

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 4/2005
6. 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

Univ.-Ass. Dr. **Christian Rosbaud**, LL.M. (Salzburg) – **Aufgedeckt! Muss der verdeckte Ermittler in der Hauptverhandlung aussagen?** (zugleich Besprechung von OGH 13 Os 153/03, Urt. vom 18. Februar 2004 = HRRS 2005 Nr. 303) S. 131

Dipl.-Jur. **Martin Krause**, München – **Die Ordnungswidrigkeit gem. § 24a Abs. 2 StVG nach dem Konsum von Cannabis** (zugleich Besprechung von BVerfG, Az. 1 BvR 2652/03, Beschluss vom 21. Dezember 2004 = HRRS 2005 Nr. 304) S. 138

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR **Überlange Verfahrensdauer in deutschem Strafverfahren**

BVerfG **Zulässige Überwachung durch den Einsatz von GPS**

OGH **Unzulässige Verwertung der Aussagen Verdeckter Ermittler über Vernehmungssurrogate in Österreich**

BGH **Befehl zur Tötung des Demonteurs einer Selbstschussanlage (BGHSt)**

BGH **Fahrlässige Tötung beim Umgang mit Zigaretten und Kleinkindern**

BGH **Verdeckungsmord trotz vorheriger Mitteilung der Straftat (BGHSt)**

BGH **Kein Beweisverwertungsverbot bei richterlich gestatteter Durchsuchung wegen unzureichender Dokumentation**

SCHRIFTFLEITUNG
Wiss. Assistent Karsten Gaede
c/o RA Dr. iur Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

BGH **Keine Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren trotz Leerlaufens des Konfrontationsrechts**

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

BGH **Entscheidung über die Zeugenvereidigung nach neuem Recht**

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 95 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 Kleyszewski* (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).

6. Jahrgang, April 2005, Ausgabe **4**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

309. BVerfG 2 BvR 581/01 (Zweiter Senat) – Urteil vom 12. April 2005 (BGH/OLG Düsseldorf)

Zulässigkeit der Ermittlungen unter Verwendung des Global Positioning System/GPS (Beweiserhebung; Beweisverwertung); Rechtsstaatsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Beobachtungspflicht und Korrekturpflicht des Gesetzgebers; Richtervorbehalt); additive Ermittlungsmethoden (Verbot der Totalüberwachung; verfassungsrechtliche Anforderungen; prozeduraler Grundrechtsschutz; Information der Staatsanwaltschaft; Dokumentation; Koordination auch mit dem Verfassungsschutz); Straftat von erheblicher Bedeutung (mittlere Kriminalität; empfindliche Störung des Rechtsfriedens und erhebliche Störung des Rechtsempfindens); effektiver Rechtsschutz (nachträgliche Kontrolle heimlicher Ermittlungsmaßnahmen); allgemeines Persönlichkeitsrecht (unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung); informationelle Selbstbestimmung (bereichsspezifische Regelungen); Darlegungsanforderungen bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine Revisionsentscheidung (Vorlage oder Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Revisionsbegründungsschrift; Stellungnahme des Generalbundesanwaltes); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Widerspruch).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 28 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 100 c Abs. 1 Nr. 1 b StPO; § 163 f Abs. 4 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

1. § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO entspricht als Ermächtigungsgrundlage für Beweiserhebungen unter Einsatz des Global Positioning System und die anschließende Verwertung dieser Beweise den verfassungsrechtlichen Anforderungen. (BVerfG)

2. Beim Einsatz moderner, insbesondere dem Betroffenen verborgener, Ermittlungsmethoden müssen die Strafverfolgungsbehörden mit Rücksicht auf das dem „additiven“ Grundrechtseingriff innewohnende Gefährdungspotential besondere Anforderungen an das Verfahren beachten. (BVerfG)

3. Wegen des schnellen und für den Grundrechtsschutz riskanten informationstechnischen Wandels muss der Gesetzgeber die technischen Entwicklungen aufmerksam beobachten und notfalls durch ergänzende Rechtssetzung korrigierend eingreifen. Dies betrifft auch die Frage, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern und unkoordinierte Ermittlungsmaßnahmen verschiedener Behörden verlässlich zu verhindern. (BVerfG)

4. Eine Straftat von „erheblichen Bedeutung“ muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevöl-

kerung erheblich zu beeinträchtigen (vgl. BVerfGE 103, 21, 34; 109, 279, 344). (Bearbeiter)

5. Der Gesetzgeber war jedenfalls nicht schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens des § 100 c Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StPO von Verfassungen wegen gehalten, länger andauernde technische Observationsmaßnahmen unter Richtervorbehalt zu stellen. Er durfte zunächst die rechtst tatsächliche Entwicklung abwarten. (Bearbeiter)

6. Die Strafverfolgungsbehörden müssen sicherzustellen, dass die eine Ermittlungsmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe informiert ist, die den Grundrechtsträger im Zeitpunkt der Antragstellung und im Zeitpunkt einer zeitlich versetzten Ausführung der Maßnahme jeweils treffen. Dazu bedarf es einer vollständigen Dokumentation aller ausgeführten oder ausführbaren Ermittlungseingriffe in den Akten und darüber hinaus ist sicherzustellen, dass nicht verschiedene Staatsanwaltschaften ohne Wissen voneinander im Rahmen von Doppelverfahren in Grundrechte eingreifen. (Bearbeiter)

303. OGH 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 (LGSt Graz)

Konfrontationsrecht und anonyme Zeugen: Ablehnung des Zeugen vom Hörensagen beim Einsatz Verdeckter Ermittler in Österreich (Fragerecht; Unmittelbarkeitsgrundsatz; Umgehungsverbot; Unerreichbarkeit; unzulässige Verlesung von Vernehmungsprotokollen bzw. Berichten des Verdeckten Ermittlers; V-Personen; V-Leute; verhältnismäßige Einschränkungen; Sperrerklärung); Betäubungsmittelstrafrecht; konventionskonforme Auslegung; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 öStPO; § 281 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO; § 258 Abs. 1 öStPO; § 96 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 252 StPO

1. Zum Verbot der mittelbaren Verwertung der Aussagen von staatlich zurückgehaltenen Verdeckten Ermittlern über Protokolle und Zeugen vom Hörensagen in Österreich. (Bearbeiter)

2. Das Beweiserhebungsverbot (= Beweisgewinnungsverbot) des § 252 Abs. 1 öStPO sichert das – mit dem Fragerecht nach Art 6 Abs. 3 lit. d EMRK normativ verknüpfte – strafprozessuale Unmittelbarkeitsprinzip gegen Unmittelbarkeitssurrogate, die durch die Ausnahmesätze der Z 1 bis 4 des § 252 Abs. 1 öStPO nicht gedeckt sind, bei sonstiger Nichtigkeit ab. Durch innerstaatliche Amtsverschwiegenheit bedingte Unmöglichkeit, das Erscheinen eines Zeugen zu bewerkstelligen, kann grundsätzlich nicht als Verlesungsermächtigung nach § 252 Abs. 1 Z 1 öStPO begriffen werden. (Leitsatz des offiziellen Rechtssystemsystems RIS)

3. Die Vernehmung eines Polizeibeamten als so genannte Verhörsperson über die ihm gegenüber getätigten Angaben eines namentlich nicht bekannt gegebenen verdeckten Ermittlers des Bundesministeriums für Inneres stellt eine Umgehung des (bedingten) Verlesungsverbot nach

§ 252 Abs. 1 öStPO dar und begründet Urteilsnichtigkeit gem. § 252 Abs. 4 öStPO. (Bearbeiter)

4. Die Sperrerklärung der Dienstbehörde eines verdeckten Ermittlers (hier BMI) stellt keinen „erheblichen Grund“ i.S.d. § 252 Abs. 1 Ziff. 1 öStPO dar, der zur Verlesung des vom verdeckten Ermittler verfassten Berichts in der Hauptverhandlung ermächtigt. Sollte die Verlesung nicht durch die Zustimmung des Angeklagten gedeckt sein (§ 252 Abs. 1 Ziff. 4 öStPO), führt eine Verletzung des Verlesungsverbot zur Urteilsnichtigkeit gem. § 282 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO. (Bearbeiter)

5. Ob innerstaatliche Amtsverschwiegenheit einen „erheblichen Grund“ i.S.d. § 252 Abs. 1 Ziff. 1 darstellen könnte, wenn im Verfahren wegen einer außergewöhnlich schwer wiegenden Straftat die schriftlich festgehaltenen Angaben eines besonders schutzbedürftigen Zeugen unverzichtbar erscheinen (vgl. auch EGMR 23. 4. 1997 Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande, ÖJZ-MRK 1998/15, 274), kann im vorliegenden Fall dahinstehen. (Bearbeiter)

302. EGMR Nr. 64387/01 – Urteil vom 20. Januar 2005 (Uhl gegen Deutschland)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (unangemessene Gesamtverfahrensdauer eines deutschen Strafverfahrens; Einbeziehung verfassungsgerichtlicher Verfahren; Anwendung auf wirtschaftsstrafrechtliche Verfahren; besondere Bedeutung für den Angeklagten bei Infragestellung des Beamtenstatus).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer ist im Lichte der besonderen Umstände der Rechtssache sowie in Anbetracht der in der Spruchpraxis des Gerichtshofs festgelegten Kriterien, insbesondere der Komplexität des Falles, des Verhaltens des Beschwerdeführers und der zuständigen Behörden sowie der Bedeutung dessen, was für den Beschwerdeführer bei dem Rechtsstreit auf dem Spiel stand, zu würdigen.

2. Ein Verfahren ist nicht schon deshalb besonders komplex, weil es wirtschaftsstrafrechtliche Delikte wie Steuerhinterziehung, Betrug und Untreue betrifft.

3. Auch wenn sich ein Beschwerdeführer im betroffenen Strafverfahren nie in Untersuchungshaft befunden hat, kann das, was für ihn in dem Verfahren auf dem Spiel stand, von erheblicher Bedeutung gewesen sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Verfahren erhebliche soziale Auswirkungen hatte, weil in ihm der Beamtenstatus des Angeklagten auf dem Spiel stand.

304. BVerfG 1 BvR 2652/03 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2004 (OLG Zweibrücken/AG Kandel)

Allgemeine Handlungsfreiheit (Führen von Kraftfahrzeugen im öffentlichen Straßenverkehr; Eingriff; legitimes Gemeinwohlziel; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Bestimmtheitsgebot; Führen eines Kraftfahrzeuges unter der

Wirkung eines berauschenden Mittels (abstraktes Gefährungsdelikt); Cannabiskonsum (Nachweis im Spurenbereich; Nullwertgrenze; Identität von Wirkungs- und Nachweisdauer; Wirkungsgrenze von 1 ng/ml THC); verfassungskonforme Auslegung (Überholung gesetzgeberischer Annahmen infolge technischen Fortschritts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 24 a Abs. 2 StVG

1. Die Regelung des § 24 a Abs. 2 Satz 1 und 2 StVG ist auch hinsichtlich von Cannabiskonsum bei verfassungskonformer Auslegung verfassungsgemäß.

2. Im Hinblick auf die verbesserten wissenschaftlichen Methoden THC im Blut eines Verkehrsteilnehmers nachzuweisen (Auseinanderfallen von Wirkungs- und Nachweisdauer), reicht es für eine Verurteilung nach § 24 a Abs. 2 StVG nicht mehr aus, wenn lediglich der Nachweis des Vorhandenseins von THC im Spurenbereich geführt wird. Festgestellt werden muss vielmehr eine Konzentration, die es entsprechend dem Charakter der Vorschrift als ein abstraktes Gefährungsdelikt als möglich erscheinen lässt, dass der untersuchte Kraftfahrzeugführer am Straßenverkehr teilgenommen hat, obwohl seine Fahrtüchtigkeit eingeschränkt war. Davon wird derzeit erst bei einem THC-Wert im Blut von 1 ng/ml ausgegangen.

308. BVerfG 2 BvR 109/05 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (OLG Frankfurt/LG Frankfurt)

Freiheit der Person (Dauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus; Abwägung des Freiheitsanspruches; Verhältnismäßigkeit; beschränkte Bedeutung der erwartenden Freiheitsstrafe; Begründung des Haftfortdauerbeschlusses); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen (Beschleunigungsgrundsatz; verzögerte Zustellung von Revisionsbegründungsschriften; lange Bearbeitungsdauer beim Generalbundesanwalt; Verfahrensverzögerung von sieben Monaten).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 121 Abs. 1 StPO

1. Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung können bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden.

2. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG garantiert das in Haftsachen geltende verfassungsrechtliche Beschleunigungsgebot (vgl. BVerfGE 46, 194, 195), welches auch in Rechtsmittelverfahren und über die Regelung des § 121 StPO hinaus Geltung beansprucht. Der Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten ist den vom Standpunkt der Strafverfolgung aus erforderlichen und zweckmäßigen Freiheitsbeschränkungen ständig als Korrektiv entgegenzuhalten.

3. Sein Gewicht vergrößert sich gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft (vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 53, 152, 158 f.). Das bedeutet, dass der Eingriff in die Freiheit nur hinzu-

nehmen ist, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen (BVerfGE 19, 342, 347 f.; 20, 45, 49).

4. Bei der Beurteilung der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO d.h. der besonderen Schwierigkeit oder des besonderen Umfangs der Ermittlungen oder des Vorliegens eines anderen wichtigen Grundes für die Fortdauer der Untersuchungshaft über 6 Monate hinaus, ist entscheidend darauf abzustellen, ob die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ihrerseits alle zumutbaren Maßnahmen getroffen haben, um die Ermittlungen so schnell wie möglich abzuschließen und ein Urteil herbeizuführen. Die Vorschrift des § 121 Abs. 1 StPO lässt insoweit nur in begrenztem Umfang eine Fortdauer der Untersuchungshaft zu und ist eng auszulegen (vgl. BVerfGE 20, 45, 50; 36, 264, 270 f.).

5. Die Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zwingt die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte dazu, diese bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu berücksichtigen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet im Falle eines, mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang stehenden, überlangen Verfahrens, zu sorgfältiger Prüfung, ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen kann.

6. In jedem Haftfortdauerbeschluss sind aktuelle Ausführungen zum Vorliegen eines die Haftfortdauer rechtfertigenden Grundes, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten, weil sich die dafür maßgeblichen Umstände, insbesondere angesichts der seit der letzten Entscheidung verstrichenen Zeit in ihrer Gewichtigkeit verschieben können.

305. BVerfG 2 BvR 364/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Wuppertal/AG Wuppertal)

Rechtsstaatsprinzip (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung; Schutz der Allgemeinheit; Beschleunigungsgebot; Verfahrensverzögerungen; faires, rechtsstaatliches Verfahren); vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 111a StPO; § 69 StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 142 StGB

1. Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 111a StPO ist eine Präventivmaßnahme, die der Allgemeinheit Schutz vor weiteren Verkehrsstraftaten gewähren soll.

2. Strafprozessuale Grundrechtseingriffe wie die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis müssen auch im Einzelfall dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Dieser Grundsatz setzt staatlichen Eingriffen Grenzen, die insbesondere auch durch Abwägung der in Betracht kommenden Interessen zu ermitteln sind. Führt die Abwägung zu dem Ergebnis, dass die dem Eingriff entge-

genstehenden Interessen im konkreten Fall ersichtlich wesentlich schwerer wiegen als diejenigen Belange, deren Wahrung die staatliche Maßnahme dienen soll, so verletzt der gleichwohl erfolgte Eingriff den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BVerfGE 44, 353, 373).

3. Gemessen an dem eingeschränkten Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts begründet es keine verfassungsrechtlichen Bedenken, dass die Fachgerichte mit Blick auf die im Überfahren der mit Warnbaken gekennzeichneten Sperrfläche zutage tretende grobe Verkehrswidrigkeit des Fahrverhaltens und bei Annahme der Verwirklichung zweier Alternativen des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB der Sicherheit des Straßenverkehrs den Vorrang gegenüber dem eingetretenen Zeitablauf und einer bei der Staatsanwaltschaft zu beobachtenden Verfahrensverzögerung einräumen.

306. BVerfG 2 BvR 1610/03 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2005 (LG Hamburg)

Effektivität des Rechtsschutzes; Gewährung in angemessener Zeit (Bedeutung der Sache; Schwierigkeit des Falles; Verhalten der Beteiligten; nicht beeinflussbare Verzögerungen durch Gutachter; kein Berufen auf angespannte Personalsituation); Ermessen des Richters bei der Bearbeitung anhängiger Verfahren (kein Gestaltungsspielraum bei gerichtlicher Feststellung einer rechtswidrigen Untätigkeit); Strafvollzug (Genehmigung der Teilnahme an der beruflichen Weiterbildung oder Ausbildung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 116 StVollzG; § 37 Abs. 3 StVollzG

1. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht, die Gerichte anzurufen, sondern auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Wirksam ist nur ein zeitgerechter Rechtsschutz. Art. 19 Abs. 4 GG fordert daher auch, dass Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit gewährt wird. Welche Verfahrensdauer noch angemessen ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (vgl. BVerfGE 55, 349, 369; 93, 1, 13). Entscheidend sind vor allem die Bedeutung der Sache, die Auswirkungen einer langen Verfahrensdauer für die Beteiligten, die Schwierigkeit des Falles und das Verhalten der Beteiligten, insbesondere etwaige den Beteiligten selbst zuzurechnende

Verzögerungen, sowie eine gerichtlich nicht zu beeinflussende Verzögerung durch die Tätigkeit von Sachverständigen oder sonstigen Dritten (vgl. BVerfGE 46, 17, 29; Beschluss vom 14. Oktober 2003 - 1 BvR 901/03 -, NVwZ 2004, S. 334, 335).

2. Dem Richter steht für die Bearbeitung anhängiger Verfahren grundsätzlich ein Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen er aufgrund eigener Gewichtung solcher Faktoren Prioritäten in Abweichung von der Reihenfolge des Eingangs setzen kann. Ein diesbezüglicher Gestaltungsspielraum des Richters besteht jedoch dann nicht mehr, wenn ein übergeordnetes Gericht festgestellt hat, dass bereits die bisherige Untätigkeit in dem betreffenden Verfahren rechtswidrig war.

307. BVerfG 2 BvR 2207/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2005 (OLG Schleswig/LG Lübeck)

Rechtstaatsprinzip; Verschlechterungsverbot; keine unzulässige Doppelbestrafung bei nachträglicher Änderung von Bewährungsaufgaben (ne bis in idem; zulässige Auswechslung der Auflage auf Grund bisher unbekannter Umstände).

Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 56b Abs. 2 StGB; § 56b Abs. 1 StGB; § 56e StGB

1. Zwar handelt es sich bei einer Bewährungsaufgabe gemäß § 56b Abs. 2 StGB, die gemäß § 56b Abs. 1 StGB der Genugtuung für begangenes Unrecht dienen soll, um eine „strafähnliche Maßnahme“. Eine nachträgliche Änderung gemäß § 56e StGB stellt jedoch dann keine unzulässige Verschlechterung dar, wenn lediglich die Art der Auflage aufgrund von Umständen, die dem Tatrichter noch nicht bekannt sein konnten, ausgewechselt wird.

2. Es handelt sich bei der nachträglichen Abänderung der Bewährungsaufgabe auch nicht um eine unzulässige Doppelbestrafung im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG. Diese Vorschrift enthält kein umfassendes Verbot, aus Anlass eines Sachverhalts verschiedene Sanktionen zu verhängen, sondern verbietet nur die wiederholte strafrechtliche Ahndung ein und derselben Tat.

