

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 7/2004
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

RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Unheil oder Paradigmenwechsel?** Erste Anmerkungen zu einem „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“

RA Dr. h.c. *Gerhard Strate*, Hamburg – **Justiz und Terrorismus** – am Beispiel der Fälle Padilla, Hamdi, Moussaoui und Motassadeq

Die Ausgabe umfasst zudem drei Rezensionen zu strafrechtlich relevanter Literatur.

Entscheidungen

- EGMR **Gusinskiy v. Russia – Recht auf Freiheit und Sicherheit / Missbrauch von Strafverfahren und Untersuchungshaft**
- U.S. S.C. **Fall Hamdi – Verfahrensrechte vermeintlicher „feindlicher Kämpfer“**
- BVerfG **Fall Falk – Grundrechtsschutz durch Verfahren bei der Anordnung des dinglichen Arrest in das Vermögen zur Sicherung des strafrechtlichen Verfalls**
- BGH **Fall Engel – Aufarbeitung von NS- und Kriegsverbrechen in fairen Strafverfahren (Verfahrenseinstellung)**
- BGH **Einforderung einer Verfahrensrüge bei der Rüge der Verletzung des Art. 6 I 1 EMRK durch den dritten Strafsenat (Ablehnung der Anfrage des 5. Senats)**
- BGH **Untreue beim Umgang mit Investitionsbeihilfen in einem Konzern**
- BGH **Grenzen des Verwendungsverbotes des § 393 II 1 AO**
- BGH **Tateinheit und Tatmehrheit bei § 29 I 1 Nr. BtMG und § 24a II StVG**
- BGH **Anforderungen an den Hinweis des § 265 StPO**

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).

Diese Ausgabe umfasst insgesamt 68 Entscheidungen.

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, Juli 2004, Ausgabe

7

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

542. Supreme Court of the United States No. 03-6696 – Urteil vom 28. Juni 2004 (Hamdi v. Rumsfeld)

Status amerikanischer Staatsbürger nach Einstufung als sog. „enemy combatants“ („feindliche Kämpfer“); Anspruch eines Inhaftierten auf Unterrichtung und Anhörung im Falle von Kriegs- und Konfliktzeiten; Bewahrung der Gewaltenteilung und der Individualrechte auch im Falle kriegerischer Konflikte; Beweismaß im Falle einer Überprüfung des Status als „enemy combatant“.

Constitution of the United States of 1787 Art. I § 9, Amendment 5 (1791); 18 United States Code § 4001 (a); 28 United States Code § 2241, 2242.

1. Ein in Haft gehaltener Bürger, der seine Einstufung als „enemy combatant“ („feindlicher Kämpfer“) in Frage zu stellen versucht, hat einen Anspruch darauf, über die tatsächlichen Gründe dieser Einstufung informiert zu werden, und eine faire Chance zu erhalten, den tatsächlichen Behauptungen der Regierung vor einem neutralen Entscheidungsträger entgegenzutreten.

2. Es ist gleichermaßen von fundamentaler Bedeutung, dass dieser Anspruch auf Unterrichtung und Gehör innerhalb eines vernünftigen Zeitraums und in einer bedeutungsangemessenen Weise gewährt wird.

3. Die Auffassung, die Gerichte müssten (im Falle sog. „enemy combatants“) auf jede Prüfung des individuellen Falles verzichten und dürften sich ausschließlich mit der

generellen Richtlinie der Inhaftierung befassen, ist mit einer vernünftigen Sicht der Gewaltenteilung nicht vereinbar, da ein solches Herangehen allein dazu führt, die Macht bei einem einzigen Zweig der Staatsgewalt zu verdichten. Selbst der Kriegszustand ist kein Blankoscheck für den Präsidenten, wenn es um die Rechte der Bürger geht. Welche Macht auch immer die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika der Exekutive hinsichtlich ihres Umgangs mit anderen Nationen und feindlichen Organisationen in Konfliktzeiten zuerkennen mag, so ist es ganz sicher, dass sie allen drei Gewalten eine Rolle zuteilt, wenn die individuellen Freiheiten zur Debatte stehen.

4. Mit dem Erfordernis eines gerechten Prozessgangs („due process“) ist auch im Falle einer Einstufung als „enemy combatant“ ein Beweismaß des „some evidence“ („irgendein Beweis“) verfassungsrechtlich nicht vereinbar.

541. EGMR (Nr. 70276/01) – Urteil der ersten Kammer vom 19. Mai 2004 (Gusinskiy v. Russland)

Recht auf Freiheit und Sicherheit (hinreichender Verdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Rechtmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Inhaftierung; Inkorporation des nationalen Rechts, qualitative Anforderungen an das Gesetz bei Art. 5 EMRK und Prüfung des nationalen Rechts durch den EGMR; Schutz vor Willkür); immanente Geltung der *rule of law*

innerhalb der EMRK; Verbot der zweckentfremdenden Berufung auf Schranken der EMRK durch den Staat (hier: Missbrauch des Strafverfahrens und der Untersuchungshaft zur Erzwingung des Verkaufs eines Medienunternehmens); Freiheit der Person; Rechtsstaatsprinzip.

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Art. 18 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Strafverfahren und die Untersuchungshaft dürfen durch den Staat nicht zu verfahrensfremden Zwecken eingesetzt werden (hier: Einsatz als Druckmittel im Rahmen einer Vertragsverhandlung). Wenn ein staatliches Unternehmen einen inhaftierten Beschwerdeführer zur Unterzeichnung einer die Verfahrenseinstellung umfassenden Abmachung auffordert, die ein Staatsminister mit seiner Unterschrift bestätigt und die von einem staatlichen Untersuchungsbeamten später umgesetzt wird, muss der EGMR davon ausgehen, dass die Strafverfolgung des Betroffenen genutzt wurde, um diesen einzuschüchtern und damit eine Verletzung des Art. 18 in Verbindung mit Art. 5 EMRK annehmen.

2. Art. 5 Abs. 1 EMRK gewährt die Freiheit der Person im klassischen Sinne: Umfasst ist nur der Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit. Art. 5 EMRK schützt nicht gegen die Einleitung eines Strafverfahrens als solche.

3. Der für eine Festnahme nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK erforderliche hinreichende Verdacht setzt voraus, dass die Behörden im Zeitpunkt der Anklage hinreichende Beweise für eine Anklage gesammelt haben oder diese während der Inhaftierung sammeln. Eine unmittelbar erfolgende Anklage oder eine unmittelbare Vorführung vor einem Gericht ist nicht erforderlich. Es stellt jedoch einen essentiellen Bestandteil des Schutzes gegen willkürliche Inhaftierungen dar, dass der Verdacht auf vernünftigen Anhaltspunkten beruhen muss. Ein nur in gutem Glauben angenommener Verdacht genügt nicht: Es müssen Fakten oder Informationen vorliegen, die einen objektiven Betrachter davon überzeugen können, dass die betroffene Person eine Straftat begangen haben könnte.

4. Hinsichtlich der nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise zulässigen Inhaftierung bezieht sich die EMRK in erster Linie auf das nationale Recht. Sie bestimmt die Pflicht zur Beachtung der materiellen und prozeduralen Regelungen des nationalen Rechts und sie fordert qualitativ ergänzend ein, dass jede Freiheitsentziehung mit dem Zweck des Art. 5 EMRK, den Einzelnen vor willkürlichen Freiheitsentziehungen zu schützen, vereinbar ist. In erster Linie haben dabei die nationalen Institutionen das nationale Recht zu interpretieren und anzuwenden. Da jedoch gemäß Art. 5 Abs. 1 EMRK eine Verletzung des nationalen Rechts auch eine Verletzung der EMRK bedeutet, kann und muss der EGMR eine bestimmte Überprüfung vornehmen, ob das nationale Recht gewahrt worden ist.

5. Ein nationales Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 1 EMRK muss auch mit der *rule of law* vereinbar sein, die allen Artikeln der EMRK immanent ist. Dies bedeutet in dieser Hinsicht, dass ein Gesetz, welches eine Freiheitsentziehung gestattet, hinreichend zugänglich und präzise sein muss, um jedem Risiko einer willkürlichen Freiheitsentziehung vorzubeugen. Ein nationales Gesetz, das Freiheitsentziehungen abweichend vom geregelten Normalfall bei „außergewöhnlichen Umständen“ zulässt, genügt diesen Anforderungen nicht.

6. Art. 18 EMRK hat innerhalb der EMRK keine selbständige Bedeutung. Die Bestimmung kann nur in Verbindung mit anderen Artikeln der EMRK angewendet werden; es kann jedoch auf eine Verletzung des Art. 18 EMRK in Verbindung mit einem anderen Artikel erkannt werden. Art. 18 EMRK ist nur anwendbar, wenn ein Recht oder eine Freiheit der EMRK betroffen ist, das bzw. die von der EMRK gestatteten Einschränkungen unterliegt.

546. BVerfG 2 BvR 1136/03 – Beschluss vom 14. Juni 2004 (LG Hamburg)

Anordnung des dinglichen Arrests in das Vermögen zur Sicherung des Verfalls (Bruttoprinzip; Prüfungsanforderungen bei Entzug des gesamten Vermögens; Mittäterschaft; wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt; Organ, Vertreter oder Beauftragter einer juristischen Person); Eigentumsgrundrecht (Bestand; Nutzung; Gewährleistungsgehalt; Grundrechtsschutz durch faire Verfahrensführung); Schranken des Eigentums (Entziehung von deliktisch erlangtem Eigentum als strafrechtliche Nebenfolge); Verheimlichung eines ablehnenden Beschlusses der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren (keine Bekanntgabe, Trennung von Beschlüssen; Akteneinsicht; Entfernung aus den Akten); Effektivität des Rechtsschutzes (Prüfungsumfang des Gerichtes; Abwägung im Einzelfall; Verhältnismäßigkeit); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erschöpfung des Rechtswegs; Nachholung rechtlichen Gehörs nach § 33a StPO; nachträgliche Anhörung im Beschwerdeverfahren nach § 311a StPO; Rüge der Verfassungswidrigkeit von Normen im fachgerichtlichen Verfahren); Fall Falk (Ision / Distefora / Energies).

Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 73 Abs. 1 StGB, § 73a StGB; § 111b Abs. 2 StPO; § 111d StPO; § 111e Abs. 1 StPO; § 33a StPO; § 311a StPO; § 88 BörsG a.F.; § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG; § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG; § 263 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 147 StPO.

1. Die Bekanntgabe einer ermittelungsrichterlichen Entscheidung darf nur so lange unterbleiben, wie dies zur Sicherung des Untersuchungszweckes erforderlich ist. Ist danach eine Bekanntgabe geboten, sind dem Betroffenen alle ihn betreffenden Entscheidungen zu eröffnen. In den Fällen, in denen erst die Beschwerdeinstanz die belastende Entscheidung trifft, ist dem Betroffenen grundsätzlich mit der Beschwerdeentscheidung auch die erstinstanzli-

che Entscheidung, die den Antrag der Staatsanwaltschaft abgelehnt hat, bekannt zu geben.

2. Das Eigentum steht als elementares Grundrecht in einem inneren Zusammenhang mit der Garantie der persönlichen Freiheit (vgl. BVerfGE 68, 193, 222; 89, 1, 6). Dabei ist von Art. 14 Abs. 1 GG aber nicht nur der Bestand der Eigentumsposition geschützt, sondern auch deren Nutzung (vgl. BVerfGE 52, 1, 30; 101, 54, 75).

3. Der Gewährleistungsgehalt des Eigentumsrechts schließt den Anspruch auf eine faire Verfahrensführung ein. Bei mehreren Auslegungsmöglichkeiten des Verfahrensrechtes ist diejenige zu wählen, die es dem Gericht ermöglicht, die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten durchzusetzen und zu verwirklichen. Deshalb ist bei der Auslegung und Anwendung auch prozessualer Bestimmungen der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts gemäß Art. 14 Abs. 1 GG, in das mit der gerichtlichen Entscheidung eingegriffen wird, Rechnung zu tragen. Das schließt einen Eingriff aus, der ohne angemessene Legitimation im Verfahren auf Grund der strafprozessualen Eingriffsnormen erfolgt.

4. Zur Effektivität des Rechtsschutzes gehört es, dass das Gericht das Rechtsschutzbegehren in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht prüft. Das schließt eine Bindung des Gerichts an die im Verfahren der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen grundsätzlich aus (vgl. BVerfGE 15, 275, 282; 101, 106, 123). Die gerichtliche Entscheidung darf sich daher auch nicht auf formelhafte Bemerkungen zurückziehen, die letztlich offen lassen, ob im Einzelfall die Voraussetzungen der gesetzlichen Eingriffsermächtigung vorliegen. Zur richterlichen Einzelentscheidung gehören eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall. Schematisch vorgenommene Anordnungen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht (vgl. BVerfGE 107, 299, 325).

5. Die Beschränkung des Eigentums durch die §§ 73 ff. StGB ist verhältnismäßig; sie führt insbesondere nicht zu einer übermäßigen und daher unzumutbaren Belastung des Eigentümers einer deliktisch erlangten Vermögensposition (Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Januar 2004 – 2 BvR 564/95).

6. An die Zumutbarkeit und an das Verfahren der Anordnung eines dinglichen Arrest gem. den §§ 111b Abs. 2, 111d und § 111e StPO sind besondere Anforderungen zu stellen. Das Eigentumsgrundrecht verlangt hier eine Abwägung des Sicherstellungsinteresses des Staates mit der Eigentumsposition des von der Maßnahme Betroffenen. Je intensiver der Staat schon allein mit Sicherungsmaßnahmen in den vermögensrechtlichen Freiheitsbereich des Einzelnen eingreift, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung dieses Eingriffs.

7. Wird im Wege vorläufiger Sicherungsmaßnahmen (§§ 111b Abs. 2, 111d und § 111e StPO) das gesamte oder

nahezu das gesamte Vermögen der Verfügungsbefugnis des Einzelnen entzogen, fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht lediglich eine Vermutung, dass es sich um strafrechtlich erlangtes Vermögen handelt; vielmehr bedarf dies einer besonders sorgfältigen Prüfung und einer eingehenden Darlegung der dabei maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen in der Anordnung, damit der Betroffene dagegen Rechtsschutz suchen kann.

8. Für die Anordnung des Verfalls gegen Mittäter einer Straftat kommt es darauf an, ob diese unmittelbar aus der Tat wirtschaftlich etwas, also eigene Verfügungsgewalt, erlangt haben. In diesem Fall haften die Mittäter – bei Verfall von Wertersatz – als Gesamtschuldner. Dies erfordert aber Feststellungen darüber, inwieweit die jeweiligen Mittäter eigene Verfügungsgewalt erlangen und ob nicht ein Vertretungsfall im Sinne von § 73 Abs. 3 StGB vorliegt, bei welchem der Tatvorteil unmittelbar von einem Dritten erlangt worden ist.

9. Auch wenn das Geld seinem wirtschaftlichen Wert nach nicht unmittelbar einem tatunbeteiligten Dritten zugeflossen ist, bedarf es zur Anordnung des Verfalls der Feststellung, wer unter den Tatbeteiligten wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über das Geld erlangt hat. Eine Zurechnung nach den Grundsätzen der Mittäterschaft kommt nur dann in Betracht, wenn sich alle Beteiligten darüber einig waren, dass sie gemeinsam Verfügungsgewalt erlangt haben. Der Verfall bei Mittätern setzt danach eine Mitverfügungsgewalt aller Beteiligten an dem Erlangten voraus. Davon kann in den Fällen, in denen eine Person als Organ, Vertreter oder Beauftragter einer juristischen Person handelt und der Vorteil in das Vermögen der juristischen Person fließt, nicht ohne weiteres ausgegangen werden.

608. BVerfG 2 BvR 1012/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Augsburg; AG Augsburg)

Anspruch auf rechtliches Gehör (Verletzung durch sofortige Entscheidung trotz des Vorbehalts weiterer Begründung nach Akteneinsicht; Ausschluss von „in camera“-Verfahren im Strafprozess); Akteneinsicht (Gewährung; Informationsbeschränkung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren); Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsbeschwerde (kein Wegfall wegen Zeitablaufes bei tief greifenden Grundrechtseingriffen); dinglicher Arrest im Strafverfahren (Recht auf Eigentum; wirtschaftliche Handlungsfreiheit; Gewährung rechtlichen Gehörs schon im Arrestverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; § 147 StPO; § 33 StPO; § 33a StPO; § 111b StPO; § 111d StPO; § 917 ZPO

1. Der Umstand, dass das Bundesverfassungsgericht oft außerstande ist, schwierige Fragen in kurzer Zeit zu entscheiden, führt in den Fällen der tief greifenden und folgenschweren Grundrechtseingriffe nicht dazu, dass eine Verfassungsbeschwerde alleine wegen des vom

Beschwerdeführer nicht zu vertretenden Zeitablaufs als unzulässig verworfen wird (vgl. BVerfGE 81, 138, 140 f.).

2. Das durch Art. 103 Abs. 1 GG verbürgte grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör ist nicht nur ein „prozessuales Urrecht“ des Menschen, sondern auch ein objektivrechtliches Verfahrensprinzip, das für ein rechtsstaatliches Verfahren im Sinne des Grundgesetzes konstitutiv und grundsätzlich unabdingbar ist (vgl. BVerfGE 55, 1, 6). Der Einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um als Subjekt Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können (vgl. BVerfGE 9, 89, 95). Rechtliches Gehör sichert den Parteien ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung mit der Folge, dass sie ihr Verhalten im Prozess selbstbestimmt und situationspezifisch gestalten können.

3. Der Rechtsstaatsgedanke gebietet es, dass der von einer strafprozessualen Eingriffsmaßnahme betroffene Beschuldigte jedenfalls nachträglich Gelegenheit erhält, sich im gerichtlichen Verfahren in Kenntnis der Entscheidungsgrundlagen gegen die Eingriffsmaßnahme und den zu Grunde liegenden Vorwurf zu verteidigen (vgl. BVerfGE 18, 399, 404).

4. Die §§ 33, 33a StPO beschränken die gebotene Anhörung nicht auf Tatsachen und Beweisergebnisse; vielmehr ist über den Wortlaut der Bestimmungen im engeren Sinn hinaus jeder Aspekt des rechtlichen Gehörs davon erfasst (vgl. BVerfGE 42, 243, 250). Dazu gehört auch die Information über die entscheidungserheblichen Beweismittel.

5. Der dingliche Arrest zur Sicherung des Verfalls von Vermögensteilen und dessen Vollziehung durch Pfändungsmaßnahmen fügen dem Betroffenen einen erheblichen Nachteil zu; für die Zeit der Aufrechterhaltung der Maßnahme ist die wirtschaftliche Handlungsfreiheit gravierend beeinträchtigt. Daher ist dem Betroffenen bereits zum Rechtseingriff im Arrestverfahren und nicht erst zur endgültigen (Verfall-)Entscheidung rechtliches Gehör zu gewähren.

543. BVerfG 2 BvR 715/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2004 (OLG Köln/LG Köln)

Freiheit der Person (Anordnung einer stationären Untersuchung); körperliche Untersuchung des Beschuldigten (Feststellung der Erektionsfähigkeit; Nachtschlafuntersuchung); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit; Erforderlichkeit; Angemessenheit; Übermaßverbot; Unerlässlichkeit der Maßnahme im Strafverfahren); Grundsatz der Subsidiarität (Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung im Zwischenverfahren; Unzumutbarkeit des Zuwartens bei freiheitsentziehenden Maßnahmen); Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichtes (Evidenzkontrolle).

Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 81a StPO; § 202 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG

1. Die auf § 81a StPO gestützte Anordnung einer stationären Untersuchung im Ermittlungsverfahren stellt eine Freiheitsentziehung im Sinne der Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG dar.

2. Die Abwägung zwischen den in Betracht kommenden Maßnahmen und zwischen Anlass und Auswirkungen des angeordneten Eingriffs haben die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte unter Würdigung aller persönlichen und tatsächlichen Umstände des Einzelfalls vorzunehmen (vgl. BVerfGE 27, 211, 219). Eine dem Sinn der Grundrechte Rechnung tragende Gesetzesanwendung erfordert dabei die Berücksichtigung der Stärke des Tatverdachts (vgl. BVerfGE 17, 108, 117). Aber auch begründete Zweifel am Beweiswert der Maßnahme sind in die einzelfallbezogene Prüfung einzustellen, denn der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert im Strafverfahren, dass die Maßnahme unerlässlich ist (vgl. BVerfGE 17, 108, 117).

3. Ob § 81 a StPO die Rechtsgrundlage für eine mit einer körperlichen Untersuchung zwangsläufig verbundene Freiheitsentziehung darstellt und die materiellen Voraussetzungen einer solchen Maßnahme mit hinreichender Bestimmtheit regelt, kann dahinstehen.

545. BVerfG 2 BvR 480/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Mai 2004 (OLG München/LG Traunstein)

Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und zivilrechtliche Auskunftspflichten (Vorrang des Gläubigerinteresses; strafverfahrensrechtliches Verwertungsverbot); Zwangshaft bei nicht vertretbaren Handlungen.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 888 Abs. 1 ZPO

1. Das Verfassungsrecht schreibt keinen lückenlosen Schutz gegen staatlichen Zwang zur Selbstbezeichnung ohne Rücksicht darauf vor, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden. Unzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar wäre ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen. Handelt es sich hingegen um Auskünfte zur Erfüllung eines berechtigten Informationsbedürfnisses, wie zivilrechtlich vollstreckbare Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten, ist der Gesetzgeber befugt, die Belange der verschiedenen Beteiligten gegeneinander abzuwägen (vgl. BVerfGE 56, 37, 49).

2. Vollstreckbare, zivilrechtliche Auskunfts- und Rechnungslegungspflichten bedürfen gegebenenfalls einer Ergänzung durch ein im Wege verfassungskonformer Auslegung der einschlägigen Bestimmungen zu gewinnendes strafrechtliches Verwertungsverbot (vgl. dazu BVerfGE 56, 37, 50 ff.).

544. BVerfG 2 BvR 1588/02 – Beschluss vom 17. Mai 2004 (LG Halle/OLG Naumburg)

Antrag auf Festsetzung des Gegenstandswertes einer Verfassungsbeschwerde (Rechtsgüter vom hohen Rang; Prüfung der Verfassungsgemäßheit von Normen besonderer Bedeutung; Freiheit der Person: nachträgliche Sicherungsverwahrung).

Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 10 Abs. 1 BRAGO; § 113 Abs. 2 Satz 3 BRAGO

Betrifft die Verfassungsbeschwerde Grundrechte des Beschwerdeführers von hohem Rang und hat sie zudem zu einer Beurteilung der Verfassungsgemäßheit von Normen veranlasst, die allgemein, über die individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers hinaus, von besonderer Bedeutung sind, so rechtfertigt dies bei dem nach billigem Ermessen festzusetzenden Gegenstandswert den gesetzlichen Mindestwert ganz erheblich zu überschreiten.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

571. BGH 3 StR 112/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Lüneburg)

Rücktritt vom unbeeendeten Versuch (Verhinderung der Vollendung; Beseitigung einer Gefahr; optimale Rettungsmaßnahmen); Zweifelssatz; Wahrunterstellung (unwiderlegliche Tatsachen; Aufklärungspflicht).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

1. Für den Rücktritt vom Versuch ist ein Verhalten des Täters erforderlich, das auf die Verhinderung des tatbestandlichen Erfolgs gerichtet ist und diesen auch tatsächlich verhindert.

2. Hat der Täter eine neue Kausalkette in Gang gesetzt, die für die Nichtvollendung der Tat ursächlich geworden ist, so ist es für den Rücktritt vom Versuch unerheblich, ob er mehr als von ihm getan zur Verhinderung des Taterefolgs hätte leisten können. Auch ist nicht notwendig, dass der Täter jede Gefahr für das zunächst angegriffene Rechtsgut beseitigt, solange sich das darin liegende Risiko schließlich nicht realisiert.

3. Soweit die Entscheidung BGHSt 31, 46, 49 dahingehend verstanden worden ist, dass auch bei kausaler Erfolgsverhinderung „bestmögliche“ Bemühungen des Täters erforderlich seien, um einen strafbefreienden Rücktritt annehmen zu können, handelt es sich um eine nicht zutreffende Interpretation dieser Entscheidung (vgl. BGHSt 48, 147 m. w. N.).

4. Der Zweifelssatz gilt auch für die Anwendung der Rücktrittsvorschriften.

5. Hält das Gericht eine erhebliche entlastende Beweisbehauptung nicht für erwiesen und sieht es keine Möglichkeit, sie durch Beweiserhebung oder nach ergebnisloser Beweiserhebung argumentativ zu widerlegen, so kann es durch Wahrunterstellung seiner Vorauswürdigung Rechnung tragen. Besteht hingegen begründete Aussicht, dass die behauptete, dem Angeklagten günstige Fallgestaltung durch eine Beweisaufnahme ausgeschlossen werden kann, so ist es dem Tatgericht nicht gestattet, diese als unwiderlegbar seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

601. BGH 5 StR 115/03 – Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Hamburg)

BGHSt; BGHR; Mord (Fall Engel; Aufarbeitung von Nazi- und Kriegsverbrechen: Irrelevanz von zur Tatzeit geltendem Kriegsvölkerrecht wegen der Missachtung des Menschenrechts auf Leben; offensichtlich verbrecherischer Charakter einer Massenerschießung; Wehrmacht; objektive und subjektive Erfordernisse der Grausamkeit); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; Freispruch und Verfahrenseinstellung bei außergewöhnlichen Umständen; infolge des Alters

schwindende Verhandlungsfähigkeit: keine Behandlung als Objekt); kein Verfahrenshindernis wegen des ne bis in idem-Verbots des Schengener Durchführungsübereinkommens (Vollstreckungsbeginn; europäischer Haftbefehl; Rahmenbeschluss; Doppelbestrafungsverbot); Auslieferungsverbot des Grundgesetzes (verfahrensrechtliche Rückwirkungsprobleme; EuHbG; unzulängliches Abwesenheitsverfahren).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 211 StGB; § 212 StGB; Art. 54 SDÜ

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit für eine im Jahre 1944 während der Besetzung Italiens durchgeführte Massenerschießung italienischer Gefangener als Vergeltungsmaßnahme nach einem gegen deutsche Soldaten gerichteten Partisanenangriff. (BGHSt)

2. An die subjektiven Voraussetzungen des Mordmerkmals der Grausamkeit sind höhere Anforderungen zu stellen als an den bloßen Beleg des Bewusstseins vom verbrecherischen Charakter des erteilten Befehls im Rahmen der Schuldfrage. (Bearbeiter)

3. Einzelfall der Einstellung eines Verfahrens wegen Mordes infolge außergewöhnlicher Umstände, welche insbesondere eine Behandlung des Angeklagten als Objekt befürchten lassen (Fall Engel). (Bearbeiter)

587. BGH 1 StR 482/03 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Mosbach)

Betrug (Irrtumserfordernis bei „Betrug“ mit Telefonkarten und 0190-Nummern); Computerbetrug (unbefugtes Verwenden von Daten: hier Telefonkarten; Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses der Beteiligten für den Vermögensschaden); Erschleichen von Leistungen; schwerer Menschenhandel; Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter bei der Prostitution; Verzicht und Ausschluss der doppelten Inanspruchnahme).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 263a StGB; § 265a StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

1. Das bloße Benutzen fremder Telefonkarten löst regelmäßig nur einen technischen Vorgang aus, indem die gebührenpflichtige Verbindung hergestellt wird. Eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung liegt darin nicht. Ein betrügerisches Verhalten kann danach allenfalls in Betracht kommen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Mobiltelefonvertrages, wobei über die eigene Einschätzung der Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft getäuscht wird, aber auch dadurch, dass dem berechtigten Karteninhaber die Telefonkarte durch Täuschung „abgeschwindelt“ wird (vgl. BGHR StGB § 263a Anwendungsbereich 1).

