

# HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 12/2004  
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

Ass. *Roman G. Weber*, LL.M., Detmold – **Phishing: Brauchen wir einen Sondertatbestand zur Verfolgung des Internetphishings?** S. 406

Rechtsreferendar *Stephan Schlegel*, Leipzig – **Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren** S. 411

Die Ausgabe umfasst zudem fünf Rezensionen zu strafrechtlich relevanten Publikationen.

## Entscheidungen

EGMR *Shiskov v Bulgarien* – Akteneinsicht bei Untersuchungshaft

BVerfG Grundrechtsschutz bei der Überprüfung von Sicherungsverwahrung

BGH Widerspruchsrecht bei der Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte und Unbestimmtheit des § 370a AO

BGH Fall Kremendahl: Vorteilsannahme und Betrug bei Parteispenden (BGHSt)

BGH Begriff der kriminellen Vereinigung und Mitgliedschaft (BGHSt)

BGH Voraussetzungen des Entschädigungsanspruches eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt

BGH Illegaler Aufenthalt ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung im Fall des Untertauchens oder der anfänglich fehlenden Offenbarung der Einreise

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

BGH Besetzung bei Rechtsbeschwerden nach dem JuMoG

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

BGH Entbehrliche Zurückverweisung bei der Urteilsaufhebung nach § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO

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 76 Entscheidungen.

# HRRS HRR-Strafrecht

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleščewski* (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, Dezember 2004, Ausgabe **12**

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1000. EGMR Nr. 38822/97 – Urteil vom 9. Januar 2003 (Shishkov v. Bulgarien)

Recht auf Freiheit und Sicherheit (zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person; Unabhängigkeit; Unparteilichkeit; Nikolova); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Zeit oder auf Haftentlassung); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Haftprüfung; habeas corpus; faires Verfahren; rechtliches Gehör; Waffengleichheit; Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Zugang zum Gericht; Fristregelungen bei der richterlichen Überprüfung; Verhältnismäßigkeit; Berücksichtigung der praktischen Lage des Untersuchungshaftgefangenen); Freiheit der Person.

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 112 StPO; § 117 StPO; § 147 StPO

1. Eine Haftprüfung im Sinne des Art. 5 Abs. 4 EMRK muss die Anforderungen eines gerichtlichen Verfahrens erfüllen. Sie muss rechtliches Gehör gewähren und stets die Waffengleichheit zwischen den Strafverfolgungsbehörden und dem Inhaftierten wahren. Bei einer Anwendung des Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ist eine Anhörung erforderlich. Die nach Art. 5 Abs. 4 EMRK geführten Verfahren müssen – soweit dies im Rahmen einer laufenden Untersuchung möglich ist – im größtmöglichen Umfang die Grundanforderungen eines fairen Verfahrens erfüllen.

2. Waffengleichheit gemäß Art. 5 Abs. 4 EMRK ist dann nicht gewahrt, wenn dem Verteidiger die Einsicht in diejenigen Dokumente der Untersuchungsakten verweigert wird, die für eine effektive Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft im Sinne der EMRK wesentlich sind. Dabei ist das Konzept der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung im Sinne der EMRK nicht auf die Einhaltung der prozeduralen Erfordernisse des nationalen Rechts beschränkt: Es betrifft auch den grundlegenden hinreichenden Tatverdacht nach der EMRK, die Legitimität des mit der Inhaftierung verfolgten Zwecks und die Begründung für die fortdauernde Inhaftierung gemäß Art. 5 Abs. 3 EMRK.

3. Das Vorliegen eines Tatverdachtes ist eine *conditio sine qua non* rechtmäßiger Untersuchungshaft, genügt jedoch nach einer gewissen Inhaftierungsdauer nicht mehr aus, um eine Inhaftierung zu rechtfertigen. In solchen Fällen muss der Gerichtshof prüfen, ob andere von den nationalen Behörden aufgeführte Gründe die weitere Freiheitsentziehung rechtfertigen. Sind solche Gründe stichhaltig und ausreichend, muss sich der Gerichtshof vergewissern, dass die zuständigen nationalen Behörden die gebotene besondere Sorgfalt bei der Verfahrensführung aufgewendet haben.

4. Die Begründung der fortdauernden Untersuchungshaft kann nicht allein auf einer an der Schwere des Delikts ansetzenden Vermutung beruhen, selbst wenn die Mög-

lichkeit zur Darlegung des Ausschlusses einer abstrakten Gefahr der Flucht, der Wiederholung oder der Verdunkelung besteht. Vielmehr muss eine Begründung auf der Grundlage einer konkreten Fallanalyse hinsichtlich der möglichen Gefahren der Flucht oder der Wiederholung erfolgen.

5. Die Verletzung des Art. 5 Abs. 3 EMRK kann auch bei vergleichsweise kurzen Inhaftierungszeiträumen festgestellt werden (hier: sieben Monate und drei Wochen). Art. 5 Abs. 3 EMRK kann nicht so ausgelegt werden als toleriere er eine unbegründete Untersuchungshaft solange, wie sie nicht ein bestimmtes zeitliches Minimum überschreitet. Die zuständigen Stellen müssen jede einzelne Phase der Inhaftierung überzeugend begründen, unbeschadet der Frage, wie kurz diese Phase gewesen ist.

**971. BVerfG 2 BvR 2004/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2004 (OLG Hamburg/LG Hamburg)**

Freiheit der Person (Grundrechtsschutz durch Verfahren); Übermaßverbot; Sicherungsverwahrung (Überprüfungsentscheidung zum Ablauf der ersten zwei Jahre nach dem Beschluss; Zweijahresfrist); Gebot der rechtzeitigen Entscheidung (Grundrechtsverletzung; Fristsetzung zur Stellungnahme eines beigeordneten Verteidigers; Ablichtung von Verfahrensakten bei gleichzeitiger Bearbeitung eines Rechtsmittels; kein Zurücktreten des Sicherheitsbedürfnisses der Allgemeinheit bei Verzögerungen von einigen Monaten); Geschäftsgang der Strafvollstreckungskammer (Fristenkontrolle; Maßnahmen der Personalführung; Abhilfeersuchen bei Überlastung); Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde (grundlose Missachtung der zur verfahrensrechtlichen Absicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehenen Fristen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK; § 67c Abs. 1 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 67e StGB; § 454 StPO; § 463 StPO

1. Die Vorschriften über die regelmäßige Überprüfung der weiteren Vollstreckung der Sicherungsverwahrung (§ 67d Abs. 2 und 3 und § 67e StGB), über die dazu regelmäßig erforderliche Anhörung des Betroffenen (§§ 463 Abs. 1, 454 Abs. 1 StPO) und über die zur Vorbereitung einer in Erwägung gezogenen Aussetzung gebotene sachverständige Begutachtung (§§ 463 Abs. 1, 454 Abs. 2 StPO) dienen der Wahrung des Übermaßverbotes bei der Beschränkung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Ihre Missachtung kann dieses Grundrecht verletzen, wenn es sich um eine nicht mehr vertretbare Fehllhaltung gegenüber dem das Grundrecht sichernden Verfahrensrecht handelt, die auf eine grundsätzlich unrichtige Anschauung von der Bedeutung des Grundrechts schlie-

ßen lässt (vgl. BVerfGE 18, 85, 93; 72, 105, 114 f.).

2. Der Geschäftsgang der Strafvollstreckungskammer muss in der Verantwortung entweder des Vorsitzenden oder eines Berichterstatters eine Fristenkontrolle vorsehen, die die Vorbereitung einer rechtzeitigen Entscheidung vor Ablauf der Zweijahresfrist sicherstellt. Dabei muss berücksichtigt werden, dass in aller Regel der Betroffene persönlich anzuhören ist und dass auch für eine sachverständige Begutachtung ausreichend Zeit verbleibt, wenn die Kammer eine Aussetzung der weiteren Vollstreckung erwägen sollte.

3. Ein zu einer Grundrechtsverletzung führender Verfahrensverstöß liegt nicht bereits in jeder Verzögerung des Geschäftsablaufs, die zu einer Überschreitung der Frist führt.

4. Ist eine im Gesetz vorgesehene, der verfahrensrechtlichen Absicherung des Freiheitsgrundrechts dienende Entscheidungsfrist einzuhalten, so sind Vorkehrungen zu treffen, die das Einhalten dieser Frist auch bei gleichzeitiger Bearbeitung eines Rechtsmittels ermöglichen. Dazu sind erforderlichenfalls auch die Verfahrensakten vor Übersendung an das Rechtsmittelgericht abzulichten, um auch das Verfahren ohne Verzug fortsetzen zu können.

5. Die Einhaltung der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Frist (§ 67e StGB) ist sicherzustellen. Sobald abzu- sehen ist, dass trotz vollständigen Ausschöpfens der Arbeitskraft der beteiligten Richter die Fristwahrung in Gefahr gerät, muss sich der Vorsitzende der Strafvollstreckungskammer an das Präsidium des Gerichts wenden, damit dieses, gegebenenfalls mit Unterstützung durch die Landesjustizverwaltung, für Abhilfe sorgen kann. Der Grundrechtsschutz der von langjähriger Freiheitsentziehung Betroffenen erfordert auch Maßnahmen der Personalführung, die eine effiziente Arbeit der Strafvollstreckungskammern sicherstellen.

6. Eine Untätigkeitsbeschwerde ist unter Umständen nicht nur dann zulässig, wenn die Untätigkeit einer endgültigen Ablehnung einer Entscheidung gleichsteht. Ein ähnliches Gewicht kann auch der grundlosen Missachtung einer zur verfahrensrechtlichen Absicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehenen Frist zukommen.

7. Das mit dem Maßregelvollzug verfolgte Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit vor zu erwartenden erheblichen Rechtsgutverletzungen tritt noch nicht zurück, wenn das grundrechtlich gebotene Verfahren erst um einige Monate verzögert wurde.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

#### 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

##### 1001. BGH 4 StR 403/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Halle)

Das Leben gefährdende Behandlung (Würgegriff am Hals).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

Ein festes Würgen am Hals kann geeignet sein, eine Lebensgefährdung herbeizuführen (vgl. BGH GA 1961, 241; BGHR StGB § 223 a Abs. 1 (a.F.) Lebensgefährdung 7). Es reicht hierfür jedoch nicht jeder Griff an den Hals aus, der zu würgemähnlichen Druckmerkmalen oder Hautunterblutungen führt. Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben des Opfers zu gefährden (vgl. BGH NJW 2002, 3264, 3265 m.w.N.; Senatsbeschluss vom 29. April 2004 - 4 StR 43/04).

##### 966. BGH 3 StR 349/04 - Beschluss vom 5. Oktober 2004 (LG Wuppertal)

Schwerer Raub (sonst ein Werkzeug oder Mittel; Beisichführen).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB

Auch der Räuber, der ein Tatmittel erst am Tatort ergreift und dann benutzt, führt es im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB bei sich und macht sich damit des schweren Raubes schuldig.

##### 934. BGH 2 StR 206/04 – Urteil vom 13. Oktober 2004 (LG Koblenz)

Mord (niedrige Beweggründe: Tötung aus Eifersucht; täterbezogenes Mordmerkmal; Heimtücke; Verhältnis zum Totschlag); Beihilfe (limitierte Akzessorität); Mitäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe; Tatherrschaft; Tatbeitrag; eigenes Interesse am Taterfolg).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung sind Mord und Totschlag als selbständige Tatbestände anzusehen sind, die nicht im Verhältnis von Grundtatbestand und Qualifikationstatbestand stehen (BGHSt 1, 368, 370, 371; 22, 375, 377, 378). Der Gehilfe eines Mordes, der selbst ein täterbezogenes, die Strafbarkeit des Haupttäters nach § 211 StGB begründendes Mordmerkmal nicht verwirklicht, jedoch erkennt, dass dieses beim Haupttäter vorliegt, ist deshalb wegen Beihilfe zum Mord zu verurteilen, wobei das Fehlen strafbegründender besonderer persönlicher Merkmale beim Gehilfen zur Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB führt.

##### 988. BGH 4 StR 134/04 – Urteil vom 30. September 2004 (LG Saarbrücken)

Freie Beweiswürdigung (unwiderlegte Einlassung des Angeklagten); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung; kurzes Eindringen in die Scheide mit einem Finger).

§ 176 a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.; § 261 StPO

Auch ein kurzes Eindringen mit dem Finger in die Scheide ist eine dem Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung im Sinne des § 176 a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.

### II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

##### 980. BGH 1 StR 339/04 – Urteil vom 10. November 2004 (LG Ingolstadt)

Strafaussetzung zur Bewährung bei sexuellem Missbrauch (Verteidigung der Rechtsordnung; günstige Sozialprognose; Nachreifung und Stabilisierung des

Angeklagten in der Untersuchungshaft).  
§ 56 StGB; § 176 StGB

1. Die Erwartung im Sinne von § 56 Abs. 1 StGB setzt nicht eine sichere Gewähr für künftiges straffreies Leben

voraus. Ausreichend ist, dass die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens größer ist als diejenige neuer Straftaten (BGH NStZ 1997, 594).

2. Die Tatbegehung während des Laufs einer Bewährungszeit schließt die erneute Strafaussetzung zur Bewährung nicht grundsätzlich aus (BGHR StGB § 56 Abs. 1 Sozialprognose 15).

**963. BGH 3 StR 333/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Osnabrück)**

Versuchter Mord; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose); verminderte Schuldfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit; Steuerungsfähigkeit; Darlegung; richterliche Wertung); Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit; Bezugnahme auf Sachverständigengutachten).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 267 StPO

1. Die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) kommt nur bei einem Täter in Betracht, dessen Schuldfähigkeit oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB auf einem positiv festgestellten, länger

bestehenden und nicht nur vorübergehenden Zustand beruht (st. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 22, 27).

2. Bei einer nicht pathologisch begründeten Persönlichkeitsstörung liegt eine schwere andere seelische Abartigkeit nur dann vor, wenn sie in ihrem Gewicht einer krankhaften seelischen Störung gleichkommt und Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen. Dazu bedarf es einer Gesamtbetrachtung der Persönlichkeit des Angeklagten und deren Entwicklung, der Vorgeschichte, des unmittelbaren Anlasses und der Ausführung der Tat sowie des Nachtatverhaltens (vgl. BGH 5 StR 122/91 - Urteil vom 04.06.1991 = BGHSt 37, 397, 401; BGH 1 StR 346/03 - Urteil vom 21. 1. 2004 = NStZ 2004, 437, 438 = NJW 2004, 1810).

3. Die über das Vorliegen der Eingangsvoraussetzungen hinaus erforderliche Wertung, ob die Schuldfähigkeit des Täters im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert war, ist eine vom Richter ohne Bindung an die Auffassung des Sachverständigen zu beantwortende Rechtsfrage (BGH 1 StR 346/03 - Urteil vom 21. 1. 2004 = NStZ 2004, 437, 438 = NJW 2004, 1810).

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

**1004. BGH 5 StR 276/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Wuppertal)**

Gewerbsmäßige Steuerhinterziehung; Bestimmtheitsgrundsatz; besonders schwerer Fall der Steuerhinterziehung (großes Ausmaß); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Widerspruchserfordernis; Zustimmungslösung; rechtliches Gehör; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf ein faires Verfahren; Anhörung; keine Pflichtverteidigerbestellung im Revisionsverfahren); Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung; Vorlage an das BVerfG (Entscheidungserheblichkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 370a AO; § 370 AO; § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 80 Abs. 2 BVerfGG; § 357 StPO; § 33 StPO

1. In Fällen, in denen eine den Nichtrevidenten nicht unmittelbar begünstigende, ihn nach Zurückversetzung der Sache möglicherweise belastende Entscheidung nach § 357 StPO in Betracht kommt, ist der Nichtrevident in Anwendung des § 33 StPO nach Art. 103 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK zuvor anzuhören, damit er eine Erstreckungsentscheidung gegebenenfalls durch Widerspruch verhindern kann. Hierauf beschränkt sich indes das Anhörungsrecht; eine aktive Mitwirkungsbefugnis des Nichtrevidenten am Revisionsverfahren, auf das er für sich selbst gerade verzichtet hatte, erwächst hieraus nicht, so dass eine

Pflichtverteidigerbestellung für den Nichtrevidenten, bezogen auf die Hauptverhandlung, ausscheidet.

2. Die Strafnorm des § 370a AO begegnet nach Auffassung des Senats erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken (= Fortsetzung von BGH HRRS 2004 Nr. 714). Die gegen die Verbrenchensnorm des § 370a AO bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken sind grundsätzlicher Natur; sie können nicht dadurch ausgeräumt werden, dass ein unbestimmtes Gesetz durch die Rechtsprechung in geeignet erscheinenden Einzelfällen allmählich nachgebessert und ausgefüllt wird.

3. Beim besonders schweren Fall nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO (Steuerverkürzung „aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß“) bestehen nicht dieselben verfassungsrechtlichen Bedenken gegenüber der weiten Fassung der Regelmerkmale wie bei der Abgrenzung zwischen Vergehens- und Verbrechenstatbestand.

4. Die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen Steuererklärung ist grundsätzlich als selbständige Tat im Sinne von § 53 StGB zu werten. Von Tatmehrheit ist also dann auszugehen, wenn die abgegebenen Steuererklärungen verschiedene Steuerarten, verschiedene Besteuerungszeiträume oder verschiedene Steuerpflichtige betreffen. Ausnahmsweise kann Tateinheit vorliegen, wenn die Hinterziehungen durch dieselbe Erklärung bewirkt werden oder wenn mehrere Steuererklärungen durch eine

körperliche Handlung gleichzeitig abgegeben werden. Entscheidend dabei ist, dass die Abgabe der Steuererklärungen im äußeren Vorgang zusammenfällt und überdies in den Erklärungen übereinstimmende unrichtige Angaben über die Besteuerungsgrundlagen enthalten sind (vgl. BGHSt 33, 163; BGHR AO § 370 Abs. 1 Konkurrenzen 6 und 9; BGH wistra 1996, 62 m.w.N.).

5. Auch bei der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) ist grundsätzlich im Hinblick auf jede Steuerart, jeden Besteuerungszeitraum und jeden Steuerpflichtigen von selbständigen Taten im Sinne des § 53 StGB auszugehen. Allein ein einheitlicher Tatenschluss, seinen steuerlichen Pflichten für mehrere Steuerarten und mehrere Besteuerungszeiträume künftig nicht nachzukommen, begründet noch keine Tateinheit zwischen den einzelnen Steuerhinterziehungen durch Unterlassen (vgl. BGHSt 18, 376). Tateinheit ist nur dann ausnahmsweise anzunehmen, wenn die erforderlichen Angaben, die der Täter pflichtwidrig unterlassen hat, durch ein und dieselbe Handlung zu erbringen gewesen wären (vgl. BGH wistra 1985, 66).

**1007. BGH 5 StR 430/04 – Beschluss vom 28. Oktober 2004 (LG Berlin)**

BGHR; entbehrliche Zurückverweisung bei Urteilsaufhebung nach § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO wegen fehlerhafter Gesamtstrafenbildung (Kostenentscheidung; Nachverfahren).

§ 54 StGB; § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1. Bei Urteilsaufhebung nach § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO wegen fehlerhafter Gesamtstrafenbildung bedarf es keiner Zurückverweisung. (BGHR)

2. Zur Kostenentscheidung in diesem Fall. (BGHR)

**985. BGH 1 StR 463/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Heidelberg)**

Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a StPO nur bei vernehmungsersetzender Vorführung (ergänzende Vernehmung und Opferschutz; Aufklärungspflicht).

§ 52 StPO; § 252 StPO; 255a StPO

1. Die Vorführung der ermittelrichterlichen Vernehmung der ausweislich des Protokolls nach § 52 StPO belehrten Geschädigten ist neben ihrer persönlichen Vernehmung im Wege des Urkundsbeweises zulässig (BGH NStZ 2004, 348).

2. Die ergänzende Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung soll in derartigen Fällen aus Gründen des Opferschutzes nur im Ausnahmefall nach Maßgabe der Aufklärungspflicht oder auch des Beweisantragsrechts erfolgen (dazu BGHSt 48, 268).

**995. BGH 4 StR 325/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (LG Saarbrücken)**

Sicherungsverwahrung (Hang; Gesamtwürdigung; Sachverständige; Bedingungen des Abweichens vom Gutach-

ten, eigene Sachkunde; Unmöglichkeit einer Urteilsab-sprache).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 72 StPO; § 261 StPO

1. Die Frage der Anordnung der Sicherungsverwahrung ist ebenso wenig wie die rechtliche Beurteilung der Tat einer Vereinbarung zugänglich (vgl. Senatsurteil vom 28. Mai 1998 – 4 StR 17/98, in BGHR StGB § 66 Abs. 2 Ermessensentscheidung 6 nicht mit abgedruckt).

2. Der Tatrichter ist nicht gehindert, von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen. Will der Tatrichter jedoch eine Frage, zu der er einen Sachverständigen gehört hat, im Widerspruch zu dessen Gutachten lösen, muss er sich in einer Weise mit den Darlegungen des Sachverständigen auseinandersetzen, die erkennen lässt, dass er mit Recht eigene Sachkunde in Anspruch genommen hat (vgl. BGH StV 1993, 234).

**983. BGH 1 StR 414/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Ravensburg)**

Besorgnis der Befangenheit und Vorverurteilung (vorgeschriebener Urteilsentwurf; Aufklärungspflicht).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 2 StPO

Den Berufsrichtern ist es unbenommen, sich schon vor den Schlussvorträgen, ja schon vor der Hauptverhandlung auch durch die Fertigung eines Votums (Urteilsentwurfs) entsprechend dem jeweiligen Ermittlungs- bzw. Verfahrensstands auf die Hauptverhandlung bzw. die Urteilsberatung vorzubereiten. Den Schluss auf Vorverurteilung des Angeklagten oder Befangenheit der Richter lässt dies nicht zu.

**954. BGH 3 StR 214/04 – Urteil vom 23. September 2004 (LG Hildesheim)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose; besondere Umstände); persönliche Verhältnisse des Angeklagten (Aufklärungspflicht; Selbstbelastungsfreiheit; Schweigerecht; nemo tenetur).

§ 56 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 243 Abs. 4 StPO

Der Tatrichter wird von seiner Verpflichtung, die persönlichen Verhältnisse des Angeklagten und die für die Frage der Strafaussetzung bedeutsamen Umstände darzulegen, nicht deswegen befreit, weil der Angeklagte sich zu seinen persönlichen Verhältnissen nicht äußert und Auskünfte verweigert. In einem solchen Fall muss sich der Richter vielmehr um Aufklärung auf anderem Wege bemühen.

**941. BGH 2 StR 346/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Trier)**

Bildung einer Einheitsjugendstrafe (Tenor; Bezeichnung einbezogener Vorverurteilungen).

§ 31 Abs. 2 JGG; § 267 StPO

Ist eine Einheitsjugendstrafe aus einer neuen Strafe und einer Strafe aus einer Vorverurteilung zu bilden, in die ihrerseits bereits eine frühere Entscheidung einbezogen

worden war, so sind in die Entscheidung über die nun zu bildende Einheitsjugendstrafe auch die früher bereits

einbezogenen Entscheidungen formell einzubeziehen und im Urteilstenor zu kennzeichnen.

#### IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

##### 960. BGH 3 StR 301/03 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Wuppertal)

Vorteilsannahme (Parteispenden; Wahlkampfspenden); Vorteilsgewährung; Betrug (Gehilfenvorsatz; staatliche Parteienfinanzierung; falsche Angabe des Parteispenders: natürliche Person, juristische Person; Schutzzweck der Norm; zweifelndes Opfer); passive Chancengleichheit der Wahl; Drittmittelwerbung durch Hochschullehrer (BGHSt 47, 295); Bestimmtheitsgebot; Unrechtsvereinbarung; Amtsträger; Bürgermeister; Fall Kremendahl; Partei (Einflussspende; Rechenschaftsbericht).

