrieb); Schutzgesetz; Verfall; Verfall des Wertersatzes; Unzulässigkeit der Revision der Nebenklage (Entscheidung über die Höhe des Schmerzensgelds; Adhäsionsverfahren).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 180 b StGB; § 181 StGB; § 181 a StGB; § 244 Abs. 2 und 3 StPO; § 1 Prostitutionsgesetz; § 823 Abs. 2 BGB; § 406 a StPO

385. BGH 2 StR 63/04 - Beschluss vom 31. März 2004 (LG Trier)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; Verfolgungsverjährung.
§ 174 StGB; § 176 StGB; 78 StGB

386. BGH 2 StR 64/04 - Beschluss vom 7. April 2004 (LG Wiesbaden)

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

387. BGH 2 StR 72/04 - Beschluss vom 31. März 2004 (LG Gera)

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

388. BGH 2 ARs 93/04 / 2 AR 55/04 - Beschluss vom 19. März 2004

Verfahrensverbindung; Sachdienlichkeit.
§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

389. BGH 2 ARs 104/04 2 AR 62/04 - Beschluss vom 24. März 2004

Zuständigkeitsbestimmung; gemeinschaftliches oberes Gericht; Verlegung des Wohnorts.
§ 14 StPO

390. BGH 2 ARs 71/04 / 2 AR 52/04 - Beschluss vom 8. April 2004 (OLG Oldenburg)

Verwerfung einer Beschwerde als unzulässig.
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

391. BGH 2 StR 476/03 - Beschluss vom 17. März 2004 (LG Trier)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; teilweise Einstellung des Verfahrens; Anklagegrundsatz; Akkusationsprinzip; Verjährung.

§ 174 StGB; § 176 StGB; § 206 a Abs. 1 StPO; § 78 StGB; § 170 Abs. 1 StPO; § 200 StPO

392. BGH 2 StR 513/03 - Beschluss vom 19. März 2004 (LG Limburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussichten; Therapieverweigerung und mögliche Weckung der Therapiebereitschaft).
§ 64 StGB

393. BGH 2 StR 516/03 - Beschluss vom 17. März 2004 (LG Erfurt)

Räuberische Erpressung (Abgrenzung zum Raub nach dem äußeren Erscheinungsbild); Tateinheit.
§ 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 52 StGB

394. BGH 3 StR 87/04; - Beschluss vom 1. April 2004 (LG Hannover)

Belehrung über ein Zeugnisverweigerungsrecht (Schwägerschaft; Beruhen); Urteilsformel (rechtliche Bezeichnung der Tat).

§ 337 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 1590 BGB; § 260 Abs. 3 StPO

395. BGH 3 StR 57/04 - Beschluss vom 11. März 2004 (LG Neuruppin)

Berechnung der Frist zur Begründung der Revision.
§ 345 Abs. 1 StPO; § 43 Abs. 2 StPO

396. BGH 3 StR 57/04 - Beschluss vom 11. März 2004 (LG Neuruppin)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Zäsurwirkung.
§ 55 StGB

397. BGH 3 StR 61/04 - Beschluss vom 11. März 2004 (LG Lübeck)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).
§ 64 StGB

398. BGH 3 StR 67/04 - Beschluss vom 30. März 2004 (LG Kleve)

Akzessorietät der Beihilfe; Mitsichführen einer Schuss-
waffe (tatbezogenes Merkmal des unerlaubten Handel-
treibens mit Betäubungsmitteln).
§ 27 StGB; § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG, § 28 Abs. 2 StGB

399. BGH 3 StR 81/04 - Beschluss vom 18. März 2004 (LG Oldenburg)

Grenzen der Teilrechtskraft und der Bindungswirkung
bei Teilaufhebung im Rechtsfolgenausspruch.
§ 353 StPO; § 21 StGB

400. BGH 3 StR 88/04 - Beschluss vom 30. März 2004 (LG Osnabrück)

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

401. BGH 3 StR 468/03 - Beschluss vom 18. März 2004 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; uner-
laubter Besitz von Betäubungsmitteln; Strafzumessung.
§ 29a BtMG; § 46 StGB

402. BGH 3 StR 103/04 - Beschluss vom 6. April 2004 (LG Duisburg)

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

403. BGH 3 StR 465/03 - Urteil vom 8. April 2004 (LG Itzehoe)

Besonders schwerer Fall des Betruges (Regelbeispiel;
Indizwirkung; Serientaten; Vertrauensbruch gegenüber
Arbeitskollegen); Verhängung kurzer Freiheitsstrafen
(eng zusammenhängende umfangreiche Serie von Ver-
mögensdelikten).
§ 263 Abs. 3 StGB; 47 StGB