2. Der Computerbetrug in der Alternative des „unbefugten Verwendens von Daten“ erfasst die Verwendung gefälschter, manipulierter oder mittels verbotener Ei-

genmacht erlangter Karten durch einen Nichtberechtigten (BGHSt 47, 160). Nicht tatbestandsmäßig ist hingegen die missbräuchliche Verwendung durch den berechtigten Karteninhaber; denn die Strafvorschrift ist „betrugsspezifisch“ auszulegen, so dass nur täuschungsäquivalente Handlungen unbefugt im Sinne des Tatbestandes sind (vgl. BGHSt 47, 160). Ein Computerbetrug liegt schließlich auch dann nicht vor, wenn der berechtigte Inhaber die Karte einem anderen überlässt und dieser die Karte abredewidrig nutzt (BGHR StGB § 263a Anwendungsbereich 1; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Konkurrenzen 6). Die Fragen eines rechtswidrigen Vermögensvorteils und des Vermögensschadens hängen maßgeblich von der Risikoverteilung im Innenverhältnis der an dem Vorgang Beteiligten ab.

3. Das Tatbestandsmerkmal des Erschleichens erfordert bei der Inanspruchnahme von Leistungen des Telekommunikationsnetzes eine Umgehung von Sicherungseinrichtungen im Sinne einer Einflussnahme auf den technischen Ablauf. Die unbefugte Inanspruchnahme einer Leistung zu Lasten eines Dritten reicht dazu nicht.

4. Grundsätzlich steht allein die Existenz tatbedingter Schadensersatzansprüche dem Verfall entgegen (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; vgl. BGHR StGB § 73 Tatbeute 1; BGH NSTZ 1996, 332; 2003, 533). Anders kann es dann liegen, wenn der Verletzte keinen Anspruch geltend macht und darauf verzichtet, dem Angeklagten also keine doppelte Inanspruchnahme droht und der Geschädigten auch keine Ersatzmöglichkeit entzogen wird.

599. BGH 5 StR 46/04 – Beschluss vom 12. Mai 2004 (LG Chemnitz)

Untreue (schadensgleiche Vermögensgefährdung bei unordentlicher Buchführung; Versuch); Freispruch durch das Revisionsgericht entsprechend § 354 Abs. 1 StPO. § 266 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

In den Fällen unordentlicher Buchführung kann ein Nachteil im Sinne des § 266 StGB als schadensgleiche Vermögensgefährdung angenommen werden, soweit die Durchsetzung berechtigter Ansprüche erheblich erschwert, wenn nicht gar verhindert worden ist (vgl. BGHSt 47, 8, 11 m.w.N.).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

595. BGH 4 StR 474/03 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Dortmund)

Unbenannter besonders schwerer Fall des Betruges im Sinne des § 263 Abs. 3 StGB n.F.; Strafzumessung und Verteidigungsrechte (strafschärfende Berücksichtigung des Duldens einer Falschaussage nur im Ausnahmefall; Ausdruck rechtsfeindlicher Gesinnung).

§ 263 Abs. 3 StGB n.F.; Art. 6 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB

1. Das bloße Dulden einer falschen Aussage in der Hauptverhandlung durch den Angeklagten darf nicht strafschärfend gewertet werden. Ein solches Prozessverhalten erfüllt - von Ausnahmen abgesehen - keinen Straf tatbestand (vgl. BGHSt 17, 321). Es dennoch strafschärfend zu verwerten, wäre nur dann zulässig, wenn es nicht allein auf Furcht vor Bestrafung beruhte, sondern Ausdruck von Rechtsfeindlichkeit und Uneinsichtigkeit wäre

(BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 20 m.w.N.).

2. Das Bestreiten der Tatvorwürfe durch die Angeklagten und die vom Angeklagten Sch. „durch Gesten oder Erinnern der Verteidiger“ unterstützte intensive Befragung von als Zeugen vernommenen Geschädigten durch seine Verteidiger überschreiten nicht die Grenzen angemessener Verteidigung und lassen daher keine Rückschlüsse auf eine rechtsfeindliche Einstellung der Angeklagten zu (vgl. nur BGH NStZ-RR 1999, 328 m.w.N.).

560. BGH 2 StR 386/03 - Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Limburg)

Verminderte Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung bei Mord); Verantwortlichkeit für schulderhöhende Umstände; besondere Schwere der Schuld (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Berücksichtigung eines Geständnisses).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 337 StPO

1. Bei verminderter Schuldfähigkeit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Schuldgehalt und damit die Strafwürdigkeit der Tat verringert ist, so dass regelmäßig eine Strafrahmenmilderung nach § 49 Abs. 1 StGB vorzunehmen ist.

2. Zwar können zusätzliche schulderhöhende Gesichtspunkte, etwa die Verwirklichung mehrerer Mordmerkmale mit eigenem Unrechtsgehalt, der fakultativen Milderung gem. § 49 Abs. 1 StGB entgegenstehen. Doch ist stets gesondert zu prüfen, ob die schulderhöhenden

Umstände ihrerseits dem Angeklagten anzulasten sind. Dies ist nicht der Fall, wenn die schulderhöhenden Umstände auf dem Defektzustand beruhen, der zur erheblichen Einschränkung der Schuldfähigkeit geführt hat, ohne dass der Angeklagte - wie dies etwa bei Alkoholgegnuss vor der Tat der Fall sein kann - diesen Defektzustand selbst schuldhaft herbeigeführt hat (vgl. BGH 3 StR 479/03).

583. BGH 1 StR 181/04 – Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Bamberg)

Sexueller Missbrauch von Kindern und exhibitionistische Handlungen (Serientaten; Verjährung; Unterbrechung; Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe bei Wegfall von Einzelstrafen; Ermessen des Revisionsgericht und gesetzliche Zuständigkeit des Tatrichters; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 176 StGB; § 183 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 78 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 353 StPO

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann eine Gesamtfreiheitsstrafe bei Wegfall einer Einzelstrafe oder eines kleinen Teils von Einzelstrafen dann bestehen bleiben, wenn sich die Gesamtstrafe gleichwohl nach Sachlage, insbesondere im Hinblick auf Zahl und Höhe der übrigen Einzelstrafen ohne weiteres rechtfertigt, also ohne dass insoweit Raum für die Ausübung dem Tatrichter vorbehaltenen Ermessens durch das Revisionsgericht wäre (vgl. BGH, Beschl. vom 13. Februar 2004 - 1 StR 571/03; BGH wistra 1999 28, 29).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

573. BGH 3 StR 139/04 - Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Verden)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen bei der Aufklärungsrüge: Mitteilung eines schriftlichen Sachverständigengutachten); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung auf Grund der Sachrüge, der Verfahrensrüge).

§ 244 Abs. 4 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 344 Abs. 2 Satz StPO

1. Eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung und eine Verletzung des Beschleunigungsgebots sind vom Revisionsgericht jedenfalls für den Zeitraum vor Erlass des erstinstanzlichen Urteils nur auf die Verfahrensrüge hin zu prüfen (Bestätigung von Senat, Beschluss vom 28. August 1998 - 3 StR 142/98 = BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 7 = NStZ 1999, 95; Widerspruch zum Anfragebeschluss 5 StR 376/03 vom 13. November 2003).

2. Der Senat hat Bedenken dagegen, die Zulässigkeit einer Aufklärungsrüge wegen Nichteinholung eines zweiten Sachverständigengutachtens davon abhängig zu machen, dass der Revisionsführer in seiner Rechtsmittelbegründung auch den Inhalt des schriftlich vorab erstatteten ersten Gutachtens mitteilt. Maßgeblich ist stets das in der Hauptverhandlung mündlich erstattete Sachverständigengutachten, das gegenüber dem schriftlich vorab erstatteten korrigiert und ergänzt worden sein kann (nicht tragende Erwägung).

558. BGH 2 StR 363/03 - Beschluss vom 21. April 2004 (LG Frankfurt)

Mord (niedrige Beweggründe; grundloses Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen an einem unbeteiligten Opfer); Hinweis auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts (Möglichkeit der gezielten Verteidigung; Angabe der relevanten Tatsachen; Angabe des Mordmerkmals; Beruhen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

1. Der Inhalt des Hinweises auf die Veränderung des rechtliche Gesichtspunkts (§ 265 Abs. 1 StPO) richtet sich nach dem konkreten Einzelfall. Er genügt nur dann den gesetzlichen Anforderungen, wenn er es dem Angeklagten ermöglicht, die Verteidigung auf den neuen Gesichtspunkt einzurichten.

2. Jedenfalls muss der Hinweis erkennen lassen, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale des Strafgesetzes als erfüllt ansieht, auf das es hinweist. Von einer ausdrücklichen Bezeichnung der Tatsachen darf nur dann abgesehen werden, wenn nach dem Inbegriff der bis dahin durchgeführten Hauptverhandlung kein Zweifel bestehen kann, an welche tatsächlichen Umstände der Hinweis anknüpft.

3. Erfolgt der Hinweis, es komme in Abweichung zur zugelassenen Anklage Mord in Betracht, muss für den Angeklagten auch erkennbar sein, welches Mordmerkmal gemeint ist.

585. BGH 1 StR 391/03 – Urteil vom 4. Mai 2004 (LG München)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (Entfernung bei Augenscheinseinnahme; Darlegungsanforderungen); Entfallen der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (Benutzung einer Skizze als Vernehmungsbehef; Augenschein); Beweiswert von Skizze und Photo; Öffentlichkeitsgrundsatz; Darlegungsvoraussetzungen des § 344 Abs. 2 StPO (Auseinandersetzung mit Negativtatsachen; Wiedergabe von Aktenteilen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 274 StPO; § 273 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 247 Satz 2, 2. Halbsatz StPO; § 86 StPO

1. Zu einem Fall des Entfallens der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls bei einer möglichen Augenscheinseinnahme hinsichtlich einer Skizze.

2. Eine Augenscheinseinnahme während des Ausschlusses der Öffentlichkeit für die Dauer einer Zeugenvernehmung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht zu beanstanden, wenn sie im Zusammenhang mit der Zeugenaussage steht oder sich aus ihr entwickelt (BGHR GVG § 171b Abs. 1 Augenschein 1; BGH NStZ 2003, 218).

3. Den Begründungsanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entspricht ein bloßes Zitieren des Protokolls nicht. Aktenteile, auf die die Verfahrensrüge gestützt wird, müssen in der Revisionsbegründungsschrift im einzelnen bezeichnet und wörtlich oder inhaltlich wiedergegeben werden (vgl. BGH NStZ 1992, 29). Der Vortrag muss sich mit den gegen die Behauptung der Verteidigung sprechenden Umständen auseinandersetzen.

565. BGH 2 ARs 153/04 / 2 AR 73/04 - Beschluss vom 7. Mai 2004

Anordnung der DNA-Untersuchung von aufgefundenem Spurenmaterial (Zuständigkeit des Richters); Gerichtsstandbestimmung.

§ 81e Abs. 1 StPO; § 81f Satz StPO; § 81a Abs. 2 StPO; § 162 StPO; § 14 StPO

Für die Anordnung der DNA-Untersuchung aufgefundenen Spurenmaterials ist nicht der für den Ort der beabsichtigten Analyse (vgl. § 162 Abs. 1 Satz 1 StPO) örtlich zuständige Ermittlungsrichter zuständig, sondern derjenige am Fundort der Spuren.

577. BGH 1 StR 149/04 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG München)

Höchstdauer der Unterbrechung der Hauptverhandlung (der Verfahrensförderung dienende fehlerhafte Beweisaufnahme und erklärte Wiederholungsabsicht; Konzentrationsmaxime).

§ 229 Abs. 1 StPO

Eine der Verfahrensförderung dienende Beweisaufnahme ist auch dann ein Verhandeln zur Sache, wenn sie unter einem Verfahrensfehler (hier: Fehlen eines Dolmetschers) leidet (vgl. BGH NStZ 2000, 212, 214). Ob etwas anderes dann zu gelten hat, wenn die Strafkammer bereits im Zeitpunkt dieser Beweisaufnahme beabsichtigt, sie im nächsten Fortsetzungstermin in Anwesenheit eines Dolmetschers zu wiederholen, braucht der Senat nicht zu entscheiden.

562. BGH 2 StR 458/03 - Beschluss vom 7. Mai 2004 (LG Frankfurt)

Einheitlichkeit der Revision (mehrere Verteidiger); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Einhaltung der Revisionsbegründungsfrist durch einen Verteidiger).

§ 344 StPO; § 44 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

1. Legen mehrere Verteidiger für den Angeklagten Revision ein, so handelt es sich dennoch um ein einheitliches Rechtsmittel. Die Revisionsrechtfertigungen sind ebenso zu behandeln, als hätte ein Verteidiger mehrere Rechtfertigungen eingereicht.

2. Begründet auch nur Verteidiger die Revision innerhalb der Frist des § 345 Abs. 1 StPO, so kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen nicht fristgerecht eingereichter Revisionsanträge oder Revisionsbegründungen nicht in Betracht, da die Frist insgesamt im Sinne des § 44 Abs. 1 StPO eingehalten ist, auch wenn nur die fristgerecht eingegangene Rechtfertigung zu berücksichtigen ist.

3. Das Tatgericht kann die Revision nur insgesamt als unzulässig verwerfen. Wenn mehrere Revisionsrechtfertigungen eingereicht wurden, von denen wenigstens eine vor Fristablauf eingegangen ist, so ist die Revision insgesamt zulässig und die Verwerfung als unzulässig nicht möglich.

578. BGH 1 StR 170/04 – Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Mannheim)

Verbotene Vernehmungsmethoden (bewusste Täuschung oder Irreführung; Grenze der Fortwirkung bei späterer Wiederholung der Aussage); minder schwerer Fall des Totschlages (hoher Rang des Lebens; Provokation; schwere Beleidigung bei einer Reihe von Kränkungen).
§ 136a StPO; § 213 1. Alt. StGB; § 212 StGB

1. Liegen nur fahrlässige Fehlleistungen bzw. Fehlinformationen der Ermittlungsbeamten vor, fehlt es an einem gezielten Einsatz unzulässiger Mittel im Sinne des § 136a StPO (hier: keine bewusste Täuschung; vgl. BGHSt 31, 395, 399 f.; BGH StV 1989, 515).

2. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass eine für sich gesehen nicht als schwer einzustufende Beleidigung dann als schwer bewertet werden kann, wenn sie nach einer Reihe von Kränkungen oder ehrverletzenden Situationen der „Tropfen“ war, der „das Fass zum Überlaufen“ gebracht hat (st. Rspr., vgl. BGH NSTZ 1983, 365; BGHR StGB § 213 1. Alt. Beleidigung 5).

3. Der hohe Rang des durch § 212 StGB geschützten Rechtsguts und die unter den Voraussetzungen des § 213 StGB mildere Beurteilung der Vernichtung menschlichen Lebens gebieten es jedoch, die Anforderungen an die Schwere der Beleidigungen und auch der auf die tatauflösende Situation zulaufenden Entwicklung der Täter-Opfer-Beziehung nicht zu niedrig anzusetzen (vgl. BGHSt 34, 37; BGHR StGB § 213 1. Alt. Beleidigung 4 und 6). Daher genügen nur solche Provokationen den Anforderungen des § 213 1. Alt. StGB, die auf der Grundlage aller dafür maßgebenden Umstände unter objektiver Betrachtung und nicht nur aus der Sicht des Täters als schwer beleidigend zu beurteilen sind (BGHR aaO Beleidigung 4, 5 und 6).

581. BGH 1 StR 80/04 - Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 StPO (erlaubte Verwertung des äußeren Erscheinungsbildes eines Zeugen; Aufklärungspflicht).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 52 StPO

Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO schließt nicht aus, das äußere Erscheinungsbild eines Zeugen für die Urteilsfindung zu verwerten; die Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) kann dies sogar gebieten (vgl. BGH GA 1965, 108).

582. BGH 1 StR 98/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Baden-Baden)

Voraussetzungen des Antrages auf Nachholung des rechtlichen Gehörs bei Nachreichung eines Schriftsatzes.
Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO analog; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Werden in einem nachgereichten Schriftsatz keine Revisionsangriffe von Gewicht vorgebracht und sind keine triftigen Gründe für ein Nachschieben ersichtlich, so besteht hinsichtlich des nachgereichten Schriftsatzes kein Anlass zu einer weitergehenden Begründung des Verwerfungsbeschlusses.

564. BGH 2 StR 482/03 - Urteil vom 31. März 2004 (LG Frankfurt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfahrensrüge; Verschulden des Verteidigers; Zurechnung zum Angeklagten); Täterschaft beim Betrug (Handlungssteuerung; wirtschaftliches Interesse am Taterfolg); Regelbeispiel (Urteilsgründe; Gesamtabwägung der Umstände; Erörterungsmangel).
§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 263 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

1. Die Frist zur Begründung einer Verfahrensrüge ist nicht ohne Verschulden im Sinne des § 44 StPO versäumt, wenn sich der Verteidiger kurz vor Fristablauf auf die telefonische Auskunft verlässt, das Protokoll der Hauptverhandlung sei an ihn abgesandt. Er ist vielmehr gehalten, das Protokoll bei Gericht einzusehen.

2. Zwar können besondere Umstände die Indizwirkung verwirklichter Regelbeispiele für einen besonders schweren Fall entkräften. Dies bedarf jedoch nicht in jedem Fall ausdrücklicher Erörterung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung in den Urteilsgründen.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**604. BGH 5 StR 73/03 – Urteil vom 13. Mai 2004 (LG Bremen)**

BGHSt; Untreue (grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht bei Investitionsbeihilfen und Subventionen; Vermögensbetreuungspflicht von Vorstandsmitgliedern einer AG gegenüber einer von dieser abhängigen GmbH; Schuldumfang bei der Untreue durch existenzgefährdenden Eingriff und Grundsätze des BGH zur begrenzten Verfügungsbefugnis der Gesellschafter einer juristischen Person: Sicherungspflicht; Schutzgesetz und Ausfallhaftung); Grenzen der freien Beweiswürdigung bei der Ver-

tragsauslegung (Berücksichtigung zivilrechtlicher Auslegungsregeln und der zivilrechtlichen Rechtslage im Konzern); Subventionsbetrug; mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei Unternehmen; Strafzumessung (Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung).
§ 25 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 46 StGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 264 StGB; § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB

1. Investitionsbeihilfen begründen grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1

StGB, es sei denn, der Empfänger hat zugleich über den Subventionszweck hinausgehende Vermögensinteressen des Subventionsgebers zu beachten. (BGHSt)

2. In einem Konzern verletzen die Vorstandsmitglieder der beherrschenden Aktiengesellschaft jedenfalls dann ihre Vermögensbetreuungspflicht gegenüber einer abhängigen GmbH, wenn deren Vermögenswerte in einem solchen Umfang ungesichert im Konzern angelegt werden, dass im Fall ihres Verlustes die Erfüllung von Verbindlichkeiten der Tochtergesellschaft oder deren Existenz gefährdet wäre. (BGHSt)

3. Zur Bestimmung des Schuldumfangs bei Untreue durch existenzgefährdenden Eingriff. (BGHSt)

4. Auch bei der Auslegung von Verträgen beschränkt sich die revisionsrichterliche Kontrolle auf die Prüfung, ob ein Verstoß gegen Sprach- und Denkgesetze, Erfahrungssätze oder allgemeine Auslegungsregeln vorliegt (BGH NJW 2003, 1821; vgl. auch BGHSt 37, 55, 61; 21, 371, 372). (Bearbeiter)

605. BGH 5 StR 548/03 – Urteil vom 5. Mai 2004 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; BGHR; Steuerhinterziehung; steuerrechtliches Verwendungsverbot (Handeln in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten; Grenzen des Verwendungsverbot: auf die Erzwingbarkeit der steuerlichen Erklärungspflicht bezogene einschränkende Auslegung; Irrelevanz für Allgemeindelikte; nemo tenetur Grundsatz; Schweigerecht); Selbstanzeige (Ausschlussgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO; Tatentdeckung; Normzweck; auf Steuerstraftaten beschränkte Reichweite; erforderlicher Verurteilungsverdacht; ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Kenntnissgabe der eigenen Tatbeteiligung; persönliche Erklärung; Verhältnis zum Allgemeinen Teil); Urkundenfälschung (Vorlage der Ablichtungen angeblicher Rechnungen; unechte Urkunde).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 393 Abs. 2 Satz 1 AO; § 371 AO; § 267 Abs. 1 StGB

1. Zu den Grenzen des Verwendungsverbot nach § 393 Abs. 2 Satz 1 AO. (BGHSt)

2. Die Regelung des § 393 Abs. 2 Satz 1 AO untersagt – soweit es um die Verfolgung einer Nichtsteuerstraftat geht – die Verwendung von Tatsachen oder Beweismitteln, die der Steuerpflichtige der Finanzbehörde vor Einleitung des Strafverfahrens oder in Unkenntnis der Einleitung des Strafverfahrens in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten offenbart. In Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten handelt der Steuerpflichtige, wenn er Informationen aufgrund seiner Mitwirkungspflichten mitteilt. Ein Steuerpflichtiger, der vorsätzlich falsche Angaben gegenüber den Finanzbehörden macht, um unberechtigte Vorsteuererstattungen zu erlangen, erfüllt keine steuerrechtlichen Erklärungs- und Mitwirkungspflichten. Gleiches gilt für die dabei erfolgte Vorlage gefälschter oder

verfälschter Urkunden (vgl. BGH wistra 2003, 429). (Bearbeiter)

3. Auch falsche Angaben zur Erlangung unberechtigter Vorsteuererstattungen führen dazu, dass ein Steuerverfahren in Gang gesetzt wird. Innerhalb dieses Steuerverfahrens besteht zwar keine strafbewehrte oder mit steuerrechtlichen Zwangsmitteln durchsetzbare Pflicht zu einer Richtigstellung. Der Steuerpflichtige erfüllt gleichwohl mit den wahrheitsgemäßen und vollständigen Angaben einer Selbstanzeige nunmehr seine steuerrechtlichen Erklärungs- und Mitwirkungspflichten und ermöglicht dem Finanzamt so eine zutreffende Steuerfestsetzung. Offenbart der Steuerpflichtige im Rahmen einer Selbstanzeige eine allgemeine Straftat, die er zugleich mit der Steuerhinterziehung begangen hat, besteht kein Verwendungsverbot gemäß § 393 Abs. 2 AO hinsichtlich eines solchen Allgemeindelikts. (Bearbeiter)

4. Eine wirksame Selbstanzeige im Sinne des § 371 Abs. 1 AO setzt voraus, dass die bisher unrichtigen, unvollständigen oder ganz unterbliebenen Angaben wahrheitsgemäß nachgeholt werden. Das Finanzamt muss durch die nunmehrige Mitteilung der steuerlich erheblichen Tatsachen in die Lage versetzt werden, auf ihrer Grundlage ohne langwierige Nachforschungen den Sachverhalt vollends aufzuklären und die Steuer richtig festzusetzen (vgl. BGH NJW 2003, 2996, 3000 m.w.N.). Straffreiheit tritt nicht ein, wenn zum Zeitpunkt der Berichtigung einer der Ausschlussgründe des § 371 Abs. 2 AO vorliegt oder wenn die verkürzten Steuern nicht innerhalb angemessener Frist nachgezahlt werden (§ 371 Abs. 3 AO). (Bearbeiter)

5. Die Möglichkeit zur strafbefreienden Selbstanzeige im Steuerrecht beruht vor allem auf fiskalischen Erwägungen (vgl. BGHSt 35, 36, 37; BGHR AO § 371 Abs. 1 Unvollständigkeit 2). Der Staat will dadurch, dass er bei einer Selbstanzeige Straffreiheit in Aussicht stellt, sowohl Hinweise auf bisher verschlossene Steuerquellen erlangen, um in den Besitz aller ihm geschuldeten Steuern zu kommen, als auch Hinweise auf unberechtigt geltend gemachte Steuererstattungen erhalten, um im Besitz der Steuern zu bleiben, damit er seine Aufgaben erfüllen kann (vgl. BGHSt 29, 37, 40; 12, 100 f.). Die Selbstanzeige nach § 371 AO schließt die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches über den Rücktritt vom Versuch nicht aus (BGHSt 37, 340, 345 f.). (Bearbeiter)

6. Die Selbstanzeige, für die eine bestimmte Form nicht eingehalten werden muss, ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund (vgl. BGHR AO § 371 Selbstanzeige 6). Demzufolge erlangt Straffreiheit nur, wer als Täter oder Teilnehmer einer Steuerhinterziehung die Selbstanzeige persönlich erstattet. Dies schließt jedoch nicht aus, dass die Selbstanzeige durch einen – zuvor bevollmächtigten – Vertreter erstattet wird. Dabei ist auch eine verdeckte Stellvertretung zulässig. Entscheidend ist, dass der Täter die Mitteilung veranlasst hat (vgl. BGH wistra 1990,

308) und sie ihm deshalb zuzurechnen ist. Es ist jedoch regelmäßig erforderlich, dass durch die Mitteilung die Person des Vertretenen den Finanzbehörden bekannt wird. Der Täter oder Teilnehmer einer (versuchten) Steuerhinterziehung muss in der Selbstanzeige grundsätzlich neben den Besteuerungsgrundlagen auch seinen eigenen Tatbeitrag offen legen (vgl. BGH NJW 2003, 2996, 3000). Dies erfährt jedoch eine Ausnahme, wenn eine Fristsetzung und Zahlung von hinterzogenen Steuern nicht in Betracht kommt, das heißt jedenfalls dann, wenn durch die Angaben in der Selbstanzeige ohne weiteres feststeht, dass ein Steuererstattungsanspruch nicht besteht. (Bearbeiter)

7. Einer Selbstanzeige steht die Sperrwirkung nach § 371 Abs. 1 Nr. 1 lit. a AO allerdings dann nicht entgegen, wenn zum Zeitpunkt, in dem ein Amtsträger zur Ermittlung einer Steuerstraftat erschienen ist, der von einer späteren Selbstanzeige umfasste Sachverhalt weder vom Ermittlungswillen des Amtsträgers erfasst war noch mit dem bisherigen Ermittlungsgegenstand in engem sachlichen Zusammenhang stand (vgl. BGHR AO § 371 Abs. 2 Nr. 1 Sperrwirkung 3). Für die Annahme einer Tatentdeckung im Sinne des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO reicht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ein bloßer Anfangsverdacht nicht aus. Erforderlich ist mehr als die Kenntnis von Anhaltspunkten, auch wenn die Wahrscheinlichkeit späterer Aufklärung gegeben ist. Der Tatverdacht muss sich vielmehr soweit konkretisiert haben, dass bei vorläufiger Tatbewertung die Wahrscheinlichkeit eines verurteilenden Erkenntnisses gegeben ist (vgl. BGHR AO § 371 Abs. 2 Nr. 2 Tatentdeckung 3). (Bearbeiter)

586. BGH 1 StR 466/03 – Beschluss vom 27. April 2004 (OLG Stuttgart)

Keine verfahrensrechtliche Tateinheit zwischen dem unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln und der zeitgleich begangenen Ordnungswidrigkeit des Führens eines Kraftfahrzeuges unter der Wirkung von berauschenden Mitteln (Tat im prozessualen Sinne; innerer Zusammenhang zum Mitsichführen der Betäubungsmittel).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 24a Abs. 2 StVG; § 264 StPO

1. Zwischen dem unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG) und der zeitgleich begangenen Ordnungswidrigkeit des Führens eines Kraftfahrzeuges unter der Wirkung von berauschenden Mitteln (§ 24a Abs. 2 StVG) besteht verfahrensrechtlich keine Tateinheit im Sinne des § 264 StPO, wenn das Mitsichführen der Betäubungsmittel im Kraftfahrzeug in keinem inneren Beziehungs- bzw. Bedingungs Zusammenhang mit dem Fahrvorgang steht. (BGH)

2. Sachlich-rechtlich selbständige Taten sind grundsätzlich auch prozessual selbständig. (Bearbeiter)

602. BGH 5 StR 139/03 – Urteil vom 5. Mai 2004 (LG Halle)

Bestechlichkeit; Steuerhinterziehung (Schätzungsgebot bei belegter Schuld als solcher; Grenzen der Suspendierung der Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen infolge des nemo tenetur Grundsatzes; Schweigerecht; Verwendungsverbot); Verfall bei Bestechungsgeldern (keine Ansprüche des Arbeitgebers; Vorrang der Ansprüche des Steuerfiskus).