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 263 StGB; § 65 Abs. 1 Satz 1 GO-NW; Art. 3 Abs. 1 GG; § 25 PartG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Zur einschränkenden Auslegung der §§ 331, 333 StGB bei Einwerbung von Wahlkampfspenden durch einen Amtsträger, der sich um seine Wiederwahl bewirbt. (BGHSt)

2. Zum Betrug durch unrichtige Rechenschaftsberichte einer Partei im Zusammenhang mit der staatlichen Teilfinanzierung der Parteien. (BGHSt)

3. Für das nach § 331 Abs. 1 StGB in der Tatvariante des Sichversprechenlassens von Vorteilen erforderliche Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteil und Dienstaussübung (sog. Unrechtsvereinbarung) genügt das Bewusstsein, dass der Vorteil gerade aufgrund der dienstlichen Stellung des Versprechensempfängers und der Art der bisherigen Dienstaussübung gewährt werden soll. (Bearbeiter)

4. Das Spannungsverhältnis zwischen der von Verfassungen wegen erwünschten Werbung von Parteispenden und den §§ 331, 333 StGB kann nicht dadurch aufgelöst werden, dass der Amtsträger, der für seine Dienstaussübung eine nach dem Parteiengesetz zulässige Parteispende als Drittverteil fordert, sich versprechen lässt oder annimmt, von der Strafbestimmung des § 331 Abs. 1 StGB generell freigestellt wird. Denn zum einen ergibt sich aus dem PartG gerade kein kollidierender Normbefehl zur Einwerbung von Spenden. Zum anderen würden dadurch Amtsträger in einer den allgemeinen Gleichheitssatz und die Gleichheit der Wahl verletzenden Weise benachteiligt, die keiner Partei angehören (Abgrenzung zur hochschulrechtlichen Begrenzung der Strafbarkeit der Werbung von Drittmitteln, vgl. BGH 1 StR 372/01, Urteil vom 23. Mai 2002 = BGHSt 47, 295). (Bearbeiter)

5. Das Gebot der Gleichheit der Wahlchancen eines Amtsinhabers mit einem Gegenkandidaten führt dazu, dass der Amtsträger sich mangels Unrechtsvereinbarung

nicht wegen Vorteilsannahme strafbar macht, wenn er sich erneut um das von ihm derzeit ausgeübte, aufgrund einer Direktwahl zu erlangende Wahlamt bewirbt und einen Vorteil in im übrigen tatbestandsmäßiger Weise sich versprechen lässt oder annimmt, sofern diese Förderung allein den Zweck verfolgt, dass er das wiedererlangte Wahlamt in einer Weise ausübt, die den allgemeinen wirtschaftlichen oder politischen Vorstellungen des Vorteilsgebers entspricht. Zeigt sich der Amtsträger dagegen bereit, als Gegenleistung im Falle seiner Wahl eine konkrete Entscheidung zu Gunsten allein des Zuwendenden oder bestimmter Individualinteressen zu beeinflussen, macht er sich der Vorteilsannahme schuldig. (Bearbeiter)

6. Ein Irrtum im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB liegt auch dann vor, wenn der Getäuschte die täuschende Erklärung nur allgemein auf Plausibilität geprüft hat und seinen Irrtum durch sorgfältigere Prüfung hätte vermeiden können (dies gilt sogar für ein zweifelndes, aber letztlich doch verfügendes Opfer, vgl. zuletzt BGH 3 StR 161/02, Urteil vom 5. Dezember 2002 = NSTZ 2003, 313, 314). (Bearbeiter)

##### 970. BGH 3 StR 460/03 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Düsseldorf)

Bestechung (Konkretisierung der pflichtwidrigen Diensthandlung); Vorteilsnahme; Unrechtsvereinbarung; Bereitschaft zur beeinflussten Ermessenausübung; Strafzumessung (eigene Sachentscheidung); Schuldumfang (Tateinheit, Tatmehrheit).

§ 332 StGB; § 334 StGB; § 354 Abs. 1a StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

1. Im Rahmen des § 332 Abs. 1 Satz 1 StGB muss die pflichtwidrige – insbesondere zukünftige – Diensthandlung noch nicht in allen Einzelheiten wie Zeitpunkt, Anlass und Ausführungsweise feststehen. Es reicht vielmehr aus, wenn sich das Einverständnis darauf bezieht, dass der Amtsträger innerhalb eines bestimmten Aufgabenbereiches oder Kreises von Lebensbeziehungen nach einer gewissen Richtung hin tätig geworden ist oder werden soll und die einvernehmlich ins Auge gefasste Diensthandlung nach ihrem sachlichen Gehalt zumindest in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist (Unrechtsvereinbarung).

2. Die pflichtwidrige Diensthandlung gehört nicht zum Tatbestand der Bestechlichkeit (BGHSt 47, 22, 25). Daher kann die Bestechlichkeit abgeurteilt werden, ohne dass es der gleichzeitigen strafrechtlichen Ahndung der pflichtwidrigen dienstlichen Maßnahme bedarf.

3. Das konkurrenzrechtliche Verhältnis mehrerer in einem sachlichen Beziehungsverhältnis zueinander stehen-

der Straftaten berührt regelmäßig deren Schuldgehalt nicht (vgl. BGH, Urteil vom 17. 6. 2004 - 3 StR 344/03 = NJW 2004, 2840, 2841 f). Der Frage von Tateinheit oder Tatmehrheit kommt daher für die Strafzumessung im Endergebnis (§ 52 Abs. 1 oder § 53 Abs. 1 StGB) im Allgemeinen keine maßgebliche Bedeutung zu.

**957. BGH 3 StR 94/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (OLG Celle)**

Kriminelle Vereinigung (Ziel der Begehung von Straftaten; Finalität; Zweck oder Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung); Vorverlagerung der Strafbarkeit (Rechtsgutsverletzung; Rechtsgutsgefährdung); PKK; KADEK; Gewaltverzicht (Zweifelssatz; Endgültigkeit); Heimatbüro; Strafsystem; demonstrative Gewaltstraftaten; Aufhebung der Feststellungen (doppelrelevante Tatsachen).

§ 129 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; § 353 Abs. 2 StPO; § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG

1. Die Zwecke einer Vereinigung sind dann auf die Begehung von Straftaten gerichtet, wenn dies ihr verbindlich festgelegtes Ziel ist (Abgrenzung zu BGHSt 27, 325 ff.). Es reicht nicht aus, dass sich eine Vereinigung, die ihre Ziele mit friedlich-politischen Mitteln verfolgt, die Begehung von Straftaten unter bestimmten Bedingungen vorbehält, von denen nicht absehbar ist, ob und wann sie eintreten. (BGHSt)

2. Die Strafbarkeit wegen Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB setzt nicht voraus, dass es aus dieser heraus bereits zu konkreten Tatplanungen oder zu vorbereitenden Aktivitäten für Straftaten gekommen ist. (BGHSt)

3. Ob die Zwecke oder die Tätigkeit einer kriminellen Vereinigung untergeordnet im Sinne des § 129 Abs. 2 Nr. 2 StGB sind, ist bei einer nur aus einem Teil der Mitglieder einer Gesamtorganisation (etwa nur aus den Mitgliedern ihrer Führungsebene) gebildeten Vereinigung im Hinblick auf die Zwecke und Tätigkeit der Teilorganisation und nicht auf die der Gesamtorganisation zu beurteilen. (BGHR)

4. Der gemeinsame Wille zur Begehung von Straftaten muss bereits definitiv gefasst und nicht nur vage sein; er darf insbesondere nicht von dem Ergebnis weiterer Willensbildungsprozesse abhängen. Dazu genügt es nicht, dass sich die Mitglieder einer Vereinigung lediglich bewusst sind, dass es bei der Verfolgung ihrer Pläne zur Begehung von Straftaten kommen kann (Abgrenzung zu BGHSt 27, 325, 328). Nur dann ist die besondere Gefährlichkeit der Vereinigung gegeben, die den Gesetzgeber veranlasst hat, den Strafrechtsschutz so weit in das Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung oder konkreten Rechtsgutsgefährdung vorzuverlagern, wie dies durch § 129 StGB geschieht (Bearbeiter)

**989. BGH 4 StR 62/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (OLG Naumburg)**

Vorlegungssache (Entfallen der Vorlegungsvoraussetzungen); Besetzung des Bußgeldsenats eines Oberlandesgerichts bei der Entscheidung über eine Rechtsbe-

schwerde, wenn diese wegen Versagung des rechtlichen Gehörs gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG zugelassen worden ist (Besetzung nach dem Justizmodernisierungsgesetz).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG; § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG; § 121 Abs. 2 GVG; § 80a OWiG n.F.

1. Der Wortlaut des § 80a Abs. 3 Satz 2 Halbsatz 1 OWiG in der Fassung des 1. Justizmodernisierungsgesetzes ist dahin auszulegen, dass auch bei zugelassenen Rechtsbeschwerden der Senat über deren Begründetheit nur dann in der Besetzung mit drei Richtern entscheidet, wenn der Einzelrichter die Rechtsbeschwerde gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 OWiG, also deshalb zugelassen hat, weil es geboten ist, die Nachprüfung des Urteils zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zu ermöglichen. Nur in diesen Fällen hat der Einzelrichter nach Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde die Sache zur Entscheidung über die Begründetheit dem Senat in der Besetzung mit drei Richtern zu übertragen.

2. Nach der neuen Rechtslage hat der Einzelrichter auch in der Sache zu entscheiden, wenn die Zulassung der Rechtsbeschwerde (nur) deshalb erfolgt ist, weil die Versagung des rechtlichen Gehörs die Urteilsaufhebung geboten erscheinen lässt (§ 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG).

**987. BGH III ZR 361/03 – Urteil vom 4. November 2004 (OLG Celle, LG Hannover)**

BGHZ; Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruches eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt (Amtshaftung; Bindungswirkung hinsichtlich der Feststellung der Rechtswidrigkeit; staatliches Organisationsverschulden); Freiheit der Person; unwürdige Bestrafung und Behandlung; Strafvollzug; Menschenwürde als Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte.

Art. 3 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 41 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 GG; Art. 34 GG; § 839 BGB; § 109 StVollzG

1. Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Strafgefangenen ein Anspruch auf Entschädigung in Geld wegen menschenunwürdiger Unterbringung in der Justizvollzugsanstalt zustehen kann. (BGHZ)

2. Ein erheblicher Mangel an Einzelhaftplätzen stellt keinen hinreichenden Grund dafür dar, geltendes Recht zu unterlaufen. Insoweit ist zumindest der Vorwurf eines Organisationsverschuldens begründet, das dem beklagten Land in einem Amtshaftungsprozess auch dann zuzurechnen ist, wenn die tätig gewordenen Beamten selbst subjektiv nach bestem Wissen und Gewissen gehandelt haben. (Bearbeiter)

3. Zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG und der Zuerkennung einer Geldentschädigung besteht kein zwingendes Junktim. Eine festgestellte Menschenrechtsverletzung fordert nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung. (Bearbeiter)

4. Der Senat sieht keine durchgreifenden Bedenken dagegen, einen Anspruch auf Geldentschädigung von dem weiteren Erfordernis abhängig zu machen, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Dies hängt - insoweit nicht anders als beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, auch wenn die Erheblichkeitsschwelle bei Verletzungen der Menschenwürde generell niedriger anzusetzen ist - insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie von dem Grad seines Verschuldens ab (BGHZ 128, 1, 12). (Bearbeiter)

**977. BGH 1 StR 76/04 – Urteil vom 6. Oktober 2004 (LG München)**

Illegaler Aufenthalt ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung (Duldungsanspruch und verschwiegene Einreise sowie Untertauchen; hypothetischer Duldungsanspruch im Sinne des BVerfG; Zuwanderungskontrolle); Unzumutbarkeit und Tatmacht bei Unterlassungsdelikten; Abgrenzung von Tun und Unterlassen (Schwerpunkt). § 55 AuslG; § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; § 13 StGB

1. Ist der Aufenthalt des Ausländers unbekannt, weil er von vornherein nicht offenbart hat, dass er in die Bundesrepublik Deutschland eingereist ist oder weil er später untergetaucht ist, kommt eine Duldung im Sinne der §§ 55, 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht in Betracht.

2. Die Strafbarkeit wegen illegalen Aufenthalts tritt nur ein, wenn der Ausländer pflichtwidrig den rechtswidrigen Zustand seines illegalen Aufenthalts nicht beseitigt, obwohl ihm dies möglich und zumutbar ist. Der Gesichtspunkt der Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit normgemäßen Verhaltens vermag jedoch nicht die Straflosigkeit in denjenigen Fällen zu begründen, in denen wegen unbekanntem Aufenthaltsorts ein Duldungsanspruch des untergetauchten Ausländers nicht besteht. Einem untergetauchten Ausländer, dessen Abschiebung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen unmöglich ist, ist es in der Regel ohne weiteres zuzumuten, seinen Aufenthaltsort zu offenbaren, damit die Behörde die Duldung erteilen kann.

3. Bei dem Vergehen nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG han-

delt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt.

**996. BGH 4 StR 358/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Dortmund)**

Tateinheit bei gleichzeitigem Besitz unerlaubter Betäubungsmittel an verschiedenen Orten. § 29 BtMG; § 52 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung verletzt der gleichzeitige Besitz verschiedenartiger Betäubungsmittel das Gesetz nur einmal (vgl. BGH StV 1982, 525; BGH NSStZ-RR 1997, 227). Dieser Zusammenhang entfällt auch dann nicht, wenn die nur zum Eigenverbrauch bestimmten verschiedenen Betäubungsmittelmengen an unterschiedlichen Orten aufbewahrt werden. Der Begriff des Besitzes im Betäubungsmittelgesetz setzt nicht voraus, dass sich der Täter am Verwahrort des Rauschgiftes aufhält.

2. Für die Verwirklichung des Tatbestandes reicht die Innehabung eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses und der sicheren Verfügungsmacht über die Betäubungsmittel aus, die es dem Täter ermöglicht, sich jederzeit Zugang zu dem an irgendeiner Stelle verwahrten Rauschgift zu verschaffen (vgl. BGHSt 27, 380 ff.).

**952. BGH 3 StR 136/04 - Beschluss vom 7. Oktober 2004 (LG Hildesheim)**

Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Schwere der Schuld: Tatumrecht, charakterliche Haltung und Persönlichkeit des Täters). § 17 Abs. 2 JGG

Die Schwere der Schuld gem. § 17 Abs. 2 JGG bemisst sich nach dem Gewicht der Tat und der in der Persönlichkeit des Jugendlichen begründeten Beziehung zu seiner Tat. Dabei kommt dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat gegenüber der charakterlichen Haltung und dem Persönlichkeitsbild zwar keine selbständige Bedeutung zu. Die Schwere der Schuld ist aber nicht abstrakt messbar, sondern nur in Beziehung zu einer bestimmten Tat zu erfassen, so dass der äußere Unrechtsgehalt der Tat, insbesondere die Bewertung des Tatumrechts, die in den gesetzlichen Strafdrohungen ihren Ausdruck findet, nicht unberücksichtigt bleiben darf.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Phishing: Brauchen wir einen Sondertatbestand zur Verfolgung des Internetphishings?

Von Ass. Roman G. Weber, LL.M. Wirtschaftsstrafrecht (Detmold)<sup>1</sup>

#### I. Prolegomena

Das Internet ist einer der wenigen Bereiche, in denen noch Wachstumsraten zu verzeichnen sind. Dies gilt insbesondere für die Internetkriminalität. So meldet jüngst die Anti Phishing Working Group (im Folgenden: APWG)<sup>2</sup> eine Zuwachsrate von 52% für den Bereich des sog. Passwort-Phishing<sup>3</sup>.

Passwort-Phishing beschreibt das rechtswidrige Ausspähen von Kennwörtern für online geführte Konten (Visa, Paypal/E-bay, Postbank, Kundenkonto Internethändler) und die Nutzung der Information für unerlaubte Geldtransaktionen auf Täterkonten<sup>4</sup>. Die anfänglich in den USA lokalisierte Gefahr hat sich längst zu einer weltweiten kriminellen Methode entwickelt: Aus immer mehr Ländern werden Phishing-Mails initialisiert. Obgleich die Täter-/ resp. Zielkonten in der Regel bei osteuropäischen Banken geführt werden, holen auch unerwartete andere Staaten in der Kriminalitätsstatistik der APWG auf: Täterhomepages werden aus dem Vereinigten Königreich, aus Mexiko, Taiwan und Südkorea geschaltet.

Die deutschen Internetnutzer werden demgemäß auch zunehmend von international agierenden Tätergruppen fokussiert: Dies scheint eine nachvollziehbare Entwicklung angesichts des Umstandes, dass statistisch betrachtet jeder dritte Deutsche von der Online-Kontoführung bei Banken, Kreditinstituten oder Internetdienstleistern Gebrauch macht<sup>5</sup>. So ist zu prognostizieren, dass in Deutschland die Zahl der Attacken ansteigen wird. Bereits im Juli 2004 wurden die ersten Fälle bei deutschen Banken publik. Ende Juli konnten Volks- und Raiffeisenbanken<sup>6</sup> Angriffe abwehren: Allein aufgrund dreier(!) Attacken waren € 50.000 auf dem Weg zu den Täterkon-

ten<sup>7</sup>. Angesichts dieser Dimension ist es an der Zeit, sich dem grenzüberschreitenden Phishing auch aus strafrechtlicher Sicht zu nähern. Hierzu wird eingangs der Phishing-Ablauf dargestellt und sodann juristisch analysiert.

#### II. Phishing-Ablauf

Die Täter treten regelmäßig direkt an die Nutzer heran und inszenieren in einer E-Mail ein – mehr oder weniger – überzeugendes Szenario, das den Nutzer davon überzeugen soll, sein Konto zu „überprüfen“. Indem der Gutgläubige hierauf eingeht, ist er auf dem Weg in einen gut konstruierten Hinterhalt. Denn jetzt klickt er sich durch zu einer vom Täter manipulierten Login-Seite. Diese ähnelt täuschend echt der Seite des Kontoführers (z.B. Bank), ist aber vom Täter geschaltet („Täterhomepage“)<sup>8</sup>. Dort angekommen werden Kontonummer, PIN<sup>9</sup>/ Passwort und mehrere TANs<sup>10</sup> abgefragt. Wenn der Kunde seine Daten preisgibt, gerät er ins Netz der kriminellen Bande, die die Daten zwischenspeichert und nutzen kann, um beispielsweise für sich vorteilhafte Transaktionen durchzuführen.

#### III. Strafrechtliche Bewertung

Es stellt sich die Frage, ob das deutsche Strafrecht auf ein verwerfliches Handeln von ausländischen Tätern parieren kann oder es möglicherweise eines neuen Tatbestandes bedarf. Nach der Frage, ob das Phishing von kernstrafrechtlichen deutschen Normen erfasst wird, ist zu klären, ob die meist aus dem Ausland operierenden Täter bei einem Angriff auf deutsche online-Kunden der deutschen Gerichtsbarkeit unterliegen. Im Nachfolgenden wird ein Lösungsweg vorgestellt.

Für den Bereich des Internet-Phishings liegt bislang keine höchst- oder obergerichtliche Entscheidungslinie vor. Es kommen als Vermögensdelikte die beiden Tatbestände des § 263 StGB (Betrug) und des § 263a StGB (Computerbetrug) in Betracht. Da die Täter sich im ersten Schritt die Kennwörter (PIN, Kontonummer, TAN) erschleichen und sie erst später – zuweilen Tage oder Wochen später – einsetzen, wird zuerst der Computerbetrug und sodann der Betrug problematisiert<sup>11</sup>.

#### A. Computerbetrug

<sup>7</sup> Viele Spuren sollen nach Osteuropa führen: <http://heute.t-online.de/ZDFheute/artikel/16/0.1367.comp-0-2186320.00.html>

<sup>8</sup> Manchmal kann die gefälschte Homepage an einer kleinen, unauffälligen Variante der URL erkannt werden. Die neusten Phishingfälle lassen sich jedoch nicht mehr an der URL aufspüren.

<sup>9</sup> PIN = Persönliche Identifikations Nummer.

<sup>10</sup> TAN = TransAktionsNummer.

<sup>11</sup> Zur Frage, ob auf das Institut des sog. mehraktigen Betrages zurückgegriffen werden muss, vgl. unten III.B. am Ende.

<sup>1</sup> Der Autor steht für Rückfragen gerne im Wort unter AssessorWeber@web.de.

<sup>2</sup> Anti Phishing Working Group: <http://www.antiphishing.org>

<sup>3</sup> Durchschnittliche Steigerungsrate für Phishing-Mails im Zeitraum Dezember 2003 bis Juli 2004: 52% pro Monat. Quelle: Phishing – Report July 2004: <http://www.antiphishing.org>

<sup>4</sup> Weil das Passwort trickreich vom Berechtigten herausgezogen wird, hat sich der Begriff des Phishings bei den Sicherheitsbehörden etabliert: „Passwort“ + „Fishing“ = „Phishing“.

<sup>5</sup> Zum Hintergrund, weshalb sich deutsche Nutzer als Opfer besonders gut eignen, vgl. Weber, Geangelte Informationen – Wie man sich vor Internetkriminalität schützt, in W+S, Heft 11/2004, Seite 42f.: <http://www.ws-huethig.de/article/4d7036bc92d.html>

<sup>6</sup> Vgl. <http://www.vnunet.de/security/article.asp?ArticleID=20040830016>

Fokussiert man auf den eigentlichen Vermögenstransfer, wäre aufgrund des Zusammenhangs mit dem Internet und die dort vorherrschende verselbstständigte Datenverarbeitung<sup>12</sup> an einen Fall des § 263a StGB zu denken.

Da die zugangseröffnenden Kennwörter per se „richtig“ sind, ist die vorliegende Manipulationsart ein Fall der dritten Begehungsalternative des Tatbestandes, sog. „unbefugtes Verwenden von Kennwörtern“. Indem der Täter die Passwörter beim kontoführenden Institut einsetzt und sich ins System einloggt, beeinflusst er das Ergebnis eines automatisierten DV-Vorgangs; denn ohne Eingabe könnte er sich keinen Einfluss auf die Transaktionsmöglichkeiten verschaffen. Diese Datenverwendung kommt einer Identitätstauschung gleich. Ein Einverständnis durch den Kontoinhaber liegt idR<sup>13</sup> nicht vor, sodass die Eingabe „unbefugt“ im Sinne des Tatbestandes erfolgt.

Nach dem Erschleichen des Zugangs wird der Täter eine Geldtransaktion veranlassen. Indem er hierzu unberechtigt eine Transaktionsnummer (TAN) als fremden Zugangscod eingibt, damit einen Zugang mit vermögensrelevanter Wirkung erlangt<sup>14</sup>, erfüllt er das Tatbestandsmerkmal der „unmittelbar durch die Manipulation veranlassten vermögensrelevanten Disposition“<sup>15</sup>. Aber auch wenn die Transaktion ohne nochmalige Legitimationsabfrage ausgelöst wird, wäre das Tatbestandsmerkmal zu bejahen: Denn Voraussetzung ist auch hierfür der System-Login, ein anhaltender Zustand, der vom Täter erschwindelt wurde.

Sofern die Transaktion zum Erfolg führt und dem Täter auf seinem Auslandskonto (Täterkonto) das Geld gutgeschrieben wurde, liegt auch ein kausaler unmittelbarer Vermögensvorteil vor. Dieser korrespondiert mit einem sich bei der Bank einstellenden Vermögensverlust. Denn ungeachtet eines Anspruchs der Bank gegen den Kunden wird im ersten Schritt das Vermögen der Bank geschädigt. In der Regel kann zwar ausweislich der online-Bedingungen<sup>16</sup> im Rückgriff<sup>17</sup> das Konto des Nutzers belastet werden, aber das Ausfallrisiko beim Kunden reicht aus, um einen Vermögensschaden bei der Bank zu begründen<sup>18</sup>.

<sup>12</sup> Vgl. LK-Tiedemann, StGB, 11. Auflage, 27. Ergänzungslieferung 1998, § 263a StGB, Rdnr. 56, 58.

<sup>13</sup> Vgl. Möhrenschräger in wistra 1986, 128, 133.

<sup>14</sup> Sog. Inputmanipulation – vgl. bei Möhrenschräger in wistra 1991, 321, 325.

<sup>15</sup> Schönke/Schröder-Cramer, StGB, 26. Auflage 2001, § 263a Rdnr. 23 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. pars pro toto: Bedingungen für die konto-/depotbezogene Nutzung des Online-Bankings mit PIN und TAN; Sparkassenverlagsvordruck, 182.180.000; Fassung 1/2004.

<sup>17</sup> Hierbei wird es sich wegen § 676h BGB seltener um einen Aufwendungsersatzanspruch als um einen Schadensersatzanspruch nach § 280 BGB handeln; vgl. insbes. zur Beweislastumkehr und dem Anscheinsbeweis für einen Pflichtverstoß des Kontoführers: Palandt-Sprau, BGB, 63. Auflage 2004, § 676h Rdnr. 13.

<sup>18</sup> Vgl. die Erwägungen in BGH I StR 512/00, Beschluss vom 30.01.2001 abrufbar über <http://www.hrr-straftrecht.de>

Wenn zudem die subjektive Tatbestandsseite erfüllt ist (Vorsatz sowie Absicht, sich oder einem Dritten einen stoffgleichen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen), der Täter zudem rechtswidrig und vorwerfbar handelte, ist er eines vollendeten Computerbetruges schuldig.