404. BGH 3 StR 98/04 - Beschluss vom 30. März 2004 (LG Duisburg)

Sachlichkeitsgebot bei der anwaltlichen Berufsausübung;
Ansehen des Anwaltsstandes.
§ 43 BRAO; § 43a Abs. 3 BRAO

405. BGH 3 StR 501/03 - Beschluss vom 13. Februar 2004 (LG Wuppertal)

Einziehung von Betäubungsmitteln (Bezeichnung des
einzuziehenden Rauschgifts; Verhältnis zur Einziehung
gem. § 74 StGB); Verfallsanordnung (unbillige Härte).
§ 33 BtMG; § 74 StGB; § 73 c StGB

406. BGH 3 StR 90/04 - Beschluss vom 1. April 2004 (LG Düsseldorf)

Strafzumessung aufgrund Irrtums über den Strafraumen;
Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes).
§ 46 StGB; § 263 Abs. 3 StGB

407. BGH 3 StR 92/04 - Beschluss vom 1. April 2004 (LG Duisburg)

Raub mit Todesfolge; Körperverletzung mit Todesfolge;
Tateinheit; Konkurrenzen.
§ 227 StGB; § 251 StGB; § 52 StGB

408. BGH 3 StR 97/04 - Beschluss vom 6. April 2004 (LG Kleve)

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

409. BGH 1 StR 296/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Mannheim)

Verstoß gegen das Irak-Embargo; Verfall (Verfassungs-
mäßigkeit des Bruttoprinzips: wirksame Umsetzung
völkerrechtlicher Verpflichtungen: UN-Resolutionen;
Härtefall: Feststellung etwaiger Steuerbelastungen zur
Vermeidung einer Doppelbelastung).
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 73 StGB; § 73c
StGB; UN-Resolution Nr. 661

410. BGH 1 StR 1/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Coburg)

Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts (Willensbeein-
trächtigung im Zusammenhang mit Verfahrensabspra-
chen durch das Gericht oder den Verteidiger; heilende
Belehrung; Übereinkunft von Staatsanwaltschaft und
Verteidigung; Überprüfung der Sprachfähigkeiten des
Angeklagten und Hinzuziehung eines Dolmetschers).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; §
185 StGB; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

411. BGH 1 StR 12/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Ulm)

Konfrontationsrecht und Beweisantragsrecht (Unerreich-
barkeit einer Vertrauensperson; Sperrerklärung; Verhält-
nismäßigkeit).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 244 Abs. 2,
Abs. 3 StPO

412. BGH 1 StR 123/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Bayreuth)

Beistand des Nebenklägers (Fortwirkung bis zum rechts-
kräftigen Abschluss des Verfahrens).
§ 397 a Abs. 1 StPO

413. BGH 1 StR 126/04 – Beschluss vom 2. April 2004 (LG München)

Anordnung der Unterbringung einer Entziehungsanstalt
(Hang: erforderliche Feststellungen; Ungenügen der
Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch; symptomati-
scher Zusammenhang).
§ 64 StGB

414. BGH 1 StR 2/04 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Baden)

Nötigungserfolg bei Erreichung einer eigenständig bedeutsamen Vorstufe des Enderfolges.

§ 240 StGB

415. BGH 1 StR 346/03 – Urteil vom 21. Januar 2004 (LG Stuttgart)

BGHSt; Beurteilung des Schweregrads einer anderen seelischen Abartigkeit (dissoziale und schizoide Persönlichkeitsstörung; Begriff der Persönlichkeitsstörung) und der Erheblichkeit der Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat (Bedeutung plangemäßen und zielgerichteten Handelns; Tatbestandsrelativität der normativen Anforderungen); erpresserischer Menschenraub.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 239a StGB

416. BGH 1 StR 99/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Karlsruhe)

Tatmehrheit und Tateinheit (mittelbare Täterschaft: Beurteilung nach eigenem Tatbeitrag).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 25 Abs. 1 StGB

417. BGH 4 StR 3/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Halle)

Gesamtstrafenbildung (fehlerhafte Strafraumenwahl).

