

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 10/2004
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

Wiss. Ass. *Karsten Gaede* / RA *Markus Rübenstahl*, Mag. iur. – **Die Effektivierung der revisionsgerichtlichen Rechtskontrolle von Urteilsabsprachen durch die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts**

RA *Klaus-Ulrich Ventzke* – **Rationalitätstendenzen im Revisionsrecht?**

Die Ausgabe umfasst zudem drei Rezensionen zu strafrechtlich relevanter Literatur.

Entscheidungen

- EGMR ***Doerga v Niederlande* – Anforderungen an die gesetzliche Grundlage der Telekommunikationsüberwachung in Haftanstalten**
- BVerfG **Bestimmtheitsgrundsatz bei der Verbreitung jugendgefährdender Schriften**
- BGH **Amtsträgerbegriff bei der privatisierten Bundesbahn (BGHSt)**
- BGH **Regelmäßige Versagung der Strafrahmenverschiebung infolge erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit bei Trunkenheit (BGHSt)**
- BGH **Vorabteilentscheidungen durch den zweiten Strafsenat**
- BGH **Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen zu § 69 StGB**
- BGH **Kein absoluter Revisionsgrund (Öffentlichkeitsgrundsatz) bei Verstoß gegen das Offenlegungsgebot von BGHSt 43, 195 ff. (BGHSt)**
- BGH **Verwenden nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB durch Drohung nur bei Wahrnehmung der Drohung**
- BGH **Grundsätze für Sperrerklärungen hinsichtlich der Videovernehmung verdeckter Ermittler**
- BGH **Versuchsbeginn beim „Klingeln an der Haustür“**

SCHRIFTFLEITUNG

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 (Universität Erlangen); 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 118 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

SCHRIFTLLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LLM (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen); 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, Oktober 2004, Ausgabe **10**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

751. EGMR Nr. 50210/99 – Urteil der zweiten Kammer vom 27. April 2004 (Doerga v. Niederlande)

Recht auf Achtung der Privatsphäre und der unüberwachten Korrespondenz (Erfassung der telephonischen Kommunikation und Pflicht zur Löschung der Aufzeichnungen über abgehörte Gespräche; Gesetzesvorbehalt: Anforderungen an ein Eingriffsgesetz im Sinne des Art. 8 EMRK, besondere Maßstäbe bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen, klare und detaillierte Regelungen; Anwendung auf eine Haftanstalt).

Art. 8 EMRK; Art. 10 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Das Abhören und das Aufzeichnen des Telefongesprächs eines Inhaftierten stellt einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar. Gleiches gilt für die Aufbewahrung derart erlangter Aufzeichnungen.

2. Der Ausdruck „gesetzlich vorgesehen“ erfordert zum einen, dass die fragliche Maßnahme eine Grundlage im nationalen Recht besitzt. Zum anderen bezieht er sich auf die Qualität der fraglichen Rechtsgrundlage: Die Rechtsgrundlage muss für den Betroffenen zugänglich sein, sie muss ihn in die Lage versetzen, die für ihn möglichen Konsequenzen vorhersehen zu können und sie muss mit der *rule of law* vereinbar sein. Ein Gesetz genügt dabei der Vorhersehbarkeit im Sinne des Art. 8 EMRK, wenn es so präzise abgefasst ist, dass die betroffene Person – wenn nötig mit kundiger Beratung –

ihr Verhalten nach dem Gesetz ausrichten kann.

3. Hinsichtlich der Kommunikationsüberwachung durch staatliche Stellen muss das nationale Recht dem Einzelnen infolge des Mangels an einer öffentlichen Kontrolle und wegen der Gefahr des Missbrauchs einen Schutz gegen willkürliche Eingriffe in seine von Art. 8 EMRK eröffneten Konventionsrechte bieten. Das Abhören und andere Formen der Überwachung von Telefongesprächen stellen einen schweren Eingriff in das Privatleben und die private Korrespondenz dar und müssen daher auf einem Gesetz beruhen, das besonders präzise beschaffen ist. Es ist von essenzieller Bedeutung, dass klare und detaillierte Regelungen existieren. Diese Anforderungen erstrecken sich auch auf Regelungen hinsichtlich der Löschung etwaiger Aufzeichnungen.

752. BVerfG 2 BvR 86/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 8. September 2004 (LG Heidelberg/AG Heidelberg)

Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Wortlautgrenze; Analogieverbot; Abgrenzung anhand des Gesetzesziels); Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (Pornographika; Videothek; Verleih; Begriff der „Einsehbarkeit des Ladengeschäfts“).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 3 Abs. 1 Nr. 3 GJS; § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB

Die Auslegung des § 3 Abs. 1 Nr. 3 GJS, wonach es auf

die Einsehbarkeit des Ladengeschäfts ankommt und nicht auf die Einsehbarkeit der indizierten Schriften selbst, verstößt nicht gegen das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG.

759. BVerfG 2 BvR 669/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 15. März 2004 (OLG Frankfurt am Main/LG Marburg)

Informationsfreiheit des Strafgefangenen (Schutzbereich; Beschaffung und Nutzung technischer Einrichtungen; Eingriff; Gefahr unkontrollierter Übermittlung von Nachrichten in den Strafvollzug durch einen „SMS-Chat“; Widerruf einer Besitzerlaubnis: Abwägung der Belange des Allgemeinwohls mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes); Unterbindung des Videotextempfanges (Widerruf der Besitzerlaubnis für die Fernbedienung eines Fernsehgerätes).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 69 Abs. 2 StVollzG; § 70 Abs. 3 StVollzG; § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG

1. Der Schutzbereich der Informationsfreiheit erstreckt sich auch auf die Beschaffung und Nutzung technischer Einrichtungen, die eine an die Allgemeinheit gerichtete Information erst individuell erschließen (vgl. BVerfGE 90, 27, 32).

2. Der Widerruf der Erlaubnis zum Besitz eines Zubehörs für den Empfang von Videotext in der Straftaft greift in das von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistete Grundrecht des Gefangenen ein, sich aus allgemein zugänglichen Quellen, zu denen Videotextseiten gehören, ungehindert zu unterrichten.

3. Beim Widerruf einer Besitzerlaubnis gemäß § 70 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 Nr. 2 StVollzG hat die Justizvollzugsanstalt den Grundsatz des Vertrauensschutzes als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips zu beachten (vgl. BVerfGE 72, 200, 257). Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Belange des Allgemeinwohls oder das Interesse des Gefangenen am Fortbestand einer Rechtslage, auf die er sich eingerichtet hat und auf die er vertraut, den Vorrang verdienen.

4. Es ist von Verfassungs wegen nicht gefordert, dass der Widerruf einer Besitzerlaubnis nur auf Sicherheitsgründe gestützt werden darf, die speziell in der Person des betroffenen Gefangenen liegen. Ausreichend ist die grundsätzlich gegebenen Eignung eines Gegenstands für sicherheits- oder ordnungsgefährdende Verwendungen, sofern konkrete derartige Verwendungen nicht oder nur mit einem von der Anstalt nicht erwartbaren Aufwand durch Kontrollmaßnahmen ausgeschlossen werden könnten.

753. BVerfG 2 BvR 577/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 10. März 2004 (LG Leipzig)

Benachteiligungsverbot Behinderter (Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine benachteiligende Ungleichbehandlung; Diskriminierungsverbot); blinder Schöffe und Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verschaffung eines optischen Eindrucks von den Verfahrensbeteiligten; Recht auf ein faires Verfahren); Erfordernis verfahrens-

mäßiger und organisatorischer Absicherung der Rechte Behinderter.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; Art. 33 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK; § 77 GVG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 GVG

1. Die Streichung eines blinden Schöffen von der Schöffensliste verstößt nicht gegen das Verbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, Behinderte zu benachteiligen.

2. Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG will den Schutz des allgemeinen Gleichheitssatzes für bestimmte Personengruppen verstärken und der staatlichen Gewalt insoweit engere Grenzen vorgeben, als die Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine benachteiligende Ungleichbehandlung dienen darf (vgl. BVerfGE 85, 191, 206; 96, 288 302). Dieses Diskriminierungsverbot ist jedoch nicht schrankenlos. Fehlen einer Person gerade wegen ihrer Behinderung bestimmte körperliche Fähigkeiten, die unerlässliche Voraussetzung für die Wahrnehmung eines Rechts sind, liegt in der Verweigerung dieses Rechts kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot. Eine rechtliche Schlechterstellung Behinderter ist danach zulässig, wenn behinderungsbezogene Besonderheiten es zwingend erfordern (BVerfGE 85, 191, 207; 99, 341, 357).

3. Die Ansicht, nach der es der strafprozessuale Unmittelbarkeitsgrundsatz verlange, dass sich jedes Mitglied des Spruchkörpers selbst und unmittelbar einen - auch optischen - Eindruck von den Verfahrensbeteiligten machen könne, ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

4. Das Streichungsverfahren aus der Schöffensliste erfüllt mit seinem Erfordernis einer förmlichen richterliche Entscheidung nach Anhörung des betroffenen Schöffen, die aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gebotene verfahrensmäßige und organisatorische Absicherung der Rechte Behinderter.

758. BVerfG 2 BvR 1821/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 8. April 2004 (LG Kassel/AG Wolfhagen)

Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung; inhaltliche Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss (Beschreibung des Tatvorwurfes; Bezeichnung der den Tatverdacht begründenden Handlungen, Tatzeitraum sowie des Bezugspunktes der strafbaren Handlung; Bezeichnung der zu suchenden Beweismittel); Verstoß gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Anspruch auf Klärung der Berechtigung einer Durchsuchung; Perpetuierung eines Verfassungsverstoßes durch Nachbesserung eines als verfassungswidrig erkannte Durchsuchungsbeschlusses; keine prozessuale Überholung bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen und Rechtsschutz auch vor Abschluss der Durchsicht nach § 110 StPO).

Art. 13 Abs. 1 und 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 110 StPO

1. Das Gewicht des Eingriffs durch eine Wohnungsdurchsuchung und der verfassungsrechtlichen Bedeutung

des Schutzes der räumlichen Privatsphäre erfordert es, dass der richterlichen Anordnung gemäß Art. 13 Abs. 2 GG eine eigenverantwortliche Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen zugrunde liegt. Die richterliche Durchsuchungsanordnung ist keine bloße Formsache (vgl. BVerfGE 57, 346, 355).

2. Um die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (vgl. BVerfGE 20, 162, 224; 103, 142, 151), muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Der Richter muss die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (vgl. BVerfGE 20, 162, 224; 42, 212, 220 f.).

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

4. Art. 19 Abs. 4 GG enthält ein Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt (vgl. BVerfGE 67, 43, 58; stRspr). Der Bürger hat einen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle in allen bestehenden Instanzen (vgl. BVerfGE 78, 88, 99; 96, 27, 39; stRspr). In Fällen tief greifender Grundrechtseingriffe - wie beispielsweise der Wohnungsdurchsuchung auf Grund richterlicher Anordnung -, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Rechtsordnung vorgesehenen Instanz kaum erlangen kann, gebietet es effektiver Grundrechtsschutz, dass der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden, wenn auch nicht mehr fortwirkenden Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen (vgl. BVerfGE 96, 27, 40). Das Rechtsmittelgericht darf ein von der jeweiligen Rechtsordnung eröffnetes Rechtsmittel daher nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer „leer laufen“ lassen (vgl. BVerfGE 78, 88, 99; 96, 27, 39). Diese Erwägungen gelten unabhängig davon, dass die Durchsuchung als solche im Hinblick auf die gegebenenfalls noch nicht abgeschlossene Durchsicht der sichergestellten Gegenstände gemäß § 110 StPO noch nicht beendet sein könnte.

755. BVerfG 2 BvR 406/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 15. März 2004 (Kammergericht)

Gleichbehandlungsgrundsatz; Unschuldsvermutung; Arbeit in der Untersuchungshaft (geringeres Arbeitsentgelt als bei Strafgefangenen; kein Anspruch auf bezahlten Urlaub).

Art. 3 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 200 Abs. 1 StVollzG; § 18 SGB IV; § 43 Abs. 1 und 6 bis 11 StVollzG; § 176 Abs. 1 StVollzG; § 177 Satz 4 StVollzG; § 177 Satz 2 StVollzG; § 41 Abs. 1 StVollzG

1. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend verschieden zu behandeln (BVerfGE 42, 64, 72; stRspr). Eine unterschiedliche Behandlung muss sich daher auf Unterschiede in den Sachverhalten zurückführen lassen, die es rechtfertigen, sie als im Hinblick auf die fragliche Behandlung ungleich anzusehen. Art. 3 Abs. 1 GG ist verletzt, wenn für eine vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung ein einleuchtender Grund nicht auffindbar ist (vgl. BVerfGE 42, 374, 388; stRspr). Innerhalb dieser Grenzen ist es Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will (BVerfGE 75, 108, 157; 103, 310, 318).

2. Mit Rücksicht auf die unterschiedliche Bedeutung, die der Arbeit nach der Zweckbestimmung von Untersuchungs- und Strafhaft zukommt, war der Gesetzgeber nicht gehalten, die von erwachsenen Untersuchungsgefangenen geleistete Arbeit in gleicher Weise wie die Arbeit von Strafgefangenen anzuerkennen.

3. Ein Anspruch auf Entgeltangleichung folgt auch nicht aus der Unschuldsvermutung: dem Untersuchungsgefangenen wird mit der Bemessung des Entgelts für von ihm geleistete Arbeit weder Schuld zugewiesen noch eine Strafe auferlegt.

754. BVerfG 2 BvQ 34/04 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 10. August 2004 (LG Halle)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (keine Vorwegnahme der Hauptsache; effektiver Rechtsschutz; unzulässiger Antrag auf Verpflichtung eines Fachgerichtes zur Entscheidung binnen einer bestimmten Frist).

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 90 BVerfGG; § 32 BVerfGG

Die Terminierung fachgerichtlicher Entscheidungen entzieht sich der Regelung durch einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

800. BGH 2 StR 486/03 - Urteil vom 16. Juli 2004 (LG Frankfurt)

BGHSt; Amtsträger (beurlaubter Bundesbahnbeamter; Angestellter der Bahn AG); Beamter; sonstige Stelle; Aufgabenprivatisierung; Organisationsprivatisierung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Auslegung (Wortlautgrenze).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB; § 299 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Ein im Zuge der Bahnreform nach § 12 Abs. 1 DBGrG aus dienstlichen Gründen beurlaubter Bundesbahnbeamter, der mit der Deutschen Bahn AG einen privatrechtlichen Anstellungsvertrag abgeschlossen hat und in dieser Funktion tätig wird, ist kein Amtsträger nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a) StGB. (BGHSt)

2. Eine im Rahmen eines betriebsinternen, dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgeschalteten Zulassungsverfahrens mit unlauteren Mitteln erstrebte Förderung von neuen Produkten erfolgt aufgrund des engen Zusammenhangs mit der Auftragsvergabe schon zu Zwecken des Wettbewerbs im Sinne des § 299 Abs. 2 StGB. (BGHSt)

3. Für den Beamtenbegriff im Strafrecht und das bei den Amtsdelikten typischerweise verwirklichte Sonderrecht ist kennzeichnend, dass der Täter in seiner Eigenschaft als Beamter und nicht als Arbeitnehmer einer privatrechtlichen Gesellschaft gehandelt hat. (Bearbeiter)

4. Als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand sind als „sonstige Stellen“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB den Behörden insbesondere dann gleichzustellen, wenn sie bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 43, 370, 377; 45, 16, 19; 46, 310, 312 f.). (Bearbeiter)

5. Die Deutsche Bahn AG ist keine „sonstige Stelle“ im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB, da eine Gesamtbewertung dieser öffentlich-rechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten nicht zu dem Ergebnis führt, dass die Deutsche Bahn AG derartig staatlicher Steuerung unterliegt (Bearbeiter).

784. BGH 2 StR 281/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Kassel)

Totschlag; Versuchsbeginn (Tatentschluss; unmittelbares Ansetzen; Notwendigkeit von Zwischenakten; subjektiver Vorbehalt beim „Klingeln an der Haustür“); Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit); Mord (nied-

rige Beweggründe; nicht allgemein gültige Ehrvorstellungen); Verschlechterungsverbot.

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

1. Klingeln an der Wohnungstür des geplanten Opfers allein begründet jedenfalls dann noch kein unmittelbares Ansetzen zum Versuch des Tötungsdelikts, wenn der Täter nicht entschlossen war, jeden beliebigen Menschen zu töten, der die Tür öffnen würde (Abgrenzung zu BGHSt 26, 201, 203 für die Gewaltanwendung beim Raub gegen beliebige Gewahrsamsinhaber).

2. Das bloße Verhaftetsein eines ausländischen Täters in sektiererischen Überzeugungen und nicht allgemein gültigen Ehr- oder Rachevorstellungen begründet jedenfalls dann keine mildere Bewertung objektiv niedriger Beweggründe, wenn der Täter den Widerspruch zur allgemeinen Anschauung kennt und an seiner abweichenden Bewertung gleichwohl uneinsichtig starr festhält.

3. Das Verschlechterungsverbot steht einem Schuldspruch wegen Mordes nach aufgehobener Verurteilung wegen Totschlags nicht im Wege, sondern lediglich der Verhängung einer nachteiligeren Rechtsfolge (vgl. BGHSt 21, 256, 260; 29, 63, 66).

806. BGH 3 StR 65/04 - Urteil vom 29. Juli 2004 (LG Wuppertal)

Unterbrechung der Verjährung (Information über laufende Ermittlungen; schriftliche Terminsmitteilung über richterliche Vernehmung des Tatopfers).

§ 78 StGB; § 78 c StGB

Eine schriftliche Terminsmitteilung über die richterliche Vernehmung des Tatopfers kann verjährungsunterbrechende Wirkung wegen Bekanntgabe eines laufenden Ermittlungsverfahrens haben, auch wenn die Mitteilung formlos erfolgt und den Gegenstand der Ermittlungen nicht ausdrücklich bezeichnet, denn für die Bekanntgabe ist weder eine bestimmte Form noch ein bestimmter Inhalt vorgeschrieben. Der Beschuldigte muss lediglich ersehen können, dass und weshalb ein Ermittlungsverfahren gegen ihn eingeleitet worden ist. Dies kann sich auch aus der Eindeutigkeit der gegen ihn ergriffenen Maßnahme ergeben.

826. BGH 1 StR 293/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Bayreuth)

Mord (niedrige Beweggründe) Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit (schwere Persönlichkeitsstörung; Bezug zur Tat).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung sagt nichts darüber aus, ob sie im Sinne der §§ 20, 21 StGB „schwer“ ist. Hierfür ist maßgebend, ob es im Alltag außerhalb des angeklagten Delikts zu Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens gekommen ist (vgl. hierzu im einzelnen Senatsurteil vom

21. Januar 2004 – 1 StR 346/03 = NSTZ 2004, 437, 438; zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

2. Die Schuldfähigkeit bezieht sich auf den konkreten Rechtsverstoß und ist für jede Tat gesondert zu prüfen.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

791. BGH 2 StR 313/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Koblenz)

Raub (Gewaltbegriff bei der Nötigung; Verwenden eines gefährlichen Werkzeuges als Drohmittel; Beisichführen eines gefährlichen Werkzeuges; Kenntnis des Opfers); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte.

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 357 StPO

1. Das Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges als Drohmittel bei § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass die Drohung von dem Bedrohten wahrgenommen wird. (BGHR)

2. Das Beisichführen einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeuges gem. § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB setzt keine Kenntnis des Opfers hiervon voraus. (Bearbeiter)

3. Der Versuch der Verwendung einer Waffe bzw. eines gefährlichen Werkzeuges als Drohmittel tritt hinter die Tatbestandsvollendung nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB (Beisichführen) zurück. (Bearbeiter)

848. BGH 5 StR 94/04 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Berlin)

Unzureichende Beweiswürdigung hinsichtlich der niedrigen Beweggründe beim Mord (motivlose Tötung); Revision der Nebenklage (Zulässigkeit; ausdrückliche Erklärung).

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Tötungsbeweggrund niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (BGHSt 47, 128, 130 m.w.N.).

2. Eine Einstellung, bei der der Täter meint, nach eigenem Gutdünken über das Leben des Opfers grundlos verfügen zu können, steht auf sittlich tiefster Stufe und ist besonders verachtenswert. Die Tötung eines Menschen, zu welcher der Täter weder durch das Verhalten des Opfers noch durch sonstige, außerhalb seiner Person liegende Umstände veranlasst worden ist, lässt in der Regel auf das Vorliegen von niedrigen Beweggründen schließen. Wer einen anderen Menschen zum Objekt seiner Wut und Gereiztheit, an deren Entstehung der

andere nicht im geringsten Anteil hat, macht, beweist ein außerordentliches Maß an Missachtung der körperlichen Integrität seines Opfers. Darin kommt eine Gesinnung zum Ausdruck, die Lust an körperlicher Misshandlung und willkürliches Aufwerfen über die körperliche Unversehrtheit anderer zum Inhalt hat und deshalb sittlich auf tiefster Stufe steht, somit als niedrig gewertet werden muss (BGHSt aaO S. 132 m.w.N.).

821. BGH 1 StR 165/03 – Beschluss vom 27. April 2004 (LG Mannheim)

Betrug (Kassenbetrug; Täuschung über kick-back-Zahlungen; nötige Individualisierung bei Serientaten; Zweifelsatz); Untreue (Vertragsärzte der Krankenkassen: Missbrauch der Vertretungsmacht; Apotheker).

§ 263 StGB; § 266 StGB

Handelt es sich um Serienstraftaten des Betrugers, müssen die Urteilsgründe regelmäßig darlegen, wer die schädigende Verfügung getroffen hat und welche Vorstellungen er dabei hatte. Dabei kann die tatrichterliche Überzeugung von betriebsinternen Vorgängen, insbesondere bei arbeitsteilig tätigen Unternehmen oder Körperschaften, je nach den Umständen, auch durch Vernehmung etwa eines Abteilungsleiters gewonnen werden (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 14).

804. BGH 3 StR 186/04 - Urteil vom 19. August 2004 (LG Kiel)

Besonders schwere Brandstiftung (Ermöglichungsabsicht: Zusammenhang zwischen Brand und ermöglichter Straftat); Betrug in einem besonders schweren Fall; Tatmehrheit.

§ 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB; 53 StGB

Für den Tatbestand der besonders schweren Brandstiftung muss die „andere Straftat“, die durch die Brandlegung nach der Vorstellung des Täters oder Anstifters ermöglicht werden soll, nicht durch die akute, gemeingefährliche Brandsituation selbst begünstigt sein. Vielmehr ist es ausreichend, dass der Täter oder Anstifter der Brandstiftung die Absicht hat, zu einem späteren Zeitpunkt einen Versicherungsbetrug zu begehen (vgl. BGHSt 45, 211, 216 ff; BGHR StGB § 306 b Ermöglichen 2).

862. BGH 5 StR 197/04 – Urteil vom 17. August 2004

Erpresserischer Menschenraub (Sich-Bemächtigen bei Zwei-Personen-Verhältnissen und zwei Tätern); schwere räuberische Erpressung (unmittelbare Vermögensgefähr-

dung durch das Abpressen einer Geheimnummer im Besitz der EC-Karte bei bevorstehender Nutzung; Schadensvertiefung durch ein folgendes Abheben).

§ 239a StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Bei § 239a StGB ist innerhalb eines Zwei-Personen-Verhältnisses zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift von sonstigen Nötigungsdelikten ein funktionaler Zusammenhang zwischen dem ersten Teilakt des Sich-Bemächtigen – mit einer gewissen Stabilisierung der Lage – und dem zweiten Teilakt, der angestrebten Erpressung, erforderlich. Der Täter muss beabsichtigen, die durch das Sich-Bemächtigen für das Opfer geschaffene Lage für sein weiteres erpresserisches Vorgehen auszunutzen (vgl. BGHSt 40, 350, 355; BGHR StGB § 239a Anwendungsbereich 1 m.w.N.).

2. Die Kenntnis von der Geheimzahl einer EC-Karte stellt für sich allein betrachtet keine Vermögensposition dar (vgl. BGHR StGB § 263a Konkurrenzen 1 m.w.N.). Wird jedoch eine Geheimnummer abgepresst, steht dem Täter die EC-Karte zur Verfügung und ist eine sofortige Abhebung des gesamten Guthabens geplant, so liegt ein Vermögensnachteil vor.

779. BGH 2 StR 241/04 - Beschluss vom 6. August 2004 (LG Limburg)

Falschbeurkundung im Amt (rechtserhebliche Tatsache; Feststellung der Identität eines Erschienenen).

§ 348 StGB; § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG

1. Die Feststellung, auf welche Weise der Notar sich Gewissheit über die Identität der Beteiligten verschafft hat, gehört - anders als die Identität der Personen selbst - nicht zu den rechtlich erheblichen Tatsachen im Sinne von § 348 Abs. 1 Satz 1 StGB.

2. Beurkundet ein Notar der Wahrheit zuwider, eine der Personen, deren Erklärungen er beurkundet, sei ihm von Person bekannt, so erfüllt er nicht den Tatbestand der Falschbeurkundung im Amt.

817. BGH 3 StR 494/03 - Urteil vom 1. Juli 2004 (LG Kiel)

Mord; besondere Schwere der Schuld (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; verminderte Schuldfähigkeit; Fall Jennifer).

§ 211 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 21 StGB

1. Ob die besondere Schwere der Schuld bei Mord zu bejahen ist, hat der Tatrichter unter Abwägung der im Einzelfall für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu entscheiden (vgl. BGHSt 40, 360, 370; 41, 57, 62; 42, 226, 227). Zwar ist dem Revisionsgericht bei der Nachprüfung der tatrichterlichen Wertung eine ins einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; insbesondere ist es gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen (BGH NSTZ 1998, 352, 353). Es hat jedoch zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und rechtsfehlerfrei abgewogen hat.

2. Für die revisionsgerichtliche Nachprüfbarkeit der Entscheidung zur besonderen Schwere der Schuld genügt es nicht, dass der Tatrichter irgendeiner Stelle des Urteils die Umstände näher darlegt, die im Rahmen der Prüfung einer besonderen Schuldschwere Berücksichtigung finden müssen. Vielmehr muss der Tatrichter darlegen, dass er sie gerade auch in diesem Zusammenhang in die gebotene Gesamtwürdigung einbezogen hat.

3. Erheblich verminderte Schuldfähigkeit schließt die Annahme besonders schwerer Schuld, insbesondere in Fällen selbstverschuldeter Trunkenheit, nicht von vorneherein aus.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

847. BGH 5 StR 93/04 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Potsdam)

BGHSt; regelmäßige Versagung der Strafrahmenverschiebung bei erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit im Fall zu verantwortender und signifikant tatrikoerhöhender Trunkenheit (eingeschränkte Revisibilität; Übertragung auf weitere Genuss- und Betäubungsmittel; Fahrlässigkeit als Mindestschuldform; actio libera in causa; zurückhaltendere Gewichtung bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Verhältnis zum Vollrauschtatbestand).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 323a StGB; § 7 WStG

1. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf zu verantwortender Trunkenheit, spricht dies in der Regel gegen eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB, wenn sich aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signi-

fikant infolge der Alkoholisierung erhöht hat. Ob dies der Fall ist, hat der Tatrichter in wertender Betrachtung zu bestimmen; seine Entscheidung unterliegt nur eingeschränkter revisionsgerichtlicher Überprüfung. (BGHSt)

2. Die Minderung der Tatschuld durch Einschränkung der Schuldfähigkeit kann im Rahmen des § 49 Abs. 1 StPO durch schulderhöhende Umstände kompensiert werden, die jedoch als Mindestschuldform Fahrlässigkeit und damit mindestens Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit in objektiver und subjektiver Hinsicht voraussetzen. (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe in Frage steht, wird der Tatrichter besonders darauf Bedacht zu nehmen haben, dass der schuldmindernde Umstand einer erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit angesichts der Absolutheit der Strafdro-

hung ohne Strafrahmenschiebung bei der konkreten Strafzumessung nicht berücksichtigt werden kann; die Frage der Strafrahmenschiebung gewinnt im Vergleich zur Prüfung bei zeitigen Freiheitsstrafen deshalb ungleich mehr an Gewicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – 4 StR 54/04). Dies wird zu besonders sorgfältiger Prüfung aller schulderhöhenden und schuldmindernden Umstände sowie zu einer im Zweifel eher zurückhaltenden Gewichtung zu Lasten des Täters Anlass geben müssen (vgl. BGH StV 2003, 499). (Bearbeiter)

865. BGH 4 StR 85/03 / 4 StR 155/03 / 4 StR 175/03 - Beschluss vom 26. August 2004

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Entziehung der Fahrerlaubnis (Zweck der Maßregel; historische Auslegung; systematische Auslegung; verfassungskonforme Auslegung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; verkehrsspezifischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit; Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: konkrete Anhaltspunkte); Abgrenzung von Maßregel und Nebenstrafe; Zusammenhangstat; Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen nach straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften; Fahrverbot.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 132 Abs. 2 VVG; § 132 Abs. 4 VVG; § 69 Abs. 1 StGB; § 44 StGB

1. Nach Auffassung des 4. Strafsenats ergibt sich die charakterliche Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen nur dann aus „der Tat“ (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB), wenn aus dieser konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen; somit ist ein spezifischer Zusammenhang zwischen Anlasstat und Verkehrssicherheit erforderlich.

2. Die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB ist nach geltendem Recht keine Maßnahme zur allgemeinen Verbrechensbekämpfung, sondern dient lediglich dem Schutz der Verkehrssicherheit.

860. BGH 5 StR 591/03 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Frankfurt)

Annahme verminderter Schuldfähigkeit und Strafzumessung bei Verdeckungsmord (Rechtsfrage der Erheblichkeit; differenzierte Übertragung der neuen Grundsätze zur Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei selbstverschuldeter Verminderung der Schuldfähigkeit bei Alkoholkonsum auf andere Genuss- und Betäubungsmittel, hier Kokain; besondere Maßstäbe bei lebenslanger Freiheitsstrafe); Mittäterschaft.

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. An die Strafmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB sind bei (vorwerfbar) alkoholisierten Tätern höhere Anforderungen zu stellen. Auf die konkrete Tatbegehung bezogene schulderhöhende Momente können im Rahmen der bei § 21 StGB erforderlichen Gesamtabwägung die durch Einschränkung der Steuerungsfähigkeit bewirkte Schuldminde rung ausgleichen, so dass von der fakultativen Strafrahmenschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB abgesehen werden kann.

2. Was für Alkohol gilt, kann jedoch nicht ohne weiteres auf andere Genuss- und Betäubungsmittel (hier: Kokain) übertragen werden. Wie bei Alkohol gilt allerdings auch beim (vorwerfbaren) Konsum von Betäubungsmitteln, dass eine Strafmilderung regelmäßig dann ausscheidet, wenn der Täter bereits zuvor unter vergleichbarem Drogeneinfluss gewalttätig geworden ist.

3. An die Versagung einer gemäß § 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich möglichen Strafrahmenschiebung sind bei einer lebenslangen Freiheitsstrafe besondere Anforderungen zu stellen.

4. Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung erfaßt sind, in wertender Betrachtung zu entscheiden. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (vgl. BGHSt 37, 289, 291; BGH StV 1998, 540 m.w.N.). In Grenzfällen hat der Bundesgerichtshof dem Tatrichter für die ihm obliegende Wertung einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter die genannten Maßstäbe gesehen und den Sachverhalt vollständig gewürdigt hat, so kann das gefundene Ergebnis vom Revisionsgericht auch dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre (BGH StV 1998, 540 m.w.N.).

765. BGH 2 StR 34/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (LG Frankfurt)

Anrechnungsmaßstab im Ausland erlittener Untersuchungshaft; Minderverbüßungsdauer lebenslanger Freiheitsstrafe (eigene Entscheidung des Revisionsgerichts). § 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 57 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 57 a Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

1. Auch bei der Verurteilung zu lebenslanger Freiheitsstrafe muss das erkennende Gericht für eine im Ausland erlittene Freiheitsentziehung einen Anrechnungsmaßstab festsetzen. (BGHR)

2. Die Vorschriften über die Anrechnung im Ausland erlittener Freiheitsentziehungen, die unmittelbar für die zeitige Freiheitsstrafe gelten, sind auf die Mindestverbüßungszeit der lebenslangen Freiheitsstrafe entsprechend anzuwenden (vgl. § 57 a Abs. 2 StGB). (Bearbeiter)

818. BGH 1 StR 39/04 – Urteil vom 15. Juni 2004 (LG Stuttgart)

Mord (niedrige Beweggründe: Besitzdenken und rücksichtsloser Eigennutz); Milderung beim Versuch (Erfolgsunwert; Grundsätze und Grenzen der Revisibilität). § 211 Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

1. Die rechtsfehlerfreie Anwendung des § 23 Abs. 2 StGB verlangt eine Gesamtschau, die neben der Persönlichkeit des Täters die Tatumstände im weitesten Sinne und dabei insbesondere die versuchsbezogenen Gesichtspunkte einbezieht wie Nähe zur Tatvollendung, Gefährlichkeit des Versuchs und eingesetzte kriminelle Energie (vgl. BGHSt 16, 351, 353; 35, 347, 355 f.). Eine sorgfältige Abwägung dieser Umstände, auch soweit sie für den Täter sprechen, ist namentlich dann geboten, wenn von der Entschließung über die versuchsbedingte Milderung die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe abhängt (BGHR StGB § 23 Abs. 2 Strafraumenverschiebung 8 und § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 21).

2. Auch bezüglich der Anwendung des § 23 Abs. 2 StGB nimmt das Revisionsgericht die Strafzumessung des Tatrichters bis an die Grenze des Vertretbaren hin (vgl. BGHSt 27, 2, 3; 29, 319, 320; jeweils m. w. Nachw.).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

816. BGH 3 StR 380/03 - Urteil vom 19. August 2004 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Verständigung; Absprache; Deal; Öffentlichkeit des Verfahrens (Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung); mündliche Verhandlung; Fairness des Verfahrens; wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung (Protokollierung von Absprachen); rechtliches Gehör.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 338 Nr. 6 StPO; § 169 Satz 1 GVG; § 261 StPO; § 273 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO wird weder durch den Umstand, dass Gespräche über eine Verständigung außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, noch dadurch begründet, dass das Ergebnis dieser Verständigung entgegen den Grundsätzen von BGHSt 43, 195 ff. nicht in die öffentliche Hauptverhandlung eingeführt wird. (BGHSt)

2. Unter mündlicher Verhandlung im Sinne von § 169 GVG ist lediglich die Hauptverhandlung im Sinne der §§ 226 bis 275 StPO zu verstehen. Finden Vorgespräche zwischen den Verfahrensbeteiligten bewusst außerhalb der Hauptverhandlung statt, so kann ein zum absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO führender Verstoß gegen § 169 GVG schon deshalb nicht vorliegen (Bestätigung von BGHSt 42, 46, 47). (Bearbeiter)

3. Aus der Rechtspflicht des Gerichts, Absprachen mit den Verfahrensbeteiligten in die Hauptverhandlung einzuführen und zu protokollieren (vgl. BGHSt 43, 195, 205 f.), folgt nicht, dass andernfalls die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt wären und der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO gegeben wäre. Vielmehr leidet lediglich die Verfahrensweise, die zur Verständigung geführt hat, an einem Mangel, der etwa zur Unwirksamkeit der Absprache führen (BGHSt 45, 51, 56 für einen Rechtsmittelverzicht) oder von der an den Vorge-

774. BGH 2 StR 209/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Verfall (Erlangen); erweiterter Verfall (tatrichterliche Überzeugung); Einziehung (Verwendung oder Bestimmung als Tatmittel).

§ 73 StGB; § 73d StGB; 74 StGB

Voraussetzung für eine Anordnung des Verfalls nach §§ 73, 73 a StGB ist, dass eine von der Anklage erfasste und vom Tatrichter festgestellte Tat vorliegt (vgl. BGHR StGB § 73 Anwendungsbereich 1, Vorteil 5); demgegenüber genügt nicht die allgemeine Feststellung, dass die Gegenstände durch eine - nicht abgeurteilte - andere Straftat erlangt seien.

sprächen nicht beteiligten Seite zum Gegenstand von Ablehnungsgesuchen gemacht werden kann (BGHSt 42, 46, 48). (Bearbeiter)

827. BGH 1 StR 315/04 – Beschluss vom 17. August 2004 (LG Stuttgart)

Telekommunikationsüberwachung; Aufklärungspflicht; Recht auf ein faires Verfahren bei Ablehnung der Vernehmung eines verdeckten Ermittlers in der Hauptverhandlung (fair-trial-Grundsatz; Sperrerklärung; darzulegende Grundsätze für die Ablehnung einer Videovernehmung des verdeckten Ermittlers; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Beleg einer Tatprovokation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 100a StPO; § 110a StPO

1. Der Senat hält an seiner mit Beschluss vom 26. September 2002 (NJW 2003, 74) näher begründeten Auffassung fest, dass eine audiovisuelle Vernehmung besonders gefährdeter Zeugen unter optischer und akustischer Abschirmung nicht nur keinen rechtlichen Bedenken begegnet, sondern sogar - insbesondere im Hinblick auf das Fragerecht des Angeklagten gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. d MRK - rechtlich geboten sein kann.