3. Für Maßnahmen der Bewährungsaufsicht ist die Anwendung des Art. 103 Abs. 3 GG ausgeschlossen.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

289. BGH 5 StR 14/04 – Urteil vom 16. Februar 2005 (LG Berlin)

BGHSt; Befehl zur Tötung eines Demonteurs von Selbstschussanlagen an der innerdeutschen Grenze; Grundsätze

der Beurteilung von „Mauerschützen“; Heimtückemord; Verjährung; Vorrang des Freispruchs vor der Verfahrenseinstellung.

§ 30 StGB; § 211 StGB; § 78 StGB; Vor § 13 StGB

1. Befehl zur Tötung eines Demonteurs von Selbstschussanlagen an der innerdeutschen Grenze. (BGHSt)

2. Zu den Grundsätzen des BGH zur Behandlung von „Mauerschützen“ und Selbstschussanlagen an der deutsch-deutschen Grenze. (Bearbeiter)

263. BGH 1 StR 422/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG München)

Fahrlässige Tötung (Bestimmung der Sorgfaltspflicht bzw. Pflichtwidrigkeit im Umgang mit Feuer und Zigaretten; Alleinlassen von Kleinkindern); fahrlässige Brandstiftung.

§ 222 StGB; § 306d StGB

1. Pflichtwidrig im Sinne einer fahrlässigen Tatbestandsverwirklichung handelt, wer objektiv gegen eine Sorgfaltspflicht verstößt, die gerade dem Schutz des beeinträchtigten Rechtsguts dient und zu einer Rechtsgutverletzung führt, die der Täter nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten hätte vermeiden können. Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt bestimmen sich nach den Anforderungen, die bei objektiver Betrachtung einer Gefahrenlage ex ante an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind (BGH NStZ 2003, 657, 658).

2. Im Rahmen der Vorwerfbarkeit ist bei vorliegender Erfolgsabwendungspflicht nicht entscheidend, ob die Pflichtwidrigkeit in einem aktiven Tun liegt oder in einem Unterlassen begründet ist. Der Erfolg einer fahrlässigen Tötung kann genauso wie der einer fahrlässigen Brandstiftung durch ein pflichtwidriges Unterlassen herbeigeführt werden. Für die Entscheidung der Frage, ob ein Tun oder ein Unterlassen vorliegt, kommt es auf den Schwerpunkt des Täterverhaltens an. Darüber hat der Tatrichter in wertender Würdigung zu entscheiden (vgl. dazu BGH NStZ 1999, 607).

3. Wird der Umgang mit Feuer und sei es auch nur in Form von entzündeten Zigaretten und glimmender Asche zugelassen, erfordert es die allgemein bekannte Gefahr, die sich in dem achtlosen Umgang mit Feuer und Zigarettenresten verwirklichen kann, dass ein Übergreifen auf Papier und sonstige leicht entflammbare Materialien verhindert oder jedenfalls auf ein Minimum reduziert wird. Diese schon allgemein bestehende Sorgfaltspflicht kann aufgrund besonderer Umstände noch besonders gesteigert sein.

4. Der Senat kann offen lassen, ob generell eine Pflichtverletzung schon dann anzunehmen ist, wenn Eltern ihre sich im Kleinkindalter befindenden Kinder über längere Zeit ohne Aufsicht in der Wohnung zurücklassen.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

260. BGH 1 StR 327/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG Augsburg)

BGHSt; Verdeckungsabsicht bei Tötung eines Opfers, das die Straftat bekanntermaßen bereits anderen mitgeteilt hat (Grundsätze der Beweiswürdigung beim Zeugen vom Hörensagen; Sicherstellung der Strafbarkeit).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. In Verdeckungsabsicht handelt auch derjenige, welcher - um der Strafverfolgung zu entgehen - das Opfer einer Straftat tötet, selbst wenn dieses die Tat bereits einer anderen Person mitgeteilt hatte, jedoch allein aufgrund der Aussage eines solchen Zeugen vom Hörensagen die Tatumstände noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang aufgedeckt würden. (BGHSt)

2. In Verdeckungsabsicht handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutende Tatumstände geben könnten (BGHSt 15, 291, 295 ff.; BGHSt 41, 358, 360). Allerdings scheidet begrifflich eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dann aus, wenn diese bereits aufgedeckt ist (vgl. BGH GA 1979, 108). (Bearbeiter)

248. BGH 3 StR 230/04 - Beschluss vom 14. Februar 2005 (LG Flensburg)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage; Vorstellung des Tatopfers; Gewalt); Vorsatz (Darlegung).

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

1. Eine schutzlose Lage im Sinne von § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB ist gegeben, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist.

2. Der Senat hält - obiter - für das Nötigen unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage gem. § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB für erforderlich, dass das Opfer dem Täter gegenüber von Widerstand absehen muss, weil es diesen aufgrund des Ausgeliefertseins für sinnlos erachtet. Daher ist nach Ansicht des Senats zugleich auf Seiten des Opfers die Kenntnis der schutzlosen Lage notwendige Voraussetzung eines objektiv tatbestandsmäßigen Verhaltens (Abgrenzung von BGHR StGB § 177 Abs. 1 Schutzlose Lage 6 = BGH 2 StR 351/03 - Urteil vom 28. Januar 2004; Bekräftigung des Senatsurteils BGH 3 StR 446/02 vom 27. März 2003).

275. BGH 4 StR 366/04 – Urteil vom 20. Januar 2005 (LG Kassel)

Fahrlässige Tötung; Freiheitsberaubung mit Todesfolge auf andere Weise (Anwendbarkeit bei zu schnellem Fahren, das die Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens hindert).

§ 239 Abs. 4 StGB; § 222 StGB

1. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine Freiheitsberaubung „auf andere Weise“ auch durch schnelles Fahren mit einem Fahrzeug begangen werden kann, um hierdurch einen Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens zu hindern (vgl. BGH NStZ 1992, 33, 34). Dabei kommt es für die Erheblichkeit der Tathandlung allerdings nicht allein auf deren Dauer, sondern auch auf das Gewicht der Einwirkung auf das geschützte Rechtsgut an (vgl. BGHSt 14, 314, 315).

2. Der Tatbestand der Freiheitsberaubung nach § 239 Abs. 1 StGB ist in der Begehungsform „auf sonstige Weise“ nicht bereits dann erfüllt, wenn ein Fahrzeugführer entgegen der ausdrücklichen Aufforderung eines Fahrzeuginsassen, die Fahrweise zu ändern, unverändert gefährdend weiterfährt. Vielmehr muss für die Annahme des Widerrufs eines ursprünglich erteilten Einverständnisses in die Beförderung mit dem Fahrzeug und zur Verwirklichung des Tatbestands der Freiheitsberaubung in einem solchen Fall hinzukommen, dass der Mitfahrer den eindeutigen und unmissverständlichen Wunsch zum Ausdruck bringt, das Fahrzeug unter den gegebenen Umständen verlassen zu wollen.

3. Die Freiheitsberaubung „auf andere Weise“ kennt hinsichtlich des Tatmittels keine Begrenzung. Es reicht vielmehr jedes Mittel aus, das geeignet ist, einem anderen die Fortbewegungsfreiheit zu nehmen, insbesondere ihm, sei es auch nur vorübergehend, die Möglichkeit zu nehmen, einen Raum zu verlassen (BGHR StGB § 239 Abs. 1 Freiheitsberaubung 2).

264. BGH 1 StR 473/04 – Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Baden)

Heimtücke bei einer Attacke mit einem Fahrzeug (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Opfers bei vorheriger Wahrnehmung des Angreifenden; Ausnutzungsbewusstsein); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen; Gewissheit; Zweifelssatz; Erörterungsmangel).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Die objektiven Voraussetzungen der Heimtücke können selbst dann erfüllt sein, wenn das Opfer den Angeklagten kurz vor der Fahrzeugkollision bemerkt und mit einer Fahrzeugattacke gerechnet haben sollte. Dies schließt die Arglosigkeit des Opfers nicht von vornherein aus. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn

wenigstens zu erschweren (BGHSt 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 m.w.Nachw.).

2. Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382, 384). Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 15).

234. BGH 2 StR 516/04 - Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Aachen)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Sichverschaffen; Gebrauchmachen); Betrug; Urkundenfälschung; Konkurrenzen (Tateinheit; Tatmehrheit; Spezialität).

§ 152 a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 152 b Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Hat der Täter eine Zahlungskarte mit Garantiefunktion in der Absicht erworben, sie alsbald einzusetzen, und handelt er gemäß diesem Tatplan, so bildet die Beschaffung (als Vorbereitungsakt) mit dem Gebrauch (als Ausführungsakt) eine einzige Tat der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion.

2. Eine Verurteilung wegen - neben dem Gebrauchmachen von einer Zahlungskarte mit Garantiefunktion - tateinheitlich verwirklichter Urkundenfälschung durch bloße Vorlage einer gefälschten Kreditkarte kommt nicht in Betracht. Das insoweit verwirklichte Unrecht wird durch den Tatbestand des § 152 b Abs. 1 StGB miterfasst, der gegenüber § 267 Abs. 1 StGB das speziellere Delikt ist. Anders kann es liegen, wenn der Täter über die bloße Vorlage der Kreditkarte hinaus noch einen Belastungsbeleg mit dem Namen des wirklichen Karteninhabers unterschreibt.

227. BGH 2 StR 456/04 - Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Köln)

Widerstandsunfähigkeit (geistige Behinderung; Überzeugungsbildung; Begründung).

§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO

Widerstandsunfähigkeit im Sinne von § 179 StGB setzt voraus, dass der Geschädigte gerade aufgrund seines Zustands zum Tatzeitpunkt zur Abwehr gegenüber den sexuellen Übergriffen des Täters nicht in der Lage war. Eine Widerstandsunfähigkeit in diesem Sinne folgt nicht schon allein daraus, dass der Geschädigte geistig behindert ist.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

230. BGH 2 StR 507/04 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Wiesbaden)

Konkursverschleppung (Überzeugungsbildung; Urteilsgründe; Überschuldungsstatus); Untreue (Treueverhältnis); Doppelverwertungsverbot (besonderes persönliches Merkmal; Täterschaft; Beihilfe; Strafmilderung).
§ 283 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO; § 28 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Bei einem Gehilfen, der im Zeitpunkt der Gehilfenhandlung ein strafbegründendes besonderes persönliches Merkmal nicht selbst aufweist, ist eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1 StGB neben der Milderung nach § 27 Abs. 2 StGB zu erörtern. Dies gilt jedoch nicht, wenn das Tatgericht - bei im Übrigen mittäterschaftlicher Beteiligung - allein wegen Fehlens des besonderen persönlichen Merkmals Beihilfe statt Täterschaft angenommen hat (Doppelverwertungsverbot; BGHSt 26,53; BGHR § 28 Abs. 1 Merkmal 2).

256. BGH 3 StR 500/04 - Beschluss vom 8. Februar 2005 (LG Hannover)

Strafmaß am Rand des Strafrahmens (Begründungsanforderungen; Urteilsgründe; Erörterungsmangel); verminderte Schuldfähigkeit (Alkohol; Trinkmengenangaben).
§ 267 Abs. 4 StPO; § 46 StGB; § 21 StGB

1. Je mehr sich die im Einzelfall verhängte Strafe dem unteren oder oberen Rand des zur Verfügung stehenden

tatrichterlichen Spielraums nähert, um so höher sind die Anforderungen, die an eine umfassende Abwägung und erschöpfende Würdigung der maßgeblichen straferschwerenden und strafmildernden Umstände zu stellen sind. Dazu gehören jedenfalls auch die Wirkungen, die von der Strafe für das zukünftige Leben des Täters zu erwarten sind.

2. Wird die Tatzeitalkoholisierung aufgrund von Trinkmengenangaben bestimmt, so ist, wenn es um die Frage der Schuldfähigkeit geht, als Abbauwert der (dem Täter günstigste) minimale Rückrechnungswert von stündlich 0,1 ‰ zugrunde zu legen. Ein Sicherheitszuschlag kommt darüber hinaus nicht in Betracht.

237. BGH 2 StR 551/04 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Koblenz)

Doppelverwertungsverbot (besondere kriminelle Energie; notwendige Handlungen).
§ 46 Abs. 3 StGB

Es verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB, wenn der Tatrichter bei der Strafzumessung zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt, dass er die Tat begangen hat, anstatt von deren Begehung Abstand zu nehmen. Dem steht es gleich, dem Angeklagten nicht eine über die eigentliche Tatbestandsverwirklichung hinausgehende kriminelle Energie zur Last zu legen, sondern lediglich Handlungen, die nach dem Tatplan des Angeklagten bereits erforderlich waren, um den erstrebten Erfolg überhaupt erst herbeizuführen.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

270. BGH 1 StR 531/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG München)

BGHR; kein Beweisverwertungsverbot bei richterlich angeordneter oder gestatteter Durchsuchung, die unzureichend dokumentiert wurde (fernmündliche Anordnung in Eilfällen; Pflicht zur freibeweislichen Aufklärung bei Widerspruch); Vortäuschen einer Straftat; Beschuldigtenbegriff (Übergang von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung; Schweigerecht; willkürliche Vorenthaltung; Beurteilungsspielraum; kein Verwertungsverbot bei Rechtskenntnis).

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 GG; § 164 StGB; § 105 Abs. 1 StPO; § 55 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Eine richterlich angeordnete oder gestattete Durchsuchung wird nicht dadurch rechtswidrig, dass sie unzureichend dokumentiert worden ist. Eine unzureichende Dokumentation der richterlichen Entscheidung führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. (BGHR)

2. Ein substantiiertes Widerspruch eines Verfahrensbeteiligten - der bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt erfolgen muss -, mit dem geltend gemacht wird, die unzureichend dokumentierte richterliche Entscheidung über die Anordnung einer Durchsuchung sei rechtsfehlerhaft, hat allerdings zur Folge, dass das Tatgericht einen insoweit unklaren Sachverhalt freibeweislich aufklären muss. (Bearbeiter)

3. Ein fernmündlicher Antrag des Staatsanwalts auf Gestattung der Durchsuchung und eine fernmündliche Gestattung der Durchsuchung durch den Ermittlungsrichter genügen in Eilfällen den formellen Anforderungen an einen richterlichen Durchsuchungsbeschluss im Sinne des § 105 Abs. 1 StPO. (Bearbeiter)

4. Selbst wenn einer Person willkürlich der Beschuldigtenstatus vorenthalten worden sein könnte, schließt eine anzunehmende aktuelle Kenntnis des Angeklagten von

seinem Schweigerecht ein Verwertungsverbot hinsichtlich der bei der vermeintlichen Zeugenvernehmung getroffenen Aussagen aus. (Bearbeiter)

262. BGH 1 StR 396/04 – Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Ingolstadt)

Rüge der Verletzung des Konfrontationsrechts (Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren; Zulässigkeitsanforderung; fehlende Entscheidung des Ermittlungsrichters über den Ausschluss des damaligen Beschuldigten von der Vernehmung gemäß § 168c Abs. 3 StPO; Widerspruchserfordernis; Verzicht durch den Verteidiger).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 141 StPO; § 168c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine etwaig gegen das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK verstoßende Vernehmung eines Ermittlungsrichters über die Vernehmung eines Belastungszeugen, an der weder der Beschuldigte noch der Verteidiger haben teilnehmen können, kann Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nur dann verletzen, wenn die Verteidigung der Vernehmung des Ermittlungsrichters nicht widerspricht.

2. Der Wahlverteidiger kann ohne nähere Angabe von Gründen und ohne vorherige Rücksprache mit dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren auf die Wahrung des Konfrontationsrechts bei der richterlichen Vernehmung gemäß § 168c StPO wirksam verzichten, selbst wenn dem Angeklagten als Rechtsinhaber hierdurch das Konfrontationsrecht vollständig verloren geht. Insbesondere bedarf es in einer solchen Verfahrenslage keiner ausgleichenden Bestellung eines Pflichtverteidigers zur Wahrung des Konfrontationsrechts.

266. BGH 1 StR 495/04 – Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhafte Verlesung einer im Wege der Rechtshilfe durch einen türkischen Richter erfolgten Vernehmung als richterliche Vernehmung (fehlende Benachrichtigung des Angeklagten und seines Verteidigers; kommissarische Vernehmung; Verlesung als nichtrichterliches Protokoll).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO aF; § 224 Abs. 1 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO nF

1. Lässt ausländisches Verfahrensrecht die Anwesenheit der Verteidigung bei einer Rechtshilfevernehmung zu, müssen der Angeklagte und der Verteidiger gemäß § 224 Abs. 1 StPO über den Termin benachrichtigt werden. Anderenfalls kann die im Wege der Rechtshilfe erfolgende Vernehmung nicht als richterliche Vernehmung verlesen werden.

2. Bei Vernehmungen im Ausland brauchen grundsätzlich nur die für das ausländische Gericht maßgebenden Verfahrensvorschriften eingehalten zu werden.

3. Das Protokoll einer unter Verletzung der Benachrichtigungspflicht erfolgten richterlichen Vernehmung kann als Protokoll einer anderen - nichtrichterlichen - Ver-

nehmung gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO nF verlesen werden (vgl. BGH NStZ 1998, 312; BGH StV 2002, 584). Der Tatrichter muss sich dann allerdings des minderen Beweiswertes des Beweismittels bewusst sein.

252. BGH 3 StR 455/04 - Beschluss vom 20. Januar 2005 (LG Kleve)

Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Vorsitzender; Sachleitung; Gericht); Rügepflicht (Präklusion).

§ 59 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Die Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen trifft auch nach der Neufassung des § 59 StPO durch das 1. JuMoG der Vorsitzende im Rahmen der Sachleitung. Seine Entscheidung bedarf keiner Begründung, ist aber als wesentliche Förmlichkeit in das Protokoll aufzunehmen (§ 273 Abs. 1 StPO).

2. Das Gericht entscheidet über die Frage der Vereidigung eines Zeugen auf die Rüge eines Beteiligten hin (§ 238 Abs. 2 StPO). Unterbleibt die Rüge, so verliert der Beteiligte insoweit die Möglichkeit, einen etwaigen Verfahrensverstoß mit der Revision zu rügen (Präklusion).

295. BGH 5 StR 499/04 – Beschluss vom 1. März 2005 (LG Leipzig)

Begriff des Beweisantrages (Antrag auf Vernehmung einer Vorsitzenden Richterin zur Klärung der Glaubwürdigkeit des wesentlichen Belastungszeugen); ausreichend bestimmte Tatsachenbehauptung; Bedeutungslosigkeit; Beruhen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

274. BGH 4 StR 223/04 – Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Bielefeld)

Verweisung des Tatrichters auf eine Entscheidung im Beschlusswege; nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

Nach § 354 Abs. 1 b StPO ist der Angeklagte grundsätzlich so zu stellen, als sei die Bildung einer Gesamtstrafe außer Betracht geblieben.

255. BGH 3 StR 488/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Kleve)

Gesetzlicher Richter; Besetzungsrüge (Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Mitteilung der Besetzung).

§ 222a StPO; § 222b StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 76 Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Der Einwand, die Strafkammer sei unter Verletzung von § 76 Abs. 2 GVG überbesetzt oder unterbesetzt, muss entsprechend § 222 b Abs. 1 StPO auch dann bis zum Beginn der Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache geltend gemacht werden, wenn die namentliche Mitteilung der beteiligten Richter nicht entsprechend § 222 a StPO erfolgt ist, sofern die Entscheidung, ob die Strafkammer mit zwei oder drei Berufsrichtern besetzt

ist, gem. § 76 Abs. 2 GVG mit dem Eröffnungsbeschluss getroffen und bekannt gemacht wurde.