Art. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 332 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AO; § 46 StGB; § 393 Abs. 1 AO; § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO; § 73 StGB; § 73a StGB

1. Bestechungsgelder sind erklärungsspflichtige sonstige Einkünfte gemäß § 22 Nr. 3 EStG (BGHSt 30, 46, 51).

2. Steht bei Vermögensstraftaten nach der Überzeugung des Tatrichters ein strafbares Verhalten des Täters fest, so kann die Bestimmung des Schuldumfangs im Wege der Schätzung erfolgen (BGHSt 36, 320, 328; 40, 374, 376). Ein solches Verfahren ist stets zulässig, wenn sich Feststellungen auf andere Weise nicht treffen lassen (BGHR StGB vor § 1 Serienstraftaten Betrug 1). Die Schätzung ist dann sogar unumgänglich, wenn über die kriminellen Geschäfte keine Belege oder Aufzeichnungen vorhanden sind. In Fällen dieser Art hat der Tatrichter einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang festzustellen. Die Feststellung der Zahl der Einzelakte und die Verteilung des Gesamtschadens auf diese Einzelakte erfolgt sodann nach dem Grundsatz „in dubio pro reo“ (BGHSt 40, 374, 376 f.; BGH NSStZ 1999, 581). Lässt sich nicht für jedes Steuerjahr der Empfang von Zahlungen klären, kommt auch eine Feststellung im Wege der Wahlfeststellung in Betracht.

3. Bei einer Sachlage, bei der die Schuld des Angeklagten hinsichtlich der Steuerhinterziehung als solche feststeht, dagegen lediglich die Verteilung der Höhe der hinterzogenen Steuern auf die einzelnen Jahre ungewiss ist, gibt es für einen Freispruch keinen Raum. Es ist jedoch erforderlich, bei einer Tatserie die Einzelakte so konkret und individualisiert zu ermitteln und festzustellen, dass sich daraus die Verwirklichung des objektiven und subjektiven Deliktstatbestandes ergibt (BGHSt 40, 374, 376).

4. Zwar regelt § 393 Abs. 1 AO, dass der Einsatz von Zwangsmitteln unzulässig ist, soweit der Steuerpflichtige eigene Steuerstraftaten offenbaren müsste, was in bestimmten Fällen sogar dazu führt, dass die Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen suspendiert ist (vgl. BGHSt 47, 8, 12; BGHR AO § 393 Abs. 1 Erklärungs-pflicht 2 und 3). Soweit der Steuerpflichtige mit einer wahrheitsgemäßen Erklärung allgemeine Straftaten offenbart, ist er durch das Steuerheimnis (§ 30 AO) sowie das in § 393 Abs. 2 AO normierte begrenzte strafrechtliche Verwertungsverbot geschützt (vgl. BVerfGE 56, 37, 47).

5. In Anbetracht der überragenden Bedeutung der in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO genannten Rechtsgüter für ein ordnungsgemäß funktionierendes Gemeinwesen wird dem

Steuerpflichtigen die Erklärung auch solcher Einkünfte zugemutet, durch deren Offenbarung er in den Verdacht einer Straftat geraten und durch die er sich der Gefahr der Strafverfolgung aussetzen kann. Um einen Ausgleich im gegebenen Spannungsfeld – zwischen den in § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO genannten Rechtsgütern einerseits, dem Schutz vor erzwungener Selbstbelastung und dem Steuergeheimnis andererseits, jeweils vor dem Hintergrund der gebotenen Sicherung eines vollständigen Steueraufkommens – zu finden, wird es naheliegen, an die Konkretisierung der gebotenen steuerlichen Erklärungen möglicherweise niedrigere Anforderungen zu stellen als sonst nach § 90 AO geboten. Eine solche Reduzierung des Erklärungsumfangs könnte etwa darin bestehen, dass die Einkünfte nur betragsmäßig, nicht aber unter genauer Bezeichnung der Einkunftsquelle zu benennen sein werden.

6. Eine steuerliche Erklärungspflicht im Hinblick auf erhaltene Schmiergelder ist verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich (Art. 6 Abs. 1 MRK) nur dann hinnehmbar, wenn bei der Rechtsfolgenentscheidung der enge zeitliche und sachliche Zusammenhang zwischen der Bestechlichkeit und der Steuerhinterziehung berücksichtigt wird und dem durch eine straffe Zusammenziehung der zu verhängenden Einzelstrafen Rechnung getragen wird.

594. BGH 4 StR 49/04 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Dortmund)

Bestechlichkeit (auf eine pflichtwidrige Diensthandlung bezogene Unrechtsvereinbarung; Dienstpflicht zur Anzeige von Korruptionssystemen bei Vorgesetzten und außerhalb des Aufgabenbereichs im engeren Sinne); Strafvereitelung im Amt.

§ 332 Abs. 1 StGB; § 52 BBG; § 55 BBG; § 258 StGB; § 258a StGB

Nach Auffassung des Senats ist nicht nur bei Vorgesetzten über den eigentlichen Aufgabenbereich hinaus eine beamtenrechtliche Dienstpflicht anzunehmen, ein bekannt gewordenes Korruptionssystem von großem Ausmaß bei der vorgesetzten Behörde anzuzeigen oder auf sonstige geeignete Weise den stattfindenden Manipulationen entgegenzutreten.

588. BGH 1 StR 522/03 – Urteil vom 21. April 2004 (LG Traunstein)

Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung nach § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO und § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; Feststellung von bedingtem Vorsatz bei Kurierfahrten (Fahrlässigkeit; subjektive Zurechnung der gesamten, erheblichen Rauschgiftmenge; Strafzumessung); Entzie-

hung der Fahrerlaubnis bei Kurierfahrten (charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Zurückweisung der Anfrage des vierten Strafsenats). § 15 StGB; § 29 BtMG; § 46 StGB; § 69 Abs. 1 StGB; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Ein Drogenkurier, der weder auf die Menge des ihm übergebenen Rauschgifts Einfluss nehmen noch diese Menge überprüfen kann, wird in der Regel auch damit rechnen müssen, dass ihm mehr Rauschgift zum Transport übergeben wird, als man ihm offenbart. Das gilt jedenfalls dann, wenn zwischen ihm und seinem Auftraggeber kein persönliches Vertrauensverhältnis besteht. Lässt er sich auf ein solches Unternehmen ein, dann liegt auf der Hand, dass er die Einfuhr einer Mehrmenge billigend in Kauf nimmt. Gegen einen derartigen bedingten Vorsatz können aber Umstände sprechen, die dem Kurier die Überzeugung zu vermitteln vermögen, sein Auftraggeber habe ihm die Wahrheit gesagt (vgl. nur BGH NStZ 1999, 467).

2. Führt der Täter eine Rauschgiftmenge ein, die tatsächlich größer ist, als er sie sich vorgestellt hat, so darf die von seinem Vorsatz nicht umfasste Mehrmenge dann als tatschulderhöhend gewertet und mithin strafschärfend berücksichtigt werden, wenn ihn insoweit der Vorwurf der Fahrlässigkeit trifft (§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; vgl. auch § 29 Abs. 4 BtMG; BGH StV 1996, 90).

572. BGH 3 StR 116/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bestimmung des Schuldumfangs; Menge der Betäubungsmittel; nicht geringe Menge; Eigenkonsum).

§ 29a BtMG

1. Zur Bestimmung des Schuldumfangs bei unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist der Gehalt reinen Betäubungsmittels in den vom Täter gehandelten Betäubungsmittelzubereitungen notfalls im Wege der Schätzung und unter Beachtung des Zweifelssatzes zu bestimmen. Verwendet der Täter einen Teil der erworbenen Rauchgiftmenge zum Eigenkonsum, so sind die Anteile der weiterveräußerten und der konsumierten Betäubungsmittel in gleicher Weise zu bestimmen.

2. Im Rahmen der Beurteilung, ob Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln vorliegt, können die Einzelmengen verschiedener Betäubungsmittel gewichtet und addiert werden (vgl. BGH 1 StR 473/02 - Beschluss vom 16. Januar 2003).

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Justiz und Terrorismus – am Beispiel der Fälle Padilla, Hamdi, Moussaoui und Mottasadeq

von Dr. iur. h.c. **Gerhard Strate**, Rechtsanwalt in Hamburg*

New York, das Juwel unter den Metropolen, und seine Bewohner wurden am 11. September 2001 Opfer eines Anschlages, dessen Scheußlichkeit nur deshalb nicht unsere Phantasie übersteigt, weil er tatsächlich geschehen ist. Dieser Anschlag hat Tausende von Menschen das Leben gekostet. Die Erschütterungen, die fortauern, betreffen die Grundfesten unseres gesellschaftlichen Zusammenlebens, auch und gerade unserer Rechtsordnung. Prinzipien, die als ehern galten, werden in Frage gestellt. Die Fragesteller gerieren sich als mutige Querdenker, die es auf die Entrüstung ihrer Zuhörer und Leser anzulegen scheinen. Ein renommierter Harvard-Professor (Alan Dershowitz), dessen Biographie durch unerschrockenes Eintreten für Bürgerrechte geprägt ist, wird plötzlich zum Befürworter der Folter, allerdings unter vorgeblich strikten, richterlich angeordneten Regeln. Ein deutscher Strafrechtslehrer (Günther Jakobs) beginnt darüber nachzudenken, ob das klassische „Bürgerstrafrecht“ ausreicht, dem er auf der Ebene sog. „Idealtypen“ das „Feindstrafrecht“ gegenüberstellt. Den philosophischen Diskurs zwischen sich selbst, Rousseau, Hobbes, Kant und Fichte läßt er in einem kürzlich veröffentlichten Aufsatz dann doch schnell praktisch werden:

„Wem das alles noch dunkel erscheint, dem sei durch einen Hinweis auf die Taten des 11. September 2001 blitzartig zu einer Erhellung verholfen. ... Verbrechen bleiben auch dann Verbrechen, wenn sie mit radikalen Absichten und im großen Stil begangen werden. Aber es ist doch sehr wohl zu fragen, ob nicht durch die strikte Fixierung auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren – die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist. Anders formuliert: wer den Feind unter den Begriff des bürgerlichen Verbrechers bringt, sollte sich nicht wundern, wenn die Beg-

riffe ‚Krieg‘ und ‚Strafverfahren‘ durcheinandergeraten.“¹

Daß die Begriffe Krieg und Strafverfahren nicht durcheinandergeraten, ist allerdings nicht eine Frage philosophischer Distinktionen, sondern häufig auch eine Frage ganz persönlichen Einsatzes und beherzten Mutes. Zwei kurze Porträts „stiller Helden“ will ich hier voranstellen:

1. Der Fall Padilla v. Rumsfeld

Das erste ist das einer Anwältin in New Jersey. Wir schreiben den 10.6.2002. *Donna R. Newman* befährt an diesem Montag-Morgen gerade die Mautstraße von New Jersey nach Manhattan zu einem routinemäßig wahrzunehmenden Gerichtstermin, als sie von einem Freund, der im Büro des District Attorney's tätig ist, einen Anruf erhält. „The Pentagon has seized one of your clients“ („Das Pentagon hält einen Deiner Mandanten fest“), hört sie am anderen Ende der Leitung. Ihr Mandant, *Jose Padilla*, war am Tage zuvor, am 9.6.2002, vom Präsidenten der Vereinigten Staaten zu einem „enemy combatant“ (wörtlich: Feind-Kämpfer) erklärt worden. Donna R. Newman hatte bis dahin als Einzelanwältin in einem kleinen Büro in West-Manhattan sich mit den Alltagsfällen der Kriminalität in einer großen Stadt befaßt. Ihre erste Reaktion war ungläubig: „I thought he was joking, I had never even heard of an enemy combatant.“² („Ich dachte er macht Witze, ich hatte noch nie etwas von einem Feind-Kämpfer gehört“).

Was war passiert? Am 8.5.2002 war Jose Padilla, amerikanischer Staatsbürger, aus Pakistan kommend über den Flughafen Chicago eingereist. Dort wurde er von Beamten des FBI festgenommen auf der Grundlage eines von einem New Yorker Richter erlassenen „material witness warrant“, und zwar im Zusammenhang mit Ermittlungen zu den Anschlägen vom 11.9.2001. Er wurde nach New York gebracht und dort einem zuständigen Richter vorgeführt. Da Padilla keinen anwaltlichen Beistand hatte, ordnete der Richter Donna Newman bei. Sie führte mit Padilla mehrere Gespräche und stellte schließlich am 22.5.2002 den Antrag, den „material witness warrant“ aufzuheben. Zur Verhandlung über den Antrag wurde durch den „District Court for the Southern District of New York“ der 11.6.2002 angesetzt. Zwei Tage vor diesem Termin wurde der Richter seitens der Regierung in Kenntnis gesetzt, daß der Präsident gegen Padilla eine „Order“ erlassen habe, „designating Padilla as an enemy combatant and directing Secretary Rumsfeld to detain him“ („Padilla als Feind-Kämpfer einstuftend und anordnend, daß Secretary Rumsfeld ihn festsetzen möge“). Bevor Donna Newman ihren Mandanten noch ein weite-

* Der Beitrag ist eine der Veröffentlichung leicht angepaßte (und mit weiterführenden Fußnoten versehene) Fassung des Vortrags, den der Verfasser am 10.6.2004 auf einer Veranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer aus Anlaß des 125jährigen Bestehens der Rechtsanwaltskammern in Berlin gehalten hat.

¹ *Jakobs*, in HRRS [www.hrr-strafrecht.de] 2004, 88 ff.

² National Catholic Reporter, 7.3.2003 (http://natcath.org/NCR_online/archives2/2003a/030703/030703j.htm).

res Mal sprechen konnte, war er von Beamten des United States Marshal Service bereits den Beamten des Verteidigungsministeriums übergeben und in ein hochgesichertes Militärgefängnis nach Charleston in South Carolina verbracht worden. Seitdem sitzt er dort ein, wie die Amerikaner sagen, „incommunicado“, d.h. abgeschnitten von seiner Außenwelt, ohne Zugang durch seinen Anwalt oder Familienangehörige.³

Donna Newman wollte dies nicht auf sich sitzen lassen. Noch im Termin, der eigentlich zur Anhörung über den „material witness warrant“ gedacht war, formulierte sie für ihren Mandanten eine „Habeas-Corpus-Petition“, ein Verfahren zur gerichtlichen Überprüfung von Freiheitsentziehungen. Da Padilla ihr für diesen Zweck eine Vollmacht nicht mehr unterzeichnen konnte, petitionierte sie für Padilla „as next friend“ (als nächster Freund), was nach der Rechtstradition in den Vereinigten Staaten möglich ist.

Ihrer ersten Empörung machte sie in harschen Worten Luft: „As a citizen, it frightens me. I'm frightened that the rest of America doesn't see it. If it can happen based on somebody's suspicions, it means you can pluck people off the street and nobody will know. ... That's what they had in Argentina.“⁴ („Als Bürger macht mich das erschrecken. Es erschrickt mich, daß der Rest von Ame-

³ Nicht zur Unterstützung von Verständnis, sondern allein, um auf die (auch) emotionalen Wurzeln mancher Aktivitäten der augenblicklichen amerikanischen Regierung und ihrer konstitutionellen Rechtfertigung hinzudeuten, sei darauf hingewiesen, daß die Vereinigten Staaten von Amerika zuletzt im Jahre 1814 sich auf ihrem Staatsgebiet militärischen Angriffen ausgesetzt sahen (durch britische Truppen). Die terroristischen Anschläge auf das World Trade Center werden nicht nur von der Bush-Administration, sondern auch von Teilen der Bevölkerung als ein feindlicher Angriff auf ihr Staatsgebiet verstanden. Hieraus leitet sich her, daß der Umgang mit Personen, die der Teilhabe am Terrorismus verdächtig erscheinen, juristisch (zum Teil) durch Rückgriff auf Recht aus Kriegszeiten legitimiert wird. Hierbei spielt eine besondere Rolle die Entscheidung des US Supreme Court „*Ex Parte Quirin et al.*“ vom 31.7.1942 (317 U.S. 1, 12/13), in der es um sieben Agenten ging, die von deutschen U-Booten aus an der US-amerikanischen Ostküste angelandet waren, um in den USA Sabotage-Akte auszuführen. Hier sprach der US Supreme Court aus, daß „ordinary constitutional doctrines do not impede the Federal Government in its dealings with enemies“ („die verfassungsrechtlichen Prinzipien die Regierung nicht an dem [von ihr für richtig gehaltenen] Umgang mit Feinden hindert“), sie deshalb keine Befugnis hätten, vor den ordentlichen Gerichten Habeas-Corpus-Petitionen einzureichen; die Befugnisse des Präsidenten gegenüber Feinden „must be absolute“ („müssen absolut sein“). Zwei der Agenten behaupteten, sie seien amerikanische Staatsbürger; der US Supreme Court sah hierin keinen Grund, sie anders als die deutschen Agenten zu behandeln: „This does not change their status as ‚enemies‘ of the United States“ („Das ändert nichts an ihrem Status als ‚Feinde‘ der Vereinigten Staaten“). Zur unmittelbaren Legitimation der Freiheitsentziehungen bei „enemy combatants“ wird von den Vertretern der Regierung in den diversen Prozessen zusätzlich auch die „Joint Resolution“ des Senats und des Repräsentantenhauses vom 12.9.2001 herangezogen.

⁴ Wie FN 3.

rika es nicht sieht. Wenn das passieren kann allein auf der Basis eines Verdachts von irgendwem, dann bedeutet das, daß Du Menschen von der Straße weggreifen kannst und niemand weiß es. .. Das ist, was sie in Argentinien hatten.“) In den folgenden zwei Jahren widmete sich Donna Newman nur noch diesem Fall. Vom Gericht wurde ihr bzw. Padilla noch ein zweiter Anwalt beigeordnet. Mit der Zeit erhielt sie immer mehr Unterstützung, nicht nur von der National Association of Criminal Defense Lawyers und der American Bar Association, auch von konservativen Institutionen, so dem Rutherford Institute, und einer Vielzahl weiterer Organisationen. Das Rubrum der letzten von ihr erstrittenen Gerichtsentscheidung zählt insgesamt fünfzig „amici curiae“ auf, die unterstützende Stellungnahmen eingereicht hatten.

Die Regierung trat ihrer Habeas-Corpus-Petition entgegen: Donna Newman habe keine Vollmacht. Auch sei sie kein „next friend“; sie habe mit ihrem Mandanten nur einige Male gesprochen, daraus erwachse noch keine Freundschaft. Außerdem sei „Secretary Rumsfeld“ nicht der richtige Gegner, sie habe, wenn überhaupt, den Direktor des Gefängnisses verklagen müssen. Außerdem habe der District Court in New York keine Zuständigkeit („lack of personal jurisdiction“). Da Padilla „in association with Qaeda“ stehe, zu befürchten sei, daß er teilnehmen werde an terroristischen Akten gegen die Vereinigten Staaten, sei es gerechtfertigt ihn als „enemy combatant“ in einem Militärgefängnis festzuhalten.

Am 10.6.2003 entschied zunächst der District Court: Donna Newman dürfe als „next friend“ für Padilla eine Habeas-Corpus-Petition einbringen; darüberhinaus sei Secretary Rumsfeld der richtige Adressat der Klage; auch habe das Gericht die Zuständigkeit zur Entscheidung; außerdem habe Padilla das Recht auf Beratung durch einen Anwalt; der District Court ordnete an, daß die Parteien Bedingungen vereinbaren, unter denen Padilla seine Anwältin sprechen könne. „Secretary Rumsfeld“ weigerte sich, dies zu tun. Immerhin gab der District Court der Regierung insoweit recht, als es dem Präsidenten das Recht zuerkannte, Menschen mit dem Status eines „enemy combatant“ zu belegen; angesichts der vorliegenden Beweise sei dies bei Padilla auch gerechtfertigt.

Das von beiden Seiten eingelegte Rechtsmittel führte in einer wegweisenden Entscheidung des „United States Court of Appeals for the Second Circuit“ vom 18.12.2003⁵ zu einem vollen Erfolg für Donna Newman.

⁵ Das Bundesappellationsgericht (United States Court of Appeals) ist das höchste ordentliche Bundesgericht der Vereinigten Staaten von Amerika, vergleichbar unserem Bundesgerichtshof. Es ist eingeteilt in insgesamt elf „Circuits“ (Kreise), welche jeweils zuständig sind für die Bundesbezirksgerichte (District Courts) mehrerer Bundesstaaten. Die einer Bundesverwaltung unterstehenden, jedoch staatsrechtlich nicht die Stellung eines Bundesstaates besitzenden Gebiete des District of Columbia (Gebiet der Bundeshauptstadt Washington) oder Puerto Rico bilden ebenfalls eigene „Circuits“; insgesamt zählt man dreizehn „Circuits“. Vgl. hierzu *Niklaus Schmid*, Strafver-

Der Präsident, so das Bundesappellationsgericht, habe nicht die Macht, amerikanische Staatsbürger auf amerikanischem Boden unter Berufung auf seine Funktion als „Commander-in-Chief“ ergreifen und, mit dem Status eines feindlichen Kämpfers versehen, festsetzen zu lassen; eine solche Maßnahme müsse durch den Kongreß autorisiert worden sein.

Ihrer Entscheidung, die durch eine ausführliche historisch-staatsrechtliche Argumentation geprägt ist, stellen sie die folgenden, durchaus bewegenden Sätze voran:

„As this court sits only a short distance from where the World Trade Center once stood, we are as keenly aware as anyone of the threat al Qaeda poses to our country and of the responsibilities the President and law enforcement officials bear for protecting the nation. But presidential authority does not exist in a vacuum, and this case involves not whether those responsibilities should be aggressively pursued, but whether the president is obligated, in the circumstances presented here, to share them with Congress.“⁶

(“Da dieses Gericht seinen Sitz in nur geringer Entfernung von dem Ort hat, wo das World Trade Center einst stand, sind wir genauso nachdrücklich wie jedermann der Bedrohung bewußt, die Al Qaeda für unser Land darstellt; ebenso wissen wir um die Verantwortlichkeiten, die der Präsident und alle Staatsbeamten für den Schutz der Nation tragen. Aber die Autorität des Präsidenten lebt nicht in einem Vakuum, und dieser Fall hat nichts mit der Frage zu tun, ob diese Verantwortlichkeiten (Aufgaben) nachdrücklich (aggressiv) verfolgt werden sollen, sondern allein mit der Frage, ob der Präsident unter den hier geschilderten Umständen verpflichtet ist, die Verfolgung dieser Verantwortlichkeiten mit dem Kongreß zu teilen.“)

2. Der Fall Hamdi v. Rumsfeld

Der Fall ist jetzt beim US Supreme Court anhängig. Er trägt dort den Namen „Rumsfeld v. Padilla“. Die Anhörung fand am 28.4.2004 statt. Zeitgleich wurde verhandelt der Fall „Hamdi v. Rumsfeld“. Während in ersterem Fall die Regierung die Verfassungsklage führt, ist es im letzteren Falle der – ebenfalls wie Padilla – vom Präsidenten als „enemy combatant“ eingeordnete Yaser Hamdi. Auch er ist amerikanischer Staatsangehöriger, wurde aber nicht, wie Padilla, auf us-amerikanischem Boden festgenommen, sondern 2001 im Zusammenhang mit den Kampfhandlungen in Afghanistan von Truppen der Nordallianz. Zuerst nach Guantanamo Bay verbracht,

fahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg 1993, S. 46/47.

⁶ Diese, wie auch die nachfolgend zitierten Entscheidungen us-amerikanischer Gerichte finden sich im Internet unter <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases>.

stellte sich heraus, daß Hamdi wahrscheinlich amerikanischer Staatsbürger ist, geboren in Louisiana, als Kind mit seinen Eltern nach Saudi-Arabien übergesiedelt. Er wurde daraufhin in ein Militärgefängnis nach Norfolk/West-Virginia verlegt, ist aber weiterhin ohne Zugang durch seine Angehörigen oder einen Anwalt. Der Fourth Circuit Court of Appeals, gestützt auf eine Entscheidung des US Supreme Court aus dem Jahre 1942⁷, sah einen Unterschied zu dem Fall Padilla, den die Kollegen vom Second Circuit Court of Appeals entschieden hatten: Hamdi sei unmittelbar bei Kampfhandlungen gegen amerikanische Truppen festgenommen worden. Selbst wenn er amerikanischer Staatsbürger ist, liege es in der Macht des Präsidenten, ihn als „enemy combatant“ einzustufen. Sowohl vor dem Fourth Circuit Court of Appeal als auch vor dem District Court wurde Hamdi durch den Federal Public Defender, Frank Willard Dunham, Jr., vertreten. Frank Dunham war es auch, der die Zulassung der Klage gegen diese Entscheidung durch den US Supreme Court erreichte.

Frank W. Dunham Jr. ist der andere „stille Held“, dessen Porträt in die Schilderung des juristischen Szenarios hier kurz eingestreut werden soll: Er ist „Federal Public Defender for the Eastern District of Virginia“, quasi höchster Pflichtverteidiger in diesem Bundesstaat. In seinem Büro in Alexandria hängt noch gerahmt seine Ernennungsurkunde durch John Mitchell, 1969 bis 1972 Attorney General unter Nixon (1974 wegen Behinderung der Justiz und Meineides im Zusammenhang mit dem Watergate-Skandal verurteilt). Von seiner politischen Einstellung her ist Dunham wohl eher Republikaner, von daher vermutlich ein Sympathisant des Führungswechsels nach Clinton. Seine Verteidigung der Bürgerrechte ist von seinen möglichen politischen Sympathien für die augenblickliche Regierung jedoch völlig unbeeinflusst. Sie ist geprägt durch Unbeirrbarkeit und Konsequenz.

3. Der Fall United States v. Moussaoui

Dies leitet über auf den Fall von *Zacarias Moussaoui*, französischer Staatsbürger algerischer Abstammung, der in Alexandria einsitzt und lange Zeit als der „zwanzigste Hijacker“ galt. Auch hier ist Frank Dunham gerichtlich bestellter Verteidiger. Um nicht ansatzweise den Anschein aufkommen zu lassen, die Nachdrücklichkeit der Verteidigung könnte durch die öffentliche Bestellung Frank Dunhams in Frage gestellt sein, hat er noch zwei weitere unabhängige Verteidiger hinzugezogen, Edward MacMahon und Judy Clarke, die aus seinem Etat bezahlt werden.

Moussaoui ist kein leichter Mandant. Mit seinen Anwälten spricht er nicht; bei seinem ersten öffentlichen Auftritt anlässlich der Verlesung der Anklage bezichtigt er seine Anwälte gleichermaßen wie die Vorsitzende des District Court eines „plot to kill him“ (einer Verschwörung, ihn zu ermorden). Seine Eingaben an das Gericht sind regelmäßig mit Beschimpfungen, Verwünschungen und Bedrohungen verbunden, jeweils unterschrieben mit

⁷ Siehe oben FN 3.