2. In Fällen, in denen selbst eine audiovisuelle Vernehmung unter optischer und akustischer Abschirmung nach Maßgabe der heutigen technischen Möglichkeiten die Gefährdung eines Verdeckten Ermittlers an Leib oder Leben oder die Gefährdung seiner notwendigen weiteren Verwendung nicht verhindern könnte, muss es hingegen zur Wahrung der berechtigten Interessen des Zeugen und der Innenbehörde bei seiner Sperrung bleiben. An eine Sperrerklärung sind allerdings schon generell strenge Anforderungen zu stellen. Sie muss auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben (BGHSt 35, 82, 85).

3. Bei der Sperrerklärung, die auch eine Videokonferenz unter optischer und akustischer Abschirmung ausschließt, ist zudem zwischen einer Privatperson als Hinweisgeber und einem als verdeckten Ermittler eingesetzten Polizeibeamten zu differenzieren: Bei einer Privatperson, die als Vertrauensperson oder Hinweisgeber tätig ist, werden dessen Identität und Funktion als Informant der Ermittlungsbehörden den Beteiligten zumeist nicht bekannt sein.

4. Der verdeckte Ermittler darf bei der Videokonferenz im Beisein seines Führungsbeamten vernommen werden, der insbesondere darauf achtet, dass keine Fragen beantwortet werden, die zur Gefährdung der Person des verdeckten Ermittlers und seines weiteren Einsatzes führen. Derartige Fragen kann die oberste Dienstbehörde für eine Videokonferenz generell „sperrern“ und das Gericht darf die Fragen im konkreten Fall auf entsprechenden Hinweis des Führungsbeamten oder des verdeckten Ermittlers nicht zulassen. Auch wird der verdeckte Ermittler so ausgebildet sein - und gegebenenfalls auszubilden sein -, dass er sich durch entsprechende Fragen nicht gefährdet.

5. Die Beachtung vorstehender Umstände ist bei der Sperrerklärung eines verdeckten Ermittlers, mit denen auch eine Videokonferenz abgelehnt wird, einzelfallbezogen darzustellen und nachvollziehbar zu begründen.

790. BGH 2 StR 434/03 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Gera)

Vorabteilentscheidung im Revisionsrechtszug (Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Anfrageverfahren und Vorlageverfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Geltung im Beschlussverfahren und im Urteilsverfahren; teilweise Rechtskraft); Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifische Gefährdung; Divergenz unter den Strafsenaten und Haltung des zweiten Strafsenats).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG; § 69 StGB; § 349 StPO

Über Teile einer Revision kann ausnahmsweise vorab entschieden werden, wenn dies im Hinblick auf den Beschleunigungsgrundsatz geboten ist (BGH, Urt. v. 6. Juli 2004 - 4 StR 85/03 -, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt). Dies gilt gleichermaßen für das Urteilsverfahren wie für das Beschlussverfahren gemäß § 349 Abs. 2, Abs. 4 StPO.

775. BGH 2 StR 211/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Aachen)

Vorabteilentscheidung im Revisionsrechtszug (Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Anfrageverfahren und Vorlageverfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Geltung im Beschlussverfahren und im Urteilsverfahren; teilweise Rechtskraft); Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifische Gefährdung; Divergenz unter den Strafsenaten und Haltung des zweiten Strafsenats).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG; § 69 StGB; § 349 StPO

Über Teile einer Revision kann ausnahmsweise vorab entschieden werden, wenn dies im Hinblick auf den Be-

schleunigungsgrundsatz geboten ist (BGH, Urt. v. 6. Juli 2004 - 4 StR 85/03 -, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt). Dies gilt gleichermaßen für das Urteilsverfahren wie für das Beschlussverfahren gemäß § 349 Abs. 2, Abs. 4 StPO.

787. BGH 2 StR 291/04 - Beschluss vom 6. August 2004 (LG Koblenz)

Entziehung der Fahrerlaubnis (formelhafte Begründung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Überzeugungsbildung; Darlegung; Urteilsgründe); Zurückstellung einer Maßregelentscheidung (unklare höchstrichterliche Rechtsprechung; ausstehende Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen; Vorlageverfahren).

§ 69 StGB; § 261 StPO § 267 StPO; § 132 GVG

Wird eine Rechtsfrage wegen unterschiedlicher Auffassungen der Strafsenate des Bundesgerichtshofs dem Großen Senat für Strafsachen zur Entscheidung vorgelegt, so kann es sich für die Tatgerichte empfehlen, eine Sachentscheidung einstweilen zurückzustellen, wenn es für die zu treffende Entscheidung auf den Ausgang des Verfahrens vor dem Großen Senat für Strafsachen ankommt (Fortführung von BGH 4 StR 85/03, Urteil vom 6. Juli 2004, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt).

814. BGH 3 ARs 5/04 - Beschluss vom 12. August 2004

Antwort auf Anfragebeschluss; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Sachrüge (Urteilsgründe, Erörterungsmangel); Verfahrensrüge (neue Tatsachen).

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

1. Ob der Strafzumessungsumstand „Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK“ zutreffend berücksichtigt worden ist, stellt eine Frage der Anwendung materiellen Rechts dar, die grundsätzlich auf die Sachrüge zu prüfen ist, soweit sich der Mangel aus den Urteilsgründen ergibt.

2. Ergeben die Urteilsgründe weder das Vorliegen einer Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK noch einen entsprechenden Erörterungsmangel, muss der Beschwerdeführer eine Verfahrensrüge erheben, wenn er aus bestimmten Tatsachen, die bislang nicht festgestellt sind, eine Verfahrensverzögerung im Sinne des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK herleiten will.

823. BGH 1 StR 199/04 – Beschluss vom 23. August 2004 (LG Konstanz)

Unwirksamer Rechtsmittelverzicht bei unterbliebener Ladung eines Wahlverteidigers nach § 218 StPO unter den besonderen Umständen des Einzelfalles (Art und Weise des Zustandekommens; Verteidigerverschulden: fehlende Information und Beteiligung des Angeklagten an einer Verfahrensabsprache).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 218 StPO

1. Einzelfall der Unwirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts wegen der Art und Weise des Zustandekommens

bei unterbliebener Ladung eines zweiten Wahlverteidigers.

2. Ein konkludenter Verzicht des Angeklagten auf sein Recht, sich vor der Erklärung eines Rechtsmittelverzichts mit seinen Wahlverteidigern zu beraten, liegt nicht vor, wenn der Angeklagte keine Kenntnis darüber hat, dass ein abwesender Wahlverteidiger nicht geladen worden ist.

859. BGH 5 StR 412/03 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Rostock)

Untreue (Verfolgungsverjährung; Beendigung; Fall Krause); fehlerhafte Durchführung des Selbstleseverfahrens (Schöffenmitwirkung; Beweis durch das Sitzungsprotokoll und Grenzen der Widerlegung seiner negativen Beweiskraft; wesentliche Förmlichkeit); Stundungsbetrag.

§ 266 StGB; § 263 StGB; § 78 Abs. 2 Nr. 4 StGB; § 273 StPO; § 274 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

1. Nach § 78a Satz 1 StGB beginnt die Verjährung mit der Beendigung der Tat. Die Untreue im Sinne von § 266 StGB ist beendet mit dem Eintritt des vom Vorsatz umfassten Nachteils. Entsteht der Nachteil erst durch verschiedene Ereignisse oder vergrößert er sich nach und nach, dann ist der Zeitpunkt des letzten Ereignisses maßgebend (vgl. BGHR StGB § 78a Satz 1 Untreue 1; BGH NStZ 2003, 540 f. m.w.N.).

2. Macht das Tatgericht von der Möglichkeit des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO Gebrauch, müssen sowohl die Berufsrichter als auch die Schöffen vom Wortlaut der Urkunden Kenntnis nehmen, diese also tatsächlich gelesen haben. Eine Differenzierung hinsichtlich der Vorgehensweise zwischen Berufsrichtern und Schöffen ist unzulässig. Der Vorsitzende muss gemäß § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO die Feststellung über die Kenntnisnahme in das Protokoll aufnehmen. Dabei handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO (vgl. BGH NStZ 2000, 47; 2001, 161; StV 2000, 603, 604). Der Nachweis hierüber kann somit nur durch das Protokoll geführt werden (§ 274 StPO). Wurde die Feststellung der Kenntnisnahme durch die Schöffen nicht protokolliert, ist somit aufgrund der negativen Beweiskraft des Protokolls davon auszugehen, dass das Beweismittel nicht zur Kenntnis gelangt ist. Dem Revisionsgericht ist es damit verwehrt, freibeweislich nachzuforschen, ob die Kenntnisnahme tatsächlich unterblieben ist.

3. Die Beweiskraft des Protokolls kann nur bei offenkundiger Fehler- oder Lückenhaftigkeit entfallen (vgl. BGHR StPO § 274 Beweiskraft 12 m.w.N.). Eine Lückenhaftigkeit ergibt sich auch nicht schon daraus, daß die Anordnung des Selbstleseverfahrens, nicht aber die nach § 249 Abs. 2 StPO notwendige Feststellung über dessen erfolgreiche Durchführung vermerkt ist. Die Anordnung des Selbstleseverfahrens lässt keinen Schluß auf die weitere Beachtung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO zu (vgl. BGH NStZ 2000, 47 m.w.N.).

4. Ein Stundungsbetrag ist nur dann strafbar, wenn die Chancen für die Erfüllung eines Anspruchs gerade durch den Zeitablauf verschlechtert werden und damit die Forderung an Wert verliert (vgl. BGHSt 1, 262, 264). Dies kann dann der Fall sein, wenn der Angeklagte zum Zeitpunkt der Stundung noch zahlungsfähig oder in höherem Maße zahlungsfähig war als später.

807. BGH 3 StR 71/04 - Beschluss vom 27. Juli 2004 (LG Düsseldorf)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung); räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht bei geplanter Vernichtung der Beute); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Besitzwillen bei Vernichtungsabsicht); Aufklärungspflicht (Wahrunterstellung; unwiderlegliche Einlassung des Angeklagten); Zweifelsatz; Überzeugungsbildung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 253 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Eine Verlängerung der Verfahrensdauer ist insoweit nicht vom Gericht zu vertreten, als sie durch offensichtlich unbegründete Befangenheitsgesuche, abwegige Aussetzungsanträge und andere ersichtlich nicht einer sachgerechten Verteidigung dienende Anträge verursacht worden ist, die dem Gericht eine angemessene Verfahrenserledigung erschweren oder unmöglich machen sollten.

2. Das Tatgericht darf eine dem Angeklagten günstige Fallgestaltung nicht als unwiderlegbar seiner Entscheidung zugrunde zu legen, wenn begründete Aussicht besteht, dass sie durch eine Beweisaufnahme widerlegt werden kann. Nur wenn es keine Möglichkeit sieht, die Fallgestaltung durch Beweiserhebung oder - nach ergebnisloser Beweiserhebung - argumentativ zu widerlegen, kann es durch Wahrunterstellung seiner Vorauswürdigung Rechnung tragen.

3. Der Tatrichter ist nicht verpflichtet, entlastende Angaben eines Angeklagten schon deshalb als unwiderlegt hinzunehmen, weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt. Vielmehr hat er seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung auf Grund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme zu bilden.

836. BGH 4 StR 67/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Halle)

Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 338 Nr. 6 StPO (mögliche Prüfung eines denkgesetzlichen Ausschlusses des Beruhens; Darlegungsvoraussetzungen); Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Unterrichtungspflicht bei Unterbrechung der Zeugenvernehmung; Beruhens); widersprüchliche Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage); ausbeuterische Zuhälterei.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 6 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO; § 247 Abs. 4 StPO; § 181 a Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 StGB; § 92a AuslG

1. Die Unterrichtung nach § 247 Abs. 4 StPO hat vor jeder weiteren Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zu erfolgen. Sie gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten, die nach § 273 Abs. 1 StPO im Hauptverhandlungsprotokoll zu beurkunden sind (vgl. BGHSt 1, 346, 350; BGH StV 1984, 102, 103; 1992, 359).

2. Auch wenn die während der Entfernung des Angeklagten durchgeführte Zeugenvernehmung noch nicht abgeschlossen, sondern nur unterbrochen war, muss der Angeklagte von dem in seiner Abwesenheit Ausgesagten unterrichtet werden, bevor in seiner Anwesenheit die Beweisaufnahme fortgesetzt wird (st. Rspr.; vgl. BGHSt 38, 260).

764. BGH 2 StR 158/04 - Beschluss vom 23. Juli 2004 (LG Trier)

Absoluter Revisionsgrund (Entfernung des Angeklagten; Urkundsbeweis; Verlesung).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

1. Eine Verlesung zum Zwecke des Urkundenbeweises darf nicht in Abwesenheit des Angeklagten erfolgen (vgl. BGH NSTZ 1997, 402).

2. Ist der Angeklagte gemäß § 247 Satz 1 StPO für die Zeit der Vernehmung des Tatopfers aus dem Sitzungszimmer entfernt worden und werden während der Vernehmung dieser Zeugin im Wege des Urkundenbeweises schriftliche Aufzeichnungen der Zeugin verlesen, so muss die Verlesung wenigstens nach Abschluss der Vernehmung in Gegenwart des Angeklagten wiederholt werden.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

783. BGH 2 StR 268/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Erfurt)

Verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholgenuss, Vorwerfbarkeit); fakultative Milderung der lebenslangen Haftstrafe bei Heranwachsenden; Strafzumessung bei Heranwachsenden (Resozialisierungsgedanke).

§ 21 StGB; § 106 JGG; § 46 Abs. 2 StGB

1. Eine unmittelbare Prüfung des § 106 JGG, der eine „Sonderregelung zur Milderung der Rechtsfolgen“ darstellt (vgl. BGHSt 31, 189, 191), ist nur dann geboten ist, wenn ansonsten eine lebenslange Freiheitsstrafe verwirkt wäre.

2. Hat der Tatrichter bereits eine Strafmilderung nach Versuchsgrundsätzen (§§ 23, 49 StGB) vorgenommen und ist er deshalb zu einem Strafrahen von drei Jahren bis fünfzehn Jahre Freiheitsstrafe gelangt, so ist die Prüfung einer Strafrahenverschiebung nach § 106 JGG entbehrlich.

3. Der dem § 106 JGG zugrundeliegende Gedanke, dass der Resozialisierung bei Heranwachsenden besondere Bedeutung zukommt, hat auch außerhalb des originären Anwendungsbereichs der Norm Gültigkeit für die Bemessung zeitiger, insbesondere längerer, Freiheitsstrafen.

4. Die Verweigerung der fakultativen Strafmilderung gem. §§ 21, 49 Abs. 1 StGB wegen Alkoholgenusses setzt voraus, dass der Alkoholgenuss dem Angeklagten seinerseits uneingeschränkt vorwerfbar ist. Dies ist unter anderem dann nicht der Fall, wenn der Täter alkoholkrank oder alkoholüberempfindlich ist. Eine Alkoholkrankung in diesem Sinne kann vorliegen, wenn der Täter den Alkohol aufgrund eines unwiderstehlichen oder ihn weitgehend beherrschenden Hanges trinkt, der seine Fähigkeit, der Versuchung zu übermäßigem Alkoholkonsum zu widerstehen, einschränkt (vgl. BGH 4 StR 54/04 - Urteil vom 17. Juni 2004).

794. BGH 2 StR 353/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Trier)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft; Beihilfe); Aufklärungspflicht (Tatbeiträge der Beteiligten).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

1. Voraussetzung der Mittäterschaft bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist, dass der Beteiligte durch seinen Tatbeitrag nicht nur fremdes Tun fördern, sondern einen Beitrag zu einer gemeinsamen Tat leisten will. Sein Beitrag muss ein Teil der Tätigkeit aller darstellen und die Handlungen der anderen als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheinen lassen (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 24).

2. Die wertende Betrachtung, ob das Tun der Beteiligten von Mittäter- oder Gehilfenvorsatz getragen ist, setzt voraus, dass zunächst die Tatbeiträge aller Beteiligten festgestellt werden. Das bloße Dabeisein und die Kenntnisnahme von dem Transport sowie die Billigung ohne einen die Tatbegehung objektiv fördernden Beitrag reichen allein nicht einmal zur Begründung von (psychischer) Beihilfe zur Einfuhr aus (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 35 m.w.N.).

799. BGH 2 ARs 280/04 / 2 AR 177/04 - Beschluss vom 25. August 2004

Zuständigkeitsbestimmung; Festsetzung einer Sachverständigenentschädigung (Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache); Sachverständigengutachten im Auftrag der Polizei.

§ 14 StPO; § 16 Abs. 1 ZSEG

Im Falle einer gerichtlichen Befassung mit der Hauptsache begründet die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 ZSEG eine Zuständigkeit des für die Hauptsache zuständigen Gerichts auch für die Festsetzung der durch Ermittlungshandlungen der Staatsanwaltschaft oder der Polizei

im Rahmen eines von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahrens begründeten Sachverständigenentschädigung.

780. BGH 2 StR 249/04 - Urteil vom 18. August 2004 (LG Mainz)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Härteausgleich; erlassene Bewährungsstrafe).
§ 55 StGB; § 56g Abs. 1 StGB

Für einen Härteausgleich bei der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe (§ 55 Abs. 1 StGB) ist mangels einer Härte für den Verurteilten kein Raum, wenn eine Freiheitsstrafe, die in die nachträgliche Gesamtstrafe einzu-beziehen gewesen wäre, nicht wegen bereits erledigter Vollstreckung nicht mehr einbezogen werden kann, sondern weil sie nach Ablauf der Bewährungsfrist gem. § 56g Abs. 1 StGB erlassen wurde.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Rationalitätstendenzen im Revisionsrecht?

Anmerkungen zur aktuellen BGH-Rechtsprechung

von Rechtsanwalt *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg

Eines musste sich die revisionsgerichtliche Rechtsprechung noch nie vorhalten lassen: Berechenbarkeit. Im ohnehin nicht einfachen Verhältnis des Revisionsverteidigers zu seinem ob der Unwägbarkeiten des Revisionsverfahrens strapazierten Mandanten existieren jedenfalls zwei Gewissheiten: Zum einen die notorisch niedrige Erfolgsquote von Angeklagtenrevisionen, zum anderen die weitgehende Unberechenbarkeit der Entscheidungspraxis der Revisionsgerichte. Der kasuistische Charakter der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, aber auch die virtuose Handhabung des spezifischen Revisionsverfahrensrechts der §§ 333 ff. StPO erklären diesen die Beratungspraxis nicht eben erleichternden Befund. Ob das Revisionsgericht eine Rüge als ordnungsgemäß (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) begründet ansieht, sich davon überzeugen lässt, dass ein Verfahrensmangel durch das Hauptverhandlungsprotokoll bewiesen wird (§§ 273 f. StPO), den Einfluß eines ordnungsgemäß gerügten Rechtsfehlers auf die tatrichterliche Entscheidung (nicht) ausschließt (§§ 337, 338 StPO) oder nunmehr ungeachtet aller tatrichterlichen Rechtsfehler nach seiner eigenen Einschätzung – der Gesetzgeber sprach sogar eher verniedlichend von bloßer „Meinung“ (vgl. *Hirtz/Sommer*, 1. Justizmodernisierungsgesetz, 2004, S. 99) – eine tatrichterliche Entscheidung im Rechtsfolgenausspruch als angemessen bewertet (§ 354 Abs. 1a StPO), all dies steht – salopp formuliert – revisionspraktisch in den Sternen.

Schon deshalb verdienen Bemühungen in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung Beachtung, die darauf zu zielen scheinen, dieses Defizit – mit nachhaltigen Folgen für die tat- und revisionsgerichtliche Praxis – wenigstens etwas zu kompensieren. Diese Tendenzen betreffen das „eigentliche“ Revisionsrecht (1.), aber auch – im Rahmen der sachlichrechtlichen Prüfung – das Beweisrecht (2.).

1. Auffällig ist, dass die Innovationsfreude des Bundesgerichtshofs beim Kreieren neuer Rügebarrieren im Rahmen der Anwendung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO, die aus revisionsrichterlicher Sicht eindrucksvoll von *Kutzer* (StraFo 2000, 326 ff.) kritisiert worden war, möglicherweise auch im Hinblick auf zur Entscheidung in diesem Jahr anstehende Verfassungsbeschwerdeverfahren (2 BvR 656/99, 657/99, 683/99) gedämpft wirkt. Die neueren Entscheidungen bewegen sich insoweit auf gewohnten Bahnen und erwecken den Eindruck, dass die entsprechenden Zweifel an der Vollständigkeit und Schließigkeit des Rügevorbringens ohne weiteres vorauszusehen waren (z.B. *BGH*, 5 StR 306/03 vom 24.6.2004, S. 11 – 13, 2 StR 456/03 vom 18.8.2004, S. 12/13, 5 StR 218/04 vom 19.8.2004, S.9). Allerdings dürfte durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz begründeter Innovationsbedarf entstehen: Die Neufassung der Ausnahmetatbestände zu § 250 S. 2 StPO, insbesondere die Regelungen der §§ 251 Abs.1 Nr. 3, 256 Abs. 1 Nrn. 1b), 5 StPO, gestattet einen nicht unerheblichen Aktentransfer in die Beweisaufnahme unabhängig vom Konsens der Verfahrensbeteiligten (vgl. *Hirtz/Sommer* a.a.O. S. 90 f., 93 ff). Will der in der Hauptverhandlung dieser Beweisgewinnung durch Surrogate auch in Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 d EMRK widersprechende Angeklagte diesen Mangel beanstanden, so ist er regelmäßig auf die Aufklärungsrüge verwiesen, muß also gemäß § 344 Abs. S. 2 StPO konkret vortragen, welches Ergebnis die von ihm vermisse Beweisaufnahme gehabt hätte (vgl. nur *Meyer-Goßner*, StPO, 47. Auflage, § 244, Rn. 80 ff.). Der Beschwerdeführer, der den Verfahrensfehler indes gerade darin sieht, dass ihm wie allen anderen Prozeßbeteiligten der unmittelbare Zugriff auf das wahrnehmungsnächste Beweismittel in der Hauptverhandlung mit allen damit einhergehenden Handlungsmöglichkeiten verwehrt wurde, steht mithin vor dem aus dem Beweisantragsrecht bekannten (*Meyer-Goßner* a.a.O. Rn. 20) Dilemma, die Rüge zu unterlassen oder gleichsam ins Blaue hinein ein Beweisergebnis herbeizuphantasieren. Sachlich geboten wäre es deshalb, eine Rüge zuzulassen, die „nur“ konkreten Sachvortrag dazu erfordert, aus welchem Grunde – gerade wegen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes und des Konfrontationsrechts des Art. 6 Abs. 3 d EMRK – eine bestimmte Beweissurrogation mit § 244 Abs. 2 StPO nicht zu vereinbaren war. Eine Entscheidung des 2. Strafsenats des *BGH* (2 StR 262/04 vom 4.8.2004, S. 3/4)

könnte insoweit exemplarisch sein: Kommt es in einer Betäubungsmittelsache, in der Aussage gegen Aussage steht, darauf an, ob die Einlassung des Angeklagten zu trifft, die Unkosten des Auslandsaufenthaltes entgegen der Einlassung des Mitangeklagten nicht mit dem Kurierlohn, sondern mit seiner Kreditkarte bestritten zu haben, und wurden bei seiner Festnahme „zwei Kreditkarten sichergestellt und aktenmäßig erfasst“ (a.a.O. S. 3), so ist es mit der Amtsaufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO schlechterdings nicht zu vereinbaren, wenn der Tatrichter es unterlässt, „durch Einholung entsprechender Auskünfte bei den Kreditinstituten die Einlassung des Angeklagten“ (a.a.O. S. 3) zu überprüfen. Soll eine derartige Rüge wirklich daran scheitern, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger nicht die Details der Bankauskünfte antizipieren und vortragen (können)?

Die Aufmerksamkeit der Revisionsgerichte hatte sich in der letzten Zeit einer neuen „Baustelle“ zugewandt, der Relativierung der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (vgl. die Nachweise bei *Ventzke StV 2004*, 300 ff.). Der Kreativität bei der Handhabung des Freibeweisverfahrens waren dabei offenkundig keine Grenzen gesetzt. So konnte sich der 2. Strafsenat des *BGH* (2 StR 492/03 vom 5.5.2004, S. 6) in einem Fall nicht davon überzeugen, dass der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft einen bestimmten klärungsbedürftigen Verfahrensvorgang tatsächlich wie rechtlich zutreffend erfasst hatte. Zweifel an der maßgeblich von diesem Senat (2 StR 504/00 vom 8.8.2001; dazu: *Fezer NStZ 2002*, 272 f.) propagierten Relativierung der revisionspraktischen Bedeutung der §§ 273, 274 StPO hat nunmehr erstmals vorsichtig der 3. Strafsenat des *BGH* (3 StR 202/04 vom 11.8.2004, S. 4/5) angemeldet. Das betrifft sowohl die Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Lückenhaftigkeit des Protokolls gesprochen werden darf, als auch das Problem der Rügeverkümmern durch Änderung des Protokolls nach Erhebung einer entsprechenden Verfahrensrüge. Mit Recht weist der Senat darauf hin, dass eine weitgehende Relativierung der Beweiskraft des Protokolls dem Normzweck widerstreiten würde, „die Prüfung der wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrensgangs der Tatsacheninstanz durch das Revisionsgericht zu formalisieren und daher auf die aus der Sitzungsniederschrift ersichtlichen Verfahrensvorgänge zu beschränken“ (a.a.O. S.5).

Schließlich konnte die revisionsgerichtlich dekretierte Änderung der Klassifizierung einer Rüge weg von der Sachrüge hin zur Verfahrensrüge Unbill für den Beschwerdeführer bedeuten (vgl. nur *Meyer-Goßner a.a.O.* § 337, Rn. 8 m.w.N.). Von einer derartigen (unangekündigten) Umwidmung war nach einer Entscheidung des 5. Strafsenats des *BGH* (StV 1997, 408/409) auch die Rüge überlanger Verfahrensdauer i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK betroffen. Einleuchtend war diese Rechtsprechung nie: Was sprach dagegen, von dem Tatrichter in den Urteilsgründen eine kurz ausfallende Mitteilung dazu zu verlangen, aus welchem Grunde seit der Tat bzw. der sich aus den Aktenzeichen ergebenden verfahrensmäßigen Erfassung des Tatvorwurfs durch die jeweiligen Strafverfolgungsbehörden der sich ebenfalls ohne weiteres dem

Urteil zu entnehmende Zeitraum verstrichen war, bis es zu seiner Entscheidung gekommen war (vgl. anschaulich *BGH 3 StR 71/04* vom 27.7.2004, S. 4/5)? Und zudem ließ die revisionsgerichtliche Rechtsprechung die Teilnehmer der tatgerichtlichen Hauptverhandlung ratlos zurück, wenn es um die Beantwortung der Frage ging, auf welchem Wege diese im Strengbeweisverfahren festzustellenden Strafzumessungstatsachen (so auch jetzt noch *BGH*, 2 ARs 33/04 vom 26.5.2004, S. 6 ff.) in die Beweisaufnahme einzuführen sind. Schon deshalb ist der sorgfältig begründete Anfragebeschluss des 5. Strafsenats des *BGH* (5 StR 376/03 vom 13.11.2003, S. 7 ff.) uneingeschränkt zu begrüßen. Das gilt insbesondere, soweit der Senat (a.a.O. S. 10/11) ausdrücklich der Frage nachgeht, ob das bisherige Verständnis der Rügeanforderungen des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO mit dieser Rüge zu vereinbaren ist, und hierbei in Erinnerung ruft, dass diese Kriterien „abstrakt (zu) beschreiben“ (a.a.O. S. 11) sein müssen, um dem Beschwerdeführer die notwendige Rechtssicherheit zu vermitteln. Vorsichtige Distanz zur bisherigen Rechtsprechung verrät auch der im Anfrageverfahren ergangene Beschluss des 3. Strafsenats des *BGH* (3 ARs 5/04 vom 12.8.2004, S. 4). Bedauerlich wäre es allerdings, wenn die Entscheidung dieser revisionsverfahrensrechtlichen Frage auch von einer in den Beschlüssen des 2. Strafsenats (a.a.O. S. 6 u.) und des 3. Strafsenats (a.a.O. S. 5) anklingenden Geringschätzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK beeinflusst würde. Bei der Umwidmung derartiger Rügen – etwa zum Unterbleiben der Aufklärung der persönlichen Verhältnisse eines hierzu in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten (vgl. *BGH StV 1998*, 636) – schien jedenfalls unerschwinglich die Annahme entsprechender Mitwirkungsobliegenheiten des Angeklagten eine Rolle zu spielen, wie sie auch der sog. Widerspruchslösung inhärent ist (*Meyer-Goßner a.a.O.* § 136, Rn. 25 m.w.N.). Vor diesem Hintergrund ist es erfreulich, dass der 5. Strafsenat des *BGH* (5 StR 566/03 vom 18.2.2004, S. 4) unlängst die aus Art. 6 Abs. 1 EMRK folgende Verpflichtung des Tatrichters in Erinnerung gebracht hat, „offensichtliche, durch einen gerichtlichen Hinweis ohne weiteres zu beseitigende Missverständnis(se) des Verteidigers zu beseitigen“ (vgl. auch *BGH*, 5 StR 23/04 vom 18.2.2004, S. 3).

2. Im Bereich der Sachrüge versucht die Rechtsprechung des *BGH* seit längerem, für bestimmte Problemzonen der tatgerichtlichen Beweisführung gleichsam beweisregelähnliche Leitlinien oder Prüfungsschemata zu entwickeln, Bemühungen, die teilweise unmittelbar mit der Auslegung der entscheidungsrelevanten Vorschriften des materiellen Strafrechts einhergehen. Hierdurch wird nicht nur das revisionsgerichtliche Prüfprogramm durchschaubarer, sondern den Beteiligten der tatgerichtlichen Hauptverhandlung – allerdings unter der Voraussetzung, daß sie die Rechtsprechung überhaupt zur Kenntnis nehmen – eine gewisse Verhaltenssicherheit vermittelt.

So hat der Bundesgerichtshof im wesentlichen – soweit anhand der mit Gründen versehenen Entscheidungen rekonstruierbar (vgl. zum Problem *Barton StraFo 1998*, 325 ff.) – konsequent (vgl. aber *Dahs NStZ 2004*, 451 f.)

seine materiellrechtlichen Maßstäbe für die Behandlung typischer Beweiskonstellationen in der Beweiswürdigung des schriftlichen Urteils (vgl. dazu *Nack StraFo* 2001, 1 ff.) beibehalten und fortentwickelt. Wie wenig mancher Tatrichter offenbar willens und in der Lage ist, etwa die Rechtsprechung zur Beweislage „Aussage gegen Aussage“ ernstzunehmen, verdeutlicht ein Beschluß des 4. Strafsenats des *BGH* (4 StR 120/04 vom 13.7.2004; S. 3 ff.): Widersprüche in der Glaubhaftigkeitsbegutachtung, unterschiedliche Täterbenennungen in einem einschlägigen Parallelverfahren und ein inhaltlich verknüpfter Teilfreispruch – all dies hatte den Tatrichter nicht zu einer über Bekenntnisse hinausgehenden Beweiswürdigung zur Glaubhaftigkeit der Angaben der einzigen Belastungszeugin veranlasst. Nicht ohne Grund dürfte deshalb der 5. Strafsenat des *BGH* in zwei neueren Entscheidungen diejenigen Grundsätze in Erinnerung gerufen haben, die bei der „Glaubhaftigkeitsbeurteilung gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelsstrafrechts“ (5 StR 71/04 vom 7.7.2004, S. 4) insbesondere dann zu beherzigen sind, wenn die Beweisführung auf die Aussage von Zeugen gestützt wird, die ihrerseits „in ein Geflecht illegalen Rauschgifthandels (...) verstrickt (sind und) deren Motivation möglicherweise auf eigene Vorteile oder auf die Abwehr weiterer Beschuldigungen ausgerichtet war“ (5 StR 267/04 vom 4.8.2004, S. 3). Derselbe Senat (5 StR 242/04 vom 2.9.2004, S. 6) hat es zudem als einen Sachmangel angesehen, wenn in der Beweiswürdigung nicht mitgeteilt wird, wie ein Zeuge „auf die – gebotenen – Nachfragen geantwortet hat“. Das nimmt dem Tatrichter die Möglichkeit, durch eine gezielt lückenhafte Aussagewürdigung in den schriftlichen Urteilsgründen entsprechende Revisionsangriffe wegen des sog. Rekonstruktionsverbots (vgl. *Meyer-Goßner* a.a.O. § 261, Rn. 38a) ins Leere laufen zu lassen. Muß er im Urteil demnach die Aussage mitteilen oder aber einräumen, die gebotenen Fragen unterlassen zu haben, so werden sonst verfahrensrechtlich kaum greifbare Beweisführungsmängel (*Meyer-Goßner* a.a.O. § 244, Rn. 82) auf die Sachrüge hin beachtlich.

Der *BGH* setzt seine verdienstvollen Bemühungen fort, die Qualität der Behandlung psychodiagnostischer Sachverständigengutachten in der Tatsacheninstanz zu verbessern. Nur so ist es zu verstehen, dass der 1. Strafsenat des *BGH* in einem Beschluß gemäß § 349 Abs.2 StPO (1 StR 293/04 vom 3.8.2004, S. 4/5) noch einmal fast leitsatzartig diejenigen – gerade erst in einer Grundsatzentscheidung aus diesem Jahr (1 StR 346/03 vom 21.1.2004) entwickelten – Prüfungsschritte zusammengefasst hat, die der Tatrichter bei der besonders schwierigen Frage zu bedenken hat, ob eine Persönlichkeitsstörung als schwere andere seelische Abartigkeit geeignet ist, eine Anwendung der §§ 20, 21 StGB zu rechtfertigen. Von ungemein praktischer Relevanz wird schließlich sein, wie sich die durch zwei Entscheidungen des 5. Strafsenats des *BGH* (5 StR 591/03 und 5 StR 93/04 jeweils vom 17.8.2004) weiter vorangetriebene, an der Bildung von Fallgruppen ausgerichtete Neuorientierung der Rechtsprechung zur Strafraumverschiebung bei alkohol- bzw. drogenbedingter Einschränkung der

Schuldfähigkeit – z.B. auf die Gutachtenpraxis, aber auch das Strafniveau – auswirken wird.

Insgesamt bestätigt diese Skizze den Eindruck, der durch das Ansteigen der Anfrage- und Vorlageverfahren nahegelegt wird. Die revisionsgerichtliche Rechtsprechung des *BGH* bildet gegenwärtig keinen monolithischen Block, sondern befindet sich (auch in Grundsatzfragen) in Bewegung. Verteidiger haben allen Grund, sich aktiv – und in der gehörigen Form (*BGH*, 3 StR 98/04 vom 30.3.2004, S.3) – an dieser Fortentwicklung zu beteiligen.

Die Effektivierung der revisionsgerichtlichen Rechtskontrolle von Urteilsabsprachen durch die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts

Zugleich Besprechung des Vorlagebeschlusses *BGH*, 3 StR 368/02, 415/02 v. 15. Juni 2004.

Von Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Hamburg/Zürich) / RA **Markus Rübenthal**, Mag. iur. (Karlsruhe)

*Die Abhandlung spricht sich für die vom dritten Strafsenat angestrebte Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts aus. Unter Aufarbeitung der vom Schrifttum begleiteten Diskussion unter den Strafsenaten aber auch der einschlägigen Konventionsdogmatik zum Verzicht auf Rechte des Art. 6 EMRK treten die Verfasser für eine Umsetzung des Vorlagebeschlusses und damit für die Aufrechterhaltung und Effektivierung der Entscheidung *BGHSt* 43, 195 ff. ein. Einer die faktische Legalisierung des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts bedeutenden qualifizierten Belehrung tritt der Beitrag ebenso entgegen wie der vom fünften Strafsenat angedachten mit geltendem Recht unvereinbaren Präklusionslösung. Für die Folgefrage der möglichen Unwirksamkeit des parallelen Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft erarbeiten die Verfasser eine Lösung.*

I. Einführung: Die Kontrolle der Absprachenpraxis auf der Basis von *BGHSt* 43, 195 ff.

Die Justiz der Absprachen ist auch im deutschen Strafverfahren neben streitig beendeten Verfahren heute eine Realität.¹ Der *BGH* hat sich dem Problem insbesondere²

¹ Vgl. auch zur gesetzgeberischen Tendenz, Absprachen regeln und nicht dezimieren zu wollen, den Diskussionsentwurf der Regierungskoalition in StV 2004, 228, 237 f.