2. Der Senat neigt - obiter - der Ansicht zu, dass eine gemessen an § 76 Abs. 2 GVG fehlerhafte Besetzung einer Strafkammer mit drei Berufsrichtern mit der Revision angegriffen werden kann.

298. BGH 5 StR 536/04 – Urteil vom 15. Februar 2005 (LG Berlin)

Verfahrensabsprache und Erklärung über Vorgespräche mit den Verfahrensbeteiligten (Besorgnis der Befangenheit; Kundgabe des Ergebnisses einer Zwischenberatung); äußerste Milde bei der Strafzumessung.

Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 24 StPO

1. Die unter Übergehung der Staatsanwaltschaft erfolgende Zusicherung einer Strafobergrenze kann beim Vorliegen weiterer Umstände die Besorgnis der Befangenheit gegenüber den beteiligten Richtern begründen (vgl. BGHSt 45, 312, 315 ff.).

2. Es ist nicht grundsätzlich unzulässig, das Ergebnis einer Zwischenberatung mitzuteilen, nach dem das Gericht im Fall eines Geständnisses eine Strafobergrenze von sieben Jahren Gesamtfreiheitsstrafen nicht ohne einen entsprechenden Hinweis überschreiten werde (BGHSt 42, 46; 43, 195, 207; vgl. auch BGHSt 38, 102, 104 f., zum Fall einer „Absprache“).

265. BGH 1 StR 478/04 – Urteil vom 11. Januar 2005 (LG Bayreuth)

Beweiswürdigung (kein Beweis des ersten Anscheins im Strafrecht; lebensfremde Feststellungen; Revisibilität des Freispruchs; Teilschweigen und wechselndes Aussageverhalten; Darlegungsobliegenheiten bei teilweise bejahter Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen); Habgiermord. § 261 StPO; § 211 StGB

1. Aus einem unterschiedlichen Einlassungsverhalten bei mehreren Vernehmungen oder in verschiedenen Verfahrensabschnitten als solchem dürfen keine Schlüsse zum Nachteil des Angeklagten gezogen werden (st. Rspr. vgl. BGH NStZ 1999, 47 m. w. N.). Soweit sich der Angeklagte aber grundsätzlich zur Sache geäußert hat und nur zu bestimmten Punkten eines einheitlichen Geschehens keine Angaben gemacht hat, kann dies zu seinem Nachteil berücksichtigt werden (BGH aaO). Dabei kommt es nicht darauf an, ob Fragen nicht beantwortet wurden oder ob der Vernommene, von sich aus einen Vorgang schildert und dabei einen wesentlichen Punkt eines einheitlichen Geschehens nicht nennt.

2. Das Tatgericht kann eine Tatsache nicht ohne Weiteres auf die Aussage eines Zeugen stützen, dem es nur teilweise glaubt. In diesem Fall ist eine eingehende Begründung für die Abstützung auf den Zeugen erforderlich (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 332 f. m. w. N.).

225. BGH 2 StR 421/04 - Beschluss vom 9. Februar 2005 (LG Koblenz)

Gesetzlicher Richter; Verfahrensrüge (Besetzungsrüge); Hauptschöffen; Hilfsschöffen; Sitzungstag (ordentlicher, außerordentlicher); absoluter Revisionsgrund.

Art. 101 Abs. 1 GG; § 222b StPO; § 338 Nr. 1 lit. b StPO; § 47 GVG

1. „Außerordentlich“ im Sinne von § 47 GVG sind Sitzungen nur dann, wenn sie wegen des zusätzlichen Bedarfs an Hauptverhandlungstagen anberaumt werden, weil eine sachgemäße Durchführung der zu terminierenden Hauptverhandlung an den ordentlichen Sitzungstagen nicht möglich ist. Sie müssen also zusätzlich zu ordentlichen Sitzungen und nicht an ihrer Stelle abgehalten werden.

2. Stellt sich der Sitzungstag des ersten Hauptverhandlungstages der Sache nach nicht als außerordentlicher, sondern als lediglich verlegter ordentlicher Sitzungstag dar, etwa weil der vorherige ordentliche Sitzungstag gar nicht genutzt wurde, so sind die für den ordentlichen Sitzungstag ausgelosten Hauptschöffen zur Teilnahme an der Hauptverhandlung berufen, nicht gem. § 47 GVG Schöffen von der Hilfsschöffenliste.

3. Ein auf einer nicht mehr vertretbaren Auslegung beruhender Besetzungsfehler kann nicht deshalb hingenommen werden, weil der Fehler nicht in der Absicht geschehen ist, den Angeklagten seinem gesetzlichen Richter zu entziehen, sondern auf einem Rechtsirrtum beruht.

268. BGH 1 StR 502/04 – Beschluss vom 25. Januar 2005 (LG Hof)

Möglichkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung der Aussagefähigkeit des Angeklagten und der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen im Einzelfall.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Zwar gehört die Beurteilung der Zuverlässigkeit einer Auskunftsperson, zumal des Angeklagten, zum Wesen richterlicher Rechtsfindung. Vom Richter wird erwartet, dass er über die zur Ausübung seines Amtes erforderliche Menschenkenntnis und Fähigkeit verfügt, Aussagen auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Der Hinzuziehung eines Sachverständigen kann es, und zwar auch hinsichtlich der Aussagen des Angeklagten, aber dann bedürfen, wenn die Eigenart des Einzelfalles eine außergewöhnliche Sachkunde erfordert (vgl. BGH NStZ 1987, 182). Auch soweit hiervon der Angeklagte betroffen ist, stehen der Hinzuziehung eines Sachverständigen, jedenfalls wenn der Angeklagte umfassende Angaben gemacht hat, keine strafverfahrensrechtlichen Hinderungsgründe entgegen. Das Gericht ist jedenfalls nicht gehindert (§ 244 Abs. 2 StPO), sich insoweit sachverständiger Hilfe zu bedienen.

269. BGH 1 StR 523/04 – Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Karlsruhe)

Ausschluss des Beruhens bei Verletzung der Vorschriften über das Selbstleseverfahren (erforderliche tatsächliche Kenntnisnahme durch die Schöffen im Gegensatz zur bloßen Gelegenheit; wesentliche Förmlichkeit).

§ 249 Abs. 2 StPO; § 273 StPO; § 337 StPO

Nach § 249 Abs. 2 StPO ist jedoch erforderlich, dass die Schöffen tatsächlich vom Wortlaut der Urkunde Kenntnis nehmen, diese also lesen. Der Vorsitzende muss die entsprechende Feststellung über die Kenntnisnahme in das Protokoll aufnehmen (§ 249 Abs. 2 Satz 3 StPO). Dabei handelt es sich um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne des § 273 StPO (vgl. BGHR StPO § 249 Kenntnisnahme 1).

243. BGH 2 ARs 451/04 / 2 AR 7/05 - Beschluss vom 10. März 2005

Nachholung rechtlichen Gehörs (unanfechtbare Entscheidung; Zuständigkeit).
§ 33a StPO

Auch § 33a StPO eröffnet dem Obergericht nicht die Möglichkeit der sachlichen Überprüfung unanfechtbarer Entscheidungen eines Untergerichts. Das rechtliche Gehör gemäß § 33a StPO hat vielmehr das Gericht nachzuholen, das die nicht anfechtbare Entscheidung erlassen hat.

239. BGH 2 ARs 386/04 2 AR 250/04 - Beschluss vom 4. März 2005

Verfahrensverbindung (Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts; Einverständnis der Staatsanwaltschaften).
§ 13 Abs. 2 StPO

Das gemeinschaftliche obere Gericht kann im Rahmen einer Entscheidung nach § 13 Abs. 2 StPO nur die Vereinbarung der Gerichte ersetzen, bei denen die Verfahren anhängig sind, nicht aber die Übereinstimmung der zu-

ständigen Staatsanwaltschaften.

219. BGH 2 StR 320/04 - Beschluss vom 15. März 2005 (LG Frankfurt)

Milderes Recht (Tatzeitrecht; neues Recht; Unrechtskontinuität); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Gesamtbetrachtung; Schwere des Tatvorwurfs; Schwierigkeit des Verfahrens; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); redaktioneller Hinweis.
§ 180 b StGB a.F.; § 232 Abs. 1 StGB n.F.; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK

Bei der Frage, ob eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung vorliegt, sind insbesondere die Art und Schwere des Tatvorwurfs, die Art und Weise der Ermittlungen, die Komplexität des Sachverhalts, das Verhalten des Beschuldigten sowie die durch das Verfahren entstehenden Belastungen für den Beschuldigten zu berücksichtigen. Zu berücksichtigende Faktoren sind dabei insbesondere der durch die Verzögerungen der Justizorgane verursachte Zeitraum der Verfahrensverlängerung, die Gesamtdauer des Verfahrens, die Schwere des Tatvorwurfs, der Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes sowie das Ausmaß der mit der Dauer des schwebenden Verfahrens für den Betroffenen verbundenen besonderen Belastungen. Entscheidend ist auch, ob die Sache insgesamt in angemessener Frist verhandelt worden ist, wobei eine gewisse Untätigkeit innerhalb einzelner Verfahrensabschnitte dann nicht zu einer Verletzung von Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 MRK führt, wenn dadurch die Gesamtdauer des Verfahrens nicht unangemessen lang wird.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

267. BGH 1 StR 501/04 – Beschluss vom 23. Februar 2005 (LG Offenburg)

Verstoß gegen das Ausländergesetz (unrichtige Angaben; Anwendung auf Nichtdeutsche; Konkurrenz zu § 92a Abs. 4 Nr. 2 bzw. § 92b AuslG a.F.).
§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG a.F.; § 95 Abs. 1 Nr. Zuwanderungsgesetz

§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG a.F. und § 95 Abs. 2 Nr. 2 Zuwanderungsgesetz sind nicht auf Nichtdeutsche zu begrenzen.

242. BGH 2 ARs 433/04 / 2 AR 263/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005

Zuständigkeitsbestimmung (Zuständigkeit; Bewährungsaufsicht); gemeinschaftliches oberes Gericht.
§ 36 BtMG; § 462a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 14 StPO

Zwar ist für die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung in den Fällen des § 36 BtMG das Gericht des ersten Rechtszugs zuständig. Jedoch ist die Frage, welches Gericht nach einer solchen Strafaussetzung die Bewährungsaufsicht zu führen hat, in § 36 Abs. 5 BtMG nicht geregelt. Insoweit verbleibt es bei der allgemeinen Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer etwa aus § 462a Abs. 1 Satz 2 StPO.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Aufgedeckt! Muss der verdeckte Ermittler in der Hauptverhandlung aussagen?

Verwertung der Ergebnisse eines verdeckten Ermittlers in der Hauptverhandlung im österreichischen Strafprozess – Zur Entscheidung OGH 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 (LGSt Graz) = HRRS 2005 Nr. 303 (in diesem Heft).

Von Univ.-Ass. Dr. Christian Rosbaud, LL.M. (Salzburg)

I. Einleitung

Die hier vorzustellende Entscheidung des österreichischen Obersten Gerichtshofs (OGH) ist von grundlegender Bedeutung. Sie wurde in Österreich bereits mehrfach und im Grundsatz zustimmend besprochen.¹ Die **Verwendung und Verwertung von Ergebnissen eines verdeckten Ermittlers in der Hauptverhandlung** (HV) wird in Österreich und Deutschland gleichermaßen lebhaft diskutiert. Neben der gleichgelagerten Problematik ist diese Entscheidung aus deutscher Sicht auch deswegen von Interesse, weil der OGH in seiner Begründung auf das in diesem Zusammenhang betroffene Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK Bezug nimmt.² Wenn gleich im Unterschied zu Österreich die EMRK in Deutschland nicht im Verfassungsrang steht, sondern lediglich den Rang eines einfachen Bundesgesetzes einnimmt (Art. 59 Abs. 2 GG), so ist doch die einschlägige Rspr. des EGMR zu berücksichtigen.³

II. Sachverhalt und Problemstellung

Die Entscheidung ist aufgrund des komplexen Sachverhalts und der komprimierten Darstellung nicht leicht zugänglich und enthält gleich mehrere bedeutsame Aussagen.⁴ Für den hier interessierenden Zusammenhang lässt sich der Sachverhalt folgendermaßen darlegen:

Die Beschuldigten wurden bei der Übergabe von 4,5kg Heroin an einen verdeckten Ermittler des Bundesministeriums für Inneres (BMI) festgenommen. In der HV konnte der verdeckte Ermittler nicht vernommen werden, weil das BMI dessen Identität nicht preisgab. Das Gericht vernahm daher einen anderen Polizeibeamten über die ihm gegenüber gemachten Äußerungen des verdeckten Ermittlers. Dieser erhob zudem den vom verdeckten Ermittler verfassten Bericht zu seiner Aussage. Die erstinstanzliche Verurteilung (wegen Einfuhr, Ausfuhr und Inverkehrsetzen von Suchtmittel in übergroßer Menge nach § 28 Abs. 2, 3 und 4 SuchtmittelG [vergleichbar mit dem deutschen BtMG] und wegen krimineller Vereinigung gem § 278 öStGB) stützte sich maßgeblich auf diese Aussage und daher auch auf den erwähnten Bericht.

Der Einsatz von verdeckten Ermittlern (bzw. V-Leuten und anonymen Informanten) ist für die Verbrechensaufklärung und -bekämpfung im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität unverzichtbar geworden.⁵ In der Praxis stellt sich allerdings das Problem, dass der verdeckte Ermittler nicht als Zeuge in der Hauptverhandlung (HV) auftreten soll. Dies gefährdet nämlich u.U. seine persönliche Sicherheit bzw. verunmöglicht jedenfalls seinen weiteren Einsatz als verdeckter Ermittler.⁶ Die vorgesetzte Dienstbehörde gibt daher in aller Regel unter Berufung auf das Amtsgeheimnis (§ 151 Abs. 1 Ziff. 2 öStPO, Art. 20 Abs. 3 Bundes-Verfassungsg, § 46 öBeamtendienstrechtsG) die Identität des verdeckten Ermittlers nicht bekannt (so genannte **Auskunftssperre oder Sperrerklärung**).⁷ Das Gericht kann deshalb den verdeckten Ermittler nicht zur HV laden, geschweige denn

¹ *Burgstaller*, Entscheidungsanmerkung, Juristische Blätter [JBl] 2004, 596; *Hinterhofer*, Zur Einbringung der Ergebnisse einer verdeckten Ermittlung in die Hauptverhandlung. Zugleich eine Anmerkung zu OGH 18. 2. 2004, 13 Os 153/03, Österreichische Juristen-Zeitung [ÖJZ] 2004, 637; *Köck*, Wie kann man die Ergebnisse verdeckter Ermittler in die Hauptverhandlung eines Strafverfahrens einbringen? Bemerkungen zu OGH 18. 2. 2004, 13 Os 153/03, (österr.) Richter-Zeitung [öRZ] 2004, 189; *Tipold*, Zur Zulässigkeit der Verlesung von Berichten verdeckter Ermittler in der Hauptverhandlung, Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung [JAP] 2004/2005, 8.

² Auf eine mögliche Vorbildwirkung der OGH-Entscheidung für die deutsche Rechtsprechung weist *Lagodny* (NSStZ 2005 [in Druck]) hin.

³ Siehe z.B. BGH 1 StR 111/02 – Beschluss vom 26. September 2002; BGHSt 45, 321, 328 f.; 46, 93, 97.

⁴ *Burgstaller*, JBl 2004, 596 I.Sp.

⁵ Zur Abgrenzung von V-Leuten und verdeckten Ermittlern und anonymen Informanten näher *Fuchs*, Verdeckte Ermittler – anonyme Zeuge, ÖJZ 2001, 495 ff.; *Hinterhofer*, Zeugenschutz und Zeugnisverweigerungsrechte im österreichischen Strafprozess (2004), S. 60; *Lesch*, V-Mann und Hauptverhandlung – die Drei-Stufen-Theorie nach Einführung der §§ 68 III, 110b III StPO und 172 Nr 1a GVG, StV 1995, 542; *Makrutski*, Verdeckte Ermittlungen im Strafprozeß (2000), S. 31 ff.

⁶ Zur Gefährdung und ihren Erscheinungsformen näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 35 ff. m.w.N.

⁷ *Hinterhofer*, ÖJZ 2004, 638 I.Sp.; näher *ders.*, Der Schutz gefährdeter Zeugen im österreichischen Strafprozess, Journal für Strafrecht [JSt] 2003, 45 m.N. – In Österreich ist die verdeckte Ermittlung in § 54 Abs. 3 SicherheitspolizeiG geregelt. Das deutsche Recht sieht die Geheimhaltung der Identität verdeckter Ermittler in § 110b Abs 3 StPO vor.

vernehmen. Die Praxis umging dieses Problem bisher dadurch, dass in der HV der **Bericht** des verdeckten Ermittlers **verlesen** und/oder **eine andere Person** (ein Polizeikollege, Führungsoffizier, Leiter der verdeckten Ermittlung) über die vom verdeckten Ermittler diesem gegenüber gemachten Äußerungen **vernommen** wurde (Verhörsperson bzw. Zeuge vom Hörensagen).⁸ In beiden Fällen kam es zur Beweisführung aufgrund so genannter **Beweissurrogate**. Diese Vorgehensweise ist aus der Sicht des **Unmittelbarkeitsgrundsatzes** (§ 258 öStPO) und des **Fragerechts des Angeklagten** (Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) nicht unproblematisch. Den Tathergang hat nämlich nur der verdeckte Ermittler unmittelbar wahrgenommen, nicht aber der Zeuge vom Hörensagen.⁹ Vor allem aber kann der Angeklagte den ihn belastenden verdeckten Ermittler nicht selbst befragen und dessen Angaben in Zweifel ziehen, was mit Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nur schwer vereinbar ist.¹⁰ Das österr. Schrifttum hat sich daher seit jeher gegen die Verwendung und Verwertung von Beweissurrogaten im Falle eines verdeckten Ermittlers ausgesprochen.¹¹

III. Der Bericht des verdeckten Ermittlers und die Verhörsperson in der HV

Der OGH hat mit der hier vorgestellten Entscheidung der bisherigen erstinstanzlichen Praxis, die die erwähnten Beweissurrogate in der HV verwendete und im Urteil

⁸ Siehe *Hinterhofer*, ÖJZ 2004, 638.

⁹ In einer früheren Entscheidung hat der OGH die Problematik hinsichtlich einer Beurteilung der Glaubwürdigkeit bei Vernehmung eines Zeugen vom Hörensagen, also z.B. des Vorgesetzten des verdeckten Ermittlers, auf den Punkt gebracht: Indem der Vorgesetzte über die Ausführungen des verdeckten Ermittlers aussage, „übernimmt [er] vor Gericht die Rolle des Zeugen [der er gar nicht war] ... über den Tathergang, übt aber zugleich quasirichterliche Funktionen aus, wenn er die Persönlichkeit und Glaubwürdigkeit des Gewährsmannes [d.h. des verdeckten Ermittlers] beurteilt. Die Beweisführung und Überzeugungsbildung liegen dabei im Dunkeln. Das bedeutet, schließlich, dass der Beamte eine dem Gericht zukommende Wertung vornimmt, die dem Richter selbst zwangsläufig verwehrt ist, weil er die Person des – auf dem Umweg über den Beamten – Aussagenden gar nicht kennt.“ OGH 12 Os 177/69 – Urteil vom 11.02.1970 m.w.N (SSt 41/7).

¹⁰ *Burgstaller*, JBl 2004, 596; näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 64 m.w.N.