„Slave of Allah“. Einer seiner ersten Anträge war darauf gerichtet, seine Anwälte zu entlassen. So kam es auch, daß das Gericht seinem Antrag, sich selbst zu verteidigen, stattgeben mußte⁸. Die Verteidiger erhielten den Status eines „Stand-by-Counsel“ (Anwalt in Wartestellung), durften also zunächst nur unterstützend eingreifen, wo ihnen Initiativen des sich selbst verteidigenden Beschuldigten sinnvoll erschienen, oder, in höherer Instanz, Moussaoui nicht mehr selbst auftreten konnte.

Die zentrale juristische Auseinandersetzung bei Moussaoui hat deutliche Parallelen zu den Problemen, mit denen sich die deutschen Gerichte in den beiden Prozessen gegen Motassadeq und Mzoudi konfrontiert sahen:

Moussaoui kam in Haft drei Wochen vor den Anschlägen auf das World Trade Center wegen des Verdachts eines Verstoßes gegen Einreisebestimmungen. Nachdem man herausgefunden hatte, daß er ebenfalls Flugschulen besucht hatte, in denen die Flugzeugführer des 11. September gelernt hatten, wurde er im Dezember 2001 und alsdann erweitert im Juli 2002 angeklagt in sechs Anklagepunkten: der Verschwörung zur Durchführung von terroristischen Akten über die Grenzen hinweg, der Verschwörung zur Entführung von Flugzeugen, der Verschwörung zur Zerstörung von Flugzeugen, der Verschwörung zur Benutzung von Massen-Vernichtungswaffen, der Verschwörung zur Ermordung von Beamten der Vereinigten Staaten von Amerika und der Verschwörung zur Zerstörung von Eigentum. Wegen der ersten vier Vorwürfe strebt die Regierung eine Verurteilung zur Todesstrafe an. Moussaoui bestreitet, von den Planungen eines Angriffs auf das World Trade Center gewußt zu haben.

Während die Ermittlungen gegen Moussaoui noch andauerten, wurden außerhalb der USA weitere Personen ergriffen⁹, denen eine wichtige Rolle bei der Vorbereitung der Anschläge auf das World Trade Center zugemessen wird. Moussaoui stellte alsbald nach dem Bekanntwerden der Festnahmen bei dem District Court in Alexandria Anträge auf „access“ (Zugang) zu den potentiellen Zeugen. Am 30.1.2003 ordnete die Richterin Leonie Brinkema an, daß Moussaoui dieser Zugang ver-

schaft werden müsse, da es sicher sei, daß einer der Zeugen in die Planungen des 11. September eingebunden war, und es nicht ausgeschlossen werden könne, daß sein Zeugnis Moussaoui entlastet. Die Regierungsvertreter schlugen „Substitutions“ vor, schriftliche Zusammenfassungen aus den Verhören, die dann im Prozeß verlesen werden könnten – eine Möglichkeit, die im „Classified Information Procedures Act“ (CIPA) geregelt ist, wobei die Verlesung vom Einverständnis des Angeklagten abhängig wäre. Die Vorsitzende des District Court lehnte dies ab, da die „Reports“ über die Verhöre „unreliable“ (unzuverlässig) und die daraus gewonnenen „Substitutions“ in mehrererlei Hinsicht unzulänglich seien („flawed in numerous aspects“). Nachdem am 29.8.2003 der District Court eine Order herausgegeben hatte, Moussaoui Zugang auch noch zu einem weiteren Zeugen zu verschaffen, die Regierungsvertreter dieses ebenfalls ablehnten und die von ihnen vorgelegten „Substitutions“ unzulänglich erschienen, ordnete Leonie Brinkema schließlich am 2.10.2003 an, daß alle Anklagevorwürfe, die Moussaoui der Todesstrafe aussetzen, zu streichen seien; auch im übrigen dürften in den Prozeß keine Beweismittel eingebracht und keine Fragen gestellt werden, die Moussaoui in Verbindung mit den Anschlägen vom 11. September 2001 brächten. Ihre Begründung ist lesenswert:

„The Court has previously found that the defendant’s fundamental right to a fair trial includes the right to compel the trial testimony of witnesses, presumably in Government custody, who may be able to provide favourable testimony on his behalf. Moreover, we have also concluded that, consistent with well-established principles of due process, the United States may not maintain this capital prosecution while simultaneously refusing to produce witnesses who could, at minimum, help the defendant avoid a sentence of death.“

(„Das Gericht hat schon kürzlich ausgesprochen, daß das grundlegende Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren das Recht einschließt, die Aussage von Zeugen im Prozeß zu erzwingen, die vermutlich im Gewahrsam der Regierung sich befinden und möglicherweise ein dem Beschuldigten günstiges Zeugnis ablegen können. Außerdem haben wir festgestellt, und zwar in Übereinstimmung mit feststehenden Grundsätzen eines gerechten Verfahrensganges, daß die [Regierung der] Vereinigten Staaten von Amerika nicht diesen schwerwiegenden Vorwurf [Strafverfolgung] aufrechterhalten kann, während sie gleichzeitig sich weigert, die Zeugen zu präsentieren, die – zumindest – geeignet wären, den Beschuldigten vor der Todesstrafe zu bewahren.“)

Es war klar, daß die Vertreter der Regierung diese Entscheidung des District Court’s nicht akzeptieren würden. Am 3.12.2003 wurde vor dem „United States Court of

⁸ Dies geschah in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des US Supreme Court’s, der in einer Entscheidung vom 30.6.1975 das „right of self-representation“ als in der Verfassung (dem „Sixth Amendment“) garantiert sah (*Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 821); in der Zwischenzeit (am 14.11.2003) hat die Richterin des District Court’s Moussaoui das Recht auf Selbstverteidigung aberkannt, da seine Anträge an das Gericht gekennzeichnet seien durch „contemptuous language that would never be tolerated from an attorney and will no longer be tolerated from this defendant“ („verächtliche Sprache, die niemals bei einem Anwalt toleriert werden würde und auch nicht länger bei diesem Beschuldigten toleriert werden wird.“); Quelle: The Washington Times vom 15.11.2003.

⁹ Die Namen der festgenommenen Personen werden hier nicht ausdrücklich genannt, da sie offiziell immer noch „classified“ sind; der Verfasser hält sich in diesem Zusammenhang hieran, da er im Falle Moussaoui ebenfalls für das Amt des „Federal Public Defender for the Eastern District Virginia“ tätig ist.

Appeals for the Fourth Circuit“ über die Beschwerde der Regierung verhandelt. Die Entscheidung erging am 22.4.2004. Die Entscheidungsgründe sind zwiespältig. Auf der einen Seite anerkennt der Court of Appeals, daß Moussaoui das Recht hat, die fraglichen Zeugen zu laden, und zwar auch dann, wenn sie sich nicht auf amerikanischem Boden befinden. Solange sie sich im Gewahrsam amerikanischer Behörden befinden, seien sie für das Gericht und auch für den Angeklagten erreichbar. Auch bestehe dieses Recht, wenn es wahrscheinlich erscheint, daß der fragliche Zeuge von seinem Recht, sich durch seine Aussage nicht selbst belasten zu müssen, Gebrauch machen werde. Auch sieht der Court of Appeals, daß die fraglichen Zeugen den Beschuldigten in seiner Verteidigung unterstützen könnten. Da die Weigerung der Regierung, die Zeugen zu präsentieren, andauern werde, kommt das Beschwerdegericht schließlich zu einer Lösung, die allein vor dem Hintergrund des Jury-Systems verständlich ist und sich entlang handelt an den Bestimmungen des schon erwähnten „Classified Information Procedures Act“ (CIPA). Aus den Zusammenfassungen der Verhörprotokolle sollen „Substitutions“ gefertigt werden, deren Inhalt von den Vertretern der Regierung, dem Gericht und der Verteidigung *gemeinsam* erarbeitet werden soll (außerhalb des Gerichtssaals). Sofern auf diese Weise zwischen den Beteiligten ein „Kommunique“ über den Inhalt der Aussagen geschaffen wurde, soll dessen Inhalt im Prozeß verlesen werden und zur Beweisgrundlage gemacht werden, dies aber auch nur dann, wenn der Angeklagte zuvor einer Verlesung zugestimmt hat.

Die Entscheidung ist selbst für amerikanische Rechtsexperten schwer verständlich, zumal der Kompromiß zwischen auseinander driftenden Meinungen innerhalb des Gerichts sich auch darin dokumentiert, daß der Entscheidung des dreiköpfigen Spruchkörpers zwei, jeweils zu unterschiedlichen Passagen dissidentierende Meinungen angefügt sind, also offenbar der gesamte Text in den jeweiligen Passagen mit unterschiedlich gruppierten Mehrheiten zustande gekommen ist. Kommentar in einer juristischen Chat-Gruppe: „Guesswork in black robes“ (Rätselwerk in schwarzen Roben).

Der Fall Moussaoui leitet über zu den beiden Fällen, die in Deutschland in Aufarbeitung der Anschläge des 11.9.2001 verhandelt worden sind. Ich möchte mich hierbei konzentrieren auf den Fall *Motassadeq*.

4. Der Fall Motassadeq

Motassadeq ist marokkanischer Staatsangehöriger. Er kam 1993 nach Deutschland. Seit dem Wintersemester 1995 studierte er an der Technischen Universität Hamburg-Harburg Elektrotechnik. 1998 machte er das Vordiplom. Zu seinem Freundeskreis zählten die späteren Flugzeugentführer Atta, Alshehi, Essabar und Jarrah sowie der in die Vorbereitungen auf den Anschlag offenbar mit einbezogene, 2002 in Pakistan festgenommene Binalshib sowie der nach dem 11.9.2001 untergetauchte Bahaji.

Motassadeq befand sich seit dem 28.11.2001 in Untersuchungshaft; am 19.2.2003 wurde er vom Hanseatischen Oberlandesgericht wegen Beihilfe zum Mord in 3066 Fällen sowie zum versuchten Mord und zur gefährlichen Körperverletzung in fünf Fällen in Tateinheit mit Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung zu einer Freiheitsstrafe von fünfzehn Jahren verurteilt.

Motassadeq war *atmosphärisch* stark belastet durch den Umstand, daß er im Sommer 2000 sich in Afghanistan in einem Lager der der Al Qaeda aufgehalten und dort auch an Schießübungen teilgenommen hatte. Ansonsten gab es nichts, was ihn indiziell irgendwie in Verbindung mit den Planungen des Anschlages in Verbindung brachte. Seine letzte Aktivität war eine Geldüberweisung auf Bitten Binalshibs in Höhe von 5000 DM von einem Konto des Alshehi, für das Motassadeq Kontovollmacht hatte.

Um – ihrer Überzeugung folgend – eine Einbindung Motassadeqs plausibel erscheinen zu lassen, schrieben die Richter des Hanseatischen Oberlandesgerichts die Zeitgeschichte um. Die eigentlichen Planungen für den Anschlag sollen den schriftlichen Urteilsgründen zufolge schon zu einem Zeitpunkt eingesetzt haben, als Motassadeq noch regelmäßig mit den späteren Entführern zusammen war und mit ihnen gesehen wurde, nämlich Ende 1998/Anfang 1999. Bereits im Frühjahr 1999 hätten Atta, Alshehi, Jarrah, Binalshib, Essabar und Motassadeq den Entschluß gefaßt, durch die Entführung von Flugzeugen und zielgerichtet sowie zeitgleich herbeigeführte Abstürze in symbolträchtige Gebäude wie dem World Trade Center eine Vielzahl von Bürgern der USA zu töten. Das Urteil betont, daß diese sechs Personen wußten, dieser Plan werde nur mit erheblichem organisatorischen, logistischen, finanziellen und personellen Aufwand realisiert werden können. Nachdem sie ihre Planungen in Hamburg von der Intention her abgeschlossen hatten, seien sie dann anschließend nach Afghanistan gereist, um auch Usama Bin Laden, Mitbegründer und Financier der Al Qaeda, hierfür zu gewinnen. Es heißt dann wörtlich im Urteil: „Daß das Attentatsvorhaben bei Bin Laden auf offene Ohren stoßen würde, war der Gruppe um Atta klar.“

Also: Die Planung und Organisation der Anschläge auf das World Trade Center lag bei der sechsköpfigen „Gruppe um Atta“ in Hamburg-Harburg, aus Afghanistan gab es nur finanzielle und personelle Unterstützung. Die terroristische Vereinigung, die die Attentate plante und ausführte, bestand nur aus Atta, Alshehi, Jarrah, Binalshib, Essabar und Motassadeq. Nach der Konstruktion des Hanseatischen Oberlandesgerichts hätte beispielsweise Usama Bin Laden nur als Unterstützer der in Hamburg-Harburg beheimateten terroristischen Vereinigung um Atta belangt werden können (und als Gehilfe für die von dieser Vereinigung ausgeführten Verbrechen).

Daß dies nur wenig übereinstimmt mit den inzwischen, aber auch schon bei Urteilsverkündung zugänglichen Quellen, braucht nicht weiter betont zu werden. Ebenso wenig war dieser Punkt wichtig für die Revision. Daß

strafrichterliche Urteile nicht mit der historischen Wahrheit übereinstimmen, hat noch *nie* den Eintritt der Rechtskraft gehindert. Verhängnisvoll für den Bestand des Urteils wurde eine andere Passage auf der viertletzten Seite der schriftlichen Urteilsbegründung:

„Es liegt auch kein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren vor, welcher dem Senat möglicherweise Anlaß geben könnte, das Verfahren auszusetzen.“

Ein solcher Verstoß kann auch nicht darin gesehen werden, daß keine Verfahrensaussetzung erfolgt, obwohl Binalshib zwar zur Zeit nicht, aber möglicherweise in ferner Zukunft doch vernommen werden kann. Der Grundsatz des ‚fair trial‘ darf nämlich nicht an die Stelle von Vorschriften der StPO oder von Verfahrensgrundsätzen gestellt werden. Hier steht die Erreichbarkeit des Zeugen Binalshib in Rede und damit eine Frage, die in § 244 Abs. 3 StPO abstrakt geregelt und nach dieser Regel durch den Senat mit Beschluß wie Anlage Nr. 23 zum Hauptverhandlungsprotokoll vom 14.1.03 auch konkret erörtert worden ist. Zu berücksichtigen wären im Übrigen auch der im Falle einer Verfahrensaussetzung gefährdete Grundsatz der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs und der Beschleunigungsgrundsatz, der in vorliegender Haftsache ein besonderes Gewicht hat. Den sich aus einer Anwendung des § 244 Abs. 3 StPO möglicherweise ergebenden Unzuträglichkeiten steht im Übrigen das potentielle Korrektiv des Wiederaufnahmeverfahrens gegenüber, wobei es derzeit keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, daß Aussagen Binalshibs vorhanden oder zu erwarten sind, die zu einer Wiederaufnahme des vorliegenden Verfahrens führen könnten.“¹⁰

Der Sache nach bekannte sich hier das Hanseatische Oberlandesgericht zur sog. „Windfall“-Theorie („Fall-obst“-Theorie) der amerikanischen Regierung, deren Vertreter dem Begehren der Verteidiger von Moussaoui, Zugang zu den inzwischen festgenommenen Personen zu erhalten, entgegenhielten: die Festnahme dieser Personen sei doch aus der Perspektive von Moussaoui reiner Zufall, so zufällig wie der „Windfall“¹¹, also das reife Obst an den Bäumen, welches nach einem Windstoß in den Garten des Nachbarn fällt. Der Prozeß gegen ihn, so die Konsequenz der „Windfall“-Theorie, hätte auch stattfinden müssen, wenn diese Personen *nicht* festgenommen worden wären. Ihre Festnahme ebenso wie ihr Nicht-Erscheinen im Prozeß behindere dessen Fortgang und Fairneß *nicht*.

¹⁰ UA S. 67.

¹¹ *United States of America v. Zacarias Moussaoui*, Opinion of the United States Court of Appeals for the Fourth Circuit, Decided April 22, 2004, p. 11.

In einer ungewöhnlich kraftvollen Diktion, durchdrungen von rechtsstaatlichem Impetus, hat der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einer am 4. März dieses Jahres verkündeten Entscheidung einem derart saloppen Umgang mit der Aufklärungspflicht Einhalt geboten. Binalshib sei unmittelbar Tatbeteiligter gewesen. Es sei deshalb nicht auszuschließen, daß er als einziger Überlebender – neben dem flüchtigen Bahaji – etwas zum Umfang der Tatbeteiligung Motassadeqs, auch entlastend, hätte aussagen können:

„Nach alledem hätte sich das Oberlandesgericht hier nicht mit der Feststellung begnügen dürfen, daß der Tatbeteiligte Binalshib für eine Vernehmung nicht zur Verfügung stand und auch nicht geklärt werden konnte, ob und gegebenenfalls welche Angaben er bei seinen Vernehmungen durch US-amerikanische Stellen über die Einbindung des Angeklagten in Planung und Vorbereitung der Anschläge vom 11. September 2001 machte.“

Zwar müsse ein unerreichbares Beweismittel bei der Würdigung der erhobenen Beweise grundsätzlich außer Betracht bleiben:

„Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch dann, wenn der um Rechtshilfe ersuchte Staat ein erhebliches eigenes Interesse an dem Ausgang des Strafverfahrens hat, etwa weil – wie hier – die angeklagten Straftaten und deren Folgen maßgeblich auch seine eigene Sicherheit sowie die Rechtsgüter seiner Bürger verletzen und die Bundesrepublik Deutschland daher in einer Art stellvertretenden Strafrechtspflege auch für ihn tätig wird. Insbesondere wenn er in einem derartigen Fall selbst Beweismittel – hier in Person des Zeugen W. – für den Tatnachweis zur Verfügung stellt, darf es nicht unberücksichtigt bleiben, wenn er andere, für die Tataufklärung zentrale Beweismittel, die potentiell zur Entlastung des Angeklagten geeignet sein könnten, dem deutschen Strafgericht vorenthält. Die anderenfalls nicht auszuschließende Gefahr, daß der ausländische Staat durch die selektive Gewährung von Rechtshilfe den Ausgang des in Deutschland geführten Strafverfahrens in seinem Sinne steuert, kann im Hinblick auf das Recht des Angeklagten auf eine faire Verfahrensgestaltung nicht hingenommen werden.“¹²

Das sind sehr selbstbewußte Worte. Sie zeigen, daß unsere Justiz bislang nicht der Versuchung erlegen ist, die der große amerikanische Richter, Rechtsgelehrte und Poet *Oliver Wendell Holmes* in dem Sarkasmus zusammengefaßt hat: „Hard cases make bad law“. Auch die amerikanische Justiz, tatsächlich und emotional sehr viel mehr in einer unmittelbaren Konfrontation mit den Auswirkungen

¹² Vgl. BGH in StV 2004, 192, 195 m. Bespr. Gaede StraFO 2004, 195 ff.

gen terroristischer Akte als wir in Mitteleuropa, hat den Bestrebungen, ein paralleles Rechtssystem aufzurichten, das sich ihrer Jurisdiktion entzieht, eine Reihe von mutigen Entscheidungen entgegengesetzt, die absehbar auch Guantanamo Bay nicht in einem rechtsfreien Raum belassen¹³.

¹³ Vgl. hierzu *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, Opinion filed December 18, 2003, p. 8/9 (*Falen Gharebi v. George Walker Bush, Donald H. Rumsfeld*): "We recognize that the process due 'enemy combatant' habeas petitioners may vary with the circumstances and are fully aware of the unprecedented challenges that affect the United States' national security interests today, and we share the desire of all Americans to ensure that the Executive enjoys the necessary power and flexibility to prevent future terrorist attacks. However, even in times of national emergency – indeed, particularly in such times – it is the obligation of the Judicial Branch to ensure the preservation of our constitutional values and to prevent the Executive Branch from running roughshod over the rights of citizens and aliens alike. Here, we simply cannot accept the government's position that the Executive Branch possesses the unchecked authority to imprison indefinitely any persons, foreign citizens included, on territory under the sole jurisdiction and control of the United States, without permitting such prisoners recourse of any kind to any judicial forum, or even access to counsel, regardless of the length or manner of their confinement. We hold that not lawful policy or precedent supports such a counter-intuitive and undemocratic procedure, and that, contrary to the government's position, *Johnson* neither requires nor authorizes it. In our view, the government's position is inconsistent with fundamental tenets of American Jurisprudence and raises most serious concerns under international law." ("Wir erkennen an, daß das Habeas-Corpus-Verfahren gegenüber Antragstellern mit dem Status eines 'enemy combatant' den Umständen entsprechend variieren mag. Auch sind wir uns vollauf bewußt der beispiellosen Herausforderungen, die die Sicherheitsinteressen der Vereinigten Staaten zur Zeit beeinflussen, und wir teilen den Wunsch aller Amerikaner, daß die Regierung alle erforderlichen Befugnisse und die nötige Flexibilität besitzt, um künftige terroristische Attacken zu verhindern. Dennoch: sogar in Zeiten nationalen Notstandes – in der Tat: besonders in solchen Zeiten – ist es die Verpflichtung der Judikative, die Bewahrung der Werte unserer Verfassung sicherzustellen, und zu verhindern, daß die Exekutive über die Rechte der Bürger – und der Ausländer gleichermaßen – rücksichtslos hinweggeht. Hier [in diesem Falle], können wir es schlicht nicht akzeptieren, wenn die Regierung die Auffassung vertritt, die Exekutive habe die ungehinderte Macht, irgendwelche Personen, ausländische Staatsbürger eingeschlossen, auf undefinierbare Zeit einzusperrern, auf Territorium, das unter der alleinigen Gerichtsbarkeit und Kontrolle der Vereinigten Staaten steht, ohne diesen Gefangenen irgendein Rechtsmittel zu irgendeinem justitiellen Forum oder gar nur Zugang zu einem juristischen Berater zu gestatten, und das ohne Rücksicht auf die Dauer und die Form ihrer Einschließung. Wir sind der Auffassung, daß weder gesetzliche Verfahrensregeln noch Präzedenzfälle eine solche den Gefühlen widerstrebende, undemokratische Prozedur rechtfertigen, und daß – im Gegensatz zu der Auffassung der Regierung – *Johnson* [gemeint: die Entscheidung des US Supreme Court's vom 5.6.1950 in der Sache *Johnson v. Eisentrager*, 339 U.S. 763] sie weder erfordert noch autorisiert. Aus unserer Sicht ist die Position der Regierung unvereinbar mit grundlegenden Lehren amerikanischer Rechtswissenschaft und unterliegt völkerrechtlich den ernstesten Bedenken.")

5. Schluß

Die vergleichende Betrachtung der Judikatur in den Vereinigten Staaten und in der Bundesrepublik Deutschland führt zurück zum Ausgangspunkt der Betrachtung. Wie muß Justiz mit den Gefahren des Terrorismus umgehen? Es ist klar: Ein Feind-Strafrecht darf es nicht geben. Sein notwendigerweise zu bildendes sprachliches Pendant, das Freund-Strafrecht, zeigt schon die ganze Unsinnigkeit der Konstruktion. Strafrecht für Freunde und Strafrecht für Feinde – das ist die sichere Wegweisung, Freund von Feind nicht mehr unterscheiden zu können.

Transponiert in eine Maxime menschlichen Handelns und Richtens ist es der Aufruf zur Willkür. Historisch wäre es der selbstvergessene Abschied von den Erfahrungen der beiden Generationen vor uns: Selbst für die Untaten der Kriegsverbrecher des Nazi-Regimes galt der von der Generalversammlung der UN im November 1946 für die Nürnberger Prozesse bekräftigte Grundsatz: „Any person charged with a crime under international law has the right to a fair trial on the facts and law.“ („Jede Person, angeklagt eines Verbrechens nach dem Völkerrecht, hat einen Anspruch auf einen fairen Prozeß sowohl hinsichtlich der Ermittlung der Fakten als auch der Anwendung des Rechts“).

6. Nachtrag

Am 28.6.2004 hat der US Supreme Court über die Klagen von Padilla und Hamdi entschieden. Padillas Rechtsmittel wurde zurückgewiesen aus formellen Gründen: er hätte nicht Rumsfeld verklagen dürfen, sondern die Direktorin des Militärgefängnisses in Charleston (South Carolina); aus diesem Grunde sei auch der District Court for the Southern District of New York nicht zuständig gewesen. Hamdi hingegen bekam recht.¹⁴ als amerikanischer Staatsbürger habe er – selbst bei Einstufung als „enemy combatant“ (deren grundsätzliche Zulässigkeit in Kriegszeiten der US Supreme Court nicht in Frage stellte) – einen Anspruch auf Unterrichtung über die gegen ihn erhobenen tatsächlichen Vorwürfe und auf Rekurs zu einem „neutral decisionmaker“ („neutralen Entscheidungsträger“), um seine Einstufung als „enemy combatant“ überprüfen zu lassen. Eine individuelle Prüfung des Falles müsse auf jeden Fall – selbst in Kriegs- und Konfliktzeiten – stattfinden. Ein auf die Vorlegung von „some evidence“ („irgendein Beweis“) reduziertes Beweismaß sei mit der Verfassung nicht vereinbar. Bemerkenswert ist vor allem die engagierte Dissenting Opinion des Justice Antonin Scalia, der traditionell dem konservativen Flügel des Gerichts zugerechnet wird. In einer breit angelegten historischen Analyse des „Writ of Habeas Corpus“ geißelt er die rechtlichen Positionen der Regierung in ungewöhnlich scharfzüngiger Weise, aber auch frühere Entscheidungen des Supreme Court bleiben von seiner Kritik nicht ausgespart. Die für die rechtlichen Auseinandersetzungen um die Möglichkeit einer Einstufung als „enemy combatant“ zentrale Entscheidung des

¹⁴ Vgl. HRRS 2004 Nr. 542.

US Supreme Court in der Sache „*Ex parte Quirin et al.*“ aus dem Jahre 1942 (oben Fußnote 4) wird von ihm lakonisch wie folgt charakterisiert: „*The case was not this Court's finest hour.*“ Die Entscheidung des US Supreme

Court's vom 28.6.2004 – wenn auch behaftet mit vielen Vagheiten – kam auf jeden Fall zu besserer Stunde.

Unheil oder Paradigmenwechsel?

Erste Anmerkungen zu einem „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“¹

von Rechtsanwalt **Klaus-Ulrich Ventzke**, Hamburg²

I.

„Strafprozessreform ist ein Begriff, der großes Unheil ankündigt“. So leitete *Peter-Alexis Albrecht*³ auf dem 25. Strafverteidigertag seinen Vortrag über das Strafverfahrensänderungsgesetz vom 11.11.2000 ein. Dieses Vorverständnis entspricht den Erfahrungen von Strafverteidigern mit Reformbemühungen, die die Strafprozessordnung – sie wird in diesem Jahr 125 Jahre alt – zum Gegenstand hatten. „Der Strafverteidigertag protestiert ...“ – das war die (nicht nur berufspolitische) Konsequenz, die auf dem 24. Strafverteidigertag einer der Verfasser des Diskussionsentwurfes, *Jerzy Montag*⁴, in Erinnerung rief, allerdings um den Strafverteidigertag schon „auf dem Weg von der Protestkultur zur Beteiligung in der rotgrünen Bundesregierung“ zu sehen. Im wissenschaftlichen Schrifttum⁵ ist bilanzierend darauf hingewiesen worden, dass die Stärkung von Beschuldigtenrechten seit geraumer Zeit nicht mehr originäres Reformziel war, vielmehr die Vorgaben

- Bekämpfung besonderer Kriminalitätsformen
- Opferschutz
- Einsparung von Ressourcen

die gesetzgeberischen Aktivitäten bestimmten. Die Entwurfsverfasser erwecken den Eindruck, dass der Diskussionsentwurf (im folgenden: DE) nicht in dieser unheilvollen Tradition steht: Von einem „Paradigmenwechsel im deutschen Strafprozessrecht“⁶ ist die Rede oder da

¹ Vorgelegt von den Bundestagsfraktionen der SPD sowie der Bündnisgrünen und dem Bundesministerium der Justiz (Stand: 18.02.2004); vgl. erstmals dazu: FR vom 14.02.2004, S. 1. Der Entwurf ist verfügbar unter <http://www.stpo-reform.de/entwurf.php>

² Der Text lag meinen Beiträgen in der Arbeitsgruppe 7 des 28. Strafverteidigertages in Karlsruhe vom 06.03.2004 zugrunde. Herrn Referendar Dr. Gerwin Moldenhauer danke ich für die ebenso intensive wie instruktive Diskussion des DE.