Die bandenmäßige Begehung ist besonders sanktioniert nach § 263a II iVm § 263 III No.1 bzw. V StGB. Mit § 263a II iVm § 263 III No.2, 3 StGB erhöht der Gesetzgeber das Strafmaß beispielsweise für den Fall des erhöhten Vermögensverlustes beim Opfer oder für den Fall, dass eine Person in die Gefahr wirtschaftlicher Not gerät. Ein Strafantrag (§ 263a II iVm § 263 IV StGB) wird selten erforderlich sein – der Versuch ist strafbar (§ 263a II iVm § 263 II StGB).

Bereits an dieser Stelle ist festzuhalten: Das deutsche Strafrecht sieht zumindest eine Sanktion für das innerdeutsche Phishing vor.

## B. Betrug

Ob neben dem Computerbetrug auch die Voraussetzungen für eine Betrugsstrafbarkeit gegeben sind, hängt nicht zuletzt von der Bewertung der Kennwörter als Vermögenswert ab. Hierzu im Folgenden:

Um wegen vollendeten Betrugs bestrafen zu können, müsste der Täter einen Irrtum erregt und dadurch das Opfer getäuscht haben. Aufgrund der Täuschung müsste sodann das Opfer eine Vermögensverfügung getroffen haben, die bei ihm zu einem Vermögensschaden geführt hat. Die Täter senden E-Mails mit der Aufforderung resp. dem dringenden Rat, eine bestimmte Internetseite aufzusuchen. Da dem Opfer die Möglichkeit eröffnet wird, sich entweder für die Verlinkung und die anschließende Eingabe auf der Täterhomepage zu entscheiden oder andernfalls die E-Mail zu ignorieren, besteht eine alternative Entscheidungsmöglichkeit<sup>19</sup>. Lässt sich das Opfer auf die Weiterleitung und die Eingabe ein, ist es durch den Täter getäuscht worden. Eine kausale Irrtumserregung liegt also vor.

Ob die Eingabe resp. Preisgabe der Daten eine Vermögensverfügung darstellt, ist demgegenüber fraglich. Zum einen ist zu überlegen, ob die Kennwörter zum Vermögen des Opfers zählen, zum anderen, ob die Preisgabe eine Verfügung iS der Norm ist. Einig zu sein scheint man sich in der Definition des Vermögens, das sich als Summe aller geldwerten Güter einer natürlichen Person darstellt<sup>20</sup>. Was hingegen konkret unter den Begriff des „geldwerten Gutes“ zu subsumieren ist, ist – wenn auch zumeist im Ergebnis unstrittig – in der Herleitung umstritten. Es scheint sich inzwischen die Ansicht verfestigt zu haben, dass Immaterialgüter, der Besitz an Sachen sowie sonstige Rechte (wie Spezialkenntnisse oder Ge-

<sup>19</sup> Vgl. SK-Horn, System.-Kom. StGB, 7. Auflage, Ergänzungslieferung Februar 2004, § 263 Rdnr. 166f.

<sup>20</sup> Gallandi in Achenbach/Wannemacher, Beraterhandbuch, § 21 I Rdnr. 146; Tröndle/Fischer, StGB, § 263 Rdnr. 59; SK-Horn, (Fn. 19), § 263 Rdnr. 118ff.

schäftsgeheimnisse) vom Begriff erfasst werden, vorausgesetzt, sie stellen einen geldwerten Vorteil dar und könn(t)en als solche – auf einem legalem Markt – einen Marktpreis erzielen. In diesem Zusammenhang differenziert eine Ansicht streng zwischen einem Nutzwert und dem Tauschwert und stellt entscheidend auf dem Tauschwert ab<sup>21</sup>. Ob dem Besitz von Passwörtern ein Vermögenswert zukommt, ist für den Fall des Phishings resp. des Betrugs bislang noch nicht entschieden worden.

Für die Beurteilung kann es m.E. weniger auf den Besitz der ausgedruckten Passwortmitteilungen ankommen, als auf die immaterielle Kenntnis: *das Wissen um den Zugangscode*. Daher bietet sich eine Einordnung *als sonstiges Recht* an, wobei dann zu fragen ist, ob den Passwörtern neben dem zugangs- und transaktionseröffnenden Nutzwert auch ein geldwerter Tauschwert zukommt. Stellt man auf den Täter ab, haben die Kennwörter nur in ihrem Kontext einen Wert: Die PIN ohne Kontonummer nutzt ihm nichts und ist insofern wertlos. Gegen eine Wertbeimessung spricht auch die Überlegung, die Bejahung eines Wertes und dessen konkrete Taxierung müsste sich in Abhängigkeit vom Kontostand des Opfers verändern – die PINs und TANs für ein bereits überzogenes resp. gesperrtes Konto sind für den Täter ebenfalls wertlos. Nur wenn er alle zugriffsberechtigten Datensätze zu einem transaktionsfähigen Konto in Händen hält, ist die Werthaltigkeit der Information gegeben. Die sich hieraus ergebenden Probleme, einen Wert in Abhängigkeit von der Deckung anzunehmen resp. in der Höhe zu bestimmen, sind in der Praxis kaum überwindbar und bergen ein Konfliktpotenzial mit dem Bestimmtheitsgrundsatz. So wird im Ergebnis eine Wertzumessung bzgl. der Kennwörter zu verneinen sein.

Wollte man dennoch eine Werthaltigkeit annehmen, hätte man sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob Besitz bzw. Kenntnis der Kennwörter eine von der Rechtsordnung anerkannte Position<sup>22</sup> und die Kennwortweitergabe ein Rechtsgeschäft ist, das vor dem Hintergrund eines hypothetischen Tauschvertrages von seinem Inhalt her ein „rechtsmäßiges Rechtsgeschäft“<sup>23</sup> wäre. Zumindest Letzteres ist stark zu bezweifeln.

Wer auch hier (immer noch) keine Bedenken hat und im Ergebnis eine Werthaltigkeit bejaht, hätte zu prüfen, ob eine Vermögensverfügung stattfindet. Nach übereinstimmender Ansicht ist unter den Begriff jedes Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt zu subsumieren. Das heißt, nach dem Verfügungsverhalten des Opfers dürfte kein rechtswidriges Handeln des Täters oder eines Dritten erforderlich sein, um einen Vermögensverlust herbeizuführen<sup>24</sup>. Die Nutzung und der Einsatz der PIN gegenüber der

Bank stellt jedoch einen für sich sanktionierten rechtswidrigen (Zwischen-)Akt dar, sodass das Unmittelbarkeitskriterium beim Phishing nicht erfüllt wäre: Denn anders als beispielsweise die Leerung eines Tresors nach Erschleichen einer Geheimnummer – eine Literaturstimme bejaht in dieser Konstellation das Unmittelbarkeitskriterium<sup>25</sup> – muss der Täter beim Phishing noch eine Datenverarbeitung manipulieren, um die eigentliche vermögensschädigende Transaktion zu begründen<sup>26</sup>.

Sofern man (richtigerweise) einen Vermögenswert der Kennwörter ablehnt, ist an die „Tatvariante“ des Herbeiführens einer konkreten Vermögensgefährdung zu denken. Ob die Bekanntgabe der Kennwörter – der PIN, TAN und der Kontonummer – als Vermögensgefährdung gewertet werden kann, ist ebenfalls problematisch. Dies liegt insbesondere daran, dass sich in diesem Bereich eine breite Meinungsfront und eine z.T. wenig nachvollziehbare Judikatur ausgebildet haben. Die konkrete Gefährdung von Vermögenswerten ist ein Vermögensschaden im Sinne der Norm, wenn sie nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits eine Verschlechterung der gegenwärtigen Vermögenslage bedeutet<sup>27</sup>. Erforderlich ist die *nahe liegende* Gefahr des Vermögensverlustes<sup>28</sup>. Eine solche Lage könnte hier bestehen, denn mit der Preisgabe der Codewörter erlangt der Täter Kenntnis aller für die Transaktion und den Kontozugriff notwendigen Daten. Diese Überlegung ist insoweit neu, als der Phishing-Mißbrauch nunmehr völlig unabhängig von materiellen Datenträgern wie Scheck- und Codekarten ist.

Möglicherweise könnte der Annahme einer Gefahrenlage aber die nachträgliche, mithin sogar widerrechtliche Computermanipulation durch den Täter entgegenstehen. Vorliegend ist der Getäuschte in eine Situation geraten, in der der endgültige Verlust nicht mehr von seinem Zutun abhängt – die Nutzung der Kennwörter mit anschließender Transaktion erfolgt zeitversetzt durch den Täter ohne weitere Beteiligung des Opfers. Nach einer alten Literaturansicht<sup>29</sup> hätte man daher eine Vermögensgefährdung durchaus bejahen können, denn der endgültige Vermögensverlust hängt nicht mehr vom Handeln des Opfers ab.

Dieses Ergebnis kann in dieser Absolutheit jedoch heute nicht unreflektiert zugrunde gelegt werden. Rechtsprechung und Literatur sind sich weitgehend uneinig, wann eine Gefahr bejaht werden kann: Nach der Literatur<sup>30</sup> soll das bloße Schaffen einer Möglichkeit, das Opfer demnächst in Anspruch zu nehmen, der Annahme einer Gefahr entgegenstehen. Demgegenüber stellt die Rechtsprechung klar heraus<sup>31</sup>, dass der Gefahrenannahme eine

<sup>21</sup> SK-Horn, (Fn. 19), § 263 Rdnr. 119ff.

<sup>22</sup> Zu diesem Merkmal vgl. bei Gallandi in Achenbach/Wannemacher, (Fn. 20), § 21 I Rdnr. 150f.; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl. 2003, § 263 Rdnr. 64ff.

<sup>23</sup> SK-Horn, (Fn. 19), § 263 Rdnr. 118, 121, 124.

<sup>24</sup> Gallandi in Achenbach/Wannemacher, (Fn. 20), § 21 I Rdnr. 152; Krey, BT2, Rdnr. 386; SK-Horn, (Fn. 19), § 263 Rdnr. 162.

<sup>25</sup> SK-Horn, (Fn. 19), § 263 Rdnr. 162.

<sup>26</sup> A.A. bei Tröndle/Fischer (Fn. 22) § 263 Rdnr. 46 für die Preisgabe einer Codekarten-PIN.

<sup>27</sup> Schönke/Schröder-Cramer, (Fn. 15), § 263 Rdnr. 143.

<sup>28</sup> BGHSt 34, 394, 395.

<sup>29</sup> Schönke/Schröder-Schröder, (Fn. 15), § 263 Rdnr. 100.

<sup>30</sup> Nachweise bei Schönke/Schröder-Cramer, (Fn. 15), § 263 Rdnr. 145.

<sup>31</sup> BGHSt 6, 115, 117.

der Verfügung nachfolgende Täterhandlung nicht entgegensteht. Besonders deutlich wird die diametrale Bewertung am Beispiel der Übergabe eines Scheckbuches an einen zum Missbrauch entschlossenen Täter: Die Literatur verneint<sup>32</sup>, die Rechtsprechung<sup>33</sup> bejaht eine Gefahrensituation. Es ist also fraglich, welchem Meinungslager hier zu folgen ist.

Meines Erachtens liegt es nahe, sich für eine *Vermögensgefährdung* auszusprechen: Denn dem Täter sind alle Informationen bekannt, um in den Genuss des zu transferierenden Geldes zu gelangen. Diese Konstellation weist Parallelen zu den Fällen auf, in denen die Bank aufgrund einer Täuschung ihrem zahlungsunwilligen Kunden eine EC-Karte samt Euro-Schecks aushändigte<sup>34</sup>: Eine konkrete Vermögensgefährdung wurde vom BGH angenommen, weil der Täter alle „Schlüssel“ in der Hand hielt und zur Erlangung des Vorteils nur noch aktiv werden musste. Durch den Gebrauch der erlangten Informationen wird die Gefährdungslage weiter konkretisiert und zum Schadenseintritt vertieft. Festzustellen bleibt: Eine konkrete Vermögensgefährdung kann bejaht werden.

Die Anwendung des Rechtsinstituts der sog. „mehraktigen bzw. gestreckten Verfügung“, nach dem auch in jenen Konstellationen ein Betrug annehmbar ist, in denen die endgültige Schädigung erst herbeigeführt wird durch (mind. zwei) aufeinander folgende Einzelakte (erster Akt durch den Getäuschten, weiterer Akt durch ein Handeln einer weiteren Person)<sup>35</sup>, ist nicht erforderlich, denn die Bekanntgabe der PIN stellt bereits eine Vermögensgefährdung dar, sodass es keines weiteren Aktes bedarf, um den Betrugstatbestand zu erfüllen.

Bei alledem bleibt ein Praxisproblem: Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung kann nämlich nur dann vom Gericht bejaht werden, wenn die sie begründenden Tatsachen feststehen, nicht aber dann, wenn sie möglicherweise oder höchstwahrscheinlich vorliegen<sup>36</sup>. Daher wird man in der Praxis vermehrt zu Versuchsstrafbarkeiten gelangen.

Abschließend ist noch ein Blick auf das Konkurrenzverhältnis der Tatbestände des Betrugs und des Computerbetrugs zu werfen: Auch dieses ist umstritten<sup>37</sup>. Nach einer Ansicht soll ein Subsidiaritätsverhältnis anzunehmen sein<sup>38</sup>, da eine Wertgleichheit bzgl. des verwirklichten Unrechts bestehe. M.E. spricht gegen eine Gesetzeskonkurrenz nicht zuletzt der Umstand, dass sich die Taten gegen zwei Rechtgutträger richten. Der Betrug rich-

tete sich gegen den Passwort-/ Kontoinhaber – mit dem Computerbetrug greift der Täter primär das Vermögen des Geldinstituts an, das den Betrag aus *seinem* Vermögen „ausfolgt“<sup>39</sup>.

## C. Probleme durch Grenzüberschreitung

Würden die Täter aus Deutschland über das intradeutsche Datennetz bei exklusiver Nutzung deutscher Server agieren, ergäben sich keine Besonderheiten für die Strafverfolgung. Sie obläge exklusiv der deutschen Gerichtsbarkeit nach § 3 iVm § 9 I StGB. Da jedoch der Tatverlauf regelmäßig Grenzüberschritte aufweist, muss überlegt werden, ob die Strafverfolgung auch beim internationalen Phishing der deutschen Justiz obliegt.

### 1. Betrug

Fokussiert man auf die tatbestandlichen Handlungen des Betrugers, hat man sich zunächst zu vergegenwärtigen, dass die Phishing-Mail im Ausland geschrieben und auf einen deutschen Mailserver gesendet wurde. In Deutschland liest das Opfer die Aufforderung zur Datenbekanntgabe, wird also getäuscht, irrt und offenbart seine Daten durch Eingabe – genauer: der Datenübermittlungsfreigabe – mittels eines in Deutschland stehenden Computers. Daran schließt sich die Übermittlung<sup>40</sup> ins Ausland an, wo die Daten wiederum auf den Täterserver zwischengespeichert werden und alsdann für den Täterzugriff zur Verfügung stehen. Räumlich können demnach die Wahrnehmung der E-Mail durch das Opfer, der resultierende Irrtum, die Vermögensverfügung sowie die Vermögensgefährdung dem Hoheitsgebiet Deutschlands zugeordnet werden. Fraglich ist, ob dies für eine deutsche Verfolgungszuständigkeit ausreicht.

Für die Bestimmung der Strafverfolgungszuständigkeit können mehrere Begründungsansätze nutzbar gemacht werden. Im Folgenden werden einige dargestellt: Die in der Literatur und der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die Bewertung von Inlandstaten sind auf die Fälle der Internetkriminalität übertragbar<sup>41</sup>. Somit ist fraglich, ob der beschriebene Inlandsbezug hier ausreicht, um die Voraussetzungen der §§ 3, 9 StGB zu erfüllen. Nach dem Ubiquitätsprinzip (§ 9 I StGB) genügt es, wenn der *Tätigkeitsort* des Täters *oder* der *Erfolgsort* der Tat *im Inland* liegt.

Für die Festlegung des *Erfolgsortes* ist beim Betrug auf den im Inland eintretenden Vermögensschaden<sup>42</sup> resp.

<sup>32</sup> Schönke/Schröder-Cramer, (Fn. 15), § 263 Rdnr. 145.

<sup>33</sup> BGH 33, 244, 246; BGH 2 StR 260/01 vom 21.10.2001, III 2. abrufbar über <http://www.hrr-strafrecht.de>; BGH bei Dallinger in MDR 1953, 21.

<sup>34</sup> Vgl. Fn. 33 und dort insbesondere des o.g. Beschluss vom 21.10.2001.

<sup>35</sup> Vgl. LK-Tiedemann, StGB, 11. Auflage, 33. Ergänzungslieferung 2000, § 263 StGB, Rdnr. 111.

<sup>36</sup> BGH StV 1995, 24.

<sup>37</sup> Vgl. Tröndle/Fischer (Fn. 22), § 263a Rdnr. 23 – der für ein gegenseitiges Ausschlussverhältnis plädiert – sowie Lenckner/Winkelbauer, CR 1986, 654, 660f.

<sup>38</sup> LK-Tiedemann, (Fn. 35), § 263a StGB, Rdnr. 81.

<sup>39</sup> Vgl. BGHSt 38, 120, 122f. Ob die Bank ihrerseits einen Ersatzanspruch gegen den Kontoinhaber wegen einer etwaigen Pflichtverletzung bei der Aufbewahrung der Kennwörter hat, ist eine Frage des Einzelfalles, namentlich auch der regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgenommenen Risikoverteilung zwischen Kunde und Bank. Weitere Erwägungen zur Konkurrenzfrage bei BGH 1 StR 512/00, Beschluss vom 30.01.2001, (Fn. 18).

<sup>40</sup> Eine mögliche Strafbarkeit von Providern (Content-, Access-, Host- und Service-Provider) wird im Folgenden vernachlässigt.

<sup>41</sup> LK-Tiedemann, (Fn. 35), § 263 Rdnr. 334 a.E.

<sup>42</sup> LK-Tiedemann, (Fn. 35), § 263 Rdnr. 334.

die konkrete Vermögensgefährdung abzustellen. Diese liegt im Zeitpunkt der Vermögensverfügung im Moment der Datenein- und -übermittlungsfreigabe, der sich im Inland ereignet. Dem Täter kommt es auf diese Handlung besonders an: Seine ganze Handlung ist, insbesondere wegen der auf deutsche User abgestimmten<sup>43</sup> und an diese bewusst<sup>44</sup> gesendeten Phishing-Mails, auf einen deutschen Erfolgsort ausgerichtet. Diese Umstände, ergänzt durch die Sprachwahl und die für deutsche User spezifisch konzipierten Login-Täterhomepages stellen einen hinreichenden Anknüpfungspunkt für einen Inlandsbezug dar.

Der *Tätigkeitsort* bestimmt sich beim Betrug nach dem Ort, an welchem getäuscht wurde<sup>45</sup>. Dies korrespondiert mit dem Ansatz Esers<sup>46</sup>, wonach der Tätigkeitsort auch dort liegt, wo sich die (Tat-)Handlung zugleich entfaltet – wo sie also wahrgenommen<sup>47</sup> werden kann/ verfügbar gemacht wird<sup>48</sup>. Die idR auf einem deutschen Server zwischengespeicherten, auf die Userfestplatte heruntergeladene resp. dort abermals zwischengespeicherte Täter-E-Mail entfaltet ihre Wirkung bei ihrer Kenntnisnahme durch das Opfer: also im Inland. Auch hiernach wäre der Phishing-Betrug als Inlandstat zu beurteilen.

Möglicherweise könnte sich aber etwas anderes daraus ergeben, dass der Täter auf die Daten erst im Ausland zugreifen (Täterserver) kann. Die Bereicherung tritt demnach erst im Ausland ein. Eine Lösung lässt sich aus der Rechtsprechung des OLG Frankfurt<sup>49</sup> herleiten: Das Gericht hatte den quasi gespiegelten Fall zu bewerten, in dem nur die Bereicherung im Inland, alle anderen Tat-handlungen jedoch im Ausland stattfanden. Der Senat betonte, es sei für die Zuordnung nicht hinreichend, auf den Eintritt der Bereicherung abzustellen: Sofern der Vermögensschaden durch Täuschung im Ausland herbeigeführt wurde und nur die Bereicherung im Inland stattfand, läge gleichwohl eine Auslandstat vor. Was demnach zu einer Auslandstat führte, muss im umgekehrten Fall zu einer Inlandstat führen, sofern Täuschung, Irrtum, Verfügung und Vermögensgefährdung im Inland

<sup>43</sup> Hilgendorf NJW 1997, 1873, 1875.

<sup>44</sup> BGH NStZ 1994, 232, 232f.; Collardin CR 1995, 618, 629.

<sup>45</sup> LK-Tiedemann, (Fn. 35), § 263 Rdnr. 334.

<sup>46</sup> Schönke/ Schröder-Cramer, (Fn. 15), § 9 Rdnr. 4.

<sup>47</sup> Schönke/ Schröder-Cramer, (Fn. 15), § 9 Rdnr. 4.

<sup>48</sup> Idee der sog. Push-Technologie: vgl. bei Sieber NJW 1999, 2065, 2068ff.; vgl. hierzu auch Tröndle/Fischer, (Fn. 22), § 9 Rdnr. 7a.

<sup>49</sup> OLG Frankfurt wistra 1990, 271. Zu dieser Entscheidung vgl. auch bei BayObLG NJW 1992, 1248.

erfolgen. Dies ist vorliegend der Fall: Mithin lässt sich auch insoweit der Betrug als Inlandstat bewerten.

## 2. Computerbetrug

Bleibt noch zu überlegen, ob auch der nachfolgende Computerbetrug eine Inlandstat iSv § 3 StGB ist. War beim Betrug das Vermögen des Passwortberechtigten noch betroffen, wird beim Computerbetrug das Vermögen<sup>50</sup> der Bank bzw. des kontoführenden Unternehmens (beispielsweise Paypal, Internetdienstleister) geschädigt. Es handelt sich um ein Erfolgsdelikt, sodass auf den Erfolgsort (§ 9 StGB) abzustellen ist. Der tatbestandliche Erfolg tritt aufgrund des grenzüberschreitenden Überweisungs-, Zahlungs- resp. Geschäftsbesorgungsvertrages unmittelbar bzw. mittelbar<sup>51</sup> am inländischen Sitz des Geschädigten ein. Folglich begründet sich die deutsche Strafverfolgungszuständigkeit aus §§ 3, 9 StGB. Somit obliegt die Strafverfolgung des Internet-Phishings hinsichtlich beider Delikte der deutschen Justiz.

## IV. Resümee

Ungeachtet der aufgezeigten dogmatischen und praktischen Probleme hat sich zeigen lassen, dass das deutsche Strafrecht in seiner jetzigen Form das Internetphishing sanktioniert. Aus materiell-tatbestandlicher Sicht steht der Strafverfolgung durch die bundesdeutsche Justiz auch die bewusst von den Tätern gewählte Überschreitung der Staatsgrenzen nicht im Wege. Ob dies jedoch ausreicht, um eine effektive Sanktionierung der aus dem Ausland handelnden Täter zu erreichen, muss wegen des Dilemmas der die Staatsgrenzen überschreitenden Verfolgungsmöglichkeiten bezweifelt werden.

Fest steht jedoch: Der Neueinführung eines speziellen Phishing-Straftatbestandes bedarf es nicht.

\*\*\*

<sup>50</sup> Tröndle/Fischer, (Fn. 22), § 263a StGB, Rdnr. 2.

<sup>51</sup> Vgl. oben: Gliederungspunkt III.A.

## Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten im Strafverfahren

Von Rechtsreferendar **Stephan Schlegel**, Leipzig\*

Erst seit dem StVÄG 1999<sup>1</sup> ist in § 147 Abs. 7 StPO ein Recht des Beschuldigten auf Erteilung von Auszügen und Abschriften aus den Verfahrensakten verankert. Der Beitrag gibt einen Überblick über dieses besondere Verfahrensrecht des Beschuldigten insbesondere unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EGMR. Er begründet, warum das in Abs. 7 normierte Recht seiner Funktion nach und auch begrifflich der Akteneinsicht über den Verteidiger gleichsteht.