¹¹ Siehe z.B. *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht⁷ (2004), Rn. 616; *Fuchs*, ÖJZ 2001, 500 f.; *Hinterhofer*, JSt 2003, 46 m.N.; *Schmoller*, öRZ 2000, 158; *Schwaighofer*, ÖJZ 1996, 133 f.; *S. Seiler*, Strafprozessrecht⁷ (2004), Rn. 63; *E. Steininger*, öAnwBl 1994, 87. – Keine Bedenken gegen eine Verwertung dieser Beweissurrogate bestehen allerdings dann, wenn StA und Beschuldiger der Verlesung des Berichts des verdeckten Ermittlers zustimmen (§ 252 Abs. 1 Ziff. 4 öStPO). – Zum Meinungsstand in **Deutschland** vgl. z.B. *Rogall*, SK-StPO Vor § 48 Rn. 79 ff und jüngst *Korn*, Defizite bei der Umsetzung der EMRK im deutschen Strafverfahren – V-Leute, Lockspitzel, Telefonüberwachung von Rechtsanwälten (2005), [in Druck] (Teil 1.C.II.3.) m.w.N.

verwertete, ein Ende gesetzt.¹² Demnach kann weder der Bericht eines verdeckten Ermittlers in der HV verlesen noch eine andere Person über die vom verdeckten Ermittler gemachten Äußerungen vernommen und diese Beweismittel im Urteil verwertet werden.¹³ Die dogmatische Begründung für die von der hL und nunmehr von der Rsp vertretene Ansicht basiert auf § 252 öStPO, der die Verlesung von Schriftstücken in der HV regelt. Diese Bestimmung lautet:¹⁴

„§ 252. (1) Gerichtliche und sonstige amtliche Protokolle über die Vernehmung von Mitbeschuldigten und Zeugen, andere amtliche Schriftstücke, in denen Aussagen von Zeugen oder Mitbeschuldigten festgehalten worden sind, Gutachten von Sachverständigen sowie technische Aufnahmen über die Vernehmung von Mitbeschuldigten (§ 179a Abs. 2) oder Zeugen (§ 162a) dürfen bei sonstiger Nichtigkeit nur in folgenden Fällen verlesen oder vorgeführt werden:

1. wenn die Vernommenen in der Zwischenzeit gestorben sind; wenn ihr Aufenthalt unbekannt oder ihr persönliches Erscheinen wegen ihres Alters, wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit oder wegen entfernten Aufenthaltes oder aus anderen erheblichen Gründen füglich nicht bewerkstelligt werden konnte;

...

4. wenn über die Vorlesung Ankläger und Angeklagter einverstanden sind.

(2) Augenscheins- und Befundaufnahmen, gegen den Angeklagten früher ergangene Straferkenntnisse sowie Urkunden und Schriftstücke anderer Art, die für die Sache von Bedeutung sind, müssen vorgelesen werden.

...

(4) Die Bestimmungen des Abs. 1 dürfen bei sonstiger Nichtigkeit nicht umgangen werden.“

1. Unzulässigkeit einer Verlesung des Berichts des verdeckten Ermittlers

¹² *Hinterhofer*, ÖJZ 2004, 638; siehe auch *Burgstaller*, JBl 2004, 596; *Köck*, öRZ 2004, 191.

¹³ Zu einer vom OGH erwähnten Ausnahmekonstellation siehe unten 3. u. 4.b. Eine Verlesung und Verwertung des Berichts ist allerdings dann möglich, wenn der StA und der Angeklagte der Verlesung zustimmen (§ 252 Abs. 1 Ziff. 4 öStPO); die Verwertung erfolgt dann aber mit *Einverständnis* des durch den Bericht belasteten Angeklagten, wodurch dieser *bewusst* auf sein Fragerecht *verzichtet*.

¹⁴ I.d.F. StPO-Novelle 2005, öBGBI I 2004/164. Die für die weitere Erörterung maßgeblichen Passagen sind durch Unterstreichung hervorgehoben.

Der OGH stellt zunächst im Anschluss an das Schrifttum klar, dass der vom verdeckten Ermittler verfasste Bericht ein „**amtliches Schriftstück**“ i.S. des § 252 Abs. 1 öStPO darstellt und somit den Verlesungsbeschränkungen dieser Bestimmung unterliegt. Denn der „Bericht des verdeckten Ermittlers ... wurde als amtliches Schriftstück mit dem Ziel errichtet, dessen Aussage festzuhalten“.¹⁵ Der verdeckte Ermittler ist Beamter des BMI und zur regelmäßigen Berichterstattung über seine Tätigkeit verpflichtet. Der Bericht über das Tatgeschehen dient gerade dazu, seine unmittelbaren Wahrnehmungen über tatsächliche Vorgänge festzuhalten. Im strafprozessualen Sinne handelt es sich daher um eine schriftliche **Aussage eines Zeugen**; und weil der verdeckte Ermittler den Bericht als Beamter in seiner behördlichen Funktion erstellt, ist sein Bericht auch als amtliches Schriftstück i.S. des § 252 Abs. 1 öStPO zu qualifizieren. Im Ergebnis ist daher dem OGH zuzustimmen: der vom verdeckten Ermittler verfasste Bericht über den Tathergang unterliegt den **Verlesungsbeschränkungen des Abs. 1 des § 252 öStPO**.¹⁶

Eine Verlesung des Berichts in der HV ist daher ausschließlich in den **Ausnahmefällen** des § 252 Abs. 1 **Ziff. 1 bis 4** öStPO zulässig, wobei im gegenständlichen Zusammenhang die Ziff. 1 und 4 von Bedeutung sind. Weitgehend unproblematisch sind die Voraussetzungen der **Ziff. 4**. Danach kommt eine Verlesung des Berichts in Betracht, wenn der **Angeklagte und der Staatsanwalt** damit **einverstanden** sind. In aller Regel verweigert allerdings der Angeklagte sein Einverständnis zu der hier in Frage stehenden Verlesung.¹⁷ In der Praxis ist daher vor allem eine Verlesung nach **Ziff. 1** leg. cit. in Erwägung zu ziehen. Diese Bestimmung setzt voraus, dass ein „persönliches Erscheinen [des Zeugen] ... aus anderen erheblichen Gründen füglich nicht bewerkstelligt werden“ kann. Bisher haben die Gerichte die Auskunftssperre (Sperrklärung) des BMI als einen solchen „erheblichen Grund“ i.S. der Ziff. 1 angesehen¹⁸ und daher den Bericht des verdeckten Ermittlers verlesen.

Nach der gegenständlichen Entscheidung des OGH ist jedoch in Hinkunft die „durch innerstaatliche Amtverschwiegenheit bedingte Unmöglichkeit, das Erschei-

nen eines Zeugen zu bewerkstelligen, ... grundsätzlich nicht als Verlesungsermächtigung“ nach § 252 Abs. 1 Ziff. 1 öStPO zu begriffen. Die **Auskunftssperre (Sperrklärung) des BMI ist demzufolge kein „erheblicher Grund“ i.S. der Ziff. 1**, der das persönliche Erscheinen des verdeckten Ermittlers verhindert (zur Ausnahme siehe unten 3.). Diese Argumentation leuchtet ein, wenn man sich die übrigen Ausnahmegründe der Ziff. 1 vor Augen hält. Der Wortlaut der in Ziff. 1 genannten Fälle stellt nämlich ausschließlich auf *tatsächliche* Hindernisse ab (Tod, Krankheit, Gebrechlichkeit, unbekannter Aufenthalt). *Rechtliche* Hindernisse werden daher von Ziff. 1 nicht erfasst. Denn rechtliche Umstände, die eine Vernehmung in der HV verhindern, werden in den Ziff. 2a bis 4 des § 252 Abs. 1 öStPO abschließend normiert.¹⁹ Bei der vom BMI erteilten Auskunftssperre handelt es aber sich nicht um ein tatsächliches Hindernis, das seine Ursache in einer faktischen Begebenheit hat, sondern um ein rechtliches Hindernis. Der Grund für das Nichterscheinen wird nämlich von einem staatlichen Organ aufgrund einer rechtlichen Ermächtigung erst geschaffen.²⁰ Das BMI verweigert die Bekanntgabe der Identität nicht wegen Krankheit oder unbekanntem Aufenthalts des verdeckten Ermittlers, sondern wegen Bestehens des Amtsgeheimnisses (Art. 20 Abs. 3 B-VG, § 46 BDG), also aufgrund eines in der Rechtsordnung beruhenden Umstandes. Die Rechtsordnung anerkennt das Amtsgeheimnis auch im Bereich des Strafverfahrensrechtes. Gem. § 151 Abs. 1 Ziff. 2 öStPO dürfen nämlich Staatsbeamte (und daher auch verdeckte Ermittler), die durch ihr Aussage das Amtsgeheimnis verletzen würden, nur dann vernommen werden, wenn die vorgesetzte Dienstbehörde (also das BMI) sie von der Verschwiegenheitspflicht entbunden hat. Und das hat das BMI aufgrund seiner Sperrklärung gerade nicht getan.

Bemerkenswerterweise ist in Österreich – im Unterschied zu Deutschland²¹ – die Frage, ob das Strafgericht die Sperrklärung durch die Polizei auf ihre Stichhaltigkeit hin überprüfen darf, bisher nicht näher untersucht worden. Einzig *Hinterhofer* weist auf das Spannungsverhältnis zum verfassungsgesetzlich geschützten Prinzip der Trennung von Justiz und Verwaltung hin.²²

¹⁵ OGH, 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 = HRRS 2005 Nr. 303. So schon *Fuchs*, ÖJZ 2001, 500; im Anschluss daran *Zerbes*, Anonyme Zeugen im Strafprozess, in: *Cottier/Rüetschi/Sahlfeld* (Hrsg.), Information und Recht (2002), S. 397; *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 62.

¹⁶ OGH, 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 = HRRS 2005 Nr. 303: „Beweiserhebungsverbot (= Beweisgewinnungsverbot; vgl. *Schmoller*, JRP 2002, 251 [252, FN 9]) des § 252 Abs. 1 StPO“.

¹⁷ Sofern der Angeklagte nicht ohnehin geständig ist, wird er einer Verlesung des ihn belastenden Berichts des verdeckten Ermittlers kaum zustimmen. Eine Zustimmung kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Ein bloßes Schweigen bzw. das Fehlen eines Widerspruchs gilt nach dem OGH allerdings nicht als Zustimmung; OGH 15 Os 64/04 – Urteil vom 11. August 2004 m.N.; näher *S. Seiler*, Strafprozessrecht⁷ (2004) Rn. 661.

¹⁸ Siehe z.B. OGH 14 Os 40/95 – Urteil vom 18. April 1995.

¹⁹ *Hinterhofer*, Videovernehmungen und deren Verwertbarkeit im österreichischen Strafprozess, öRZ 2000, 244.

²⁰ So schon OGH, 12 Os 63/70 – Urteil vom 15. April 1970 (SSt 41/17); OGH 12 Os 95/90 – Urteil vom 23. August 1990 und für das Schrifttum siehe *Fuchs*, ÖJZ 2001, 500 f.; *Hinterhofer*, JSt 2003, 46; *ders.*, ÖJZ 2004, 638 f.; *Schmoller*, Unverwertbares Beweismaterial im Strafprozeß, in: Strafprozeß- und Strafvollzugsreform nach dem StRÄG 1987, ÖJK-Tagung 1988 (1989) 105, 165, 171; *Schwaighofer*, ÖJZ 1996, 127; *ders.*, Moos-FS (1997), 318, 321.

²¹ Siehe z.B. *Rogall*, SK-StPO Vor § 48 Rn. 83 ff.

²² Siehe *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 61; dieses Spannungsverhältnis besteht auch für das mit 01.01.2008 in Kraft tretende neue Vorverfahren (Ermittlungsverfahren) nach dem StrafprozessreformG (siehe *Hinterhofer* a.a.O m.N. für Stellungnahmen aus dem verfassungsrechtlichen Schrifttum).

Da somit die Auskunftssperre (Sperrerklärung) des BMI „bloß“ ein *rechtliches* Hindernis darstellt, eine Verlesung nach § 252 Abs. 1 Ziff. 1 öStPO aber ausschließlich bei *tatsächlichen* Hindernissen zulässig ist, kann der Bericht des verdeckten Ermittlers in der HV nicht im Rahmen dieses Ausnahmetatbestandes vorgetragen werden. Ein Verstoß gegen dieses Verlesungsverbot und eine Verwertung des Berichts im Urteil begründen die Nichtigkeit der Entscheidung (§ 281 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO). Für die Praxis bedeutet dies, dass eine Verlesung nur dann zulässig ist, wenn ihr der Angeklagte zustimmt (§ 252 Abs. 1 Ziff. 4 öStPO).²³

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine Verlesung des Berichts nach § 252 Abs. 2 öStPO ausscheidet. Diese Bestimmung statuiert eine *Verlesungspflicht* für „Augenscheins- und Befundaufnahmen, gegen den Angeklagten früher ergangene Straferkenntnisse sowie Urkunden und Schriftstücke anderer Art“. Auf den ersten Blick könnte man meinen, der Bericht des verdeckten Ermittlers sei als ein „Schriftstück anderer Art“ einzuordnen.²⁴ Eine solche Argumentation verbietet sich jedoch mit Blick auf den systematischen Zusammenhang von Abs. 1 und Abs. 2. Die in Abs. 2 erwähnten „Urkunden und Schriftstücke anderer Art“ betreffen nämlich nur solche Schriftstücke, die gerade nicht unter das *Verlesungsverbot* nach Abs. 1 fallen (sic. „anderer Art“).²⁵ Andernfalls wäre die Verlesungsbeschränkung des Abs. 1 ohnehin zwecklos. Aus der Sicht des Gesetzgebers wäre es nämlich sinnwidrig, für bestimmte Schriftstücke in Abs. 1 ein *Verlesungsverbot* anzuordnen und für dieselben Schriftstücke im nächsten Abs. eine *Verlesungspflicht* zu normieren.

2. Unzulässigkeit einer Einvernahme der Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen

Da der Bericht des verdeckten Ermittlers nicht gegen den Willen des Angeklagten in die HV eingebracht werden kann, ist als nächstes zu klären, ob eine **andere Person** (z.B. der Führungsoffizier) **über die vom verdeckten Ermittler ihr gegenüber gemachten Äußerungen in der HV vernommen werden darf**. Der OGH hat allerdings auch dieser Vorgehensweise in Übereinstimmung mit dem Schrifttum²⁶ eine Absage erteilt. Das Verlesungsverbot des § 252 Abs. 1 öStPO ist nämlich zusätzlich durch ein **Umgehungsverbot des § 252 Abs. 4**

öStPO abgesichert. Danach darf der Inhalt jener Schriftstücke, die von einer Verlesung gem. § 252 Abs. 1 öStPO ausgeschlossen sind, nicht durch andere Maßnahmen in die HV eingebracht werden. Eine solche Umgehung des Verlesungsverbotes führt gem. § 252 Abs. 4 öStPO zur Nichtigkeit (d.h. Anfechtbarkeit) des Urteils (§ 281 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO).

Wie oben gezeigt fällt der Bericht des verdeckten Ermittlers unter das Verlesungsverbot des § 252 Abs. 1 öStPO. Gem. Abs. 4 leg. cit. kann daher auch der Inhalt des Berichts nicht durch die Vernehmung des Führungsoffiziers oder einer Verhörsperson (z.B. eines anderen Polizeibeamten) in die HV eingebracht werden, weil dies eine Umgehung des Verlesungsverbotes nach § 252 Abs. 1 öStPO darstellt. Der Führungsoffizier oder andere Polizeibeamte dürfen lediglich darüber Auskunft geben, was sie selber unmittelbar wahrgenommen haben, wie z.B. ob sie am Körper des verdeckten Ermittlers Verletzungen gesehen haben u.ä., nicht aber darüber, was der verdeckte Ermittler angab, wahrgenommen zu haben.²⁷

Im **Ergebnis** kann also gem. § 252 Abs. 4 öStPO der Inhalt des Berichts des verdeckten Ermittlers auch nicht durch einen Zeugen vom Hörensagen zum Gegenstand der HV und des Urteils gemacht werden. Mit der Entscheidung, dass der Bericht des verdeckten Ermittlers nicht nach § 252 Abs. 1 Ziff. 1 verlesen werden darf, hat der OGH konsequenterweise auch die Einvernahme des Führungsoffiziers hinsichtlich der vom verdeckten Ermittler gemachten Angaben als eine Umgehung i.S. des § 252 Abs. 4 öStPO gewertet und das betreffende Urteil des Erstgerichtes als nichtig kassiert.

3. Ausnahme bei außergewöhnlich schwerwiegenden Straftaten?

Wenngleich der OGH in der Auskunftssperre (Sperrerklärung) des BMI keinen „erheblichen Grund“ für das Nichterscheinen des verdeckten Ermittlers in der HV sieht und daher die Verlesung dessen Berichts für unzulässig erklärt (siehe oben 1.), so hat er doch die Möglichkeit einer Verlesung nicht kategorisch ausgeschlossen. Der OGH hat nämlich die Frage aufgeworfen, ob die „innerstaatliche Amtsverschwiegenheit einen erheblichen Grund im Sinn dieser Bestimmung darstellen könnte, wenn im Verfahren wegen einer außergewöhnlich schwerwiegenden Straftat die schriftlich festgehaltenen Angaben eines besonders schutzbedürftigen Zeugen unverzichtbar erscheinen“.²⁸ Mit diesem Hinweis hat der OGH auf ein wenig beachtetes Problem aufmerksam gemacht, das weder in der Rsp. des EGMR noch im einschlägigen Schrifttum geklärt ist.²⁹ Er ließ die Beantwortung dieser Frage letztlich offen, weil seiner Ansicht nach für eine

²³ Die übrigen Ausnahmetatbestände der Ziff. 2 bis 3 des § 252 Abs. 1 öStPO kommen für den Bericht des verdeckten Ermittlers schon vom Wortlaut her nicht in Betracht.

²⁴ Die Entscheidung OGH 15 Os 181/98 – Urteil vom 17. Dezember 1998, ließ eine Verlesung nach Abs. 2 leg. cit. noch zu; sie ist aber vereinzelt geblieben und durch die hier referierte Judikatur überholt.

²⁵ Zu den Schriftstücken anderer Art gehört etwa ein Tagebuch (OGH 11 Os 128/96 – Urteil vom 05. November 1996) oder eine eidesstattige Erklärung (OGH 13 Os 21/01 – Urteil vom 06. Juni 2001).

²⁶ Nachw. in FN 11.

²⁷ Fuchs, ÖJZ 2001, 501.

²⁸ OGH 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 (= HRRS 2005 Nr. 303) m.V.a. Danek und Kirchbacher, Referate zum 15. ÖJT 2003 [im Druck] sowie EGMR, Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande, ÖJZ-MRK 1998/15, 274).

²⁹ Siehe unten 4.b.

nähere Auseinandersetzung mit dieser Problemstellung in vorliegendem Fall „keine Anhaltspunkte zu erkennen“ waren. Da es in der gegenständlichen Entscheidung um den Verkauf von 4,5kg Heroin (d.h. 1,33kg Heroinbase) durch eine kriminelle Vereinigung ging, steht zumindest fest, dass darin keine **außergewöhnlich schwerwiegende Straftat** zu sehen ist. Ferner müsse es sich bei den zu verlesenden Angaben um solche eines **besonders schützbedürftigen Zeugen** handeln, die zudem **unverzichtbar** erscheinen. Dies ist aufgrund des dem Erkenntnis zugrunde liegenden Sachverhalts bei einem verdeckten Ermittler nicht pauschal anzunehmen, sondern bedarf weiterer Hinweise.³⁰ Insgesamt hat der OGH jedenfalls eine **äußerst restriktive Handhabung** der Ausnahmemöglichkeit **vorgegeben**.