² Vgl. zuvor beispielhaft *BGHSt* 14, 189 ff.; 36, 210 ff.; 37, 10 ff.; 37, 99 ff.; 37, 298 ff.; 42, 46 ff.; 42, 191 ff.

mit der Leitentscheidung BGHSt 43, 195 ff. gestellt.³ Ob die darin zum Ausdruck gekommene vermittelnde, auf eine Integration der Absprachenpraxis in den Kontext des geltenden Strafprozessrechts abzielende Judikatur des BGH bereits zutreffend die rechtlichen Bindungen der Absprachenpraxis auslotet, steht im Schrifttum nach wie vor nicht außer Streit. Vielmehr stellen sich für das überwiegende Schrifttum die Grundsätze von BGHSt 43, 195 ff. als Mindestanforderungen dar, über die zahlreiche Autoren mit beachtlichen Gründen zum Teil weit hinausgehen wollen, wodurch Absprachen in weitaus größerem Umfang unzulässig wären.⁴ Die folgende Abhandlung will nicht prüfen, ob und inwiefern BGHSt 43, 195 ff. strengere Maßstäbe hätte anerkennen sollen. Die Grundsätze von BGHSt 43, 195 ff. prägen die unverzichtbaren Mindeststandards aus,⁵ hinter denen die Praxis jedenfalls nicht zurück fallen darf. Heute stellt sich eher die für die konkrete Rechtswirklichkeit vordringliche Frage, ob und inwiefern diese Mindeststandards überhaupt wirksam an die Praxis vermittelt werden. Die zu vernehmenden Signale reichen von der erschreckenden Missachtung⁶ der höchstrichterlich zusammengetragenen Mindestbedingungen durch die Praxis und damit von ihrem Scheitern bis hin zu einer bisweilen gesehenen wachsenden Verbreitung von BGHSt 43, 195 ff.⁷ Die Aufgabe, die vom BGH anerkannten Grundsätze an die tatrichterliche Praxis zu vermitteln, fällt dabei vor allem den Revisionsgerichten und damit dem BGH zu. Hierbei kommt es wiederum wesentlich darauf an, inwiefern der BGH tatsächlich in der Lage ist, Absprachen zu widersprechen, die heute typisch auf einen zuvor kommunizierten sofor-

tigen Rechtsmittelverzicht der Beteiligten hinaus laufen. Anhand des Problems, inwiefern ein abgesprochener oder kommunizierter Rechtsmittelverzicht die vom BGH ausgeübte Absprachenkontrolle hindern können soll, ist die Grundfrage nach der effektiven Rechtskontrolle der Urteilsabsprachen aufgeworfen worden. Der vierte Strafsenat hatte bereits in Ergänzung seiner Rechtsprechung abgesprochene Rechtsmittelverzichte für unwirksam gehalten und zur Durchsetzung von BGHSt 43, 195 ff. eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand eröffnet.⁸ Hingegen sollte insbesondere nach der Judikatur des ersten Strafsenats eine solche Rechtskontrolle nur dann eröffnet sein, wenn besondere Umstände den Rechtsmittelverzicht infolge einer schwerwiegenden Willensbeeinflussung unwirksam sein lassen,⁹ was den abgesprochenen Rechtsmittelverzicht bislang grundsätzlich wirksam sein lässt. Gegen diese früher auch vom fünften Strafsenat geteilte¹⁰ und heute noch vom zweiten Strafsenat getragene Haltung¹¹ hat nun der dritte Strafsenat einen Vorlagebeschluss gefasst, der darauf abzielt, absprachebedingte Rechtsmittelverzichte als unwirksam zu betrachten.¹²

Die unter den Strafsenaten im Rahmen des Anfrageverfahrens energisch geführte Kontroverse regt dazu an, den für eine wirksame Vermittlung der Mindestmaßstäbe letztlich zentralen Fragen der Zulässigkeit des abgesprochenen oder kommunizierten Rechtsmittelverzichts und seiner Wirksamkeit nachzugehen (II.). Dabei ist es geboten, auch vermittelnde Ansätze zu prüfen, welche für die Ausgestaltung der effektivierten revisionsrichterlichen Prüfung vorgeschlagen worden sind (III.). Zudem wirft die befürwortete Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bedeutende Folgefragen auf, von denen hier ergänzend die Frage der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft untersucht werden soll (IV.)

II. Die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts des Angeklagten

Mit dem Vorlagebeschluss sind dem Großen Senat letztlich drei Fragen zulässig¹³ vorgelegt worden, die aufein-

³ Dies geschah im Anschluss an den Kammerbeschluss BVerfG NStZ 1987, 419 f.

⁴ Vgl. insbes. die BGHSt 43, 195 ff. eingehend kritisierende Abhandlung von *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den BGH? (2004); zu den überwiegend krit. Bewertungen der Absprachen und des BGH im Schrifttum vgl. auch etwa *Weigend*, BGH-FS-Wiss., S. 1011 ff.; *Noak* StV 2002, 445 ff.; *Kuckein/Pfister*, 50-Jahre BGH-FS, S. 641 ff.; *Terhorst* GA 2002, 600, 603; BGH NJW 2004, 2536, 2537; insbes. krit. zum Konsens als Muster für das Strafverfahren *Hassemer* JuS 1989, 890 ff.

⁵ So etwa auch BGH NJW 2004, 2536, 2537 f. und *Pfister* DRiZ 2004, 178, 179/180; *Meyer-Goßner* NStZ 2004, 216 f.; *Kuckein/Pfister*, 50-Jahre BGH-FS, S. 641, 648 ff. Vgl. auch *Weider* StraFo 2003, 406 f. und *Weigend*, BGH-FS Wiss., S. 1011, 1016 f.: trotz erforderlicher Kritik ist dem Ansatz Respekt zu zollen.

⁶ Vgl. nur *F.Meyer* StV 2004, 41, 42: offener Ungehorsam der Praxis; Ders., Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren (2003), S. 386; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2488; *Kargl/Rüdiger* NStZ 2003, 672, 674; *Rieß*, Meyer-Goßner-FS, S. 645, 646; *Kuckein/Pfister*, 50-Jahre BGH-FS, S. 641, 655; *Weider* StV 2000, 540: „wild gewordenen Praktiker“; m.w.N. BGH NJW 2004, 2536, 2537 f.; BGH StV 2004, 4 = Beschl. vom 29. Okt. 2003 - 5 ARs 61/03; *Weigend* StV 2000, 63: unverzichtbare Voraussetzung; *Schmitt* GA 2001, 411, 424 f.: Scheitern des BGH wegen falscher rechtstatsächlicher Annahmen.

⁷ So BGH StV 2004, 115, 116 = Beschl. vom 26. Nov. 2003 - 1 ARs 27/03 = HRRS 2004 Nr. 111; *Böttcher*, Meyer-Goßner-FS, S. 49, 58; vgl. auch *Meyer-Goßner* StraFo 2003, 401 ff., der bei einer Ergänzung durch die Vorlage BGHSt 43, 195 ff. dezidiert für verwirklichungstauglich hält.

⁸ Vgl. BGHSt 45, 227 ff. Vgl. diesbezüglich etwa bereits *Rönau* wistra 1998, 49, 50 Fn. 19: offene Frage der Sanktion des Verstoßes gegen den das Verbot der Einforderung eines Rechtsmittelverzichts.

⁹ Vgl. BGH StV 2004, 115 ff.; 2004, 196 = Beschl. vom 28. Jan. 2004 - 2 ARs 330/03 = HRRS 2004 Nr. 300; zur Rspr. zusf. *Schröder* StraFo 2003, 412 ff.; grundsätzlich auch der Form nach BGHSt 45, 227 ff. und zur dagegen erhobenen Kritik etwa *Weigend* StV 2000, 63 f.; *Rieß* NStZ 2000, 98, 99.

¹⁰ Vgl. zur früheren Senatsrechtsprechung und ihrer Aufgabe BGH StV 2004, 4 f. Zur nicht entgegenstehenden Rechtsprechung des 4. Strafsenates vgl. den Beschl. vom 25. Nov. 2003 - 4 ARs 32/03.

¹¹ Vgl. u.a. BGH StV 2004, 196 ff. m.w.N.

¹² Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2537 ff. und bereits den Anfragebeschluss BGH NJW 2003, 3426 ff. Zust. auch *Moldenhauer* (Fn. 4), S. 204 ff., 237, 265, 269.

¹³ Ob etwa die Vorlage des Festhaltens an BGHSt 43, 195 ff. selbst zwingend war, ließe sich zwar diskutieren. Die Verworfenheit von Verbot und seinen Konsequenzen gibt aber gerade

ander aufbauen und insgesamt auf eine bestätigende Effektivierung von BGHSt 43, 195 ff. abzielen. Erstens sah sich der dritte Senat insbesondere durch den Antwortbeschluss des zweiten Senats dazu veranlasst, den Großen Strafsenat zu einer Bekräftigung des Verbots der Absprache eines Rechtsmittelverzichts zu veranlassen (1.). Zweitens wirkt der Strafsenat darauf hin, dass es den Tatgerichten diesbezüglich verwehrt sein soll, einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten ausdrücklich anzusprechen oder zu befürworten (2.). Drittens soll die vom vierten Strafsenat bereits vorgezeichnete Unwirksamkeit des unzulässig auf Grund einer Absprache erklärten Rechtsmittelverzichts des Angeklagten durch den Großen Strafsenat ausgesprochen werden (3.).

1. Die Aufrechterhaltung des Verbots der Absprache von Rechtsmittelverzichten

Mit der Entscheidung BGHSt 43, 195 ff. hat der BGH Mindestanforderungen an Urteilsabsprachen ausformuliert, die ein konsensuales Verhalten im Strafprozess heute jedenfalls wahren muss, um als noch mit dem geltenden Recht vereinbar gelten zu können. BGHSt 43, 195 ff. bedeutet zum einen erhebliche Restriktionen hinsichtlich des Gegenstandes der Absprachen. Zum anderen wurden auch spezifische Verfahrensvorgaben entwickelt, um die rechtsstaatlichen Grundprinzipien des Strafverfahrensrechts zu wahren. Weitere Konkretisierungen haben in jüngerer Zeit statt gefunden.¹⁴ Ebenfalls wurde mit BGHSt 43, 195, 204 anerkannt und im Folgenden tragend bestätigt, dass die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts in einer Urteilsabsprache unzulässig ist.¹⁵

Gegen diese Praxis hat sich nun offen der zweite Strafsenat gewandt,¹⁶ der keine rechtsstaatlichen Bedenken¹⁷ hat, der Praxis die Inaussichtstellung eines allseitigen Rechtsmittelverzichts als Absprachengegenstand im Rahmen einer im übrigen „formgerechten“ einverständlichen Verfahrenserledigung zu gestatten. Der erste Strafsenat ist nach der Diktion seines Antwortbeschlusses vor

angesichts des auch vom Senat beabsichtigten Vorgehens nach § 132 IV GVG zur Hinwirkung auf den Rechtsmittelverzicht gute Gründe, für die drei verbundenen Fragen insgesamt eine grundsätzliche Bedeutung für die Rechtsfortbildung anzunehmen.

¹⁴ Vgl. beispielhaft etwa BGH 4 StR 371/03 – Urteil vom 19. Febr. 2004 = HRRS 2004 Nr. 306 und m.w.N. Meyer-Göfner StraFo 2003, 401 ff.

¹⁵ Vgl. BGH NJW 2003, 3426, 3427 m.w.N.; BGHSt 45, 227, 233 f.; BGH StV 2000, 542, 543; BGH StV 2001, 554; BGH StV 2001, 557; BGHSt 47, 238, 242; BGH NSStZ 2002, 219 f.; für das begrüßende Schrifttum Rönnow wistra 1998, 49 f. und Meyer-Göfner StraFo 2004, 401, 405.

¹⁶ Vgl. BGH StV 2004, 196: unbedenkliche Inaussichtstellung von Rechtsmittelverzichten bei formgerechter einverständlicher Verfahrenserledigung; zust. Satzger/Höltkemeier NJW 2004, 2487, 2489 f.; auch Weider, Lüderssen-FS, S. 773, 776 ff.; nun aber eben denselben in StraFo 2003, 406, 410!

¹⁷ Vgl. auch die von BVerfG JZ 2004, 670 ff. = HRRS 2004 Nr. 238 deutlich gerügten mangelnden rechtsstaatlichen Bedenken des zweiten Strafsenats in der Entscheidungsbegründung BGHSt 47, 68 ff.; vgl. zum Ganzen Mühlbauer HRRS 2004, 132 ff.; Wohlers JZ 2004, 678 ff.

diesem Schritt nur knapp zurückgewichen, wenn er in der Sache das weitere Leerlaufen von BGHSt 43, 195 ff. in Kauf nimmt und die Maßstäbe von BGHSt 43, 195 ff. nur noch als „Hinweise ... zur Absprache“ versteht.¹⁸

Gegen diese Infragestellung von BGHSt 43, 195 ff. hat der dritte Strafsenat bereits zutreffendes ausgeführt.¹⁹ Zu Recht hat er auf die zentrale Bedeutung des Verbots, einen Rechtsmittelverzicht zu erwirken, für die Wahrung der rechtlichen Bedingungen der Absprachenpraxis verwiesen. Das Verbot „hat die Aufgabe, die Einhaltung der übrigen Anforderungen, vor allem derjenigen zum Inhalt einer Absprache, zu sichern, und soll verhindern, daß es die Beteiligten in dem Bewußtsein, die Entscheidung werde nicht mehr überprüft, bei der Urteilsfindung an der auch in diesem Verfahren notwendigen Sorgfalt hinsichtlich der Ermittlung des Sachverhalts und der Bestimmung einer schuldangemessenen Strafe fehlen lassen.“²⁰ Der dagegen vom zweiten Strafsenat geführte Einwand, dass bei „formgerechten“ einverständlichen Verfahrenserledigungen eine solche Sicherung nicht nötig sei, geht dagegen an Argument und Sache vorbei: ob die Absprachen formgerecht waren, dürfte der Senat gerade nicht mehr kontrollieren. Dazu, dass die praktisch relevante Gefahr des Unterlaufens von BGHSt 43, 195 ff. begrenzt und die „Formgerechtigkeit“ herbeigeführt wird, weiß der Ansatz des zweiten Strafsenats nichts beizutragen. Der Senat setzt die Praxis vielmehr insoweit vertrauend „formgerecht“ und akzeptiert dann, dass er die tatsächliche Formgerechtigkeit prinzipiell nicht mehr zu kontrollieren vermag, obschon anders als bei einem streitig geführten Normalverfahren die Willensbildung des Angeklagten hinsichtlich eines Rechtsmittelverzichts gerade durch die Absprachenpraxis in besonderer Weise gefährdet ist. Der Senat entlässt die Absprachenjustiz trotz der klar gesehenen Umgehungssignale als per se unproblematisch aus ihrer revisionsrichterlichen Kontrolle und behandelt sie so, als seien ihr keine besonderen Problemstellungen eigen. Eine solche Argumentation kann BGHSt 43, 195 ff. nicht verdrängen. Sie trägt vielmehr alle Anzeichen einer Kapitulation bzw. eines naturalistischen Fehlschlusses von der Existenz der Absprachenpraxis auf ihre umfassende normative Zulässigkeit.²¹

Dabei ist es auch nur scheinbar überzeugend, die auf Rechtskraft zulaufende selbstverständliche Erwartung der Verbindlichkeit von Absprachen in der Praxis gegen

¹⁸ Vgl. BGH StV 2004, 115 ff.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.; BGH NJW 2003, 3426, 3427 ff.; für die Aufrechterhaltung von BGHSt 43, 195 ff. auch BGH StV 2004, 4 f. und BGHSt 47, 238, 242; ebenso etwa auch Meyer-Göfner NSStZ 2004, 216 f.; Moldenhauer (Fn. 4), S. 204 ff., 237, 269, zur Übersicht über das entsprechende Schrifttum S. 84 f.

²⁰ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538, wobei der Senat auf *Sal-ditt* ZStW 115 (2003), 570, 580 verweist; vgl. auch *Rieß* NSStZ 2000, 98, 99; *Volk*, Salger-FS, S. 411, 418; auch *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487: zentrale Frage des Rechtsmittelverzichts, die dies dann aber im Ergebnis verwerfen.

²¹ Vgl. grundlegend für den naturalistischen Fehlschluss vom Sein auf das Sollen die „nebenbei gemachte“ Bemerkung von *David Hume*, *A Treatise on Human Nature*, Book III, Part 1, sec. 1 (Nachdruck 2003, Oxford).

BGHSt 43, 195 ff. einzuwenden.²² Diese Erwartung ist tatsächlich nachvollziehbar und sie entspricht der Vorstellung eines konsensualen Verfahrens. Sie kann sich aber de lege lata eben nicht auf den Vertragsgedanken, sondern nur darauf legitim stützen, dass die Verfahrensbeteiligten durch die Beachtung des geltenden Rechts eine unangreifbare und daher im Ergebnis beständige Urteilsgrundlage schaffen, die vor einer Kontrolle keine Sorge mehr haben muss. Das Interesse am Bestand der Absprache ist nicht als legitimer Grund zu fingieren, über den sich dann das faktisch bindende Inaussichtstellen von Rechtsmittelverzichten ableiten und die Kontrollierbarkeit effektiv ausschalten ließe.²³ Vielmehr führte eine solche Fiktion zur praktisch relevanten²⁴ Gefahr einer unkontrollierbaren Paralleljustiz, für welche die vehement vorgetragene Umgehungserwartungen der ablehnenden Strafsenate die Belege bieten: wenn die Praxis so zu sehen ist, dass sie sich gewiss jeder Änderung der rechtlich begründeten höchstrichterlichen Maßstäbe entziehen wird, ist es im Gegenteil höchste Zeit, das deutsche Strafverfahrensrecht auch durch eine revisionsrichterliche Rechtskontrolle so gut wie möglich (wieder) praktisch werden zu lassen.

Hinzu kommt, dass eine „formgerecht“ vorgehende Praxis gar keinen Bedarf haben dürfte, auch einen Rechtsmittelverzicht zu verabreden. Warum eine „formgerechte einverständliche Verfahrenserledigung unter Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten“ auf den verabredeten Ausschluss ihrer Kontrolle angewiesen sein soll, ist nicht ersichtlich. Wenn die Verfahrensabsprachen doch allseits faire und mit den Gesetzen vereinbare Praktiken bedeuten, muss es ihre Fairness und die Übereinstimmung mit dem geltenden Recht sein, die dann die legitime Erwartung begründet, dass eine entsprechende Absprache einverständlich, d.h. jeweils durch Erklärung freier Rechtsmittelverzichte, in Rechtskraft erwachsen wird. Der Angeklagte wird einen wirksamen Rechtsmittelverzicht erklären, so dass die von den Gegnern des dritten Senats betonte Rechtssicherheit²⁵ gerade auf der formgerechten Verfahrenspraxis basierend gleichsam notwendig nachfolgt. Erhebt der Angeklagte ein Rechtsmittel, dringt sein

²² So aber BGH StV 2004, 196 f.; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2489 f.; *Mosbacher* NSTZ 2004, 52 f.; *Schmitt* GA 2001, 411, 424 f. der in seiner Würzburger Antrittsvorlesung vollumfänglich die faktische Bindung ignoriert und wesentlich auf den formalen Unterschied von Ankündigung und Erklärung des Verzichts abstellt.

²³ Vgl. auch BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.: kein legitimer Grund; BGH NJW 2003, 3426, 3427, wobei hier zutreffend auch das fehlende legitime Interesse des Angeklagten an einer zu milden Absprache hingewiesen wird; *Rieß*, *Meyer-Goßner-FS*, S. 645, 651; *Erb* GA 2000, 511, 516.

²⁴ Vgl. für die Praxis, die Maßstäbe von BGHSt 43, 195 ff. gerade durch die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts die Regelungen des Bundesgerichtshofs zu umgehen etwa BGH NJW 2004, 2536, 2537 f.; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487 ff.; *Rönnau* wistra 1998, 49, 50; *Weider* StV 2000, 540; *Kargl/Rüdiger* NSTZ 2003, 672, 674; *F. Meyer* (Fn. 6), S. 386: verheerend.

²⁵ Vgl. BGH StV 2004, 115 ff., StV 2004, 196 ff. Vgl. zur tatsächlichen Bedeutung und den Kriterien der Rechtssicherheit insoweit aber bereits *Erb* GA 2000, 511, 521 ff.

Anliegen gegen eine *formgerechte* Absprache nicht durch. Eine Abkehr von der Absprache durch das Gericht oder etwa die Staatsanwaltschaft wären allenfalls zur Abstandnahme von Absprachen zulässig, die kein Vertrauen des Angeklagten hervorrufen können.

All diese Erwägungen für die Beibehaltung von BGHSt 43, 195 ff. werden rechtspolitisch bestätigt. Die derzeitigen Bestrebungen des Gesetzgebers, Verfahrensabsprachen rudimentär zu regeln, gehen davon aus, dass der Rechtsmittelverzicht gerade keinen unverzichtbaren Absprachegegenstand darstellt. BGHSt 43, 195 ff. wird auch insoweit gefestigt (§ 257 b Abs. 2 StPO-Entwurf).²⁶ Die einzig mögliche Antwort auf die erste Vorlagefrage sollte daher die Bestätigung von BGHSt 43, 195 ff. sein, um so auch einen wohl kaum je vorgekommenen Affront des BGH gegenüber dem Gesetzgeber zu vermeiden.

2. Die Unzulässigkeit der Hinwirkung auf den Rechtsmittelverzicht des Angeklagten

Der Senat will nun noch einen Schritt weiter gehen.²⁷ Das Gericht soll auch nicht auf einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten hinwirken dürfen, indem es diesen ausdrücklich²⁸ anspricht oder begrüßt, zumal auch hieran kein legitimes Interesse besteht.²⁹ Sein Begründungsansatz ist dabei letztlich derjenige, der auch die Bestätigung von BGHSt 43, 195 ff. trägt (s.o.). Die Gefahr der effektiven Abschottung der Praxis gegen eine revisionsgerichtliche Kontrolle durch absprachebedingte Rechtsmittelverzichte im unmittelbaren Anschluss an die Hauptverhandlung ist jedoch nicht schon mit der Bestätigung von BGHSt 43, 195 ff. gebannt. Im Gegenteil lassen etwa die – hier und gerade hier ablehnenden – Beschlüsse des ersten und des zweiten Strafsenates den Schluss zu, dass die Praxis mindestens auf äußerlich unverbindliche „Hinwirkungslösungen“ als Umgehungsvarianten ausweichen würde, wenn es zu einer auch im Regelfall und nicht nur bei besonderen Umständen bestehenden Kontrollierbarkeit von Urteilsabsprachen nach abgesprochenen Rechtsmittelverzichten kommen würde.³⁰ Vielmehr ist angesichts des gehäufteten Auftretens bedenklicher Auswüchse der Absprachenpraxis³¹ und des breit-

²⁶ Vgl. den Diskussionsentwurf StV 2004, 228, 237.

²⁷ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538 f. und zust. BGH StV 2004, 4 f.; *Meyer-Goßner* NSTZ 2004, 216 f. Vgl. auch bereits *Erb* GA 2000, 511, 522 ff.

²⁸ Freilich wird zu erwägen bleiben, ob und inwiefern konkludente Kommunikationen im Einzelfall darüber hinaus gleich gestellt werden müssen. Jedenfalls dürften aber die bei konkludenten Verhaltensweisen wahrscheinlicheren Missverständnisse, welche die Beteiligten nicht ohne weiteres in Kauf zu nehmen bereit sein werden, insoweit ein Ausweichen auf rein konkludentes Verhalten erheblich abbremsen.

²⁹ Vgl. zum Folgenden nur BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.

³⁰ Vgl. auch die zweite Konstellation bei BGH NJW 2004, 2536, die Grund für die weite Vorlage gibt.

³¹ Vgl. m.div.Nachw. BGH NJW 2004, 2536 ff.; BGH StV 2004, 4; *Salditt* ZStW 115 (2003), 570; *Weider* StV 2002, 397, 398; Ders., *FS Lüderssen*, S. 773 f.; *Farce*; Ders. *StraFo* 2003, 406 ff.; *Terhorst* GA 2002, 600, 601. Jüngst etwa bedenklich BGH *StraFo* 2003, 97 f.; BGH HRRS 2004 Nr. 683, 688, 823.

flächlich zugegebenen Abweichens von BGHSt 43, 195 ff. eine strikte und weitgehende Lösung geboten, die auch das Hinwirken auf einen Rechtsmittelverzicht untersagt, zumal auch BVerfG NStZ 1987, 419, 420 es für ausdrücklich erwähnenswert hielt, dass der im dortigen Verfahren erfolgte Rechtsmittelverzicht von der Verteidigung selbst in Aussicht gestellt und nicht vom Gericht erwirkt worden ist.

Mehr noch darf – wie der dritte Senat ebenfalls begründend betont³² – nicht verkannt werden, dass ein Hinwirken des Gerichts auf den Rechtsmittelverzicht nicht nur praktisch dem von BVerfG und BGH zurückgewiesenen strafprozessualen „Vergleich im Gewande des Urteils“³³ dienen müsste. Vielmehr würde ein frei gestelltes Hinwirken die den übrigen Verfahrensbeteiligten schlicht überlegene Stellung des Gerichts zu Lasten der Entscheidungsfreiheit des Angeklagten funktionalisierbar machen. Es ist eine für den Normalfall nicht haltbare Unterstellung, von einem Angeklagten zu erwarten, er sei unmittelbar nach der Urteilsverkündung unter dem Eindruck der den Rechtsmittelverzicht erfassenden Absprache prinzipiell fähig, den vom Gericht und auch vom Verteidiger erwarteten Rechtsmittelverzicht zugunsten einer reiflichen Überlegung zu verweigern. In dem Hinwirken liegt vielmehr eine unzulässige Willensbeeinflussung durch das Gericht. In dem insoweit entscheidenden³⁴ Moment ist gerade von einer psychischen Ausnahmesituation auszugehen, welche den abgesprochenen oder gerichtlich gewünschten Rechtsmittelverzicht praktisch werden lässt, ohne dass man von der Fähigkeit des Angeklagten zu einer unbefangenen Abschätzung des Verzichts einschließlich seiner Tragweite ausgehen dürfte.³⁵ Wirkt das Gericht während der Absprache auf einen Rechtsmittelverzicht hin, fühlt sich der Angeklagte im Regelfall zu ihm verpflichtet und³⁶ die Wirkung der Ur-

teilsverkündung auf den Angeklagten trägt dazu bei, unmittelbar nach Urteilsverkündung von der wahrgenommenen Verpflichtung gerade nicht abzugehen. Seine Entscheidung lässt sich nicht als frei bezeichnen.³⁷ Die nicht hinreichend sicher vermeidbare Irreführung des Angeklagten³⁸ über eine Verpflichtung zum Rechtsmittelverzicht muss daher ebenfalls zur effektiven Durchsetzung der Prinzipien von BGHSt 43, 195 ff. untersagt sein.

Dass die Einbeziehung des Hinwirkens hingegen mangels Klarheit verworfen werden müsste, wie es der erste Strafsenat eingewandt hat,³⁹ lässt sich jedenfalls für den heutigen, präzisierten Ansatz des Senates nicht sagen. Dieser betrifft ein ausdrückliches Ansprechen und Begrüßen des Rechtsmittelverzichts durch das Gericht. Er erfasst auch Äußerungen, mit denen das Gericht indirekt ausspricht, dass es bei der Absprache sein Bewenden haben sollte. Die vom ersten Strafsenat gerade unter dem Aspekt von Beweisschwierigkeiten angesprochenen Sachverhalte sind mit der Einbeziehung des Ansprechens bereits erfasst.⁴⁰ Dass es sich hierbei nicht um konkretisierbare Begriffe handeln sollte, lässt sich nicht behaupten, zumal alternativ nach dem ersten Senat das „faktische Gewicht“ der Einwirkung im Einzelfall über die Ausübbarkeit der revisionsrichterlichen Kontrolle entscheiden soll. Dass etwaig verbleibende Beweisschwierigkeiten sich strukturell von denen unterscheiden sollten, die auch beim Alternativansatz *wegen der* regelmäßig außerhalb der Hauptverhandlung Platz greifenden *Absprachen* ebenfalls auftreten müssen, erschließt sich nicht. Zudem verkennt der Einwand, dass der wesentliche Effekt der Rechtsprechungsänderung in ihrer Präventionswirkung angesichts der nicht ausgeschlossenen Urteilsaufhebung liegen würde. Auf die Beweisbarkeit des Hinwirkens in jedem einzelnen Fall kommt es für den Ansatz nicht entscheidend an.

³² Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538 f. und *Erb GA* 2000, 511, 524; Widerspruch zu den Rechtsmittelfristen.

³³ Vgl. so auch BGH NJW 2004, 2536, 2539; vgl. auch die Mindestgrenze in BVerfG NStZ 1987, 419 f.; zu Recht gegen *Mosbacher NStZ* 2004, 52 betont auch *Meyer-Goßner NStZ* 2004, 216 f.

³⁴ Vgl. auch zum in anderem Kontext gerade auch vom ersten Strafsenat akzeptierten Abstellen auf den spezifischen Moment der Rechtsausübung BGH JR 2002, 290 ff. m. Anm. *Wohlers*.

³⁵ Vgl. so auch *Erb GA* 2000, 511, 515 f.; BGH NJW 2004, 2536, 2538 mit treffendem Hinweis auf Nr. 142 Abs. 2 Satz 1 RiStBV; auch m.w.N. *F.Meyer StV* 2004, 41, 44, der zutreffend klarstellt, dass hiermit allein begründet ist, den Rechtsmittelverzicht nicht gegenüber dem Angeklagten wirken zu lassen.

³⁶ Das Argument von BGH StV 2004, 196, 197 f., dass der Rechtsmittelverzicht nach der Urteilsverkündung gerade zulässig ist, geht insoweit fehl, weil die Unwirksamkeit gerade nicht nur mit der Situation, sondern auch mit der bindenden Absprache bzw. der Kommunikation des Verzichts begründet ist. Mehr noch stand dem Gesetzgeber nicht das Leitbild der Absprachenjustiz vor Augen, so dass die Regelung des § 302 StPO insoweit im Lichte eines fairen Verfahrens heute selbst höchst fraglich scheint, siehe etwa *Erb GA* 2000, 511 ff. Gänzlich fehlt geht der Verweis des Senats auf die auch ohne vorhergehende Verständigung verbreitete Praxis von Tatrichtern, bei milden Urteilen auf die Erklärung des Rechtsmittelverzichts zu drängen: diese sind nach Nr. 142 Abs. 2 RiStBV aber auch unter dem Gesichtspunkt eines freien Verzichts rechtsstaatlich

selbst mehr als fraglich. Die diesbezügliche rhetorische Frage sollte man ernst nehmen und uneingeschränkt bejahen, vgl. auch *F.Meyer* (Fn. 6), S. 230 ff. Soweit ersichtlich sind diese Gebräuche auch von den Revisionsgerichten nie explizit gebilligt worden. Keinesfalls kann aus dieser Praxis aber ein Argument gegen die Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts werden, zumal es schon an der Willensbeeinträchtigung im Absprachenkontext mangelt.

³⁷ Vgl. so auch BGH NJW 2004, 2536, 2538; *F.Meyer* (Fn. 6), S. 330 f.; vgl. auch *Erb GA* 2000, 511, 515 f.; für den abgesprochenen Rechtsmittelverzicht auch (darüber hinaus – zur Verhinderung einer Verwässerung der Dogmatik (!) – jedoch nur im Einzelfall) *Grunst NStZ* 2004, 54 f.

³⁸ Vgl. näher auch bereits zu diesem Aspekt BGH NJW 2003, 3426, 3428; *F.Meyer StV* 2004, 41, 45 f. m.w.N.; *Satzger/Höltkemeier NJW* 2004, 2487, 2488; siehe auch BGH NStZ 2002, 219 f.: Hinweispflicht nach Ablehnung des Verlangens nach einem Rechtsmittelverzicht.

³⁹ Vgl. BGH StV 2004, 115, 119; *Mosbacher NStZ* 2004, 52, 53 f.; ansatzweise auch *Grunst NStZ* 2004, 54, 55.

⁴⁰ Vgl. so zutreffend bereits *F.Meyer StV* 2004, 41, 45, dessen Hoffnung, dass damit bereits alle Umgehungen ausgeschlossen seien, jedoch etwas optimistisch scheint; ähnlich aber auch *Meyer-Goßner StraFo* 2004, 401, 406; das andere Extrem hingegen mit problemat. Konsequenz bei *Satzger/Höltkemeier NJW* 2004, 2487, 2589 f.

Schließlich geht auch der vielgestaltig vorgetragene Einwand, dem Bestreben des dritten Senats müsse insbesondere hinsichtlich des Hinwirkens infolge unlösbarer Folgeprobleme entgegen getreten werden, fehl.⁴¹ Zum einen fällt bereits auf, dass die Senate die eingewendeten Folgefragen ausnahmslos selbst nicht zu lösen versuchen, obschon es etwa zum Problem der Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (§ 357 StPO)⁴² durchaus anerkannte und zudem auch in der Rechtsprechung vordringende Strategien gibt, um entsprechende Probleme *se lege lata* zu handhaben. Dass Folgefragen schlechthin unlösbar sein sollten, bleibt eine reine Behauptung. Zum anderen krankt die Argumentation über Folgefragen daran, dass sie den eigentlichen Grund der genannten Probleme ignoriert und bei ihrer Lösung absprachenbezogen mit zweierlei Maß misst. Die Folgeprobleme sind nicht eigentlich dem Ansatz des dritten Strafsenates zuzurechnen. Sie sind in erster Linie die Konsequenzen einer Absprachenpraxis, die BGHSt 43, 195 ff. flächendeckend ignoriert und bereit ist, sich der revisionsrichterlichen Kontrolle insbesondere durch Umgehungen zu entziehen. Dass nun ausgerechnet bei der Kontrolle der mit geltendem Strafverfahrensrecht allenfalls noch zu vereinbarenden, aber dort weder vorausgesetzten noch geregelten Absprachen die Normen der StPO so betrachtet werden, als müssten sie von vornherein die Lösung definitionsgemäß neuartiger rechtlicher Probleme fraglos offenbaren, ist abwegig. Die von den ablehnenden Senaten nunmehr bemühte Dogmatik (die „Rechtsauffassung [des dritten Senats] überzeugt dogmatisch nicht“⁴³) ist in diesem Zusammenhang ein Scheinargument. Dogmatische Bedenken bezüglich der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts dürfen die Strafsenate des BGH jedenfalls nicht von ihrer sonst bei den Absprachen gerade zu ihrer Legitimierung wahrgenommenen Aufgabe entheben, neue Rechtsfragen unter Prüfung des geltenden Rechts zu entscheiden. Unterstellt man die von den ablehnenden Senaten suggerierte Unlösbarkeit denkbarer Folgeprobleme nach geltendem Recht, bedeutete die Konsequenz des status quo der nicht effektiv möglichen Durchsetzung der rechtlichen Mindestbedingungen bei Absprachen nichts anderes, als dass diese selbst zur Gänze eben mit dem unlösbar Folgeprobleme bereitenden Recht unvereinbar sind, weil Missstände wie schuldunangemessene Strafen, abgesprochene Schuldsprüche oder erpresste Aussagen bzw. nichtkongruente Gegenleistungen des Angeklagten unkorrigierbar wären. Etwa auch der erste Strafsenat müsste gegen die Absprachen vorgehen, weil sie sich nicht ohne unerträgliche Brüche des geltenden Rechts bzw. seiner Dogmatik mit den gesetzlichen Regelungen und der angestrebten Rechtssicherheit harmonisieren ließen.⁴⁴ Es wäre im Grunde die Position strikter Absprachengegner zu übernehmen. Will man dies aus gutem Grund nicht tun und ebenso wenig die „Unsit-

te“⁴⁵ des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts zur Tugend erklären, muss man sich den Folgefragen stellen und sich um ihre möglich scheinende Lösung bemühen. Die Praxis unter Aufgabe der Rechtskontrolle gewähren zu lassen, ist hingegen die dogmatik- und vor allem gesetzfernste Option, die sich dem Großen Senat unterbreiten ließe. Die Ausweitung von BGHSt 43, 195 ff. auf das Hinwirkungsverbot ist zu befürworten.