### 1. Die Bedeutung der Informationen aus den Verfahrensakten

Während der Beschuldigte im gemeinrechtlichen Strafverfahren noch als Objekt des Verfahrens angesehen wurde, betrachtet ihn die StPO als Verfahrenssubjekt, das den Verfahrensgang aktiv beeinflussen kann.<sup>2</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör sichert ihm schon von Verfassung wegen das Recht, zu den Tatsachen Stellung zu nehmen, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde legt.<sup>3</sup> Als Ausfluss dieses Rechtes<sup>4</sup> hat der Beschuldigte ein Beweisantragsrecht und es steht ihm ein aus dem Prinzip der Waffengleichheit abzuleitendes<sup>5</sup> Fragerecht zu (§ 240 II 1 i.V.m. I StPO; Art. 6 III lit. d EMRK). Der Beschuldigte hat aber auch das Recht zu schweigen um sich nicht selbst belasten zu müssen.<sup>6</sup>

Die Effektivität der Wahrnehmung dieser Rechte hängt freilich zu einem nicht unwesentlichen Teil vom *Zeitpunkt* und *Umfang* der Informationserlangung ab: Der Anspruch auf rechtliches Gehör setzt zwingend Kenntnisse darüber voraus, wozu Stellung genommen werden soll oder was der Hintergrund einer Aufforderung zu einer Stellungnahme ist. Das Beweisantragsrecht läuft faktisch leer, wenn dem Angeklagten in der Hauptverhandlung keine Zeit bleibt, selbst Beweismittel zu beschaffen<sup>7</sup>, das Fragerecht ist nur von eingeschränktem Wert, wenn Hintergrundwissen fehlt, um es auszuüben<sup>8</sup>,

\* Der Autor ist Rechtsreferendar in Sachsen und Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und europäisches Strafrecht von Prof. Dr. *Kleszczewski* an der Universität Leipzig. Besonderer Dank gilt Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers*/Zürich für die hilfreichen Kommentare und Anregungen.

<sup>1</sup> BGBl. I 2000 S. 1253.

<sup>2</sup> BVerfG 63, 380, 390; BGHSt 38, 372, 374; *Beulke* Strafprozessrecht, Rn 110.

<sup>3</sup> BVerfG 57, 250, 273 f; BVerfG 63, 45, 59 f.

<sup>4</sup> BVerfG 46, 315, 319; *Meyer-Göfner* § 244, 29.

<sup>5</sup> SK-StPO-Schlüchter § 240, 1.

<sup>6</sup> „Nemo tenetur“; vgl. dazu BVerfG 56, 37, 43 ff; BGHSt 38, 214, 220.

<sup>7</sup> Der Beweisantrag muss eine bestimmte Beweistatsache bezeichnen; vgl. BGH 39, 251; *Meyer-Göfner* § 244, 20.

<sup>8</sup> Vgl. *Dahs* (Hdb.) Rn. 584 der darauf hinweist, den Text von Gutachten genau zu studieren, weil darin Vorgänge verwertet

und über die Wahrnehmung des Schweigerechts kann nicht sinnvoll entschieden werden, wenn nicht beurteilt werden kann, ob auf Grund der Verfahrenslage Schweigen angebracht ist.<sup>9</sup>

Eine wirksame Verteidigung – auch durch den Beschuldigten selbst – ist mithin nur denkbar, wenn dieser die ihm zur Last gelegten Umstände kennt, er weiß worauf sich der Vorwurf gründet und welche Beweismittel vorhanden sind<sup>10</sup>, wenn somit eine ausreichende *breite* Informationsgrundlage besteht. Dabei ist der Beschuldigte aber auch darauf angewiesen, möglichst *frühzeitig* Informationen über die vorliegenden Beweisstücke zu erhalten, um seine Verteidigung selbst oder mit seinem Verteidiger umfassend vorzubereiten und ggf. Beweismittel beschaffen zu können.<sup>11</sup> Die umfassendste aber auch in zeitlicher Hinsicht beste Zugangsmöglichkeit zu den für die Verteidigung notwendigen Informationen bieten die Verfahrensakten. In der StPO eröffnet § 147 diese wichtige strafprozessuale Informationsquelle zunächst für den Verteidiger aber auch – worauf im Folgenden näher einzugehen sein wird – für den Beschuldigten. Das Akteneinsichtsrecht nach dieser Vorschrift stellt damit sicher, dass der Beschuldigte seine Rechte als Verfahrenssubjekt wahrnehmen kann.<sup>12</sup>

Das Akteneinsichtsrecht konkretisiert aber zugleich auch den Anspruch des Beschuldigten auf rechtliches Gehör.<sup>13</sup> Zwar kann dieser Anspruch aus Art. 103 I GG nicht alleinige Grundlage für eine Begründung eines Zuganges zu den Verfahrensakten sein<sup>14</sup>, denn zumindest in der Hauptverhandlung ist nach § 261 StPO das Urteil aus dem Inbegriff der Verhandlung zu schöpfen, d.h. dass grundsätzlich nur der mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff dem Urteil zugrunde gelegt werden darf.<sup>15</sup> Da Art 103 I GG lediglich verlangt, dass sich der Angeklagte zu den Tatsachen äußern kann, die das Gericht seiner Entscheidung zugrunde gelegt hat,<sup>16</sup> wäre damit eine Kenntnis des Akteninhaltes nicht erforderlich – ja sie könnte dem Angeklagten auf dieser Grundlage *allein* wohl sogar verweigert werden.<sup>17</sup>

Da aber die Wirksamkeit der Wahrnehmung der Verteidigungsrechte, wie schon dargelegt, auch vom Zeitpunkt und Umfang der Informationserlangung abhängt, ermög-

sein können, die zwar Akteninhalt, aber nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen sind.

<sup>9</sup> Vgl. zur Vorbereitung des Hauptverhandlung durch den Verteidiger *Dahs* (Hdb.) Rn. 447.

<sup>10</sup> BGHSt 29, 99; SK-StPO-Wohlers § 147, 1; LR-Lüderssen § 147, 1; KK-StPO-Laufhütte § 147, 1.

<sup>11</sup> Vgl. EGMR v. 12.3.2003, *Öcalan vs. Türkei*, Reports 2003, § 160 ff. = EuGRZ 2003, 472, 481; KK-StPO-Laufhütte § 147, 1.

<sup>12</sup> SK-StPO-Wohlers § 147, 1; LR-Lüderssen § 147, 2; HK-Julius § 147, 1; *Welp Peters-Festg.* 1984, S. 309.

<sup>13</sup> BVerfGE 18, 399, 404; LR-Lüderssen § 147, 2; AK-Stern § 147, 1; *Schäfer* NSTZ 1984, 203, 204.

<sup>14</sup> *Welp Peters-Festg.* 1984, S. 309; LR-Lüderssen § 147, 3.

<sup>15</sup> *Meyer-Göfner* § 261, 7.

<sup>16</sup> BVerfGE 57, 250, 273 f; 63, 45, 59 f; BGHSt 17, 387; 30, 141.

<sup>17</sup> RGSt 72, 268, 273 f; LR-Lüderssen § 147, 3; *Welp Peters-Festg.* 1984, S. 309; s. a. auch Fn. 23.

licht erst ein im Verlauf des *gesamten* Verfahrens bestehendes *Akteneinsichtsrecht* dem Beschuldigten und seinem Verteidiger den Gang des Verfahrens aktiv und effektiv zu beeinflussen.<sup>18</sup> Es gewährleistet eine „Parität des Wissens“<sup>19</sup> und damit auch Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Anklage. Damit konkretisiert das Akteneinsichtsrecht das aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit der der dem Beschuldigten gewährleisteten Subjektstellung das Recht<sup>20</sup> auf ein *fairer Strafverfahren*.<sup>21</sup> Indem es dem Beschuldigten ermöglicht, in Kenntnis der vorliegenden Beweismittel eigene beizubringen, dient das Akteneinsichtsrecht darüber hinaus auch der materiellen Wahrheit und verhindert Fehlurteile.<sup>22</sup>

Der Zugang zu den Akten im Strafverfahren ist somit eine *notwendige Bedingung* für die effektive Wahrnehmung von Beschuldigtenrechten: Ohne sie ist ein am Prinzip der Waffengleichheit orientiertes *fairer Verfahren* nicht denkbar.<sup>23</sup>

## 2. Die Entwicklung des Akteninformationsrechts des Beschuldigten

### a) Die Interpretation des § 147 StPO bis zum StVÄG 1999

Ein spezielles Akteninformationsrecht des Beschuldigten, welches dieser allein wahrnehmen konnte, war lange Zeit in der StPO nicht ausdrücklich geregelt. Dem Wortlaut von § 147 StPO nach, war der Verteidiger befugt die Akten einzusehen:

§ 147 I StPO: „Der Verteidiger ist befugt, die Akten, die dem Gericht vorliegen oder diesem im Falle der Erhebung der Anklage vorzulegen wären, einzusehen sowie amtlich verwahrte Beweisstücke zu besichtigen.“

Daraus wurde teilweise gefolgert, dass der Beschuldigte keinen Anspruch auf Akteneinsicht habe, ja sogar, dass das in § 147 StPO niedergelegte Recht ein alleiniges, eigenes Recht der Verteidigung sei.<sup>24</sup> Begründet wurde die Beschränkung auf den Verteidiger damit, dass nur der Verteidiger Gewähr dafür bietet, dass die Akten nicht beschädigt werden. Außerdem könne vom Verteidiger

<sup>18</sup> LR-Lüderssen § 147, 4.

<sup>19</sup> Welp Peters-Festg. 1984, S. 309.

<sup>20</sup> BVerfGE 57, 250, 274 f.; 63, 45, 61.

<sup>21</sup> OLG Brandenburg StV 1996, 7, 8; SK-StPO-Wohlers § 147, 1; LR-Lüderssen § 147, 4; AK-StPO-Stern § 147, 1; Burhoff HRRS 2003, 182; Wasserburg NJW 1980, 2242 und NSZ 1981, 211.

<sup>22</sup> LR-Lüderssen § 147, 4; Wasserburg NSZ 1981, 211.

<sup>23</sup> Vgl. insoweit auch zur Rechtsprechung des EGMR, der den Offenlegungsanspruch bzw. das Recht auf Akteneinsicht als konstitutive Erfordernisse der Waffengleichheit und des rechtlichen Gehörs anerkennt m.w.N. Gaede HRRS 2004, 44 ff.

<sup>24</sup> LG Mainz 1999, 1271; LG Göttingen StV 1996, 166; Beulke (Verteidiger) S. 142; Isele BRAO 1976 S. 750.

erwartet werden, dass er sein Wissen nicht im vollen Umfang an den Beschuldigten weitergebe.<sup>25</sup>

Beide Argumente für eine Beschränkung der Akteneinsicht auf den Verteidiger waren und sind aber nur scheinbar überzeugend: so ermöglicht es die seit längerer Zeit vorhandene Kopiertechnik, dem Beschuldigten einen Aktenzugang zu verschaffen, ohne dass die Gefahr der Beschädigung der Akten besteht, gleichwohl wird ein Anspruch auf die amtliche Erstellung von Kopien für Verteidigung abgelehnt,<sup>26</sup> Hingegen wurde in vergangenen Jahrhunderten in denen Schriftstücke nur unter großem Aufwand reproduzierbar waren, dem Verteidiger und dem Beschuldigte teilweise das Recht zugestanden, *direkt* die Verfahrensakten einzusehen.<sup>27</sup> Die Gefahr der Aktenbeschädigung durch den Beschuldigten ist somit nicht immer als erheblicher Grund angesehen worden, dessen Zugang zu den Akten *vollkommen* zu beschränken.

Das Argument, der „gefilterten“ Weitergabe der aus den Akten erlangten Information durch den Verteidiger an den Beschuldigten kann ebenfalls nicht überzeugen: Zum einen besteht die verfahrensmäßige Sicherung des § 147 II StPO, die es im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft ermöglicht, die Entscheidung über den Fortgang des Verfahrens eine sichere, von Manipulationen durch den beschuldigten ungetrübte Grundlage zu stellen<sup>28</sup>, indem sie im Ermittlungsverfahren den Zugang zu den Verfahrensakten beschränken kann. Daneben ist der Verteidiger, allgemein anerkannt, grundsätzlich *berechtigt* und sogar *verpflichtet*, alles was er durch die Akteneinsicht erfährt an den Beschuldigten weiterzugeben<sup>29</sup> und im selben Umfang, dem Beschuldigten Aktenauszüge oder Abschriften aus den Akten zu erteilen,<sup>30</sup> wenn er

<sup>25</sup> OLG Zweibrücken NJW 1977, 1699; LG Hamburg NJW 1993, 3152; Welp Peters-Festg. 1984, S. 312; Lobe JW 1926, 22725; 2726; Lüttger NJW 1951, 745.

<sup>26</sup> BVerfG AnwBl 1984, 261 m. abl. Anm. Schmidt AnwBl 1984, 261, 262; BGH bei Dallinger MDR 1975, 725 und MDR 1973, 371; BayObLG JR 1953, 465; KG Rpfleger 1983, 325; SK-StPO-Wohlers § 147, 82; KK-StPO-Laufhütte § 147, 10; Meyer-Göfner § 147, 6; AK-StPO-Stern § 147, 5 a.A. HK-Julius § 147, 10.

<sup>27</sup> Vgl. u.a. Cap. III § 24 Preuß. Criminalordnung von 1717: „... so soll dem *Inquisito* und dessen *Advocato*, auf deren Verlangen erlaubt seyn, die bis dahin in generali inquisitione ergangene Acta, in den Gerichten ein- und durchzusehen, und deren Nothdurfft daraus zu extrahieren ...“ zit. nach Meyer, Das Akteninformationsrecht des Beschuldigten, [Diss.] 2002, S. 9 Fn 49; dazu ausf.: Schulz Die Historische Entwicklung des Akteneinsichtsrechts, Diss. Marburg [1971].

<sup>28</sup> HK-Julius § 147, 3.

<sup>29</sup> BGHSt 29, 99, 102 mit Anm. Müller-Dietz JR und Kuckuck NJW 1980, 298; BGH bei Dallinger MDR 1968, 728; OLG Hamburg BRAK-Mitteilungen 1987, 163 mit Anm. Dahs; OLG Frankfurt NSZ 1981, 144; LR-Lüderssen § 147, 126; Meyer-Göfner § 147, 20; KK-StPO-Laufhütte § 147, 3, 12; AK-StPO-Stern § 147, 36; Fezer<sup>1</sup> 4/52; Krekeler wistra 1983, 47; Bode MDR 1981, 287; Lüttger NJW 1951, 744; Welp Peters-Festg. 1984, S. 316; Roxin § 19, 64; KMR-Müller § 147, 21; Peters § 29 V 2.

<sup>30</sup> Vgl. § 19 II BRAO; BGHSt 29, 99, 102; SK-StPO-Wohlers § 147, 78; LR-Lüderssen § 147, 126; Krekeler wistra 1983, 47;

auch dem Beschuldigten nicht die Originalakten, die ihm übersandt worden sind (§ 147 IV StPO), überlassen darf.<sup>31</sup> Insofern fehlt es gerade bei der Akteneinsicht über den Verteidiger in einem weiten Bereich an der zugeordneten *Filterwirkung* des Verteidigers.

Trotz der Schwäche der Begründungsansätze für eine Beschränkung der Akteneinsicht auf den Verteidiger, sah man die beiden aufgeführten Argumente lange Zeit als ausreichend an, dem unverteidigten Beschuldigten den Aktenzugang bis auf Ausnahmen<sup>32</sup> zu verwehren. Das gleichwohl erkannte Problem der mangelnden Fairness des Verfahrens<sup>33</sup> für den nicht verteidigten Beschuldigten versucht man dadurch abzumildern, dass in schwierigen Fällen, z.B. Wirtschaftsstrafsachen, Verfahren mit einer Vielzahl von Taten oder Zeugen, bei bedeutsamen Sachverständigengutachten<sup>34</sup> oder bei Verfahren vor dem erweiterten Schöffengericht die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung (§ 140 II) angenommen wird, um dem Beschuldigten einen umfassenden Zugang zu den in den Akten enthaltenen Informationen zu ermöglichen.<sup>35</sup>

Von der Frage, ob der Beschuldigte selbst, d.h. ohne Vermittlung durch den Verteidiger, Akteneinsicht erhalten dürfe, wurde aber schon längere Zeit die Frage getrennt, wessen Recht der Verteidiger gem. § 147 I StPO wahrnahm. Zumindest in Teilen der Rechtsprechung und Literatur war anerkannt, dass das Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO ein Recht des Beschuldigten ist, welches lediglich durch den Verteidiger wahrgenommen werde.<sup>36</sup> Dies war und ist zutreffend, denn das Akteneinsichtsrecht nach § 147 I StPO dient zwar auch dem Verteidiger, aber vor allem dem Beschuldigten.<sup>37</sup> Denn es gibt ihm über seinem Verteidiger die unter I. dargestellte Informationsgrundlage und ermöglicht ihm die Wahrnehmung seiner Stellung als Verfahrenssubjekt. Schon allein aus diesem Grund verbietet es sich im Hinblick auf § 147 I die Aussage zu treffen, der „Beschuldigte hat

keinen Anspruch auf Akteneinsicht“.<sup>38</sup> Zutreffend ist vielmehr, dass der Beschuldigte nach dem Wortlaut des § 147 Abs. 1 „kein Recht auf *unmittelbare* Akteneinsicht“ hat(te).

### b) Die Foucher-Entscheidung des EGMR<sup>39</sup> und das StVÄG 1999

Als Wendepunkt im überkommenen Verständnis des § 147 StPO lässt sich wohl der Fall *Foucher vs. Frankreich* vor dem EGMR ansehen: Der Gerichtshof entschied 1997  *einstimmig*, dass es eine Verletzung der Rechte des Beschuldigten auf faires Verfahren und Verteidigung durch sich selbst gem. Art. 6 I, III EMRK darstellt, wenn der Beschuldigte keinen Zugang zu den Verfahrensakten hat, um sich gegen die Anklage zu verteidigen.<sup>40</sup>

Gleichwohl beharrte die – wohl überwiegende – Rechtsprechung weiter auf den bisher angenommenen Restriktionen. So verweigerte das LG Mainz 1998 in Kenntnis der Auslegung des Art. 6 EMRK durch den EGMR dem Betroffenen die Akteneinsicht, mit der Begründung, dass es einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, um dem Beschuldigten Akteneinsicht zu gewähren, und eine Bindungswirkung der Rechtsprechung des EGMR für die nationalen Gerichte nicht vorhanden sei.<sup>41</sup>

Diese in zweierlei Hinsicht problematische Entscheidung zeigt zum einen ein unzutreffendes Verständnis des § 147 StPO als *Verbot* der Akteneinsicht an den Beschuldigten und zum anderen den Unwillen, eine konventionskonforme Auslegung des § 147 StPO überhaupt in Erwägung zu ziehen.<sup>42</sup> Damit verstieß das Gericht gegen seine durch den Gesetzgeber über das Zustimmungsgesetz zur EMRK ausgelöste Pflicht, die zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention und der Entscheidungen des EGMR, die entsprechenden Texte und Judikate bei der Rechtsanwendung zur Kenntnis zu nehmen und in den Willensbildungsprozess einfließen zu lassen. Denn es hätte im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang<sup>43</sup> einräumen können und müssen.

Lüttger NJW 1951, 744; KK-StPO-Laufhütte § 147, 12; HK-Julius § 147, 19; AK-StPO-Stern § 147, 36.

<sup>31</sup> OLG Frankfurt NJW 1965, 2312; SK-StPO-Wohlers § 147, 79; LR-Lüderssen § 147, 126; KK-StPO-Laufhütte § 147, 3; Meyer-Goßner § 147, 31; AK-StPO-Stern § 147, 38; HK-Julius § 147, 19; Dabs (Hdb.) Rn 255; Isele BRAO S. 753.

<sup>32</sup> Z.B. LG Hamburg NJW 1993, 3152: Sachen geringer Bedeutung z.B. Ordnungswidrigkeiten; das LG Ravensburg in NStZ 1996, 100 gab ein „Recht auf Akteneinsicht“ im Wege der Fotokopie zumindest bei „belastenden Beweisvorgängen“.

<sup>33</sup> So KK-StPO-Laufhütte § 140, 22.

<sup>34</sup> Dazu BGH StV 1986, 238.

<sup>35</sup> OLG Karlsruhe StV 1987, 518; OLG Karlsruhe StV 1991, 199; OLG Köln StV 1991, 294; BayObLG StV 1991, 294; OLG Koblenz StV 1993, 461; OLG Koblenz NStZ-RR 2000, 176; LG Tübingen StV 1999, 642; LG Cottbus StV 1999, 642; LG Düsseldorf StV 1999, 309; LG Magdeburg StV 1999, 532; LG Ravensburg NStZ 1996, 100; Meyer-Goßner § 140, 27; KK-StPO-Laufhütte § 147, 2, § 140, 22; HK-Julius § 147, 21

<sup>36</sup> BVerfGE 53, 207, 214; OLG Zweibrücken NJW 1977, 1699; SK-StPO-Wohlers § 147, 5 m.w.N. a.A. vgl. Fn 24.

<sup>37</sup> BVerfGE 62, 338, 343; OLG Zweibrücken NJW 1977, 1699; LR-Lüderssen § 147, 9; KK-StPO-Laufhütte § 147, 2; AK-StPO-Stern § 147, 3.

<sup>38</sup> BVerfGE 53, 207, 214; OLG Düsseldorf JZ 1986, 508; Meyer-Goßner § 147, 3.

<sup>39</sup> EGMR v. 18.3.1997, *Foucher vs. Frankreich*, Reports 1997-II = NStZ 1998, 426 m. zust. Anm. Deumeland und Böse StraFo 1999, 293.

<sup>40</sup> EGMR v. 18.3.1997, *Foucher vs. Frankreich*, Reports 1997-II, § 29 ff.; § 31: “It is necessary in the present case to ascertain whether the fact that Mr Foucher was denied access to his criminal file ... it constituted a violation of Article 6 para. 1 of the Convention taken together with Article 6 para. 3 (art. 6-3+6-1)”.

<sup>41</sup> LG Mainz NJW 1999, 1271.

<sup>42</sup> Dörr JuS 2000, 287. Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, gebietet es gerade die Verletzung von Völkerrecht durch die fehlerhafte Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen zu beseitigen oder zu verhindern; vgl. BVerfGE 18, 112, 121; 31, 58, 75 f; BVerfG HRRS 2004 Nr. 867; ausf. Gaede StV 2004, 46, 49 f. m.w.N.

<sup>43</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2004 Nr. 867 (LS 6 und 8)

Der mit dem StVÄG 1999 normierte Abs. 7 setzte dieser gegen Art. 6 EMRK verstößenden Rechtsprechung ein Ende<sup>44</sup> und verschaffte dem Beschuldigten *zumindest* einen Anspruch *auf Entscheidung* über die Erteilung von Auskünften und Abschriften:

§ 147 VII StPO: Dem Beschuldigten, der keinen Verteidiger hat, können Auskünfte und Abschriften aus den Akten erteilt werden, soweit nicht der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen. Absatz 5 und § 477 Abs. 5 gelten entsprechend.

### 3. Inhalt und Umfang des Akteninformationsrechts des Beschuldigten

Die neu eingefügte Vorschrift des Abs. 7 des § 147 StPO ist damit sehr restriktiv ausgefallen. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers und dem Wortlaut der Norm hat der Beschuldigte keinen Anspruch auf Akteneinsicht im Wege des Zuganges zu den Originalakten.<sup>45</sup> Nach § 147 VII StPO soll nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung der Erteilung von Auskünften oder Abschriften aus den Akten bestehen.<sup>46</sup> Fraglich ist damit zunächst, wie weit die Anwendungsgrenzen nach dem Wortlaut der Vorschrift zu ziehen sind und inwieweit nach der vorgehenden Grundlegung eine ggf. erweiterte, konventionskonforme Auslegung erforderlich ist.

#### a) Aktenbegriff

Das Recht des Beschuldigten nach § 147 VII StPO bezieht sich zunächst auf alle Akten, die auch der Verteidiger einsehen kann und die die Staatsanwaltschaft mit Erhebung der Anklage dem Gericht vorlegen muss (§§ 147 I, 199 II StPO).<sup>47</sup> Welche Akten dies im Einzelnen sind ist im Rahmen des § 147 I StPO lebhaft umstritten.<sup>48</sup> Es ist an dieser Stelle nicht zu klären, welchem Aktenbegriff zu folgen ist. Einigkeit besteht jedenfalls insoweit, als allgemein zu den Akten, auf die sich das Einsichtsrecht des Verteidigers erstreckt, „alle vom ersten Zugriff der Polizei (§ 163 StPO) gesammelten *be- und entlastenden* Schriftstücke<sup>49</sup>“ und „die nach Anklageerhebung entstandenen Aktenteile und die vom Gericht herangezogenen oder von der Staatsanwaltschaft nachgereichten Beiakten“ gezählt werden.<sup>50</sup>

<sup>44</sup> *Ambos* NStZ 2003, 14, 15 Fn 28.