4. Einschlägige Anforderungen des Frage- und Konfrontationsrechts nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

a) Die hier vorgestellte Entscheidung bedeutet nicht nur eine grundlegende Änderung in der bisherigen österreichischen Judikatur; sie ist auch deswegen von besonderem Interesse, weil der OGH damit das **Frage- und Konfrontationsrecht des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK sicherstellt**.³¹ Der OGH geht zwar in seiner Begründung nicht näher auf die entsprechenden Erfordernisse der EMRK ein; er kehrt jedoch klar hervor, dass im konkreten Fall eine Verlesung des Berichts des verdeckten Ermittlers ein Verstoß gegen das Unmittelbarkeitsprinzip darstellt und dieses „mit dem Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK normativ verknüpft“ ist. Zur Begründung verweist er auf das zahlreiche einschlägige Schrifttum, das die bisherige nationale Gerichtspraxis als Verstoß gegen das Frage- und Konfrontationsrecht nach der EMRK kritisiert hat.³²

Nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK hat der Angeklagte das Recht den **Belastungszeugen** unmittelbar zu befragen. Als solcher gilt nur jene Person, welche die belastenden Tatsachen selbst direkt wahrgenommen hat.³³ Daher ist nur der verdeckte Ermittler und nicht z.B. der Führungs-

offizier oder ein anderer Zeuge vom Hörensagen ein Belastungszeuge. Die Befragung durch den Angeklagten muss allerdings nicht zwingend in der HV erfolgen. Nach der Rsp. des EGMR ist das Fragerecht nämlich nur dann verletzt, wenn der Beschuldigte **in keiner Phase des Verfahrens**, also weder im Ermittlungsverfahren noch in der HV die Möglichkeit hat, den Belastungszeugen (also den verdeckten Ermittler) zu befragen.³⁴ Die Vernehmung ausschließlich einer Verhörsperson (also eines Zeugen vom Hörensagen, wie z.B. des Führungsoffiziers) kann die Befragung des Belastungszeugen jedoch nicht ersetzen und ist konventionswidrig.³⁵

In der dem OGH zugrunde liegenden Entscheidung konnte der Angeklagte den Belastungszeugen weder im Vorverfahren (Ermittlungsverfahren) noch in der HV, sondern nur einen den verdeckten Ermittler vernehmenden Polizisten (Verhörsperson) direkt befragen. Zudem wurde der schriftliche Bericht des verdeckten Ermittlers verlesen und dem Urteil zu Grunde gelegt. Indem der OGH diese Vorgehensweise als Verstoß gegen das – „mit dem Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK normativ verknüpfte“ – Unmittelbarkeitsprinzip wertete, sichert er in Übereinstimmung mit der oben geschilderten Rsp. des EGMR dem Angeklagten dessen Frage- und Konfrontationsrecht.

b) Fraglich ist allerdings, ob die vom OGH angedeutete **Ausnahme des Verlesungsverbot** (oben 3.) mit dem Fragerecht nach Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK vereinbar ist. Der OGH legte sich zwar nicht fest, ob der Bericht des verdeckten Ermittlers (gem. § 252 Abs. 1 Ziff. 1 öStPO) verlesen werden könnte, wenn „im Verfahren wegen einer außergewöhnlich schwer wiegenden Straftat die schriftlich festgehaltenen Angaben eines besonders schützbedürftigen Zeugen unverzichtbar erscheinen“. Er schloss diese Möglichkeit aber auch nicht grundsätzlich aus und verweist u.a. auf die Entscheidung des EGMR in *van Mechelen u.a. gegen die Niederlande*.³⁶

Eine einschlägige Judikatur des **EGMR** zu dieser Frage liegt derzeit nicht vor.³⁷ In *van Mechelen* lässt der Gerichtshof offen, ob die Verwertung von Beweissurrogaten

³⁰ So ausdrücklich das – die hier vorgestellte Entscheidung bestätigende – Erkenntnis des OGH 15 Os 63/04 – Urteil vom 11. August 2004: die nicht näher substanziierte Mitteilung im Bericht über die verdeckte Ermittlung, wonach eine Namhaftmachung des verdeckt eingesetzten Beamten aus Gründen der persönlichen Sicherheit nicht möglich sei, lässt nicht den Schluss auf eine evidente Gefahr für die persönliche Sicherheit des verdeckten Ermittlers zu.

³¹ Zum Konfrontationsrecht zuletzt *Walther*, Zur Frage eines Rechts des Beschuldigten auf „Konfrontation von Belastungszeugen“, GA 2003, 204 sowie *dies.*, U.S. Supreme Court zum Konfrontationsrecht: Ohne Mitwirkung der Verteidigung kein Beweistransfer – also ein Meilenstein für die Beschuldigtenrechte?, HRRS 2004, 310.

³² Nachw. in FN 12.

³³ EGMR, *Kostovski gg. die Niederlande*, StV 1990, 481 (Ziff. 23, 40); für die deutsche Rsp. siehe z.B. BGH, StV 1996, 471; NSStZ 1993, 292; wistra 2003, 111; siehe z.B. auch *Renzikowski* JZ 1999, 609 und für Österreich *Hinterhofer*, JSt 2003, 47.

³⁴ In *Lüdi gg. die Schweiz* stellte der EGMR ein Verletzung des Fragerechts gem. Art. 6 EMRK fest, weil das Gericht die *schriftlichen Angaben eines verdeckten Ermittlers* im Strafurteil verwertete, obwohl der Angeklagte bzw. sein Verteidiger in *keiner Phase des Verfahrens* diesen Belastungszeugen befragen und seine Glaubwürdigkeit in Frage stellen konnten (EGMR, *Lüdi gg. die Schweiz*, EuGRZ 1992, 300 = NJW 1992, 3088).

³⁵ EGMR, *Windisch gg. Österreich*, StV 1991, 193 (194): Hier konnte der Angeklagte in der HV lediglich jene Polizeibeamten befragen, die die anonymen Belastungszeugen im Vorverfahren vor der Polizei vernommen hatten. Die Belastungszeugen selbst konnte der Beschuldigte wiederum in keiner Phase des Verfahrens befragen. Siehe *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 64 m.w.N. für Darstellungen zur einschlägigen EGMR-Judikatur.

³⁶ Siehe FN 28.

³⁷ Nach *Korn*, Defizite (FN 11), Fn. 244 (Teil 1.C.I.3.b.bb.(3)) wäre eine solche im Fall *Haas gg. Deutschland*, appl. no. 73047/01, zu erwarten.

in *außergewöhnlichen Fällen* nicht doch als zulässig zu erachten sei. Voraussetzung ist dabei, dass die nationalen Gerichte *ausreichend* begründen können, weshalb ein derart weitreichender Eingriff in das Fragerecht des Angeklagten *unbedingt notwendig (erforderlich)* sei.³⁸ In einem solchen Fall wäre möglicherweise die Verlesung des Berichts eines verdeckten Ermittlers konventionskonform, auch wenn der Angeklagte den Ermittler nicht direkt befragen konnte.³⁹

Die vom OGH angedachte Ausnahme scheint den Überlegungen des EGMR dem Grunde nach zu entsprechen; sie ermöglicht nämlich eine Verlesung nur in äußerst restriktiv zu handhabenden Ausnahmefällen. Zunächst verlangt der OGH, dass es sich um eine *außergewöhnlich schwerwiegende Straftat* handelt. Zudem müssen der Zeuge *besonders schutzbedürftig* und die Verlesung *unverzichtbar* erscheinen. In einer neueren Entscheidung betont der OGH, dass ein verdeckter Ermittler nicht pauschal als besonders schutzbedürftig einzuordnen sei; seine evidente Gefährdung sei vielmehr näher zu substantiieren. Ferner seien zuerst alle *Schutzmöglichkeiten für seine Vernehmung auszuschöpfen* (siehe dazu unten IV).⁴⁰ Gerade der letzte Aspekt entspricht der Rsp. des EGMR, wonach ausreichende und die Verteidigungsrechte **weniger einschränkende Maßnahmen vorrangig einzusetzen** sind.⁴¹ Auch ein Abstellen auf die **besondere Schutzbedürftigkeit** des Zeugen deckt sich mit der Judikatur des EGMR. Die besondere Gefährdung ist dabei eigens nachzuweisen. Die bloße Tatsache, dass es sich um einen verdeckten Ermittler handelt, bildet auch nach der Entscheidung in *van Mechelen* keine Rechtfertigung für eine Einschränkung der Verteidigungsrechte.⁴² Nicht abschließend geklärt ist allerdings, ob das Kriterium der **außergewöhnlich schwer wiegenden Straftat** konventionskonform ist.⁴³ In *van Mechelen* haben sich die nationalen Gerichte ebenfalls auf die Schwere der Straftat gestützt, und im konkreten Fall hat der EGMR diesem Argument nicht ausdrücklich widersprochen.

³⁸ Korn, Defizite (FN 11), (Teil 1.C.I.3.b.bb.(3)) m.V.a. EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande*, StV 1997, 617 (Ziff. 60).

³⁹ Siehe Korn, Defizite (FN 11), (Teil 1.C.I.3.b.bb.(3)), m.V.a. Esser, Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 672.

⁴⁰ OGH 15 Os 63/04 – Urteil vom 11. August 2004.

⁴¹ EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande*, StV 1997, 617 (Ziff. 58).

⁴² EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande*, StV 1997, 617 (Ziff. 60): Die operationellen Erfordernisse der Polizei bieten für sich alleine keine ausreichende Rechtfertigung. Ziff. 61: Der Gerichtshof ist auch nicht davon überzeugt worden, dass der Appellationsgerichtshof sich ausreichend bemüht hat, die Gefahr von Repressalien gegen die Polizeibeamten oder ihre Familien zu beurteilen.

⁴³ Das Beurteilungskriterium der Schwere einer Straftat verwendet auch der BGH im Rahmen des Einsatzes von so genannten Hörfallen (BGHSt GS 42, 139, 154 ff.). Im Hinblick auf den Schutz vor Selbstbelastung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK sind solche Maßnahmen allerdings problematisch; siehe EGMR, *Allan gg. Großbritannien*, StV 2003, 257 m. Anm. Gaede (262: zur erwähnten Rsp. des BGH).

Nach Gaede hat jedoch der EGMR in jüngeren Entscheidungen wiederholt betont, dass die Rechte des Art. 6 EMRK unabhängig von der Art und Schwere des vorgeworfenen Deliktes zu gewähren sind.⁴⁴ Davon ausgehend müsste sich eine Verlesung des Berichts in *außergewöhnlichen Fällen* an einem anderen Kriterium als der Schwere der Straftat orientieren. Unabhängig davon ist für eine etwaige Ausnahmekonstellation jedenfalls zu beachten, dass sich ein **Schuldpruch nicht** allein oder in einem **entscheidenden Ausmaß** auf den Bericht des verdeckten Ermittlers **gründen darf**.⁴⁵

Ob für die in *van Mechelen* erwähnte Ausnahme **in der Praxis überhaupt ein Anwendungsbereich besteht**, also eine Verwertung von Beweissurrogaten *tatsächlich* in Betracht kommt, wird im deutschen Schrifttum bestritten. Der EGMR stelle nämlich für die Verwertbarkeit von Zeugenaussagen, die mit Hilfe optischer und akustischer *Abschirmung* zustande kommen, sehr hohe Anforderungen auf; und diese greifen in das Fragerecht des Angeklagten wesentlich weniger ein als die *Verlesung* des Berichts eines verdeckten Ermittlers. Die Heranziehung von Beweissurrogaten unter *gänzlichem* Verzicht auf eine Befragung durch den Angeklagten müsste konsequenterweise noch strengere Maßstäbe erfüllen; damit sei aber die Verwendung von Beweissurrogaten praktisch ausgeschlossen.⁴⁶

IV. Konsequenzen für die Praxis: Möglichkeiten zur Verwertung der Ergebnisse des verdeckten Ermittlers

Die vorliegende Entscheidung des OGH hat für die strafgerichtliche und auch kriminalpolizeiliche Praxis bedeutsame Auswirkungen: Das **Strafgericht** kann den Bericht des verdeckten Ermittlers, den der Angeklagte in keiner Phase des Verfahrens befragen konnte, in der HV nur

⁴⁴ Gaede, StV 2003, 262 m.V.a. die zum Schutz vor Selbstbelastung gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK ergangenen Erkenntnisse EGMR, *Heaney u. McGuinness gg. Irland*, Rep. 2000-XII, Ziff. 57 f.; EGMR, *Teixeira de Castro gg. Portugal*, StV 1999, 127 (Ziff. 36). – Die einschlägigen Stellen in diesen Entscheidungen lauten: „The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to criminal proceedings in respect of all types of criminal offences without distinction from the most simple to the most complex“ bzw. „apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex“. Es bedarf allerdings einer näheren Untersuchung, ob der Begriff „komplexe strafbare Handlung“ („complex criminal offence“) tatsächlich mit „schwer wiegendes Verbrechen“ („serious crime“) gleichgesetzt werden kann.

⁴⁵ Siehe in Bezug auf eine anonyme Aussage EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande*, StV 1997, 617 (Ziff. 55) m.V.a. EGMR, *Doorson gg. die Niederlande*, ÖJZ 1996, 715 (Ziff. 76).

⁴⁶ Siehe z.B. Korn, Defizite (FN 11), (Teil 1.C.I.3.b.bb.(3)) m.w.N.; Esser, Weg (FN 11), S. 672, 678; Wohlers, Trechsel-FS (2002), S. 813 (823); zurückhaltender *Renzikowski*, JZ 1999, 612; Krauß, V-Leute im Strafprozeß und die Europäische Menschenrechtskonvention (1999), S. 145 ff.

dann verlesen und im Urteil verwerten, wenn der **Angeklagte einer Verlesung zustimmt**. Liegt das entsprechende Einverständnis des Angeklagten nicht vor, führt die Verwertung des Berichts zur Nichtigkeit des Urteils (§ 281 Abs. 1 Ziff. 3 i.V.m. § 252 Abs. 1 öStPO). In diesem Fall ist wegen des Umgehungsverbotes (§ 252 Abs. 4 öStPO) auch die Einvernahme einer Verhörsperson ausgeschlossen; eine solche führt gem. Abs. 4 ebenfalls zur Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO.

Für die **Kriminalpolizei** bedeutet diese Entscheidung: Soll die Anonymität des verdeckten Ermittlers weiterhin gewahrt bleiben, so sind **ausreichende andere Beweismittel** bereitzustellen, die eine Überführung des Täters auch ohne die Aussage des verdeckten Ermittlers ermöglichen. *Burgstaller* weist darauf, dass der vermehrte Einsatz des sog. „kleinen Lausch- und/oder Spähangriffs“ gem. § 149d Abs. 1 Ziff. 2 öStPO hier hilfreich sein könnte.⁴⁷ Bestehen genügend andere Beweise, ist aus kriminalpolizeilicher Sicht ein Verzicht auf die Aussage des verdeckten Ermittlers ohnehin am sinnvollsten, um ihn auch zukünftig einsetzen zu können.⁴⁸

In bestimmten Fällen kann allerdings auf die **Aussage des verdeckten Ermittlers nicht verzichtet** werden. Aufgrund der hier vorgestellten Entscheidung ist dann dem Angeklagten Gelegenheit zur Ausübung seines Fragerechts zu geben. Zum Schutz des verdeckten Ermittlers weist der OGH darauf hin, dass es „dem Gericht unbenommen [bleibt], der Sicherheitsbehörde die Anwendung von Verfahrensvorschriften in Aussicht zu stellen, welche geeignet erscheinen, dieser den weiteren verdeckten Einsatz des Ermittlers zu ermöglichen.“⁴⁹

Die **geltende StPO** sieht mehrere **Möglichkeiten zum Schutz des verdeckten Ermittlers** für seine Vernehmung vor. Eine ausführliche Darstellung dieser Maßnahmen liefert *Hinterhofer*⁵⁰. An dieser Stelle seien beispielhaft genannt: die Einvernahme unter Verschweigen sämtlicher persönlicher Daten (anonyme Zeugenvernehmung, § 166a öStPO)⁵¹ und der Ausschluss der Öffentlichkeit (§ 229 Abs. 2 öStPO)⁵² oder des Angeklagten⁵³. Aus praktischer Sicht sind vor allem Abschirmungsmaßnahmen, wie z.B. Videovernehmung (§ 250 Abs. 3 öStPO)⁵⁴ oder Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes des Zeugen⁵⁵ von besonderer Bedeutung. Bei die-

sen Vernehmungsmethoden ist die Rsp. des EGMR zu beachten, wonach sich ein Schuldspruch nicht einzig allein oder in einem entscheidenden Ausmaß auf eine anonyme Aussage gründen darf.⁵⁶

Eine *optische oder akustische Abschirmung* des Zeugen wird von der h.M. in Österreich abgelehnt.⁵⁷ Diese Ansicht stützt sich auf die Rsp. des EGMR in *van Mechelen*⁵⁸, wonach der Beschuldigte oder zumindest sein Verteidiger den Zeugen soweit *optisch und akustisch* wahrnehmen können muss, dass er dadurch einen persönlichen Eindruck von seinem Aussageverhalten und seinen Reaktionen gewinnen kann. Demgegenüber weisen *Korn* und *Hinterhofer* auf eine neuere Zulässigkeitsentscheidung des EGMR in *Kok*⁵⁹ hin, nach der u.U. eine *optische* Abschirmung mit Art. 6 EMRK vereinbar sei und plädieren für eine großzügigere Anwendung alternativer Verhörmethoden.⁶⁰

V. Zusammenfassung

Die hier vorgestellte Entscheidung bringt eine grundlegende Richtungsänderung für die Einbringung von Ergebnissen eines verdeckten Ermittlers in die HV. Bisher wurde bei einer Auskunftssperre (Sperrerklärung) des BMI, die eine Einvernahme des verdeckten Ermittlers verhinderte, dessen Bericht in der HV verlesen bzw. eine Verhörsperson über die vom verdeckten Ermittler gemachten Aussage vernommen und diese Angaben dem Urteil zu Grunde gelegt. Nach der neuen Judikatur des OGH ist – in Übereinstimmung mit der Rsp. des EGMR zum Fragerecht des Angeklagten gem. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK – diese Vorgehensweise nunmehr unzulässig. Inzwischen haben sich der 14. und 15. OGH-Senat der hier vorgestellten Entscheidung angeschlossen,⁶¹ so dass

Veränderung des *äußeren Erscheinungsbildes* des Zeugen vor. Ob auch die *Stimme* des Zeugen verändert werden kann, ist fraglich; zum Ganzen siehe *Burgstaller*, JBl 2004, 597 sowie *Köck*, öRZ 2004, 192 ff.

⁵⁶ EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande*, StV 1997, 617 (Ziff. 55) m.V.a. EGMR, *Doorson gg. die Niederlande*, ÖJZ 1996, 715 (Ziff. 76).

⁵⁷ Z.B. *E. Steininger*, öAnwBl 1994, 87; *Fuchs*, ÖJZ 2001, 500; *Schwaighofer*, ÖJZ 1996, 133; *Zerbes* Anonyme Zeugen (FN 15) 389, 391. Näher zum Ganzen *Hinterhofer*, JSt 2003, 82 ff.

⁵⁸ EGMR, *Van Mechelen u.a. gg. die Niederlande* (StV 1997, 617 [Ziff. 60]).