3. Die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts

Der Senat will das Verbot des abgesprochenen und des gerichtlich ausdrücklich kommunizierten Rechtsmittelverzichts dadurch effektiv gestalten, dass auch ein unter dem Eindruck einer das Verbot missachtenden Absprache erklärter Rechtsmittelverzicht unwirksam ist. Der Senat will die in der Verzichtsabsprache bzw. der Hinwirkung anzunehmende Einwirkung auf den Willen des Angeklagten auf Grund ihrer Unzulässigkeit schwerwiegenden Willensmängeln gleichstellen.⁴⁶ Einerseits sieht er den späteren Verzicht des Angeklagten – wie hier bereits unter II. 2. geteilt – gerade selbst nicht als frei an. Andererseits betont er ergänzend, dass die zentrale Funktion eines effektiven Verbots absprachebedingter Rechtsmittelverzichte, die Kontrolle der Mindestmaßstäbe der Verfahrensabsprache überhaupt zu sichern, zu einer klaren Reaktion in Form der Unwirksamkeit des dennoch abgesprochenen oder erwirkten Rechtsmittelverzichts zwingt.⁴⁷ Tatsächlich stellt sich die dritte Vorlagefrage als mit den ersten beiden Fragen untrennbar verbunden dar. Sie kann bei einer Zustimmung zu den ersten Fragen kaum negativ beantwortet werden,⁴⁸ selbst wenn die (Wirksamkeits-)Anforderungen an Absprachen und Rechtsmittelverzichte auf einer jeweils eigenständigen Dogmatik beruhen müssen. Erst die Unwirksamkeit des Verzichts lässt aus den in BGHSt 43, 195 ff. ausgeprägten Mindeststandards nicht nur in Ausnahmefällen, sondern grundsätzlich für das Revisionsgericht praktikierbare Maßstäbe werden. Diese Unwirksamkeit beruht aber gerade auch auf der nicht hinzunehmenden Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit des Angeklagten und hat mit einer verfehlten Sanktionierung der tatrichterlichen Praxis um ihrer selbst willen nichts zu tun.⁴⁹ sie

⁴⁵ Vgl. *Rieß*, Meyer-Goßner-FS, S. 645, 663 und BGH NJW 2004, 2536, 2539.

⁴⁶ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.; *Beulke*, Strafprozessrecht (7. Aufl. 2004), Rn. 396a; an sich zust. aber die praktische Realisierung nicht erwartend *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2488 ff.

⁴⁷ Siehe BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.; auch *Rieß*, Meyer-Goßner-FS, S. 645, 658 ff., 663; Leerlaufen der Rechtsmaßstäbe infolge fehlender Sanktion; BGH StV 2004, 4 f.; obiter BGHSt 47, 238, 242.

⁴⁸ Vgl. auch *F.Meyer* StV 2004, 41, 43: Ausführungen zur Untersagung des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts als Ableitungsbasis für die Unwirksamkeitskonsequenz. Anders *Grunst* NStZ 2004, 54.

⁴⁹ So offenbar der Vorwurf von BGH StV 2004, 196 und im Grunde auch von BGH StV 2004, 115, 117 ff.: nur Sanktion, die den Tatrichter treffen soll; dagegen bereits *Gaede*, in: HRRS-Newsletter 04/2004, IV: Begründung, mit der sich Revi-

⁴¹ Siehe BGH StV 2004, 115, 118 f. und insbes. BGH StV 2004, 196 ff.; so auch *Mosbacher* NStZ 2004, 52 ff.

⁴² Zu den heutigen Vermeidestrategien und weitergehenden Lösungen vgl. *Basdorf*, FS Meyer-Goßner, S. 1345 ff.; BGH 5 StR 62/02 v. 9.7.2003, Rn. 15; in Fortentwicklung dessen m.div.N. *Wohlens/Gaede* NStZ 2004, 9 ff.

⁴³ So BGH StV 2004, 196 und ff.

⁴⁴ Vgl. BGH StV 2004, 115 ff.

würde die rechtlichen Mindestbedingungen von der Praxis einfordern und ihr bei einer Missachtung derselben die Anerkennung ihres Handelns als wirksames und der Rechtskraft anzuvertrauendes Prozessverhalten verweigern. Darin aber liegt – wie es nun auch der dritte Senat betont – die Aufgabe der Revisionsgerichte. Vor allem der BGH trägt insoweit – wie es der Vorsitzende des ersten Strafsenats Nack treffend formuliert – die Verantwortung für die „Rechtskultur, die Kultur der Strafrechtspraxis“⁵⁰. Gesteht es der BGH der Praxis hingegen zu, sich von der ihm obliegenden Rechtskontrolle möglicherweise zu Lasten des in gewisser Weise den miteinander vertrauten Strafruristen ausgelieferten Angeklagten durch initiierte Rechtsmittelverzicht zu befreien, trüge dies zur Abkehr vom Strafverfahrensrecht selbst bei, was der Rechtskultur definitionsgemäß abträglich wäre.⁵¹

Gegen den Schluss auf die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten lässt sich nicht eine fehlende „hinreichend tragfähige“ bzw. „konkrete rechtliche Grundlage“ einwenden.⁵² Eine solche nur scheinbar dogmatisch ansprechende Argumentation fällt im Kontext der Absprachen abermals auf sich zurück: Wer die Absprachenpraxis ohne gesetzliche Ausgestaltung weitestmöglich im Vertrauen auf die Akteure akzeptieren will,⁵³ kann die Durchsetzung der rechtlichen Mindestbedingungen nicht daran scheitern lassen, dass es für eine vergleichsweise umfassende Rechtsprechungsänderung keine explizite Regelung gibt. Die Prämisse der Zulässigkeit der gesetzlich nicht vorgesehenen Urteilsabsprachen nach geltendem Recht fordert selbst eine Beendigung des tatsächlich eröffneten Leerlaufs positiver Maßstäbe; die Begründungslast liegt insoweit nicht bei den Befürwortern der Unwirksamkeit des abgesprochenen Verzichts, sondern bei deren Gegnern.⁵⁴ Die prinzipielle Konsequenz der Unwirksamkeit überzeugt aber gerade auch dann, wenn man die Begründung der Unwirksamkeit selbst im Anschluss an die sich entwickelnde Rechtsprechung und Dogmatik zur Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts betrachtet. Der Schritt des vorliegenden Senats stellt sich zum einen als Fortentwicklung der sich ankündigenden Hinwendung des BGH zur „unzulässigen Willensbeeinflussung“ anstatt einer „schwerwiegenden Willensbeeinflussung“ dar, die mit ihrem Abstellen auf die Zulässigkeit eine normative Typisie-

sionsrechtsprechung prinzipiell einstellen ließe; vgl. nun auch zutr. BGH NJW 2004, 2536, 2539; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2488; *Meyer-Goßner* NStZ 2004, 216 f.

⁵⁰ Siehe *Nack*, *Rieß-FS*, S. 361 ff.

⁵¹ Vgl. auch BGH NJW 2004, 2536, 2539.

⁵² Vgl. BGH StV 2004, 115, 117 ff.

⁵³ Vgl. die bemerkenswerte Diktion der Beschlüsse BGH StV 2004, 196 ff. und BGH StV 2004, 115 ff.: „Der Senat hält deshalb die – den Regeln entsprechend gehandhabte [!] – verfahrensbeendende Absprache für ein mittlerweile unverzichtbares prozedurales Mittel, um die Strafverfahren in Deutschland in vertretbarer Zeit bewältigen zu können ... Verfahrensbeendende Absprachen sind heutzutage [!] ein wirksamer Weg, dafür geeignete Verfahren zügig und konsensual zu erledigen“.

⁵⁴ Vgl. auch bereits BGH NJW 2004, 2536, 2538; *Rieß*, *Meyer-Goßner-FS*, S. 645, 654 in Fn. 37.

rung begünstigt.⁵⁵ Der Vorlageansatz knüpft auch in der Fallgruppe des Hinwirkens mit der von den Verfassern geteilten rechtswidrig herbeigeführten Irreführungsgefahr an eine unzulässige Willensbeeinflussung an.⁵⁶ *Frank Meyer* hat insoweit zutreffend festgehalten, dass der Ansatz des dritten Strafsenats daneben – und scheinbar unverbunden – auch darauf hinaus läuft, einen Rechtsmittelverzicht bei Absprachen nur dann als wirksam zu betrachten, wenn er prozedurale Mindeststandards als positive Wirksamkeitsvoraussetzungen erfüllt, weil der Verzicht nicht nur für den Einzelnen bedeutend, sondern auch im öffentlichen Interesse hinsichtlich der Absprachenpraxis äußerst bedeutsam ist.⁵⁷ Beide Aspekte lassen sich hingegen in einem gewissen Umfang auch integrativ verstehen und insofern bündeln. Die mit der Wirksamkeitsdogmatik jedenfalls auch zu wahrende Freiheit der Verzichtentscheidung ist wie bei jeder menschlichen Entscheidung nicht im eigentlichen Sinne erfahrbar zu belegen.⁵⁸ Ob eine Entscheidung frei war, wird im Streitfalle formalisiert anhand von typisierten Umständen wie etwa Belehrungspflichten, fehlenden konstitutionellen Mängeln der Person, unterbliebenen Einwirkungen oder ähnlichem *normativ* und damit wertend geprüft. Der Nachweis der tatsächlichen Freiheit einer Person bei ihrer Entscheidung wird in Wirklichkeit nicht angestrebt. Wie etwa der erste Strafsenat im Kontext betont hat, wird nicht jeder denkbare Einfluss als so erheblich *bewertet*, dass er zur Einstufung als unfrei führt. Bei der normativen Festlegung der eine freie Entscheidung im Rechtssinne verbürgenden oder ausschließenden Umstände ist dann aber auch die typische normative Bedeutung der Wirksamkeit des Verzichts für die Absprachenkontrolle dogmatisch erklärbar berücksichtigungsfähig: sie kann dazu beitragen, vorliegende Bedenken an einer freien

⁵⁵ Vgl. insoweit BGH 2004, 115, 117 f. m.w.N., wobei aber eine schwere unzulässige Einwirkung gefordert wird, die man im vorliegenden Kontext verneinen will; siehe auch *Erb* GA 2000, 511, 520 ff. Für die weitere Entwicklung dürfte die demnächst in der HRRS vorgestellte Dissertation (Fn. 6) von *F.Meyer* Impulse setzen.

⁵⁶ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.; zum Irreführungsmoment bzw. dem begründeten Irrtum m.w.N. *F.Meyer* StV 2004, 41, 44 f.: Irreführung durch das Gericht, die auch unabhängig vom Absprachenproblem zu einem beachtlichen Irrtum führt; so etwa auch *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2488.

⁵⁷ Vgl. m.w.N. *F.Meyer* StV 2004, 41, 43 f.; auch *SK-Frisch*, (Loseblattk. StPO Lfg-Stand Okt. 2004) § 302 Rn. 26 ff.; *Erb* GA 2000, 511, 522 ff. Zu ihrer – überzeugenden – Kritik hinsichtlich der fraglich paternalistischen Natur erneut *F.Meyer* StV 2004, 41, 44; *F.Meyer* (Fn. 6), S. 322 ff. Unzutreffend wäre es hingegen, zu meinen, die Erheblichkeit der Willensbeeinträchtigung könne nicht auch *mit* auf die eher objektiven normativen Erwägungen zur Bedeutung des Verzichts abgestützt werden. Auch bei der Irreführungsgefahr bleibt dogmatisch zu bewerten, ob sie als Beeinträchtigung so erheblich ist, dass sie *stets* zum Verdikt der Unfreiheit und damit zur Unwirksamkeit führen muss. Zum Schutz der Autonomie ist lediglich geboten, Wirkungen gegen den Angeklagten prinzipiell auszuschließen, was hier *auch* durch die nötige spätere Einlegung gewährt schiene.

⁵⁸ Vgl. bereits *Kant*, *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*, S. 431, 455, 459 (Akademie-Ausgabe, hier der *Meiner*-Ausgabe 1999 entnommen); einführend m.w.N. aus dem weiteren Werk *Kants Hofer* ZRph 2003, 149 ff.

Entscheidung – etwa infolge drohender Irreführungen und informeller Bindungen – als hinreichend zu bewerten. Gerade damit ist besonders überzeugend die Freiheit des Rechtsmittelverzichts und damit seine Wirksamkeit mit dem dritten Strafsenat zu verneinen: das besondere Interesse an der Absprachenkontrolle spricht dafür, die bereits maßgeblichen Zweifel an der Freiheit des Verzichts ernst zu nehmen.

Da der Ansatz des Senats bestritten wird, ist stützend der wesentliche Hintergrundmaßstab in Erinnerung zu rufen, an dem sich die Beurteilung der Absprachenpraxis letztlich verfassungs- und menschenrechtlich zu messen hat. Die Kammer des BVerfG sah ihn im Recht auf ein faires Verfahren.⁵⁹ Auch der EGMR misst Absprachen bzw. Verzichtspraktiken im Strafverfahren an eben diesem Recht: die schlichte Beteiligung des Angeklagten genügt nicht.⁶⁰ Wie das BVerfG hat er zu Detailfragen der Absprachen bislang allerdings wenig zur Ausprägung konkreter Maßstäbe beigetragen. Hiervon ist jedoch gerade mit Bezug auf die Frage des Verzichts auf Verfahrensrechte eine Ausnahme zu machen: Es besteht eine seit langem in Grundprinzipien ausgeprägte Rechtsprechung, die stets dann greift, wenn ein Staat einem Beschwerdeführer den Verzicht auf von Art. 6 EMRK geschützte Rechte entgegenhalten will. Da auch der Zugang zu bestehenden Rechtsmittelverfahren dem Art. 6 EMRK unterfällt,⁶¹ ist auch die Wirksamkeit des deutschen Rechtsmittelverzichts an Art. 6 EMRK zu messen. Dazu zwingt nicht nur das Völkerrecht, sondern bereits das geltende nationale Recht im Wege einer entsprechenden konventionskonformen Auslegung.⁶² Die Vorlage des dritten Strafsenats führt im Ergebnis zu einer solchen Auslegung, da die von ihr aufgegriffenen Tendenzen im Ansatz des EGMR ein tradiertes und dogmatisch anschlussfähiges Pendant finden. Zu prüfen ist nach dem EGMR, ob ein Verzicht eindeutig, freiwillig und nicht gegen wichtige öffentliche Interessen erfolgt ist.⁶³ Entscheidend ist hier, dass ein Verzicht hinsichtlich Art. 6 EMRK in Abhängigkeit von der Bedeutung des betroffe-

nen Rechts *positiv* auf ein Mindestmaß prozeduraler Schutzinstrumente abgestützt werden muss („at all events such a waiver must, if it is to be effective for Convention purposes, be established in an unequivocal manner and be attended by minimum safeguards commensurate to its importance“).⁶⁴ Gerade für den Rechtsmittelverzicht muss eine besondere Bedeutung des betroffenen Rechts angenommen werden, da mit ihm ein Verzicht auf die gesamte weitere Verteidigung nach Art. 6 EMRK durch die rechtskräftige Beendigung des Verfahrens und nicht nur ein Teilverzicht vorliegt.⁶⁵ Dabei ist der EMRK in der Sichtweise des EGMR ein Verständnis eigen, das den Blick auf die Verfahrensrealität eröffnet, so dass eine nur oberflächliche Schutzgewährung nicht bereits fraglos zur Vereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 6 EMRK führt.⁶⁶

Es lässt sich nicht behaupten, der EGMR hätte insbesondere die Konstellation des Hinwirkens auf eine unkontrollierbare Absprache selbst bereits entschieden und dem dritten Strafsenat entsprechend geurteilt. Zumal der EGMR auch nicht gegenteilig entschieden hat, stellt dies konventionsrechtlich aber eine normativ sekundäre Erwägung dar, denn die Umsetzung der nicht nur in vom EGMR entschiedenen Einzelfällen geltenden *Norm* des Art. 6 EMRK obliegt ausnahmslos *primär* den nationalen Rechtsordnungen und damit insbesondere den nationalen Gerichten.⁶⁷ Diese Umsetzung wiederum prüft der EGMR im Anschluss an die von ihm entwickelten Grundsätze seines normgestützten Case Laws, wobei er in neuen Fallkonstellationen diese Grundsätze typisch wie Rechtsquellen anwendet und konkretisiert.⁶⁸ Das Fehlen expliziter Rechtsprechung ist nicht mit dem Fehlen von Maßstäben gleichzusetzen, wie dies auch die

⁵⁹ Vgl. BVerfG NStZ 1987, 419.

⁶⁰ Vgl. Deweer v. Belgien (B), Nr. 35, §§ 49 ff.; auch Richard v. Frankreich (FRA), Rep. 1998-II, §§ 46 ff.; Paliot v. FRA Rep. 1998-II, §§ 51 ff.; Clayton/Tomlinson, The Law of Human Rights (2000), 11.202, 6.149; auch – wenig überzeugend – zum Vertrauensschutz bereits Colak v. Deutschland (D), Nr. 147, §§ 31 ff. Bereits in einer anderen Absprachenkonstellation für mögliche Einflüsse des Art. 6 EMRK Gaede HRRS 2003, 93, 96.

⁶¹ Vgl. für diese st. Rspr. etwa m.w.N. Khalfaoui v. FRA, Rep. 1999-IX, §§ 35, 37; siehe auch zur Geltung des Art. 6 EMRK hinsichtlich der deutschen Revision m.w.N. Wohlers/Gaede NStZ 2004, 9, 13 ff.

⁶² Zum Gebot der konventionskonformen Auslegung vgl. etwa BVerfGE 74, 358, 370; BGHSt 45, 321, 329; Weigend StV 2000, 384 ff.; Gaede wistra 2004, 166, 167.

⁶³ Vgl. Colozza u.a. v. Italien, Nr. 89, § 28; Oberschlick v. Österreich (AUT), Nr. 204, § 51; Pfeiffer u. Plankl v. AUT, Nr. 227, § 38; Poitrimol v. FRA, Nr. 277-A, § 31; Khalfaoui v. FRA, Rep. 1999-IX, §§ 51 ff.; Schöps v. D, 13.2.2001, § 48; Hennings v. D, Nr. 251-A, §§ 24 ff. Vgl. auch Deweer v. B, Nr. 35, § 49: „absence of constraint is at all events one of the conditions to be satisfied: this much is dictated by an international instrument founded on freedom and the rule of law“.

⁶⁴ Vgl. Pfeiffer u. Plankl v. AUT, Nr. 227, §§ 38 f., auch den Bericht der EKMR aaO §§ 74 ff.; Poitrimol v. FRA, Nr. 277-A, § 31; Mihaies v. FRA, Nr. 36106/97, DR 93-B, 95, 102 f.; ZE Jones v. UK, 9.9.2003: nötige hinreichende Vorhersehbarkeit der Konsequenzen des Verhaltens. Der EGMR hat dieses Prinzip auch für eine auf ein Strafverfahren bezogene Verständigung im Individualbeschwerdeverfahren bestätigt, vgl. Richard v. FRA, Rep. 1998-II, §§ 46 ff.; Paliot v. FRA Rep. 1998-II, §§ 51 ff.; Clayton/Tomlinson (Fn. 60), 6.149.

⁶⁵ Vgl. dahingehend auch die zutreffende Zurückweisung der vom ersten Strafsenat angestrebten Vergleiche mit dem Verzicht bei § 251 II StPO und dem zivilprozessualen Vergleich durch BGH NJW 2004, 2536, 2539.

⁶⁶ Vgl. als Beispiele für diese Praxis Engel u.a. v. Niederlande (NL), Nr. 22, § 82; Karlheinz Schmidt v. D, Nr. 291-B, § 28; Axen v. D, Serie A, Nr. 72, §§ 25 f.; Adolf v. AUT, Nr. 49, § 30: „examine the realities of the procedure in question“; m.w.N. aus dem Schrifttum Wohlers/Gaede NStZ 2004, 9, 15.

⁶⁷ Vgl. grundlegend Handyside v. Großbritannien (GB), Nr. 24, § 48; besonders betont Kudla v. Polen (PL) [GC], Rep. 2000-XI, § 152; Stavros, The guarantees for accused persons under article 6 of the European Convention on Human Rights (1993), S. 90; m.w.N. auch Gaede StV 2004, 46, 51.

⁶⁸ Vgl. beispielgebend für das Vorgehen, die nationale Praxis auf die Wahrung niedergelegter Prinzipien zu prüfen Steur v. NL JR 2004, 339 ff. m. Anm. Gaede. Zum Anspruch des EGMR, ein vorhersehbares und stetiges *case law* zu enthalten Stafford v. GB [GC], Rep. 2002-IV, § 68; Cossey v. GB, Nr. 184, § 31; m.w.N. auch seinen Präsidenten Wildhaber, Ryssdal-GS, S. 1529 ff.; m.w.N. auch bereits Gaede StV 2004, 46 f.

jüngeren Zurückweisungen von Entscheidungen des BVerfG durch den EGMR zeigen, in denen das BVerfG – offenbar am Fehlen bekannter Einzelfallentscheidungen orientiert – die Normen und Grundsätze der EMRK praktisch unerörtert ließ.⁶⁹ So muss man auch hier die Grundsätze des EGMR zur Kenntnis nehmen. Dies bietet einen vertiefenden Ansatz dafür, dem unmittelbar unter dem Eindruck des Absprachenklimas und der Erwartungshaltung des Gerichts erklärten Verzicht die Wirksamkeit zu versagen: ein solcher Verzicht stützt sich nicht auf situationsangemessene prozedurale Mindestsicherungen als positive Wirksamkeitsvoraussetzungen ab.⁷⁰ Die faktische Steuerung des angeklagten Rechtsinhabers durch die Erwartung des rechtswidrig verhandelnden Gerichts ist nicht hinreichend ausgeschlossen.

Zu erwägen bleibt, inwiefern nicht die prozedurale Abstützung insbesondere auch im Rahmen des Art. 6 EMRK durch die diesbezüglich eingewandte Beistands- und Beratungspflicht des Verteidigers als geleistet gelten kann. In der Tat kommt sie grundsätzlich auch bei Art. 6 EMRK als Schutzinstrument in Betracht, das einen Verzicht abstützen kann.⁷¹ Ihre hinreichende tatsächliche Erfüllung ist aber nach der vorherrschenden Rechtsprechung zum einen nicht durch eine Verteidigerkontrolle überprüfbar, was der erste Strafsenat selbst unterstrichen hat.⁷² Zum anderen ist die Verteidigermitwirkung hier gerade daher praktisch entwertet und die Erwartung einer unbefangenen Pflichterfüllung schlechthin erschüttert,⁷³ weil es sich um eine Tätigkeit handeln müsste, mit der der Verteidiger von seiner vorherigen Mitwirkung an der unzulässigen Absprache abrücken und sich letztlich gegen sich selbst wenden müsste.⁷⁴ Ganz davon abgesehen müssen auch der erste und der zweite Strafsenat zur Kenntnis nehmen, dass der Gleichklang der Interessen von Staatsanwalt, Richter und Verteidiger an einer schnellen Erledigung des Verfahrens⁷⁵ ein relevantes

Problem darstellt, das etwa auch im mit Absprachen erfahreneren englischen Strafverfahren als strukturell vorhanden nachgewiesen und als echtes Rechtsproblem erkannt ist.⁷⁶ Dass der EGMR in der Beratung durch den an der Absprache beteiligten Verteidiger ein praktisch ausreichendes Schutzinstrument sehen würde, ist angesichts seines Blicks auf die Verfahrensrealität nicht anzunehmen. Überdies stellen die Gerichte nach der EGMR-Rechtsprechung und erst Recht im deutschen reformierten Inquisitionsverfahren die „*guarantors of justice*“⁷⁷ bzw. den „*ultimate guardian of the fairness*“⁷⁸ dar. Sie können nicht ohne weiteres ihre Verantwortung auf Verteidiger und deren möglicherweise unerfüllt bleibenden Verpflichtungen abschieben. Ein Gericht, das mit seinem auf den Rechtsmittelverzicht bezogenen Verhalten das Recht bewusst bricht oder umgeht, kann sich nicht auf die Ausräumung seines Rechtsbruchs durch den über eine Absprache eben in seinem Sinne verteidigten Verteidiger verlassen. So richtig es ist, dass nicht schlechthin jede Beeinflussung eine Willenserklärung unwirksam machen kann,⁷⁹ so sehr bedeutet doch die rechtswidrige Erwartungshaltung des verfahrensleitenden und verfahrensentscheidenden Gerichts hinsichtlich des Rechtsmittelverhaltens des Angeklagten in der unmittelbaren Verzichtssituation eine „normativ gewichtige“ Einwirkung auf den Angeklagten. Die vom ersten Strafsenat beklagten Aufhebungsfolgen der „Abstrafung“ des Rechtsbruchs der Tatgerichte etwa bei Gewalt- und Sexualdelikten⁸⁰ sind dabei letztlich die bedauernswerte Konsequenz der trichterlichen Paralleljustiz. Sie sind

vergenz der beteiligten Juristen; *Moldenhauer* (Fn. 4), S. 214; *Weider* StV 2000, 540; *Schulterschluss*; *Kargl/Rüdiger* NStZ 2003, 672, 674; auch bereits *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren (4. Aufl. 1997), S. 75 ff.: Kontaktsysteme. Erinnert sei auch das altbekannte Problem der bedenklichen Einschaltung des Gerichts bei der Bestellung des Pflichtverteidigers *Sarstedt* JR 1957, 470, 471; *Schlothauer* StV 1981, 443 f.

⁶⁹ Vgl. für derartige Beispiel aus diesem Jahr die Verfahren *Caroline v. Hannover v. D.*, 24.6.2004, NJW 2004, 2647 ff. und *Jahn u.a. v. D.*, 22.1.2004, §§ 65 ff. NJW 2004, 923 ff. („Bodenreform“).

⁷⁰ Vgl. ohne Bezugnahme auf den EGMR-Ansatz auch bereits *Erb* GA 2000, 511, 522 ff.

⁷¹ Vgl. statt vieler die Erwägungen des EGMR bei *Pfeiffer* u. *Plankl* v. AUT, Nr. 227, § 38.

⁷² Vgl. m.w.N. *BGH* StV 2004, 115, 116; zu bedenken ist auch die Schweigepflicht des Verteidigers und die mangelnde Wahrheitspflicht des Angeklagten, die einen zuverlässigen Freibeweis faktisch verhindern.

⁷³ Zur Skepsis an der hinreichenden Pflichtenwahrnehmung *BGH* NJW 2004, 2536, 2538 f.; *BGH* NJW 2003, 3426, 3428; *F.Meyer* StV 2004, 41, 45; *Rieß*, *Meyer-Goßner-FS*, S. 645, 650/651; *Kargl/Rüdiger* NStZ 2003, 672, 674; *Meyer-Goßner* StraFo 2003, 401, 405; *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1900 f.; auch *Salditt* StraFo 2004, 60 und *Weider* StraFo 2003, 406, 410: Verteidiger als Garant der Rechtskraft aus der Sicht des Gerichts. Siehe auch vor kurzem *BGH* HRRS 2004 Nr. 823!

⁷⁴ Vgl. *BGH* NJW 2004, 2536, 2538; *Salditt* StraFo 2004, 60, der auch eine Irreführung des Gerichts zur Aufgabe des Verteidigers gemacht sieht und die Gefahr benennt, dass der Mandant das Nachsehen haben wird.

⁷⁵ Vgl. etwa *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1900 f.; *Terhorst* GA 2002, 600, 602, 606 f.; *Schmitt* GA 2001, 411, 425; *Weigend*, *BGH-FS* Wiss., S. 1011, 1012: geballte Interessenkon-

⁷⁶ Vgl. *Ashworth*, *Criminal Process* (2. Aufl. 1998), S. 77, 272, 275, 290 f.; 306; *Uglow*, *Criminal Justice* (2. Aufl. 2002), S. 218 f.: das Gericht und die (Staats-)Anwälte sind „*the cast of the play*“, während der Angeklagte den „*casual one-day actor*“ gibt: „*it's just another day's work to them*“; *Bottoms/McClean*, *Defendants in the criminal process* (1976), S. 231 f.; anschaulich *Sanders/Young*, *Criminal Justice* (2. Aufl. 2000), S. 395, 415 ff.; s. auch *R. v. Smith and Beaney*, *Archb.News* 1999, VI, S. 1; *Archbold*, *Criminal Pleading, Evidence and Practice* 2004, § 4-104; *McConville/Hodgson/Bridges/Pavlovic*, *Standing Accused: The organisation and practices of criminal defence lawyers in Britain* (1994), S. 70, 160, 189 ff., 252 ff., 271.

⁷⁷ Vgl. zu dieser in zahlreichen Kontexten bestätigte Grundauffassung des EGMR *Nikula v. Finnland*, Rep. 2002-II, § 45; *m.w.N.* *Steur v. NL* § 36 JR 2004, 339 ff. m. Anm. *Gaede*; *Barberà u.a. v. Spanien*, Nr. 146, § 75: „*It should be noted firstly that although under Spanish legislation it is to a certain extent left to the initiative of the parties to offer and present evidence, this does not absolve the court of first instance from its duty of ensuring that the requirements of Article 6 ... of the Convention are complied with*“.

⁷⁸ Vgl. *Cuscani v. GB*, 24.9.2002, §§ 39 f. Die hier genannten Entscheidungen entstammen freilich anderen Kontexten, prägen jedoch gerade auch unter dem Eindruck des Art. 1 EMRK ein allgemeines Prinzip aus.

⁷⁹ Vgl. näher *BGH* StV 2004, 115, 117 ff.

⁸⁰ Vgl. *BGH* StV 2004, 115, 118; siehe auch zur „Gefahr der Überkompensation“ *BGH* StV 2004, 196, 197.

der nicht wahrgenommenen Verantwortung der Tatgerichte bei der ihnen obliegenden rechtmäßigen Verfahrensführung anzulasten. Die gesetzliche Pflicht der Revisionsgerichte ist es hingegen, Entscheidungen infolge von Rechtsfehlern nach den §§ 337 und 338 StPO gegebenenfalls aufzuheben und – auch zur Vermeidung von Aufhebungen etwa bei Gewalt- und Sexualdelikten – mit ihrer Rechtsprechung präventiv rechtswidrigem Verhalten der Tatrichter entgegenzuwirken. Sollte es zutreffen, dass sich die Praxis tatsächlich durch weitere Umgehungsmaßnahmen erneut den Mindestbedingungen von BGHSt 43, 195 ff. auf breiter Front entzieht,⁸¹ stünde es um eben diese katastrophal. Folgt man dem dritten Strafsenat gerade wegen dieser Bereitschaft zur Missachtung geltenden Rechts nicht, so gäbe der darin liegende Verzicht auf die Durchsetzung der geltenden rechtlichen Maßstäbe der Instanzpraxis das schlechteste Lehrbeispiel dafür, auch einer „unangenehm einengenden“ Verfahrensordnung für Absprachen seitens des Gesetzgebers den Gehorsam zu entziehen,⁸² zumal die rechtspolitische Entwicklung auf die von der Praxis offenbar unerwünschte Konsequenz der Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts hinausläuft (vgl. § 302 Abs. 1 Satz 2 StPO-Entwurf). Die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts ist nach allem zu befürworten.

III. Mögliche vermittelnde Abschwächungen der eröffneten Absprachenkontrolle

1. Die Option einer qualifizierten Rechtsmittelbelehrung

Dem fünften und dem vierten Strafsenat schwebt vor, die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts dann zu vermeiden, wenn nach der Urteilsverkündung eine qualifizierte Belehrung des Angeklagten erfolgt.⁸³ Eine solche müsste dann sinngemäß dahin gehen, dass der Angeklagte darauf hingewiesen wird, dass er trotz der Absprache oder der Kommunikation des Rechtsmittelverzichts nicht zu einem Rechtsmittelverzicht verpflichtet sei, sondern vielmehr völlig frei entscheiden kann, gegen das abgesprochen Urteil nunmehr bzw. innerhalb der Wochenfrist die zulässigen Rechtsmittel einzulegen. Es soll insoweit offenbar ein Schutzinstrument geschaffen werden, das es ermöglicht, normativ begründet von einer freien Verzichtentscheidung ausgehen zu können, die dann im-

⁸¹ So suggeriert von BGH StV 2004, 115, 117 ff. und BGH StV 2004, 196, 197 f.; vgl. aber auch sehr optimistisch *F.Meyer* StV 2004, 41, 45: es würden mit der Anfrage bereits jetzt alle „Hintertüren“ geschlossen.

⁸² Vgl. *Moldenhauer* (Fn. 4), S. 235, 269: Umgehung jeglicher Verfahrensordnung durch Rechtsmittelverzicht.

⁸³ Vgl. BGH StV 2004, 4, 5 mit einem Anschluss an die erwägende Entscheidung BGHSt 45, 227, 233; dazu neigend *Rieß* NStZ 2000, 98, 99 f.; dafür *F.Meyer* StV 2004, 41, 44, der aber allein davon motiviert scheint, dass er die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts nicht gegen den Willen des Rechtsinhabers gelten lassen will. Dieses Anliegen vermag aber nicht die Eignung der qualifizierten Belehrung als Problemlösung zu begründen.

merhin eine Gefährdung von Rechtspositionen des Angeklagten durch die Absprachenpraxis ausräumen könnte. Der dritte und der zweite Strafsenat haben eine solche qualifizierte Belehrung bereits abgelehnt.⁸⁴

In der Tat sind Belehrungen zumal spezifischer Art ein Instrument, mit dem der Schluss auf einen wirksamen Verzicht grundsätzlich belegt werden könnte. Überdies wäre mit einer Belehrung im Anschluss an die Urteilsverkündung auch bedacht, dass die Fähigkeit zur Abwägung der Entscheidung gerade in diesem Zeitpunkt effektiv vorhanden sein muss. Das Kernproblem einer solchen Ausnahme besteht hingegen darin, dass ernsthafteste Zweifel an einer wirksamen Praktikierbarkeit der Belehrung im Kontext der Absprachen bestehen. Der Richter muss nicht nur formal, sondern in einer den vorherigen Bindungseindruck effektiv aufhebenden Art und Weise betonen, dass sein vorheriges Prozessverhalten rechtswidrig war und zu keinerlei Bindung eben des Angeklagten bei seiner jetzt bevorstehenden Entscheidung von großer Tragweite führen darf. Dem Angeklagten wird damit die ganze Widersprüchlichkeit des Verhaltens der ihn richtenden Justiz offen gelegt. Das Gericht, das soeben ein Urteil im Namen des Volkes gesprochen hat und auf das der Angeklagte vertrauen⁸⁵ können soll, muss sich dazu verstehen, sich von sich selbst wegen seines vorherigen irreführenden und rechtswidrigen Verhaltens zu distanzieren. In einer fairen Justiz, die rechtlich begründet auch auf ihre Erscheinung achten muss,⁸⁶ eine befremdliche Lösung.⁸⁷ Dass ein solches Unterfangen mehr als eine im schlechten Sinne formale Praxis bewirken würde, welche der Verteidiger des Angeklagten als aus bürokratisch-formalrechtlichen Gründen erforderlich darstellen würde, kann nicht ernsthaft erwartet werden.⁸⁸ Vielmehr dürfte die qualifizierte Belehrung nicht nur keine Praxisänderung leisten,⁸⁹ sie dürfte *den* Königsweg für eine Legalisierung des heutigen, vom dritten, dem vierten und dem fünften Strafsenat abgelehnten Leerlaufs von BGHSt 43, 195 ff. darstellen. Es würde sogleich auf die denkbare Heilung abgestellt, auf welche der Angeklagte dann von den an der Absprache mitwirkenden Justizjuristen vorweg hinreichend vorbereitet würde. Will der Angeklagte sich tatsächlich einmal von der nachträg-

⁸⁴ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2539; BGH StV 2004, 196, 198; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2489.

⁸⁵ Vgl. *Fey* v. AUT, Nr. 255-A, § 30: „the courts ... must inspire confidence ... above all ... in the accused“; ebenso etwa *Gregory* v. GB, Rep. 1997-I, § 43; *Sander* v. GB, Rep. 2000-V, § 22; *Archbold* 2004 (Fn. 76), 4-32; vgl. auch *Salditt* ZStW 115 (2003), 570, 576: das Amt des Richters werde mit der Absprachenpraxis infiziert.