³ StV 2001, 416.

⁴ In: Justizreform 2000 – Kurzer Prozess mit neuen Mitteln, 2002, S. 9 ff..

⁵ z.B. *Dedy*, Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahrens, 2002, S. 65 ff..

von, dass der DE eine „fortschrittliche Zielrichtung“ aufweise, die der Abgeordnete *Montag* in einer Presseerklärung vom 13.02.2004 leitsatzartig wie folgt umschreibt:

„Opferrechte stärken!
Beschuldigtenrechte stärken!
Strafverfahren optimieren!“

Die Befürchtung, dass die Beschuldigtenrechte einmal mehr zwischen gestärkten Opferrechten und „Optimierungsbemühungen“ – gemeinhin der Euphemismus für „kurzen Prozess“ – unter die Räder kommen, verstärkt sich bereits, wenn man parallel die Presseerklärung des Abgeordneten *Joachim Stinker* vom 13.02.2004 studiert, in der er als Mitverfasser seine Sicht der Dinge schildert: Die Stärkung von Beschuldigtenrechten findet in ihr keine, dafür aber der verfahrensbeschleunigende Effekt der stärkeren Einbindung des Verteidigers in das Ermittlungsverfahren umso mehr Erwähnung. Das läge nicht nur auf der Linie des sog. Eckpunktepapiers⁷, als dessen Fortschreibung sich der DE (S. 1 f.) ausdrücklich bezieht, sondern entspricht auch dem Stellenwert, der dem DE in der bisherigen Reformdiskussion zukam.

„Wir werden Sie jagen!“, drohte der Abgeordnete *Kauder*⁸ am 03.07.2003 im deutschen Bundestag den Regierungsparteien an, und er meinte einmal mehr „Opferschutz und Opferentschädigung“. Und die Gejagten haben zu ihrer Verteidigung – auch im Zusammenhang mit der allfälligen „Justizbeschleunigung“ und verspottet von Oppositionsabgeordneten – immer auch auf eines verwiesen, nämlich auf den in der Entstehung begriffenen DE⁹.

II.

Gleichwohl: Nehmen wir die Behauptung der Verfasser des DE beim Wort, dass er zumindest auch eine Stärkung der Verteidigungsrechte intendiert. Stellen wir uns vor, wie sich unser Berufsalltag veränderte, hätten wir am 08.03.2004 die Regelungen des DE anzuwenden. Wie würde am Abend dieses Tages unser Rückblick ausfallen?

Ich will also weder zu dem verfahrensrechtlichen Idealbild des DE, sollte es überhaupt existieren, noch dazu sprechen, welche Fragen nicht zum Gegenstand des Entwurfs gemacht worden sind. Ausklammern will ich ferner Fragen der politischen Machbarkeit (auch von Alternativvorschlägen). Mir geht es allein um die praktischen

⁶ FR a.a.O..

⁷ StV 2001, 314.

⁸ Bundestagsprotokoll 15. Wahlperiode, S. 4693 C.

Auswirkungen des Entwurfs, allerdings unter Zugrundelegung vor allem zweier – leider nicht mehr selbstverständlicher – Prämissen:

1. Strafverteidigung hat – unabhängig von der leidigen dogmatischen Qualifizierung der Verteidigerrolle¹⁰ – staatliches Eingriffsverhalten abwehrenden Charakter. Dem Beschuldigten ist beizustehen gegen staatliche Bemühungen, ihm nachzuweisen, dass er sich im Ergebnis zu Unrecht auf die Unschuldsvermutung beruft.¹¹

2. Erst im Strafverfahren stellt sich heraus, ob es einen Täter und „sein Opfer“ gibt.¹² Das ist nicht nur im Hinblick auf einen vom DE entgegen seiner Intention (S. 16) nicht korrigierten Sprachgebrauch des bisherigen Gesetzgebers vom „Täter“ (z.B. § 163 f StPO) in Erinnerung zu rufen, sondern auch deshalb unumgänglich, weil in der rechtspolitischen Diskussion gerade in der letzten Zeit ungeniert der Eindruck erweckt wird, es werde nur über „Täter“ zu Gericht gessen:

„Mit dem Wegfall einer Tatsacheninstanz werden Rechte des Täters eingeschränkt.“¹³

So ein liberaler Bundestagsabgeordneter, im Hauptberuf Staatsanwalt. Und eine für die Oppositionsparteien tätige Volljuristin steht ihm in nichts nach:

„Der Täter möchte immer im besten Licht dastehen, um eine für ihn günstige Entscheidung herbeizuführen. Sein Verteidiger wird ihn dabei nur unterstützen.“¹⁴

Allerdings: Argumentative Verwahrlosung oder Gedankenlosigkeit, die sich hierin spiegelt, ist nicht wesentlich gefährlicher als ein „samtpfötiger“ Sprachgebrauch, gegen den sich die zuletzt zitierte Abgeordnete wandte: „Zukunftssichere Weiterorientierung des Strafverfahrens“ (S. 16), „Nutzung kommunikativer Elemente“ (S. 16), „transparenter Verhandlungsstil“ (S. 23), „qualifizierte Streitkultur“ (S. 24), Konsens, Kooperation, Modernität – ein derartiges Wortgeklingel ist nicht nur in seiner Häufung wenig schön, sondern stiftet Verwirrung, wenn mit ihm der „Paradigmenwechsel“ im Strafverfahren praktisch betrieben werden soll. *Edda Weßlau*¹⁵ hat auf die Notwendigkeit, hierbei begriffliche Disziplin

⁹ Jeweils zitiert nach den Homepages der Fraktionen: MdB *Stünker* anlässlich der ersten Lesung der Bundestags-Drucksache 15/814 am 08.05.2003; MdB *Montag* am 27.06.2003 anlässlich der Beratung über das Justizmodernisierungsgesetz; MdB *Röttgen* am 13.11.2003 anlässlich der Debatte über das Opferrechtsreformgesetz; vgl. auch MdB *Stünker* Bundestagsprotokoll 15. Wahlperiode, S. 8406 C

¹⁰ Vgl. nur *Roxin*, in: Festschrift für *Hanack*, 1999, S. 1/8 ff.

¹¹ Vgl. zuletzt *Gatzweiler*, in: *Kohlmann* u.a.(Hg): *Entwicklungen und Probleme des Strafrechts*, 2004, S. 59/64 ff.

¹² Z.B. *Freund* GA 2002, 82/86; *Salditt*, StV 2002, 273 ff.; *Krauß* in: Festschrift für *Lüderssen*, 2002, S. 269 ff.; *Dedy* a.a.O., S. 119 f.; *Stünker* a.a.O. S. 8405 C

¹³ MdB *van Essen* am 13.11.2003 anlässlich der Lesung des Opferrechtsreformgesetzes.

¹⁴ MdB *Raab* aus demselben Anlass.

walten zu lassen, eindringlich hingewiesen. Oder in den Worten *Peter-Alexis Albrechts*¹⁶:

„Das Problem ist, dass das Strafverfahren niemals als harmonischer Ort denkbar ist. Hier geht es um den ureigenen Konflikt zwischen Staat und Individuum, zwischen Strafverfolgungsinteressen und Grundrechten.“

3. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Würden wir am 08.03.2004 auf unseren ersten Arbeitstag mit dem DE zurückblicken, so würden wir ungeachtet vereinzelter Verbesserungen der Rechtslage bestenfalls ratlos sein: Die anzuwendenden neuen Vorschriften lassen vielfach einen klaren Regelungsgehalt vermissen. Sie verlangen uns vor allem aber das ab, was *Peter-Alexis Albrecht*¹⁷ als „Kuhhandel“ klassifiziert hat:

„Der Verteidiger soll zu einem frühen Zeitpunkt in die Ermittlungen einbezogen werden. Im Gegenzug verzichten Verteidiger und Beschuldiger auf Rechtsgarantien in der Hauptverhandlung. (...) Der Konsens, der da erzielt werden soll, ist einseitig. Er erleichtert die Strafverfolgung. Der Strafverteidiger soll helfen, die Strafverfolgung zu erleichtern. Die ‚Harmonie‘, die den Konflikt ersetzt, geht zu Lasten des Beschuldigten.“

III.

1. Änderungen im Rechtsmittelrecht stellten lange Zeit eines der zentralen Themen des Reformdiskurses dar. Der DE hält sich hier zurück und sieht – bis auf eine allerdings gravierende Ausnahme – von strukturell schwerwiegenden Änderungen ab.

a) Für das Revisionsverfahren wird im DE ausdrücklich an zwei Änderungen gedacht:

Zum einen sieht § 345 Abs. 1 DE vor, dass der Vorsitzende des Tatgerichts „durch unanfechtbare Verfügung“ die Revisionsbegründungsfrist „auf Antrag um bis zu einem Monat“ verlängern kann. Nicht geregelt sind folgende Punkte:

- Inhaltliche Anforderungen an die Antragsbegründung,
- Kriterien der Entscheidung des Vorsitzenden,
- Zeitpunkt/Form der Entscheidung,

¹⁵ Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2002, S. 13 ff.

¹⁶ Die vergessene Freiheit, 2003, S. 130.

¹⁷ Ebd.; vgl. auch *Salditt* StV 2001, 311 ff.; ZStW 2003, 570 ff.; anders nuanciert wohl *Prittowitz*, in: Festschrift für *Bemann*, 1997, S. 596 ff.

- Konsequenzen eines Unterbleibens der Entscheidung bzw. einer nur teilweisen Fristverlängerung.

Das ist nicht durchdacht. *Hillenkamp*,¹⁸ auf den sich der DE (S. 51) beruft, hatte mit guten Gründen eine Entscheidung des Vorsitzenden des Revisionsgerichts befürwortet, was aber neben den dogmatischen Bedenken des DE jedenfalls kaum praktikabel sein dürfte: Die Akten müssten während der Revisionsbegründungsfrist zwischen Tatgericht und Revisionsgericht hin und her geschickt werden. Vor allem aber: Die Handhabung des Wiedereinsetzungsrechts ist im Hinblick auf die §§ 344, 345 StPO seit jeher mit gravierenden Problemen behaftet¹⁹. Sie werden durch diesen konturlosen Reformvorschlag unheilvoll verstärkt. Warum also keine an § 275 StPO – wie auch immer – angelehnte Staffelung der Revisionsbegründungsfrist, die allen Verfahrensbeteiligten die notwendige Sicherheit bei der Fristbestimmung vermitteln würde?

Zum anderen soll § 344 Abs. 2 StPO verändert werden. Allerdings steht nicht eine Entschärfung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO auf der Tagesordnung. Absatz 2 soll vielmehr durch den folgenden Satz 3 ergänzt werden:

„Im Übrigen soll der Beschwerdeführer angeben, auf welcher Verletzung einer anderen Rechtsnorm das Urteil beruht.“ (S. 10, 50)

Was diese ausdrücklich als solche klassifizierte bloße Soll-Vorschrift praktisch bewirken soll, verrät der DE nicht. Bereits jetzt gilt: Der Beschwerdeführer wird der Revisionsstaatsanwaltschaft und dem Revisionsgericht seine sachlichrechtlichen Bedenken gegen das angefochtene Urteil frühestmöglich mitteilen.²⁰ Andererseits: Die dem Revisionsgericht eröffnete Möglichkeit, die sachlichrechtliche Unbedenklichkeit eines tatgerichtlichen Urteils auf die allgemeine Sachrüge hin umfassend zu überprüfen, ist unverzichtbar, solange durch die revisionsgerichtliche Praxis auch die Einheitlichkeit der Rechtsprechung gesichert werden soll.²¹ Und zudem: Bisher hatten sich die Revisionsgerichte unter dem Blickwinkel einer unzulässigen Sachrüge eher mit Revisionsbegründungen auseinanderzusetzen, in denen Zuviel – auf Urteilsfremdes Bezugnehmendes – zu lesen war.²² Trotzdem – und auch deshalb stelle ich sie an den Anfang meiner Erörterungen – ist die „Regelung“ in ihrer argumentativen Herleitung symptomatisch für den DE:

„Die vom Angeklagten als Revisionsführer verlangte verstärkte Mitarbeit ist sachgerecht, weil gerade seine Stellung und seine Verteidigung, insbesondere durch die verstärkten Mitwir-

kungsbefugnisse bei Beweiserhebungen, in den vorangegangenen Abschnitten des Verfahrens entscheidend gestärkt werden. (S. 50)“

Was hat das, die von den Entwurfsverfassern behauptete Stärkung der verfahrensrechtlichen Stellung eines Angeklagten, mit dem Rechtsinstitut der Sachrüge des Revisionsrechts zu tun?

Blickte man am 08.03.2004 auf die revisionsrechtlichen Vorschriften, so lautete das Fazit bestenfalls: Weder Unheil noch Paradigmenwechsel.

b) Zu einem völlig anderen Ergebnis führte indes der Blick auf die geänderten Vorschriften des Berufungsrechts. Gewiss: Einschränkunglos zu begrüßen ist es, dass entgegen den Vorstellungen etwa des Justizbeschleunigungsgesetzes²³ die Annahmoberufung abgeschafft werden soll, aber um welchen Preis!

§ 319 Abs. 1 StPO würde wie folgt lauten (S. 10):

„Ist die Berufung verspätet eingelegt oder nicht begründet worden, so hat das Gericht des ersten Rechtszuges das Rechtsmittel als unzulässig zu verwerfen.“

Der Berufungsführer wird nämlich zukünftig verpflichtet sein, die Berufung „binnen einer Woche“ nach Urteilszustellung zu begründen:

„Der Beschwerdeführer hat dabei das mit der Berufung erstrebte Ziel anzugeben; vorhandene Beweismittel soll er angeben.“ (§ 317 S. 2 DE)

Derartige kommentiert sich selbst: Wer weiß oder wissen müsste, dass

- der Verteidigerwechsel häufig nach Zustellung des schriftlichen Urteils 1. Instanz in die Wege geleitet wird,
- in umfangreichen Verfahren, etwa Schöffensachen, das Ergebnis der erstinstanzlichen Beweisaufnahme (z.B. anhand des Protokolls) ausgewertet werden muss,
- der Sachverhalt mit dem Mandanten ggf. neu erarbeitet werden muss,
- die Frage der Rechtsmittelbeschränkung mit nicht unerheblichen Problemen behaftet ist (Lassen die erstinstanzlichen Urteilsgründe eine Rechtsmittelbeschränkung überhaupt zu? Welche Bindungswirkung wird durch ein Rechtsmittelverzicht hinsichtlich sog. doppelrelevanter Tatsachen ausgelöst?),

¹⁸ Die Urteilsabsetzungs- und die Revisionsbegründungsfrist im deutschen Strafprozess, 1998, S. 121 ff.

¹⁹ Vgl. nur *Ventzke* StV 1997, 226 ff.

²⁰ Vgl. *Ventzke* NStZ 2003, 104 f.

²¹ Vgl. *Nack*, in: Festschrift für *Rieß*, 2002, S. 361 ff.

²² *Meyer-Göfner*, StPO, 46. Aufl., § 344, Rn. 19

wer dies alles berücksichtigt, kann sich nur über die Schlichtheit wundern, mit der die Verfasser des DE die Einführung dieser – wohlgemerkt: nicht verlängerbaren – Frist bei gleichzeitiger (berechtigter) personeller Aufstockung der Berufungsgerichte (S. 53 ff.) als Lappalie abtun:

„Damit ist kein Angeklagter überfordert, zumal er sein Rechtsmittel zu Protokoll der Geschäftsstelle einlegen kann. Dadurch können die Vorbereitung der Berufungsverhandlung erleichtert und unnötige Zeugenladungen vermieden werden. Auch mit eher allgemeinen Begründungen – etwa: 'weil mir die Strafe zu hoch ist' – kann das Verfahren entlastet werden, weil dies die Beschränkung in der Berufungsinstanz auf das Strafmaß ermöglicht.“ (S. 49)

Eine Flut von Wiedereinsetzungsge suchen und der Streit darüber, ob eine Rechtsmittelbegründung diesen Mindestanforderungen entspricht, sind vorprogrammiert, und zwar ebenso wie die auf der Hand liegende Lösung, nämlich im Zweifel mit lapidarer Begründung die vollumfängliche Anfechtung zu erklären, um erst zu einem späteren Zeitpunkt ggf. eine Präzisierung vorzunehmen.

Bizarriert wird es, wenn diese Regelung nach Auffassung der Entwurfsverfasser im Licht des § 35 a DE zu lesen ist, wonach der erstinstanzlich Verurteilte – der Sozialstaatsabbau lässt grüßen! – auf die Kosten seines Rechtsmittels hinzuweisen ist:

„Wer weiß, dass er bei einer beschränkten, dafür aber erfolgreichen Berufung keine Kosten tragen muss, wird eher versuchen, die Berufung auf den Teil zu beschränken, auf den es ihm ankommt.“ (S. 27)

Wer, weil ihm die Strafe zu hoch erscheint, sein Rechtsmittel gleich – vermeintlich kostengünstig – beschränkt, ohne zu bedenken oder bedenken zu können, welche schwierigen Teilrechtskraftprobleme er damit möglicherweise ausgelöst hat, wird sich für eine derartige „Fürsorge“ bedanken.²⁴ Unheil durch Paradigmenwechsel lautet das Fazit.

2. Hinsichtlich der Gestaltung der tatgerichtlichen Hauptverhandlung hat der DE zwei Anliegen:

- Regelung eines konsensualen Verfahrens
- Abschaffung des Unmittelbarkeits-/Mündlichkeitsprinzips durch weitgehende Etablierung von Beweissurrogaten in der Hauptverhandlung.

a) Die erste Regelung ist handwerklich misslungen und erweist sich – mit zwei Ausnahmen – als ungeeignet, den Verfahrensalltag normativ zu strukturieren und damit

dem trotz BGHSt 43, 195 verbreiteten Unbehagen abzu helfen.

„In geeigneten Fällen kann das Gericht in der Hauptverhandlung den Stand des Verfahrens mit den Beteiligten erörtern.“ (§ 257 b Abs. 1 DE)

Einen eigenständigen Regelungsgehalt vermag ich diesem § 155 a StPO ähnlichen, nur programmsatzartigen Normwortlaut nicht zu entnehmen. Er passt allerdings zu den strukturähnlichen §§ 160 a, 202 a des Opferrechtsreformgesetzes. Die ihm beigemessene Klarstellungsfunktion (S. 45) mag im Hinblick auf § 24 Abs. 2 StPO hilfreich sein, obwohl es dort ohnehin nur auf das „Wie“ der Erörterung ankommen kann, zu dem der DE indes gerade schweigt.

§ 257 b Abs. 2 S. 1 DE ermächtigt den Tatrichter – zu welchem Zeitpunkt? In welcher Form? –, die Erörterung „auf die vorläufige Beurteilung des Verfahrensergebnisses“ zu erstrecken. Das erlaubt bereits § 257 b Abs. 1 DE. Eine inhaltliche Konkretisierung erfährt dieser Grundsatz erst in Abs. 2 S. 2 DE:

„Das Gericht kann dabei mit Einverständnis des Angeklagten unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen eine Strafobergrenze angeben, die unter dem Vorbehalt einer Bewertungsänderung im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung steht.“

Das Problem der „Sanktionenscheren“, auf das *Salditt*²⁵ bereits 2001 eindringlich hingewiesen hatte, wird so nicht gelöst, da gerade kein ausschließliches Initiativrecht des (bestreitenden) Angeklagten etabliert wird. Denkbar wird vielmehr folgendes Szenario: Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft verliert den Anklagesatz. Der Verteidiger macht von seinem Erwiderrungsrecht gemäß § 243 Abs.3 S. 5 DE Gebrauch. Der Vorsitzende tritt in eine Erörterung des Standes des Verfahrens ein und unterwirft das bisherige Verfahrensergebnis einer – wie er mehrfach betont – vorläufigen Beurteilung, um alsdann den Angeklagten freundlich zu fragen: „Sie sind doch sicher damit einverstanden, dass ich Ihnen unter freier Würdigung aller Umstände Ihres Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen eine Strafobergrenze angebe, die natürlich unter dem Vorbehalt einer Bewertungsänderung im weiteren Verlauf unserer Hauptverhandlung steht, oder?“ Moderner Strafprozess?

Handhabbare Regelungen enthält der DE nur zur Frage der Protokollierungspflicht im Sinne des § 273 Abs. 1 StPO und in § 302 Abs. 1 S. 2 DE, wonach im Fall des § 257 b Abs. 2 DE ein Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, der „Gegenstand der Verständigung war“. Befremdlich ist es, wenn der DE, der Rechtsprechung und Literatur ohnehin allenfalls selektiv zur Kenntnis nimmt, hierbei erwägt:

²³ Bundesrats-Drucksache 397/03 (B), S. 53 ff.

²⁴ Verkannt von *Freund* a.a.O. S. 93, 97.

„Die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts mit dem Angeklagten vor der Urteilsverkündung ist nach allgemeiner Meinung unzulässig.“ (S. 46)

Da muss offenbar aus Sicht der Verfasser des DE der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs²⁶ mit seinem (im DE unterschlagenen) Anfragebeschluss einiges völlig missverstanden haben, indem er

- die Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung zur (Un-) Wirksamkeit einer derartigen unzulässigen Vereinbarung und
- die Problematik eines verdeckt vereinbarten Rechtsmittelverzichts angesprochen hat.

Ebenso unerörtert bleiben Fragen, die in dem durch den 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ausgelösten Anfrageverfahren eine Rolle spielen:

- Rechtsmittelrechtliche Konsequenzen, die der 5. Strafsenat erwogen hat.²⁷
- Praktische Erwägungen, die den 1. und 2. Strafsenat zu ihrer von dem Anfragebeschluss abweichenden Sichtweise motiviert haben.²⁸

Viel klüger wären wir am 08.03.2004 nicht, und alle würden vermutlich weitermachen wie zuvor, also entweder sich an den Vorgaben des 4. Strafsenats des Bundesgerichtshofs orientieren oder aber die gerichtssprengelspezifischen Gepflogenheiten beherrzigen.²⁹ Also wiederum: Weder Unheil noch Paradigmenwechsel.

b) Anderes gilt für den Versuch des DE, die Hauptverhandlung tendenziell zu einer „Zuschauerveranstaltung“ zu machen³⁰, in der vernehmungsersetzend Urkunden verlesen und Videos angeschaut werden. Allerdings steht der Gesetzesentwurf mit diesem Vorhaben nicht allein:

„Im Mittelpunkt muss (...) heute die Erkenntnis stehen, dass wir uns den Luxus einer duplizierten (und daher überschießenden) Beweisführung – zunächst im Ermittlungsverfahren und dann aufs neue in der Hauptverhandlung – offensichtlich nicht mehr leisten können.“

Derartiges wurde nicht an justizpolitischen Stammtischen, sondern von einem veritablen Strafrechtsordinarius auf der Strafrechtslehretagung 2003 in Bayreuth

²⁵ Salditt StV 2001, 311/313; DE, S. 46.

²⁶ StV 2003, 544 ff; dazu z.B. Meyer, StV 2004, 41 ff.

²⁷ StV 2004, 4 f..

²⁸ NSZ 2004, 164 ff.; dazu: Salditt, StraFo 2004, 60 f.; BGH, 2 ARs 330/03 vom 28.01.2004, S. 4 ff.

²⁹ Vgl. nur Meyer-Göfner und Weider, StraFo 2003, 401 ff., 406 ff. sowie Moldenhauer, Eine Verfahrensordnung für Ab-sprachen pp., 2004.

geäußert³¹. Auf nichts anderes zielt auch der DE mit seinen einschlägigen – von einer Zustimmung des Angeklagten und seines Verteidigers abgekoppelten – Vorschriften der §§ 251 Abs. 1 Nr. 2, 254 Abs. 1, 255 a Abs. 1. Die zentralen Fragen lauten – wie bereits beim Eckpunkt Papier – auch hier:

- Welches sind die tatsächlichen Voraussetzungen dafür, dass davon gesprochen werden kann, ein Verteidiger habe im Sinne des Beweissurrogationsvorschriften des DE „mitgewirkt“?
- Worin liegt die rechtliche Legimitation dafür, diese gesetzlich nicht näher bezeichnete „Mitwirkung“ als Anlass zu nehmen, *zustimmungsunabhängig* eine Beweissurrogation zuzulassen? Eine Beweissurrogation, die nach der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung zu § 255 a StPO³² das Beweisantragsrecht weitestgehend leer laufen lässt, solange nicht Tatgericht oder Revisionsgericht davon überzeugt werden, der Beweis Antrag habe „neue Tatsachen“ zum Gegenstand gehabt.

Auf beide Fragen bietet der DE – insbesondere der Normwortlaut, auf den es ankommt – keine vernünftigen Antworten, das schon deshalb, weil seinen Verfassern offenkundig nicht einmal ansatzweise die Frage in den Blick gekommen ist, ob und ggf. welchen Stellenwert etwaige Gesetzesmaterialien überhaupt für die Auslegung strafprozessualer Vorschriften haben können.³³

Vor allem aber:

„Die Zuverlässigkeit von Beweismitteln (wird) regelmäßig erst bei der Auswertung der im Rahmen der Hauptverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme beurteilt. Zuvor ist eine kritische, aber vorurteilsfreie Beweiserhebung gefordert, namentlich unter sachgerechter Anwendung der Regeln der Vernehmungstechnik, die sich (...) weitgehend nicht auf ein gezieltes Abfragen erwarteter Fakten, namentlich aus dem Akteninhalt, zu beschränken hat.“³⁴

Dieser in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung aufgestellte Grundsatz soll nicht mehr gelten? Im DE heißt es hierzu:

„Soweit der Verteidiger – bei Vernehmungen durch den Richter oder die Staatsanwaltschaft – tatsächlich mitgewirkt hat, wird dem Gericht die Möglichkeit eröffnet, die Niederschriften zu verlesen. Der Verteidiger hat es bei diesen Vernehmungen durch schlichtes Fernbleiben selbst

³⁰ So: MdB Montag am 11.09.2003 a.a.O. zu Vorschlägen der Opposition.

³¹ Duttge ZStW 2003, 539/565

³² BGH StV 2003, 650 ff. m.Anm. Schlothauer.

³³ Vgl. nur Loos, in: AK, StPO, Einleitung III., Rn. 5 ff..

in der Hand, ob ein transferierbares Ergebnis zustande kommt.“ (S. 41/42)

Diese Logik ist verblüffend schlicht: Wer nicht schlicht fernbleibt, hat es nicht mehr in der Hand, ob eine Beweissurrogation in der Hauptverhandlung vorgenommen werden kann. Im Klartext: Der Verteidiger, der z.B. seinen Terminplan umwirft, um für seinen inhaftierten Mandanten bei einer von ihm oder anderen Verfahrensbeteiligten als wesentlich eingeschätzten Vernehmung eines Zeugen anwesend zu sein, obwohl – der DE trifft hierzu keine Regelungen –

- ihm nicht Akteneinsicht gewährt worden war (vgl. DE, S. 3, 32 f.),
- er die Akte nicht im Detail hat durcharbeiten können
- und/oder ihren Inhalt mit seinem Mandanten hat besprechen können,

erklärt nach diesem Konzept konkludent seinen (und seines Mandanten!) insoweitigen Verzicht auf die Geltung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes!