<sup>45</sup> *Meyer-Gößner*, 4; *Dedy* StraFo 2001, 153.

<sup>46</sup> BT-Drs. 14/1484 S. 22.

<sup>47</sup> Die Aktenbegriffe der §§ 147, 199 II sind identisch; vgl. SK-StPO-Paeffgen § 199, 5; LR-Lüderssen § 147, 26; LR-Rieß § 199, 9.

<sup>48</sup> Vgl. zur Diskussion um den Aktenbegriff der §§ 147, 199 ausf. SK-StPO-Wohlers § 147, 24 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> Wozu auch Dateien, Ton- und Bildaufnahmen gehören; vgl. dazu SK-StPO-Wohlers § 147, 25 m.w.N.

<sup>50</sup> *Meyer-Gößner* § 147, 15; *KK-Laufhütte* § 147, 4; *AK-StPO-Stern* § 147, 13; *HK-Julius* § 147, 5 f.; *KMR-Müller* § 147, 3.

#### b) Die Entscheidung über die Gewährung von Informationen aus den Akten

Der Beschuldigte hat ausweislich des Wortlautes von Abs. 7 („... können ... erteilt werden ...“) nur einen Anspruch auf die Ausübung von Ermessen bezüglich der Erteilung von Auskünften und Abschriften. Da § 147 VII nicht nur dem allgemeinen Interesse, sondern vor allem dem Individualinteresse des Beschuldigten dienen soll, besteht dieser Anspruch als ein Anspruch auf *fehlerfreie*<sup>51</sup> *Ermessensausübung*. Ein solcher beinhaltet einen Anspruch dahingehend, dass überhaupt entschieden wird, und einen Anspruch darauf, dass Fehler bei der Ermessensausübung vermieden werden.<sup>52</sup> Hinsichtlich des Inhaltes der Ermessensentscheidung ist hier zwischen der Frage des „Ob“ der Erteilung von Informationen aus den Akten und der Frage des „Wie“ zu differenzieren.

Es bleibt im folgenden zu untersuchen, ob diese in § 147 VII StPO niedergelegte Ermessensausübung den Anforderungen an ein faires Verfahren i.S.d. Art. 6 I, III EMRK überhaupt genügen kann, wenn man eine unbegrenzte Ermessensausübung unter Berücksichtigung beliebiger Gründe zulassen würde und es möglich wäre, dem Beschuldigten den Zugang zu für seine Verteidigung wesentlichen Informationen zu unterbinden.

#### aa) Entschließungsermessen: Einschränkungen des Akteninformationsrechts des Beschuldigten

Der Gesetzeswortlaut verbietet zunächst eine unbegrenzte Ermessensausübung insoweit, als durch die Verwendung des Wortes „soweit“ einer weite Auslegung der Boden entzogen wird und nur die beiden aufgeführten Gründe, „Gefährdung des Untersuchungszweckes“ und „überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter“, eine Versagung des Akteninformationsrechtes rechtfertigen können.<sup>53</sup>

(1) Die Regelung, dass dem Beschuldigten im Hinblick auf eine *Gefährdung des Untersuchungszweckes* die Erteilung von Auskünften und Abschriften versagt werden kann, ist insoweit vergleichbar mit der in § 147 II StPO normierten Möglichkeit, dies dem Verteidiger zu verweigern. Eine Gefährdung des Untersuchungszweckes liegt regelmäßig dann vor, wenn die Ermittlungen durch den Beschuldigten gestört werden könnten<sup>54</sup> oder eine anvisierte Untersuchungshandlung nur durch Überraschung einen Erfolg verspricht.<sup>55</sup> So kann eine Information des Beschuldigten über den Akteninhalt dazu führen, dass er auf Zeugen oder Mitbeschuldigte einwirkt, sich ein Alibi ver- oder Beweismittel beiseite schafft.<sup>56</sup>

<sup>51</sup> *Ossenbühl* in Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage 1998, § 10 Rn 22.

<sup>52</sup> *Ossenbühl* a.a.O. (Fn 52) § 10 Rn 22.

<sup>53</sup> *Meyer*, a.a.O. (Fn 27), S. 191 f.

<sup>54</sup> *KK-StPO-Laufhütte* § 147, 13.

<sup>55</sup> *Meyer-Gößner* § 147, 25.

<sup>56</sup> *LR-Lüderssen* § 147, 133; *KK-StPO-Laufhütte* § 147, 12.

Solche legitimen Gründe rechtfertigen beim Verteidiger eine Versagung der Akteneinsicht<sup>57</sup> und können dies auch bei der Auskunftserteilung an den Beschuldigten. Dagegen stellt es keine Gefährdung des Untersuchungszweckes dar, wenn, der Beschuldigte auf Grund der begehrteten Information zulässige Rechtsmittel<sup>58</sup> nutzen könnte und dadurch auf das Verfahren einwirkt, denn der Untersuchungszweck kann schon denotwendig nicht gefährdet sein, wenn von Gesetzes wegen eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Untersuchung vorgesehen ist. Auch bloße technische Probleme (z.B. weil die Akten an die Polizeibehörden zum Zwecke weiterer Ermittlungen versandt worden sind) stellen keine Gefährdung des Untersuchungszweckes dar.<sup>59</sup>

Zweifelhaft ist, ob eine Versagung der Erteilung von Auskünften und Abschriften mit Berufung auf den Untersuchungszweck auch möglich ist, *nachdem der Abschluss der Ermittlungen* in den Akten vermerkt wurde (vgl. § 147 II StPO). Wenn der Verteidiger aber spätestens zu diesem Zeitpunkt berechtigt ist, an den Angeklagten Informationen über bevorstehende Zwangsmaßnahmen weiterzugeben<sup>60</sup> weil das Einsichtsrecht dann nicht mehr beschränkbar ist<sup>61</sup>, dann kann dies beim unverteidigten Beschuldigten nicht anders sein: Es ist zu diesem Zeitpunkt im Hinblick auf Art. 3 I GG kein Anhaltspunkt dafür erkennbar, wieso der unverteidigte Beschuldigte, der ein ihm gegebenes Recht auf Selbstverteidigung nach Art. 6 III lit. c EMRK wahrnimmt, schlechter gestellt sein darf, als der verteidigte Beschuldigte.<sup>62</sup> Insofern scheidet eine Berufung auf die Gefährdung des Untersuchungszweckes nach dem der Abschluss der Ermittlungen in den Akten vermerkt wurde, aus.

(2) Eine Beschränkung des Rechtes nach Abs. 7 soll aber auch unter Berufung auf *überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter* zulässig sein. Solche Interessen sollen insbesondere das Interesse an der Wahrung der Intimsphäre Dritter, der Schutz gefährdeter Zeugen oder die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen sein.<sup>63</sup> Auch Gründe des Datenschutzes<sup>64</sup> sollen gegen eine Erteilung von Auskünften und Abschriften sprechen können.

Die Subsumtion der genannten Interessen unter den Begriff des „überwiegenden schutzwürdigen Interesses Dritter“ erscheint freilich zweifelhaft: Denn die aufgeführten Interessen können beim *verteidigten* Beschuldigten regelmäßig gerade nicht eine Beschränkung der Informationsweitergabe durch den Verteidiger oder gar eine Unterbindung von dessen Akteneinsicht rechtfertigen – es besteht lediglich die Beschränkungsmöglichkeit nach § 147 Abs. 2 StPO wegen einer Gefährdung des Untersu-

chungszweckes. Auch hier ist eine an sachlichen Gründen orientierte Ungleichbehandlung des sich selbst verteidigenden Beschuldigten nicht erkennbar. Die Abwägungsentscheidung, die der Gesetzgeber beim verteidigten Beschuldigten zu den aufgeführten Interessen getroffen hat, kann beim unverteidigten nicht anders ausfallen. Insofern stellt sich die Frage ob der Geeignetheit und Konventionskonformität dieses Kriteriums überhaupt. Wo es *ausdrücklich von Gesetzes wegen* zulässig ist, verfahrensbezogene Informationen im Interesse Dritter zurückzuhalten<sup>65</sup>, liegt eine gesetzgeberische Wertentscheidung vor, die für den verteidigten Beschuldigten die Informationsgewinnung aus den Akten begrenzt.<sup>66</sup> Dem Gewicht dieser anerkannten Interessen muss der unbestimmte Rechtsbegriff der „überwiegenden Interessen Dritter“ i.S.d. Abs. 7 daher entsprechen, andernfalls können sie eine Beschränkung der Informationserlangung aus den Akten durch den unverteidigten Beschuldigten im Hinblick auf das Recht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 I, III EMRK nicht rechtfertigen<sup>67</sup>. Auch hier erschließt es sich im Hinblick auf Art. 3 I GG nicht, wieso es eine an sachlichen Kriterien ausgerichtete Differenzierung<sup>68</sup> darstellen soll, wenn der stärker schutzwürdige, weil unerfahrene, Beschuldigte, der ein ihm gegebenes prozessuales Recht auf Selbstverteidigung wahrnimmt, schlechter stehen soll, als der verteidigte Beschuldigte.

#### **bb) Gegen Ausnahme zur Beschränkungsmöglichkeit nach Abs. 7: Abs. 3 und 6?**

Umstritten ist die Anwendbarkeit des Abs. 3 und des Abs. 6 von § 147 StPO im Rahmen des Abs. 7, da es an einer ausdrücklichen Verweisung fehlt.<sup>69</sup> Nach § 147 III StPO darf dem Verteidiger die Einsicht in die Niederschriften über die Vernehmung des Beschuldigten und über solche richterlichen Untersuchungshandlungen, bei denen dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet worden ist oder hätte gestattet werden müssen, sowie in die Gutachten von Sachverständigen in keiner Lage des Verfahrens versagt werden. Auch hier sind grundsätzlich keine sachlichen Gründe erkennbar, die eine Benachteiligung des unverteidigten Beschuldigten gegenüber dem verteidigten rechtfertigen können. Denkbar wäre dies allenfalls in absoluten Ausnahmefällen, so, wenn z.B. die Bekanntgabe des Inhaltes eines psychologischen Gutachtens zu schweren Schäden beim Beschuldigten<sup>70</sup> führen würde.

<sup>57</sup> Vgl. ausf. SK-StPO-Wohlers § 147, 96.

<sup>58</sup> Z.B. § 98 II 2 StPO.

<sup>59</sup> LR-Lüderssen § 147, 132.

<sup>60</sup> OLG Hamburg StV 1991, 551

<sup>61</sup> BGH NStZ 1998, 97; LG Köln StV 1987, 381 f.

<sup>62</sup> Vgl. hier Frohn GA 1984, 554, 564; Welp Peters-Festg. S. 309, 312.

<sup>63</sup> BT-Drs. 14/1484 S. 22; Meyer-Gößner § 147, 4.

<sup>64</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 374.

<sup>65</sup> Z.B. durch Sperrerklärungen nach § 96; Zeugenschutz § 68 II f.; verdeckte Ermittler: § 110d II 2.

<sup>66</sup> Die Wertentscheidung für Zurückhaltung von Information muss dabei jedoch – insbesondere bei einer fort dauernden Zurückhaltung von Informationen – wiederum selbst mit Verfassungsrecht und der EMRK vereinbar sein, vgl. BVerfGE 57, 250 ff.; BGH StraFo 2004, 138 ff. und zu Art. 6 EMRK Gaede HRRS 2004, 44 ff.

<sup>67</sup> SK-StPO-Wohlers § 147, 14.

<sup>68</sup> BVerfGE 88, 87, 96; 91, 389, 401; 95, 267, 316.

<sup>69</sup> Für eine analoge Anwendung: Meyer a.a.O. (Fn 27), S. 242 ff.

<sup>70</sup> So Tzschaschel NJW 1990, 749, 750 f: für eine Beschränkung der Informationsweitergabe durch den Verteidiger.

Hinzu kommt, dass Abs. 7 S. 2 eine entsprechende Anwendung des Abs. 5 anordnet. Dessen Satz 2 eröffnet den Rechtsschutz gegen die Versagung der Einsicht in die besonderen Urkunden nach Abs. 3. Wenn aber eine *konkrete* Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Versagung besteht, muss auch ein *Recht* bestehen. Insoweit muss man auch hier dem unverteidigten Beschuldigten einen aus Gründen des Untersuchungszweckes nicht beschränkbar Anspruch auf Erteilung von Auskünften und Abschriften der Urkunden nach Abs. 3 zugestehen.<sup>71</sup>

Ähnliches gilt für Abs. 6. Die Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft nach Abs. 6 soll ihrem Sinngehalt nach wiederholte, aussichtslose Anträge der Verteidigung verhindern.<sup>72</sup> Ein solches Interesse hat aber auch der unverteidigte Beschuldigte. Denn auch er will erfahren, wann eine Gefährdung des Untersuchungszweckes nicht mehr besteht und er Auskunft bezüglich des Inhaltes der Verfahrensakten erhalten kann. Insoweit muss auch der Beschuldigte informiert werden, wenn seinem zuvor abgelehnten Gesuch auf Akteninformation entsprochen werden kann.

### cc) Zwischenergebnis

Ausgehend von dieser Positionsbestimmung des Rechtes des Beschuldigten lässt sich hinsichtlich des Entschließungsermessens im Hinblick auf die Vorgaben der EMRK und des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes des Art. 3 I GG eine weitgehende *Bindung* konstatieren. Diese lässt bei der Entscheidung über das „Ob“ der Informationsgewährung dann keine andere Entscheidung als die Gewährung der gewünschten Information zu, , reduziert das Ermessen mithin auf Null<sup>73</sup>, wenn ein verteidigter Beschuldigter in der Lage des unverteidigten Beschuldigten über seinen Verteidiger umfassende Auskunft über den Akteninhalt hätte erhalten können.

### dd) Auswahlermessen: Die Form der Auskünfte und Abschriften

Dem Beschuldigten können nach Abs. 7 Auskünfte und Abschriften erteilt werden. Damit eröffnet der Wortlaut zunächst auch die Möglichkeit *mündlicher* Auskünfte. Zweifelhaft ist, in welchem Umfang die Erteilung von *mündlichen* Auskünften ausreichend ist. Im Hinblick auf Art. 5 IV EMRK hat der EGMR im Gegensatz zum BVerfG<sup>74</sup> die Erteilung von mündlichen Auskünften beim inhaftierten, verteidigten Beschuldigten regelmäßig nicht ausreichen lassen.<sup>75</sup> Dieser Gedanke kommt auch

im Wortlaut<sup>76</sup> der *Foucher*-Entscheidung zum Ausdruck, wenn die Wichtigkeit der Erteilung einer Kopie der das Verfahren entscheidenden Urkunde an dem Beschuldigten betont wird.

Wenn der Verteidiger regelmäßig seine Arbeit nicht lediglich Anhand von Notizen<sup>77</sup> erledigen kann und deshalb Kopien der Akten anfertigen wird, dann kann nicht von einem sich selbst verteidigenden Laien erwartet werden, dass er seine Verteidigung lediglich auf mündliche Auskünfte hin sachgerecht durchführen kann. Insofern wird man, wenn es sich um nicht lediglich *sehr einfache* Sachverhalte handelt, jedenfalls immer einen Anspruch auf Erteilung von Abschriften, d.h. Kopien<sup>78</sup> bejahen müssen.

Dagegen ist das im Abs. 7 deutlich werdende Kriterium der Wahrung der *Integrität* der Akten ein legitimes Interesse, dient es doch auch einer wirksamen Strafverfolgung als wesentlicher Auftrag eines staatlichen Gemeinwesens<sup>79</sup>, das zwar nicht geeignet ist die *Informationserlangung* aus den Akten zu hindern, dass aber grundsätzlich geeignet ist gegen eine Akteneinsicht des Beschuldigten im Wege des Zuganges zu den Originalakten zu sprechen, wenn auch diese in Sonderfällen durchaus zulässig sein kann<sup>80</sup>, denn § 147 I StPO stellt kein Verbot der Akteneinsichtsgewährung an den Beschuldigten dar.<sup>81</sup>

### ee) Zusammenfassung: Das Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten nach Abs. 7 als echtes Akteneinsichtsrecht

Zusammenfassend lässt sich somit feststellen, dass das Informationsrecht des Beschuldigten nach Abs. 7 dem Akteneinsichtsrecht des verteidigten Beschuldigten, welches dieser über seinen Verteidiger wahrnehmen kann, wesensgleich ist und lediglich den Einschränkungen unterliegen kann, den auch das Einsichtsrecht des verteidigten Beschuldigten unterliegt. Wenn aber die Gewährung von Abschriften und Fotokopien an den Verteidiger ein Unterfall der Akteneinsicht ist<sup>82</sup>, dann stellt das Informationsrecht des Beschuldigten nichts anderes als einen speziellen, auf Grund der Stellung des Beschuldigten unter besondere Bedingungen gestellten Fall der *Akteneinsicht* dar.

<sup>71</sup> SK-StPO-Wohlers § 147, 15.

<sup>72</sup> Meyer-Goßner § 147, 27.

<sup>73</sup> Meyer, a.a.O. (Fn. 27), S. 191 ff. insb. S. 204.

<sup>74</sup> BVerfG StV 1994, 465: nur wenn mündl. nicht mehr vermittelbar.

<sup>75</sup> EGMR v. 13. 2. 2001, *Lietzow v. Deutschland*, § 44 = StV 2001, 201; EGMR v. 13.02.2001, *Garcia Alva v. Deutschland*, § 42 = StV 2001, 205; EGMR v. 13. 2. 2001, *Schöps v. Deutschland*, § 52 = StV 2001, 205 jeweils m. Anm. Kempf StV 2001, 206; Meyer-Goßner § 147, 25a; vgl. weiter zur Akteneinsicht beim inhaftierten Beschuldigten: EGMR *Shishkov v. Bulgarien*, HRRS 2004 Nr. 1000 (in dieser Ausgabe).

<sup>76</sup> EGMR v. 18.3.1997, *Foucher vs. Frankreich*, Reports 1997-II: „§ 36 The Court, like the Commission, therefore considers that it was important for the applicant to have access to his case file and to obtain a copy of the documents it contained in order to be able to challenge the official report concerning him.“

<sup>77</sup> LR-Lüderssen § 147, 102.

<sup>78</sup> Der Begriff der Abschrift assoziiert leider noch einen mit „Federkielen bewaffneten Kanzleiangestellten“ so Welp Peters-Festg. 1984, S. 315.

<sup>79</sup> BVerfGE 29, 183, 194; 77, 65, 76; 80, 367, 375; 100, 313, 388 f.

<sup>80</sup> vgl. m.N. Fn 86.

<sup>81</sup> Vgl. o. I.

<sup>82</sup> OLG Hamm NJW 1985, 2040, 2041; OLG Köln NJW 1985, 336, 337; Meyer-Goßner § 147, 6.

#### 4. Die Beschränkung auf den unverteidigten Beschuldigten

Das Recht nach § 147 VII StPO soll sich ausweislich des Wortlautes nur auf den unverteidigten Beschuldigten beziehen.<sup>83</sup> Für die Frage ob auch der verteidigte Beschuldigte die Rechte aus Abs. 7 in Anspruch nehmen kann, erweist sich die gesetzgeberische Begründung als unergiebig, verweist sie doch lediglich auf die Verfahrensökonomie.<sup>84</sup> Freilich wird man diese Beschränkung im Hinblick darauf, dass der Beschuldigte über seinen Verteidiger die Möglichkeit hat, den Inhalt der Akten zur angemessenen Vorbereitung seiner Verteidigung zu nutzen<sup>85</sup>, prinzipiell akzeptieren müssen.<sup>86</sup> Eine solche gesetzliche Regelung ist zumindest mit dem Recht auf Verteidigung nach Art. 6 III b EMRK vereinbar.<sup>87</sup> Jedoch sind auch hier Fälle denkbar, in denen es im Hinblick auf eine effektive Verteidigung gerade geboten ist, auch dem verteidigten Beschuldigten die Einsicht neben dem Verteidiger zu gestatten: So wird man einen solchen Anspruch immer dann annehmen müssen, wenn der Be-

<sup>83</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2001, 374; KK-StPO-Laufhütte § 147, 2.

<sup>84</sup> vgl. BT-Drs. 14/1484 S. 22.

<sup>85</sup> Vgl. dazu oben Fn. 30 und 31.

<sup>86</sup> SK-StPO-Wohlers § 147, 12.

<sup>87</sup> EGMR *Kamasinski v. Österreich*, 19. Dezember 1989, Series A no. 168, p. 39, para. 88, EGMR *Kremzow v. Österreich*, 21. September 1993, Series A no. 268-B, p. 42, para. 52.

schuldigte auf Grund seines Kenntnisstandes und des Umfangs des Verfahrens besser als seine Verteidiger in der Lage ist, die Akten zu verstehen<sup>88</sup> und mit deren Kenntnis eine effektivere Verteidigung vorzubereiten.<sup>89</sup>

#### 5. Fazit

Das Recht des unverteidigten Beschuldigten nach § 147 VII StPO steht seiner Zweckbestimmung nach dem Recht des verteidigten Beschuldigten auf Akteneinsicht über seinen Verteidiger nach § 147 I StPO gleich. Der unverteidigte Beschuldigte hat, wegen seines Rechtes auf Selbstverteidigung (Art. 6 III lit. b EMRK), einen Anspruch darauf, die Inhalte der Ermittlungsakten in gleichem Umfang nutzen zu können, wie der verteidigte Beschuldigte. Unter bestimmten Voraussetzungen hat somit auch der verteidigte Beschuldigte einen Anspruch auf unmittelbaren, d.h. nicht durch einen Verteidiger vermittelten, Zugang zu den Akten.

<sup>88</sup> OLG Frankfurt StV 2001, 611, 612: Telefonüberwachung.

<sup>89</sup> Vgl. EGMR v. 12.3.2003, *Öcalan vs. Türkei*, Reports 2003, § 161 = EuGRZ 2003, 472, 481; vgl. auch OLG Schleswig SchlHA bei *Ernesti/Lorenzen* 1986, 105; OLG Zweibrücken NJW 1977, 1699; SK-StPO-Wohlers § 147, 12; *Krekeler* wistra 1983, 43, 46; KK-OWiG-Kurz § 60, 96; vgl. auch zum allg. Gebot, gemäß Art. 6 EMRK stets eine konkrete und wirksame Verteidigung zu gewähren, m.w.N. *Gaede* ZStW 115 (2003), 845, 858 ff., 867 ff.

### Schrifttum

Werner Beulke, **Strafprozessrecht**, 7., neu bearbeitete Auflage, 2004, 20,50 €, 352 Seiten, Heidelberg: C.F.Müller. ISBN 3-8114-9005-2.

Das Strafprozessrechtslehrbuch von Werner Beulke nimmt nicht erst seit kurzem einen führenden Platz in der Ausbildungsliteratur zum Strafprozessrecht ein. Von einer Vorstellung der Publikation als solcher kann der Rezensent daher weitgehend absehen. Nach wie vor stellt Beulke über insgesamt 33 Kapitel das Strafprozessrecht unter Orientierung an einleitenden Fallbeispielen dar. Abschließend gibt er Hinweise zur strafprozessualen Fallbearbeitung. Das Buch nimmt hierfür gut 350 Seiten in Anspruch, es zeichnet sich durch das übersichtliche Druckbild der erfolgreichen Schwerpunktreihe des C.F.Müller-Verlages aus. Nimmt man die nach der Erstauflage aus dem Jahr 1994 nunmehr bereits siebte Auflage zum Anlass für eine Rezension, so müssen zum überzeugenden didaktischen Konzept des Buches und seiner gelungenen Umsetzung kaum noch Worte der Wiederholung verloren werden. Der Erfolg des Buches erscheint auch dem Rezensenten, der sich selbst mit einer Voraufgabe dem Strafprozessrecht genähert hat, nicht als Zufall. Vielmehr wird dem Leser eine verständliche, aktuelle und nicht bloß oberflächliche Einführung in das Straf-

prozessrecht gegeben. Das Lehrbuch setzt dabei – erklärtermaßen – Schwerpunkte. Es enthält folglich nicht die ausdrückliche Antwort auf alle Fragen, die sich in der strafprozessualen Ausbildung gerade auch im zweiten Staatsexamen stellen könnten (knapp etwa die Rn. 126a, 339). Weit mehr hervorhebenswert erscheint dem Rezensenten hingegen, wie überzeugend die Schwerpunktsetzung gelungen ist. Zudem nimmt Beulke in Neuauflagen eine echte Aktualisierung seiner Ausführungen vor, wodurch er die gewählten Schwerpunkte und die angesprochenen Fragen auf aktuellem (examensrelevanten) Stand hält. So schlägt sich etwa die gestiegene Bedeutung der EMRK und der Europäisierung des Strafverfahrens im Rahmen der EU (Rn. 9 ff.) bei Beulke nieder. Auch die jüngere Rechtsprechung des BGH zum Strafklageverbrauch bei § 153 Abs. 2 StPO (Rn. 336) und zum Rechtsmittelverzicht bei Verfahrensabsprachen wird bereits behandelt (Rn. 396a, 544). Neuere Gesetzgebung wie das Opferrechtsreformgesetz und die Entscheidung des BVerfG zum Großen Lauschangriff sind bereits eingearbeitet. Ebenso ist ganz allgemein festzustellen, dass Beulke und das von ihm ausgiebig gelobte Lehrstuhlteam (vgl. die Vorworte) trotz der eher vorsichtigen Ankündigungen im Vorwort tatsächlich doch auf einen sehr geeigneten Nachweis neuerer Literatur und neuerer Rechtsprechung verweisen können. Der Weg zu gut ausge-

wählter weiterführender Literatur erscheint flächendeckend gewährleistet.