⁵⁹ EGMR, *Kok gg. die Niederlande* (appl.no. 43149/98 vom 4. Juli 2000).

⁶⁰ Näher zum Ganzen m.w.N. *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 96 ff. und für Deutschland *Korn*, Defizite (FN 11), [Teil 1.C.I.3.b.bb.(2) und Teil 1.C.III].

⁶¹ OGH, 15 Os 63/04 – Urteil vom 11. August 2004 und OGH, 14 Os 197/04 – Urteil vom 05. Oktober 2004. In der zweiten Entscheidung konnte der OGH das Urteil nicht wegen Verstoßes gegen das Verlesungsverbot (§ 252 Abs. 1 öStPO) kassieren, weil der Angeklagte diesen Verstoß nicht eigens als Nichtigkeitsgrund gerügt hatte. Zur Aufhebung des Schuldspruches kam es allerdings wegen der – als nichtig relevierten – Vernehmung der Verhörsperson gem. § 252 Abs. 4 öStPO.

⁴⁷ *Burgstaller*, JBl 2004, 597; ebenso *Köck*, öRZ 2004, 191.

⁴⁸ Zum Schutz des Zeugen durch Verzicht auf seine Vernehmung und die damit verbundenen Probleme siehe *Hinterhofer*, JSt 2003, 44 f.

⁴⁹ OGH, 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 = HRRS 2005 Nr. 303.

⁵⁰ *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 57-108.

⁵¹ Dazu und den Grenzen dieser Möglichkeit näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 68 ff. und *Burgstaller*, JBl 2004, 597 sowie *Köck*, öRZ 2004, 191 f.

⁵² Näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 82 ff.

⁵³ Näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 86 ff.

⁵⁴ Näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 90 ff.

⁵⁵ Näher *Hinterhofer*, Zeugenschutz (FN 1), S. 96 f. – Das mit 1. Jänner 2008 in Kraft tretende **StrafprozessreformG** (BGBl I 2004/19) sieht nunmehr in § 162 leg. cit. *ausdrücklich* eine

man bereits von einer gefestigten Judikatur sprechen kann.⁶²

Soll also der verdeckte Ermittler nicht in der HV aussagen – weil dadurch seine Person gefährdet bzw. seine weitere Einsetzbarkeit verunmöglicht wird –, so kann in Hinkunft sein Bericht nur mit Zustimmung des Angeklagten verlesen und im Urteil verwertet werden. Gegen den Willen des Angeklagten ist eine Verlesung und Verwertung unzulässig; die Auskunftssperre (Sperrklärung) fällt nämlich unter keinen Ausnahmetatbestand der Ziff. 1 bis 3 des § 252 Abs. 1 öStPO. Ein Verstoß gegen das Verlesungsverbot des § 252 Abs. 1 öStPO begründet die Nichtigkeit des Urteils. Unzulässig ist es ferner, eine Verhörsperson oder den Führungsoffizier über den Inhalt des Berichts zu vernehmen; dies stellt nämlich eine Umgehung des Verlesungsverbot nach § 252 Abs. 1 öStPO

⁶² Insgesamt vertreten somit bereits drei von fünf Strafsenaten des OGH die hier vorgestellte Rechtsansicht.

Die Ordnungswidrigkeit gem. § 24a Abs. 2 StVG nach dem Konsum von Cannabis

Zugleich Besprechung von BVerfG, Az. 1 BvR 2652/03, Beschluss vom 21.12.2004 = HRRS 2005 Nr. 304 (in diesem Heft).

Von Dipl.-Jur. **Martin Krause**, München

Der vorliegende Aufsatz beschäftigt sich unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts¹ vom 21.12.2004 mit der Frage, ob und wann sich der Betroffene einer Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 StVG schuldig gemacht hat, wenn er nach dem Konsum von Haschisch oder Marihuana ein Kraftfahrzeug führte.

1. Die Ausgangslage

Immer wieder² geben Betroffene bei ihrer ersten polizeilichen Befragung an, dass sie zwar Drogen konsumiert, jedoch nur eine einzige Ecstasy-Tablette geschluckt oder nur einmal an einem „Joint“ gezogen hätten oder dass der

Konsum schon vor „langer Zeit“ erfolgt sei, statt auf polizeiliches Befragen schlichtweg zu schweigen, wenn

¹ SVR 2005, 77f; DAR 2005, 70ff.

² So z.B. VGH Baden-Württemberg vom 16.06.2003, DAR 2004, 49ff; OVG Rheinland-Pfalz vom 21.11.2000, DAR 2001, 183.

dar, die gem. Abs. 4 leg. cit. ebenfalls zur Nichtigkeit des Urteils führt.

In Zukunft sind verdeckte Ermittlungen in einem noch stärkeren Ausmaß danach auszurichten, dass sie ausreichend solche Beweise erbringen, die eine Überführung des Täters auch ohne die Aussage des verdeckten Ermittlers ermöglichen. Ist hingegen eine Aussage des verdeckten Ermittlers unerlässlich, so können für seine Vernehmung entsprechende Schutzmaßnahmen angeordnet werden, wie z.B. anonyme Zeugenvernehmung oder Abschirmungsmaßnahmen. Die weitere Entwicklung in diesem letzten Bereich wird mit Spannung zu verfolgen sein, weil einerseits das neue Vorverfahren in Österreich alternative Verhörmöglichkeiten für das Gericht vorsieht und u.U. auch der EGMR eine großzügigere Vernehmungsmethode zulassen könnte.

nicht gar völlig konsequenzenlos³ die Unwahrheit zu sagen, da die Polizeibeamten im Falle eines Eingeständnisses zu weiteren Ermittlungen verpflichtet sind.

Dieses scheint nicht nur daran zu liegen, dass der Erstkontakt mit dem Polizeibeamten bei einer Verkehrskontrolle nicht zur Aussageverweigerungsbelehrung führen muss, da der Betroffene zunächst ja nicht Verdächtiger ist und es sich hier einfach um eine „Befragung“ handelt, wie sie täglich mannigfach vorgenommen wird. Das liegt sicherlich auch daran, dass der Betroffene nicht über seine Rechte unterrichtet ist und in der Fahrschule nur über seine Pflichten aufgeklärt wird.⁴

Angaben, die ein betroffener Kraftfahrzeugführer gegenüber einem im Rahmen einer verdachtsunabhängigen Kontrolle ihn befragenden Polizeibeamten macht, sind aber, weil lediglich eine informatorische Befragung vorliegt, verwertbar.⁵ Somit liegt kein Beweisverwertungsverbot vor.⁶ Die Verteidigung hat hier trotzdem zu prüfen, ob die Polizeibeamten im Ermittlungsverfahren ihren Belehrungspflichten nach § 163a Abs. 4 StPO nachgekommen sind.⁷ Dies gilt auch für Ordnungswidrigkeiten.⁸

³ Ein pauschales Bestreiten eines Tatvorwurfs stellt sich als Schweigen und nicht als Tateinlassung dar und darf daher nicht zum Nachteil gewertet werden: OLG Karlsruhe vom 04.08.2004, Az. 1 Ss 79/04.

⁴ Zu den Rechten eines Beschuldigten ausführlich: Sommer, Ulrich 1994: „Strafanzeige und Strafprozess“, S. 23ff.

⁵ BayObLG vom 21.05.2003, DAR 2003, 529f.

⁶ a.M. Heinrich, Thomas 2003: „Anmerkung zum Beschluss des BayObLG vom 21.05.2003, Az. 2 ObOWi 219/03“, DAR 2003, 530.

⁷ BGH vom 27.02.1992, NStZ 1992, 294f.

⁸ Zu den Belehrungspflichten durch Polizeibeamte s. ausführlich: Ternig, Ewald 2004: „Belehrung durch Polizeibeamte“, SVR 2004, 214ff.

Für die Unterscheidung zwischen einer informatorischen Befragung und einer Beschuldigtenvernehmung ist die Stärke des Tatverdachts bedeutsam. Hierbei hat der Polizeibeamte einen Beurteilungsspielraum, den er jedoch nicht dazu nutzen darf, den Zeitpunkt der Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht möglichst weit hinauszuschieben.⁹ Neben der Stärke des Tatverdachts ist aber auch von Bedeutung, wie sich das Verhalten des Polizeibeamten aus Sicht des Betroffenen darstellt. So gibt es polizeiliche Verhaltensweisen, die schon nach ihrem äußeren Erscheinen belegen, dass der Polizeibeamte dem Betroffenen als „Beschuldigter“ begegnet, auch wenn er dies nicht direkt zum Ausdruck bringt.¹⁰

Nach § 136 Abs. 1 StPO ist dem Beschuldigten bei Beginn der ersten Vernehmung zu eröffnen, welche Tat ihm zur Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Nach Satz 2 ist er durch die Polizeibeamten darauf hinzuweisen, dass es ihm freisteht, sich nicht zu den Beschuldigungen zu äußern und jederzeit einen Verteidiger beauftragen kann.

2. Nachweis im Blut

Bereits aus dem Wortlaut des § 24a Abs. 2 S. 2 StVG ergibt sich unmissverständlich, dass die Substanz Tetrahydrocannabinol (THC) im Blut¹¹ nachgewiesen werden muss.¹² Verläuft eine Urinprobe positiv, die Blutprobe hingegen negativ, so ist der Betroffene freizusprechen. Der Nachweis im Blut stellt somit sicher, dass nur die Phase der akuten Wirkung zur Tatzeit erfasst wird.¹³ Ordnungswidrigkeitensanktionen nach § 24a Abs. 2 StVG entstehen daher nicht auf Grund eines „Geständnisses“ oder einer Aussage gegenüber Polizeibeamten¹⁴ und auch nicht aus der polizeilichen Pupillenkontrolle, aus polizeilichen Schnelltests und nicht aus einer möglichen polizeilichen Urinuntersuchung. Der Nachweis der Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 2 StVG erfolgt ausschließlich auf Grund einer Blutuntersuchung, wie sich zweifelsfrei aus der Begründung zum Änderungsge-
setz zu Absatz 2 und Absatz 5 des § 24a StVG ergibt.¹⁵ Eine Verurteilung nach § 24a Abs. 2 StVG setzt deshalb voraus, dass überhaupt eine Blutuntersuchung durchgeführt wurde. Hat die Polizei die Anordnung der Abnahme und Untersuchung einer Blutprobe gem. § 81a Abs. 1

StPO versäumt, ist eine Verurteilung nach § 24a Abs. 2 StVG ausgeschlossen.

3. Messung der Tetrahydrocannabinol-Konzentration¹⁶

Anhand der im Blut nachgewiesenen THC-Konzentration lässt sich somit feststellen und nachweisen, ob der Betroffene unter der Wirkung von Cannabis ein Fahrzeug führte.¹⁷ Das Jugendgericht des AG Saalfeld¹⁸ führt dazu aus, dass der Nachweis der Wirkung des berauschenden Mittels durch eine Blutuntersuchung erbracht werde. Die Nachweisdauer von illegalen Drogen im Blut sei nämlich nur „kurz“ bemessen. Der positive Blutwirkstoffbefund dokumentiert deshalb einen „zeitnahen“ Drogenkonsum. Der Nachweis der Substanz im Blut stellt somit sicher, dass nur die Phase der akuten Wirkung zur Tatzeit erfasst wird, da die Drogen nur jeweils wenige Stunden im Blut nachweisbar seien. Demnach beweise die nachgewiesene Substanz im Blut des Betroffenen einen engen zeitlichen Zusammenhang zwischen der Drogeneinnahme und der abgenommenen Blutprobe. Eine Wirkung i.S.v. § 24a Abs. 2 StVG meint daher nicht etwa die Drogenqualität und dass die Droge eine „Wirkung“ gezeigt hätte,¹⁹ sondern dieser Rechtsansicht nach ist der Begriff der „Wirkung“ i.S.v. § 24a Abs. 2 StVG immer dann erfüllt, wenn eine in der Anlage zu § 24a StVG genannte Substanz im Blut nachgewiesen werden kann.

3.1 Unterschiedliche Meinungen zur Nachweiszeit von Tetrahydrocannabinol im Blutserum

Nach Ansicht des AG Saalfeld²⁰ wäre die Drogensubstanz²¹ im Blut nur wenige Stunden nachweisbar. Auch der VGH Bayern²² geht davon aus, dass THC im Blut nur „relativ kurze Zeit nach Konsumende“ nachweisbar wäre. Nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg²³ wäre ein positiver THC-Nachweis nur binnen drei bis vier Stunden nach dem Konsum möglich. Hingegen legt sich das OVG Thüringen²⁴ auf einen um zwei Stunden länger möglichen Nachweis fest und gibt die Nachweiszeit mit

⁹ BayObLG vom 02.11.2004, Az. 1St RR 109/04.

¹⁰ BayObLG vom 02.11.2004, Az. 1St RR 109/04.

¹¹ Hier ist das Blutserum gemeint.

¹² BayObLG vom 12.02.2004, DAR 2004, 457ff; OLG Hamm vom 09.05.2000, Az. 5 Ss OWi 137/00; AG Saalfeld vom 11.02.2003, NStZ 2004, 49.

¹³ So das AG Saalfeld vom 11.02.2003, NStZ 2004, 49; a.M. BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03.

¹⁴ Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 37. Aufl., § 24a StVG, Rdn. 21; Nehm, Kay 2004: „Auf der Suche nach Drogengrenzwerten“, in Greißinger Georg (Hg.): Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 359ff (363).

¹⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 13/3764 vom 08.02.1996, S. 5, URL: www.gerichtsentscheidungen.de/133764.pdf

¹⁶ Mittels GC-MS.

¹⁷ Daldrup, Thomas; Käferstein, Herbert; Köhler, Helga; Maier, Rolf-Dieter; Musshoff, Frank 2000: „Entscheidung zwischen einmaligem / gelegentlichem und regelmäßigem Cannabiskonsum“, BA 2000, 39ff (45).

¹⁸ Vom 11.02.2003, NStZ 2004, 49.

¹⁹ OLG Saarbrücken vom 23.01.2002, VRS 102, 120ff; OLG Saarbrücken vom 19.12.2000, Az. Ss (B) 69/00; Nehm, Kay 2004: „Auf der Suche nach Drogengrenzwerten“, in Greißinger, Georg (Hg.): Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 359ff (363).

²⁰ Vom 11.02.2003, NStZ 2004, 49.

²¹ Ganz allgemein ohne sie zu spezifizieren.

²² Vom 03.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 73.

²³ Vom 07.03.2003, DAR 2003, 236f.

²⁴ Vom 11.05.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 244.

bis zu 6 Stunden an. Zu der gleichen Ansicht gelangt auch das OVG Niedersachsen.²⁵ Das BVerfG²⁶ legt sich nicht auf eine Stundenzahl fest und führte am 20.06.2002 aus, dass THC „mehrere Stunden“ im Blut nachweisbar ist.

Will man diesen Gerichten folgen, so bedeutet das für THC, dass der Mandant höchstens einige Stunden vor der Blutabnahme, d.h. gleichzeitig nur wenige Stunden vor der Verkehrskontrolle Cannabis konsumiert haben muss, falls es dem Institut für Rechtsmedizin gelingt, im Blut des Betroffenen eine positive THC-Plasmakonzentration nachzuweisen.

In der anwaltlichen Praxis ist es jedoch Gang und Gäbe, dass der Mandant konsequent etwas anderes behauptet und sich auch von etwaigen gegenteiligen Meinungen der Gerichte, Sachverständigen und in der Literatur nicht davon abbringen lässt, fest und glaubhaft zu behaupten, dass er in diesem engen zeitlichen Zeitraum kein THC zu sich genommen hat. Meist wird diesen Aussagen mit Skepsis begegnet um nicht zu sagen, dass man dem Betroffenen kein Wort glaubt und die Einlassungen werden als „Schutzbehauptung“ abqualifiziert.²⁷

Nach Ansicht des VG Regensburg²⁸ deute die Tatsache, dass bei einem Betroffenen kein THC im Blut gefunden wurde jedoch darauf hin, dass dieser mindestens 12 Stunden kein Cannabis zu sich genommen habe. Zu dieser Ansicht kommt auch *Bratzke*.²⁹ Ferner weisen *Sticht/Käferstein*³⁰ darauf hin, dass der Nachweis von psychoaktiv wirkendem Tetrahydrocannabinol im Blut bis zu 12 Stunden nach dem Konsum nicht ausgeschlossen ist.

Tatsächlich waren im Blut zweier vom OLG Zweibrücken³¹ zu beurteilenden Verfahren noch nach 16- bzw. nach 18 Stunden THC-Spuren von bis zu 0,5 ng/ml nachweisbar, sofern man den Angaben der Betroffenen

Glauben schenkt. In einem Verfahren vor dem Bundesgerichtshof³² war eine THC-Plasmakonzentration noch 20 Stunden nach dem Konsum im Blut festzustellen. Das OVG Rheinland-Pfalz³³ stellte fest, dass noch bis zu 24 Stunden nach dem Konsum von Cannabis eine THC-Plasmakonzentration von 2 ng/ml ermittelt werden könne. *Schubert/Schneider/Eisenmenger/Stephan* geben die Nachweiszeit von THC im Blut sogar mit bis zu 46 Stunden an³⁴ und auch nach *Geiger*³⁵ soll THC selbst nach 46 Stunden noch im Blut nachweisbar sein. Dass es sich dabei allerdings um einen Druckfehler handelt, liegt auf der Hand.³⁶ Die Verfasser wollten die THC-Wirkung stattdessen mit 4-6 Stunden angeben. Allerdings führt auch *Aderjan*³⁷ aus, dass der Nachweis von THC im Serum nach tatsächlich 46 Stunden nicht völlig ausgeschlossen werden kann.

Das BVerfG³⁸ führte am 21.12.2004 aus, dass es der technische Fortschritt ermögliche, dass sich Tetrahydrocannabinol nunmehr sogar mehrere Tage und unter Umständen sogar Wochen nachweisen lasse. Diese Aussage ist dahingehend missverständlich, als das sich i.d.R. nur das nicht psychoaktiv wirkende Abbauprodukt Tetrahydrocannabinol-Carbonsäure (THC-COOH) einige Tage oder nach regelmäßigem Konsum auch noch nach Wochen im Blut nachweisen lässt, was allerdings für die Frage, ob eine Ordnungswidrigkeit i.S.v. § 24a Abs. 2 StVG vorliegt nichts hergibt. Allerdings führen auch *Grottenhermen/Karus*³⁹ aus, dass der Nachweis von THC im Blut „noch Tage“ nach dem Konsum erfolgen kann und präzisieren diese Aussage dahingehend, dass bei gewohnheitsmäßigen Konsumenten bis zu 4 Wochen nach dem Konsum eine THC-Konzentration bis zu 0,3 ng/ml im Blut möglich ist. In der anwaltlichen Praxis sind hingegen nur wenige Fälle bekannt, in denen ein Nachweis im Blut von mehr als 24 Stunden möglich war.

Auf Grund der verschiedenen Meinungen zur Nachweiszeit von Tetrahydrocannabinol und auf Grund der verschiedenen Gerichtsentscheidungen, bei denen eine THC-Konzentration noch nach über 12 Stunden festgestellt werden konnte, sind viele andere Beschlüsse und Urteile nicht nachvollziehbar, wonach THC nur 3 bis 6 Stunden nach dem Konsum im Blut nachgewiesen wer-

²⁵ Vom 11.07.2004, DAR 2003, 480f.

²⁶ Vom 20.06.2002, DAR 2002, 405ff.