Darauf zu hoffen, die revisionsgerichtliche Rechtsprechung werde es schon richten, würde nicht nur von gesetzgeberischem Kleinmut zeugen, sondern vermutlich auch an der insoweit reduzierten Leistungsfähigkeit des Revisionsverfahrens scheitern. Immerhin hat der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs (2 StR 315/03 vom 14.01.2004, S. 6) versucht, den Begriff der „Mitwirkung des Verteidigers“ zu präzisieren:

„Der Verteidiger kann im Strafprozess (...) nur dann sinnvoll ‚mitwirken‘ und die Interessen des Angeklagten wirksam wahrnehmen, wenn er den Sachverhalt ausreichend kennt, genügend über die Einlassung des Angeklagten zur Anklage unterrichtet ist und ein klares Bild von den Möglichkeiten gewonnen hat, die für eine sachgemäße Verteidigung bestehen.“

Warum wird in diesem Sinne keine Präzisierung im DE vorgenommen?

Ein Problem kommt hinzu: Vernehmungen außerhalb der Hauptverhandlung – und im Übrigen erst recht bei der Kriminalpolizei, bei denen dem Verteidiger nur „Gelegenheit zur Mitwirkung“ eingeräumt werden soll – sind weniger detailliert geregelt. *Eva Dedy*³⁴ hat gerade für die polizeiliche Vernehmung darauf hingewiesen, welche gravierenden Probleme daraus folgen, dass Frage- und Beanstandungsrechte der Verteidigung ebensowenig normiert sind wie Entscheidungs- und Protokollierungsmodalitäten. Hatte der Bundesgerichtshof³⁶ doch unlängst Veranlassung die Frage zu erörtern, ob nicht sogar

Strafkammervorsitzende mit der Vernehmung von Zeugen überfordert sein könnten.

Anders gewendet: Die Stärkung der Beschuldigtenrechte wird jedenfalls in der Außendarstellung als Ansatz gewählt, um die Hauptverhandlung weiter zu entleeren. Der Abgeordnete *Stünker* schreibt dann auch in seiner Presseerklärung:

„Der Strafverteidiger soll stärker in das Ermittlungsverfahren eingebunden werden. Er soll vermehrt in Vernehmungen mitwirken und wird dadurch angeregt, sich schon im Ermittlungsverfahren stärker zu engagieren. Ziel ist dabei auch eine Entlastung des weiteren Ermittlungs- als auch des Hauptverfahrens.“

Sieht man von den durchaus begrüßenswerten Änderungen im Recht der Pflichtverteidigung (Fortfall der Dreimonatsfrist des § 117 Abs. 4 S. 1 StPO, Beiordnungsmöglichkeiten gemäß § 141 Abs. 3 DE) ab, so lassen sich die weiteren „Einbindungsvorschriften“ nicht anders interpretieren: „Gelegenheit zur Mitwirkung“ (§§ 147, 161 a ff. DE) soll dem Verteidiger gewährt werden, ohne – trotz der Diskussion, die hierzu das Eckpunktepapier ausgelöst hatte³⁷ – Fragen der Terminierung, der Akteneinsicht oder der Struktur der Vernehmung im Ermittlungsverfahren zu regeln. Dafür werden die Vorschriften über die Gewährung der Mitwirkungsgelegenheit unter den Vorbehalt unbestimmter Rechtsbegriffe gestellt, die tatsächlichen oder vermeintlichen Ermittlungsnotwendigkeiten Rechnung tragen sollen: „Gefährdung des Untersuchungszwecks“ – dieser uns nur allzu bekannte Vorbehalt durchzieht den gesamten DE.

„Bei der Einräumung der ‚Gelegenheit zur Mitwirkung‘ handelt es sich um eine Rechtsposition, die einem Anspruch angenähert ist.“ (S. 18)

Normklarheit und ein für alle Verfahrensbeteiligten nachvollziehbarer Handlungsrahmen im Ermittlungsverfahren wird durch derartige wolkige Begriffe nicht geschaffen, und zwar erst recht nicht, wenn der (polizeilichen) Praxis zugleich – bezogen auf die Beschuldigtenvernehmung – signalisiert wird:

„Das bedeutet jedoch nicht, dass künftig eine Vernehmung nur im Beisein eines Verteidigers erfolgen kann. An den bislang geltenden Grundsätzen der Beschuldigtenvernehmung wird nichts geändert, z.B. wenn ein Beschuldigter nach ordnungsgemäßer Belehrung keinen Wunsch nach einem Verteidiger äußert oder freiwillig aussagt, nachdem er erfahren hat, dass sein Verteidiger verhindert ist, an der Vernehmung teilzunehmen. Insoweit verbleibt es bei der bestehenden Rechtslage.“ (S. 20)

³⁴ BGH StV 1997, 567/568.

³⁵ a.a.O. S. 140 ff.

³⁶ NStZ 2004, 163.

Was dies bedeutet, wissen wir durch die Kreativität der Revisionsgerichte, jeweils einzelfallbezogen für bestimmte Vernehmungssituationen das Vorliegen von Rechtsverletzungen oder Verwertungsverboten zu verneinen.³⁸

Brennglasartig lässt sich die rein verfahrensökonomische Ausrichtung der diesbezüglichen Passagen des DE an der Regelung des § 144 aufzeigen:

„Dem Verteidiger ist an Vernehmungen von Zeugen, die auf seiner Benennung beruhen, Gelegenheit zur Mitwirkung zu geben, es sei denn, dass hierdurch eine dringende, auch durch eine in § 168 e genannte Maßnahme nicht abwendbare Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl des Zeugen zu besorgen ist.“ (S. 3)

„Zeugen, die auf seiner Benennung beruhen“ – ein weites Feld für Dissertationen und Aufsätze in strafjuristischen Fachzeitschriften, haben „Kausalität“ und „Beruhensfrage“ doch schon immer die Diskussionsfreude und die Fantasie der Strafrichter jeglicher Couleur beflügelt.

Blickt man in die Entwurfsbegründung, so erfährt man:

„Die Vernehmung muss jedoch auf seiner Anregung ‚beruhen‘. Das bedeutet, dass die Benennung der betreffenden Person durch den Verteidiger kausal für die Vernehmung ist. Es muss sich also um eine für das Ermittlungsverfahren ‚neue‘ Person handeln. Es kommt hier nicht darauf an, wer als erster den Zeugen benennt (Ermittlungsbehörde oder Verteidiger), sondern ausschließlich auf die Kausalität. Mit der Einräumung der Mitwirkungsmöglichkeit soll der Verteidiger dazu veranlasst werden, Entlastungszeugen, die nur dem Verteidiger bekannt sind, bereits frühzeitig im Ermittlungsverfahren zu präsentieren und damit nicht bis zur Hauptverhandlung zu warten.“ (S. 32)

Der Verteidiger soll – so heißt es an anderer Stelle (S. 21) – hierdurch „aus der Reserve“ gelockt werden“.

Und welches Verteidigerbild den Entwurfsverfassern vor Augen stand, wird wenige Zeilen später deutlich:

„Ein Verteidiger wird einen Zeugen nur dann benennen, wenn er weiß, was dieser aussagen wird. Die Konstellation, dass eine solche Vernehmung Erkenntnisse erbringt, die aus ermittlungstaktischen Gründen der Verteidigung nicht bekannt werden sollen, ist in der Praxis nicht vorstellbar. Außerdem soll der Verteidiger dazu

angeregt werden, diese ‚neuen‘ Zeugen zu benennen. Das lässt sich jedoch nur erreichen, wenn die Mitwirkungsbefugnis nicht unnötig beschränkt wird.“ (S. 21)

Im Klartext: Das durch Privilegierung zu bekämpfende Verteidigerverhalten, das durch die Ideenwelt der Entwurfsverfasser spukt, ist simpel gestrickt:

- Der Verteidiger allein kennt Entlastungszeugen.
- Er enthält sie dem Ermittlungsverfahren vor, z.B. auch wenn sein Mandant strafprozessuale Zwangsmaßnahmen erleiden muss.
- Er präpariert die Zeugen so, dass er ohnehin weiß, was sie automatengleich in der Vernehmung bekunden werden.

Wieder einmal das Zerrbild anwaltlicher Tätigkeit³⁹, der Rechtsmissbrauch wesenseigen zu sein scheint. Aber nicht nur das: Dass Vernehmungssituationen außerhalb der Hauptverhandlung „unberechenbar“ sind und eigene Vorermittlungen eines Verteidigers – so sie denn faktisch überhaupt möglich sind – aus Sicht manchen Tatrichters mehr als problematisch sind, gerät völlig aus dem Blick.⁴⁰

Aber die Regelung hat auch einen Inhalt, den sich die Verfasser nicht getraut haben, in ihren Wortlaut hineinzuschreiben:

„Dabei erhält nur der Verteidiger, der den ‚neuen‘ Zeugen präsentiert hat, ‚Gelegenheit zur Mitwirkung‘ an der Vernehmung. Die Verteidiger von eventuellen Mitbeschuldigten in dem selben Verfahren oder weitere Verteidiger des Beschuldigten, die diesen Zeugen nicht benannt haben, erhalten hier keine Mitwirkungsbefugnis.“ (S. 32)

Abgesehen davon, dass der DE

- den Mitbeschuldigtenbegriff nicht definiert,⁴¹
- möglicherweise eine gesplittete Beweisaufnahme bei mehreren Beschuldigten im Hinblick auf § 251 Abs. 1 Nr. 2 DE vorprogrammiert,

ist eine derartige Differenzierung – sogar innerhalb der Verteidigung eines Beschuldigten! – verfahrensrechtlich nicht begründbar, es sei denn, man hofft – angeregt durch Kronzeugenregelungen – auf eine entsprechend korruptive Wirkung derartiger – einem Ablasshandel ähnlichen – Vorschriften.

³⁷ Salditt StV 2001, 359/361 ff.; Freund a.a.O. S. 90 ff.; Von Galen/Wattenberg ZRP 2001, 445 ff.; Ignor/Matt StV 2002, 102/105 ff.; Beulke, in: Festschrift für Rieß 2002, S. 3/18 ff.; König und Schünemann, in: Sicherheit durch Strafe, 2003, S. 257 ff., 267 ff.

³⁸ Zuletzt: BGH, 1 StR 380/03 vom 18.12.2003, S. 2 ff.

³⁹ Vgl. auch Meyer-Goßner, in: Festschrift für den BGH, 2002, S. 615 ff. m.w.N..

⁴⁰ Vgl. Dedy a.a.O. S. 203.

§ 144 DE macht auch eines deutlich: Dem DE liegt letztlich die Hypothese zugrunde, es gäbe „den“ Strafprozess.

„Das Verfahren wegen Falschparkens, der landläufige Diebstahlsfall, die Wirtschaftsstrafsache, das Verfahren wegen des Vorwurfs einer Sexualstraftat oder eines Tötungsdelikts (und ergänzend: eine Betäubungsmittelsache und ein Staatsschutzverfahren) haben in ihrem Erscheinungsbild nur wenig gemein.“

Diesem Hinweis *Jungs*⁴² ist aus Verteidigersicht wenig hinzuzufügen. Bloß: Wo trägt der DE mit seinem unerschwelligem Bild der allseits kooperations- und konsenswilligen und –fähigen Strafverfolgungsbehörden dieser Ausdifferenzierung Rechnung?

Um den Kreis zu schließen, abschließend noch einmal ein Blick auf das Revisionsrecht: Dazu ist ein Exkurs in das Opferrechtsreformgesetz notwendig. Sein Entwurf sieht – und wieder könnte der Eindruck entstehen, Verteidigerforderungen seien aufgegriffen worden – in § 273 Abs. 2 fakultativ ein Tonbandprotokoll für amtsgerichtliche Hauptverhandlungen vor. Dass „für das Verfahren vor dem Land- und Oberlandesgericht von einer gesetzlichen Regelungen für Tonbandaufnahmen abgesehen“ wird, begründet der Entwurf mit der Befürchtung, „dass der Einsatz moderner Kommunikationstechnologien in erstinstanzlichen Verhandlungen vor dem Land- und Oberlandesgericht im Revisionsverfahren zu einer Zunahme von Verfahrensrügen nach § 261 StPO führen

⁴¹ Vgl. *Dedy* a.a.O. S. 120 f..

würde“. Der Entwurf weist in zutreffender Auswertung der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung darauf hin, dass sich diese „Gefahr“ daraus herleiten könnte, dass ein Verstoß gegen § 261 StPO – z.B. im Fall des Urkundenbeweises – im Wege der verfahrensrechtlich verlängerten Darstellungsrüge geltend gemacht werden könnte, wenn ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung dem Revisionsgericht die diesbezügliche Überprüfung möglich wäre.⁴³ Immerhin – auch wenn dies nicht eben tröstlich ist: Einen Weg, dann, wenn als Beweissurrogate des DE ausschließlich Urkunden in die Beweisaufnahme eingeführt worden sind, entsprechende Rügen gemäß § 261 StPO abzuschneiden, haben die Entwurfsverfasser (bisher noch) nicht gefunden.⁴⁴ Und was folgt hieraus für § 255 a StPO / DE?⁴⁵

IV.

Der Rückblick am Abend des 08.03.2004 wird die Frage „Unheil oder Paradigmenwechsel?“ eindeutig beantworten: Unheil durch zudem handwerklich missglückten Paradigmenwechsel.

⁴² GA 2002, 65/79 f..

⁴³ Bundestags-Drucksache 15/1976, S. 12/13;

⁴⁴ dazu eindringlich *Widmaier*, in: *Lagodny* (Hg): *Der Strafprozess vor neuen Herausforderungen?*, 2002, S. 183 ff..

⁴⁵ Vgl. BT-Drucksache a.a.O. S. 13; *Diemer*, *NStZ* 2002, 16 ff; *Schlothauer* a.a.O. S. 655 f.

Schrifttum

Maja Bleckmann, Barrieren gegen den Unrechtsstaat? Kontinuitäten und Brüche in den rechtsphilosophischen Lehren Alfred Manigks, Gustav Radbruchs und Felix Holldacks angesichts des Nationalsozialismus. Fundamenta Juridica, Band 47. Nomos, Baden-Baden, 2004, 202 S., brosch., ISBN 3-8329-0494-8, EUR 44,00

I. Die persönlichen sowie inhaltlichen (Dis-)Kontinuitäten in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft von der Weimarer Republik über die Zeit des Nationalsozialismus bis hin in die Bundesrepublik Deutschland sind ein Thema, dem in den letzten zehn bis 15 Jahren vermehrt Aufmerksamkeit geschenkt worden ist. Die vorliegende, von M. Walther betreute Hannoveraner Dissertation von Bleckmann greift aus den vielen denkbaren Facetten zwei Punkte heraus, die ohne Zweifel besonderen „Charme“ haben: Zum einen solche Autoren, bei denen man auf Grund von äußeren Faktoren eigentlich davon ausgehen muss, dass sich ihr Wirken in die nationalsozialistische Umgestaltung des Rechts gerade nicht einfügen wird; zum anderen speziell Rechtsphilosophen, deren Gedankenwelt sowohl von der *lex lata* als

auch von der (für die Rechtsentwicklung des Nationalsozialismus fast noch wichtigere) Veränderung der Auslegung des geschriebenen Gesetzesrechts in der täglichen Anwendung mehr oder weniger unberührt bleiben kann. Zu diesem Zweck untersucht Bleckmann die Frage, ob sich in den rechtsphilosophischen Lehren von Alfred Manigk, Gustav Radbruch und Felix Holldack in der Zeit des Nationalsozialismus Änderungen nachweisen lassen, die auf eine Verschiebung hin zu einer „nationalsozialistischen Rechtsphilosophie“ (falls man insoweit den Begriff der „Rechtsphilosophie“ überhaupt verwenden möchte) zurückzuführen sind.

II. In einer etwas „technisch“ anmutenden Einleitung (S. 15 ff.) rechtfertigt Bleckmann die Auswahl der von ihr untersuchten Rechtswissenschaftler, die danach erfolgt, dass die zu untersuchenden Personen im Wintersemester 1932/33 hauptamtliche Fachvertreter für Rechtswissenschaft an einer reichsdeutschen Hochschule mit Rechtsphilosophie in der Lehrstuhlbezeichnung oder in der *venia legendi* waren und von den Nationalsozialisten aus dem Amt vertrieben wurden, danach aber in Deutschland blieben (und nicht emigrierten). Unter den

sechs in dieses Raster fallenden Rechtswissenschaftlern werden als (auf der Grundlage eines Zitationsindex') Bedeutendste Gustav Radbruch, Felix Hollmack sowie Alfred Manigk untersucht. Die insoweit von Bleckmann angeführten Überlegungen und Auswahlkriterien erwecken zwar den Anschein einer gewissen Willkürlichkeit; indes trägt fast jede Auswahl diesen „Mangel“ in sich, und die von Bleckmann getätigte ist sicherlich gut vertretbar.

Im ersten Teil werden die Ideen (-Fragmente) dargestellt, die allgemein gesprochen als „nationalsozialistische Rechtsphilosophie“ beschrieben werden könnten (vgl. S. 26 ff.). Anstatt der geläufigen, auf Arthur Kaufmann zurückgehenden, Unterscheidung zwischen primären und sekundären NS-Lehren wählt Bleckmann mit nachvollziehbarer Begründung eine Unterscheidung zwischen „positiven“ (Postulat des Führertums sowie Betonung der Rassenideologie) und „negativen“ (Antiindividualismus, Antipositivismus [der im Nationalsozialismus freilich nur in einem sehr begrenzten Sinne auch zu einem „Naturrecht“ führte] sowie Ablehnung der absoluten Gesetzesbindung des Richters). In dieser Beschreibung findet sich vieles, auch über den juristischen Bereich hinausgehend „Altbekanntes“, was gelegentlich fast etwas trivial anmutet (so z.B. die Feststellung: „Die antijüdische Einstellung der Nationalsozialisten führt in immer größerem Ausmaß zu Unterdrückung und Verfolgung der Juden in allen Lebensbereichen und gipfelt schließlich im Holocaust.“, vgl. S. 38); andererseits werden aber auch sehr spezifische Geschehnisse geschildert, bei denen man etwas unschlüssig ist, ob man sie eher als erschreckend oder als absurd erachten soll (so z.B. die anschauliche Beschreibung der Zitierregel für jüdische Rechtsgelehrte, vgl. S. 37). Sehr anschaulich wird dieser Teil der Arbeit dadurch, dass Bleckmann überwiegend nicht mit Sekundärquellen, sondern mit vielen Originalzitaten aus der Zeit zwischen 1933 und 1945 arbeitet.

Im Anschluss folgen drei Kapitel, in denen die „Kontinuitäten und Brüche“ bei den drei Rechtsphilosophen alle nach einem einheitlichen Schema dargestellt werden: Der Biographie, einem Werküberblick, der Entwicklung der rechtsphilosophischen Lehre bis 1933, einem Vergleich der vor 1933 vertretenen rechtsphilosophischen Lehre mit der „Rechtsphilosophie des Nationalsozialismus“, der Entwicklung der rechtsphilosophischen Lehre des betreffenden Autors ab 1933 sowie einem Vergleich der ab 1933 vertretenen rechtsphilosophischen Lehren mit der Rechtsphilosophie des Nationalsozialismus. So übersichtlich diese jeweils nach dem gleichen Schema verlaufende Abhandlung auch ist, kann man unschwer erahnen, dass die beiden jeweils letzten Abschnitte (Entwicklung der Lehren ab 1933 und Vergleich dieser Lehren mit der „Rechtsphilosophie des Nationalsozialismus“) jeweils auch etwas kompakter in einem Unterabschnitt darstellbar gewesen wären. Uneingeschränkter Respekt verdient dagegen das gewiss mühsame und arbeitsreiche Vorgehen Bleckmanns, gerade auch für die vor 1933 vertretenen Lehren bei jedem der drei Wissenschaftler aus einem

umfangreichen Katalog von Werken die Grundzüge der rechtsphilosophischen Lehren zu extrahieren.

Für Alfred Manigk (vgl. S. 53 ff.) ergibt sich ein etwas gemischtes Bild: Bleckmann attestiert ihm einen „pragmatischen Umgang“ mit den rechtsphilosophischen Lehren des Nationalsozialismus (vgl. S. 92), welche von ihm an exponierter Stelle (etwa im Vorwort seiner Bücher) aufgenommen wird, ohne diese jedoch wirklich in die eigene Lehre zu integrieren. Auf die nahe liegende Frage, wer sich noch über die traurige Rolle der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus wundern kann, wenn selbst als Kritiker des Regimes empfundene Autoren zumindest passagenweise so stark nationalsozialistisches Gedankengut zu adaptieren scheinen, weiß Bleckmann eine Antwort: Das Aufgreifen bestimmter Lehren an exponierter Stelle mag eine Möglichkeit gewesen sein, die Zensur zu umgehen, um die eigenen Werke in den Umlauf zu bringen, soweit sie unpolitischen oder vielleicht sogar mit den Lehren der „NS-Recht-Philosophie“ inkompatible Inhalte hatten.

In der Darstellung Gustav Radbruchs (S. 94 ff.) erstaunt zunächst, wenn Bleckmann für die Lehren vor 1933 teilweise zum Ergebnis kommt, dass diese jedenfalls nationalsozialistische Lehren wie das Führerprinzip und die Rassenideologie nicht ausdrücklich ausschlossen (vgl. S. 126, 128). Denn die Erkenntnis, dass sich jemand vor 1933 mit solchen außerhalb des Dritten Reiches absurd anmutenden Ideen nicht ausdrücklich beschäftigt bzw. diese nicht explizit verurteilt hat, lässt letztlich keinen seriösen Schluss darüber zu, ob im eigenen System tatsächlich ein auch nur theoretischer Platz für derartige Ideen offen gehalten werden sollte (einschränkend insoweit auch Bleckmann selbst auf S. 145 ff.). Im Übrigen und grundsätzlich aber attestiert Bleckmann – insoweit in Übereinstimmung mit dem ganz gängigen und unbestrittenen Verständnis von Radbruchs Lehren – Radbruch ein ausgesprochen kritisches und distanziertes Verhältnis zum NS-Gedankengut, was schon auf Grund seiner aktiven politischen Betätigung für die SPD wenig erstaunen kann. Wo Radbruch selbst seine Rechtsphilosophie vor 1933 ex post als zu offen bzw. wertrelativistisch betrachtet hat, hat er selbst diese bekanntlich in Werken nach 1945 teilweise „nachgebessert“.

Die Untersuchung von Hollmack (S. 148 ff.) gestaltet sich inhaltlich insofern als schwierig, da dieser nach 1937 nur noch wenig publiziert und sich dabei überwiegend mit der Situation der Katholischen Kirche in Italien beschäftigt hat. Freilich erlaubt die im Mittelpunkt von Hollmacks Werk stehende Beschäftigung mit den Lateralverträgen zwischen Pabst Pius XI. und dem faschistischen Italien Mussolinis durchaus einige, von Bleckmann teilweise auch anschaulich herausgearbeitete Überlegungen zu der hier interessierenden Fragestellung: Einerseits weisen die korporatistischen Elemente und die hierarchischen Machtstrukturen nicht nur innerhalb des faschistischen Italiens, sondern auch allgemein innerhalb der Katholischen Kirche möglicherweise interessante (zu-

mindest scheinbare) Parallelen zu einem autoritären Staat auf; andererseits mag man gerade Holldacks „Flucht in den Katholizismus“ als eine versteckte Kritik am deutschen System verstehen, zumal er sich mit dem italienischen Faschismus dort eher kritisch auseinandersetzt, wo er Parallelen zum deutschen Nationalsozialismus aufweist, bzw. positive Seite vor allem dort betont, wo das italienische System vom deutschen abweicht.

III. Als Fazit ihrer Untersuchung der drei Rechtsphilosophen Manigk, Radbruch und Holldack kommt Bleckmann zu dem Ergebnis, dass die von diesen vor 1933 vertretenen Lehren inhaltlich keine nennenswerten „Sperrwirkung“ gegenüber der „Rechtsphilosophie des Nationalsozialismus“ bilden konnten (vgl. S. 186). Bei Manigk meint sie, entsprechende Potentiale erkennen zu können, die aber nicht ausgeschöpft worden seien (vgl. S. 185). Die (unterschiedlich große) Immunität bei Radbruch bzw. Holldack gegen nationalsozialistische Lehren sieht Bleckmann weniger in deren Rechtsphilosophie als vielmehr in der Persönlichkeit angelegt; am ehesten habe bei beiden noch die gemeinsame Wurzel im Dualismus von Wert und Wirklichkeit des südwestdeutschen Neukantianismus dazu geführt, dass sie eine bleibende Skepsis gegen jede Art von Ideologie an den Tag gelegt hätten (vgl. S. 185).

Insgesamt handelt es sich bei der stets gut lesbaren Arbeit um ein gelehrsam und fleißiges Werk, das dem interessierten Leser durchaus Vergnügen bereiten kann, auch wenn es zumeist mehr deskriptiv als analytisch bleibt. Speziell aus strafrechtlicher Sicht werden in jüngster Zeit m.E. Kontinuitäten und Diskontinuitäten noch wesentlich pointierter in Vogels Vortrag auf der Bayreuther Strafrechtslehrtagung (vgl. ZStW 115 [2003], 638 ff.) dargestellt.

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

Pfeiffer, Gerd (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz. 5. Aufl., C. H. Beck, München, 2003, 2775 S., geb., ISBN 3-406-49798-5, EUR 225,00

I. Die Vorzüge des Karlsruher Kommentars zur StPO für jeden am Strafprozessrecht Interessierten und insbesondere für strafprozessuale Praktiker zu loben, hieße Eulen nach Athen zu tragen: Auch die hier anzuzeigende 5. Auflage setzt die bekannten Vorzüge nahtlos fort – die Kommentierung ist sachkundig sowie praxisnah, und das Werk ist durch seine ausgezeichnete Lesbarkeit, das ausführliche Sachverzeichnis sowie die ausführlichen Rechtsprechungsnachweise ausgesprochen benutzerfreundlich.

Ogleich im Vorwort zur 1. Auflage als „bewusst zwischen Kurz- und Großkommentar angesiedelt(es)“ Format bezeichnet, beinhaltet der Karlsruher Kommentar in

Umfang wie Inhalt bereits viele Elemente eines „echten Großkommentars“ und kombiniert diese mit den Vorteilen eines einbändigen Werkes, d.h. insbesondere der leichten Benutzbarkeit sowie dem relativ einheitlichen, aktuellen Bearbeitungsstand bei Neuauflagen. Dies führt zwar zugegebenermaßen dazu, dass zwischen zwei Neuauflagen nicht ganz unerhebliche Zeiträume liegen können; so sind die rund vier Jahre, die seit der 4. Auflage ins Land gestrichen sind, innerhalb der „Geschichte des Karlsruher Kommentars“ sogar eine verhältnismäßig kurze Zeitspanne. Andererseits ist zuzugeben, dass selbst bei den in Loseblattform erscheinenden Konkurrenzwerken die Kommentierung ebenso zentraler wie von zahlreichen aktuellen Entwicklungen betroffener Vorschriften durchaus ein ähnliches (wenn nicht sogar ein noch höheres) „Alter“ aufweist.