Ist das Buch mithin auch in der siebenten Auflage ein uneingeschränkt empfehlenswertes und zudem noch preiswertes Lehrbuch, so bleibt nur noch die Frage zu stellen, was die Lehre selbst von der aktuellen Auflage erwarten darf. Auch die siebte Auflage bleibt ein Lehrbuch, das für den Studenten oder auch den Referendar tatsächlich auch zu bewältigen ist. Nach dem Eindruck des Rezensenten liegt damit zwar nicht das von Rieß vor Jahren angemahnte große Lehrbuch zum Strafprozessrecht vor. Gleichwohl lassen sich oftmals präzise Stellungnahmen zu aktuellen und/oder grundlegenden Problemfragen des heutigen Strafprozessrechts auffinden (vgl. etwa Rn. 74, 118, 130, 134a, 155a, 166, 242, 336, 396a, 420 f., 430m), die dem Rezensenten auch wegen ihrer ausnahmslosen Aktualität so manches Mal im Vergleich mit den Stellungnahmen in vermeintlich größeren Lehrbüchern weiterführender scheinen. Zumal auch durch die Lektüre des gesamten Buches deutlich wird, wie erfolgreich Beulke bei der Betreuung strafprozessualer Abhandlungen ist, sollte der Blick in das Lehrbuch zum Standard bei der wissenschaftlichen Bearbeitung strafprozessualer Fragen gehören, selbst wenn man nicht stets die auf knappem Raum dargelegte Auffassung Beulkes teilen mag. Jedenfalls dem Rezensenten erscheint der Rückgriff auf das stets aktuelle Lehrbuch Beulkes unverzichtbar. Selbst wenn ihn die Ausführungen Beulkes bisweilen auch zum Widerspruch reizen (vgl. etwa die Darlegungen zu den Verteidigertheorien, insbes. Rn. 150 ff.), so ist doch der „Griff zum Beulke“ ganz regelmäßig sehr ertragreich.

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

\*\*\*

**Alexander Eberth und Eckhardt Müller, Verteidigung in Betäubungsmittelstrafsachen**, 4., neu bearbeitete Auflage (2004). XVII, 214 Seiten. Kartoniert. 39,90 €. ISBN 3-8114-3057-2. Praxis der Strafverteidigung, Band 4. C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm.

Schon drei Jahre nach dem Erscheinen der 3. Aufl. des bewährten Praxishandbuchs der beiden erfahrenen Münchner Strafverteidigerkollegen Eberth und Müller erscheint - mit Stand vom Juli 2004 - die Neubearbeitete 4. Aufl. des Werkes. Eine Neuauflage war umso mehr zu rechtfertigen, als der Band 4 der Praxis der Strafverteidigung aus dem C. F. Müller Verlag nach seiner Konzeption (praktische Hilfestellung und taktische Hinweise, Verknüpfung von materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Problemen) und seinem Adressatenkreis (Strafverteidiger) aktuell konkurrenzlos sein dürfte; das wesentlich umfangreichere und nicht allein auf Strafverteidiger zugeschnittene Buch der Rechtsanwälte *Endriß* und *Malek* zum Betäubungsmittelstrafrecht ist leider zuletzt im

Jahr 2000 in 2. Auflage erschienen. „Verteidigung in Betäubungsmittelsachen“ von Müller und Eberth gliedert sich in 11 Kapitel, deren erstes erklärt, was ein Betäubungsmittel im Sinne des Gesetzes ist (vgl. §§ 1 und 2 BtMG, Anlagen I bis III zum BtMG) und die gebräuchlichsten Betäubungsmittel (einschließlich der Ersatzdrogen) und ihre Wirkung, insbesondere psychische bzw. physische Abhängigkeit, Toleranzentwicklung und Abstinenzsymptome beschreibt. Für den Anfänger hilfreich ist auch die Liste wichtiger Begriffe aus der Drogenszene. Sodann werden die Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes beschrieben (II, S. 17-52); der Darstellung ist besonders ihre Knappheit, Klarheit und Übersichtlichkeit zu Gute zu halten.

Positiv ist auch, dass der Leser - der sich einen Überblick über die Systematik der Tatbestände verschaffen und nicht jede einzelne in der Rspr. beschriebene Konstellation etwa des Handeltreibens mit BtMG kennenlernen will - nicht mit Nachweisen zur höchstrichterlichen Rechtsprechung (bzw. zur Literatur) überschwemmt wird. Pro Seite werden zumeist nicht mehr als ein halbes Dutzend Entscheidungen aufgeführt. Diese Beschränkung ist gut vertretbar, weil eine große Zahl der etwa in den einschlägigen Kommentaren (Körner, BtMG, 5. Aufl. (2001); Weber, BtMG, 2. Aufl. (2002); Franke/Wienroeder, BtMG, 2. Aufl. (2001)) aufzufindenden Rechtsprechungsätze inhaltlich häufig repetitiv bzw. ganz einfallbezogen sind und die Auswahl einiger besonders aussagekräftiger Fundstellen zumindest dem mit der Materie noch nicht vertrauten Anfänger bzw. einem in Betäubungsmittelstrafsachen nur gelegentlich tätigen Anwalt entgegenkommen dürfte. Zudem behält der Band dadurch, ganz im Gegensatz zu den genannten Kommentaren, eine außergewöhnliche Übersichtlichkeit und Lesbarkeit. Es ist daher ohne weiteres möglich, das Handbuch innerhalb weniger Tage durchzuarbeiten.

Im dritten Kapitel (S. 55-64) widmet sich der Band dem gerade bei der Verteidigung in Betäubungsmittelstrafsachen besonders virulenten Problem des Strafverteidigerhonorars und dessen Subsumierbarkeit unter den Straftatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB). Die Autoren geben die wesentlichen Inhalt des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 30. März 2004 (BVerfG NJW 2004, 1305 ff) wieder, welches § 261 StGB einschränkend verfassungskonform auslegt und insbesondere im subjektiven Tatbestand die sichere Kenntnis von der bemakelten Herkunft des Honorars aus einer Katalogtat fordert. Sie fügen einige Empfehlungen an, bei deren Berücksichtigung es dem Strafverteidiger möglich sein sollte, von vornherein zu vermeiden, in den Verdacht der Geldwäsche zu geraten (S. 63/64). Etwas unorthodox platziert schließt sich die ausführliche Behandlung der gesetzlichen Mengengröße, insbesondere der „nicht geringen Menge“ und der „geringen Menge“ an, die für die Anwendbarkeit der qualifizierten und privilegierten Straftatbestände des BtMG (§§ 29a ff BtMG) i. d. R. ausschlaggebend sind (IV, S. 65-77). Sodann werden die Rechtsfolgen der Betäubungsmittelstrafat abgehandelt (V, S. 79 bis 94). Von besonderem Interesse sind die für das BtMG kennzeichnenden Möglichkeiten, das Verfah-

ren ohne Strafe zu beenden, welche die Autoren besonders übersichtlich präsentieren (S. 88-90); von Bedeutung sind auch die Regelung des § 33 BtMG zu Verfall und Einziehung (S. 92/93). Auch die praktische Bedeutung des Kapitels „Betäubungsmittel und Straßenverkehr“ (VI, S. 95-101) kann nicht überbetont werden, besonders die Frage, ob die Entziehung der Fahrerlaubnis wenn nicht im Strafverfahren, so doch von der Verwaltungsbehörde her droht; hierzu erfährt man in aller Kürze Erhellendes (S. 98-101). Bezüglich der eingehenden, präzisen und praxisgerechten Ausführungen zur Aufklärungshilfe gem. § 31 BtMG (VII, S. 103-112) ist insbesondere die Lektüre des letzten Abschnitts (Seiten 112-114), in dem praktische Hinweise und Empfehlungen hierzu gegeben werden, nachdrücklich zu empfehlen: Die Autoren weisen eindringlich (und überzeugend) auf die bekannten Vorteile, mehr noch aber auf die weniger bekannten Risiken (Gegenbelastungen) und Nachteile (persönliche Gefährdung, dauernde Zeugenstellung, Verlust des sozialen Umfelds) hin, die sich für den Mandanten aus der Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden - zumeist durch die Aussage zu Lasten von Mittägern - ergeben können und auf die daraus folgende Pflicht des Verteidigers zu entsprechend umfassenden und frühzeitigen Aufklärung. Etwas zu kurz kommt meines Erachtens die Gefahr für den Mandanten, in einem Wettlauf mehrerer Beschuldigter zum (meist wechselseitig belastenden) Geständnis und zur Rechtswohltat des § 31 BtMG i. V. m. § 49 Abs. 2 StGB nur „zweiter Sieger“ zu werden. § 31 BtMG kommt für den später Geständigen nicht selten nur formal, nicht aber der Sache nach zur Anwendung, weil es am guten Willen von Staatsanwaltschaft und Gericht fehlt: Dieser kommt u. U. nur dem zuerst geständigen Angeklagten voll zu Gute, dessen Einlassung die nachfolgenden Geständnisse (und überschießenden Aufklärungsbeiträge) praktisch nicht selten erzwingt - weil ein Bestreiten nicht mehr zum Freispruch führen kann - und dadurch aus Sicht der Justiz abwertet. Im ausführlichen Kapitel zu den verdeckten Ermittlungsmethoden (VIII, S. 115-152), die im Bereich der Betäubungsmittelstraftaten, die häufig organisiert und konspirativ begangen werden, naturgemäß eine besondere Bedeutung haben, soll insbesondere auf die Ausführungen zur Hörfalle (S. 148/149) verwiesen werden, wo die Autoren die Diskrepanz zwischen der liberalrechtsstaatlichen Rechtsprechung des EGMR (StV 2004, 1 m. Bespr. Gaede StV 2004, 46 ff.) und der eher pragmatischen Haltung der deutschen Gerichte (BVerfG StV 2000, 467; BVerfG NStZ 2000, 488, 489; BGHSt 42, 139 ff) kurz aufzeigen. Das neunte Kapitel (S. 155-171) behandelt den Betäubungskonsumenten als Beschuldigten einer Betäubungsmittelstraftat, insbesondere unter den Gesichtspunkten von Abhängigkeit, Vernehmungsfähigkeit und Schuldfähigkeit. Für das Betäubungsmittelrecht kennzeichnend, von hoher praktischer Bedeutung (und Nutzen für den abhängigen Mandanten) ist die im zehnten Kapitel (S. 173-189) dargestellte besondere Rehabilitationsmöglichkeit gem. § 35 BtMG (Zurückstellung von der Strafvollstreckung zur Durchführung einer Therapie). Gerade auch in diesem Bereich sind die abschließend im 11. Kapitel (S. 191-201) abgedruckten Musteranträge sehr hilfreich.

Die Neuauflage erfolgt insbesondere angesichts der bereits eingetretenen, für das Betäubungsmittelstrafrecht bedeutsamen Änderungen der höchstrichterlichen Rspr., und der möglicherweise unmittelbar bevorstehenden Änderungen durchaus nicht verfrüht. Auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts ist zuvörderst an den Anfragebeschluß des 3. Strafsenats zur Eingrenzung des Tatbestandes des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu erinnern (BGH StV 2003, 501 ff = NStZ 2004, 105 ff), den die Autoren noch berücksichtigen konnten und dessen Anwendungsbereich sie skizzieren, ohne ihn allerdings - eine Vorlage an den großen Senat steht noch aus, der 1. und der 2. Strafsenat haben sich ablehnend geäußert (BGH, NStZ-RR 2004, 183; BGH, Beschl. vom 25.03.2004 - 1 ARs 21/03) - weiter zu kommentieren (S. 30-32). Eine weitere Neuerung betrifft die sich andeutende Änderung der Rechtsprechung zur Entziehung der Fahrerlaubnis insbesondere (aber nicht nur) bei Kurierfahrten mit Betäubungsmitteln. Der 4. Strafsenat (BGH NStZ 2004, 86; BGH NStZ-RR 2003, 122) befürwortet - in Abweichung von bisher ständiger Rspr. aller Senate - eine Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen im Sinne des § 69 Abs. 1 StGB nur noch dann, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür zu erkennen sind, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen kriminellen Interessen unterzuordnen, insbesondere wenn Hinweise gegeben sind, dass der Täter auch die allgemeinen Regeln des Straßenverkehrs verletzt oder deren Verletzung in Kauf nimmt. Da der 1. Strafsenat an seiner bisherigen Rechtsprechung festhält, wonach sich die Ungeeignetheit bereits aus der Verwendung des Kfz bei einer allgemeinen Straftat - auch ohne einen verkehrsspezifischen Zusammenhang - ergeben kann (vgl. BGH NStZ 2003, 658), ergibt sich zur Zeit für den Bereich der allgemeinen Kriminalität, insbesondere der Betäubungsmittelkriminalität, eine von den Autoren zu Recht kritisierte uneinheitliche Anwendung der §§ 69, 69a StGB (S. 97/98). Zu bedauern ist insbesondere, dass der 1. Strafsenat sich nicht in der Lage sieht, in den anhängigen Fällen die Entscheidung im Maßregelausspruch bis zur erwartbar positiven Entscheidung des großen Senats über die Vorlage - die anderen Senate sind dem 4. Strafsenat gefolgt (BGH, NStZ 2004, 148; BGH, Beschl. vom 21.01.2004 - 2 ARs 347/03) - zurückzustellen (vgl. BGH, Urte. vom 22. Oktober 2004 - 1 StR 140/04). Auch ansonsten haben die Autoren die neueste Rechtsprechung berücksichtigt, etwa zum Strafklageverbrauch aufgrund eines Einstellungsbeschlusses gem. §§ 153, 153a StPO nach Art. 54 SDÜ (EuGH wistra 2003, 137 mit Bespr. Rübenstahl/Krämer HRRS 2003, 65 ff.). Hervorzuheben ist, dass auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte - die im Anwendungsbereich der §§ 29 Abs. 5 und 6, 31a, 32, 35 und 37 BtMG von überwiegender Bedeutung ist, da hier im ersten Rechtszug üblicherweise das Amtsgericht zuständig ist - angemessen berücksichtigt wird.

Alles in allem handelt es sich bei dem Buch von *Eberth* und *Müller* um ein Werk, was hervorragend zur schnellen und zugleich gründlichen Einarbeitung des bisher wenig mit Betäubungsmittelsachen befassten Verteidigers in die Materie geeignet ist und ihm eine Vielzahl von direkt nutzbaren Praxishinweisen und Anregungen

gibt, die aus der Kommentarliteratur nicht zu erlangen sind. Es zeichnet sich dadurch aus, dass es alles Notwendige, aber kein überflüssiges Wort enthält. Deshalb wird auch der erfahrene Praktiker häufig zunächst den besprochenen Band zur Hand nehmen, bevor er sich in der Rechtsprechungskasuistik von diversen Erläuterungsbüchern verliert, in denen die Strukturen der Tatbestände nur noch schwer erkennbar sind.

RA **Markus Rübenstahl**, Mag. iur., Karlsruhe

\*\*\*

**Jörg Eisele, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht**, Mohr Siebeck, Tübingen 2004, XXIV, 483 S., gebunden, ISBN 3-16-148299-9, 104 €.

I. Die Diskussion um die sogenannte Regelbeispielmethode im Strafrecht hat im Zusammenhang mit dem 6. StrRG im Jahr 1998 wieder erheblich an Intensität gewonnen. Dies wohl weniger aufgrund der absoluten Zahl der durch das Gesetz letztlich tatsächlich neu aufgenommenen Regelbeispiele (zudem auch frühere Regelbeispiele durch das Gesetz zu Qualifikationen umgewandelt wurden, vgl. nur § 311a III 2 a. F. und § 309 IV n. F. sowie § 311e III 2 a. F. und § 312 IV n. F.) sondern wohl mehr wegen der ursprünglich vorgesehenen noch viel größeren Zahl von neu einzufügenden Regelbeispielen im Regierungsentwurf sowie wegen der Einführung von Regelbeispielen bei Vorschriften, mit denen die meisten Strafrichter mehr oder weniger häufig zu tun haben (insb. in § 263 III StGB, der die meisten Strafrechtlern mehr berühren dürfte als etwa die §§ 94 II, 99 II, 100 II StGB bzw. als Vorschriften wie §§ 15 II, 15 a I AÜG oder § 48 II WeinG). Ganz wertfrei (!) keinen „Abschluss“, hinsichtlich Umfang und Vielfalt der behandelten Fragestellungen aber gewiss einen vorläufigen Höhepunkt hat die Diskussion in der hier angezeigten Tübinger Habilitationsschrift von Eisele gefunden.

II. Auch wenn der Inhalt einer fast 500-seitigen Habilitationsschrift im Rahmen einer Besprechung naturgemäß nur sehr gedrängt und unvollständig wiedergegeben werden kann, sollte die folgende Kurzzusammenfassung einen Eindruck davon vermitteln, welche Fülle an Material und welche Vielfalt an Fragestellungen Eisele in seinem Buch zu bewältigen hatte:

1. In seiner Einleitung (S. 1 ff.) findet sich zunächst eine instruktive Einführung zur Regelbeispielmethode, wobei insbesondere die Einordnung der „Exemplifikationsmethode als ‚Mittelweg‘ zwischen Kasuistik und Generalklauseln“ eine gute Grundlage für die spätere Arbeit schafft. Anschließend werden verschiedene Erscheinungsformen der besonders schweren Fälle und verwandte Regelungsmodelle kurz erläutert, um die Regelbeispielmethode in einen Gesamtzusammenhang einzubetten. Insbesondere der Gedanke, dass auch echte Qualifikationstatbestände aufgrund der sich vielfach mit dem Grunddelikt weitreichend überscheidenden Straf-

rahmen in einem untechnischen Sinn schwere Fälle des Grunddelikts beschreiben und dass sich daher von ihrer Funktion her Regelbeispiele und Qualifikationstatbestände weniger stark voneinander unterscheiden als vielfach formuliert, wird scharfsinnig herausgearbeitet und besitzt eine gewisse Überzeugungskraft.

2. Es folgt ein mehr als 70-seitiger historischer Teil (S. 31-106), der die Entwicklung der Regelbeispielmethode von der *Constitutio Criminalis Carolina* bis zum 6. StrRG nachzeichnet. Dieser Teil liest sich ohne Zweifel interessant, hängt jedoch insoweit „etwas in der Luft“, als im weiteren Verlauf der Arbeit praktisch nicht mehr argumentativ auf diese Grundlagen zurückgegriffen wird, was den historischen Teil rückblickend unverhältnismäßig lang erscheinen lässt.

3. Mit Blick darauf, dass die besondere Problematik der Regelbeispielmethode gerade in der „Zwitterstellung“ zwischen Tatbestandsmerkmalen (vgl. nur das Schlagwort von der „Tatbestandsähnlichkeit“, das gerade die Rechtsprechung häufig und gerne heranzieht) und der Strafzumessung (welcher die Regelbeispiele als Unterfälle der besonders schweren Fälle systematisch zugeordnet sind) liegt, geht Eisele für seine eigene systematische Einordnung der Regelbeispiele folgerichtig vom Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtsfolge aus (vgl. S. 107 ff. sowie 143 ff., eigene Lösung dann auch auf S. 163 ff.): Die einzelnen Tatbestandsbegriffe (Gesamtatbestand, Garantietatbestand, Deliktstatbestand usw.) werden dabei sorgfältig voneinander abgeschichtet. Eisele postuliert dabei, dass letztlich die Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge nur von geringer Bedeutung sei, da zum einen auf beiden Seiten wiederum „Hilfsnormen“ (etwa in Gestalt von Legaldefinitionen) stehen könnten und zum anderen durch geringfügige Umformulierungen des Konditionalprogramms die Zuordnung eines Merkmals vom Tatbestand zur Rechtsfolge leicht abänderbar sei. Obwohl mich diese Passagen und die dahin gebildeten Beispiele nicht wirklich überzeugen, da insbesondere die Existenz von (wiederum in Tatbestand und Rechtsfolge zerlegbaren) Hilfsnormen nichts daran ändern, dass die (ggf. durch die Hilfsnormen näher beschriebenen) Elemente der Rechtsnorm als solche ungeachtet dessen relativ klar den Tatbestandsvoraussetzungen oder aber den Rechtsfolgen zugeordnet werden können, sind die Gründe, die Eisele schließlich (S. 163 ff., insbes. 172 ff.) für seine eigene Lösung vorbringt, beachtlich: Er geht dabei davon aus, dass „sowohl die Regelbeispiele als auch die sonstigen besonders schweren Fällen als Merkmale des Gesamtatbestandes anzusehen (sind), da sie materielle Voraussetzungen für die Strafraumänderung sind“ (vgl. S. 189). Dieses Ergebnis (und auch die dahinterstehenden Sachgesichtspunkte) kann Eisele dann bei den folgenden Überlegungen zu fast allen mit den Regelbeispielen zusammenhängenden Fragen fruchtbar machen und damit vielfach die Ergebnisse, die von der h. M. ohnehin vertreten werden, klarer und in sich widerspruchsfreier begründen, als dies bei einer Überbetonung der Zuordnung der Regelbeispiele zum Bereich der Strafzumessung (unter gleichzeitigem Rekurs auf die „Tatbestandsähnlichkeit“) möglich ist.

4. Im nächsten Abschnitt behandelt Eisele die dogmatische Funktion der mit Regelbeispielen erläuterten besonders schweren Fälle, die in der Möglichkeit einer Widerlegung der Indizwirkung, zugleich aber auch in der Anordnung eines Regelausnahmeverhältnisses liegt. Dabei wird sowohl auf die prozessualen Anforderungen (vgl. § 267 III 3 StPO) als auch auf die materiell-rechtlichen Folgen (Indizwirkung, Analogiewirkung und Gegenschlusswirkung) eingegangen. Nach Eiseles eigener Ansicht (vgl. S. 207 ff.) ist dabei das „Strafzumessungsdenken“ der h. M. (insbes. nach seiner Konzeption) unangebracht und wegen der weiten Überschneidungen der Strafrahmen von Grunddelikt und besonders schweren Fällen letztlich auch wenig hilfreich. An die Stelle einer Gesamtwürdigung soll deswegen auch bei den Regelbeispielen als „abstrakt formulierten Erschwerungsgründen“ (vgl. S. 210) eine „genaue Subsumtion unter das jeweilige vom Gesetzgeber genannte Merkmal erforderlich“ sein, welche als „Wahl des Strafrahmens (...) primär Auslegung der spezifischen rahmenbestimmenden Merkmale und damit einer Gesamtwürdigung nicht zugänglich“ sei (a.a.O.).

Während die anschließende Darstellung „weiterer von der h. M. abweichender Konzeptionen in der Literatur“ (vgl. S. 221 ff.) etwas „in der Luft hängt“, sind die auf S. 229 ff. behandelten „Leitlinien zur Bestimmung der sonstigen besonders schweren Fälle“ überzeugend und gut strukturiert. Eisele stellt hier etwa auf die Verwendung bestimmter Sachverhalte als Regelbeispiele bzw. Qualifikationen in anderen Tatbeständen ab (für welche freilich trotz der ergänzenden Erläuterung auf S. 237 das Problem jeder systematischen Auslegung bestehen bleibt, dass der Rechtsanwender zu entscheiden hat, ob er eher eine Analogie- oder einen Gegenschluss für zutreffend hält) und bringt eine umfangreiche und präzise Auflistung weiterer potentieller Erschwerungsgründe einschließlich der Bedeutung der objektiven Zurechnung des „Regelbeispielserfolgs“ sowie des Rechtsgutsbezugs eines etwa eingetretenen erschwerenden Umstandes. In gleicher Weise sorgfältig werden auch die „mildernden Umstände“, die als Gegengründe bei besonders schweren Fällen eine Indizwirkung widerlegen können, dargestellt (S. 267 ff.).