§ 54 StGB; § 46 StGB

418. BGH 1 StR 443/03 – Urteil vom 16. März 2004 (LG Memmingen)

Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität: keine Berücksichtigung späterer Ermittlungsergebnisse in der Revision; keine Gewissheit als Überzeugungserfordernis: Lebenserfahrung als ausreichendes Maß an Sicherheit bzw. mögliche, nicht zwingende Schlüsse).

§ 352 StPO; § 261 StPO

419. BGH 1 StR 543/03 – Urteil vom 16. März 2004 (LG Passau)

Strafbefreiender Rücktritt vom Versuch der schweren räuberischen Erpressung (mangelnde Freiwilligkeit bei Erhöhung des mit der Tatausführung ursprünglich verbundenen Risikos: unüberwindbare Schwierigkeiten).

§ 24 StGB; § 22 StGB; § 255 StGB

420. BGH 1 StR 567/03 – Beschluss vom 26. März 2004 (LG Passau)

Beihilfe zur Geldfälschung (Beihilfevorsatz hinsichtlich der Anzahl und der Qualität der gefälschten Scheine: strafschärfende Berücksichtigung bei der Strafzumessung); Betäubungsmittelhandel (Beihilfevorsatz hinsichtlich des Wirkstoffgehaltes).

§ 146 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG; § 46 StGB

421. BGH 1 StR 572/03 – Beschluss vom 17. März 2004 (LG München)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

422. BGH 4 StR 9/04 – Beschluss vom 23. März 2004 (LG Bielefeld)

Mord (niedrige Beweggründe bei Blutrache und kurdisch-jezidischer Wertvorstellung).

§ 211 Abs. 2 StGB

423. BGH 4 StR 53/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Stuttgart)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Begriff des Fahrzeugführers; Mitfahrer; für sich genommen ungenügende Enge des Fahrzeugs und Abgelegenheit des Überfallortes).

§ 316 a StGB

424. BGH 4 StR 18/04 – Beschluss vom 1. April 2004 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

425. BGH 4 StR 34/04 – Beschluss vom 23. März 2004 (LG Detmold)

Gesamtfreiheitsstrafe (unterlassene Bildung der Einzelstrafen; gebotene Nachholung; keine ausnahmsweise Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe).

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

426. BGH 4 StR 38/04 – Beschluss vom 6. April 2004 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

427. BGH 4 StR 53/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Stuttgart)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (zeitliche Verknüpfung; Begriff des Fahrzeugführers; Mitfahrer; für sich genommen ungenügende Enge des Fahrzeugs und Abgelegenheit des Überfallortes).

§ 316 a StGB

1. Der Tatbestand des § 316 a StGB setzt eine zeitliche Verknüpfung zwischen tauglichem Tatopfer und tatbestandsmäßiger Angriffshandlung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, das heißt bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist.

2. Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316 a StGB ist nur, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Das ist regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.

3. Für die vom Tatbestand des § 316 a StGB vorausgesetzte Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs genügt allein der Umstand, dass eine Person wegen der beengten Verhältnisse im Pkw in ihrer Verteidigungsfähigkeit stark eingeschränkt war, nicht. Gleiches gilt auch für die Abgelegenheit des Überfallortes.

428. BGH 4 StR 57/04 – Beschluss vom 6. April 2004 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

429. BGH 4 StR 533/03 – Urteil vom 18. März 2004 (LG Münster)

Lückenhafte Beweiswürdigung beim Vorwurf der Beihilfe zum Mord; Hilfeleistung (Kausalität hinsichtlich der Tat; keine zwingende Kausalität hinsichtlich des Taterfolges und Unkenntnis des Täters von der Beihilfe; Strafbarkeit der Kettenbeihilfe); Nichtanzeige geplanter Straftaten (doppelte Anwendung des Zweifelssatzes bei unbelegter möglicher Tatbeteiligung).

§ 138 StGB; § 27 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO

430. BGH 4 StR 464/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Neubrandenburg)

Tötungsvorsatz (Hemmschwelle und hochgradige Alkoholisierung bei gefährlichen Gewalthandlungen); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahrbegründung nur durch die Anlasstat; eigene Sachkunde des Gerichts und Vernehmung eines Sachverständigen).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 64 StGB; § 246a StPO

431. BGH 4 StR 466/03 – Beschluss vom 23. März 2004 (LG Bielefeld)

Mord (niedrige Beweggründe bei Blutrache und kurdisch-jezidischer Wertvorstellung).