⁸⁶ Zu Art. 6 EMRK gilt die *Maxime* „justice must not only be done, it must also be seen to be done“, vgl. *Delcourt* v. Belgien, Nr. 11, § 31; *Campbell* u. *Fell* v. GB, Nr. 80, § 81; *Stavros* (Fn. 67), S. 215; m.w.N. zur dem englischen Recht entlehnten *Maxime* auch *Gaede* HRRS 2004, 44, 51, 54.

⁸⁷ Vgl. so auch – mit freilich anderer Zielrichtung – BGH StV 2004, 196, 198.

⁸⁸ BGH NJW 2004, 2536, 2539; BGH StV 2004, 196 ff.: Alibifunktion; *Moldenhauer* (Fn. 4), S. 228 ff., 233; *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2489.

⁸⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2539; BGH StV 2004, 196, 198; *Moldenhauer* (Fn. 4), S. 228 ff., 233.

lichen Belehrung über die Unrechtmäßigkeit seiner vorherigen Behandlung motivieren lassen und wollte er vor dem ständig bei der Absprache angesprochenen Rechtsmittelverzicht zurückweichen, müsste er eine Entscheidung gegen alle beteiligten Justizjuristen fassen, insbesondere das Gericht und seinen eigenen Verteidiger gleichsam vor den Kopf stoßen. Dieses Verhalten von einem durchschnittlichen – und durchschnittlich verteidigten – Angeklagten prinzipiell zu erwarten und damit ihm den Ausgleich des widersprüchlichen Verhaltens des Gerichts – erst Absprache des Rechtsmittelverzichts, dann qualifizierte Belehrung über die Rechtswidrigkeit und Bedeutungslosigkeit jener Absprache oder Anregung – abzuverlangen, vermehrt nur das Befremden. Eine solche Lösung wäre ein Kompromiss, der den Aufwand von Anfrage- und Vorlageverfahren nicht gelohnt hätte und die bestehende Praxis sogar verschlimmern müsste. Angesichts der Zweifel, ob der BGH überhaupt noch auf die Absprachenpraxis einwirken kann, muss eine klare und wirkungsmächtige Lösung das Ergebnis der Vorlage sein.

2. Pflicht des Gerichts, den abgesprochenen Verzicht nicht entgegenzunehmen?

Nach Ansicht des ersten Strafsenats soll es mangels relevanter Willensbeeinträchtigung allenfalls in Betracht kommen, dass der Vorsitzende nach einem abgesprochenen oder gerichtlich befürworteten Rechtsmittelverzicht gehalten sei, diesen nicht sofort nach der Verkündung entgegenzunehmen, um dem Angeklagten hinreichend Zeit zur Überlegung einzuräumen.⁹⁰ Dies folge aus der prozessualen Fürsorgepflicht des Gerichts,⁹¹ die u.a. aus dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats (Art. 20 Abs. 1, 28 GG) abgeleitet wird.⁹²

Es erscheint prima facie nicht ausgeschlossen, dass die vom ersten Strafsenat angedeuteten Lösung der Unwirksamkeitsfolge gleichwertig oder sogar überlegen sein könnte: die Nichtentgegennahme eines Rechtsmittelverzichts im Anschluss an die Urteilsverkündung hätte zunächst die Wirkung der Unwirksamkeit, da dem Angeklagten während der Frist die Einlegung der gesetzlichen Rechtsmittel offen stünde. Darüber hinaus würde die nicht wünschenswerte Nebenfolge der Rechtsunsicherheit über diese Frage vermieden, da ein aus Fürsorgegründen vom Gericht nicht entgegengenommener Rechtsmittelverzicht in der Sitzungsniederschrift nicht gemäß § 273 Abs. 3 StPO wörtlich protokolliert, vorgelesen und genehmigt,⁹³ sondern – wenn überhaupt – in der Niederschrift erwähnt und deshalb nicht der Beweis-

kraft des Protokolls teilhaftig werden würde.⁹⁴ Der Angeklagte, der sich zur Einlegung eines Rechtsmittels entschließt, wäre nicht gezwungen, überzeugend darzulegen, dass sein Verzicht auf einer entsprechenden Urteilsabsprache beruht, was ihm einen nicht unbeträchtlichen Beweisvorteil verschaffen würde. Trotz Zulässigkeit des Freibeweises wäre beim Ansatz der Vorlage damit zu rechnen, dass die Revisionsgerichte die Erklärung des Angeklagten und u. U. des Verteidigers, ein Verzicht sei im Rahmen einer Urteilsabsprache vereinbart oder angesprochen worden, regelmäßig nur akzeptieren werden, wenn dem von Seiten des Gerichts und der Staatsanwaltschaft zumindest nicht direkt entgegengetreten wird.

Gleichwohl bleiben die Prämissen des ersten Strafsenats unzutreffend, was sich auch daran zeigt, dass der Senat meint, dass auch eine qualifizierte Belehrung ausreichen können soll, obschon diese (s.o.) gerade kein verlässliches Gegengewicht gegen die geschehene unzulässige Willensbeeinflussung darstellt. Es wäre nur theoretisch eine geeignete Lösung, dem Gericht zur Wiederherstellung von Bedingungen, aus denen ein freier Rechtsmittelverzicht begründet gefolgert werden könnte, aufzuerlegen, bei einem unzulässigen Hinwirken auf den Rechtsmittelverzicht im Rahmen der Absprache nach Urteilsverkündung zunächst eine qualifizierte Belehrung dahingehend zu erteilen, dass ungeachtet dessen die statthaften Rechtsmittel eingelegt werden können, und sodann im Sitzungssaal keine Verzichtserklärung des Angeklagten mehr entgegenzunehmen. Problematisch ist, dass ohne weiteres im Voraus vereinbart werden könnte, dass der Angeklagte noch am selben Tage seinen Rechtsmittelverzicht auf der Geschäftsstelle zu Protokoll des Urkundsbeamten erklärt oder aber – evtl. schriftlich schon vorbereitet und vordatiert – dort abgibt. Es erscheint nicht einmal völlig ausgeschlossen, dass einzelne Verteidiger im Einvernehmen mit Gericht oder Staatsanwaltschaft – oder gar auf deren Initiative – eine solche Erklärung bereits zum Zeitpunkt der Absprache durch den Angeklagten aufsetzen lassen. Hier würde weder eine qualifizierte Belehrung noch die Nichtentgegennahme von Erklärungen helfen, obwohl das Maß der Willensbeeinflussung und die mangelnde Gelegenheit, den Rechtsmittelverzicht unbeeinflusst zu überdenken, noch größer wäre als in anderen Fällen. Natürlich wäre auch ein derartiges Vorgehen des Gerichts nach dem oben dargelegten Standpunkt ein Vorgehen, das dem Rechtsmittelverzicht die Wirksamkeit entziehen muss. Es

⁹⁰ BGH StV 2004, 115, 119.

⁹¹ Etwa BVerfGE 57, 250, 280; BGHSt 22, 118, 122; grdl. zur Fürsorgepflicht *Maiwald*, Lange-FS, S. 745 ff.

⁹² Vgl. so etwa KK-Pfeiffer (5. Aufl. 2003), Einl. Rn. 32; Müller-Dietz ZStW 93 (1981), 1177, 1239, 1253 ff.; kumulativ auch SK-Rogall (Fn. 57) Vor § 133 Rn. 110; LR-Rieß, StPO (25. Aufl. 1997 ff.), Einl. H Rn. 120; für die Ableitung aus dem fair trial allein u.a. *Maiwald*, Lange-FS, S. 745 ff., 754 ff., 763 f.

⁹³ Vgl. BGH StV 2004, 115, 119.

⁹⁴ St.Rspr.: Vgl. BGHSt 18, 257, 258; aA LR-Gollwitzer (Fn. 92), § 273 Rn. 21. Zwar ist der Rechtsmittelverzicht keine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 Abs. 1 StPO (KK-Engelhardt [Fn. 92] § 274 Rn. 4; Meyer-Göfner StPO [47. Aufl. 2004], § 274 Rn. 9-11); nach BGHR StPO § 274 Beweiskraft 2 entfaltet ein einfacher Protokollvermerk über den Rechtsmittelverzicht keine absolute Beweiskraft im Sinne des § 274 StPO, spricht jedoch im Freibeweisverfahren uU entscheidend dafür, dass tatsächlich ein Rechtsmittelverzicht erklärt wurde. Umgekehrt wird man sagen müssen, dass ein solcher Vermerk gekoppelt mit einem Vermerk, dass der Vorsitzende aus Fürsorgegründen die Erklärung nicht entgegennahm, ausreichen müsste, um den Rechtsmittelverzicht als unwirksam anzusehen.

stellt sich jedoch die Frage, ob dieses Vorgehen – insbesondere da dies eigentlich nur bei Kollusion des Verteidigers vorstellbar ist – beweisbar wäre. Unabhängig von diesem Extremfall bleibt bei nicht (vollständig) protokollierten Absprachen stets die typische Beweisnot des Angeklagten im Freibeweisverfahren – man denke an den Stellenwert dienstlicher Erklärungen – bestehen, so dass der unproblematische Nachweis (§§ 273, 274 StPO) der sofortigen Entgegennahme des Verzichts dem Angeklagten praktisch kaum hilft, die Rechtsmittelbefugnis zu erhalten, denn er muss auch die Existenz der formwidrigen Absprache, insbesondere das Hinwirken auf den Verzicht beweisen. Dies ist nach beiden Lösungsansätzen gleichermaßen schwierig.

Letztlich ist es ein zweifelhafter Umweg, die richterliche Fürsorgepflicht zu bemühen, um dem Angeklagten „mehr Zeit zum Überlegen“ zu gewähren. Darin liegt nicht das eigentliche Problem: Wenn der unverteidigte Angeklagte nach Urteilsverkündung nach kurzer Überlegung und in der vollen Kenntnis der Bedeutung seines Schrittes autonom auf Rechtsmittel verzichtet, eben weil er unbeeinflusst das Urteil als gerecht annimmt, wäre eine gerichtliche Fürsorgepflicht zur Nichtentgegennahme ein typischer Fall für die in einer sozialstaatlich begründeten Fürsorgepflicht liegende Entmündigungstendenz.⁹⁵ Der Grund für eine Entgegennahmefrist kann gerade nur die unzulässige Beeinflussung des Rechtsmittelverzichts im Kontext der Absprache sein. Liegt diese aber vor, kann wie dargelegt ein Verzicht auf Rechte des fairen Verfahrens nicht als wirksam betrachtet werden, es sei denn, der Staat würde die bei den diskutierten Fällen begründeten Bedenken an der freien Entscheidung praxistauglich ausräumen. Genau dies scheint aber auch bei der Entgegennahmefrist nicht gesichert, da die oben beschriebenen Umgehungstechniken vorhersehbar drohen und gerade die Vorbereitung des Angeklagten auf das folgende Vorgehen den Willen des Angeklagten besonders intensiv und nachhaltig beeinflussen kann. Es erscheint überdies schwer vorstellbar, dass ein Gericht, das entgegen den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung einen Rechtsmittelverzicht vereinbart, diesen im Anschluss an die Urteilsverkündung nicht auch annimmt. Anwendungsfälle der Nichtentgegennahme eines unzulässig kommunizierten Rechtsmittelverzichts⁹⁶ dürften sich kaum ergeben. Der durchschnittliche Angeklagte würde überdies eine fehlende Bereitschaft des Gerichts, den (soeben) abgesprochenen Rechtsmittelverzicht entgegenzunehmen, faktisch kaum richtig einschätzen können, da ein derart widersprüchliche Verhalten des Gerichts (s.o.) in der Regel den Eindruck hinterlassen wird, er müsse baldmöglichst – etwa noch am selben Tag außerhalb der Verhandlung – verzichten, um in den Genuss der Vorteile der Absprache zu kommen. Dagegen wäre er kaum zu schützen. Der Angeklagte bedarf der

Möglichkeit, *unbeeinflusst* darüber nachzudenken, ob er sich der Überprüfungsmöglichkeit begeben will, um zu erkennen, dass er diese ungeachtet der Vereinbarung noch hat. Der Versuch, die unzulässige Willensbeeinflussung durch diejenigen auszugleichen, die sie ausgeübt haben, muss letztlich scheitern. Es ist vielmehr einzig konsequent, mit der Vorlage einer absprachebedingt abgegebenen Erklärung des Angeklagten die Wirksamkeit zu versagen.

3. Die Ausgestaltung der revisionsrichterlichen Kontrolle im Fall eines unwirksamen Rechtsmittelverzichts: Beschränkung auf die Grundsätze von BGHSt 43, 195 ff.?

a) *Das Obiter dictum des fünften Strafsenats und seine denkbaren Konsequenzen*

Der fünfte Strafsenat hat in seiner Antwort auf den Anfragebeschluss des dritten Strafsenats gewissermaßen als Kompensation für die Bejahung der Vorlagefragen grundsätzlich eine auf die Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Verständigung beschränkte revisionsrichterliche Überprüfbarkeit des abgesprochenen Urteils befürwortet. Die Statthaftigkeit bestimmter verfahrensrechtlicher, aber auch sachlich-rechtlicher Einwände sei unter Umständen infolge der Mitwirkung des Revisionsführers an der Absprache zu verneinen.⁹⁷

Wenn auch eine Entscheidung des Großen Senats über diesen Vorschlag angesichts der Vorlagefragen unzulässig sein dürfte (§ 132 Abs. 2 – 4 GVG), ist es nicht unwahrscheinlich, dass ein obiter dictum in diese Richtung zu Stande kommt. Angesichts der knappen und etwas vagen Ausführungen ist zunächst die Reichweite der vom fünften Strafsenat gewünschten Einschränkung der revisionsrechtlichen Überprüfung soweit als möglich zu klären: Gänzlich unschädlich wäre es, wenn der Senat mit seinem Hinweis auf die Einhaltung der Grenzen einer zulässigen Verständigung lediglich beabsichtigt hätte, die Geltung von BGHSt 43, 195 ff. und der zahlreichen Folgeentscheidungen zu den Grenzen der Absprachen zu bekräftigen. Immerhin sagt schon die Grundsatzentscheidung des vierten Strafsenats unmissverständlich aus, dass verfahrensbeendende Absprachen nur insoweit zulässig sind, als sie inhaltlich und hinsichtlich ihres Zustandekommens sämtlichen unverzichtbaren Prinzipien des Verfahrensrechts und des materiellen Strafrecht entsprechen, womit gerade nicht nur jene Grundsätze erfasst sind, die in der Entscheidung ausdrücklich angesprochen sind.⁹⁸ Auch in späteren Entscheidungen hat der BGH betont, dass den Absprachen nur das erlaubt ist, was die Gesamtheit der strafrechtlichen Vorschriften zulässt.⁹⁹ Dementsprechend wurde vom BGH auch nie in Zweifel

⁹⁵ Vgl. statt vieler *Maiwald*, Lange-FS, S. 745 ff.; siehe im Zusammenhang auch *F.Meyer* StV 2004, 41, 44.

⁹⁶ Jedoch dürfte es besonders gewissenhafte (vorsichtige) Gerichte geben, die, wenn sie eine Absprache treffen ohne auf den Rechtsmittelverzicht gedrängt zu haben, dem Angeklagten begrüßenswerter Weise nach der Urteilsverkündung nahe legen, zunächst keine Erklärung zum Rechtsmittelverzicht abzugeben.

⁹⁷ Vgl. BGH StV 2004, 4, 5.

⁹⁸ BGHSt 43, 195, 203 und 208: „Die so erfolgte Verständigung steht unter dem Vorbehalt, dass das später ergehende Urteil materiell-rechtlich zutreffend und unter Berücksichtigung aller Umstände vertretbar ist“.

⁹⁹ Vgl. BGH NJW 2004, 2536, 2537 f.; BGH, Urt. v. 19. Aug. 2004 3 StR 380/03 = HRRS 2004 Nr. 816.

gezogen, dass grundsätzlich alle im Kontext einer Absprache stehenden Rechtsfehler auch mit der Revision so geltend gemacht werden können, wie dies im allgemeinen auch zulässig ist. Das BVerfG hat sogar ausdrücklich festgehalten, dass das Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) auch bei Absprachen ein Vorgehen im Rahmen des geltenden (Verfahrens-)Rechts und in den vom (einfachen) Strafrecht gesetzten Grenzen von Verfassung wegen fordert.¹⁰⁰

Der fünfte Strafsenat zielt dennoch eindeutig auf die Einschränkung bestehender Überprüfungsmöglichkeiten. Er knüpft, da er die aus seiner Sicht gebotene Einschränkung der Anfechtungsmöglichkeit auf die Mitwirkung des Verteidigers an der (rechtswidrigen) Absprache stützt, an seine Rechtsprechung zum Beweisantragsrecht¹⁰¹ und den Beweisverwertungsverböten¹⁰² an. In diesem Rahmen hat er Mitwirkungspflichten bzw. Obliegenheiten des Verteidigers konstituiert, insbesondere die Pflicht des Verteidigers zur sofortigen Rüge von erkennbaren Fehlern des Gerichts in der Hauptverhandlung. Dies hat zum gedanklichen Hintergrund, dass ein faires und offenes Verhalten nicht nur vom Gericht gegenüber der Verteidigung, sondern auch umgekehrt einzufordern sei¹⁰³ – was die Schutzrichtung des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK umkehrt – und es die fachliche Kompetenz des Verteidigers rechtfertigen kann, den Angeklagten für Verfahrensfehler des Gerichts, die der Verteidiger bei entsprechender Mitwirkung unschwer hätte vermeiden können, im Wege des Rügeverlustes in Mithaftung zu nehmen. Auch die Interpretation des Verteidiger- bzw. Angeklagtenverhaltens als vorweggenommener Rügeverzicht durch schlüssiges Verhalten¹⁰⁴ bzgl. solcher Rügen, die Form und Inhalt der – bewusst und freiwillig eingegangenen – Absprache betreffen, lässt sich dem obiter dictum des fünften Strafsenats möglicherweise entnehmen. Weiter lässt die Formulierung des fünften

Strafsenats an einen Rückgriff auf den allgemeinen Rechtsgedanken der Verwirkung¹⁰⁵ denken. Will man eine Verwirkung im Strafverfahren erwägen, ließe sie sich im gegebenen Kontext dahingehend konkretisieren, dass der Angeklagte, dessen Verteidiger mit seiner Kenntnis bewusst eine nach Form oder Inhalt rechtswidrige Absprachen eingegangen ist, sich nicht auf beliebige Rechtsfehler berufen können soll, um im Wege der einseitigen Anfechtung des Urteils gewissermaßen das „Gesamtpaket“ der Absprache allein zu seinen Gunsten zu Fall zu bringen. In der weiteren – vom Senat wohl nicht gewollten – Konsequenz dieses Gedankenganges würde es liegen, dass – erst recht – die von allen Seiten entgegen BGHSt 43, 195 ff. einvernehmlich durchgeführte Verheimlichung der Absprache, die Vereinbarung einer Punktstrafe, die fehlende weitere Aufklärung des Sachverhalts nach dem abgesprochenen Geständnis des Angeklagten (§ 244 Abs. 2 StPO), die Stützung des Urteils allein auf die (außerhalb der Hauptverhandlung getroffene) Absprache bzw. die bloße Einräumung des Anklagevorwurfs (§ 261 StPO)¹⁰⁶ oder ähnliche Rechtsfehler von an der Absprachen beteiligten Angeklagten nicht mehr mit der Revision gerügt werden könnten, diese insoweit unzulässig wäre, weil gerade hier die arglistige vorsorgliche Schaffung eines Revisionsgrundes durch den Verteidiger nahe liegt.

Die Gedanken des fünften Strafsenats treffen sich mit der Besorgnis des ersten Strafsenats¹⁰⁷, die Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts würde dazu führen, dass die bei allseitigem Rechtsmittelverzicht abgekürzten Urteilsgründe (§ 267 Abs. 4 S. 1 StPO), die nicht selten keine tragfähige – der Rechtsprechung der Revisionsgerichte genügende¹⁰⁸ – Beweiswürdigung

¹⁰⁰ BVerfG NSTz 1987, 419.

¹⁰¹ BGHR StPO § 244 Abs. 6 - Beweisantrag 3, 30; BGH StV 2001, 436; 2001, 504; 1989, 465 mit krit. Anm. *Schlothauer*; vgl. auch BGH NSTz 2002, 656; 2003, 381; BGHR StPO § 244 Entscheidung 2 m.w.N.

¹⁰² Vgl. die Widerspruchslösung bei Belehrungs- und Informationsrechten des Angeklagten (§ 136 Abs. 1 StPO), die nur unter der Voraussetzung der Geltendmachung durch einen Widerspruch in der Hauptverhandlung zum Verwertungsverbot führen, was u.A. auf die Disponibilität dieser Rechte zurückgeführt wird, BGHSt 38, 214, 225 ff.; BGHSt 42, 15, 22; aA etwa *Heinrich ZStW* 112 (2000), 398 ff.; *Ventzke StV* 1997, 543 ff.; m.umfangr. N. *SK-Wohlers* (Fn. 57) § 163a Rn. 80 f.

¹⁰³ Vgl. *Basdorf StV* 1995, 310, 318 f.; *Ders. StV* 1997, 488, 492 m.w.N.

¹⁰⁴ Der BGH geht davon aus, dass ein Verzicht auch durch konkludentes Verhalten möglich ist, vgl. für den Rechtsmittelverzicht etwa BGH, Beschl. vom 11.03.2003 - 1 StR 60/03. Allgemein setzte er voraus, dass der Erklärende in der Lage ist die Bedeutung der abgegebenen Prozessklärung zu erkennen; vgl. BGH NSTz 1983, 280; 1984, 129; 1994, 181; darüber hinaus ist nach allgem. Rechtsgrundsätzen voraus des Verzichts stets, dass Verhalten des Berechtigten als Willensäußerung bewertet werden kann, dem ein Verzichtwille zugrunde liegt, was wiederum Kenntnis des Betroffenen rechts voraussetzt, siehe nur *Palandt/Heinrichs* 2004, § 242 Rn. 89.

¹⁰⁵ Der in der zivilrechtlichen Dogmatik des BGH zu § 242 BGB (Treu und Glauben) geprägten Begriff stellt einen Fall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens dar; nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Recht verwirkt, wenn der Berechtigten längere Zeit hindurch nicht geltend gemacht hat und der verpflichtete ich nach den gesamten Verhalten des Berechtigten darauf einrichten durfte und auch eingerichtet hat, dass dieser das Recht auch in Zukunft nicht geltend machen werde; im Gegensatz zum Verzicht ist die Verwirkung vom Willen des Berechtigten unabhängig, vgl. BGHZ 43, 292; BGHZ 84, 281; BGHZ 105, 298. Dieser allgemeine Rechtsgrundsatz soll gemäß BVerfGE 32, 305, 308/309 auch im Strafverfahren anwendbar sein. Die Strafsenate des BGH gehen von der Verwirkung einer Revisionsrüge aus, wenn ein gezielt auf die - vorsorgliche - Schaffung eines Revisionsgrundes gerichtetes Verhalten gegeben ist und wenn dies in einer dem Angeklagten zurechenbaren Weise erfolgt ist, weil dann die Zulässigkeit der Rüge unter dem Gesichtspunkt arglistigen (rechtsmißbräuchlichen) Vorgehens beeinflusst sei, vgl. dazu BGHSt 24, 280, 283; 22, 83, 85; 15, 306, 308; 10, 77; BGH, Beschl. vom 11.03.1997 - 5 StR 77/97; *W. Schmid*, Die Verwirkung von Verfahrensrügen im Strafprozeß (1967), S. 53, 67 ff., 336 ff.; *Weber GA* 1975, 289, 302 f.; *Maatz NSTz* 1992, 513, 514 f., 516; *Widmaier NSTz* 1992, 519, 521 f.; *Basdorf StV* 1997, 488, 492.

¹⁰⁶ Vgl. BGH, Beschl. vom 20. April 2004 - 5 StR 11/04, S. 6 f. = HRRS 2004 Nr. 531.

¹⁰⁷ BGH, StV 2004, 115, 119.

¹⁰⁸ Nach dem Gesetz (§ 267 Abs. 1 S. 2 StPO) sind die Indiztatsachen, aus denen für erwiesen erachtete Tatsachen gefolgert

enthalten und nach bisheriger Rechtsprechung auch bei Feststellung der irrümlichen Annahme der Rechtskraft nicht ergänzt werden dürfen,¹⁰⁹ auf die bloße Sachrüge des Angeklagten aufzuheben wären. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass der Verteidiger und der Angeklagte aus ihrer spezifischen Interessenlage beim abgesprochenen Urteil – bei dem die baldige Rechtskraft wenn nicht die Geschäftsgrundlage, so doch in der Regel das Ziel sein wird – gegen abgekürzte Urteilsgründe keine berechtigten Einwendungen haben können, liegt es nahe, den fünften Strafsenat so zu verstehen, dass dieser auch den Kontrollbereich der Sachrüge etwa dergestalt eingeschränkt sehen möchte, dass Einwendungen gegen die Beweiswürdigung im Sinne der ständigen Rechtsprechung des BGH nicht statthaft wären, auch weil der Angeklagte den Sachverhalt regelmäßig durch sein abgesprochenes Geständnis außer Streit gestellt hat. Der Überzeugungskraft der Beweiswürdigung bedürfte es für ihn dann nicht.¹¹⁰ Unabhängig davon, ob der fünfte Strafsenat soweit gehen wollte, weisen seine Vorschläge – auch deren Begründung – im Ansatz in die Richtung einer alleinigen Kontrolle absprachspezifischer Gesichtspunkte.

b) Stellungnahme

Den Überlegungen des fünften Strafsenats – deren denkbare Tragweite aufgezeigt wurde – ist zu widersprechen.

werden, anzugeben. Nach st.Rspr. wird diese Verpflichtung dahin erweitert, dass die Einlassung des Angeklagten mitzuteilen und unter Berücksichtigung aller erhobenen Beweise erschöpfend zu würdigen ist (BGH MDR 1974, 548; BGH NJW 1980, 2423; BGH StV 1984, 64), wobei naheliegendes Verteidigungsvorbringen abgehandelt und sich aufdrängende Beweismomente erörtert werden müssen (BGH NSTZ 1984, 212) sowie zahlreiche erhöhte Würdigungsanforderungen bei besonderen Beweissituationen gelten (vgl. zuzf. Meyer-Gößner [Fn. 94] § 267 Rn. 12/13 m.w.N. zur Rechtsprechung). Bei gemäß § 267 Abs. 4 S. 1 StPO abgekürzten Urteilen wird – da bzgl. des Schuldspruchs allein die erwiesenen Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden und das angewendete Strafgesetz angegeben werden müssen (vgl. § 267 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 StPO), nicht aber die Beweiswürdigung (Kröschel/Meyer-Gößner, 23. Aufl. (1988), S. 200) – die Beweiswürdigung nicht selten völlig weggelassen oder in einer formelhaften und verkürzten Weise dargestellt, die von vornherein den geschilderten Ansprüchen nicht genügen kann.

¹⁰⁹ Vgl. BGH MDR 1990, 490; Meyer-Gößner (Fn. 94), § 267 Rn. 30 m.w.N.; zu Recht verweist 1. Strafsenat auch darauf, dass eine Ergänzung faktisch nach Jahr und Tag mangels plastischer Erinnerungen der Richter und der Vernichtung von Aufzeichnungen und Notizen selten praktikabel sein dürfte, BGH StV 2004, 115, 119.

¹¹⁰ Die Sichtweise des fünften Strafsenats könnte auch darauf hinauslaufen, dass das abgesprochene Urteil nachträglich – wie dies bei Wiedereinsetzung in die Rechtsmittelfrist der Fall ist (§ 267 Abs. 4 Satz 3 StPO) – innerhalb der Frist des § 275 StPO nach Maßgabe des § 267 Abs. 1 bis 3 StPO begründet werden dürfte, obwohl nach ständiger Rechtsprechung die Vorschrift für den Fall, dass das Gericht irrümlich von der Rechtskraft des Urteils ausgeht, nicht anwendbar sein soll, vgl. BGH MDR 1990, 490; BayObLG NJW 1981, 2589; BayObLG NJW 1991, 105; KG VRS 1982, 135; OLG Celle StV 1997, 402; OLG Stuttgart MDR 1984, 74; abw. aber BGH NSTZ-RR 2002, 261; LR-Gollwitzer (Fn. 92), § 267 Rn. 145; Rieß NSTZ 1982, 445.

In deren letzter Konsequenz läge die Bildung eines systemwidrigen Sonderstrafverfahrens bei „unstreitigen“ Fällen, wie im Rahmen angelsächsisch geprägter Rechtssysteme das des „plea bargaining“, bei dem nur Freiwilligkeit und Ernsthaftigkeit der Einwilligung in die Absprache, Informiertheit des Angeklagten über deren Konsequenzen und der (oberflächliche) Ausschluss eines Falschgeständnisses für den rechtlichen Bestand einer „guilty plea“ – und den entsprechenden Schuldspruch – ausschlaggebend sind,¹¹¹ unabhängig davon, wie weit der Senat diesen Ansatz verfolgen möchte. Der Grundgedanke des Senats, dass dem Angeklagten ein in der Anfechtung der selbst getroffenen Absprache liegendes „venire contra factum proprium“ nicht möglich sein dürfe, trägt – unabhängig von der Frage, ob er im grundrechtsgebundenen öffentlichen Recht anwendbar wäre – insbesondere hinsichtlich zahlreicher im Zusammenhang mit Absprachen typischer Verfahrensverstöße nicht: So sind anerkanntermaßen die Öffentlichkeitsmaxime (§§ 169 GVG, 338 Nr. 6 StPO),¹¹² der Amtsaufklärungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO)¹¹³ und der Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 261 StPO)¹¹⁴ für den Angeklagten nicht disponibel, da die entsprechenden Vorschriften im allgemeinen Interesse stehen.¹¹⁵ Gleiches gilt für auch in streitigen Verfahren denkbare Verstöße, etwa gegen die Gegenwartspflicht der notwendigen Beteiligten (§§ 338 Nr. 5, 226, 230, 140 StPO) oder das Unterbleiben der Verlesung des Anklagesatzes (§ 243 Abs. 3 Satz 1 StPO). Ein wirksamer Rügeverzicht im Voraus kommt wegen des Rechtscharakters dieser Normen nicht in Betracht. Die Annahme einer Verwirkung wird im Regelfall bereits daran scheitern, dass nicht nachweisbar ist, dass der Angeklagte oder sein Verteidiger vorsätzlich den prozessualen Fehler provoziert haben, eben weil auch auf deren Seite erfahrungsgemäß im Regelfall der endgültige (vorteilhafte) Verfahrensabschluss als Ziel zu vermuten ist. Anderes kann in der konkreten Fallgestaltung allenfalls für Normen gelten, die allein Rechtsposition des Angeklagten schützen, wie dies etwa bei Art. 103 Abs. 1 GG, § 258 Abs. 2 und 3 StPO¹¹⁶ oder Art. 6 EMRK prinzipiell der Fall ist. Es ist aber zu bedenken, dass auch Normen, die vorrangig im Interesse des Angeklagten stehen, rechtsstaatlich unverzichtbar sein können. Dies gilt etwa für das Verbot der Verwendung verbotener Vernehmungsmethoden und der Androhung unzulässiger Maßnahmen bzw. des Versprechens eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils zur Herbeiführung einer Aussage (§ 136a Abs. 1 S. 3 StPO; vgl. auch in diese Richtung § 136a Abs. 3 StPO).

¹¹¹ Vgl. zu den USA Schumann, Der Handel mit der Gerechtigkeit (1977), S. 109 f.; 157-171 und etwa m.w.N. die Darstellung bei Salzburg/Capra, *American Criminal Procedure* (6. Aufl. 2000), S. 959 ff., 973 ff., die zeigt, dass selbst hier die Prüfungsanforderungen tendenziell gesteigert, nicht hingegen zurückgenommen werden.

¹¹² Statt aller KK-Diemer (Fn. 92), GVG § 169 Rn. 1, 2 m.w.N. zur Rspr.

¹¹³ Statt aller BGHSt 34, 209, 210; KK-Herdeggen (Fn. 92), § 244 Rn. 18-20 m.w.N.

¹¹⁴ Vgl. KK-Schoreit (Fn. 92), § 261 Rn. 1, 2 m.w.N.; Meyer-Gößner (Fn. 94), § 261 Rn. 5, 6 m.w.N.

¹¹⁵ Vgl. Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl. (1998) Rn. 1084 m.w.N.; Jescheck JZ 1952, 401.

¹¹⁶ Vgl. Rübenthal GA 2004, 33, 41 m.w.N.

Gerade die Androhung einer überhöhten – nicht mehr schuldangemessenen – Strafe oder einer solchen, die jedenfalls außer Verhältnis zu einer für den Fall eines Geständnisses angebotenen Strafe steht, kommt bei Absprachegesprächen inzwischen anscheinend vor¹¹⁷ und ist ohne weiteres unter § 136a Abs. 1 S. 3 StPO zu subsumieren.¹¹⁸

Unabhängig davon behandelt der fünfte Strafsenat¹¹⁹ offensichtlich den Verteidiger und den Angeklagten zu Unrecht als prozessuale (Haftungs-)Einheit. Dies wird der Prozesswirklichkeit bei Urteilsabsprachen nicht gerecht. Diesbezüglich wurde bereits mehrfach überzeugend dargelegt,¹²⁰ dass gerade das objektive (Eigen-)Interesse eines Verteidigers, der häufig vor dem betreffenden Gericht verhandelt, schon zwecks Wahrung seiner „Geschäftsfähigkeit“ und Glaubwürdigkeit auf die Durchführung einer mit dem Gericht getroffenen Absprache – einschließlich des vereinbarten Rechtsmittelverzichts – gerichtet ist, auch wenn dabei Verfahrensfehler unterlaufen sind. Der Verteidiger kann darüber hinaus in vielfacher Weise von der konsensualen Erledigung profitieren (Arbeitsersparnis etc.),¹²¹ ohne dass diese zwingend auch im Interesse des Angeklagten sein müsste. Der Angeklagte nimmt wohl selten selbst an den einleitenden Gesprächen und Verhandlungen teil. Selbst wenn er dies tut, kann er die Verhandlungen mangels rechtlicher Kenntnisse und Autorität kaum selbst beeinflussen oder steuern. Er stimmt im Regelfall dem Verhandlungsergebnis mehr oder weniger informiert zu, während der Verteidiger zuvor die dominierende Rolle spielt; es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dieser seinem Eigeninteresse auch zu Lasten des Verteidigungsinteresses des Angeklagten folgt. Deshalb geht es auch bei Absprachen nicht an, das Verteidigerhandeln unhinterfragt stets dem Angeklagten zuzurechnen. Der Verstoß gegen prozessuale Grundsätze beim Zustandekommen der Absprache wird dem Angeklagten überdies im Regelfall weder bekannt sein noch unbedingt von dem Verteidiger mitgeteilt werden. Zudem findet die im Zivilprozess mögliche grundsätzliche Zurechnung schuldhaften

¹¹⁷ BGH, Beschl. vom 9. Juni 2004 - 5 StR 579/03, S. 10 ff, 12 = HRRS 2004, Nr. 688; BGH StV 2002, 637, 639; vgl. auch zum - analog zu behandelnden - unangemessenen Einsatz von Untersuchungshaftvollzug bei Verständigungen BGH, Beschl. vom 20. April 2004 - 5 StR 11/04 = HRRS 2004, Nr. 531.

¹¹⁸ Vgl. 5. Strafsenat a. a. O. S. 12 = HRRS 2004, Nr. 688: "... dürfen die vom Gericht ernsthaft aufgezeigten Straf Grenzen nicht so weit auseinanderfallen, dass die Willensfreiheit des Angeklagten ungebührlich beeinträchtigt wird.... Dieses Vorgehen kann nur noch als massives Druckmittel zur Erwirkung eines verfahrensverkürzenden Geständnisses verstanden werden; ... ". Zwar ist nicht ausdrücklich von § 136a StPO die Rede, sondern lediglich von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, das Zitat spricht jedoch für sich; vgl. nunmehr explizit zu § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO: BGH, Beschl. vom 16. Sept. 2004 - 4 StR 84/04, S. 8 ff.

¹¹⁹ A. a. O.; der erste Strafsenat folgt einem ähnlichen Ansatz, vgl. BGH StV 2004, 115, 117.

¹²⁰ Vgl. allg. Schünemann, Gutachten B zum 58. DJT (1990), B 27 ff m. w. N.; Schumann (Fn. 111), S. 102 ff. (für die USA); vgl. auch die Nachw. in Fn. 73-76.