5. Ein Kernstück der Überlegungen bildet der nachfolgende Teil über die Anwendbarkeit der Regelungen des allgemeinen Teils auf Regelbeispiele der Strafzumessung (S. 283-373). Dabei befasst sich Eisele mit dem Vorsatzerfordernis, der Kombination mit Versuch und Rücktritt der Beteiligung Mehrerer, Konkurrenzen und Wahlfeststellung sowie Verjährung; im Zusammenhang mit Vorsatz und Versuch werden außerdem die Auswirkungen und die richtige Auslegung der Geringwertigkeitsklausel nach § 243 II StGB dargestellt (vgl. S. 325-339). Ohne dass hier alle von Eisele gefundenen bzw. begründeten Ergebnisse nachgezeichnet werden könnten, kann man vergrößernd festhalten, dass Eisele durch die Zuordnung der Regelbeispiele zum Gesamtatbestand die Ergebnisse nach seinem eigenen Ansatz jeweils sehr schnell und durch Vergleich mit der mehr oder weniger anerkannten Handhabung der unterschiedlichen Institute bei echten

Qualifikationen begründen kann. Dies hindert ihn nicht daran aufzuzeigen, zu welchen Ergebnissen das Verständnis der h. M. von dem Regelbeispielen als Bestandteilen der Rechtsfolge kommen müsste und dass dieses Verständnis zumeist nicht konsequent durchgehalten, sondern durch eine – dann häufig mit dem Ergebnissen von Eisele übereinstimmende – Anlehnung an die Behandlung von echten Tatbestandsmerkmalen ersetzt wird. Etwas schade ist, dass Eisele sich hierbei (wenngleich nicht beschränkt, jedoch) sehr stark auf die Regelbeispiele des § 243 StGB konzentriert. Dies ist zwar aufgrund der praktischen Bedeutung angemessen und erleichtert insbesondere im Verhältnis zwischen dem Wohnungseinbruchsdiebstahl als Qualifikation nach § 244 I Nr. 3 StGB und in sonstigen Fällen des Einbruchsdiebstahls in § 243 StGB den obengenannten Vergleich mit echten Qualifikationen, ist aber für eine Habilitationsschrift mit dem allgemeinen Thema „Regelbeispiele“ nicht übermäßig originell. Fraglich erscheint mir auch, wenn Eisele (freilich in Übereinstimmung mit BGH NJW 2002, 150) nach dem gängigen Verständnis der Regelbeispiele als Vorschriften aus dem Bereich der Strafzumessung die Konsumtion von § 303 StGB durch §§ 242, 243 StGB für grundsätzlich problematisch hält. Denn immerhin bilden die Konkurrenzen die Schnittstelle zum Recht der Strafzumessung (vgl. auch §§ 53-54 StGB), weshalb die „Konkurrenzrelevanz“ auch von Strafzumessungsvorschriften zumindest nicht generell fernliegend wäre; beizupflichten wäre Eisele freilich darin, dass dann konsequenterweise – und entgegen der grundsätzlichen Praxis und h. M. – die Regelbeispiele auch in den Tenor des Urteils mit aufzunehmen wären (vgl. etwa S. 176 und insbes. 359 f. sowie 379 ff.).

6. Den anschließenden kurzen Teil (S. 374-382) widmet Eisele der „Regelbeispielsmethode im Strafprozess“, wo er etwa der Frage nach der Bedeutung der Regelbeispiele für die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft ohne Zustimmung des Gerichts nach § 153 I 2 StPO (wofür Eisele abweichend von der h. M., aber mit guten Gründen die Regelbeispiele für potentiell relevant hält), für die Behandlung in Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss, für die Handhabung bei der Hinweispflicht gem. § 265 StPO sowie für Abstimmungsfragen untersucht.

7. Im Anschluss behandelt Eisele in zwei Abschnitten die verfassungsrechtliche (S. 383 ff.) sowie die allgemein rechtspolitische (S. 407 ff.) Beurteilung der Regelbeispielsmethode. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Beurteilung erstaunt zwar etwas die Stellung innerhalb des Aufbaus der Arbeit erst nach der Behandlung dogmatischer Einzelheiten, und auch die allgemeinen Ausführungen zu den Grundlagen des Bestimmtheitsgrundsatzes erscheinen breiter als unbedingt erforderlich. Insgesamt begründet Eisele dann jedoch sorgfältig und im Grunde überzeugend, dass die Regelbeispielsmethode als solche kein Problem sub specie Art. 103 II GG darstellt. In seiner rechtspolitischen Bewertung sieht Eisele die Regelbeispielsmethode grundsätzlich positiver als viele ihrer Kritiker; dabei weist er insbesondere auf die erhöhte Flexibilität für den Gesetzgeber hin, der etwa eine Strafrahmenverschiebung beabsichtigen kann, ohne deswegen

zu den zahlreichen Konsequenzen gelangen zu wollen, die mit der Hochstufung zu einem Verbrechen (vgl. § 12 III StGB!) verbunden sein können. Eisele gibt hier auch einige Hinweise, nach welchen Kriterien (z. B. hinreichende, aber nicht übertriebene Anzahl; Berücksichtigung der vom Grunddelikt geschützten Rechtsgüter) Regelbeispiele sinnvollerweise gestaltet werden sollten – würde der Gesetzgeber diese zukünftig berücksichtigen, so wäre in punkto Stringenz der Regelbeispielstechnik gewiss schon einiges gewonnen.

8. Den Abschluss der Arbeit bilden einige knappe Überlegungen zum Europäischen Strafrecht (S. 437 ff.), bei denen die Frage im Mittelpunkt steht, inwiefern sich die Regelbeispielstechnik zur Umsetzung europäischer Vorgaben im Strafrecht eignen würde. Die Überlegungen bleiben freilich mangels konkreter Beispiele halbwegs unbestimmt und hängen nach Eindruck des Rezensenten „etwas in der Luft“. Man bekommt fast den Eindruck, der Verfasser habe hier „mit Gewalt“ auch noch einige Seiten zum „Modethema Europäisches Strafrecht“ verlieren wollen – ein Vorgehen, das gerade Eisele „nicht nötig“ hätte, da er sich an anderer Stelle schon mehrfach als profunder Kenner des Europäischen Strafrechts profiliert hat.

III. Insgesamt handelt es sich um ein sprachlich sehr klares und jederzeit gut lesbares Buch, in dem die Meinungsstände zu den relevanten Fragen übersichtlich aufbereitet sowie mit meist ausführlicher Begründung und zahlreichen Beispielen entschieden werden. Über seinen Titel hinaus enthält es auch umfangreiche Teile zu den unbenannten besonders schweren Fällen und ist nicht zuletzt deswegen nicht nur mit Blick auf die Lehre von der Straftat, sondern auch mit Blick auf das Strafzumessungsrecht eine interessante Lektüre. Ob die – wie oben angedeutet, in Herführung und Konsequenzen zwar den Rezensenten letztlich überzeugende, aber gewiss nicht zwingende – Einordnung der Regelbeispiele in den Bereich des Tatbestandes, auf welche die eigenen Lösungen Eiseles dann im gesamten Verlauf des Buches vorwiegend fußen, für eine so umfangreiche Monographie tatsächlich ausreichend Tragkraft besitzt, mag mancher vielleicht bezweifeln. Dem praktischen Ertrag der Arbeit, in der die Regelbeispiele unter so vielen verschiedenen Blickwinkeln (z. B. Anwendung des Allgemeinen Teils, prozessuale Fragestellungen, Handreichungen für den Gesetzgeber usw., vgl. ausführlicher oben) behandelt werden, vermag dies jedoch keinen Abbruch zu tun. Insofern handelt es sich um ein Werk, das sich nicht nur durch wissenschaftlichen Ertrag, sondern auch durch seine praktische Anwendbarkeit auszeichnet. Wer bei der konkreten Lösung eines Falles meint, auf eine bislang noch kaum diskutierte Frage im Zusammenhang mit grundsätzlichen Aspekten der Regelbeispiele eines besonders schweren Falles gestoßen zu sein, sollte zur Lösung seines Problems einen Blick in das Buch von

Eisele werfen und sehen, ob sich hier nicht bereits ein wohldurchdachter Lösungsvorschlag findet.

Professor Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen

\*\*\*

*Josef Isensee* (Hrsg.), **Der Terror, der Staat und das Recht**; Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte, Bd. 32, Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004, 108 S., 28,- €. ISBN 3-428-11127-3.

In den Terroranschlägen vom 11. September 2001 den zentralen Einschnitt der jüngeren Geschichte zu sehen, zählt heute nicht nur zum Kanon der politischen, sondern auch der sozial- und rechtswissenschaftlichen Diskussion. Auch die Autoren des Sammelbandes teilen diese Einschätzung. Die Tatsache, dass der moderne internationale Terrorismus sich nicht den Kategorien des staatlichen und internationalen Rechts fügt und droht, ihr Normensystem zu sprengen, bildet den Fokus der hier versammelten Beiträge, die das Thema aus Perspektiven der Völkerrechtslehre, der Politikwissenschaft und der Staatsrechtslehre in den Blick nehmen – strafrechtliche Aspekte der Terrorismusbekämpfung finden allenfalls am Rande Eingang in die Abhandlungen.

*Eckart Klein* stellt in seinem Beitrag die „Frage, ob das prinzipiell staatenfixierte Völkerrecht Regeln auch zum Vorgehen gegen international agierende nicht-staatliche Terrororganisationen einschließlich ihrer militärischen Bekämpfung bereitstellt“ (S. 15). Gestützt auf die Resolutionspraxis der Vereinten Nationen plädiert der Autor für eine positive Antwort. Bereits 1995 habe die Generalversammlung in der Resolution 50/53 terroristische Akte als Bedrohungen des Weltfriedens eingestuft und damit dem Sicherheitsrat die Verantwortlichkeit dafür übertragen. Die im Gefolge der Terroranschläge des 11. Septembers verabschiedeten SR-Res. 1368 und 1373 hätten diese Zuständigkeit einerseits bestätigt, andererseits aber auf das Recht der individuellen und kollektiven Selbstverteidigung verwiesen. Unter Rekurs auf die Nicaragua-Entscheidung des IGH (1986) konzidiert Klein zwar, dass nicht jeder Verstoß gegen das Gewaltverbot zugleich auch als bewaffneter Angriff, der zur Selbstverteidigung befugt, zu werten und eine eindeutige Zurechnung der Anschläge an das von den Taliban beherrschte Afghanistan schwierig sei. Die Schwere des Angriffs und die zum Zeitpunkt der Res. 1373 bereits bekannte Urheberschaft von Al Qaida begründe jedoch ein staatliches Selbstverteidigungsrecht auch gegen bewaffnete Angriffe privater Organisationen. „[E]ine Ablösung der Begriffe Bedrohung des Friedens, militärischer Angriff und Selbstverteidigung von dem staatlichen Bezug rechtfertigt“.

tigt sich als teleologische Weiterentwicklung völkerrechtlicher Normen, ohne die sie ihres Gewährleistungsinhalts zumindest partiell verlustig gehen würden [...]. Die Bewährung des Rechts muss unter allen Umständen sichergestellt werden. Andernfalls führt sich die Rechtsidee selbst ad absurdum.“ (S. 28)

Kleins Standpunkt, in Afghanistan einen zulässigen Adressaten von Selbstverteidigungsmaßnahmen zu sehen, wird durch die teleologische Argumentation überzeugend plausibilisiert. Nichtsdestotrotz hätte der Autor zwischen der prinzipiellen Rechtmäßigkeit und der faktischen Rechtskonformität der Selbstverteidigungsmaßnahmen stärker differenzieren können. Sein lapidarer Verweis auf die „traurige Tatsache, dass es keinen Krieg gibt, in dem kriegsrechtliche Regeln nicht verletzt werden“ (S. 31), verharmlost Verletzungen des humanitären Völkerrechts und ist seinem Anliegen einer Weiterentwicklung völkerrechtlicher Normen eher abträglich.

Der zweite Beitrag des Politikwissenschaftlers Christian Hacke fällt etwas aus dem rechtswissenschaftlichen Rahmen. Der 11. September wird ausschließlich aus Sicht der Sicherheitspolitik thematisiert. Hacke erkennt hinter der mittlerweile als „Bush-Doktrin“ bezeichneten National Security Strategy der USA eine „(neo-)imperiale Strategie des Ausbaus und der Verfestigung der weltweiten amerikanischen Vorherrschaft“ (S. 43). Wie in ähnlichen Worten Gert Krell charakterisiert er das amerikanische Verhalten als „Arroganz der Macht“, dem das sich der Kooperation verweigernde Deutschland mit einer „Arroganz der Ohnmacht“ (ebd.) geantwortet habe. Dieser deutschen Arroganz der Ohnmacht gilt das Hauptaugenmerk des Autors, der in unmissverständlicher Schärfe mit der Außenpolitik der rot-grünen Bundesregierung abrechnet. Deutschland trage „ein beträchtliches Maß an Mitschuld, wenn nicht sogar Hauptschuld“ (S. 52) für die Dissonanzen im transatlantischen und inner-europäischen Verhältnis. Die thematische Klammer der verschiedenen Aufsätze, die Problematik des Verhältnisses von Recht und Terrorismus, gerät in der Perspektive Hackes nicht nur aus dem Blickfeld, sondern wird gar für unmaßgeblich erklärt: Die „Frage nach der völkerrechtlichen Legitimität des Krieges ist weniger relevant als vielmehr die politische Rückbesinnung auf Deutschlands Rolle als Garant transatlantischer Orientierung“ (S. 53 f.).

Bernd Grzeszick macht das Verhältnis von Terrorismus und Recht aus staatsrechtlicher Sicht zum Zentrum seines Beitrags. Terrorismus versteht er als Negation des modernen pluralistischen Rechtsstaates, der, dem Grundwert des Friedens verpflichtet, für die Lösung politischer Interessenkonflikte faire Verfahren bereitstelle. „Vor dieser Folie wird nun die spezifische Logik des Terrorismus deutlich: Der Terrorist behauptet den unbedingten Vorrang seines politischen Ziels vor allen anderen Zielen.“ (S. 62) Aus politischem Fundamentalismus gehe Terrorismus notwendig hervor: „Eine subjektive Ansicht wird absolut gesetzt, so dass sie Vorrang hat vor allen anderen Ansichten und sämtliche Mittel rechtfertigt einschließlich der Gewalt.“ (S. 67) Die Schwierigkeit im

Kampf gegen den Terrorismus bestehe darin, dass die vor terroristischen Angriffen zu schützenden Grundlagen moderner Staatlichkeit zugleich auch „Grenzen für den Schutz gegen Terrorismus“ (S. 69) aufstellten. Diese Grenzen, die demokratischen Grundrechte und das Gewaltenteilungsprinzip, dürften im äußersten Notfall allerdings, temporär und mit dem Ziel ihrer baldmöglichsten Wiederherstellung, außer Kraft gesetzt werden. Im Bedrohungsfall „tritt deshalb die Bindung an die Strukturen des Verfassungsrechts zugunsten der Verteidigung der Friedensordnung zurück“ (S. 74), Grzeszick spricht sich, der Schmittschen Souveränitätslogik folgend, für die Anerkennung eines „ungeschriebenen staatlichen Notstandsrechts“ (S. 78) aus.

Das Nachwort *Josef Isensees* leuchtet schlaglichtartig noch einmal verschiedene Aspekte des Spannungsfeldes Terrorismus-Staat-Recht aus. Neu in die Debatte ein bringt er erstens die Frage nach den sozialen und politischen Ursachen des Terrorismus ein. Isensee macht sehr deutlich, dass er das Elend der sog. Dritten Welt nicht für dessen Hauptursache hält. „Die Attitüde des kosmopolitischen Sozialarbeiters kommt dem Terrorismus nicht bei. Im Gegenteil, sie ist eine der Ursachen des Terrorismus.“ (S. 97 f.) Problematisch ist allerdings, dass Isensee im Bemühen, politisch-kulturelle Differenzen nicht soziologisch ‚wegzuerklären‘, in die Nähe der latent essentialistischen Theorie des ‚Kampfes der Kulturen‘ gerät. „Im Terrorismus [...] regt sich der Kampf der Kulturen, dessen Realität zu verdrängen und zu leugnen hierzulande als Ausweis von Aufgeklärtheit, Weltoffenheit, Toleranz gilt.“ (S. 98) Zwar weist er auf die Gefahr einer Ineinssetzung des Islam als Weltreligion und Zivilisation mit Islamismus und Terrorismus hin, sieht deren Konvergenz aber dennoch in der Entwicklungslogik angelegt: „Noch ist der Islamismus nicht mit dem Islam identisch [...]. Offen ist aber, ob er sich auf Dauer zu dessen Avantgardisten oder gar dessen Repräsentanten erheben wird.“ (S. 100, Hervorhebung Verfasser)

Grzeszicks Argument staatsphilosophisch untermauernd zeigt er zum zweiten sehr überzeugend, dass der seit Hobbes säkular auf die Todesfurcht gegründete moderne Rechtsstaat durch terroristische Selbstmordattentäter in seiner Konstruktionslogik unterlaufen wird. „Die Teleologie des Rechtsstaats hat ihren Ursprung in der Todesfurcht.“ (S. 102) „Der zweckrational organisierte Staat scheitert an dem, der den Tod nicht fürchtet: dem religiösen und politischen Fanatiker“ (S. 103). Während Grzeszick dem Rechtsstaat jedoch durch den Rückgriff auf eine dem Friedenszustand vorgelagerte, tendenziell nicht (rechtlich) normierbare Souveränität ein problematisches, weil seine eigene ratio untergrabendes Mittel an die Hand gibt, sich gegen terroristische Bedrohungen zur Wehr zu setzen, verlangt Isensee vom Rechtsstaat die Bewahrung seiner „moralischen Autorität“ (S. 108). „An dieser bricht sich letztlich alle physische Gewalt.“ (S. 108)

Wiss. Mit **Florian Weber**, Jena

\*\*\*

*Alexander Meyer, Das Akteninformationsrecht des Beschuldigten nach § 147 StPO i.d.F. des StVÄG 1999*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg 2003, 366 S. ISBN 3-8300-0851-1, 98,00 €

Das in § 147 StPO niedergelegte Akteneinsichtsrecht ist allgemein anerkannt eine unverzichtbare Voraussetzung für eine wirksame und effektive Strafverteidigung. Die Wahrnehmung vieler Beschuldigtenrechte ist nur sinnvoll möglich, wenn die zur Wahrnehmung dieser Rechte notwendigen Informationsgrundlagen bestehen. Hauptkenntnisquelle sind oftmals die Verfahrensakte. Das Akteneinsichtsrecht als notwendiges Kernelement eines fairen Strafverfahrens wahrt damit die Stellung des Beschuldigten als aktiven Beteiligten, als Prozesssubjekt. Gleichwohl wurde lange Zeit dem Beschuldigten ein eigenständiger Zugang zu den Verfahrensakten verwehrt. Mit Verweis auf den Wortlaut des § 147 I StPO wurde lediglich dem Verteidiger ein Anspruch auf Akteneinsicht zugestanden, der dann je nach Ansicht von der Stellung des Verteidigers im deutschen Strafprozess, gehalten sein sollte, die Inhalte der Verfahrensakte mehr oder weniger gefiltert an den Beschuldigten weiterzugeben. Dieser im Hinblick auf den unverteidigten Beschuldigten verfassungsrechtlich problematische und konventionswidrige Zustand änderte sich erst mit Inkrafttreten des StVÄG 1999 im Jahr 2000. Neben anderen Änderungen ist seitdem durch Abs. 7 des § 147 StPO für den Beschuldigten die Möglichkeit eröffnet, ohne die Zuhilfenahme eines Verteidigers Zugang zu den Inhalten der Verfahrensakte zu bekommen. Den Auswirkungen dieser Änderung, auch für das Gesamtverständnis der Vorschrift widmet sich die Arbeit von *Meyer*.

Eine Betrachtung der möglichen Auswirkungen dieser Gesetzesänderung kann dabei nicht losgelöst von den anderen Problemkreisen des § 147 StPO erfolgen: Die Frage des Aktenbegriffes, welcher gerade in den 80er Jahren im Zusammenhang mit den Spurenakten sehr kontrovers diskutiert worden ist, ist für die Ermittlung der Reichweite der Änderung genauso relevant, wie die Fragen, ob bestimmte in den Akten enthaltene Informationen von der Einsicht ausgenommen werden dürfen und welcher Verfahrensbeteiligte die Verantwortung für eine solche, filternde Funktion trägt und vor allem, welche Informationen überhaupt in die Verfahrensakte gelangen müssen. Letztlich kumuliert der neu eingefügte Abs. 7 alle im Rahmen des § 147 StPO bestehenden Probleme, was sich in der Untersuchung von *Meyer* widerspiegelt.

Im ersten Kapitel „Grundlagen des Akteninformationsrechts“ arbeitet *Meyer* zunächst die historischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen heraus. Dabei fällt die erstere Darstellung erfreulich kurz aus. Im dem umfassenderen zweiten Teil des 1. Kapitels werden die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Akteninformationsrechtes und die ihr gegenüberstehenden verfassungsimmanenten Schranken dargelegt, wobei *Meyer* zur Auffassung gelangt, dass das Integritätsinteresse an den

Originalakten zu einer Beschränkung des unmittelbaren Zuganges für den Beschuldigten führen kann, eine Beschränkung der Informationserlangung durch den Beschuldigten dann zulässig ist, wenn dieser mit den Kenntnissen aus den Verfahrensakten verfahrensfremde Ziele verfolgt, während private und öffentliche Geheimhaltungsinteressen allein eine Informationsbeschränkung grundsätzlich nicht zu rechtfertigen vermögen.

Im zweiten Kapitel „Gegenständlicher Inhalt – Akten und Beweismittel“ geht *Meyer* auf den umstrittenen Akten- und Beweismittelbegriff des § 147 StPO ein, um sich dann den einzelnen Problembereichen wie z.B. Spurenakten, Handakten der Staatsanwaltschaft, elektronischen Informationsträgern und Sperrvermerken zuzuwenden. Dabei wendet er ausgehend vom materiellen Aktenbegriff (*Meyer* bezeichnet diesen zusammenfassend als „funktionellen Aktenbegriff“) strenge, an der „Parität des Wissens“ orientierten Auslegung, Maßstäbe an und fordert z.B. beim Ergehen eines Sperrvermerkes nach § 96 StPO, eine Unteilbarkeit dieses Vermerkes in Bezug auf alle Verfahrensbeteiligten.

Daran anschließend widmet sich *Meyer* umfassend im dritten Kapitel der „Rechtsinhaberschaft“ und der „Ausübungsbefugnis“ des in § 147 niedergelegten Akteninformationsrechtes, die schon unter der Geltung der alten Regelung nicht unumstritten war. Er arbeitet dabei die Unterschiede in den Möglichkeiten der Informationserlangung zwischen dem verteidigten und dem unverteidigten Beschuldigten heraus und kommt dabei zur Auffassung, dass beim verteidigten Beschuldigten Rechtsinhaberschaft und Ausübungsbefugnis des Akteninformationsrechtes getrennt sind, während beide beim unverteidigten Beschuldigten in einer Person zusammenfallen und daher aus den Anforderungen der EMRK in Bezug auf das Entschließungsermessen für den Zeitraum nach Anklageerhebung eine Ermessensreduktion auf Null anzunehmen ist.

Im vierten Kapitel „Beschränkungen in den Verfahrensstadien“ setzt sich *Meyer* mit möglichen, aus Gründen anderer wichtiger Rechtsgüter bestehenden Einschränkungen des Akteninformationsrechtes im Hinblick auf die verschiedenen Verfahrensstadien auseinander. Er geht insbesondere auf die *Lamy*-Rechtsprechung des EGMR und der dieser folgenden Rechtsprechung des BVerfG zum Beschuldigten in U-Haft ein und setzt sich mit der neueren Rechtsprechung des EGMR in den Fällen *Lietzow*, *Schöps* und *Garcia Alva* auseinander.