§ 211 Abs. 2 StGB

432. BGH 4 StR 563/03 – Urteil vom 10. März 2004 (LG Dessau)

(Schwerer-) Sexueller Missbrauch von Kindern; Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gesamtschau bei schwerer anderer seelische Abartigkeit; nur indizielle Bedeutung der Pädophilie).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

433. BGH 4 StR 64/04 – Beschluss vom 25. März 2004 (LG Osnabrück)

Schwerer Raub (Verwendung einer Waffe: objektive Gefährlichkeit, ungeladene Waffe).

§ 250 Abs. 2 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB

434. BGH 4 StR 98/04 – Beschluss vom 8. April 2004 (LG Paderborn)

Keine Aufrechterhaltung von Nebenstrafen und Maßregeln bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung im Fall der Erledigung der Anordnung (Sperrung für die Erteilung einer Fahrerlaubnis; Fahrverbot) vor Erlass des Urteils.

§ 55 StGB

435. BGH 5 StR 57/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Berlin)

Kostenentscheidung (Bemessung der Gerichtsgebühren nach der rechtskräftig erkannten Strafe; unentschuldigtes Fernbleiben eines Mitangeklagten; Pflichtverteidigervergütung; Billigkeitsgründe).

§ 40 Abs. 1 GKG; § 465 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 465 Abs. 2 StPO

436. BGH 4 StR 574/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Münster)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positiv festgestellter länger andauernder geistiger Defekt und resultierende erheblich verminderte Schuldfähigkeit; tatsächliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit bzw. der Einsichtsfähigkeit bei den §§ 20, 21 StGB; Gesamtschau bei schwerer anderer seelische Abartigkeit; nur indizielle Bedeutung der Pädophilie).

§ 63 StGB; § 21 StGB

437. BGH 4 StR 582/03 – Beschluss vom 24. Februar 2004 (LG Saarbrücken)

Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (sexueller Missbrauch; Würdigung der Aussagen kindlicher Zeugen: besondere Bedeutung der Aussagegenese, strenge Erziehung, widersprüchliche Glaubwürdigkeitsbeurteilung bei unterschiedlichen Tatvorwürfen).

§ 261 StPO

438. BGH 4 StR 585/03 – Beschluss vom 17. Februar 2004 (LG Dortmund)

Isolierte Sperrung für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: besondere Anforderungen bei der Anordnung gegen einen Beifahrer).

§ 69 a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 69 StGB

439. BGH 5 StR 25/04 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Potsdam)

Beweiswürdigung bei nur möglicherweise dem Angeklagten zuzuordnenden DNA-Spuren (Möglichkeit der Zuordnung zu einer weiteren Person; Befragung einer betagten Person zu ihrem Sexualleben); Aufklärungspflicht (Aufdrängen).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

440. BGH 5 StR 57/04 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Berlin)

Strafzumessung (fehlende Erörterung einer möglicherweise strafmildernden Erklärung, die beim Mitangeklagten strafmildernde Wirkung hatte); Beweiswürdigung (Entbehrlichkeit infolge einer Absprache bzw. eines Geständnisses).

§ 46 StGB; § 261 StPO

441. BGH 5 StR 104/04 – Beschluss vom 1. April 2004 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

442. BGH 5 StR 108/04 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Leipzig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

443. BGH 5 StR 78/04 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Potsdam)

Strafzumessung beim Betäubungsmittelhandel (wesentli-

cher Strafmilderungsgrund der vollständigen Sicherstellung aller Betäubungsmittel).
§ 29 BtMG; § 46 StGB

444. BGH 5 StR 87/04 – Urteil vom 20. April 2004 (LG Berlin)

Minder schwerer Fall der räuberischen Erpressung (beschränkte Revisibilität; Gewicht begangener Vortaten).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 255 StGB; § 46 StGB

445. BGH 5 StR 88/04 – Beschluss vom 16. März 2004 (LG Berlin)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Strafzumessung bei der Verhängung von Jugendstrafe).
§ 176 StGB; § 46 StGB

446. BGH 5 StR 90/04 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Berlin)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafzumessung: ausreichende Berücksichtigung des geringen Gewichts einer Tat).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB

447. BGH 5 StR 410/03 – Urteil vom 30. März 2004 (LG Potsdam)

Versagung des letzten Worts (noch genügende Protokollierung bei Wiedereintritt); Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Verteidigerwiderspruch hinsichtlich der Verletzung des Anwesenheitsrechts des Erziehungsberechtigten); Tötungsvorsatz (Hemmschwelle); Mord (niedrige Beweggründe).
§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB; § 136 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 258 Abs. 2 und Abs. 3 StPO