¹²¹ Vgl. Schünemann und Schumann (vorherige Fn.).

Verteidigerverhaltens (§ 85 Abs. 2 ZPO) im Strafverfahren keine Grundlage.¹²² Unter den rechtlichen Gesichtspunkten der Verwirkung oder des Verzichts kann dem Angeklagten mangels Arglist bzw. Kenntnis deshalb nicht verwehrt sein, die entsprechende Verfahrensrüge – gegebenenfalls durch einen anderen Verteidiger in der Revision – geltend zu machen.

Hinsichtlich der vom fünften Strafsenat angedeuteten Einschränkungen der Statthaftigkeit der Sachrüge lässt sich erst recht kein legitimer Anwendungsbereich finden. Es versteht sich von selbst, dass der Schuldspruch, d.h. die Anwendung des materiellen Strafgesetzes auf den festgestellten Sachverhalt, der Disposition der Prozessbeteiligten und des Gerichts von Verfassung wegen entzogen ist¹²³ und – auch auf die Sachrüge des paktierenden Angeklagten – schon deshalb die Subsumtion des Tatgerichts einer vollen Rechtskontrolle durch das Revisionsgericht zugänglich sein muss. Dies gilt ganz allgemein, was sich aus der Rechtsnatur dieser Vereinbarung – nach BGHSt 43, 195 ff. – ergibt. Wenn auch eine Urteilsabsprache in der Praxis aller Wahrscheinlichkeit nach nicht selten als bindende Vereinbarung einer Punktstrafe gemeint sein dürfte,¹²⁴ ist sie unstrittig nur dann – gemessen an § 46 StGB und §§ 244 Abs. 2, 261 StPO – zulässig, wenn das Gericht für den Fall von Einlassungen des Angeklagten, die inhaltlich dem Anklagesatz entsprechen o. ä. (Verzicht auf Beweisanträge, Beschränkung der Berufung auf die Rechtsfolgen), vorbehaltlich der weiteren Ergebnisse der Hauptverhandlung und der abschließenden Beratung zusichert, ein bestimmtes Strafmaß nicht überschreiten zu wollen. Damit ist rechtlich nicht Teil der Absprache, dass im Ergebnis überhaupt ein Schuldspruch steht, geschweige denn, welches Strafgesetz zur Anwendung kommt, schon gar nicht wird der Angeklagte hierfür – wie auch – in die Pflicht genommen;¹²⁵ ein Rügeverlust findet gerade in dem Absprachevorgang selbst keine tragfähige Grundlage. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Absprache des Rechtsmittelverzichts – der man solches allenfalls entnehmen könnte – für sich betrachtet wegen unzulässiger Willensbeeinflussung rechtswidrig und unwirksam ist (s.o.), so dass schon der Vorwurf einer unbilligen Abstandnahme von

¹²² Vgl. BVerfG NJW 1991, 351; BVerfG NJW 1994, 1856; BGHSt 14, 306, 308; BGH NJW 1994, 3112; Fezer StV 1997, 57, 58; SK-Wohlers (Fn. 57) § 352 Rn. 14; aA etwa Basdorf StV 1997, 488.

¹²³ Siehe BGHSt 43, 195, 204 ff.; vgl. schon BVerfG NStZ 1987, 419.

¹²⁴ Auch wenn formal – insbesondere für das Protokoll – eine bloße Höchststrafe vereinbart wird, vgl. nur Schmitt GA 2001, 411 ff.

¹²⁵ Statt aller BGHSt 43, 195, 204 ff.: Danach kann bindend lediglich eine Höchststrafe vereinbart werden, die vom Gericht nach Maßgabe der dem Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO), auch aufgrund von durch die richterliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) veranlassten weiteren Beweiserhebungen, zu entnehmenden Strafzumessungstatsachen schuldangemessen (§ 46 StGB, Art. 3 Abs. 1 GG) unterschritten werden kann und – gegebenenfalls – werden muss; wie schon die Erwähnung des Amtsaufklärungsprinzips zeigt, darf danach auch ein Freispruch, etwa bei einem erkennbar falschen Geständnis, nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

einer früheren belastbaren freien Entscheidung fehl gehen muss. An die Höchststrafenzusage ist allein das Gericht – relativ – und nur zugunsten des Angeklagten gebunden.¹²⁶ Die Verpflichtung des Angeklagten geht dahin, dass dieser darauf verzichtet, sich aktiv (durch Beweisanträge etc.) oder passiv (durch Wahrnehmung des Schweigerechtes) gegen den tatsächlichen Anklagewurf zu verteidigen, sondern diesen vielmehr durch sein Geständnis belegt. Dieses hat rein tatsächlichen Charakter: ein Geständnis ist das Zugestehen der Tat oder einzelner Tatsachen, die für die Entscheidung zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage erheblich sein können.¹²⁷ Zur rechtlichen Beurteilung der Schuldfrage (und Rechtsfolgenfrage) ist dadurch nichts gesagt.¹²⁸ Eine Verpflichtung des Gerichts aus der Absprache gegenüber der Staatsanwaltschaft oder der Nebenklage, die vereinbarte (Höchst-)Strafe nicht zu unterschreiten, sondern zu verhängen, ist rechtlich unzulässig, weil diese zum Fortfall einer selbständigen richterlichen Entscheidung zum Schuldspruch und zur Strafzumessung in der Urteilsberatung führen würde, was gegen § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 StGB und §§ 244 Abs. 2, 261 StPO verstößt.¹²⁹

Auch wenn das Gericht die zugesagte Höchststrafe einhält, werden Rügen gegen den Strafausspruch bei Urteilsabsprachen nicht unstatthaft: Das BVerfG hat klargestellt, dass die Grundsätze der Strafzumessung der Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts von Verfassung wegen entzogen sind.¹³⁰ Der Angeklagte kann nicht wirksam darauf verzichten, eine schuldangemessene Strafe zu erhalten und eine überhöhte Strafe nicht wirksam akzeptieren. Das Gericht kann sich insoweit ebensowenig wirksam binden. Die Vereinbarung einer Strafe als Verpflichtung auch des Angeklagten ist rechtlich nicht nur unzulässig, sondern unmöglich, da deren Verhängung in die alleinige und unveräußerliche Kompetenz des Gerichts bei Urteilsberatung fällt (s.o.). Soweit der Angeklagte zwar seinen oben genannten – gewissermaßen synallagmatischen – Verpflichtungen nachkommt, aber den Strafausspruch mit der Revision

rechtlich überprüfen lässt, enttäuscht der Angeklagte kein berechtigtes Vertrauen, weil er seinen Teil der Absprache – zumeist durch ein Geständnis – voll erfüllt hat. Zwar ist das allseitige Ziel einer Absprache regelmäßig der alsbaldige Abschluss des Strafverfahrens.¹³¹ Dies ändert jedoch nichts, weil diese Motivation nicht zum Inhalt der Absprache wird und werden kann, wie bereits die gefestigte Rechtsprechung zur Unwirksamkeit der Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zeigt.¹³² Etwaige Irrtümer der Prozessbeteiligten oder des Gerichts über die gegenseitige Motivlage, wenn etwa die Verteidigung nur eine Klärung des Sachverhalts und eine Begrenzung des Strafzumessungsrisikos anstrebt, sich dabei aber die rechtliche Überprüfung vorbehält (s. o.), sind deshalb für sich betrachtet ohne rechtliche Relevanz. Weder die Voraussetzungen einer Verwirkung, noch die des Verzichts liegen bezüglich einer Strafzumessungsrüge des Angeklagten bei einer Höchststrafenvereinbarung vor.

Soweit der Angeklagte nach einer Absprache die Beweiswürdigung – insbesondere eines gemäß § 267 Abs. 4 StPO abgekürzten, wegen eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts irrig für rechtskräftig gehaltenen Urteils – beanstandet, kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Maßgeblich ist unseres Erachtens, dass die Ermittlung des wahren Sachverhalts nach dem BVerfG wesentlicher Bestandteil des Rechtes des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. 20 Abs. 3 GG) ist, was zur Folge hat, dass die Wahrheitserforschung nicht zur Disposition der Beteiligten und des Gerichts steht.¹³³ Der Angeklagte kann daher durch eine Absprache nicht wirksam auf den Schuldnachweis verzichten. Die erschöpfende Beweiswürdigung im schriftlichen Urteil¹³⁴ hat nach ständiger Rechtsprechung des BGH aber gerade die Funktion zu belegen, dass die den Schuldspruch tragenden Feststellungen eine hinreichende, verstandesmäßig einsichtige Tatsachengrundlage haben,¹³⁵ d.h. zur Überzeugung des Gerichts¹³⁶ und mit objektiv hoher Wahrscheinlichkeit der Wahrheit entsprechen.¹³⁷ Dem Angeklagten ist also nicht verwehrt, die Beweiswürdigung auch eines abgesprochenen Urteils überprüfen zu lassen. Dafür spricht zusätzlich, dass objektiv zumeist keine Notwendigkeit dafür besteht, dass die Beweiswürdigung eines knapp gefassten abgesprochenen Urteils einer Überprüfung auf die Sachrüge hin nicht standhalten muss, wenn die Beweiswürdigung nicht – wie allerdings gemäß § 267 Abs. 4 StPO in das Ermessen des Gerichts gestellt – völlig fehlt. Typischerweise liegt dem Urteil im Wesentlichen ein (Teil-)Geständnis zu

¹²⁶ BGHSt 43, 195, 210 („ist das Gericht daran gebunden“); BGH NJW 2003, 1404 [4. Strafsenat] („Durch die ...protokollierte Angabe einer Strafbegrenzung hat es [das Gericht] bei dem Angeklagten einen Vertrauensstatbestand geschaffen“); vgl. auch BGH NSStZ 2002, 219.

¹²⁷ RGSt 45, 196; RGSt 54, 126; BGH MDR 1977, 1984; vgl. auch *Meyer-Göfner* (Fn. 94), § 254 Rn. 2; *KK-Pfeiffer* (Fn. 92), Einl. Rn. 29g.

¹²⁸ Ein Verteidiger könnte uU, wenn nur Streit über das anwendbare Strafgesetz besteht, eine der Schadensbegrenzung dienende Absprache mit dem Gericht über eine möglichst milde Höchststrafe gegen vollständige und wahrheitsgemäße – bzw. dem Anklagesatz entsprechende – Einlassungen zur Sache treffen, für den Fall, daß seine auf Freispruch aus Rechtsgründen oder die Anwendung eines mildereren Tatbestand zielende rechtliche Argumentation das Gericht nicht überzeugt. Dann besteht hinsichtlich des Schuldspruchs von vornherein kein schützenswertes Vertrauen zu Gunsten des Gerichts oder der Staatsanwaltschaft, selbst wenn auf Initiative des Gerichts mißbräuchlich ein Rechtsmittelverzicht vereinbart wird.

¹²⁹ BGHSt 43, 195, 211: gerade wegen dieser unzulässigen Bindung war die vereinbarte Punktstrafe aufzuheben.

¹³⁰ Siehe BVerfG NSStZ 1987, 419.

¹³¹ Vgl. statt vieler *KK-Pfeiffer* (Fn. 92), Einl. Rn. 29g: „Ziel“.

¹³² Vgl. hierzu und zur nicht tragfähigen Argumentation des zweiten Strafsenats oben II. 1.

¹³³ BVerfG NSStZ 1987, 419; vgl. BVerfGE 57, 250, 275; im Hintergrund steht auch die Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips (Art. 3 Abs. 1 GG), welche einen zutreffenden Sachverhalt voraussetzt.

¹³⁴ Statt aller BGH NJW 1980, 2423.

¹³⁵ Statt aller BGHR StPO § 261 Vermutung 8, 11 m. w. N.; BGH StV 1995, 453.

¹³⁶ Vgl. BGH NSStZ 1988, 236; 1990, 28; 1999, 153; *Rieß GA* 1978, 257 ff.

¹³⁷ Stellvertretend vgl. nur BVerfG NJW 2003, 2444, 2445.

Grunde, welches mit dem Anklagevorwurf (teilweise) deckungsgleich ist. Die Ausführungen könnten sich daher in vielen Fällen – nämlich soweit die Tatbestandsmerkmale durch Wahrnehmungen des Angeklagten ausgefüllt werden können – darauf beschränken, die Glaubhaftigkeit dieser – in der Regel nicht strittigen – Einlassung dazutun. Einige präzise Sätze zur Qualität des Geständnisses (Motivation, Aussageinhalt, Aussageverhalten etc.) in denen offen angesprochen wird, dass dem Urteil einer Absprache zu Grunde liegt, dürften häufig ausreichen.¹³⁸ Es ist daher in vielen Fällen durchaus möglich, allein das abgesprochene Geständnis dem Urteil zugrunde zulegen.¹³⁹ Hohe Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung – insbesondere eine Darlegungs- und Würdigungspflicht bezüglich des Zustandekommens des Geständnisses und seiner Motivation – gelten bei Absprachen nach der Rechtsprechung des BGH allerdings, wenn die Verurteilung eines nichtgeständigen Mitangeklagten im wesentlichen auf abgesprochenen Einlassungen anderer Angeklagter beruht.¹⁴⁰ Dies rechtfertigt sich u.a. aus der sachlichen Nähe zur Aussage-gegen-Aussage-Situation, bei der Vergleichbares gilt.¹⁴¹ In diesem Fall benötigen die bei mehreren Beschuldigte im Hinblick § 267 Abs. 4 StPO kaum sinnvoll trennbaren Urteilsgründe faktisch eine vollständige Beweiswürdigung auch bezüglich des Geständigen, da es um die Glaubhaftigkeit auch von dessen selbstbelastenden Angaben geht, die zumeist unauflöslich mit den fremdbelastenden Angaben verknüpft sind. Da der geständige Angeklagte zumeist das Urteil nicht anfecht, sondern nur der nicht geständige Mitangeklagte, den die (fremde) Absprache selbstverständlich nicht in seinen Rügemöglichkeiten beeinträchtigen darf, liegt darin keine unfaire Belastung des Gerichts, da letzterer in keiner Weise ein Vertrauen des Gerichts auf den Bestand seines Urteils in Anspruch genommen hat. Für die vom fünften Strafsenat erwogene Einschränkung der Zulässigkeit der Revision des Angeklagten gegen abgesprochene Urteile verbleibt

¹³⁸ Vgl. BGHSt 43, 195, 204; KK-Pfeiffer (Fn. 92), Einl. Rn. 29g; die erforderliche Überprüfung der Glaubwürdigkeit des Geständnisses erfordert in der Regel Ausführungen in den Urteilsgründen; enger BGH NStZ 1999, 93 [2. StR]: Erörterungspflicht bzgl. der Glaubhaftigkeit des Geständnisses nur bei Zweifel an der Richtigkeit. Unstrittig genügt es auch wegen § 261 StPO nicht, wenn sich aus Urteil und Protokoll allein ergibt, dass der Angeklagte den Vorwürfen der Anklage nicht entgegnet sei bzw. die ihm vorgeworfenen Taten einräume, wenn keine (geständige) Einlassung zur Sache ersichtlich ist, vgl. BGH HRRS 2004 Nr. 538.

¹³⁹ Implizit aber eindeutig BGH NStZ 1999, 93; unklar BGHSt 43, 195, 204; aA [“in der Regel nicht einziges Beweismittel”] Kuckein, Meyer-Goßner-FS, S. 71; Meyer-Goßner (Fn. 94), Einl. Rn. 119g. Wo dies nicht geht, etwa wenn ein Irrtum des Geschädigten (§ 263 StGB) oder sonstige Tatbestandsmerkmale, über die nur dritte zuverlässig Auskunft geben können, zu belegen ist, könnte es ausreichen, auf die Verlesung der entsprechenden Urkunden bzw. auf die Vernehmung entsprechender Zeugen zu verweisen.

¹⁴⁰ Vgl. BGHSt 48, 161 ff [1. StR]; BGH HRRS 2004 Nr. 531; BGH HRRS 2004 Nr. 688.

¹⁴¹ Vgl. insb. bereits BGH StV 1991, 452; 1993, 97/98; 1997, 110 und im übrigen Meyer-Goßner (Fn. 94), § 261 Rn. 11a m. w. N. zur Rechtsprechung.

daher soweit ersichtlich kein nennenswerter rechtlich zulässiger Anwendungsbereich.

IV. Folgefragen der Vorlage: Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft?

Mit dem Anfrage- und Vorlageverfahren ist offenbar geworden, dass sich eine Reihe von Folgefragen stellen können, die als Konsequenz einer effektivierten Absprachenkontrolle zu beantworten sind. Angesichts des Umfangs dieser Abhandlung soll im Folgenden nur beispielhaft für die Problematik der etwaigen Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft aufgezeigt werden, dass hier durchaus eine Lösung möglich ist.

1. Problemstellung und bisherige Stellungnahmen der Strafsenate

Der dritte Strafsenat konnte die Frage der Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft nicht zum Gegenstand des Vorlagebeschlusses machen, weil im konkreten Fall über eine Revision der Staatsanwaltschaft nicht zu befinden war.¹⁴² Der zweite Strafsenat hat sich bereits dezidiert dafür ausgesprochen, dass es jedenfalls nicht bei einer einseitigen Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts des Angeklagten bleiben könne. Die Konsequenz, dass der Angeklagte im Hinblick auf das Verschlechterungsverbot nach der erfolgreichen Einlegung eines Rechtsmittels nur zu einer noch mildereren Rechtsfolge verurteilt werden könne, will der Senat nicht hinnehmen, da sich der Nichteintritt der Rechtskraft für die anderen Beteiligten als „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ darstelle.¹⁴³ Diesbezüglich hat der dritte Strafsenat bereits angemerkt, dass unter Umständen ein berechtigtes Interesse der Staatsanwaltschaft bestehen mag, eine einseitige Überprüfung des Urteils zu Gunsten des Angeklagten zu verhindern, wenn der Angeklagte durch das Urteil *schuldunangemessen* begünstigt wurde. Er hat aber ebenfalls betont, dass sich eine Staatsanwaltschaft gegen derartige Absprachen von vornherein wenden kann und muss, entweder indem sie an einer derartigen Absprache nicht mitwirkt oder jedenfalls einen Rechtsmittelverzicht weder vereinbart noch gar erklärt.¹⁴⁴

2. Stellungnahme

Im Ausgangspunkt erscheint es geboten, sich der allgemeinen Grundsätze zu erinnern, welche die Wahrnehmung der staatsanwaltlichen Rechtsmittelbefugnis in diesem Kontext leiten. Eine Unwirksamkeit auch des Rechtsmittelverzichts der Staatsanwaltschaft kommt danach im Hinblick darauf, dass die Einlegung eines Rechtsmittels durch einen anderen Beteiligten für den Staatsanwalt keinen Grund zur Urteilsanfechtung ist (Nr.

¹⁴² BGH NJW 2004, 2536, 2539.

¹⁴³ BGH StV 2004, 196, 197.

¹⁴⁴ BGH NJW 2003, 3426, 3427.

147 Abs. 1 S. 4 RiStBV), nicht einmal in Betracht, wenn eine derart milde Strafe verhängt wurde, dass jede weiter gehende Verbesserung auf das Rechtsmittel des Angeklagten hin nur zu einer schuldunangemessen milden Strafe führen kann. Gerade dann ist davon auszugehen, dass – wenn nicht bereits das Revisionsgericht die Revision verwirft – der neu zuständige Tatrichter von einer Korrektur des Strafmaßes zu Gunsten des Angeklagten absehen wird, weil nur dieses Ergebnis rechtlich nicht zu beanstanden wäre.¹⁴⁵ Die Staatsanwaltschaft hat vielmehr insoweit ein Rechtsmittel nur einzulegen, wenn die *verhängte* Strafe in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Schwere der Tat steht (Nr. 147 Abs. 1 S. 3 RiStBV). Die Tatsache, dass der Angeklagte zu einer milden, aber noch schuldangemessenen Strafe verurteilt wurde und nunmehr aufgrund der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts Verbesserungs*chancen* in einem neuen Verfahren hat, in dem die Staatsanwaltschaft gerade beteiligt ist, rechtfertigt es in diesem Kontext nicht, der Staatsanwaltschaft trotz Rechtsmittelverzichts ein Anschlussrechtsmittel (wieder) zu eröffnen. Es ist kein Grund ersichtlich, mit der durch Nr. 147 Abs. 1 S. 4 RiStBV ausgeformten Praxis zur Sanktionierung eines die Unwirksamkeit seines Rechtsmittelverzichts geltend machenden Angeklagten zu brechen. Da auch die vorsorgliche Einlegung von Rechtsmitteln (Nr. 148 RiStBV) nur in hier nicht einschlägigen Fällen vorgesehen ist, kann es nicht legitimer Zweck des staatsanwaltschaftlichen Rechtsmittels sein, gewissermaßen als Dispositions- und Verhandlungsmasse für eine eventuelle gegenseitige Rücknahme des Rechtsmittels zur Verfügung zu stehen. Ein Rechtsmittel soll nur eingelegt werden, wenn es für sich betrachtet aussichtsreich ist (Nr. 147 Abs. 1 S. 1 RiStBV). Als allgemeine bundeseinheitliche Weisungen¹⁴⁶ sind die RiStBV für alle Staatsanwälte verbindlich; eine Sollvorschrift fordert im Regelfall – auch dem der Absprache – Befolgung.

Doch nicht nur die Gerichte nicht bindenden Richtlinien, sondern auch die grundsätzlich verschiedene prozessuale Stellung der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten sprechen gegen eine Gleichbehandlung der Staatsanwaltschaft mit dem Angeklagten im Hinblick auf die Unwirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts: Die Bedenken des zweiten Strafsenats (und des dritten Strafsenats) gegenüber der Ungleichbehandlung im Hinblick auf die Anfechtungsmöglichkeit setzen unreflektiert¹⁴⁷ eine der Verteidigung gleichgeartete Parteistellung der Staatsanwaltschaft voraus, nach der – so scheint es –

¹⁴⁵ Es sei denn, es treten schuld mindernde Gesichtspunkte im nennenswerten Umfang hinzu, insbesondere durch eine wesentliche weitere Verlängerung des Verfahrens, vgl. BGH NJW 1999, 1198; eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) kann durch die erfolgreiche Revision des Angeklagten als besonderer Strafzumessungsgrund aber jedenfalls in der Regel nicht zustande kommen, BGH NStZ 2001, 106; vgl. auch *Gaede* wistra 2004, 166, 174.

¹⁴⁶ *Meyer-Göfner* (Fn. 94), GVG § 146 Rn. 2, 3 ff.

¹⁴⁷ Allgemein zur nicht parteiisch motivierten Rechtsmittelbefugnis der Staatsanwaltschaft m.w.N. *Wohlers*, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft (1994), S. 278 ff.; *Meyer-Göfner* (Fn. 94), Vor § 296 Rn. 16.

immer dann, wenn der Angeklagte die Möglichkeit hat, über die Einlegung eines Rechtsmittels die Strafe zu verringern, auch die Staatsanwaltschaft die Chance haben sollte, eine Verschärfung der Sanktion zu erreichen. Anders lässt sich die Besorgnis, der Staatsanwaltschaft könnte die Rechtsmittel „einseitig“ entzogen sein, nicht interpretieren. Dies ist nämlich nur soweit problematisch, als dadurch die Verhängung einer schuldunangemessen oder den anerkannten Strafzwecken zuwiderlaufenden Strafe ernstlich zu befürchten ist, wenn man die Rechtsmittelbefugnis nicht schon aufgrund der zurechenbaren, freiwilligen und informierten Mitwirkung des Sitzungsvertreters an der zumindest im Hinblick auf die Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts illegalen Absprache als verwirkt ansehen will. Eine Parteistellung der Staatsanwaltschaft sieht die deutsche Rechtsordnung unstreitig nicht vor.¹⁴⁸ Es ist vielmehr allgemein anerkannt, dass die Staatsanwaltschaft ein zu Gerechtigkeit und Objektivität verpflichtetes Rechtspflegeorgan ist, und die Verpflichtung, auch zu Gunsten des Angeklagten sprechende Umstände zu berücksichtigen (§ 160 Abs. 2 StPO), sich auch auf die Hauptverhandlung bezieht.¹⁴⁹ Dort beinhaltet die Rolle der Staatsanwaltschaft die Unterstützung des Richters bei der Erforschung des Sachverhalts und der richtigen Rechtsanwendung, wobei den Angeklagten entlastende Gesichtspunkte gleichermaßen zu berücksichtigen sind.¹⁵⁰ Der Staatsanwalt hat sich m. a. W. – anders als der Verteidiger oder der Angeklagte – auch hinsichtlich seines Strafantrages und der Ausübung seiner Rechtsmittelbefugnis bzgl. des Rechtsfolgensausspruchs auf den Standpunkt eines Richters zu stellen. Einziges legitimes Ziel der staatsanwaltschaftlichen Bestrebungen ist mithin die Verhängung einer gerechten, schuldangemessenen und präventiv erforderlichen Strafe.¹⁵¹ Überdies müsste die Staatsanwaltschaft als Kehrseite der in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Spielraumtheorie¹⁵² und dem gleichermaßen anerkannten Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum des Tatgerichts bei der Strafzumessung, der eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ausschließt,¹⁵³ auch von Gesetzes wegen – nach der höchstrichterlichen Auslegung des § 46 StGB – daran gehindert sein, ein Urteil anzufechten, welches aus seiner Perspektive zwar milde ausgefallen ist, aber nicht den Boden schuldangemessenen Strafens (nach unten) ver-

¹⁴⁸ Vgl. OLG Stuttgart MDR 1974, 1393, 1395; LR-*Rieß* (Fn. 92), Einl. I Rn. 53 ff.; *Meyer-Göfner* (Fn. 94), Vor § 296 Rn. 16; *Peters*, Strafprozeß (4. Aufl. 1984), S. 101 f.; m.w.N. SK-*Wohlers* (Fn. 57), § 160 Rn. 37.

¹⁴⁹ BGH bei *Steffen*, DRiZ 1972, 153, 154; *Kuhlmann* DRiZ 1976, 1, 13; SK-*Wohlers* (Fn. 57), § 160 Rn. 37.

¹⁵⁰ Vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 94), GVG vor § 141 Rn. 8; RGSt 60, 190; *Wohlers* (Fn. 147), S. 223 ff., 269 ff.

¹⁵¹ Vgl. BGHSt 20, 266; BGHSt 24, 133; BGHSt 29, 321; siehe auch *Wohlers* (Fn. 147), S. 280 ff.: Maßstab der Erreichung des Verfahrensziels.

¹⁵² BGHSt 7, 28; BGHSt 7, 89; BGHSt 10, 263; BGHSt 20, 266; BGHSt 29, 320; BGH wistra 1988, 345.

¹⁵³ St.Rspr. vgl. BGHSt 34, 349; BGH NStZ 1998, 188; BGH NStZ 2001, 333. Zum Frage der Bindung der Staatsanwaltschaft an höchstrichterliche Rspr. vgl. freilich m.w.N. *Beulke* (Fn. 46), Rn. 89 f.

lässt. Nur im Ausnahmefall¹⁵⁴ – nämlich dann, wenn dies spezialpräventiv oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unabweisbar veranlasst ist – ist die Verhängung einer über das milde, aber noch schuldangemessene Urteil des Instanzgerichts hinaus gehende Strafe erforderlich,¹⁵⁵ mit der Konsequenz, dass die Staatsanwaltschaft dies mittels eines Rechtsbehelfs einfordern darf.

Auch die zutreffende und hier ergänzte Begründung, welche der dritte Strafsenat für die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten gibt, kann in einem entscheidenden Punkt nicht auf Prozessklärungen der Staatsanwaltschaft übertragen werden.¹⁵⁶ Der Angeklagte ist nach der Absprache oder der gerichtlichen Befürwortung eines Rechtsmittelverzichts im obigen Sinne bei dessen Erklärung nach Urteilsverkündung in seiner Entscheidung nicht mehr als frei zu betrachten.¹⁵⁷ Es geht allein um das persönliche Schicksal des Angeklagten, über das durch das gerade verkündete Urteil entschieden wurde und das unmittelbar danach zu einer normativ anzunehmenden psychischen Ausnahmesituation führt. Der Angeklagte beginnt regelmäßig erst jetzt damit, die rechtlichen und tatsächlichen Konsequenzen des Urteils (und seiner Tat) zu verarbeiten, deren Realitätsgehalt und Auswirkungen für sich er häufig zuvor noch nicht definitiv begreift. Insbesondere dann, wenn – aufgrund einer Absprache – eine Verurteilung zu einer zu verbüßenden Freiheitsstrafe erfolgte, bei der im Hintergrund steht, das damit möglicherweise eine noch weit längere Haftstrafe vermieden wurde, ist direkt nach der Urteilsverkündung die emotionale Ausgeglichenheit und die nötige Übersicht über die Tragweite einer Rechtsmittelverzichtserklärung bzw. die eigenständige und selbstbestimmte Bewertung des Prozessergebnisses als Erfolg oder Misserfolg – gerade in Gegenwart und unter dem Einfluss des Verteidigers, der es mit herbeigeführt (und dem Angeklagten gegenüber vertreten) hat – nicht gegeben. Ganz anders stellt sich die Situation des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft dar. Dieser ist – im Gegensatz zum Angeklagten – als mit der Sache vertrauter Jurist fachlich zu einer selbstständigen Bewertung des Urteils in der Lage. Er hat kein persönliches Interesse an der Sache, darf es vielmehr nicht haben¹⁵⁸ und kann daher unbefangen abwägen, ob das Urteil dem staatlichen Strafanspruch genügt. Das Gericht – welches möglicher-

weise auf die Abgabe des versprochenen Rechtsmittelverzichts hinwirkt oder dessen Erklärung sogar annahmt – kann auf die Willensentschließung des Staatsanwalts als Vertreter eines dem Gericht gleichgeordneten, unabhängigen Organs der Strafrechtspflege (vgl. § 150 GVG)¹⁵⁹ im Regelfall weder faktischen noch gar rechtlichen Einfluss gewinnen. Als im Grundsatz an das Legalitätsprinzip gebundener „Wächter der Gesetze“¹⁶⁰ darf sich der Staatsanwalt selbstredend auch nicht wider bessere Einsicht zur Erklärung eines abgesprochenen Rechtsmittelverzichts drängen lassen. Vor allem aber kommt hinzu, dass er bereits im Rahmen der Absprachengespräche verpflichtet gewesen wäre, die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts zu verhindern (bzw. daran nicht teilzunehmen) und einer entsprechenden Einwirkung des Gerichts auf den Angeklagten entgegenzutreten, da dies unabhängig von den sonstigen Konsequenzen – nach bisher unbestrittener Rechtsprechung des BGH – rechtlich nicht zulässig ist. Das Verhalten ihres Sitzungsvertreters ist der zuständigen Staatsanwaltschaft zuzurechnen (§ 144 GVG),¹⁶¹ so dass es nicht darauf ankommt, dass seitens des Behördenleiters eine derartige rechtsfehlerhafte Verfahrensweise nicht gebilligt, geduldet oder gar angeordnet wurde. Die Mitverantwortung der Staatsanwaltschaft für das rechtsfehlerhafte Verfahren spricht zusätzlich gegen die Möglichkeit, dass deren vereinbarter Rechtsmittelverzicht unwirksam sein könnte.

Nach alledem muss man letztlich zur Kenntnis nehmen, dass zwar die Regelung des § 358 Abs. 2 StPO im Rahmen einer Absprachenjustiz auf der Grundlage des geltenden Rechts Bedenken auslöst. Diese aber zu lösen, indem die Staatsanwaltschaft in eine Parteistellung versetzt wird und überdies vor ihren eigenen Fehlern geschützt wird, um somit die Regelung des § 358 Abs. 2 StPO im Kontext der Absprachen leer laufen zu lassen, erscheint auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht hinnehmbar. Eine Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts könnte allenfalls – vor dem Hintergrund eines schwerwiegenden Willensmangels,¹⁶² nämlich eines Irrtums aufgrund arglistiger Täuschung¹⁶³ – dann in Betracht kommen, wenn der Angeklagte (oder der Verteidiger mit dessen Wissen) dem Sitzungsvertreter arglistig zusichern, auf Rechtsmittel zu verzichten (und dies noch in der Hauptverhandlung tut), obwohl er zu diesem Zeitpunkt bereits die Anfechtung des Urteils plant und der Staatsanwalt – wie vom Angeklagten beabsichtigt – nur wegen dieser Zusicherung sofort auf Rechtsmittel verzichtet. Eine solche aktive Einwirkung auf die Handhabung der gesetzlichen Befugnisse der das öffentliche Interesse repräsentierenden Staatsanwaltschaft könnte

¹⁵⁴ Vgl. zur st.Rspr. des BGH zum Regelfall etwa BGHSt 27, 4; BGH NStZ 83, 217; eine im Durchschnitt der gewöhnlicher Weise vorkommenden Fälle liegende Tat kann danach nicht mit einer über die Mitte des Strafrahmens liegenden Strafe geahndet werden (vgl. BGHR § 46 Abs. 1 Durchschnittsfall 2; BGHSt 34, 360). Eine strafschärfende Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen ist nur mit erheblichen Einschränkungen zulässig, vgl. *Tröndle/Fischer*, StGB, 52. Aufl. 2004, § 46 Rn. 11 m. w. N. zur Rechtsprechung.

¹⁵⁵ Vgl. BGHSt 7, 32.

¹⁵⁶ Vgl. zur hiesigen Zustimmung im Einzelnen oben II. 2 und 3. Für die fehlende Übertragbarkeit auch bereits *Schröder StraFo* 2003, 412, 416.

¹⁵⁷ Vgl. erneut m.w.N. oben II. 2 und 3.

¹⁵⁸ Vgl. zum Problem der Befangenheit des Staatsanwalts m.w.N. *Tolksdorf*, Mitwirkungsverbot für den befangenen Staatsanwalt (1989); *Wohlens* (Fn. 147), S. 286 ff.; *SK-Rudolphi* (Fn. 57), Vor § 22 Rn. 18 ff.

¹⁵⁹ BGHSt 24, 170, 171.

¹⁶⁰ *Meyer-Göbner* (Fn. 94), GVG vor § 141 Rn. 3, 7 m.w.N.

¹⁶¹ BGHSt 19, 377, 382; RGSt 20, 40; *Meyer-Göbner* (Fn. 94), GVG § 144 Rn. 2; *KK-Schoreit* (Fn. 92), GVG § 144 Rn. 3; *Katholnigg*, Strafgerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl. (1999), GVG § 144 Rn. 2.

¹⁶² Vgl. BGHSt 46, 257 m.w.N.

¹⁶³ Allein aus einer enttäuschten Erwartung könnte jedenfalls keine Unwirksamkeit hergeleitet werden, vgl. auch BGH *wistra* 2002, 108.

zum Anlass genommen werden, das hier vom Angeklagten selbst untergrabene Interesse an einem verbindlichen und Rechtssicherheit bewirkenden Verfahrensabschluss zurücktreten zu lassen, falls die Staatsanwaltschaft einen gemäß Nr. 147 RiStBV aner kennenswerten Grund für die Durchführung des Rechtsmittelverfahrens hat, insbesondere wenn die abgesprochene Strafe bereits schuldunangemessen niedrig war. Da der Beweis für eine derartige Konstellation erbracht werden müsste, dürfte diese denkbare Fallgruppe praktisch kaum relevant werden.

V. Zusammenfassung

Die voran stehenden Ausführungen haben gezeigt, dass dem Vorlagebeschluss des dritten Strafsenats in vollem Umfang zu folgen ist. Ein abgesprochener bzw. gerichtlich kommunizierter Rechtsmittelverzicht nach Urteilsverkündung ist als unfrei und daher als unwirksam zu betrachten. Weder eine qualifizierte Belehrung noch ein fürsorglicher Aufschub der Entgegennahme des Rechtsmittelverzichts genügen zur praktischen Gewährleistung eines freien Rechtsmittelverzichts. Ein Rechtsmittelverzicht der Staatsanwaltschaft ist in Anbetracht der dargelegten Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten nur ausnahmsweise als unwirksam einzustufen.

Schrifttum

Vicky Blesius, Raub-Gewalt. Welche Auswirkungen hat die verfassungsrechtliche Kassation des vergeistigten Gewaltbegriffs auf §§ 249, 255 StGB?, NOMOS, Baden-Baden, 2004, 137 S., Paperback, ISBN 3-8329-0489-1, EUR 41,00

Die Dritte Sitzblockadenentscheidung des BVerfG vom 10.1.1995 hat in der Literatur für viel Aufsehen gesorgt, und sie gehört heute noch zu den viel interpretierten Entscheidungen zum Gewaltbegriff. *Blesius* hat sich mit ihrer von *Samson* betreuten Dissertation zum Ziel gesetzt, die Reichweite dieser Entscheidung deutlicher im Zusammenhang der §§ 249, 255 StGB zu diskutieren. An den Anfang ihrer Untersuchung stellt sie deshalb die Frage, ob nach der Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1995 noch von *einem* Gewaltbegriff gesprochen werden könne, oder ob nicht vielmehr für die §§ 249, 255 StGB ein qualifizierter Gewaltbegriff gebildet werden müsse (S. 15).