²⁷ OVG Thüringen vom 11.05.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 244: „die Behauptung des Betroffenen, der Cannabiskonsum habe weit vor der Blutentnahme gelegen, ist als „Schutzbehauptung“ zu werden“; OVG Niedersachsen vom 11.07.2003, DAR 2003, 480f: „Die Behauptung des Antragstellers, der Cannabiskonsum habe 16 Stunden vor der Blutentnahme gelegen, ist als Schutzbehauptung zu werten. Vielmehr muss die Aufnahme einer wirksamen Cannabisdosis zeitnah im Abstand weniger Stunden stattgefunden haben ...“; VG Lüneburg, vom 22.03.2004, DAR 2005, 54f: „der vor wenigen Stunden zurückliegende Konsum ist zweifelsfrei“.

²⁸ Vom 02.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 125, Beschluss S. 6.

²⁹ Bratzke, Hansjürgen 1996: „Zur Fahrtüchtigkeit unter Drogeneinfluss aus rechtsmedizinischer Sicht“, in: Püschel, Klaus (Bearbeiter): Dokumentation 2. Wissenschaftliches Symposium Drogen und Strassenverkehr [sic], S. 4.

³⁰ Sticht, Guido; Käferstein, Herbert 1998: „Grundbegriffe, Toxikokinetik und Toxikodynamik“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter (Hg.): Cannabis im Straßenverkehr“, S. 10.

³¹ Vom 13.11.2003, Az. 1 Ss 215/03; vom 03.05.2001, DAR 2002, 135f.

³² Vom 25.05.2000, DAR 2000, 481f.

³³ Vom 13.11.2003, DAR 2004, 413f.

³⁴ Schubert, Wolfgang; Schneider, Walter; Eisenmenger, Wolfgang; Stephan, Egon 2003: „Begutachtungs-Leitlinien zur Kraftfahrereignung, Kommentar“, S. 115, Tab. 1.

³⁵ Geiger, Harald 2003: „Aktuelle Probleme des Fahrerlaubnisrechts unter besonderer Berücksichtigung von Alkohol und Drogenauffälligkeit“, S. 11, Arbeitskript IDRAS vom 15.10.2003 [Masch.schr.].

³⁶ Vgl. auch Geiger Harald 2004: „Aktuelle Rechtsprechung zum Fahrerlaubnisrecht“, DAR 2004, 690ff (693) dort Fußnote 22.

³⁷ Aderjan, Rolf 1998: „Toxikologischer Cannabiskonsum“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 157.

³⁸ Az. 1 BvR 2652/03.

³⁹ Grottenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 336 u. S. 340f.

den könnte und dass es nicht, wie vom Mandanten vorge-
tragen, z.B. möglich sei, dass ein positiv festgestellter
THC-Blutwert durchaus auch auf Grund eines seit 16
Stunden zurückliegenden Cannabiskonsums erreicht
worden sein kann und daher als „Schutzbehauptung“ zu
werten ist. Tetrahydrocannabinol kann durchaus auch
längere Zeit nach dem Konsum von Cannabis nachge-
wiesen werden und ist von vielen Einflussfaktoren ab-
hängig, wie im folgenden noch aufgezeigt wird. Ergibt
eine Blutprobe keinen Befund, so führt das zu dem Er-
gebnis, dass der Betroffene zumindest während der letz-
ten 3 bis 24 Stunden kein THC konsumiert hat. Wenn
*Schubert/Schneider/Eisenmenger/Stephan*⁴⁰ daher einen
„Sicherheitsabstand“ von 10 Stunden zwischen dem
Konsum von Cannabis und dem Führen eines Kraftfahr-
zeuges fordern, reicht das nicht aus. Nur i.d.R. und bei
„normalem“ Konsum einer bereits wirksamen Einzeldosis
von ca. 15 mg THC⁴¹ ist davon auszugehen, dass eine
positive THC-Konzentration nur wenige Stunden nach
dem Konsum nachgewiesen werden kann. Hat der Man-
dant Cannabis mit einer stärkeren Wirkstoffkonzentration
konsumiert ist auch die THC-Konzentration länger
nachweisbar.

Es verwundert daher auf Grund der durch Tatsachen
widerlegbaren falschen Rechtsprechung nicht, dass sich
Cannabiskonsumern bereits einige Stunden nach dem
Konsum wieder hinter das Steuer eines Fahrzeuges set-
zen, schließlich haben Obergerichte entschieden, dass
THC nur einige Stunden nach dem Konsum nachweisbar
wäre. Der Mandant muss somit auch davon ausgehen,
dass THC nur in diesem Zeitraum einen Einfluss auf die
Fahrtüchtigkeit nimmt. Zu Recht führt das OLG Zwei-
brücken⁴² daher aus, dass der Betroffene nicht damit
rechnen konnte, nicht mehr unter der Wirkung von Can-
nabis zu stehen, die vor allem von der Art der Dosis des
genossenen Rauschmittels abhängt und der Betroffene
daher nicht davon ausgehen konnte, jedenfalls nicht am
Nachmittag des nach dem Konsum folgenden Tages, ein
Kfz führen zu können, weil ihm die konkreten Bezugs-
punkte dafür, dass das genossene Cannabis nicht mehr
nachweisbar sei, fehlen. Der Betroffene könne weder
feststellen, welche Dosis er konsumiert hatte, noch kan-
te er die Qualität des konsumierten Rauschmittels. Nach
einer derart „unkontrollierten“ Drogenaufnahme durfte
sich der Betroffene daher auch nach dem Ablauf eines
Zeitraums von 18 Stunden nicht darauf verlassen, dass
der vorangegangene Drogenkonsum in keinem Fall mehr
erweislich sein würde.

⁴⁰ Schubert, Wolfgang; Schneider, Walter; Eisenmenger,
Wolfgang; Stephan, Egon 2003: „Begutachtungs-Leitlinien zur
Kraftfahrereignung, Kommentar“, S. 123, Ziff. 4.2.4.

⁴¹ BGH vom 20.12.1995, Az. 3 StR 245/95; OVG Thüringen
vom 11.05.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 244; OVG
Niedersachsen vom 11.07.2003, Az. 12 ME 287/03; OVG
Nordrhein-Westfalen vom 22.11.2001, DAR 2002, 185ff (188);
VG Münster vom 13.09.2004, Az. 10 K 893/00; Ebert,
Alexander; Müller, Eckhart 2004: „Verteidigung in
Betäubungsmittelsachen“, Rdn 78.

⁴² Vom 03.05.2001, DAR 2002, 135f und vom 13.11.2003, Az.
1 Ss 215/03.

Die zukünftige Rechtsprechung muss daher viel deutli-
cher darauf hinweisen, dass es keine konkreten wissen-
schaftlichen Erkenntnisse über die Wirkung und den
Abbauzeitraum von THC gibt und psychoaktives Tetra-
hydrocannabinol demnach auch in zahlreichen Fällen
noch nach über 12 Stunden nach dem Konsum von Can-
nabis nachgewiesen werden kann, selbst wenn der Ein-
fluss auf das Zentralnervensystem schon nach einigen
Stunden nachgelassen haben mag.

3.2 Einflusszeit und Leistungseinbußen bei Tetrahydrocannabinol

Ebenfalls geben *Madea/Mußhoff/Lackenmeier*⁴³ an, dass
noch 12 Stunden nach dem Konsum THC im Blut festge-
stellt werden kann, allerdings ein akuter Einfluss nur von
bis zu sieben Stunden möglich ist. Nachweiszeit und
„Wirkung“ im Sinne von Beeinflussung des Zentralner-
vensystems und Beeinträchtigung der Fahrtüchtigkeit
wären daher nicht identisch.⁴⁴ Demgegenüber führt
*Geschwinde*⁴⁵ aus, dass auch noch nach 10 bis 12 Stunden
ein Einfluss auf das Zentralnervensystem möglich ist und
zwar insbesondere dann, wenn der Betroffene Cannabis
oral konsumiert hat. *Berghaus/Schulz/Szegedi*⁴⁶ führen
sogar aus, dass nach dem Rauchen von 18 mg Tetra-
hydrocannabinol noch nach 48 Stunden Leistungseinbu-
ßen nicht völlig ausgeschlossen sind.

Nach Ansicht des AG Ludwigshafen⁴⁷ hält der Einfluss
von THC auf das Zentralnervensystem hingegen nur ca.
30 Minuten an. Nach Ansicht des BVerfG⁴⁸ halte die
Wirkung von Haschisch bei oraler Aufnahme bis zu 12
Stunden an. Nach Ansicht des AG Landau / Pfalz⁴⁹
betrage die Wirkung von Haschisch sogar 16 Stunden.
Nach Ansicht von *Walser*⁵⁰ hält eine THC-Wirkung bis
zu 24 Stunden an. Auch *Kannheiser*⁵¹ kommt zu diesem
Ergebnis. *Himmelreich*⁵² führt aus, dass die subjektiven
Wirkungen i.d.R. nach 24 Stunden abgeklungen sind.

⁴³ Madea, Burkhard; Mußhoff, Frank, Lachenmeier Dirk 2004:
„Haaranalytik – Methodik und Interpretation“, in: Madea,
Burkhard; Mußhoff, Frank (Hg.): Haaranalytik, Technik und
Interpretation in Medizin und Recht, S. 180.

⁴⁴ BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03.

⁴⁵ Geschwinde, Thomas 2003: „Rauschdrogen, Marktformen
und Wirkungsweisen“, Rdn. 115.

⁴⁶ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998:
„Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen
Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter:
Cannabis im Straßenverkehr, S. 77.

⁴⁷ Vom 08.05.2002, Az. 5416 Js 25820/01.

⁴⁸ Vom 09.03.1994, NJW 1994, 1577ff.

⁴⁹ Vom 30.10.2003, Az. 7021 Js 2112/03; vgl. OLG
Zweibrücken vom 27.01.2004, DAR 2004, 409ff.

⁵⁰ Walser, Thomas (Stand 12.04.2004): Rausch-Wirkung von
Cannabis; URL: www.dr-walser.ch/index.html?cannabis.htm.

⁵¹ Kannheiser, Werner 2000: „Mögliche verkehrsrelevante
Auswirkungen von gewohnheitsmäßigem Cannabiskonsum“,
NZV 2000, 58ff (64).

⁵² Himmelreich, Klaus 2002: „Cannabis-Konsum und seine
rechtlichen Folgen für den Führerschein im Verkehrs-
Verwaltungsrecht“, DAR 2002, 26ff (27).

Somit kann bei dem Betroffenen in dem Verfahren vor dem BVerfG durchaus auch noch 16 Stunden nach dem Konsum eine Wirkung i.S.d. Gesetzes auf das Zentralnervensystem vorgelegen haben, was erklären würde, warum die Polizeibeamten „körperliche Auffälligkeiten“ festgestellt haben wollen.

4. Grenzwertproblematik bei Tetrahydrocannabinol

Nach Ansicht des BVerfG ging der Gesetzgeber beim Entwurf des Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes am 08.02.1996 von den folgenden zwei Tatsachen aus:

1.) Die Wirkungs- und Nachweisdauer bei den einzelnen Drogen stimmen überein.⁵³ Es wurde angenommen, dass Cannabis auf den Betroffenen einwirkt und zu einer Beeinträchtigung oder Einschränkung der Fahrtüchtigkeit führt, wenn im Blut des Kraftfahrzeugführers Substanzen von Cannabis nachweisbar sind, so dass die der Ordnungswidrigkeitenvorschrift zugrunde liegende Annahme einer abstrakten Verkehrsgefährdung eingetroffen und eine Sanktionierung nach § 24a Abs. 2 StVG gerechtfertigt sei.

Tatsächlich war dem Gesetzgeber nicht unbekannt, dass Nachweiszeit und Wirkung auf das Zentralnervensystem differieren können. *Kreuzer*⁵⁴ hat in einer Veröffentlichung bereits im Jahre 1998 darauf hingewiesen. Die Deutsche Gesellschaft für Rechtsmedizin wollte jedoch auch „Nachwirkungen“ absichern und forderte daher, dass der „analytische Grenzwert“ für das Vorliegen einer Ordnungswidrigkeit genügen solle.⁵⁵ Dieser betrug seinerzeit 1,0 ng/ml im Serum.

2.) Der Gesetzgeber ging daher bei seiner Einschätzung der durch die Aufnahme bestimmter Betäubungsmittel zu erwartenden Leistungsbeeinträchtigungen im Straßenverkehr ferner davon aus, dass solche erst dann eintreten, wenn die Blut-Wirkstoff-Konzentration eine solche Höhe erreicht hat, dass ein zuverlässiger blutanalytischer Nachweis möglich ist.⁵⁶ Vom blutanalytischen Wirkstoffnachweis werden nach klaren wissenschaftlichen Feststellungen nur Konzentrationen erfasst, die deutlich oberhalb des Nullwertes liegen.⁵⁷ Die Vorschrift des §

24a Abs. 2 StVG führte deshalb bei Einführung des Gesetzes nicht bereits bei Vorliegen geringster Konzentrationen durch Nahrungsmittel wie Hanfbier oder durch Passiv-Rauchen von „Drogen“ zu Sanktionen,⁵⁸ wenn gleich sie einen geringen Wert verursachen können,⁵⁹ dieser allerdings im Blut unter 1,0 ng/ml liegt.⁶⁰

Nach Ansicht der Arbeitsgruppe für Grenzfragen und Qualitätskontrolle der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin, der Deutschen Gesellschaft für Verkehrsmedizin und der Gesellschaft für Forensische und Toxikologische Chemie (Grenzwertkommission) vom 20.11.2002 liegt der nachweisfähige Grenzwert bei 1,0 ng/ml THC im Serum.⁶¹ Diese durch die Grenzwertkommission festgesetzte und „nachweisfähige Grenze“⁶² von 1,0 ng/ml THC im Serum und mehr ist jedoch auf Grund des technischen Fortschritts inzwischen falsch, denn der Sachverständige in dem Verfahren vor dem AG Landau/Pfalz⁶³ war beispielsweise im Oktober 2003 in der Lage, auch eine THC-Plasmakonzentration von nur 0,95 ng/ml nachzuweisen und in dem Verfahren vor dem OLG Zweibrücken⁶⁴ konnte der Sachverständige THC „im Spurenbereich“⁶⁵ feststellen.⁶⁶ In einem Verfahren vor dem VG Augsburg⁶⁷ war THC „als Spur vorhanden“⁶⁸ und in einem Beschluss des VG Regensburg⁶⁹ heißt es, dass THC „an der Nachweisgrenze“⁷⁰ festzustellen war.

Infolge des technischen Fortschritts haben sich demnach die Verhältnisse geändert. *Nehm*⁷¹ weist zutreffend darauf hin, dass ein überaus exakt arbeitendes Labor mit feinsten Messtechnik durchaus in der Lage ist, auch einen THC-Konzentrationsnachweis von unter 1,0 ng/ml zu erbringen. Danach hat sich die Nachweisdauer für das Vorhandensein von THC im Blut wesentlich erhöht.

⁵³ BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03.

⁵⁴ Kreuzer, Arthur 1998: Rechtspolitische Aspekte und Strassenverkehrsrechtliche [sic.] Relevanz des Cannabiskonsums“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter (Hg.): Cannabis im Straßenverkehr, S. 206.

⁵⁵ Brinkmann, Bernd 1997: „Statement zum Thema ‚Drogen im Straßenverkehr‘ der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin“ [Masch.-schr. vom 07.02.1997].

⁵⁶ BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 13/3764 vom 08.02.1996, S. 5, URL: www.gerichtsentscheidungen.de/133764.pdf.

⁵⁷ BayObLG vom 20.01.2003, NZV 2003, 252f; Stein, Ulrich 1999: „Offensichtliche und versteckte Probleme im neuen § 24a II StVG (‚Drogen im Straßenverkehr‘)“, NZV 1999, 441ff.

⁵⁸ So BayObLG vom 20.01.2003, NZV 2003, 252f.

⁵⁹ Riemenschneider, Sabine; Paetzold, Harald 1997: „Absolutes Drogenverbot im Straßenverkehr – Zur Reform des § 24a StVG“, DAR 1997, 60ff (63) dort Fußnote 45.

⁶⁰ Möller, Manfred 2005: „§ 3 Medikamente und Drogen – verkehrsmedizinisch-toxikologische Gesichtspunkte“, in: Hettenbach, Michael; Kalus, Volker; Möller, Manfred; Uhle, Axel: Drogen und Straßenverkehr, Rdn. 79, Rdn. 139.

⁶¹ OVG Thüringen vom 11.05.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 244; OVG Niedersachsen vom 11.07.2003, DAR 2003, 480f; BayObLG vom 20.01.2003, NZV 2003, 252f.

⁶² So BayObLG vom 20.01.2003, NZV 2003, 252f unter Berufung auf Kauert, Gerold 2002: „Drogenkonsum und Fahrtüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108).

⁶³ Vgl. OLG Zweibrücken vom 27.01.2004, DAR 2004, 409ff.

⁶⁴ Vom 03.05.2001, DAR 2002, 135f.

⁶⁵ Im chemischen Sinne eine Konzentration, die nicht nur detektierbar, sondern auch quantitativ auswertbar ist.

⁶⁶ Ein genauer Wert fehlt.

⁶⁷ Vom 03.02.2004, DAR 2004, 287f.

⁶⁸ Es fehlt eine genaue Angabe.

⁶⁹ Vom 02.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 125.

⁷⁰ Es fehlt auch hier eine genaue Angabe.

⁷¹ *Nehm*, Kay 2004: „Auf der Suche nach Drogengrenzwerten“, in Greißinger, Georg (Hg.): Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 359ff (364).

Spuren von Tetrahydrocannabinol lassen sich nunmehr über viele Stunden im Blut nachweisen, während ein Einfluss auf das Zentralnervensystem und eine Rauschwirkung i.d.R. bereits nach wenigen Stunden abgeklungen ist. Die Annahme des Gesetzgebers von der Identität der Wirkungs- und Nachweiszeit trifft deshalb zumindest für Cannabis nicht mehr zu.

Dies hat zur Folge, dass auch dann noch ein positiver Drogenbefund bei der Blutuntersuchung festgestellt werden kann, wenn der Konsum des Rauschmittels schon längere Zeit vor der Fahrt erfolgte und von der Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit deshalb nicht mehr ausgegangen werden kann. Der Vorstellung des Gesetzgebers und der Rechtsmeinung zahlreicher Gerichte, der Wirkstoff von Haschisch und Marihuana sei nur in engem zeitlichem Zusammenhang mit dem Genuss des berauschenden Mittels im Blut nachweisbar ist damit für THC die Grundlage entzogen. Mit Rücksicht darauf kann nicht mehr jeder Nachweis von THC im Blut eines Verkehrsteilnehmers für eine Verurteilung nach § 24a Abs. 2 StVG ausreichen.⁷²

4.1 Der Nullwert bei Tetrahydrocannabinol

Die Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG schweigt über einen konkreten Blutkonzentrationswert und bestimmt nicht, dass eine Ordnungswidrigkeit erst bei der von der Grenzwertkommission festgelegten THC-Konzentration von 1,0 ng/ml vorliegt. Daher könnte hinterfragt werden, ob der Gesetzgeber möglicherweise davon ausging, dass die Wissenschaft und Technik zukünftig auch in der Lage sein könnte, geringere Konzentrationen nachweisen zu können und ob der Gesetzgeber deshalb möglicherweise beabsichtigt auf eine Erwähnung dieses „Grenzwertes“ in § 24a Abs. 2 StVG verzichtete. Dafür gibt der Gesetzentwurf jedoch nichts her. Zahlreiche Strafgerichte nahmen daher in der Vergangenheit an, dass eine Ordnungswidrigkeit auch dann vorliegt, selbst wenn die nachgewiesene Tetrahydrocannabinol-Plasmakonzentration unter 1,0 ng/ml liegt und verurteilten Betroffene daher wegen einer Ordnungswidrigkeit auch bei einer nachgewiesenen THC-Konzentration von unter 1,0 ng/ml.⁷³

Dieser „Nullwert“ stößt jedoch auf Bedenken: Zu Recht weist *Nehm*⁷⁴ auf den Gerechtigkeitsgedanken hin, wonach eine Verurteilung oder ein Freispruch von der Meßmethode und technischen Ausstattung des Institutes

abhängig wäre. *Kauert*⁷⁵ führt aus, dass der Grenzwert einen „vernünftigen“ Abstand zum Nachweis-Grenzwert haben sollte um beispielsweise Fehlmessungen infolge von Passivrauchen oder Nahrungsmittel abzusichern. Daher rechtfertigt auch nach einem verwaltungsrechtlichen Urteil des OVG Rheinland-Pfalz⁷⁶ nur ein Wert von mehr als 1,0 ng/ml die Annahme eines „zeitnahen“ Cannabis-Konsums und auch das OVG Niedersachsen⁷⁷ sieht den Grenzwert bei 1,0 ng/ml THC.