448. BGH 5 StR 109/04 – Beschluss vom 19. April 2004 (LG Hamburg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

449. BGH 5 StR 119/04 alt: 5 StR 188/03 – Beschluss vom 19. April 2004 (LG Neuruppin)

Übersahene Möglichkeit einer Gesamtgeldstrafe (Erforderlichkeit der Erörterung insbesondere aufgrund beamtenrechtlicher Konsequenzen).
§ 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

450. BGH 5 StR 128/04 – Beschluss vom 19. April 2004 (LG Neuruppin)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Anwendbarkeit auch bei vorheriger Notwehr des leugnenden Angeklagten; Zorn).
§ 213 StGB; § 32 StGB

451. BGH 5 StR 250/03 – 4. Dezember 2003 (LG Hamburg)

Lückenhafte und widersprüchliche Beweiswürdigung bei einer Verurteilung wegen Anstiftung zum Mord (Auftragmord; alternative Auftraggeber); Anwesenheitsrecht (Ausschluss bei einer Gefährdung der Wahrheitsfindung; drohende Ausübung eines Auskunftsverweigerungsrechts).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 211 StGB; § 26 StGB; § 261 StPO; § 55 StPO; § 338 Nr. StPO; § 247 StPO

452. BGH 5 StR 428/03 – Urteil vom 30. März 2004 (LG Berlin)

Mord (Heimtücke: fehlende Arglosigkeit; Verdeckung einer Straftat); Verweigerung der Strafrahmenmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit bei vorwerfbar verursachter tatuslösender Intoxikation (Kapitalverbrechen).
§ 211 StGB; § 49 StGB; § 21 StGB

453. BGH 5 StR 580/03 – Urteil vom 5. Februar 2004 (LG Düsseldorf)

Vollendete Steuerhinterziehung (Ausschluss durch Einleitung des Steuerstrafverfahrens bzw. das Ende der Erklärungspflicht; nemo tenetur-Grundsatz; Selbstbelastungsfreiheit; Schweigerecht; besonders schwerer Fall: großes Ausmaß, Falldifferenzierung; Berechnungsdarstellung: keine unbesehene Übertragung der Berichte von Betriebsprüfung und Steuerfahndung); Aufrechterhaltung einer mehrfach rechtsfehlerhaften Strafzumessung wegen einer anderenfalls eintretenden Unterschreitung des erforderlichen Schuldausgleichs.
§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 AO; § 393 AO; § 149 Abs. 2 AO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

454. BGH 5 StR 511/03 – Urteil vom 4. Februar 2004 (LG Berlin)

Bandenmäßig und gewerbsmäßig begangener Betrug (Bande); besonders schwerer Fall des Betruges (Verwirklichung eines weiteren Regelbeispiels; Gesamtwürdigung).
§ 263 Abs. 3, Abs. 5 StGB

Eine Bande im Sinne des § 263 Abs. 5 StGB setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ ist nicht erforderlich (BGHSt 46, 321).

455. BGH 5 StR 530/03 – Urteil vom 20. Januar 2004 (LG Hamburg)

Revisionsgericht als Gericht im Sinne des § 48 Abs. 1 JGG; Beweiswürdigung.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 48 Abs. 1 JGG; § 261 StPO

456. BGH 5 StR 563/03 – Urteil vom 3. Februar 2004 (LG Berlin)

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Beweiswürdigung: fehlerhafter Teilfreispruch infolge der Möglichkeit, bei der Beurteilung von Serienstraftaten eine Verurteilung auf Mindestfeststellungen zu stützen; Kognitionspflicht).
§ 176 StGB; § 261 StPO

457. BGH 5 StR 566/03 – Beschluss vom 1. April 2004 (LG Bautzen)

Natürliche Handlungseinheit bei sexueller Nötigung und Vergewaltigung (Verklammerung durch eine neben unterschiedlichen Gewaltanwendungen wirkenden Tathandlung: hier Einsperren; Tat im Rechtssinne).
§ 177 StGB; § 52 StGB

458. BGH 5 StR 569/03 – Beschluss vom 20. Januar 2004 (LG Leipzig)

Geldwäsche (nur teilweiser Ausschluss des Vortäters, des Mittäters).
§ 261 Abs. 9 Satz 2 StGB