Die Untersuchung ist in fünf Kapitel gegliedert.

Im ersten Kapitel (S. 17-73) geht *Blesius* der Frage nach, was mit dem Begriff Gewalt gemeint sein könnte. Nach einigen allgemeinen Überlegungen (S. 17) wird der Gewaltbegriff im Zusammenhang mit § 240 StGB dargestellt. Geleitet werden diese Ausführungen von der Einsicht, dass es keinen abstrakten Gewaltbegriff, sondern nur einen kontextgebundenen Begriff der Gewalt geben könne (S. 18). Den jüngeren Ansichten, die *vis absoluta* als Gewaltform innerhalb des § 240 StGB ablehnen, folgt *Blesius* nach kurzer Diskussion nicht (S. 22). Dies offenbart eine methodische Schwäche der Arbeit. Denn wenn man Gewalt als spezifisches Merkmal eines bestimmten Zwangsdeliktes interpretieren will, so ist kein Grund ersichtlich, gerade die Opferreaktion „Duldung“ bei § 240 StGB bei der Auslegung unberücksichtigt zu lassen (vgl. S. 21). Denn bei der Duldung führt das Opfer den Willen des Nötigenden gerade nicht aus, sondern

erleidet die Zwangshandlung (vgl. aber *Verf.* S. 22). Hinzu kommt, dass die Nötigungshandlung bei § 240 StGB mit „nötigen“ umschrieben wird und sich nicht in der Anwendung von Gewalt erschöpft (vgl. S. 22).

Nach einem historischen Überblick über die Nötigungsvorschrift (S. 26 f.) und der Darstellung der Rechtsprechung des Reichsgerichts (S. 27 f.), des BGH (S. 28 ff.) und des Bundesverfassungsgerichts zum Gewaltbegriff (S. 31 f.), beginnt *Blesius* mit der Analyse des dritten Sitzblockadenbeschlusses des BVerfG vom 10.1.1995 (32 ff.). Vor allem praktische Erwägungen führen *Blesius* dazu, die körperliche Kraftentfaltung auf Täterseite nicht als tragendes Merkmal des Gewaltbegriffs anzuerkennen (S. 39, 41). Denn wollte man, so *Blesius*, an dem Merkmal der körperlichen Kraftentfaltung festhalten, so könnten Zwangswirkungen mit Hilfe technischer Mittel (z. B. Schusswaffen) nicht erfasst werden. Dabei übersieht die *Verf.* allerdings, dass das BVerfG lediglich eine Kraftentfaltung, die nur zur Anwesenheit führt, für unzureichend hält (vgl. dazu *Sinn*, Die Nötigung im System des heutigen Strafrechts, 2000, S. 187 ff. und *MK-Gropp/Sinn* § 240 Rn. 40). Der vierten Sitzblockadeentscheidung des BVerfG vom 24.10.2001 wird lediglich eine halbe Seite gewidmet.

Zur Klärung der Frage, welche Anforderungen an die Körperlichkeit der Einwirkung bei der Anwendung von Gewalt zu stellen sind, wirft *Blesius* die Frage auf, ob von Gewalt auch die Sachgewalt mit umfasst sei (S. 55 ff.), was schließlich verneint wird (S. 69). Sachgewalt sei allein über das Zwangsmittel „Drohung“ zu erfassen (S. 70 ff.).

Das zweite Kapitel (S. 74 ff.) ist der Analyse des Raubtatbestandes (S. 74 ff.) und der Bedeutung des Gewaltmerkmals in § 249 StGB (S. 83) gewidmet. Als wesentliches Ergebnis dieser Untersuchung stellt *Blesius* fest, dass Raubgewalt eine nicht nur unerhebliche Beeinträchtigung der Person zur Folge haben muss (S. 88, 91). Im Folgenden stellt *Blesius* die Auswirkungen der dritten

Sitzblockadenentscheidung des BVerfG am Beispiel der „Handtaschenraubfälle“ dar (S. 91 ff.).

Im dritten Kapitel (S. 102 ff.) entwickelt *Blesius* eine eigene Definition von Raubgewalt. Raubgewalt ist danach die tatbestandliche Verletzung von Leib, Leben oder Freiheit i.S.d. §§ 223, 212, 239 StGB. Dies hat zur Folge, dass die Fälle des Handtaschenraubes i.d.R. keine Fälle der §§ 249 ff. mehr sind.

Im vierten Kapitel (S. 118 ff.) unterzieht *Verf.* dieses Ergebnis einer kritischen Betrachtung. Die Definition wird am Prinzip der Bestimmtheit gemessen bzw. wird nach Abgrenzungsmerkmalen zu anderen Gewaltbegriffen gesucht.

Das fünfte Kapitel (S. 130) fasst die Ergebnisse der Untersuchung zusammen.

Blesius hat mit ihrer Arbeit versucht, einen „blinden Fleck“ bei der Interpretation des dritten Sitzblockadenbeschlusses des BVerfG zu beseitigen. Es ist zu begrüßen, dass nach einem kontextgebundenen Gewaltbegriff, also nach „Raubgewalt“, gesucht wird und nicht nach einem allgemeinverbindlichen Gewaltbegriff. Die Interpretation der Raubgewalt als Verletzung bestimmter anderer Rechtsgüter der Person (§§ 223, 211, 239 StGB) ist klar, bestimmt und praktisch einfach zu handhaben. Jedoch ist der Preis für ein solch enges Gewaltverständnis innerhalb der §§ 249, 255 StGB sehr hoch und es bleibt fraglich, ob ein solcher Preis tatsächlich zu bezahlen ist. Denn nun hängt die Beantwortung der Frage, was Gewalt sein soll, von der tatbestandlichen Erfassung ganz anderen Unrechts ab, und die Folgen einer solchen Akzessorietät sind weder absehbar noch vorhersehbar. Hinzu kommt, dass Raubgewalt nicht mehr aus sich heraus erklärbar wird. Leider werden bei der Analyse des Gewaltbegriffs innerhalb des § 240 StGB nicht die neusten Strömungen ausgewertet. Nur so ist es bspw. zu verstehen, dass der Ursprung des heutigen Verständnisses von Gewalt kritiklos aus dem *crimen vis* des römischen Rechts übernommen wird. Teilweise werden Ansichten sinnverzerrt oder als „unumstritten“ wiedergegeben (so bei der Interpretation des Ausschlusses von *vis absoluta*). Die eigene methodische Richtlinie einer kontextgebundenen Auslegung verlässt *Blesius* frühzeitig, denn spätestens dann, wenn die Entscheidung des BVerfG vom 10.1.1995 im Zusammenhang mit dem Begriff der Raubgewalt behandelt wird, hätte es einer Auseinandersetzung mit der Reichweite und der Bindungswirkung der Entscheidung bedurft.

Wiss. Ass. Dr. **Arndt Sinn** (Justus-Liebig-Universität Gießen)

Dieter Dölling (Hrsg.), **Jus humanum – Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag.** Duncker & Humblot, Berlin,

2003, Frontispiz, IV, 872 S., geb., ISBN 3-428-11390-X, EUR 112,00

I. Ernst-Joachim Lampe, dem die hier anzuzeigende Festschrift gewidmet ist, hat sich bekanntlich neben dem Strafrecht und mehr oder weniger „klassischen“ Fragestellungen der Rechtsphilosophie auch in besonderer Weise der interdisziplinären Forschung und dabei den Schnittstellen zwischen anthropologischen Fragestellungen und dem Recht gewidmet. Auf Grund dieses starken Grundlagenbezugs seines Schaffens ist es angemessen, dass die ihm gewidmete Festschrift nicht nur im Untertitel, sondern auch in der Gliederung die beiden großen Blöcke „Grundlagen des Rechts“ und „Strafrecht“ (durchaus im Sinne des materiellen und des formellen Strafrechts sowie der strafrechtlichen Nebenwissenschaften) enthält.

Der erste große Block über die Grundlagen beinhaltet grob unterteilt Beiträge, welche Fragestellungen aus dem Bereich der Naturwissenschaft einschließlich der Verhaltensforschung (Hendrichs, Roth, Weyers, Bliesener, Saß, Bock und Hommers), aus dem Bereich der Philosophie (Dux, Schmidtchen, Hilgendorf, Seelmann, Hof) sowie aus weiteren, mehr oder weniger heterogenen Bereichen (Schott, Reh binder, Lucke, Röhl, Sprenger, Wieland, Brugger, Repgen) enthalten. Die Beiträge im Bereich des Strafrechts verteilen sich auf allgemeine Grundlagen (Roxin, Kühl, Duttge, Dölling), den Allgemeinen Teil (Otto, Hirsch, Schünemann, Jakobs, Heine sowie [wenn gleich mit stark gesellschaftsrechtlichem Einschlag] Lüderssen), den Besonderen Teil unter besonderer Berücksichtigung wirtschaftsstrafrechtlicher Fragen (Neumann [auch mit argumentationstheoretischen Erwägungen] Schulz, Arzt, Pawlik, Kindhäuser, Kuhlen, Tiedemann, Joerden, Gebhardt) sowie die Bereiche Strafverfahrens- und Strafvollzugsrecht (Streng, Renzikowski, Rogall).

II. Dass in einer Besprechung nicht alle Beiträge mehr oder weniger ausführlich gewürdigt werden können, liegt auf der Hand. Vielmehr ist eine – notwendig ganz willkürliche – Auswahl erforderlich. Daher seien im folgenden einige wenige Titel besonders hervorgehoben, die aus der ganz subjektiven Sicht des Rezensenten entweder thematisch besonders ansprechend waren oder aber besonders gut gefallen haben; selbstverständlich ist damit in keiner Weise auch nur irgendeine Form der Herabwürdigung von hier nicht genannten Beiträgen verbunden:

1. Mit der Frage nach „Willensfreiheit, Verantwortlichkeit und Verhaltensautonomie des Menschen aus Sicht der Hirnforschung“ greift Roth eine Problem auf, das mehrere Jahrzehnte nach der großen Determinismus-Indeterminismus-Debatte gerade in der allerjüngsten Vergangenheit (nicht zuletzt auch auf Grund von neueren Erkenntnissen der Gehirnforschung) wieder erheblich an Aufmerksamkeit gewonnen hat. Dabei ist nicht nur für seinen Text, sondern für die Diskussion insgesamt förderlich, wie Roth einleitend verschiedene mehr oder weniger schwierige Begrifflichkeiten bzw. Phänomene

zumindest theoretisch „auseinanderdividiert“, so das Gefühl von Willensfreiheit und ihre tatsächliche Existenz, den „Willen“ und die „Willensfreiheit“, die (zumindest experimentell so einzuordnenden) Willenshandlungen und die Selbstzuschreibung der Handlungen sowie die selbstempfundene Freiheit, dem eigenen Willen gemäß zu handeln, und die Bedingtheit eines solchen Wollens. Im Anschluss beschreibt Roth empirische Überprüfungen der Willensfreiheit sowie Erkenntnisse der Neurobiologie in die Steuerung von Willkürhandlungen; dabei werden insbesondere die bekannten Untersuchungen Libets zum lateralisierten Bereitschaftspotential beschrieben. Einen weiteren Schwerpunkt bilden das Phänomen der Selbstbeschreibung sowie der Zusammenhang von Verhaltensautonomie und Verantwortlichkeit. Insbesondere die aus naturwissenschaftlicher Sicht behandelten Themen sind so spannend wie der gesamte Bereich der Gehirnforschung, und eine Auseinandersetzung mit den dort erzielten Erkenntnissen ist gewiss für jeden Strafrechtler unumgänglich. Ob freilich auf Grund dieser Erkenntnisse tatsächlich die Forderung gerechtfertigt ist, wir müssten zunehmend „die Begriffe ‚Willensfreiheit‘ und ‚Schuld‘ aus unserem Vokabular streichen“ (vgl. S. 57) erscheint dem Rezensenten zweifelhaft. Da er selbst kein Gehirnforscher ist, möchte er auf – prima facie durchaus leicht vorstellbare – abweichende Deutungen etwa von Libets Experimenten verzichten; ganz unabhängig davon stellt sich freilich die Frage, welche Konsequenzen aus entsprechenden naturwissenschaftlichen Erkenntnissen für das Recht als Normwissenschaft zu ziehen wären.

2. Weniger der Strafrechtler als vielmehr der junge Vater im Rezensenten wird durch den Beitrag von Weyers über „Haben‘ und ‚Gehören‘, ‚Leihen‘ und ‚Tauschen‘, ‚Wegnehmen‘ und ‚Klauen‘ – Eine Fallstudie zur Entwicklung von Besitz und Eigentumsnormen im Vorschulalter“ angesprochen: Dabei wird anschaulich beschrieben, wie bereits ab anderthalb Jahren besitzanzeigende Wörter wie „mein“ oder „mir“ auftauchen, die freilich noch keine Eigentumsposition, sondern vorwiegend den Wunsch, ein bestimmtes Objekt zu besitzen“ beschreiben. Auch die Bedeutung der größeren oder kleineren Affektivität bestimmter Objekte sowie der etwaigen Dominanz des Besitzers bzw. eines „Vorbesitzes“ (prior-possession) werden ebenso dargelegt wie das allmählich wachsende Verständnis für den Besitz- und Eigentumsübergang, der auf unterschiedliche Zeiträume angelegt ist (d.h. in der juristischen Terminologie insbesondere: Schenkung bzw. Leihung und der Vollzug entsprechender Verträge). Interessant ist insbesondere das Ergebnis, dass basale Besitz- und Eigentumsnormen sowie ein erstes Regelverständnis bereits in einem Zeitpunkt zwischen anderthalb und drei Jahren heranwachsen. Was die Aussagekraft der von Weyers gefundenen Ergebnisse angeht, stellt sich freilich für den in der empirischen Sozialforschung nur wenig bewanderten Rezensenten die Frage, wie groß diese bei einer Untersuchung ist, die zumindest in ihren Details im Wesentlichen nur auf die Beobachtung eines eigenen Kindes des Verfassers (sowie der Interaktion mit dessen Geschwisterchen) beruhen.

3. Bock geht der Frage nach, ob es eine „kriminalpräventive Wirkung von Musikerziehung“ gibt. Das Ergebnis, dass Musikerziehung statistisch „eine moderate Verbesserung gerade in solchen Bereichen von Persönlichkeit, Sozialverhalten und Leistung, von denen wir wissen, dass Straffällige im Vergleich zur Durchschnittspopulation (...) Defizite aufweisen“, erzielt, damit jedoch eine „spezifisch kriminalpräventive Wirkung“ nicht ohne weiteres beweisbar ist, mag auf den ersten Blick nur wenig spektakulär anmuten. Allerdings ist einzugestehen, dass wesentlich klarere Aussagen über viele möglicherweise kriminalpräventive Instrumente nicht möglich sind, so dass der Musikerziehung neben vielen anderen positiven kulturellen Zwecken insoweit vielleicht auch eine gewisse zusätzliche gesellschaftliche Bedeutung zugesprochen werden kann. Besonderen Charme erhält die Untersuchung Bocks im vorliegenden Zusammenhang freilich vor allem daraus, dass der durch die Festschrift geehrte Jubilar selbst ein begabter und gut ausgebildeter Musiker ist, der an der Berliner Musikhochschule in der Meisterklasse unterrichtet worden ist.

4. Otto untersucht die „Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs als Problem der Verantwortungszuschreibung“, mithin eine Fragestellung, die ihm auch in anderen Beiträgen besonders am Herzen liegt. Besonders anschaulich und lehrreich wird seine Darstellung dabei dadurch, dass er im zweiten Teil des Aufsatzes die theoretischen Grundlegungen durch ihre Konsequenzen in verschiedensten Konstellationen exemplifiziert, wobei die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch selbstständige, frei verantwortlich handelnde Dritte, pflichtwidrig unterlassende Dritte, rettende Kausalverläufe abbrechende Dritte sowie den Täter an der Erfolgsabwendung abhaltende Dritte ebenso untersucht wird wie eine Durchbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch das Opfer in Fällen der Selbstschädigung, der Unterlassung der Erfolgsabwendung und der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung. Zuletzt behandelt Otto die Unterbrechung des Zurechnungszusammenhangs durch den Ersttäter durch Begründung einer neuen, selbstständigen Gefahr sowie durch pflichtwidriges Unterlassen der Erfolgsabwendung, wobei Otto im Anschluss an Armin Kaufmann sowie eigene frühere Beiträge mit einer (soweit ersichtlich vereinzelt gebliebenen) Entscheidung des BGH (NSTZ-RR 1996, 331) und gegen die wohl h.M. eine Garantenpflicht und damit eine Unterlassungsstrafbarkeit desjenigen Täters schon tatbestandlich verneint, der hinsichtlich des späteren Erfolgseintritts von Anfang an vorsätzlich gehandelt hat.

5. In seinem Beitrag über „Betrug mit Bio und Öko“ geht Arzt in der ihm eigenen originellen und scharfsinnigen Weise auf eine Fallgruppe möglicher Betrügereien ein, die in dieser Form auf den ersten Blick erst in der jüngsten Vergangenheit möglich geworden zu sein scheinen; insoweit stellt Arzt zu Recht die Frage, ob es möglich ist, „die Wirtschaft von heute mit der Betrugskonzeption von gestern zu schützen“ (vgl. S. 673). Freilich arbeitet er selbst heraus, dass sich in diesem Zusammenhang einige Fragen stellen, die in ganz ähnlicher Gestalt auch schon in anderen, früheren Zusammenhängen eine Rolle spiel-

ten, insbesondere nach einer „sozialen Zweckverfehlung“, wenn die nur angeblichen Ökoprodukte tatsächlich ihren Preis uneingeschränkt wert sind. Ausgesprochen interessant ist auch Arzts (für seine Orientierung an den tatsächlichen Vorgaben des Wirtschaftslebens ganz typische) Überlegung, ob insbesondere in längeren Lieferketten die Bedeutung der Bezeichnung „Bio“ oder „Öko“ nicht notwendigerweise darauf beschränkt sein muss, dass der Lieferant selbst subjektiv davon ausgeht, entsprechende Ware anbieten zu können, und diese gemäß bestimmten Vorgaben zumindest stichprobenweise überprüft, nicht jedoch eine Garantie dafür abgeben kann und will, dass jeder einzelne verkaufte Apfel auf einem Hochstamm und nicht auf einem „Massenniederstamm“ geerntet worden ist.

6. Die vor wenigen Jahren vom BGH grundlegend und neu entschiedenen Fehlbuchungsfälle untersucht Pawlik in seinem Beitrag über „Täuschung durch die Ausnutzung fremder Organisationsmängel? Zur Risikoverteilung gemäß § 263 StGB in den ‚Fehlbuchungsfällen‘ und verwandten Fallkonstellationen“. Dabei stellt er wesentlich auf die „Zuständigkeitsverteilung“ und damit auf die „normative Dimension der (...) Problematik“ (vgl. S. 699) ab. Darin liegt eine Anknüpfung an die Überlegungen seiner Habilitationsschrift, die vor der Fehlbuchungsentscheidung des BGH erschienen ist und in der Pawlik eine an den Kriterien der objektiven Zurechnung orientierte Beschreibung des „unerlaubten Verhaltens beim Betrug“ geliefert hat. Die damit mögliche plausible Begründung des auch vom BGH erzielten Ergebnisses unterstreicht Bedeutung und Ertrag von Pawliks Monographie, in der „die Auslegung eines zentralen Tatbestandes des Besonderen Teils näher an einige Grundkategorien der allgemeinen Strafrechtslehre herangeführt wurde“ (vgl. S. 708).

7. Kindhäuser beschäftigt sich mit dem schwierigen und seit jeher umstrittenen Untreuetatbestand, dessen praktische Bedeutung jedoch gerade in der jüngeren Vergangenheit in einer Vielzahl von Verfahren aufs Neue bestätigt wurde. In seiner Untersuchung zu „Pflichtverletzung und Schadenszurechnung bei der Untreue (§ 266 StGB)“ bemüht er sich um eine integrierte Untreuetheorie, in der das Kriterium der Vermögensbetreuungspflicht zwar nicht „pauschal angelehnt“ werden soll (vgl. S. 716), in welcher jedoch auch der vergleichsweise vage Treuebruchtatbestand im Lichte einer „Missbrauchskonzeption“ interpretiert werden soll. Vor diesem Hintergrund wirft er die Frage auf, ob nicht auch der untreuerelevante Vermögensnachteil klarer konturiert werden kann, was bei einem einheitlichen Verständnis des Vermögensbegriffs auch für Betrug und Erpressung von Bedeutung sein könnte. Insgesamt stellt Kindhäuser in dem Beitrag nicht nur seine aus seinen Kommentierungen im Nomos-Kommentar bekannte Systematisierungsgabe eindrucksvoll unter Beweis, sondern zeigt einmal mehr, wie ergiebig der Rückgriff auf die von Kindhäuser konsequent herangezogene ältere Literatur sein kann.

8. Mit dem „Fair trial‘ im Strafprozess“ behandelt Renzikowski eine Frage, die in der deutschen Strafprozess-

rechtsliteratur nach wie vor vielfach „totgeschwiegen“ wird, obwohl die Bedeutung von Art. 6 EMRK als eine der wichtigsten Grundlagen des fair-trial-Grundsatzes gar nicht überschätzt werden kann und auch das deutsche Strafprozessrecht in naher Zukunft wohl den (durch einige neuere Werke bereits begonnenen) Anschluss an das Niveau finden muss, auf dem die EMRK im Strafverfahrensrecht anderer Länder bereits berücksichtigt wird. Verdienstlich ist dabei, wie Renzikowski das Prinzip der „Fairness“ methodisch als Abwägungsgrenze und rechtsphilosophisch als prozedurales Gerechtigkeitskriterium näher bestimmt.

III. Was bleibt als kurzes Fazit: Wollte man „Haare in der Suppe suchen“, könnte man darüber klagen, dass die Festschrift hinsichtlich des umfassenden Anspruchs, mit dem sie im Titel („Jus humanum“) aufwartet, ebenso wie hinsichtlich des Umfangs Traditionen fortsetzt, die mancher „Festschrift-Nörgler“ seit Langem bemängelt. Aber warum sollte man auf solche Nörgler hören? Jubilar, Herausgeber und alle Autoren haben vielmehr verdient, dass man statt dessen die Originalität und die hohe Qualität der meisten Beiträge ebenso betont wie den für Umfang, Ausstattung und Gattung tatsächlich sogar noch halbwegs moderaten Preis.

Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen.

Gerwin M. Moldenhauer – Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof?, Peter Lang, Schriften zum Strafrecht und Strafprozessrecht, Nr. 74, 292 Seiten, 2004 – 51,50 €.

Mit der derzeit durch den Großen Senat in Strafsachen verhandelten Frage, ob die revisionsrichterliche Kontrolle der Verfahrensabsprachen über die Unwirksamkeit absprachebedingter Rechtsmittelverzichtes effektiviert werden kann, rückt auch die grundlegende Entscheidung BGHSt 43, 195 ff. wieder in den Vordergrund (vgl. zum laufenden Vorlageverfahren m.w.N. Gaede/Rübenstahl HRRS 2004, 342 ff.). Insoweit zur richtigen Zeit ist daher die hier besprochene und von Maiwald betreute Dissertation von Moldenhauer erschienen, die sich mit der Frage befasst, ob BGHSt 43, 195 ff. als eine legitime und umfassende Verfahrensordnung für Urteilsabsprachen gelten kann. Hierbei geht Moldenhauer im Anschluss an Weigend davon aus, dass die Frage nach der Zulässigkeit der Absprachen so nicht zu stellen ist: Zu fragen ist, inwiefern die verschiedensten Formen des konsensualen Vorgehens im Strafprozess dem geltenden Recht widersprechen (S. 265 ff.).

Die Abhandlung gliedert sich in fünf Kapitel. Eingangs umreißt Moldenhauer präzise den Gegenstand seiner Abhandlung (S. 9-36). Er klärt in diesem ersten Kapitel die Terminologie und gibt wesentliche Gründe für die heutige Praxis. Das zweite umfangreichere Kapitel be-

leuchtet sodann jeweils nach Rechtsprechung und Schrifttum getrennt die Kritikpunkte, die vor BGHSt 43, 195 ff. hinsichtlich der Verfahrensabsprachen aufgeworfen worden sind (S. 37-97). Moldenhauer kommt es dabei erklärtermaßen an dieser Stelle noch nicht darauf an, die Kritik bereits abzuklären. Er will vielmehr einen Grund legen, auf dem die Entscheidung BGHSt 43, 195 ff. verstanden werden kann. Die Rechtsprechung stellt er insoweit chronologisch dar, was unter anderem den bereits früher besonders kritischen Ansatz des heute vorliegenden dritten Strafsenates offen legt. Die verfassungsrechtlich bedeutsame und auch angesichts der nur spärlichen BVerfG-Äußerungen jedenfalls nicht gänzlich unbedeutende Rechtsprechung des EGMR greift Moldenhauer nicht auf, was angesichts der im Ganzen noch blassen Judikatur nicht zwingend, jedoch auch nicht ohne jeden Wert gewesen wäre, zumal gerade die Verfahrensfairness den Hauptmaßstab für Urteilsabsprachen darstellen soll. Angesichts der vielgestaltigen Absprachen bietet die Schrifttumsanalyse eine überblicksartige Darstellung des Meinungsstandes zu zahlreichen möglicherweise durch Absprachen verletzten Rechtspositionen. Das dritte Kapitel umreißt dann in Grundzügen angelsächsische und jüngere kontinentaleuropäische Absprachensysteme (S. 99-128). Hiermit wird ein prägnanter Überblick gegeben, zu dem sich vielleicht die in England heute wachsende Schrifttumskritik an der dortigen Absprachenpraxis nachtragen ließe. Moldenhauer hält abschließend gut begründet die Erkenntnis fest, dass der unternommene Rechtsvergleich für die von BGHSt 43, 195 ff. zu bewältigende Konstellation keine Lösungen bieten konnte.

Das zentrale und wohlbedacht mit Abstand am umfangreichsten angelegte vierte Kapitel analysiert dann akribisch die Frage, ob BGHSt 43, 195 ff. sich als legitime Verfahrensordnung für Absprachen begreifen lässt (S. 129-263). Moldenhauer prüft hier sowohl die verfahrensrechtlichen als auch verbundene materiellrechtliche Aspekte der Grundsatzentscheidung. Der damit gebotene schwierige Querschnitt bzw. die rechtsgebietsübergreifende Anlage der Arbeit führt dabei nicht zu belanglosen Streifzügen durch die betroffenen Rechtsfragen, sondern jeweils zu präziser Kritik an BGHSt 43, 195 ff. Etwa eine Detailaufarbeitung einzelner Strafzumessungstheorien kann freilich von einer Abhandlung zu den Absprachen nicht erwartet werden. Zunächst führt Moldenhauer aus, weshalb nach seiner Auffassung eine normative Verbindlichkeit der Absprachen insbesondere hinsichtlich der zugesagten Strafobergrenze selbst mit BGHSt 43, 195 ff. nicht angenommen werden könne (S. 132 ff.). Auch bei der Analyse des Amtsermittlungsgrundsatzes kommt Moldenhauer zu dem Schluss, dass eine ausgehandelte Minderung seiner Anforderungen nicht über Institute der StPO begründbar sei (S. 143 ff.). Eine besonders überzeugende Kritik gelingt ihm anschließend hinsichtlich des Öffentlichkeitsgrundsatzes: die von BGHSt 43, 195 ff. halbherzig und umgebar propagierte Geltung der Öffentlichkeitsmaxime ist insbesondere mangels Abgrenzungskriterien zwischen erlaubten und untersagten unkontrollierten Gesprächen nicht verwirklichungstauglich. Die einzelnen Fragen möglicher Verletzungen der freien Willensbildung und -betätigung des Angeklagten

im Strafverfahren werden darauf folgend differenziert analysiert (S. 159-237 ff.). Darin vertritt Moldenhauer eine besonders klare Position: Jede Strafmilderung infolge eines allein taktischen Geständnisses bzw. infolge einer Verfahrensförderung an sich soll untersagt sein, was er aus § 46 StGB i.V.m. § 136a StPO folgert (S. 166, 179 ff.). Dies folgt für ihn auch aus einer nicht vertretbare Reduzierung des in „den absoluten Straftheorien zum Ausdruck gebrachten Strafzweck“s auf ein Minimum, welche auch bei nur zum Teil taktisch motivierten Geständnissen die Milderungsmöglichkeiten substantiell beschränken soll. Hinsichtlich des absprachegemäßen Rechtsmittelverzichts stellt sich Moldenhauer auf die Seite von BGHSt 43, 195 ff. bzw. auf die des Anfragebeschlusses des dritten Strafsenats (vgl. BGH StV 2003, 544 ff., der nunmehr im Vorlagebeschluss selbst auf Moldenhauer Bezug nimmt). Schließlich wird auch die Frage der Rückabwicklung fehlgeschlagener Absprachen aufgegriffen (S. 237-264), hinsichtlich derer Moldenhauer aufzeigt, dass BGHSt 43, 195 ff. hier – wie auch bei der Frage der Sanktionsfolgen bei Verletzungen überhaupt – auf Ergänzungen angewiesen ist.

Im abschließenden fünften Kapitel (S. 265-270) hält der Verfasser fest, dass BGHSt 43, 195 ff. aus zahlreichen Gründen nicht als Verfahrensordnung für Absprachen betrachtet werden darf. Zum einen zeigen sich etwa hinsichtlich der möglichen Strafbarkeit der beteiligten Justizjuristen und vor allem hinsichtlich der Absicherung bei gescheiterten und fehlgeschlagenen Absprachen sowie der Frage nach der Vereinbarung von Rechtsmittelverzicht empfindliche Lücken der Grundsatzentscheidung (S. 265). Zum anderen kommen für Moldenhauer die zum Teil bereits genannten Unvereinbarkeiten mit dem geltenden (Prozess-) Recht und/oder seinen Maximen hinzu (S. 265 ff.). Moldenhauer betont dabei insbesondere, dass aus § 153a StPO ein Argument für eine eingeschränkte Aufrechterhaltung der gesetzlichen Regeln und Prinzipien nicht entwickelt werden könne: die Einstellungsnorm regle schlechthin etwas anderes, nicht aber die Urteilsabsprachen. Das Fazit Moldenhauers geht denn auch dahin, dass die Absprachen zwar nicht flächendeckend unzulässig sind, jedoch so oft mit dem geltenden Recht in unauflösbare Konflikte geraten, dass konsensuale Praktiken – wollen sie ihre selbstgesetzten Ziele erreichen – praktisch doch umfassend als rechtswidrig zu qualifizieren sind (S. 268 f.). Für etwaige Legalisierungen der heutigen Praxis mahnt Moldenhauer an, dass eine Regelung nicht nur in der Kodifizierung von BGHSt 43, 195 ff. bestehen darf. Er betont, dass sich auch das Recht der Strafzumessung insoweit als Prüfstein erweisen müsste: Ein größerer Absprachenspielraum setzt nach seiner Auffassung eine vermehrte und von ihm als problematisch betrachtete Hinwendung zu den präventiven Strafzwecken voraus (S. 270).

Die Abhandlung Moldenhauers stellt eine profunde Aufarbeitung der bedeutsamen Frage dar, ob BGHSt 43, 195 ff. sich als Verfahrensordnung für Absprachen verstehen lässt. Die Abhandlung will und kann nicht jede absprachenbezogenen problematische Rechtsfrage aufgreifen. Zu den aufgegriffenen zentralen Fragen gelingen hingegen

durchweg substantiierte Diskussionsbeiträge. Sicherlich wird manche Kritik an BGHSt 43, 195 ff. bzw. der Absprachenpraxis selbst Einwänden ausgesetzt bleiben. Der Rezensent kann etwa der Behandlung der Rechtsmittelproblematik durch Moldenhauer vollends zustimmen. An der Rigorosität des Verdikts über unzulässige Strafmilderungen hegt er hingegen noch Zweifel: Selbst eine der herausragenden und angeblich von § 46 StGB mit aufgegriffenen *vermeintlich* absoluten Straftheorien denkt die prozessuale Verwirklichungsdimension der Strafe durchaus im Ansatz mit (vgl. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts etc., §§ 218, 219 ff., wobei gewiss vor dem historischen Horizont keine Absprachenjustiz gemeint war!). Es ist völlig zutreffend, dass Moldenhauer die drohende Dezimierung des maßsetzenden Tatschuldstrafrechts beim Namen nennt und herausstreicht. Gemeinsam mit der akuten Gefahr für die freie Ausübung der Verfahrensrechte ist in der Tat eine ungebundene präventive Strafmilderung für Verfahrensverzicht zu verwerfen. Die Rigorosität Moldenhauers lotet jedoch die bestehenden Verbindungen von abstraktem Tatschuldstrafrecht und seiner verfahrensmäßigen Konkretisierung vielleicht noch nicht völlig aus. Wie diese Frage auf dem Boden des § 46 StGB auch im Detail zu sehen sein mag: Hier und allgemein wird die besprochene Abhandlung die weitere, sich sicherlich um BGHSt 43, 195 ff. rankende Diskussion bereichern. Mehr noch wird die Arbeit

Moldenhauers im Besonderen für den zu einer bloßen Übernahme von BGHSt 43, 195 ff. neigenden Gesetzgeber ein großer Gewinn sein, sofern er endlich aufwacht, sich um eine Lösung bemüht und sich nicht nur mit der Perpetuierung des Problems zufrieden gibt. Spätestens jetzt, da offenbar nahezu die halbe Strafjustiz (siehe auch S. 29) – folgt man der keineswegs allein von Moldenhauer vertretenen These – schlechthin neben dem Gesetz agiert, ist ein weiteres Abwarten schlicht unverantwortlich. Wer sehen muss, dass BGH-Senate ungeniert damit argumentieren (müssen), dass ihre Rechtsprechung so oder so gewiss umgangen werden wird, weil die das geltende Recht umsetzende Rechtsprechung der Praxis nicht genehm ist und sie lieber unkontrollierbare Absprachen trifft, der fürchtet nun auch, dass es am Ende selbst für den Gesetzgeber bald zu spät sein könnte, falls er die Praxis auch mit Restriktionen und nicht nur mit grenzenlosen Legalisierungen bedenken möchte. Wacht der Gesetzgeber hingegen nunmehr auf, findet er mit der Dissertation Moldenhauers eine für seine Arbeit grundlegende Abhandlung vor, welche ihm die wesentlichen rechtlichen Brennpunkte als Arbeitsagenda kritisch niederlegt.

Wiss. Ass. **Karsten Gaede**, Hamburg/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.

751. EGMR Nr. 50210/99 – Urteil der zweiten Kammer vom 27. April 2004 (Doerga v. Niederlande)

Recht auf Achtung der Privatsphäre und der unüberwachten Korrespondenz (Erfassung der telephonischen Kommunikation und Pflicht zur Löschung der Aufzeichnungen über abgehörte Gespräche; Gesetzesvorbehalt: Anforderungen an ein Eingriffsgesetz im Sinne des Art. 8 EMRK, besondere Maßstäbe bei heimlichen Überwachungsmaßnahmen, klare und detaillierte Regelungen; Anwendung auf eine Haftanstalt).

Art. 8 EMRK; Art. 10 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

752. BVerfG 2 BvR 86/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 8. September 2004 (LG Heidelberg/AG Heidelberg)

Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Wortlautgrenze; Analogieverbot; Abgrenzung anhand des Gesetzesziels); Gesetz über die Verbreitung jugendgefährdender Schriften (Pornographika; Videothek; Verleih; Begriff der „Einsehbarkeit des Ladengeschäfts“).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 3 Abs. 1 Nr. 3 GJS; § 184 Abs. 1 Nr. 3a StGB

753. BVerfG 2 BvR 577/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 10. März 2004 (LG Leipzig)

Benachteiligungsverbot Behinderter (Behinderung nicht als Anknüpfungspunkt für eine benachteiligende Ungleichbehandlung; Diskriminierungsverbot); blinder Schöffe und Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verschaffung eines optischen Eindrucks von den Verfahrensbeteiligten; Recht auf ein faires Verfahren); Erfordernis verfahrensmäßiger und organisatorischer Absicherung der Rechte Behinderter.

Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; Art. 33 Abs. 2 GG; Art. 6 EMRK; § 77 GVG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 GVG

754. BVerfG 2 BvQ 34/04 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 10. August 2004 (LG Halle)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (keine Vorwegnahme der Hauptsache; effektiver Rechtsschutz; unzulässiger Antrag auf Verpflichtung eines Fachgerichtes zur Entscheidung binnen einer bestimmten Frist).

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 90 BVerfGG; § 32 BVerfGG

755. BVerfG 2 BvR 406/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 15. März 2004 (Kammergericht)

Gleichbehandlungsgrundsatz; Unschuldvermutung; Arbeit in der Untersuchungshaft (geringeres Arbeitsentgelt als bei Strafgefangenen; kein Anspruch auf bezahlten Urlaub).

Art. 3 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 200 Abs. 1 StVollzG; § 18 SGB IV; § 43 Abs. 1 und 6 bis 11 StVollzG; § 176 Abs. 1 StVollzG; § 177 Satz 4 StVollzG; § 177 Satz 2 StVollzG; § 41 Abs. 1 StVollzG

756. BVerfG 2 BvR 581/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 21. April 2004 (OLG München/LG Traunstein/AG Rosenheim)

Verfassungsbeschwerde gegen einen Freispruch; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Rehabilitierungsinteresse; unvermeidbarer Verbotsirrtum; Zukunftswirkung; Mindermeinung).

Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; § 17 Satz 1 StGB

1. Ein Freispruch kann in Ausnahmefällen mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden (vgl. BVerfGE 28, 151, 159).

2. Ergeht auf Grund eines unvermeidbaren Verbotsirrtums ein Freispruch wegen nicht vorsätzlichen Handelns, liegt darin kein Unwerturteil, so dass es im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung am Rehabilitierungsinteresse fehlt.

757. BVerfG 2 BvR 1097/02 (Zweiter Senat) – Beschluss v. 22. März 2004 (OLG Bamberg/LG Bayreuth)

Sicherungsverwahrung und staatliche Schutzpflichten; Gesetzgebungskompetenz des Bundes; Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG); Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz (Erklärung der Unvereinbarkeit; Erklärung der Nichtigkeit; Geltung während einer Übergangszeit); unverzügliche Überprüfung der Unterbringung unter Beachtung von BVerfG 2 BvR 834/02.

Art. 30 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 70 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG; Art. 1 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK; § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG; § 66 StGB; § 66a StGB

758. BVerfG 2 BvR 1821/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 8. April 2004 (LG Kassel/AG Wolfhagen)

Grundrecht auf Unverletzlichkeit der Wohnung: inhaltliche Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss (Beschreibung des Tatvorwurfes; Bezeichnung der den Tatverdacht begründenden Handlungen, Tatzeitraum sowie des Bezugspunktes der strafbaren Handlung; Bezeichnung der zu suchenden Beweismittel); Verstoß gegen das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Anspruch auf Klärung der Berechtigung einer Durchsu-

chung; Perpetuierung eines Verfassungsverstoßes durch Nachbesserung eines als verfassungswidrig erkannte Durchsuchungsbeschlusses; keine prozessuale Überholung bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen und Rechtsschutz auch vor Abschluss der Durchsicht nach § 110 StPO).

Art. 13 Abs. 1 und 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 8 EMRK; Art. 13 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 110 StPO

759. BVerfG 2 BvR 669/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 15. März 2004 (OLG Frankfurt am Main/LG Marburg)

Informationsfreiheit des Strafgefangenen (Schutzbereich; Beschaffung und Nutzung technischer Einrichtungen; Eingriff; Gefahr unkontrollierter Übermittlung von Nachrichten in den Strafvollzug durch einen „SMS-Chat“; Widerruf einer Besitzerlaubnis: Abwägung der Belange des Allgemeinwohls mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes); Unterbindung des Videotextempfanges (Widerruf der Besitzerlaubnis für die Fernbedienung eines Fernsehgerätes).

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK; § 69 Abs. 2 StVollzG; § 70 Abs. 3 StVollzG; § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG

760. BVerfG 2 BvR 2048/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss v. 25. März 2004 OLG Nürnberg)

Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Willkürverbot); Sicherungsverwahrung; Maßregel (Aussetzungsreife; Erledigungsreife; Herabsetzung der Gefährlichkeit durch den Druck eines drohenden Bewährungswiderrufs).

Art. 2 Abs. 2 GG; § 67d Abs. 2 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; Art. 1a Abs. 3 EGStGB

Das Nebeneinander der Vorschriften aus § 67d Abs. 2 und 3 StGB entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

761. BGH 2 StR 101/04 - Beschluss vom 23. Juli 2004 (LG Gera)

Schwere räuberische Erpressung (Gefahr des Todes; Vorsatz); Strafzumessung (fahrlässig verursachte schwere Tatfolgen).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 b StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 18 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

762. BGH 2 StR 125/04 - Beschluss vom 13. August 2004 (LG Darmstadt)

Urteilsformel (Verabredung zu einem Verbrechen; Bezeichnung der verabredeten Tat); Verfall; Einziehung; Dritteinziehung.

§ 30 Abs. 2 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 73 StGB; § 74 StGB; § 74a StGB

Da § 30 Abs. 2 StGB kein selbständiger Straftatbestand ist, sondern an den gesetzlichen Tatbestand eines Verbrechens anknüpft, ist es geboten, die Bezeichnung des Verbrechens in der Urteilsformel zum Ausdruck zu bringen (vgl. BGHR StPO § 260 Abs. 4 Satz 1 Tatbezeichnung 1, 4; Beschluss des Senats vom 6. Juni 2001 - 2 StR 191/01).

763. BGH 2 StR 126/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Totschlag; minder schwerer Fall; Schuldumfang).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

764. BGH 2 StR 158/04 - Beschluss vom 23. Juli 2004 (LG Trier)

Absoluter Revisionsgrund (Entfernung des Angeklagten; Urkundsbeweis; Verlesung).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

765. BGH 2 StR 34/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (LG Frankfurt)

Anrechnungsmaßstab im Ausland erlittener Untersuchungshaft; Minderverbüßungsdauer lebenslanger Freiheitsstrafe (eigene Entscheidung des Revisionsgerichts).

§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB; § 57 a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 57 a Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

766. BGH 2 StR 71/04 – Beschluss vom 14. Juli 2004 (LG Frankfurt/Main)

Schuldunfähigkeit (Darlegung, Steuerungsfähigkeit, Stalking); verminderte Schuldfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

Die Annahme einer die Steuerungsfähigkeit gänzlich aufhebenden Schwere einer Persönlichkeitsstörung stellt eine seltene Ausnahme dar. Daher bedarf es im Urteil einer besonders genauen Darlegung der Ergebnisse der eingeholten psychiatrischen Gutachten sowie der Gründe, warum der Tatrichter solch einen Ausnahmefall als gegeben ansieht.

767. BGH 2 StR 174/04 - Beschluss vom 2. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Anklagegrundsatz; Akkusationsprinzip; prozessuale Tat (einheitlicher Lebensvorgang); Hinweispflicht (Hinweis auf Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts); Mord (Verdeckungsabsicht).

§ 200 StPO; § 264 StPO; § 265 StPO; § 211 Abs. 2 StGB

In Verdeckungsabsicht handelt, wer verhindern will, dass eine andere Straftat oder ihr Täter bekannt wird oder wer die Aufdeckung erschweren will. Die andere Straftat muss sich objektiv und im subjektiven Tatbestand als ein Verbrechen oder Vergehen darstellen. Ob sie überhaupt verfolgbar ist, ist hingegen ebenso ohne Bedeutung wie die Frage, ob die Vortat angeklagt wird oder zu einer Verurteilung führt.

768. BGH 2 StR 183/04 - Urteil vom 4. August 2004 (LG Aachen)

Räuberische Erpressung; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; Tateinheit; Tatmehrheit; teilidentische Ausführungshandlung (fehlgeschlagener Versuch; Zäsur); Strafzumessung (Strafrahmenwahl: doppelte Milderung, minder schwerer Fall).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 46 StGB

769. BGH 2 StR 184/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (LG Bonn)

Tateinheit (Teilidentität der Handlungen); Verfall von Wertersatz (Bruttoprinzip; wertmäßiges Vorhandensein des Erlangten; Härteregelung).

§ 52 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

1. Der Verfall des Wertersatzes gem. § 73a StGB setzt nicht voraus, dass sich der Wert des Erlangten zum Zeitpunkt der Anordnung noch im Tätervermögen befindet (vgl. BGHSt 38, 23, 25).

2. Der Umstand, dass Erlöse aus Betäubungsmittelgeschäften wertmäßig nicht mehr im Vermögen des Angeklagten vorhanden sind, kann es rechtfertigen, von der Härteregelung des § 73 c Abs. 1 Satz 2 StGB Gebrauch zu machen.

770. BGH 2 StR 189/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Hanau)

Strafzumessung (unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Wirkstoffmenge); nicht geringe Menge (Ecstasy; MDMA; MDE; MDA); Zweifelssatz (Sicherheitsabschlag).

§ 29a BtMG; § 46 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

771. BGH 2 StR 199/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Frankfurt)

Rücknahme der Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 302 StPO; § 44 StPO

772. BGH 5 StR 200/04 – Beschluss vom 1. September 2004 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet; gesetzlicher Richter (Besetzung der großen Strafkammer, die nicht als Schwurgericht tätig ist).

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

773. BGH 2 StR 207/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Köln)

Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (besondere Erniedrigung; frühere Billigung erniedrigender Praktiken durch das Opfer; Individualisierung der Erniedrigung).

§ 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB

774. BGH 2 StR 209/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Verfall (Erlangen); erweiterter Verfall (tatrichterliche Überzeugung); Einziehung (Verwendung oder Bestimmung als Tatmittel).

§ 73 StGB; § 73d StGB; 74 StGB

775. BGH 2 StR 211/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Aachen)

Vorabteilentscheidung im Revisionsrechtszug (Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Anfrageverfahren und Vorlageverfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Geltung im Beschlussverfahren und im Urteilsverfahren; teilweise Rechtskraft); Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifische Gefährdung; Divergenz unter den Strafsenaten

und Haltung des zweiten Strafsenats).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG; § 69 StGB; § 349 StPO

776. BGH 2 StR 216/04 - Beschluss vom 13. August 2004 (LG Frankfurt)

Verfall (Ansprüche des Verletzten).
§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

777. BGH 2 StR 224/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (LG Wiesbaden)

Urteilsformel (Tateinheit; Tatmehrheit; Teilfreispruch); Doppelverwertungsverbot; Bestimmung der Tagessatzhöhe bei Gesamtfreiheitsstrafe; Verschlechterungsverbot. § 260 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 40 Abs. 4 StGB

1. Nimmt das Tatgericht entgegen der Anklage Tateinheit statt Tatmehrheit an, so ist der Angeklagte wegen tateinheitlicher Begehung zu verurteilen, aber nicht darüber hinaus teilweise freizusprechen, da die tateinheitliche Verurteilung den Anklagesatz erschöpft.

2. Der Tatrichter muss die Höhe eines Tagessatzes auch dann bestimmen, wenn er aus Einzelgeldstrafen und einer Einzelfreiheitsstrafe eine Gesamtfreiheitsstrafe bildet (vgl. BGHSt 30, 93, 96; BGHR StGB § 54 Abs. 3 Tagessatzhöhe 1 und 2).

3. Das Verschlechterungsverbot steht der nachträglichen Festlegung der Höhe der Tagessätze nicht entgegen (vgl. BGHSt 30, 93, 97).

778. BGH 2 StR 234/04 - Beschluss vom 13. August 2004 (LG Aachen)

Totschlag; Unterschlagung (Gewahrsam nach Tod des einzigen Gewahrsamsinhabers); Tateinheit; Zweifelssatz. § 212 StGB; § 246 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

779. BGH 2 StR 241/04 - Beschluss vom 6. August 2004 (LG Limburg)

Falschbeurkundung im Amt (rechtserhebliche Tatsache; Feststellung der Identität eines Erschienenen).
§ 348 StGB; § 10 Abs. 2 Satz 1 BeurkG

780. BGH 2 StR 249/04 - Urteil vom 18. August 2004 (LG Mainz)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Härteausgleich; erlassene Bewährungsstrafe).
§ 55 StGB; § 56g Abs. 1 StGB

781. BGH 2 StR 257/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Alkoholabhängigkeit); verminderte Schuldfähigkeit.
§ 64 StGB; § 21 StGB

782. BGH 2 StR 262/04 - Beschluss vom 4. August 2004 (LG Frankfurt)

Aufklärungsmangel; Aufklärungspflicht (sich aufdrängende Beweiserhebung); Glaubwürdigkeit eines Mitangeklagten; Strafmilderung gemäß BtMG.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 31 BtMG

783. BGH 2 StR 268/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Erfurt)

Verminderte Schuldfähigkeit (Alkoholgenuss, Vorwerfbarkeit); fakultative Milderung der lebenslangen Haftstrafe bei Heranwachsenden; Strafzumessung bei Heranwachsenden (Resozialisierungsgedanke).
§ 21 StGB; § 106 JGG; § 46 Abs. 2 StGB

784. BGH 2 StR 281/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Kassel)

Totschlag; Versuchsbeginn (Tatentschluss; unmittelbares Ansetzen; Notwendigkeit von Zwischenakten; subjektiver Vorbehalt beim „Klingeln an der Haustür“); Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit); Mord (niedrige Beweggründe; nicht allgemein gültige Ehrvorstellungen); Verschlechterungsverbot.
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

785. BGH 2 StR 282/04 - Beschluss vom 6. August 2004 (LG Trier)

Strafzumessung (Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe); Gesamtstrafenbildung (Begründungsanforderungen).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 54 StGB; § 267 StPO

786. BGH 2 StR 289/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Hanau)

Korrektur des Tenors und der angewendeten Normen.
§ 349 Abs. 4 StPO

787. BGH 2 StR 291/04 - Beschluss vom 6. August 2004 (LG Koblenz)

Entziehung der Fahrerlaubnis (formelhafte Begründung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Überzeugungsbildung; Darlegung; Urteilsgründe); Zurückstellung einer Maßregelentscheidung (unklare höchstrichterliche Rechtsprechung; ausstehende Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen; Vorlageverfahren).
§ 69 StGB; § 261 StPO § 267 StPO; § 132 GVG

788. BGH 2 StR 302/04 - Beschluss vom 25. August 2004 (LG Hanau)

Zulässigkeit der Revision (konkreter Antrag; Auslegung; Sachrüge).
§ 344 Abs. 1 StPO

789. BGH 2 StR 311/04 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Gera)

Schuldspruchergänzung.
§ 349 Abs. 2 StPO

790. BGH 2 StR 434/03 - Beschluss vom 20. August 2004 (LG Gera)

Vorabteilentscheidung im Revisionsrechtszug (Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Anfrageverfahren und Vorlageverfahren; Beschleunigungsgrundsatz; Geltung im Beschlussverfahren und im Urteilsverfahren; teilweise Rechtskraft); Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspe-

zifische Gefährdung; Divergenz unter den Strafsenaten und Haltung des zweiten Strafsenats).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG; § 69 StGB; § 349 StPO

791. BGH 2 StR 313/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Koblenz)

Raub (Gewaltbegriff bei der Nötigung; Verwenden eines gefährlichen Werkzeug als Drohmittel; Beisichführen eines gefährlichen Werkzeugs; Kenntnis des Opfers); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte.

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 357 StPO

792. BGH 5 StR 134/04 – Urteil vom 4. August 2004 (LG Leipzig)

Beweiswürdigung zum Mordvorsatz bzw. Tötungsvorsatz (Verzicht auf eine ins einzelne gehende Beweiswürdigung).

§ 211 StGB; § 261 StPO

793. BGH 2 StR 335/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Mainz)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Beschwer.

§ 55 StGB; vor § 296 StPO

794. BGH 2 StR 353/04 - Beschluss vom 1. September 2004 (LG Trier)

Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Mittäterschaft; Beihilfe); Aufklärungspflicht (Tatbeiträge der Beteiligten).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

795. BGH 2 StR 456/03 - Urteil vom 18. August 2004 (LG Meiningen)

Betrug (Schadenssumme bei Abschluss eines Werkvertrages); Mittäterschaft (geringes Interesse am Taterfolg; erhebliche Bedeutung des Tatbeitrags; volle Kenntnis des Tatplans; individuelle Bewertung von Tateinheit und Tatmehrheit); Zurechnung zwischen Mittätern („freie Hand“ im Rahmen eines Gesamtatplans); Gesamtstrafenbildung (geringes Gewicht der Summe der Einzelstrafen); Zulässigkeit der Aufklärungsrüge.

§ 263 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB; § 344 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

796. BGH 2 ARs 189/04 / 2 AR 117/04 - Beschluss vom 21. Juli 2004

Nachträgliche Entscheidungen über die Bewährung (Zuständigkeitskonzentration; Widerruf); Gericht des ersten Rechtszuges.

§ 51f StGB; § 460 StPO; § 462a StPO

797. BGH 2 ARs 247/04 / 2 AR 141/04 - Beschluss vom 28. Juli 2004

Zuständigkeitsbestimmung (nachträgliche Entscheidung über Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung); Aufgenommensein zum Zwecke der Vollstreckung (Übergang von U-Haft zur Strafhaft; Rechtskraft des Urteils).

§ 14 StPO; § 56f StGB; § 462a StPO

798. BGH 2 ARs 275/04 2 AR 171/04 - Beschluss vom 20. August 2004

Zuständigkeitsbestimmung (nachträgliche Entscheidung über Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 14 StPO; § 56f StGB; § 462a StPO

799. BGH 2 ARs 280/04 / 2 AR 177/04 - Beschluss vom 25. August 2004

Zuständigkeitsbestimmung; Festsetzung einer Sachverständigenentschädigung (Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache); Sachverständigengutachten im Auftrag der Polizei.

§ 14 StPO; § 16 Abs. 1 ZSEG

800. BGH 2 StR 486/03 - Urteil vom 16. Juli 2004 (LG Frankfurt)

BGHSt; Amtsträger (beurlaubter Bundesbahnbeamter; Angestellter der Bahn AG); Beamter; sonstige Stelle; Aufgabenprivatisierung; Organisationsprivatisierung; Bestechung im geschäftlichen Verkehr; Auslegung (Wortlautgrenze).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 a StGB; § 299 Abs. 2 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

801. BGH 2 ARs 325/04 2 AR 155/04 - Beschluss vom 1. September 2004

Aufenthaltswechsel des Angeklagten; Zweckmäßigkeit der Abgabe an ein anderes Gericht.

§ 42 Abs. 3 JGG

802. BGH 3 StR 174/04 - Beschluss vom 17. August 2004 (LG Krefeld)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Tenorkorrektur.

§ 154 StPO; § 260 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

803. BGH 3 StR 177/04 - Beschluss vom 17. August 2004 (LG Wuppertal)

Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten im Revisionsrechtszug (zeitweilige Fähigkeit zu einer Grundvereinbarung mit dem Verteidiger über die Fortführung oder Rücknahme seines Rechtsmittels; Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe).

Art. 6 EMRK; § 205 StPO

804. BGH 3 StR 186/04 - Urteil vom 19. August 2004 (LG Kiel)

Besonders schwere Brandstiftung (Ermöglichungsabsicht: Zusammenhang zwischen Brand und ermöglichter Straftat); Betrug in einem besonders schweren Fall; Tatmehrheit.

§ 306 b Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Nr. 5 StGB; 53 StGB

805. BGH 3 StR 24/04 - Beschluss vom 17. August 2004

Rechtliches Gehör (Begründung; ausdrückliches Eingehen auf Schriftsätze; Einsichtnahme in das Senatsheft).

§ 33a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

806. BGH 3 StR 65/04 - Urteil vom 29. Juli 2004 (LG Wuppertal)

Unterbrechung der Verjährung (Information über laufende Ermittlungen; schriftliche Terminmitteilung über richterliche Vernehmung des Tatopfers).

§ 78 StGB; § 78 c StGB

807. BGH 3 StR 71/04 - Beschluss vom 27. Juli 2004 (LG Düsseldorf)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung); räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht bei geplanter Vernichtung der Beute); unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Besitzwillen bei Vernichtungsabsicht); Aufklärungspflicht (Wahrunterstellung; unwiderlegliche Einlassung des Angeklagten); Zweifelssatz; Überzeugungsbildung.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 253 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG

808. BGH 3 StR 202/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (OLG Naumburg)

Abwesenheit vorgeschriebener Verfahrensbeteiligter (notwendige Verteidigung); wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (Beweisaufnahme); Beweiskraft des Protokolls (Relativierung: dienstliche Äußerungen, Protokollberichtigung); Konkurrenzen (Klammerwirkung trotz persönlichen Strafausschlussgrunds).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 140 Abs. 1 StPO; § 274 StPO; § 129 Abs. 6 StGB

809. BGH 3 StR 209/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (LG Lüneburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Zäsurwirkung der letzten unerledigten Vorverurteilung; Verschlechterungsverbot.

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

810. BGH 3 StR 228/04 - Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zu übermäßigem Rauschmittelkonsum).

§ 64 StGB

811. BGH 3 StR 263/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (LG Oldenburg)

Gefährliche Körperverletzung; schwere Körperverletzung; minder schwerer Fall (mehrfache Tatprovokation durch das Opfer); Strafzumessung; Zurückverweisung an ein anderes Landgericht.

§ 224 StGB; § 226 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 2 StPO

812. BGH 3 StR 268/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (LG Flensburg)

Unzulässige Revision nach Rechtsmittelverzicht.

§ 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

813. BGH 3 StR 272/04 - Beschluss vom 11. August 2004 (LG Oldenburg)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Vortaten; Ermessensentscheidung); Urteilsformel (Teilfreispruch; Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen); Verschlechterungsverbot (Kostenentscheidung).

§ 66 StGB; 52 StGB; § 53 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 358 StPO

814. BGH 3 ARs 5/04 - Beschluss vom 12. August 2004

Antwort auf Anfragebeschluss; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Sachrüge (Urteilsgründe, Erörterungsmangel); Verfahrensrüge (neue Tatsachen).

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

815. BGH 3 StR 293/04 - Beschluss vom 26. August 2004 (LG Kleve)

Unbegründete Aufklärungsrüge.

§ 244 Abs. 2 StPO

816. BGH 3 StR 380/03 - Urteil vom 19. August 2004 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Verständigung; Absprache; Deal; Öffentlichkeit des Verfahrens (Absprachen außerhalb der Hauptverhandlung); mündliche Verhandlung; Fairness des Verfahrens; wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung (Protokollierung von Absprachen); rechtliches Gehör.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 338 Nr. 6 StPO; § 169 Satz 1 GVG; § 261 StPO; § 273 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

817. BGH 3 StR 494/03 - Urteil vom 1. Juli 2004 (LG Kiel)

Mord; besondere Schwere der Schuld (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; verminderte Schuldfähigkeit; Fall Jennifer).

§ 211 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 21 StGB

818. BGH 1 StR 39/04 – Urteil vom 15. Juni 2004 (LG Stuttgart)

Mord (niedrige Beweggründe: Besitzdenken und rücksichtsloser Eigennutz); Milderung beim Versuch (Erfolgsunwert; Grundsätze und Grenzen der Revisibilität).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

819. BGH 1 StR 102/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Nürnberg)

Strafrahmenmilderung nach § 31 BtMG (Aufklärungserfolg; wesentlicher Beitrag zur Aufklärung).

§ 31 Nr. 1 BtMG

820. BGH 1 StR 129/04 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG München)

Verstoß gegen das Irak-Embargo gemäß § 34 Abs. 4 AWG i.V.m. § 69e Abs. 2 Buchst. c AWV (Konkurrenzen; Mittäterschaft).

§ 34 Abs. 4 AWG i.V.m. § 69e Abs. 2 Buchst. c AWV; Irak-Embargo; § 52 Abs. 1 2. Alt. StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 29 StGB

821. BGH 1 StR 165/03 – Beschluss vom 27. April 2004 (LG Mannheim)

Betrug (Kassenbetrug; Täuschung über kick-back-Zahlungen; nötige Individualisierung bei Serientaten; Zweifelsatz); Untreue (Vertragsärzte der Krankenkassen: Missbrauch der Vertretungsmacht; Apotheker).

§ 263 StGB; § 266 StGB

822. BGH 1 StR 192/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Augsburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (fehlende Feststellungen; symptomatischer Zusammenhang; keine Gefahr erheblicher rechtswidriger Taten bei Eigenkonsum und Verstößen gegen das BtMG).

§ 64 StGB

823. BGH 1 StR 199/04 – Beschluss vom 23. August 2004 (LG Konstanz)

Unwirksamer Rechtsmittelverzicht bei unterbliebener Ladung eines Wahlverteidigers nach § 218 StPO unter den besonderen Umständen des Einzelfalles (Art und Weise des Zustandekommens; Verteidigerverschulden: fehlende Information und Beteiligung des Angeklagten an einer Verfahrensabsprache).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 218 StPO

824. BGH 1 StR 265/04 – Beschluss vom 31. August 2004 (LG Heidelberg)

Widersprüchliche Behauptung eines Willensmangels des Angeklagten hinsichtlich seines Rechtsmittelverzichts im Kontext einer Verfahrensabsprache.

§ 302 Abs. 2 Satz 1 StPO

825. BGH 1 StR 288/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Würzburg)

Grundsätzliche Verpflichtung zur Videoaufzeichnung der Vernehmung einer schutzbedürftigen Zeugin im Ermittlungsverfahren.

§ 58a Abs. 1 Satz 2 StPO

826. BGH 1 StR 293/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Bayreuth)

Mord (niedrige Beweggründe) Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit (schwere Persönlichkeitsstörung; Bezug zur Tat).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

827. BGH 1 StR 315/04 – Beschluss vom 17. August 2004 (LG Stuttgart)

Telekommunikationsüberwachung; Aufklärungspflicht; Recht auf ein faires Verfahren bei Ablehnung der Vernehmung eines verdeckten Ermittlers in der Hauptverhandlung (fair-trial-Grundsatz; Sperrerklärung; darzulegende Grundsätze für die Ablehnung einer Videovernehmung des verdeckten Ermittlers; Konfrontationsrecht; Fragerecht; Beleg einer Tatprovokation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 100a StPO; § 110a StPO

828. BGH 1 StR 325/04 – Beschluss vom 17. August 2004 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

829. BGH 1 StR 333/03 – Beschluss vom 19. August 2004 (LG Konstanz)

Nichtaussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (fehlerhafte Begründung; Gesamtwürdigung bei besonderen Umständen: Kriminalprognose).

§ 56 StGB

830. BGH 1 StR 360/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Nürnberg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

831. BGH 4 StR 135/04 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Frankenthal)

Versuchte Vergewaltigung (Tenorierung; Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs: Gewalt gegen Sachen).

§ 177 Abs. 2, Abs. 4 StGB

832. BGH 4 StR 15/04 – Urteil vom 24. Juni 2004 (LG Magdeburg)

Fehlerhafte Beweiswürdigung bei Freispruch; wahlweise Verurteilung wegen Betruges oder Untreue.

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 261 StPO

833. BGH 4 StR 161/04 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Frankenthal)

Beurteilung der Konkurrenzen für jeden Tatbeteiligten (Beihilfe zu mehreren Haupttaten; Stoßbetrügereien).

§ 52 StGB; § 53 StGB

834. BGH 4 StR 186/04 – Beschluss vom 5. August 2004 (LG Münster)

Erweiterter Verfall (Voraussetzung der uneingeschränkten tatrichterlichen Überzeugung von der deliktischen Herkunft der Gegenstände).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 73 d StGB

835. BGH 4 StR 193/04 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Hagen)

Unterbliebene Entscheidung über die Vereidigung (entbehrlicher Zwischenrechtsbehelf; Ausschluss des Beruhens nur bei Ausschluss anderer Aussagen des Zeugen oder deren Verfahrensbedeutung).

§ 59 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

836. BGH 4 StR 67/04 – Beschluss vom 20. April 2004 (LG Halle)

Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes nach § 338 Nr. 6 StPO (mögliche Prüfung eines denkgesetzlichen Ausschlusses des Beruhens; Darlegungsvoraussetzungen); Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Unterrichtungspflicht bei Unterbrechung der Zeugenvernehmung; Beruhens); widersprüchliche Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage); ausbeuterische Zuhälterei.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 6 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO; § 247 Abs. 4 StPO; § 181 a Abs. 1 Nr. 2 bzw. Nr. 1 StGB; § 92a AuslG

837. BGH 4 StR 212/04 – Beschluss vom 10. August 2004 (LG Bielefeld)

Widersprüchliche Strafzumessung.
§ 46 StGB

838. BGH 4 StR 236/04 – Urteil vom 26. August 2004 (LG Arnberg)

Beweiswürdigung (Anforderungen an einen rechtskräftigen Freispruch; Zweifelsgrundsatz; Notwehr); Erforderlichkeit der Notwehrhandlung.
§ 32 StGB; § 261 StPO

839. BGH 4 StR 239/04 – Beschluss vom 27. Juli 2004 (LG Bielefeld)

Unzutreffende Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit.
§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

840. BGH 4 StR 269/04 – Beschluss vom 12. August 2004 (LG Dessau)

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

841. BGH 4 StR 284/04 – Beschluss vom 19. August 2004 (LG Bielefeld)

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

842. BGH 4 StR 307/04 – Urteil vom 9. September 2004 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 4 StPO

843. BGH 4 StR 320/04 – Beschluss vom 19. August 2004 (LG Bochum)

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

844. BGH 4 StR 555/03 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Essen)

Täterschaftlich begangenes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (untergeordnete Tatbeiträge; Voraussetzung des eigennützigen Handelns).
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

845. BGH 4 StR 556/03 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Essen)

Täterschaftlich begangenes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (untergeordnete Tatbeiträge; Voraussetzung des eigennützigen Handelns).
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

846. BGH 5 StR 15/04 – Urteil vom 23. Juni 2004 (LG Berlin)

Beweiswürdigung bei Freispruch (Lücken; fehlende Erschöpfung der Feststellungen; Kognitionspflicht); Tatzurechnung bei Mittäterschaft hinsichtlich einer Körperverletzung mit Todesfolge als Minus zum Täterexzess hinsichtlich einer vorsätzlichen Tötung.

§ 212 StGB; § 227 StGB; § 15 StGB; § 18 StGB; § 261 StPO

847. BGH 5 StR 93/04 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Potsdam)

BGHSt; regelmäßige Versagung der Strafrahmenverschiebung bei erheblicher Verminderung der Schuldfähigkeit im Fall zu verantwortender und signifikant tatrikoerhöhender Trunkenheit (eingeschränkte Revisibilität; Übertragung auf weitere Genuss- und Betäubungsmittel; Fahrlässigkeit als Mindestschuldform; actio libera in causa; zurückhaltendere Gewichtung bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Verhältnis zum Vollrauschtatbestand).
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 323a StGB; § 7 WStG

848. BGH 5 StR 94/04 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Berlin)

Unzureichende Beweiswürdigung hinsichtlich der niedrigen Beweggründe beim Mord (motivlose Tötung); Revision der Nebenklage (Zulässigkeit; ausdrückliche Erklärung).
§ 211 StGB; § 261 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

849. BGH 5 StR 263/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Chemnitz)

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

850. BGH 5 StR 267/04 – Beschluss vom 4. August 2004 (LG Berlin)

Beweiswürdigung bei illegalem Rauschgifthandel in einer Justizvollzugsanstalt (Widersprüche; Gesamtwürdigung); keine Erstreckung des Revisionserfolges auf Mitangeklagte bei Fehler hinsichtlich der Beweiswürdigung.
§ 357 StPO; § 261 StPO

851. BGH 5 StR 278/04 – Beschluss vom 4. August 2004 (LG Hamburg)

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

852. BGH 5 StR 286/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Berlin)

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

853. BGH 5 StR 311/04 – Beschluss vom 4. August 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Urteilsstrukturierung bei Punktesachen.
§ 349 Abs. 2 StPO

854. BGH 5 StR 316/04 – Beschluss vom 18. August 2004 (LG Leipzig)

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

855. BGH 5 StR 323/04 – Beschluss vom 18. August 2004 (LG Berlin)

Fehlerhafte Anordnung des Verfalls von Wertersatz (Erlangtes; Ermessensausübung; Härtevorschrift).
§ 73 StGB; § 73c StGB

856. BGH 5 StR 333/03 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Hamburg)

Steuerhinterziehung (Körperschaftsteuer; verdeckte Gewinnausschüttung; Gewinnermittlung und Ermittlung der Vermögensminderung bei der GmbH über die Steuerbilanz; Hinterziehungsvorsatz).
§ 370 AO; § 4 Abs. 1 EStG; § 8 Abs. 1 KStG; § 15 StGB

857. BGH 5 StR 333/04 – Beschluss vom 18. August 2004 (LG Berlin)

Tatprovokation (Begriff; V-Mann-Einsatz).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

858. BGH 5 StR 352/04 – Beschluss vom 17. August 2004 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision.
§ 46 Abs. 1 StPO

859. BGH 5 StR 412/03 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Rostock)

Untreue (Verfolgungsverjährung; Beendigung; Fall Krause); fehlerhafte Durchführung des Selbstleseverfahrens (Schöffenmitwirkung; Beweis durch das Sitzungsprotokoll und Grenzen der Widerlegung seiner negativen Beweiskraft; wesentliche Förmlichkeit); Stundungsbruch.
§ 266 StGB; § 263 StGB; § 78 Abs. 2 Nr. 4 StGB; § 273 StPO; § 274 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

860. BGH 5 StR 591/03 – Urteil vom 17. August 2004 (LG Frankfurt)

Annahme verminderter Schuldfähigkeit und Strafzumessung bei Verdeckungsmord (Rechtsfrage der Erheblichkeit; differenzierte Übertragung der neuen Grundsätze zur Strafraumverschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei selbstverschuldeter Verminderung der Schuldfähigkeit bei Alkoholkonsum auf andere Genuss- und Betäubungsmittel, hier Kokain; besondere Maßstäbe bei lebenslanger Freiheitsstrafe); Mittäterschaft.
§ 211 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

861. BGH 2 StR 261/04 - Beschluss vom 4. August 2004 (LG Marburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung von Taten, derentwegen die Strafverfolgung wegen nicht wesentlich ins Gewicht fallender Rechtsfolge eingestellt wurde); Gesamtstrafenbildung (Wegfall einer Einzelstrafe).
§ 54 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 154 StPO

862. BGH 5 StR 197/04 – Urteil vom 17. August 2004

Erpresserischer Menschenraub (Sich-Bemächtigen bei Zwei-Personen-Verhältnissen und zwei Tätern); schwere räuberische Erpressung (unmittelbare Vermögensgefährdung durch das Abpressen einer Geheimnummer im Besitz der EC-Karte bei bevorstehender Nutzung; Schadensvertiefung durch ein folgendes Abheben).
§ 239a StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

863. BGH 5 StR 242/04 – Urteil vom 2. September 2004 (LG Cottbus)

Lückenhafte Beweiswürdigung bei einem Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung.
§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

864. BGH 5 StR 218/04 – Urteil vom 19. August 2004 (LG Neuruppin)

Mord aus niedrigen Beweggründen; Körperverletzung mit Todesfolge (Vorsatz und Zurechnung bei fortgesetzten Gewalthandlungen und Exzess eines einzelnen Mittäters); Beweiswürdigung (Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung; Rüge der Verletzung der Aufklärungspflicht oder der Nichtausschöpfung eines in der Hauptverhandlung verwendeten Beweismittels bei unerklärten eklatanten Widersprüchen zwischen Akten- und Urteilsinhalt in Ausnahmefällen); Garantstellung infolge Ingerenz.
§ 13 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 211 StGB; § 227 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO

865. BGH 4 StR 85/03 / 4 StR 155/03 / 4 StR 175/03 - Beschluss vom 26. August 2004

Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen; Entziehung der Fahrerlaubnis (Zweck der Maßregel; historische Auslegung; systematische Auslegung; verfassungskonforme Auslegung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; verkehrsspezifischer Zusammenhang zwischen Anlassstat und Verkehrssicherheit; Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: konkrete Anhaltspunkte); Abgrenzung von Maßregel und Nebenstrafe; Zusammenhangstat; Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen nach straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften; Fahrverbot.
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 132 Abs. 2 GVG; § 132 Abs. 4 GVG; § 69 Abs. 1 StGB; § 44 StGB

866. BGH 5 StR 209/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter (Besetzungsrügen; Überlastung; geschäftsverteilungsplanändernder Beschluss; keine Rückübertragung auf entlastete Strafkammer).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 21e GVG