Die Arbeit schließt das fünfte Kapitel „Rechtsschutz bei unzureichender Akteninformationsgewährung“ ab. Darin setzt sich *Meyer* mit den bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten im Rahmen des § 147 StPO aber auch deren – aus seiner Sicht verfassungsrechtlich unzulässigen – Lücken insbesondere im Ermittlungsverfahren kritisch auseinander und fordert *de lege ferenda* eine Ausweitung der Rechtsschutzmöglichkeit des § 161a Abs. 3 S. 2 – 4 StPO auf alle Fälle der staatsanwaltlichen Versagung von Akteninformation im Ermittlungsverfahren (S. 298 ff.).

Zusammenfassend lässt sich damit feststellen, dass derjenige, der die teilweise in Rechtsprechung und Kommentierungen aufzufindende Aussage „der Beschuldigte hat kein Akteneinsichtsrecht“ verinnerlicht hat, den Werktitel möglicherweise als irreführend ansehen wird. Die Untersuchung von Meyer ist gerade nicht nur ein lediglich auf einen bestimmten Aspekt des § 147 bezogener bruchstückhafter Auszug eines dort bestehenden Problembereiches, sondern eine aktuelle, umfassende Darstellung der gesamten Vorschrift, die Probleme nicht nur anreißt, sondern eingehend behandelt. Die Kritik Meyers an der – aus seiner Sicht wohl lediglich klarstel-

lenden – Natur (S. 325) des Abs. 7 mag dabei berechtigt sein, wenn er darauf verweist, dass dies keine substantielle Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage darstellt. Manchmal bedarf es aber wohl gerade solcher legislativer Klarstellungen, damit diese aus verfassungs- und konventionsrechtlichen Gründen bestehende Rechtslage in das Bewusstsein der Rechtsanwender tritt.

Rechtsreferendar **Stephan Schlegel**

\*\*\*

## 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.

### 934. BGH 2 StR 206/04 – Urteil vom 13. Oktober 2004 (LG Koblenz)

Mord (niedrige Beweggründe: Tötung aus Eifersucht; täterbezogenes Mordmerkmal; Heimtücke; Verhältnis zum Totschlag); Beihilfe (limitierte Akzessorietät); Mitäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe; Tatherrschaft; Tatbeitrag; eigenes Interesse am Taterfolg).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

### 935. BGH 2 StR 206/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Koblenz)

Beihilfe zum Mord; Strafzumessung (doppelte Milderung; Nachtatverhalten).

§ 211 StGB; § 27 StGB; § 28 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

### 936. BGH 2 StR 246/04 - Beschluss vom 15. Oktober 2004 (LG Erfurt)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; milderes Gesetz; Verjährung.

§ 148 Abs. 1 StGB-DDR; § 315 Abs. 1 EGStGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 176 StGB; § 78 StGB; § 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB

### 937. BGH 2 StR 267/04 - Beschluss vom 30. September 2004 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

### 938. BGH 2 StR 277/04 - Beschluss vom 20. Oktober 2004 (LG Köln)

Verfahrenshindernis der vorläufigen Einstellung.

§ 154 StPO

### 939. BGH 2 StR 288/04 - Beschluss vom 15. September 2004 (LG Koblenz)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Wegfall einer Einzelfreiheitsstrafe.

§ 154 StPO

### 940. BGH 2 StR 323/04 - Beschluss vom 6. Oktober 2004 (LG Bonn)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf Behandlungserfolg).

§ 64 StGB

### 941. BGH 2 StR 346/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Trier)

Bildung einer Einheitsjugendstrafe (Tenor; Bezeichnung einbezogener Vorverurteilungen).

§ 31 Abs. 2 JGG; § 267 StPO

### 942. BGH 2 StR 391/04 - Beschluss vom 8. Oktober 2004 (LG Gießen)

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe); Rücktritt vom unbeendeten Versuch (Möglichkeit der Fortsetzung; Fehlschlagen; Aufgeben).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 267 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

### 943. BGH 2 StR 350/04 - Beschluss vom 15. Oktober 2004 (LG Aachen)

Nebenklage (Beschwer; Rechtsmittelziel der Verhängung einer anderen Rechtsfolge; Anschlussberechtigung).

§ 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

### 944. BGH 2 StR 372/04 - Beschluss vom 6. Oktober 2004 (LG Limburg)

Revisionsbegründungsfrist; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (fehlende Akteneinsicht: ausreichendes Bemühen des Verteidigers; Zurechnung von Verteidigerverschulden).

§ 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

### 945. BGH 2 StR 398/04 - Beschluss vom 20. Oktober 2004 (LG Gera)

Strafzumessung (gesetzgeberisches Motiv der Strafbarkeit als Strafschärfungsgrund); Absehen von der Zurückverweisung wegen Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**946. BGH 2 StR 401/04 - Beschluss vom 30. September 2004 (LG Koblenz)**

Unzulässige Revision nach Rechtsmittelverzicht.  
§ 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**947. BGH 2 StR 408/04 - Beschluss vom 20. Oktober 2004 (LG Trier)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (erneute Hauptverhandlung nach Aufhebung des tatrichterlichen Urteils; Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des ersten Urteils); Härteausgleich; Beschwer.  
§ 55 StGB; vor § 296 StPO

**948. BGH 2 StR 413/04 - Beschluss vom 6. Oktober 2004 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Nachholung der versäumten Handlung).  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 44 StPO; § 45 Abs. 2 StPO

**949. BGH 2 ARs 312/04 / 2 AR 193/04 - Beschluss vom 15. September 2004**

Zuständigkeitsbestimmung.  
§ 12 Abs. 2 StPO

**950. BGH 2 ARs 347/04 2 AR 211/04 - Beschluss vom 29. September 2004**

Zuständigkeitsübertragung (Zweckmäßigkeit; Beschleunigungsgebot; Prozessökonomie).  
§ 12 Abs. 2 StPO

**951. BGH 2 ARs 361/04 / 2 AR 212/04 - Beschluss vom 3. November 2004**

Zuständigkeitsbestimmung (Zweckmäßigkeit; Entscheidungsnähe).  
§ 42 JGG; § 14 StPO

**952. BGH 3 StR 136/04 - Beschluss vom 7. Oktober 2004 (LG Hildesheim)**

Jugendstrafe (schädliche Neigungen; Schwere der Schuld; Tatunrecht, charakterliche Haltung und Persönlichkeit des Täters).  
§ 17 Abs. 2 JGG

**953. BGH 3 StR 136/04 - Urteil vom 7. Oktober 2004 (LG Hildesheim)**

Beweiswürdigung (Widerspruchsfreiheit; Ausschöpfung der Beweisaufnahme; beschränkte revisionsrechtliche Prüfung).  
§ 261 StPO; § 337 StPO

**954. BGH 3 StR 214/04 – Urteil vom 23. September 2004 (LG Hildesheim)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose; besondere Umstände); persönliche Verhältnisse des Angeklagten (Aufklärungspflicht; Selbstbelastungsfreiheit; Schweigerecht; nemo tenetur).  
§ 56 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 243 Abs. 4 StPO

**955. BGH 3 StR 226/04 - Urteil vom 21. Oktober 2004 (LG Hannover)**

Notwehr (objektive Notwehrlage); Putativnotwehr; umgekehrter Tatbestandsirrtum; Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung; Einlassung des Angeklagten).  
§ 32 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**956. BGH 3 StR 65/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Wuppertal)**

Gegenvorstellung gegen ein Revisionsurteil; Nachholung des rechtlichen Gehörs nach Revisionsurteil.  
§ 33a StPO; § 349 Abs. 5 StPO; § 353 StPO

Ein Antrag gemäß § 33a StPO auf Nachholung rechtlichen Gehörs ist gegen ein Urteil nicht zulässig.

**957. BGH 3 StR 94/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (OLG Celle)**

Kriminelle Vereinigung (Ziel der Begehung von Straftaten; Finalität; Zweck oder Tätigkeit von untergeordneter Bedeutung); Vorverlagerung der Strafbarkeit (Rechtsgutsverletzung; Rechtsgutsgefährdung); PKK; KADEK; Gewaltverzicht (Zweifelssatz; Endgültigkeit); Heimatbüro; Strafsystem; demonstrative Gewaltstraftaten; Aufhebung der Feststellungen (doppelrelevante Tatsachen).  
§ 129 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; § 353 Abs. 2 StPO; § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG

**958. BGH 3 StR 253/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Kleve)**

Gegenvorstellung gegen Verwerfungsbeschluss des Revisionsgerichts; Nachholung rechtlichen Gehörs.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 33a StPO

**959. BGH 3 StR 321/04 - Beschluss vom 15. September 2004 (LG Hannover)**

Rechtsmittelverzicht; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 44 StPO; § 302 StPO

**960. BGH 3 StR 301/03 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Wuppertal)**

Vorteilsannahme (Parteispenden; Wahlkampfspenden); Vorteilsgewährung; Betrug (Gehilfenvorsatz; staatliche Parteienfinanzierung; falsche Angabe des Parteispenders: natürliche Person, juristische Person; Schutzzweck der Norm; zweifelndes Opfer); passive Chancengleichheit der Wahl; Drittmittelwerbung durch Hochschullehrer (BGHSt 47, 295); Bestimmtheitsgebot; Unrechtsvereinbarung; Amtsträger; Bürgermeister; Fall Kremendahl; Partei (Einflussspende; Rechenschaftsbericht).  
§ 331 StGB; § 333 StGB; § 263 StGB; § 65 Abs. 1 Satz 1 GO-NW; Art. 3 Abs. 1 GG; § 25 PartG; Art. 103 Abs. 2 GG

**961. BGH 3 StR 313/04 - Beschluss vom 16. September 2004 (LG Hildesheim)**

Unzulässige Revision nach Rechtsmittelverzicht.  
§ 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**962. BGH 3 StR 320/04 - Beschluss vom 19. Oktober 2004 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)**

Wegfall einer Einzelstrafe; Gesamtstrafenbildung; angemessene Gesamtstrafe.

§ 54 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**963. BGH 3 StR 333/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Osnabrück)**

Versuchter Mord; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose); verminderte Schuldfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit; Steuerungsfähigkeit; Darlegung; richterliche Wertung); Urteilsgründe (Widerspruchsfreiheit; Bezugnahme auf Sachverständigengutachten).

§ 211 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 63 StGB; § 21 StGB; § 267 StPO

**964. BGH 3 StR 337/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Mönchengladbach)**

Urteilsgründe (fehlende Begründung der Strafzumessung).

§ 46 StGB; § 267 StPO

**965. BGH 3 StR 340/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Wuppertal)**

Strafzumessung (psychologisierende und moralisierende Betrachtungen zur Persönlichkeit des Angeklagten); Beruhen.

§ 46 Abs. 2 StGB; § 337 StPO

**966. BGH 3 StR 349/04 - Beschluss vom 5. Oktober 2004 (LG Wuppertal)**

Schwerer Raub (sonst ein Werkzeug oder Mittel; Beisichführen).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b) StGB

**967. BGH 3 StR 353/04 - Beschluss vom 26. Oktober 2004 (LG Verden)**

Beweisantrag; Aufklärungspflicht.

§ 244 Abs. 2 StPO

**968. BGH 3 StR 371/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Mönchengladbach)**

Schuldpruchänderung; Tateinheit (höchstpersönliche Rechtsgüter).

§ 354 StPO; § 52 StGB

**969. BGH 3 StR 381/04 - Beschluss vom 11. November 2004 (LG Itzehoe)**

Fehlende Bescheidung eines Beweisantrages; Beruhen.

§ 244 StPO; § 337 StPO

**970. BGH 3 StR 460/03 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Düsseldorf)**

Bestechung (Konkretisierung der pflichtwidrigen Diensthandlung); Vorteilsnahme; Unrechtsvereinbarung; Bereitschaft zur beeinflussten Ermessenausübung; Strafzumessung (eigene Sachentscheidung); Schuldumfang (Tateinheit, Tatmehrheit).

§ 332 StGB; § 334 StGB; § 354 Abs. 1a StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

**971. BVerfG 2 BvR 2004/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. November 2004 (OLG Hamburg/LG Hamburg)**

Freiheit der Person (Grundrechtsschutz durch Verfahren); Übermaßverbot; Sicherungsverwahrung (Überprüfungsentscheidung zum Ablauf der ersten zwei Jahre nach dem Beschluss; Zweijahresfrist); Gebot der rechtzeitigen Entscheidung (Grundrechtsverletzung; Fristsetzung zur Stellungnahme eines beigeordneten Verteidigers; Ablichtung von Verfahrensakten bei gleichzeitiger Bearbeitung eines Rechtsmittels; kein Zurücktreten des Sicherheitsbedürfnisses der Allgemeinheit bei Verzögerungen von einigen Monaten); Geschäftsgang der Strafvollstreckungskammer (Fristenkontrolle; Maßnahmen der Personalführung; Abhilfeersuchen bei Überlastung); Zulässigkeit einer Untätigkeitsbeschwerde (grundlose Missachtung der zur verfahrensrechtlichen Absicherung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG vorgesehenen Fristen).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 EMRK; § 67c Abs. 1 StGB; § 67d Abs. 2 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 67e StGB; § 454 StPO; § 463 StPO

**972. BGH 1 StR 124/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Stuttgart)**

Rechtliches Gehör im Revisionsverfahren (Begründungspflicht; faires Verfahren).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO

**973. BGH 1 StR 140/04 – Urteil vom 22. Oktober 2004 (LG Stuttgart)**

Sicherungsverwahrung: Erwartbarkeit weiterer erheblicher rechtswidriger Taten, Gefährlichkeit für die Allgemeinheit (Berücksichtigungsfähigkeit des Alters des Angeklagten und der Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs infolge möglicher Haltungsänderung).

§ 66 StGB

**974. BGH 1 StR 223/04 – Beschluss vom 5. Oktober 2004 (LG Ulm)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht; Prüfungskompetenz des Tatgerichts hinsichtlich der Zulässigkeit der Revision.

§ 346 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**975. BGH 1 StR 232/04 – Urteil vom 20. Oktober 2004 (LG Passau)**

Freie Beweiswürdigung (Erörterungsmängel; Überzeugungsbildung: nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht aufkommen lässt).

§ 261 StPO

**976. BGH 1 StR 248/04 – Urteil vom 22. Oktober 2004 (LG Stuttgart)**

Aufklärungsrüge; (erhebliche) Verminderung bzw. Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit bei Alkoholkonsum (BAK und psychodiagnostische Beweisanzeichen; Rechtsprechung der Strafsenate des BGH; gesteigerte

Anforderungen bei schwerwiegenden Delikten).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**977. BGH 1 StR 76/04 – Urteil vom 6. Oktober 2004 (LG München)**

Illegaler Aufenthalt ohne Aufenthaltsgenehmigung oder Duldung (Duldungsanspruch und verschwiegene Einreise sowie Untertauchen; hypothetischer Duldungsanspruch im Sinne des BVerfG; Zuwanderungskontrolle); Unzumutbarkeit und Tatmacht bei Unterlassungsdelikten; Abgrenzung von Tun und Unterlassen (Schwerpunkt).  
§ 55 AuslG; § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; § 13 StGB

**978. BGH 1 StR 254/04 – Urteil vom 19. Oktober 2004 (LG Nürnberg)**

Versuchte Tötung (Voraussetzungen des korrigierten Rücktrittshorizonts; unbeendeter Versuch).  
§ 212 StGB; § 24 StGB

**979. BGH 1 StR 324/04 – Beschluss vom 21. Oktober 2004 (LG Nürnberg)**

Akteneinsichtsrecht und Vorbereitung der Verteidigung (Aussetzung; Darlegungsvoraussetzung; konkreter Vortrag zur Verfahrensbedeutung der Akten).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. b EMRK; § 265 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 228 StPO; § 147 StPO

**980. BGH 1 StR 339/04 – Urteil vom 10. November 2004 (LG Ingolstadt)**

Strafaussetzung zur Bewährung bei sexuellem Missbrauch (Verteidigung der Rechtsordnung; günstige Sozialprognose; Nachreifung und Stabilisierung des Angeklagten in der Untersuchungshaft).  
§ 56 StGB; § 176 StGB

**981. BGH 1 StR 375/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Hof)**

Abänderung des die Besetzung mit zwei Berufsrichtern anordnenden Beschlusses.  
§ 338 Nr. 1 StPO; § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG

**982. BGH 1 StR 399/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG München)**

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

**983. BGH 1 StR 414/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Ravensburg)**

Besorgnis der Befangenheit und Vorverurteilung (vorgeschriebener Urteilsentwurf; Aufklärungspflicht).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 GG; § 24 Abs. 2 StPO

**984. BGH 1 StR 427/04 – Beschluss vom 19. Oktober 2004 (LG Schweinfurt)**

Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifischer Gefährdungszusammenhang; kein Abwarten auf die Entscheidung des Großen Senats; Revisionsteilentscheidung).  
§ 69 StGB; § 132 GVG

**985. BGH 1 StR 463/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Heidelberg)**

Vorführung einer Bild-Ton-Aufzeichnung nach § 255a StPO nur bei vernehmungsersetzender Vorführung (ergänzende Vernehmung und Opferschutz; Aufklärungspflicht).  
§ 52 StPO; § 252 StPO; 255a StPO

**986. BGH 1 StR 477/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Ulm)**

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

**987. BGH III ZR 361/03 – Urteil vom 4. November 2004 (OLG Celle, LG Hannover)**

BGHZ; Voraussetzungen eines Entschädigungsanspruches eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung in einer Justizvollzugsanstalt (Amtshaftung; Bindungswirkung hinsichtlich der Feststellung der Rechtswidrigkeit; staatliches Organisationsverschulden); Freiheit der Person; unwürdige Bestrafung und Behandlung; Strafvollzug; Menschenwürde als Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte.  
Art. 3 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 41 EMRK; Art. 1 GG; Art. 2 GG; Art. 34 GG; § 839 BGB; § 109 StVollzG

**988. BGH 4 StR 134/04 – Urteil vom 30. September 2004 (LG Saarbrücken)**

Freie Beweiswürdigung (unwiderlegte Einlassung des Angeklagten); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung; kurzes Eindringen in die Scheide mit einem Finger).  
§ 176 a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.; § 261 StPO

**989. BGH 4 StR 62/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (OLG Naumburg)**

Vorlegungssache (Entfallen der Vorlegungsvoraussetzungen); Besetzung des Bußgeldsenats eines Oberlandesgerichts bei der Entscheidung über eine Rechtsbeschwerde, wenn diese wegen Versagung des rechtlichen Gehörs gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG zugelassen worden ist (Besetzung nach dem Justizmodernisierungsgesetz).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 1 Nr. 2 OWiG; § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG; § 121 Abs. 2 GVG; § 80a OWiG n.F.

**990. BGH 4 StR 166/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (LG Magdeburg)**

Beweiswürdigung (Vergewaltigung; Grenzen der Revisibilität; Schwächen einer Aussage im Kernbereich).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**991. BGH 4 StR 216/04 – Beschluss vom 26. Oktober 2004 (LG Kaiserslautern)**

Festsetzung der Tagessatzhöhe für die Einzelgeldstrafe (Nachholung durch den BGH).  
§ 54 Abs. 3 StGB; § 40 Abs. 2 Satz 3 StGB; § 354 StPO

**992. BGH 4 StR 292/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Frankenthal)**

Gesamtstrafenbildung bei unerlaubtem Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Prägung durch die Menge des gehandelten Rauschgifts, nicht durch die Anzahl der Tabletten).

§ 54 StGB; § 46 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 BtMG

**993. BGH 4 StR 298/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (LG Hannover)**

Gesamtfreiheitsstrafe (Beruhen; Erörterungsmängel).

§ 54 Abs. 1 Satz 2, 3 StGB; § 39 StGB; § 337 StPO

**994. BGH 4 StR 304/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Essen)**

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Begrenzung der neuen Gesamtstrafe durch die frühere Gesamtstrafe und die Summe der neu einzubeziehenden Einzelstrafen).

§ 55 StGB

**995. BGH 4 StR 325/04 – Urteil vom 21. Oktober 2004 (LG Saarbrücken)**

Sicherungsverwahrung (Hang; Gesamtwürdigung; Sachverständige: Bedingungen des Abweichens vom Gutachten, eigene Sachkunde; Unmöglichkeit einer Urteilsab-sprache).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 72 StPO; § 261 StPO

**996. BGH 4 StR 358/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Dortmund)**

Tateinheit bei gleichzeitigem Besitz unerlaubter Betäu-bungsmittel an verschiedenen Orten.

§ 29 BtMG; § 52 StGB

**997. BGH 4 StR 368/04 – Beschluss vom 4. November 2004 (LG Zweibrücken)**

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Eindringen).

§ 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**998. BGH 4 StR 373/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**999. BGH 4 StR 387/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Detmold)**

Strafzumessung (Strafrahmenwahl bei minder schwerem Fall und weiterer Reduzierung).

§ 46 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 49 Abs. 1 Nr. 3 letzte Alt. StGB; § 38 Abs. 2 2. Halbs. StGB

**1000. EGMR Nr. 38822/97 – Urteil vom 9. Januar 2003 (Shishkov v. Bulgarien)**

Recht auf Freiheit und Sicherheit (zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person; Unabhängigkeit; Unparteilichkeit; Nikolova); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Zeit oder auf Haftentlassung); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Haftprüfung; habeas corpus; faires Ver-fahren; rechtliches Gehör; Waffengleichheit; Recht auf Akteneinsicht; Recht auf Zugang zum Gericht: Fristrege-lungen bei der richterlichen Überprüfung; Verhältnismä-ßigkeit; Berücksichtigung der praktischen Lage des Un-tersuchungshaftgefangenen); Freiheit der Person.

Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 112 StPO; § 119 StPO; § 147 StPO

**1001. BGH 4 StR 403/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Halle)**

Das Leben gefährdende Behandlung (Würgegriff am Hals).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB

**1002. BGH 5 StR 3/04 – Beschluss vom 28. Oktober 2004 (LG Hamburg)**

Verfall von Wertersatz (entgegenstehende Ansprüche der durch Zuhälterei-handlungen betroffenen Nebenklägerin, der Verletzten); Zurückgewinnungshilfe; gewerbsmäßi-ges Einschleusen von Ausländern (Beihilfe durch Ermög-lichung einer Erwerbstätigkeit in einem Bordell).

§ 92a Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 AuslG; § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 27 StGB; § 111b Abs. 5 StPO

**1003. BGH 5 StR 130/04 – Urteil vom 27. Oktober 2004 (LG Berlin)**

Aufklärungsrüge (Maßstab des Aufdrängens; Zulässig-keit; Darlegungsvoraussetzungen); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität); Strafzumessung (keine Ma-thematisierung); Sicherungsverwahrung (Hang; Bedeu-tung einer längeren straffreien Zeit insbesondere bei Inhaftierung und Freigang).

§ 66 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**1004. BGH 5 StR 276/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Wuppertal)**

Gewerbsmäßige Steuerhinterziehung; Bestimmtheits-grundsatz; besonders schwerer Fall der Steuerhinterzie-hung (großes Ausmaß); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Widerspruchserfordernis; Zustimmungslösung; rechtliches Gehör; Recht auf Verfahrensbe-schleunigung; Recht auf ein faires Verfahren; Anhörung; keine Pflichtverteidigerbestellung im Revisionsverfah-ren); Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung; Vorlage an das BVerfG (Entscheidungserheblichkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 370a AO; § 370 AO; § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 80 Abs. 2 BVerfGG; § 357 StPO; § 33 StPO

**1005. BGH 5 StR 365/04 – Beschluss vom 26. Oktober 2004 (LG Chemnitz)**

Bestellung eines weiteren Pflichtverteidigers in der Revi-sion (fehlende Begründung).

§ 333 StPO; § 140 StPO

**1006. BGH 5 StR 368/04 – Urteil vom 27. Oktober 2004 (LG Dresden)**

Gewerbsmäßige und bandenmäßige Steuerhehlerei; Be-weiswürdigung (Darlegungsanforderungen an das frei-sprechende Urteil).

§ 261 StPO; § 374 AO

**1007. BGH 5 StR 430/04 – Beschluss vom 28. Oktober 2004 (LG Berlin)**

BGHR; entbehrliche Zurückverweisung bei Urteilsaufhebung nach § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO wegen fehlerhafter Gesamtstrafenbildung (Kostenentscheidung; Nachverfahren).

§ 54 StGB; § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

**1008. BGH 5 StR 437/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Cottbus)**

Strafverfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauch eines Schutzbefohlenen (gesonderte Prüfung für jedes Delikt).

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

**1009. BGH 5 StR 482/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Berlin)**

Versehentliche Abfassung als abgekürztes Urteil.

§ 267 Abs. 4 StPO