Ein weiterer Vorzug für jeden, der eine Orientierung für die Praxis (welche aber selbstverständlich zugleich auch sinnvolle Grundlage jedes wissenschaftlichen oder didaktischen Arbeitens ist) sucht, liegt darin, dass sich der Bearbeiterkreis des Karlsruher Kommentars praktisch durchgehend aus Richtern und Staats- bzw. Bundesanwälten am Bundesgerichtshof zusammensetzt; die einzige aus dem Bearbeiterverzeichnis ersichtliche Ausnahme bildet Karl-Heinz Schmid, der jedoch als Richter am OLG Stuttgart seine Kommentierung des Abschlusses des Ermittlungsverfahrens (vgl. §§ 170–177) in gleicher Weise sachkundig an der obergerichtlichen Rechtsprechung orientiert. Man mag in diesem Zusammenhang allenfalls die Frage aufwerfen, ob das strafprozessuale „Kommentarprogramm“ im Hause Beck als Marktführer der juristischen Literatur mit dem Karlsruher Kommentar, dem „Meyer-Goßner“ sowie dem „Pfeiffer“ nicht zu stark von der Sichtweise der Justiz geprägt ist. Immerhin kommen in Konkurrenzwerken durchaus auch Strafverteidiger bzw. „verteidigungsnahe“ Wissenschaftler zu Wort, ohne dass dadurch die Bedeutung und Verwertbarkeit der Werke für die Praxis leidet. Und so wichtig für den Strafverteidiger selbstverständlich die Orientierung an der obergerichtlichen Rechtsprechung ist, so hilfreich mag zur Erarbeitung seiner Verteidigungsstrategie und seiner Argumentation auch eine Kommentierung sein, die sich stärker kritisch mit der obergerichtlichen Rechtsprechung auseinandersetzt.

II. Was den Inhalt angeht, kann bei einem Werk im Umfang des Karlsruher Kommentars selbstverständlich keine vollständige Auseinandersetzung erfolgen, und bei der Besprechung einer 5. Auflage erscheint dies auch nicht erforderlich. Im Folgenden seien daher nur einige Punkte kurz herausgegriffen, in denen auf Grund von Entwicklungen in der neueren Rechtsprechung oder von Gesetzesänderungen besonders interessant erscheint, wie sich die jeweiligen Bearbeiter in der Neuauflage äußern:

1. Ein zentrales Thema der letzten Jahre war im Anschluss an die (bereits in der Voraufgabe berücksichtigte) Leitentscheidung des BGH (BGHSt 43, 195) die Weiterentwicklung der Rechtsprechung, aber auch der Stellungnahmen in der Literatur zu den Absprachen im

Strafverfahren. In seiner Einleitung (Rn. 29a–29i) stellt Pfeiffer zunächst die denkbaren Arten von Absprachen sowie die dagegen traditionell vorgebrachten Einwände (keine Disponibilität des staatlichen Strafanspruchs, Autoritätsverlust des Gerichts, Zerstörung des Vertrauens in eine gleichmäßige Strafrechtspflege, Verletzung verschiedener Prozessmaximen) dar (Rn. 29a–29d). Im Anschluss werden die Leitsätze der Entscheidung BGHSt 43, 195 wiedergegeben und erläutert (Rn. 29e). Zwei eigenen längere Abschnitte widmet Pfeiffer auch der Problematik des Rechtsmittelverzichts (Rn. 29f, wobei auf Grund des Bearbeitungsstandes von 2003 die aktuelle Diskussion zwischen den Strafsenaten des BGH noch nicht vollständig nachgezeichnet werden konnte), sowie der Bedeutung des in einer Absprache abgelegten Geständnisses (Rn. 29g). Abschließend kommt Pfeiffer zu dem Ergebnis (Rn. 29h), dass die „Problematik der Absprache (...) nicht als abschließend gelöst betrachtet werden“ kann, und fordert ein Tätigwerden des Gesetzgebers.

2. Bei der Kommentierung der Zeugnisverweigerungsrechte aus persönlichen Gründen hatte Senge insbesondere die Neuaufnahme des Zeugnisverweigerungsrechtes eines Lebenspartners des Beschuldigten nach § 52 I Nr. 2a StPO neu zu berücksichtigen. Er sieht in dieser Vorschrift – was nach der hier m.E. zwingenden historisch-genetischen Auslegung auch völlig unzweifelhaft sein sollte, wenngleich es in neuerer Zeit in Frage gestellt wird (vgl. zu § 11 I Nr. 1a StGB, allerdings speziell mit Blick auf Art. 103 II GG, Müther, JA 2004, 375 ff.) – allein eine eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft i.S.d. Lebenspartnerschaftsgesetzes geregelt (vgl. Rn. 14a); dass damit in der StPO der (sei es hetero- oder homosexuelle) bloße (dauerhafte) „Lebensgefährte“ nicht in den Genuss eines Zeugnisverweigerungsrechtes kommt, sieht Senge als zwar verfassungsrechtlich letztlich unbedenklich, jedoch „ungerecht“ an und fordert insoweit ein Tätigwerden des Gesetzgebers (vgl. Rn. 14b). Auf Grund des Fehlens einer entsprechenden Vorschrift in der StPO, aber auch im Lebenspartnerschaftsgesetz selbst soll nach Senge der Schutz des § 52 I Nr. 2a auf die bereits wirksam begründete Lebenspartnerschaft beschränkt sein, während eine analoge Anwendung der Verlöbnisregelungen auf zwei Personen, welche sich die Eingehung einer solchen Lebenspartnerschaft versprochen haben, ausscheiden soll (vgl. Rn. 14c).

Des Weiteren berücksichtigt Senge in § 53 Rn. 44a–44c die Ausdehnung des Zeugnisverweigerungsrechtes für Medienmitarbeiter in § 53 I Nr. 5, II n.F. auf selbst erarbeitetes Material und eigene berufsbezogene Wahrnehmungen des Medienmitarbeiters.

3. Die im Jahr 2002 (in zwei unterschiedlichen Gesetzen) aufgenommenen Vorschriften der §§ 100g–100i über die Telekommunikationsauskunft (vgl. vormals § 12 FAG) sowie über den Einsatz technischer Mittel bei der Überwachung von Mobiltelefonen (sog. IMSI-Catcher) werden gewohnt sachkundig von Nack kommentiert. Einen nicht unerheblichen Teil der Kommentierung müssen

insoweit technische Erläuterungen sowie die Entstehungsgeschichte der Vorschriften einnehmen, welcher freilich bei diesen relativ neuen und ausführlich beratenen Regelungen auch eine besonders große Bedeutung für die Auslegung zukommt. Für die Telekommunikationsauskunft geht Nack in Übereinstimmung mit den Materialien davon aus, dass § 100g StPO keine eigenständige Verpflichtung zur Aufzeichnung solcher Daten enthält (und eine solche daher auch nicht auf dieser Grundlage von den Strafverfolgungsbehörden angeordnet werden kann) welche nicht „ohnehin anfallen“ (vgl. § 100g Rn. 106).

In der auf Fälle einer vorläufigen Festnahme oder Ergreifung des Täters beschränkten Erlaubnis, den Standort eines aktiv geschalteten Mobilfunkendgerätes zu ermitteln, in § 100I I Nr. 2 StPO sieht Nack – wohl in Übereinstimmung mit dem Gesetzgeber – keine Schranke für die Erstellung eines „Bewegungsbildes“ durch Maßnahmen nach § 100a StPO (vgl. § 100a Rn. 14). Die vom Ermittlungsrichter des BGH (NJW 2001, 1587) in durchaus zweifelhafter Weise bejahte Zulässigkeit entsprechender Ermittlungsmaßnahmen auf der Grundlage einer TÜ ist damit für den Bereich der Praxis weiterhin zu berücksichtigen.

4. In seiner Kommentierung zu § 161 hatte Wache die (vermeintliche?) Ermittlungsgeneralklausel zu berücksichtigen, zu der durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1999 § 161 I 1 geworden sein könnte. Nach der (in ihrem Umfang zwar etwas enttäuschenden, jedoch) im Ergebnis überzeugenden Auffassung von Wache gilt § 161 I nur für solche Maßnahmen „die weniger tief in Grundrechte des Bürgers eingreifen“, ist „jedoch keine Rechtsgrundlage für stärker in Grundrechte eingreifende strafprozessuale Maßnahmen“; als Beispiel nennt Wache „kurzfristige Observationen, den Einsatz von V-Leuten oder von Scheinaufkäufern, auch einfache Fahndungsmaßnahmen“. Mit der durchaus naheliegenden Frage, ob gegen eine solche – und sei sie für die Ermittlungsbehörden auch wünschenswert – Generalklausel die Einwände gegen die früher vertretene „Schwellentheorie“ fortgelten und ob nicht verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Bestimmtheit bestehen (vgl. dazu instruktiv Böckenförde, Die Ermittlung im Netz, 2003, S. 154 ff.), wird freilich nicht näher eingegangen.

5. Insgesamt etwas zu kurz gekommen scheint mir für ein Werk im Umfang des Karlsruher Kommentars, das im Jahr 2003 neu erscheint, die Bedeutung der EMRK für das Strafverfahrensrecht – ein Vorwurf, den sich allerdings die deutsche Strafrechtswissenschaft über weite Strecken generell machen lassen muss und der insoweit nicht vorrangig die Bearbeiter des Karlsruher Kommentars trifft. So geht zwar Pfeiffer in seiner Einleitung (Rn. 28) auf rund einer Seite auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und in diesem Zusammenhang auch auf Art. 6 EMRK ein; allerdings beschränkt sich die Darstellung auf Fälle, in denen die EMRK auch von deutschen Obergerichten explizit herangezogen worden ist, was für eine „zukunftsgerichtete“ Kommentierung angesichts der

großen Bedeutung (und auch der z.T. abweichenden Ergebnisse), welche die EMRK in der Rechtsprechung ausländischer und internationaler Gerichte genießt, etwas zu kurz gegriffen sein dürfte. Für die Verteidigung, für welche Art. 6 III lit. c EMRK von zentraler Bedeutung ist, beschränkt sich Lauffhütte in den Vorbemerkungen zu § 137 (Rn. 18) sogar auf den knappen Hinweis, dass das Recht des Beschuldigten, sich durch einen Verteidiger seiner Wahl vertreten zu lassen oder den Beistand eines Pflichtverteidigers zu erhalten, auch in der Konvention garantiert sei.

III. Ungeachtet solcher kleinerer Monita, die selbstverständlich auch immer sehr vom Geschmack und dem speziellen Interesse des Rezensenten abhängen, kann aber konstatiert werden, dass auch die 5. Auflage des Karlsruher Kommentars ein wertvolles Hilfsmittel für den – insbesondere an der höchstrichterlichen Handhabung des Strafprozessrechts interessierten – Strafrechtler ist und dass nahezu das Optimum dessen geleistet wird, was man in einem gerade noch der Gattung „Handkommentare“ zuzurechnenden Werk mit dieser Zielrichtung erwarten kann.

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

Peter Zihlmann, Das Gesetz über dem Recht, Ratgeber für Suchende nach Recht und Gerechtigkeit, Schulthess 2003, 115 Seiten, ISBN 3 7255 4661 4.

„Nun, Kohlhaas, heut ist der Tag, an dem dir dein Recht geschieht!“ (S.89) – das ist nur eines der vielen, vom Autor Peter Zihlmann in seinem Buch „Das Gesetz über dem Recht“ sorgsam ausgewählten Zitate aus der bekannten literarischen Erzählung Michael Kohlhaas von Heinrich von Kleist, welche sich am Anfang jedes Kapitels dieses – so der Untertitel des Buches – „Ratgeber(s) für Suchende nach Recht und Gerechtigkeit“ wiederfinden. Wer nun einen in trockener Juristensprache verfassten Ratgeber, der schlicht aneinandergereiht alles (angeblich ausreichend) Wissenswerte etwa zu einzuhaltenden Fristen, Gerichtszuständigkeiten, Rechtsmitteln, Umgangsmodalitäten mit Behörden, Rechtsanwälten und Gerichten und anderen, in der „Welt des Rechts“ zu beachtenden Formalitäten erwartet, wird genau jenes nicht finden, aber dennoch vielleicht, oder vielmehr hoffentlich einen Moment innehalten in seiner „Suche nach Recht und Gerechtigkeit“, welche sich bisher ausschließlich auf diese selbst begrenzte „Welt des Rechts“ beschränkte. So ist es Anliegen von Zihlmann, „durch das Territorium des Rechts bis an dessen Grenzen zu führen ...“ und die „... Grenzen und Begrenzungen ... mit Blick auf den ganzen Menschen zu entdecken und richtig einzuschätzen“ (S.7), um auf diese Weise – die innere Begrenztheit des Rechts (S.10) kennend – in einem umfassenden Sinne eben nicht nur reine Rechtshilfe, sondern „Lebenshilfe und Rat“ (S.7) zu bieten.

Zihlmann, seit 1970 als Rechtsanwalt in eigener Praxis, nebenamtlich als Richter und seit 1994 als Privater Ombudsmann im Auftrag einer gemeinnützigen Stiftung für Menschen in Not tätig, macht sich aus seiner beruflichen Erfahrung heraus, dass viele Rechtssuchende nur noch die Ebene der Rechts-Wirklichkeit wahrnehmen, ihnen aber alle anderen Sphären und Massstäbe abhanden gekommen sind, also aus jener eigenen Erfahrung „eines Mangels ...“, eines Makels, das dem Recht-haben-Wollen anhaftet“ (S.9), auf die „Suche nach spirituellen Werten“ (S.9) und versucht, „das Recht spirituellen Werten wie Glück, innerem Frieden oder Wandel zu erweitertem Bewusstsein über das rein Juristische hinaus“ (S.7) gegenüberzustellen. Wie ein roter Faden durchzieht das kleine schmale Büchlein mehr oder weniger versteckt die Frage Zihlmanns, wieso „diese Rechtssucher so wenig friedlich, so ruhe- und rastlos (waren) und wieso ... sie so selten Glück oder innere Zufriedenheit (fanden), selbst wenn sie sieghaft aus den Rechtshändeln hervorgingen“ (S.10). Neugierig, zugleich offen und „mit ganzem Herzen“ (S.3) den Juristen in sich selbst befragend, möchte Zihlmann untersuchen, wie das „Rechtsverständnis ... sich von den spirituellen Werten unterscheidet und weshalb es so oft in einem derart unseligen Spannungsverhältnis zu ihnen“ (S.10) steht.

Bei dem „Aufbruch“ (S.9) zu jenen spirituellen Werten als dem Gesetz über dem Recht, dem „Massstab der Massstäbe“ (S.9) ist die tiefe Beeinflussung Zihlmanns durch eine Vielzahl sich zu jahrhundertalten spirituellen Werten verschiedener Kulturen und Religionen äußern den Büchern, welche mir als Rezensentin zum Teil sehr gut bekannt sind, unverkennbar. Wünschenswert wäre es daher gewesen, wenn die Autoren jener in der Fußnote 1 von Zihlmann genannten Bücher in einem verstärkten Maße und in Auseinandersetzung mit den persönlichen Anschauungen Zihlmanns in den Haupttext Eingang gefunden hätten, um so – wie auch Zihlmann hofft – „das Herz der Leserin und des Lesers durch Ausblicke ins weite Feld des Spirituellen zu öffnen“ (S.11).

Zihlmanns Untersuchung zum Verhältnis des Rechts zu den dieses überlagernden, doch zugleich durchdringenden spirituellen Werten gliedert sich in 17 Kapitel, in denen er die verschiedenen Erscheinungsformen und Facetten des Rechts in bildhafter und leicht verständlicher Sprache, gespickt mit persönlichen An- und Bemerkungen zu durchleuchten versucht. Jene Kapitel wurden nicht in übergeordnete Gliederungspunkte bzw. Untersuchungsabschnitte zusammengefasst und – so scheint es – sollten dies auch gar nicht bzw. könnten dies nicht, ohne mit einer behelfenden Wertungsvorgabe begleitet zu sein. Eine eben solche gerade vermeiden wollend, baut das Verständnis eines Kapitels nicht zwingend auf dem Erfordernis des Lesens der vorhergehenden Kapitel auf. Vielmehr lädt das Buch die Leserin und den Leser ein, sich mutig und entsprechend der eigenen Interessen und Vorprägungen dem Verhältnis von Recht und spirituellen Werten zu nähern. Auf jene Fähigkeit der Leser, den

jeweils für sie „richtigen Blickwinkel“ (S.11) zu den Ausführungen des Buches zu finden, vertraut Zihlmann und appelliert entsprechend im 1. einleitenden Kapitel an die Leserschaft, „gerade soviel für sich selbst herauszulösen als für ihr eigenes Erleben und ihre eigene Erkenntnis des Rechts ihnen nützlich erscheint“ (S.11).

Im 2. Kapitel widmet sich Zihlmann „diese(r) starke(n) und unausrottbare(n) Emotion, die uns als Opfer oder Zeuge einer Ungerechtigkeit befällt und beherrschen kann und das mit ihr verbundene Gefühl im Recht zu sein“ (S.13, 14). So „gehen (wir) davon aus, dass wir im Recht sind, solange wir uns im Recht fühlen ...“ und „... akzeptieren unser Rechtsgefühl als innere Stimme wie die unseres Gewissens, die auch immer Recht behält“ (S.17), und dennoch müsse laut Zihlmann ein Unterschied zwischen beiden bestehen, denn – so fragt er – wieso gehe von dem Gefühl, im Recht zu sein, nicht die gleiche wohltuende und beruhigende Wirkung aus wie von dem Gefühl, in Übereinstimmung mit unserem Gewissen gehandelt zu haben (S.17)?

Dass zwischen dem Gefühl, im Recht zu sein und der objektiven Rechtslage oft Welten liegen, zeigt Zihlmann in den folgenden Kapiteln auf: im 3. Kapitel „Alles ist recht, so wie es ist“ weist er auf den Ausgangspunkt von allem, was im Leben Bestand haben soll, hin, nämlich dass alles, was ist, seinen Grund hat und die „Realität ... das bessere Recht (ist). Das Ganze ist einfach so, wie es ist“ (S.27). Auf die Gefahr nutzloser Rechtsstreitigkeiten nur noch um des Prinzips willen hinweisend (S.28), führe das Leben nicht nur von einem Anspruch zum nächsten, ist nicht nur Festhalten am Rechthaben, sondern auch „Loslassen und Zulassen eines Austausches mit Neuem und Unerwartetem“ (S.24). Die Lebenskunst bestehe darin, herauszufinden, was wir ändern, annehmen, behalten und was wir loslassen sollten (S.27), so dass Zihlmann für das Beschreiten eines sog. „dritten Weges“ eintritt: die Realität in ihrer Gesamtheit achtsam wahrnehmend, liegt zwischen dem „zwanghaften Festhalten des Rechthabers an Rechtspositionen, dem ebenso zwanghaften Drang des Machers nach gewaltvoller Veränderung und der fatalistischen Gleichgültigkeit eines Hans-im-Glück-Daseins ... ein dritter Weg..., nämlich der des „Wandels“ und des behut- und achtsamen Lebens aus unserer Lebensmitte heraus“ (S.28).

Dass ein Nachdenken über Recht nicht denkbar ist, ohne sich auch ernsthaft der Frage nach der Gerechtigkeit zu widmen, thematisiert Zihlmann im 4. Kapitel, in dem er auf den unvermeidlichen Widerspruch hinweist, dass Gerechtigkeit zwar Ausgleich, Harmonie und Friede anstrebe, der Weg dorthin jedoch oft ein „Kriegspfad“ (S.31) sei, auf dem „Kämpfernaturen“ (S.32) gefragt seien. Worauf werde sich „Justitia mit Waage und Schwert“ wohl mehr verlassen, was habe eine „formalistische Schnell- und Fliessband-Justiz überhaupt noch mit Gerechtigkeit zu tun?“ (S.34, 35) – solche und weitergehende Fragen wirft Zihlmann prägnant auf und regt die Leser damit zum eigenen Sich-diese-Fragen-Stellen an,

wenn sich die Rezensentin auch gewünscht hätte, gerade im Kapitel „Gerechtigkeit als Ausgewogenheit“ mehr von den auch Antwort gebenden Ansichten des Autors zu seinen aufgeworfenen Fragen hätte lesen zu können.

Im 5. Kapitel mit der dem Buchtitel entsprechenden Überschrift wagt Zihlmann – so seine Worte – den Versuch, die Rechts-Sphäre mit der spirituellen Sphäre, welche zwar beide auf den ersten Blick wenig miteinander zu tun haben, jedoch bei näherem Hinschauen durch die Ethik verbunden sind (S.38), zueinander in Beziehung zu setzen. Daran erinnernd, dass das Recht nicht Garant für ein gelingendes Leben sei (S.38), spricht der Mensch Zihlmann zu seinen Lesern, wenn er schreibt, dass es nicht die wichtigste Aufgabe im Leben sei, unser Recht durchzusetzen, sondern „dem Gesetz unseres eigenen Herzens und Lebens zu folgen und ... zu dem zu werden, wer wir im Grunde sind“ (S.41) und – so möchte die Rezensentin anfügen – nicht zu dem, was wir sein sollten. Dass es dabei nicht einfach ist, uns so zu sehen, wie wir sind und der inneren Stimme des Herzens zu folgen (S.42, 45), verdeutlichen die Ausführungen im 6. Kapitel, die dem unbarmherzigen – nach Ansicht der Rezensentin wohl unbarmherzigsten – Richter in uns selbst gewidmet sind.

In den folgenden zwei Kapiteln untersucht Zihlmann das Verhältnis von mitmenschlichem, von Mitgefühl begleiteten „Verstehen“ einerseits und „Verurteilen“ andererseits sowie den Umstand, dass das Recht oft als Ausgangspunkt, aber auch als Endpunkt des Vertrauens zwischen den Menschen in Erscheinung tritt. In den sich anschließenden drei weiteren Kapiteln (9.-11.) finden sich wertvolle praktische Lebensratschläge für Rechtssuchende, die sich mit der Entscheidung tragen, einen Rechtsstreit zu beginnen bzw. sich auf einen solchen, mehr oder weniger freiwillig, einzulassen/ einlassen zu müssen, wobei Zihlmann zum einen die Beziehung zum beauftragten Rechtsanwalt und zum anderen das Geschehen rund um den Prozess, insbesondere in einem Rechtsstreit gegen den Staat, aufgreift. Dem rechtssuchenden Laien wird klar gemacht, dass auf der Ebene des Rechts eben auch mit rechtlichen Kunstregeln (S.61, 75) gespielt wird, die zumeist nur von darin ausgebildeten Juristen beherrscht werden, wobei das Recht immer auch „Ausdruck und Abbild unserer gesellschaftlichen Stärke- und Machtverhältnisse“ (S.64) sei und dem Diktat von öffentlicher Meinung, Zeitgeist und gesellschaftlichen Einflussphären (S.61, 64) unterstehe. Jenes sich durchdringende Wechselspiel näher beleuchtend, hätte sich die Rezensentin auch hier weiterführende Aussagen und Stellungnahmen des Autors gewünscht. Dem konkret Rechtssuchenden jedoch werden praktische, über eine rein juristische Beratung hinausgehende Hinweise an die Hand gegeben, indem er zu einem umfassenden Abwägen aller Vor- und Nachteile, die mit dem „meist in den Sternen geschriebenen Prozessausgang“ (S.69) verbunden sind, aufgefordert wird sowie dazu, sich klar zu machen, dass sein Entscheid zu kämpfen oder nachzugeben - wie alle wichtigen Entscheidungen - abgestimmt auf die

konkrete Lebenssituation und erst nach vollständiger Analyse nicht nur der rechtlichen, sondern aller auf dem Spiel stehender Lebensinteressen getroffen werden sollte.

Im 12. Kapitel zum „Unausweichliche(n) Recht“ wendet sich Zihlmann gegen die oft beobachtete Prozesssucht und Rechthaberei bei der Suche nach dem eigenen Recht und appelliert – wenn auch wieder etwas kurz, so doch auffordernd – an die Verantwortung als Bürger eines demokratischen Rechtsstaates, sich bei vor seinen Augen abspielenden Ungerechtigkeiten uneigennützig für die Rechte der Benachteiligten einzusetzen (S.81).

Zihlmann warnt im folgenden Kapitel davor, nicht zu verkennen, dass der Prozess als ein „soziales Kunstprodukt“ (S.83) mit seinem Fortgang an Umfang, Gewicht und Bedeutung zunimmt, und zwar nicht nur gemessen am Aktenberg, sondern auch gemessen an dessen Einflussnahme auf das gesamte persönliche, familiäre oder berufliche Leben des Rechtssuchers (S.83). Er stellt daher im 14. Kapitel die Frage nach dem „Urteil, dein Glück?“, verbunden mit der Hoffnung und Aufforderung an den Rechtssuchenden, sich von dem sich allein auf die Juristerei konzentrierten Denken zu lösen und den ganzen Horizont menschlichen Verstehens ins Auge zu fassen (S.89). Wenn auch keine Zweifel daran bestünden, dass aufstehen und sein Recht einfordern, Zivilcourage zeigen, eine gute Sache und Tugend sei (S.90), so sollte dies immer mit den Augen des eingeschalteten Beobachters in uns geschehen, der danach fragt, was „uns das Urteil an innerem, spirituellem Wert“ (S.90) bringe. Denn – so die treffenden Worte Zihlmanns – „es gibt im Leben lohnendere Ziele, als einen Prozess zu gewinnen“ (S.91) und nicht ein Urteil eines Richters mache unser Glück, unsere Lebensfreude, den inneren Frieden, das Mitgefühl und die zwischenmenschliche Wärme aus (S.90, 91).

Mit einem Sprung zu „Recht, Schuld und innere Sicherheit“ im folgenden Kapitel wendet sich Zihlmann mit deutlicher Kritik gegen den Paradigmawechsel, dass sich das Strafrecht von dem bisher als gerecht empfundenen Maßstab der Schwere der Schuld des Täters abwende und mit den sog. sichernden Maßnahmen eine Sicherheit für die Gesellschaft anstrebe, welche das Recht gar nicht zu leisten imstande sei (S.98,99). Wenn Zihlmann die Tendenz des Strafrechts auch in dem – wie er selbst eingesteht – „etwas plakativen Satz“ (S.98) zusammenfasst, dass das „Recht im 21. Jahrhundert ... nicht mehr Gerechtigkeit, sondern Sicherheit garantieren (will)“ (S.98), so ist ihm jedoch insofern zuzustimmen, als dass wir die Möglichkeiten des Rechts überschätzen, wenn wir annehmen, mit Hilfe des Rechts jedes mit dem Zusammenleben von Menschen verbundene Risiko auszuschalten (S.98, 99). Erneut etwas sprunghaft und ohne direkte Verbindung zu den vorherigen Kapiteln geht Zihlmann

sodann in den beiden letzten Kapiteln auf Inhalt und Wesen einer Freundschaft mit dem Verurteilten ein und stellt die innere Beschränkung des Rechts, hier nun speziell des Erbrechts, auf das Materielle sowie die Unfähigkeit, insbesondere bei der Abfassung eines Testaments auch spirituelle Werte zu erfassen (S.107, 108), heraus.

Zihlmann hat ein kleines feines Buch vorgelegt, das in bildhafter und leicht verständlicher Sprache und einem von persönlichen Erfahrungen und Eindrücken des Autors geprägten Erzählstil einzelne Facetten der Rechtswelt auf ihr Verhältnis zu spirituellen Werten untersucht. Er wirft dabei eine Vielzahl zum eigenen Weiternachdenken anregende Fragen auf, die neugierig machen, inspirieren und – bei der Rezensentin auf jeden Fall – den Wunsch entstehen lassen, auch vermehrt persönliche Antworten, Antwortversuche des Autors selbst zu den von ihm gestellten Fragen in seinem Buch wiederzufinden. Das Buch stellt kleine und große Fragen, die zu einem weiterführenden Diskurs einladen, mit und in sich selbst, auf der Ebene der Rechtswissenschaft und – praxis, aber vor allem zwischen suchenden Menschen, suchend nach ihrem Lebens-Recht und dem Gesetz ihres Herzens. Und gerade deshalb sollte es vielleicht auch von jedem Studenten der Rechtswissenschaft in einer ruhigen Minute gelesen werden, sich seine zukünftige Verantwortung als Rechtsausübender für das Leben anderer Menschen bewusst machend und begreifend, dass das Recht nicht um seiner selbst willen und als bloßer Selbstzweck fungiert. Es geht um Leben, Lebendigkeit, Frieden, Lebensfreude, Glück und Mitgefühl (S.91), die sich als „Licht des Spirituellen“ (S.10) in allen Facetten des Rechts brechen sollten, so – um mit den Worten Zihlmanns zu sprechen – „wie das Licht der Sonne sich im Regenbogen in all seine Farben aufbrechen und zerlegen lässt. Denn ohne dieses innere Licht ... ist das Recht eine fade oder eher düstere Erscheinung“ (S.10). Jener wertvolle Gedanke findet sich bei einem genauen Hinsehen in bildhafter Weise bereits auf der vorderen Umschlagseite des Buches wieder, auf der das in grau getauchte „Recht“ vom in Regenbogenfarben und –form gezeichneten „Gesetz“ angestrahlt wird und ein kleiner bunter Schmetterling – vielleicht als Symbol der Lebendigkeit, die es in allen Facetten des Rechts zu erhalten gilt – auf dem „R“ von „Recht“ Platz nimmt.

Oberass. Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich.

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.

541. EGMR (Nr. 70276/01) – Urteil der ersten Kammer vom 19. Mai 2004 (Gusinskiy v. Russland)

Recht auf Freiheit und Sicherheit (hinreichender Verdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Rechtmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit der Inhaftierung; Inkorporation des nationalen Rechts, qualitative Anforderungen an das Gesetz bei Art. 5 EMRK und Prüfung des nationalen Rechts durch den EGMR; Schutz vor Willkür); immanente Geltung der *rule of law* innerhalb der EMRK; Verbot der zweckentfremdenden Berufung auf Schranken der EMRK durch den Staat (hier: Missbrauch des Strafverfahrens und der Untersuchungshaft zur Erzwingung des Verkaufs eines Medienunternehmens); Freiheit der Person; Rechtsstaatsprinzip.

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Art. 18 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

542. Supreme Court of the United States No. 03-6696 – Urteil vom 28. Juni 2004 (Hamdi v. Rumsfeld)

Status amerikanischer Staatsbürger nach Einstufung als sog. „enemy combatants“ („feindliche Kämpfer“); Anspruch eines Inhaftierten auf Unterrichtung und Anhörung im Falle von Kriegs- und Konfliktzeiten; Bewahrung der Gewaltenteilung und der Individualrechte auch im Falle kriegerischer Konflikte; Beweismaß im Falle einer Überprüfung des Status als „enemy combatant“.

Constitution of the United States of 1787 Art. I § 9, Amendment 5 (1791); 18 United States Code § 4001 (a); 28 United States Code § 2241, 2242.

543. BVerfG 2 BvR 715/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juni 2004 (OLG Köln/LG Köln)

Freiheit der Person (Anordnung einer stationären Untersuchung); körperliche Untersuchung des Beschuldigten (Feststellung der Erektionsfähigkeit; Nachtschlafuntersuchung); Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit; Erforderlichkeit; Angemessenheit; Übermaßverbot; Unerlässlichkeit der Maßnahme im Strafverfahren); Grundsatz der Subsidiarität (Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung im Zwischenverfahren; Unzumutbarkeit des Zuwartens bei freiheitsentziehenden Maßnahmen); Prüfungsumfang des Bundesverfassungsgerichtes (Evidenzkontrolle).

Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 81a StPO; § 202 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG

544. BVerfG 2 BvR 1588/02 – Beschluss vom 17. Mai 2004 (LG Halle/OLG Naumburg)

Antrag auf Festsetzung des Gegenstandswertes einer Verfassungsbeschwerde (Rechtsgüter vom hohen Rang; Prüfung der Verfassungsgemäßheit von Normen besonderer Bedeutung; Freiheit der Person: nachträgliche Sicherungsverwahrung).

Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 10 Abs. 1 BRAGO; § 113 Abs. 2 Satz 3 BRAGO

545. BVerfG 2 BvR 480/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Mai 2004 (OLG München/LG Traunstein)

Selbstbelastungsfreiheit (*nemo tenetur se ipsum accusare*) und zivilrechtliche Auskunftspflichten (Vorrang des Gläubigerinteresses; strafverfahrensrechtliches Verwertungsverbot); Zwangshaft bei nicht vertretbaren Handlungen.

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 888 Abs. 1 ZPO

546. BVerfG 2 BvR 1136/03 – Beschluss vom 14. Juni 2004 (LG Hamburg)

Anordnung des dinglichen Arrests in das Vermögen zur Sicherung des Verfalls (Bruttoprinzip; Prüfungsanforderungen bei Entzug des gesamten Vermögens; Mittäterschaft; wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt; Organ, Vertreter oder Beauftragter einer juristischen Person); Eigentumsgrundrecht (Bestand; Nutzung; Gewährleistungsgehalt; Grundrechtsschutz durch faire Verfahrensführung); Schranken des Eigentums (Entziehung von deliktisch erlangtem Eigentum als strafrechtliche Nebenfolge); Verheimlichung eines ablehnenden Beschlusses der Vorinstanz im Beschwerdeverfahren (keine Bekanntgabe, Trennung von Beschlüssen; Akteneinsicht; Entfernung aus den Akten); Effektivität des Rechtsschutzes (Prüfungsumfang des Gerichtes; Abwägung im Einzelfall; Verhältnismäßigkeit); Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erschöpfung des Rechtswegs; Nachholung rechtlichen Gehörs nach § 33a StPO; nachträgliche Anhörung im Beschwerdeverfahren nach § 311a StPO; Rüge der Verfassungswidrigkeit von Normen im fachgerichtlichen Verfahren); Fall Falk (Ision / Distefora / Energies).

Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 73 Abs. 1 StGB, § 73a StGB; § 111b Abs. 2 StPO;

§ 111d StPO; § 111e Abs. 1 StPO; § 33a StPO; § 311a StPO; § 88 BörsG a.F.; § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG; § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 WpHG; § 263 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 147 StPO.

547. BGH 2 StR 16/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Gießen)

Ergänzung der Urteilsgründe durch das Revisionsgericht (Verhängung der Mindeststrafe).
§ 354 Abs. 1 StPO

548. BGH 2 StR 2/04 - Beschluss vom 2. Juni 2004

Bestellung eines Beistands für die Nebenklage (Fortwirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens).
§ 397a StPO

549. BGH 2 StR 50/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Aachen)

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

550. BGH 2 StR 5/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Limburg)

Entziehung der Fahrerlaubnis; Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen (Regelvermutung; Prognoseentscheidung).
§ 69 Abs. 1 StGB

551. BGH 2 StR 84/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Aachen)

Betrug (Versuch; Vollendung); milderes Recht; rechtsstaatswidrige Verzögerung; Akkusationsprinzip.
§ 263 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 Abs. 2 StGB; § 151 StPO

552. BGH 2 StR 92/04 - Beschluss vom 7. Mai 2004 (LG Koblenz)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Glaubhaftmachung der Fristwahrung.
§ 44 StPO

553. BGH 2 StR 112/04 - Beschluss vom 14. Mai 2004 (LG Kassel)

Menschenhandel (Tateinheit; Tatmehrheit); Verfall bei Schadensersatzansprüchen des Tatopfers; Tenorkorrektur bei rechtsfehlerhaftem Freispruch.
§ 180b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

554. BGH 2 StR 127/04 - Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Trier)

Aufklärungsrüge (Glaubwürdigkeitsbeurteilung durch Sachverständigen; eigene Sachkunde); Tenorierung bei Strafzumessungsregeln; Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch (Gegenwehr des Opfers).
§ 244 Abs. 4 StPO; § 260 Abs. 4 StPO; § 176 StGB aF; 24 Abs. 1 StGB

555. BGH 2 StR 144/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004

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

556. BGH 2 StR 159/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Erfurt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg).
§ 64 StGB

557. BGH 2 StR 180/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Limburg)

Unzulässige Revision nach Rechtsmittelverzicht; Beweiskraft des Protokolls.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 274 StPO

558. BGH 2 StR 363/03 - Beschluss vom 21. April 2004 (LG Frankfurt)

Mord (niedrige Beweggründe; grundloses Abreagieren von frustrationsbedingten Aggressionen an einem unteiligen Opfer); Hinweis auf die Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts (Möglichkeit der gezielten Verteidigung; Angabe der relevanten Tatsachen; Angabe des Mordmerkmals; Beruhen).
§ 211 Abs. 2 StGB; § 265 StPO

559. BGH 2 StR 379/03 - Urteil vom 5. Mai 2004 (LG Frankfurt)

Räuberische Erpressung; Nötigung; Zurechnung von Tatbeiträgen bei Mittäterschaft; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit.
§ 240 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

560. BGH 2 StR 386/03 - Urteil vom 26. Mai 2004 (LG Limburg)

Verminderte Schuldfähigkeit (Strafrahmenverschiebung bei Mord); Verantwortlichkeit für schulderhöhende Umstände; besondere Schwere der Schuld (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Berücksichtigung eines Geständnisses).
§ 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 337 StPO

561. BGH 2 StR 386/03 - Beschluss vom 26. Mai 2004

Unzulässiger Antrag auf Prozesskostenhilfe (Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse).
§ 397a StPO; § 114 ZPO; § 117 ZPO

562. BGH 2 StR 458/03 - Beschluss vom 7. Mai 2004 (LG Frankfurt)

Einheitlichkeit der Revision (mehrere Verteidiger); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Einhaltung der Revisionsbegründungsfrist durch einen Verteidiger).
§ 344 StPO; § 44 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

563. BGH 2 StR 462/03 - Beschluss vom 4. Juni 2004 (LG Köln)

Gegenvorstellung gegen Verwerfungsbeschluss.
§ 304 Abs. 4 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

564. BGH 2 StR 482/03 - Urteil vom 31. März 2004 (LG Frankfurt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verfahrensrüge; Verschulden des Verteidigers; Zurechnung zum Angeklagten); Täterschaft beim Betrug (Handlungssteuerung; wirtschaftliches Interesse am Taterfolg); Regelbeispiel (Urteilsgründe; Gesamtabwägung der Umstände; Erörterungsmangel).

§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 263 StGB; § 25 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 2 StPO

565. BGH 2 ARs 153/04 / 2 AR 73/04 - Beschluss vom 7. Mai 2004

Anordnung der DNA-Untersuchung von aufgefundenem Spurenmaterial (Zuständigkeit des Richters); Gerichtsstandbestimmung.

§ 81e Abs. 1 StPO; § 81f Satz StPO; § 81a Abs. 2 StPO; § 162 StPO; § 14 StPO

566. BGH 2 ARs 166/04 / 2 AR 99/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004

Zuständigkeit für die Führungsaufsicht.

§ 462a Abs. 4 StPO

567. BGH 2 ARs 174/04 2 AR 98/04 - Beschluss vom 7. Mai 2004

Verfahrensverbindung; Sachdienlichkeit.

§ 2 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 3 StPO

568. BGH 2 ARs 175/04 / 2 AR 107/04 - Beschluss vom 21. Mai 2004

Aufhebung eines Abgabebeschlusses; Wohnortswechsel.

§ 42 Abs. 3 JGG; § 108 Abs. 1 JGG

569. BGH 2 ARs 184/04 / 2 AR 113/04 - Beschluss vom 4. Juni 2004

Verfahrensverbindung; gemeinschaftliches oberes Gericht; Zustimmung der Staatsanwaltschaften.

§ 13 StPO

570. BGH 3 StR 15/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Krefeld)

Schuldpruchberichtigung (Tenorkorrektur; offensichtlicher Zählfehler).

§ 268 StPO

571. BGH 3 StR 112/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Lüneburg)

Rücktritt vom unbeeendeten Versuch (Verhinderung der Vollendung; Beseitigung einer Gefahr; optimale Rettungsmaßnahmen); Zweifelssatz; Wahrunterstellung (unwiderlegliche Tatsachen; Aufklärungspflicht).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 244 Abs. 3 StPO

572. BGH 3 StR 116/04 - Beschluss vom 27. April 2004 (LG Duisburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bestimmung des Schuldumfangs; Menge der Betäubungsmittel; nicht geringe Menge; Eigenkonsum).

§ 29a BtMG

573. BGH 3 StR 139/04 - Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Verden)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen bei der Aufklärungsrüge: Mitteilung eines schriftlichen Sachverständigengutachten); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Berücksichtigung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung bei der Strafzumessung auf Grund der Sachrüge, der Verfahrensrüge).

§ 244 Abs. 4 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 344 Abs. 2 Satz StPO

574. BGH 3 StR 151/04 - Beschluss vom 6. Mai 2004 (LG Mönchengladbach)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Verschlechterungsverbot.

§ 64 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 2 StPO

575. BGH 3 StR 143/04 - Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Lübeck)

Sicherungsverwahrung (Feststellung der Vorverurteilungen).

§ 66 Abs. 1 StGB

576. BGH 3 StR 149/04 - Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Düsseldorf)

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot.

§ 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG

577. BGH 1 StR 149/04 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG München)

Höchstdauer der Unterbrechung der Hauptverhandlung (der Verfahrensförderung dienende fehlerhafte Beweisaufnahme und erklärte Wiederholungsabsicht; Konzentrationsmaxime).

§ 229 Abs. 1 StPO

578. BGH 1 StR 170/04 – Beschluss vom 21. Mai 2004 (LG Mannheim)

Verbotene Vernehmungsmethoden (bewusste Täuschung oder Irreführung; Grenze der Fortwirkung bei späterer Wiederholung der Aussage); minder schwerer Fall des Totschlages (hoher Rang des Lebens; Provokation; schwere Beleidigung bei einer Reihe von Kränkungen).

§ 136a StPO; § 213 1. Alt. StGB; § 212 StGB

579. BGH 1 StR 172/04 – Beschluss vom 25. Mai 2004 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

580. BGH 1 StR 80/04 – Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Konstitutive Entscheidung des Gerichts über die Anrechnung der im Ausland erlittenen Freiheitsentziehung.

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

581. BGH 1 StR 80/04 - Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Nürnberg)

Reichweite des Zeugnisverweigerungsrechts nach § 52 StPO (erlaubte Verwertung des äußeren Erscheinungsbildes eines Zeugen; Aufklärungspflicht).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 52 StPO

582. BGH 1 StR 98/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Baden-Baden)

Voraussetzungen des Antrages auf Nachholung des rechtlichen Gehörs bei Nachreichung eines Schriftsatzes. Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO analog; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

583. BGH 1 StR 181/04 – Beschluss vom 11. Mai 2004 (LG Bamberg)

Sexueller Missbrauch von Kindern und exhibitionistische Handlungen (Serientaten; Verjährung; Unterbrechung; Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe bei Wegfall von Einzelstrafen; Ermessen des Revisionsgericht und gesetzliche Zuständigkeit des Tatrichters; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 176 StGB; § 183 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 78 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 353 StPO

584. BGH 1 StR 187/04 – Beschluss vom 27. Mai 2004 (LG München)

Presseinhaltsdelikt (Verbreitung von Druckwerken; Strafbarkeit des Inhalts durch Kundgabe nach Außen; Kapitalanlagebetrug kein Presseinhaltsdelikt).

§ 15 BayPrG; § 264a StGB

585. BGH 1 StR 391/03 – Urteil vom 4. Mai 2004 (LG München)

Absoluter Revisionsgrund der Abwesenheit des Angeklagten (Entfernung bei Augenscheinseinnahme; Darlegungsanforderungen); Entfallen der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (Benutzung einer Skizze als Vernehmungsbefehl; Augenschein); Beweiswert von Skizze und Photo; Öffentlichkeitsgrundsatz; Darlegungsvoraussetzungen des § 344 Abs. 2 StPO (Auseinandersetzung mit Negativtatsachen; Wiedergabe von Aktenteilen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 274 StPO; § 273 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 230 Abs. 1 StPO; § 247 Satz 2, 2. Halbsatz StPO; § 86 StPO

586. BGH 1 StR 466/03 – Beschluss vom 27. April 2004 (OLG Stuttgart)

Keine verfahrensrechtliche Tateinheit zwischen dem unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln und der zeitgleich begangenen Ordnungswidrigkeit des Führens eines Kraftfahrzeuges unter der Wirkung von berauschenden Mitteln (Tat im prozessualen Sinne; innerer Zusammenhang zum Mitsichführen der Betäubungsmittel).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 24a Abs. 2 StVG; § 264 StPO

587. BGH 1 StR 482/03 – Beschluss vom 31. März 2004 (LG Mosbach)

Betrug (Irrtumserfordernis bei „Betrug“ mit Telefonkarten und 0190-Nummern); Computerbetrug (unbefugtes Verwenden von Daten: hier Telefonkarten; Maßgeblichkeit des Innenverhältnisses der Beteiligten für den Ver-

mögensschaden); Erschleichen von Leistungen; schwerer Menschenhandel; Verfall (entgegenstehende Ansprüche Dritter bei der Prostitution; Verzicht und Ausschluss der doppelten Inanspruchnahme).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 263a StGB; § 265a StGB; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

588. BGH 1 StR 522/03 – Urteil vom 21. April 2004 (LG Traunstein)

Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung nach § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO und § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; Feststellung von bedingtem Vorsatz bei Kurierfahrten (Fahrlässigkeit; subjektive Zurechnung der gesamten, erheblichen Rauschgiftmenge; Strafzumessung); Entziehung der Fahrerlaubnis bei Kurierfahrten (charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Zurückweisung der Anfrage des vierten Strafsenats).

§ 15 StGB; § 29 BtMG; § 46 StGB; § 69 Abs. 1 StGB; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

589. BGH 4 StR 126/04 – Beschluss vom 27. April 2004 (LG Arnsberg)

Missachtete Wahrunterstellung (Ablehnung eines Beweisantrages); Strafzumessung (einfache Beseitigung von Tatspuren; Nachtatverhalten).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 46 Abs. 2 StGB

590. BGH 4 StR 173/04 – Beschluss vom 18. Mai 2004 (LG Dortmund)

Beweiswürdigung (fehlende Feststellungen).

§ 261 StPO

591. BGH 4 StR 185/04 – Beschluss vom 18. Mai 2004 (LG Essen)

Fehlerhafte Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung des Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit; keine gleichzeitige Stützung auf Steuerungsunfähigkeit und Einsichtsunfähigkeit; Einstufung abweichenden Sexualverhaltens: Pädophilie).

§ 63 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

1. Die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt nach ständiger Rechtsprechung die positive Feststellung eines länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekts voraus, der zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit sicher begründet (st. Rspr.; BGH StraFo 2003, 281).

2. Nach ständiger Rechtsprechung kann die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit nicht gleichzeitig auf eine erhebliche Verminderung der Einsichts- und der Steuerungsfähigkeit gestützt werden (vgl. BGHSt 40, 341, 349).

3. Nach ständiger Rechtsprechung ist nicht jedes abweichende Sexualverhalten, auch nicht eine Devianz in Form einer Pädophilie, ohne weiteres mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB gleichzusetzen ist (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 10. März 2004 - 4 StR 563/03).

592. BGH 4 StR 32/04 – Beschluss vom 14. April 2004 (LG Stralsund)

Betäubungsmittelhandel (Bewertungseinheit; Konkurrenzen; Vorliegen konkreter Anhaltspunkte).
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

593. BGH 4 StR 41/04 – Urteil vom 27. Mai 2004 (LG Dortmund)

Bandenmäßiges Handeltreiben (Anwendung des neuen Bandenbegriffs; auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung zu mindestens zwei anderen Personen zur künftigen gemeinsamen Deliktsbegehung); gewerbsmäßiges Handeln.
§ 30 a Abs. 1 BtMG; § 29 Abs. 3 Nr. 1 BtMG

594. BGH 4 StR 49/04 – Beschluss vom 4. Mai 2004 (LG Dortmund)

Bestechlichkeit (auf eine pflichtwidrige Diensthandlung bezogene Unrechtsvereinbarung; Dienstpflicht zur Anzeige von Korruptionssystemen bei Vorgesetzten und außerhalb des Aufgabenbereichs im engeren Sinne); Strafvareitelung im Amt.
§ 332 Abs. 1 StGB; § 52 BBG; § 55 BBG; § 258 StGB; § 258a StGB

595. BGH 4 StR 474/03 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Dortmund)

Unbenannter besonders schwerer Fall des Betruges im Sinne des § 263 Abs. 3 StGB n.F.; Strafzumessung und Verteidigungsrechte (strafschärfende Berücksichtigung des Duldens einer Falschaussage nur im Ausnahmefall; Ausdruck rechtsfeindlicher Gesinnung).
§ 263 Abs. 3 StGB n.F.; Art. 6 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB

596. BGH 4 StR 519/03 – Beschluss vom 8. Juni 2004 (LG Neubrandenburg)

Fehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; erforderliche Feststellungen; hinreichend konkrete Erfolgsaussicht).
§ 64 StGB

597. BGH 4 StR 529/03 – Beschluss vom 30. März 2004 (LG Dortmund)

Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; bloße Änderung der Konkurrenzverhältnisse).
§ 52 StGB

598. BGH 5 StR 74/04 – Beschluss vom 22. April 2004 (LG Berlin)

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

599. BGH 5 StR 46/04 – Beschluss vom 12. Mai 2004 (LG Chemnitz)

Untreue (schadensgleiche Vermögensgefährdung bei unordentlicher Buchführung; Versuch); Freispruch durch das Revisionsgericht entsprechend § 354 Abs. 1 StPO.
§ 266 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

600. BGH 5 StR 51/04 – Beschluss vom 12. Mai 2004 (LG Berlin)

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

601. BGH 5 StR 115/03 – Beschluss vom 17. Juni 2004 (LG Hamburg)

BGHSt; BGHR; Mord (Fall Engel; Aufarbeitung von Nazi- und Kriegsverbrechen: Irrelevanz von zur Tatzeit geltendem Kriegsvölkerrecht wegen der Missachtung des Menschenrechts auf Leben; offensichtlich verbrecherischer Charakter einer Massenerschießung; Wehrmacht; objektive und subjektive Erfordernisse der Grausamkeit); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; Freispruch und Verfahrenseinstellung bei außergewöhnlichen Umständen; infolge des Alters schwindende Verhandlungsfähigkeit: keine Behandlung als Objekt); kein Verfahrenshindernis wegen des ne bis in idem-Verbots des Schengener Durchführungsübereinkommens (Vollstreckungsbeginn; europäischer Haftbefehl; Rahmenbeschluss; Doppelbestrafungsverbot); Auslieferungsverbot des Grundgesetzes (verfahrensrechtliche Rückwirkungsprobleme; EuHbG; unzulängliches Abwesenheitsverfahren).
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 EMRK; § 211 StGB; § 212 StGB; Art. 54 SDÜ

602. BGH 5 StR 139/03 – Urteil vom 5. Mai 2004 (LG Halle)

Bestechlichkeit; Steuerhinterziehung (Schätzungsgebot bei belegter Schuld als solcher; Grenzen der Suspendierung der Pflicht zur Abgabe von Steuererklärungen infolge des nemo tenetur Grundsatzes; Schweigerecht; Verwendungsverbot); Verfall bei Bestechungsgeldern (keine Ansprüche des Arbeitgebers; Vorrang der Ansprüche des Steuerfiskus).
Art. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 332 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 AO; § 46 StGB; § 393 Abs. 1 AO; § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO; § 73 StGB; § 73a StGB

603. BGH 5 StR 53/04 – Beschluss vom 1. März 2004 (LG Hamburg)

Belehrungspflicht bei Zeugnisverweigerungsrecht (Verwertungsverbot; Entfallen des Beruhens bei Kenntnis und Entscheidung für die Aussage; Feststellungsvoraussetzungen für das Entfallen); Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (keine Entziehung einer Verfahrensrüge durch nachträglich zur Akte gereichte dienstliche Äußerungen).
§ 274 StPO; § 52 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

Das Verwertungsverbot bei einer unterbliebenen Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO entfällt, wenn feststeht, dass der über sein Zeugnisverweigerungsrecht prozessordnungswidrig nicht belehrte Zeuge sein Weigerungsrecht gekannt hat und davon bei einer ordnungsgemäßen Belehrung keinen Gebrauch gemacht hätte (BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Verletzung 3; BGH NStZ 1990, 549, 550 jeweils m.w.N.). In einem solchen Fall beruht die Zeugenaussage nicht auf der unterlassenen Belehrung,

das auf die Zeugenaussage gestützte Urteil nicht auf einem Verstoß gegen § 52 Abs. 3 StPO.

604. BGH 5 StR 73/03 – Urteil vom 13. Mai 2004 (LG Bremen)

BGHSt; Untreue (grundsätzlich keine Vermögensbetreuungspflicht bei Investitionsbeihilfen und Subventionen; Vermögensbetreuungspflicht von Vorstandsmitgliedern einer AG gegenüber einer von dieser abhängigen GmbH; Schuldumfang bei der Untreue durch existenzgefährdenden Eingriff und Grundsätze des BGH zur begrenzten Verfügungsbefugnis der Gesellschafter einer juristischen Person: Sicherungspflicht; Schutzgesetz und Ausfallhaftung); Grenzen der freien Beweiswürdigung bei der Vertragsauslegung (Berücksichtigung zivilrechtlicher Auslegungsregeln und der zivilrechtlichen Rechtslage im Konzern); Subventionsbetrug; mittelbare Täterschaft kraft Organisationsherrschaft bei Unternehmen; Strafzumessung (Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung).
§ 25 Abs. 1 StGB; § 266 StGB; § 14 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 46 StGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 264 StGB; § 56 Abs. 1 oder Abs. 2 StGB

605. BGH 5 StR 548/03 – Urteil vom 5. Mai 2004 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; BGHR; Steuerhinterziehung; steuerrechtliches Verwendungsverbot (Handeln in Erfüllung steuerrechtlicher Pflichten); Grenzen des Verwendungsverbot: auf die Erzwingbarkeit der steuerlichen Erklärungspflicht bezogene einschränkende Auslegung; Irrelevanz für Allgemeindelikte; nemo tenetur Grundsatz; Schweigerecht; Selbstanzeige (Ausschlussgrund des § 371 Abs. 2 Nr. 2 AO; Tatentdeckung; Normzweck; auf Steuerstraf-taten beschränkte Reichweite; erforderlicher Verurteilungsverdacht; ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Kenntnissgabe der eigenen Tatbeteiligung; persönliche

Erklärung; Verhältnis zum Allgemeinen Teil); Urkundenfälschung (Vorlage der Ablichtungen angeblicher Rechnungen; unechte Urkunde).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 393 Abs. 2 Satz 1 AO; § 371 AO; § 267 Abs. 1 StGB

606. BGH 5 StR 548/03 – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Nürnberg)

Aufhebung eines Haftbefehls gemäß § 126 Abs. 3 in Verbindung mit § 120 Abs. 1 StPO.
§ 126 Abs. 3 StPO; § 120 Abs. 1 StPO

607. BGH 5 StR 356/03 – Beschluss vom 13. Mai 2004 (LG Leipzig)

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

608. BVerfG 2 BvR 1012/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2004 (LG Augsburg; AG Augsburg)

Anspruch auf rechtliches Gehör (Verletzung durch sofortige Entscheidung trotz des Vorbehalts weiterer Begründung nach Akteneinsicht; Ausschluss von „in camera“-Verfahren im Strafprozess); Akteneinsicht (Gewährung; Informationsbeschränkung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren); Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsbeschwerde (kein Wegfall wegen Zeitablaufes bei tief greifenden Grundrechtseingriffen); dinglicher Arrest im Strafverfahren (Recht auf Eigentum; wirtschaftliche Handlungsfreiheit; Gewährung rechtlichen Gehörs schon im Arrestverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; § 147 StPO; § 33 StPO; § 33a StPO; § 111b StPO; § 111d StPO; § 917 ZPO