Zahlreiche Urteile der Strafgerichte und das Verwaltungsrecht deckten sich daher nicht. Nur das BayObLG vertrat im Januar 2003⁷⁸ die Ansicht, dass eine Ordnungswidrigkeit erst bei einer Tetrahydrocannabinol-Konzentration von mehr als 1,0 ng/ml vorliegt; diese Entscheidung wurde allerdings im Februar 2004⁷⁹ wieder revidiert.⁸⁰

4.2 Beschluss des OLG Zweibrücken

Auch das AG Kandel⁸¹ hatte einen Betroffenen mit einer Tetrahydrocannabinol-Konzentration von „nur“ 0,5 ng/ml deshalb wegen fahrlässigen Führens eines Kraftfahrzeugs unter der Wirkung von Cannabis zu einer Geldbuße von 250,00 EUR verurteilt und ein Fahrverbot von einem Monat angeordnet.⁸² Mit seiner Rechtsbeschwerde rügte der Betroffene die Verletzung sachlichen Rechts. Das zulässige Rechtsmittel blieb jedoch vor dem OLG Zweibrücken⁸³ in der Sache ohne Erfolg. Das angefochtene Urteil hielt sowohl im Schuldspruch als auch in der Rechtsfolgenbestimmung rechtlicher Nachprüfung stand. Das Oberlandesgericht führte dazu wie folgt aus:

„Nach den Feststellungen des AG Kandel hat der Betroffene am Abend des 18.11.2002 gegen 21.30 Uhr einen Joint geraucht und somit gewusst, dass er Cannabis konsumierte. Dennoch fuhr er am Nachmittag des darauf folgenden Tages um 13.30 Uhr⁸⁴ ein Kraftfahrzeug. Ein im Anschluss hieran durchgeführter Urintest erwies sich positiv auf Tetrahydrocannabinol. Die Auswertung einer im Anschluss an den Urintest entnommenen Blutprobe erbrachte nach einer im Institut für Rechtsmedizin der Universität Mainz angefertigten Untersuchung eine grenzwertige Reaktion auf Cannabinoide. Der psychoaktive Hauptwirkstoff des Cannabis THC wurde im Serum im Spurenbereich < als 0,5 ng/ml nachgewiesen. Die Konzentration des pharmakologisch inaktiven THC-

⁷² BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03.

⁷³ BayObLG vom 26.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 235; OLG Zweibrücken vom 13.11.2003, Az. 1 Ss 215/03; OLG Zweibrücken vom 03.05.2001, DAR 2002, 135f; AG Nördlingen vom 03.11.2003, Az. (5) OWi 607 Js 102600/03; AG Kandel vom 11.09.2003, Az. 7084 Js 9433/00.

⁷⁴ *Nehm*, Kay 2004: „Auf der Suche nach Drogengrenzwerten“ in Greißinger (Hg.), Arbeitsgemeinschaft Verkehrsrecht des Deutschen Anwaltvereins, Festschrift zum 25-jährigen Bestehen, S. 359ff (364).

⁷⁵ *Kauert*, Gerold, 2002: „Drogenkonsum und Fahruntüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108).

⁷⁶ Vom 13.01.2004, DAR 2004, 413f.

⁷⁷ Vom 11.07.2003, DAR 2003, 480f.

⁷⁸ Vom 21.01.2003, NZV 2003, 252f.

⁷⁹ Vom 26.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 235.

⁸⁰ Darauf geht das BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03 nicht ein.

⁸¹ Vom 11.09.2003, Az. 7084 Js 9433/03.

⁸² § 24a Abs. 2, Abs. 3, 25 StVG.

⁸³ Vom 13.11.2003, Az. 1 Ss 215/03.

⁸⁴ Somit nach Ablauf von 16 Stunden.

Hauptstoffwechselproduktes THC-Carbonsäure im Serum (THC-COOH) betrug 6 ng/ml.

Diese Ausführungen tragen den Schuldspruch einer (fahrlässigen) Ordnungswidrigkeit gem. § 24 a Abs. 2 StVG. Dem steht nicht entgegen, dass Tetrahydrocannabinol vorliegend nur noch im Spurenbereich nachweisbar war. § 24a Abs. 2 StVG erfordert nicht den Nachweis einer bestimmten Menge oder eine Einbuße in der Leistungsfähigkeit des Fahrers, sondern enthält eine „echte Nullwertgrenze“. Bei der Norm handelt es sich wegen der generell abstrakten Gefährlichkeit des Genusses von Drogen der in der Anlage zu der Vorschrift genannten Art um einen abstrakten Gefährdungstatbestand als Vorfeld oder Auffangtatbestand gegenüber der an engere Voraussetzungen geknüpften Strafvorschrift des § 316 StGB.

Zwar trifft es zu, dass das in § 24a Abs. 2 StVG genannte Verbot am Straßenverkehr teilzunehmen sich auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit beziehen soll und Fälle denkbar sind, in denen die Wirkstoffmenge nur (noch) so gering ist, dass eine Auswirkung auf die Leistungsfähigkeit nicht (mehr) messbar ist oder jedenfalls nicht über das hinausgeht, was das Straßenverkehrsrecht als Folgen von Unpässlichkeiten und Irritationen verschiedenster Art (geringfügige Ermüdung, leichte Stimmungsschwankungen, Erkältung usw.) in Kauf nimmt.

Die Grenze, ab der ein Fahrzeugführer „unter der Wirkung“ eines Rauschmittels steht und ab der die notwendige objektive Mindest-Tatschwere beginnt ist aber erreicht, wenn die Blut-Wirkstoff-Konzentration so hoch ist, dass ein zuverlässiger blutanalytischer Nachweis möglich ist. Ein solcher Nachweis ist durch den Sachverständigen, der das Ergebnis der dem Betroffenen entnommenen Blutprobe im Rahmen der Hauptverhandlung referiert hat, geführt.

Die Ausführungen des AG Kandel tragen auch den Vorwurf der Fahrlässigkeit gem. § 24a Abs. 3 StVG. Dieser muss sich zwar auch auf die „Wirkung“ des jeweiligen Rauschmittels beziehen. Insoweit ist aber ausreichend, dass sich die Fahrlässigkeit auf das bezieht, was die „Wirkung“ des Mittels ausmacht. Hingegen ist es nicht erforderlich, dass sich der Betroffene einen „spürbaren“ oder „messbaren“ Wirkungseffekt oder gar eine Minderung der Fahrtüchtigkeit vorstellt bzw. vorstellen könnte. Ebenso wenig ist es notwendig, dass der Betroffene den Vorgang, der die „Wirkung“ ausmacht, physiologisch und biochemisch exakt einordnet bzw. einordnen könnte.

Wenn ein Betroffener daher wissentlich Cannabis zu sich nimmt und danach ein Fahrzeug führt, ist die Annahme, die Droge sei zwischenzeitlich abgebaut und deshalb nicht mehr nachweisbar, als Fehlvorstellung über die Dauer der „Wirkung“ grundsätzlich unerheblich, denn ein Kraftfahrer muss die Unberechenbarkeit von Rauschdrogen ebenso wie atypische Rauschverläufe in Rechnung stellen.

Der Senat des OLG Zweibrücken sieht keinen Anlass, das Verfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen und die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen.

Die in § 24a Abs. 2 StVG normierte „Nullwertgrenze“ ist im Gegensatz zur Auffassung der Rechtsbeschwerde bestimmt. Sie verstößt weder gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit noch gegen den Gleichheitsgrundsatz. Der Gesetzgeber hat sich nach umfangreicher Sachverständigenanhörung an den erreichbaren Materialien und den gegenwärtigen wissenschaftlichen Erkenntnissen orientiert, wonach trotz des großen Gefährdungspotenzials, das Kraftfahrer darstellen, die unter dem Einfluss von Drogen am Straßenverkehr teilnehmen, Grenzwerte für die Annahme einer Fahruntüchtigkeit nicht festgestellt werden können. Das schließt die Befugnis des Gesetzgebers zur Schaffung einer Norm nicht aus, solche Unsicherheiten unterliegen seiner Einschätzungsprärogative.

Auch soweit die Verteidigung den Gleichheitsgrundsatz verletzt sieht, weil die Konsumenten illegaler Rauschmittel bereits ohne Nachweis einer Dosiswirkstoffbeziehung mit Sanktionen belegt werden, während Alkoholkonsumenten erst ab einer Blutalkoholkonzentration von 0,5‰ verfolgt würden, kann ihr der Senat nicht folgen. Die Verteidigung übersieht, dass der Gesetzgeber nicht willkürlich gehandelt hat, wenn er das Verbot des Fahrens unter Alkohol an qualifizierte Grenzwerte und das Verbot des Fahrens unter bestimmten Drogen an eine Nullwertgrenze knüpft. Der Gesetzgeber sieht sich lediglich nicht in der Lage, die bestehende Ahndungslücke anders als durch den Verzicht auf exakte Drogengrenzwerte zu schließen. Der Grund liegt darin, dass bei den einzelnen Drogen im Vergleich zum Alkohol noch keine Quantifizierbarkeit der Dosiswirkungsbeziehung besteht.

Sind aber Rauschmittel, insbesondere Cannabis, unstrittig geeignet, das sichere Führen von Kraftfahrzeugen zu beeinträchtigen und nimmt die Zahl der Entdeckungen von drogenpositiven Kraftfahrern weiter zu, so kann der Gesetzgeber mit einem von ihm als tauglich eingeschätzten Mittel, hier der Nullwertregelung des § 24a Abs. 2 StVG, dieser Gefahr begegnen.

Die insoweit bestehenden Unsicherheiten, die es aus medizinisch-toxikologischer Sicht derzeit nicht zulassen, den Zusammenhang zwischen Drogenkonsum und Fahruntüchtigkeit durch exakte Grenzwerte festzulegen, ändert nichts an der Befugnis des Gesetzgebers, anhand der derzeitigen Erkenntnismöglichkeiten ein Gesetz zu erlassen, das zur wirksamen Bekämpfung der Drogenproblematik im Straßenverkehr beitragen kann.

Die unterschiedliche Behandlung von Alkohol- und Drogenkonsumenten im Straßenverkehr hat somit ihre Ursache lediglich darin, dass der naturwissenschaftliche Erkenntnisstand hinsichtlich der Drogenwirksamkeit beim Konsum von Alkohol wesentlich höher ist als beim Konsum der in der Anlage zu § 24a StVG aufgeführten Rauschmittel. Hieran vermag die seitens der Verteidi-

gung angeführte Untersuchung von Prof. Dr. Hans-Peter Krüger, Interdisziplinäres Zentrum für Verkehrswissenschaften an der Universität Würzburg, der Untersuchungen im Auftrag des BVerfG vorgenommen hat, allein nichts zu ändern.

Die vom AG festgesetzte Geldbuße sowie das einmonatige Fahrverbot sind danach nicht zu beanstanden.“

4.3 Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgericht

Nicht anders verhält es sich auch in dem Ordnungswidrigkeiten-Verfahren vor dem AG Nördlingen.⁸⁵ Auf Grund der Rechtsbeschwerde des Betroffenen führte das BayObLG⁸⁶ dazu aus:

*„Die Nachprüfung des sorgfältig begründeten Urteils auf Grund der zulässigen Rechtsbeschwerde hat keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Betroffenen ergeben.“*⁸⁷

Die angegriffene Entscheidung steht mit der Rechtsprechung des BayObLG in Einklang⁸⁸ und begegnet auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

*Wann, und in welcher Menge, ein Betroffener berauschende Mittel i.S.v. § 24a Abs. 2 StVG zu sich genommen hat, weiß nur der Betroffene selbst; er trägt deshalb auch im vollen Umfang das Risiko, dass beim (späteren) Führen eines Kfz noch berauschende Mittel im Blut nachgewiesen werden können. Es kommt nicht darauf an, dass der Betroffene beim Führen des Kraftfahrzeuges bemerkte, dass er unter THC-Einfluss fährt, denn in diesem Fall wäre die Ordnungswidrigkeit vorsätzlich begangen worden.“*⁸⁹

4.4 Beschluss des BVerfG vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03

Das BVerfG hob das Urteil des AG Kandel auf. Die Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG muss verfassungskonform ausgelegt werden. Nachdem Nachweiszeit und Wirkungsdauer auf das Zentralnervensystem nicht zwingend identisch sind, müsse nach Ansicht des BVerfG nicht nur eine THC-Konzentration vorliegen, die es als möglich erscheinen lässt, dass der Betroffene trotz Beeinträchtigung am Straßenverkehr teilgenommen hat, was erst ab einem THC-Wert von 1,0 ng/ml der Fall sei; andererseits müsse durch das erkennende Strafgericht in Erwägung gezogen werden, ob eine „Wirkung“ nach einem erheblichen Zeitablauf überhaupt noch fortbestan-

den habe. Nur dies werde der Intention des Gesetzgebers gerecht.

5. Einführung eines Grenzwertes

Der Beschluss des BVerfG⁹⁰ lässt zwei Interpretationen zu: Nach Ansicht des Gesetzgebers handelt ordnungswidrig nur, wer „unter der Wirkung“ von Drogen ein Kraftfahrzeug führt. Eine solche Wirkung soll nach Ansicht des Gesetzgebers vorliegen, wenn ein Nachweis der Substanz im Blut geführt werden kann. Bei Schaffung des Gesetzes im Jahr 1996⁹¹ war ein forensisch sicherer Nachweis jedoch nur ab einer Konzentration von mehr als 1,0 ng/ml Tetrahydrocannabinol möglich. Der Gesetzgeber wollte daher nur dann eine Drogenfahrt als Ordnungswidrigkeit gem. § 24a Abs. 2 StVG ahnden, wenn die THC-Plasmakonzentration mehr als 1,0 ng/ml beträgt. Die Grenzwertkommission hatte bei Einführung der Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG sogar vorgeschlagen, den sicheren Nachweis von THC im Blut und damit eine Wirkung i.S.d. Gesetzes erst bei einer Konzentration von 2,0 ng/ml anzusetzen⁹² und auch die SPD-Bundestagsfraktion forderte vor Einführung der Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG den THC-Grenzwert bei 2 ng/ml festzulegen.⁹³ Dies würde bedeuten, dass ab sofort sämtliche Ermittlungsverfahren, bei denen die Betroffenen eine THC-Konzentration unter 1,0 ng/ml aufweisen, eingestellt werden.

Bei nicht defizienter Betrachtung ist jedoch auch folgende Auslegung denkbar: Das BVerfG führte dazu aus, dass es der zwischenzeitliche Fortschritt ermöglicht, dass eine positive THC-Plasmakonzentration selbst dann festgestellt werden kann, wenn von der Möglichkeit einer Beeinträchtigung nicht mehr ausgegangen werden kann. Es muss vielmehr eine Konzentration festgestellt werden, die es als möglich erscheinen lässt, dass der Betroffene ein Kraftfahrzeug führte, obwohl seine Fahrtüchtigkeit eingeschränkt war. Das werde von der Wissenschaft jedoch erst ab einer THC-Plasmakonzentration von 1,0 ng/ml angenommen. Auch für den Bereich alkoholischer Beeinflussung entspricht es gesicherter medizinischer Erkenntnis, dass Alkohol im Blut zwar schon ab 0,03‰ nachweisbar ist, aber erst ab 0,2‰ überhaupt messbar wird und verkehrsrelevante Wirkungen erst ab 0,3‰ in Betracht kommen.⁹⁴

⁸⁵ (Zweigstelle Donauwörth) vom 03.11.2003, Az. (5) OWi 607 Js 103600/03.

⁸⁶ Vom 26.02.2004, JWO-VerkehrSR 2004, 235.

⁸⁷ § 79 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 OWiG, § 349 Abs. 2 StPO i.V.m. § 79 Abs. 3 S. 1 OWiG.

⁸⁸ Das BayObLG hat am 20.01.2003 unter dem Az. 4 StRR 133/02 die Nachweisgrenze noch mit 1 ng/ml angegeben, vgl. NZV 2003, 252f.

⁸⁹ Nicht rechtskräftig: BVerfG, Az. 1 BvR 760/04.

⁹⁰ Vom 21.12.2004, Az. 1 BvR 2652/03.

⁹¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 13/3764 vom 08.02.1996.

⁹² Schmitt, Georg; Herbold, Michael; Aderjan, Rolf 1999: „Berechnung der Nachweis- der Erfassungs und der Bestimmungsgrenze von Tetrahydrocannabinol (THC) in Serum“, BA 1999, 362ff (367).

⁹³ Vgl. SPD-Bundestagsfraktion, Arbeitsgruppe Verkehr 1997: „Änderungsantrag (Entwurf)“ vom 30.09.1997, S. 1 Punkt 2.): „Dies gilt nur, wenn 2,0 ng/ml und mehr eine [sic.] der in Anlage 2 genannten Substanz im Blut nachgewiesen wird“.

⁹⁴ Riemenschneider, Sabine; Paetzold, Harald 1997: „Absolutes Drogenverbot im Straßenverkehr – Zur Reform des § 24a StVG“, DAR 1997, 60ff (63) dort Fußnote 45.

Das BVerfG hat die Entscheidung zurückverwiesen, da das Amtsgericht nach einem Zeitablauf von (angeblich) 16 Stunden und einer festgestellten THC-Plasmakonzentration von 0,5 ng/ml nicht erwogen hatte, ob die „Wirkung“ noch fortbestand. Gleiches betrifft die Entscheidung des Oberlandesgerichts, da dieses ausschließlich darauf abgestellt hatte, dass ein Nachweis im Blut erfolgte.

Die Rechtsprechung muss daher klar zwischen den Begriffen „Einfluss nehmen“ und „Wirken“ trennen. Nur weil eine Substanz „gewirkt“ hat, nahm sie noch lange keinen Einfluss auf die Fahrtüchtigkeit. Wenn Gerichte⁹⁵ daher eine THC-Plasmakonzentration mit „an der Nachweisgrenze“ bzw. mit „als Spur vorhanden“ angeben, so kann das offensichtlich nur das Vorhandensein von THC allgemein heißen.⁹⁶ Das aber von einer noch wirksamen und damit Einfluss nehmenden Konzentration auszugehen ist, und die Betroffenen zum Tatzeitpunkt unter „Einfluss“ von Cannabinoiden gestanden haben, ist nicht bewiesen.

Auch das OVG Niedersachsen⁹⁷ spricht davon, dass der Betroffene unter dem Einfluss von Ecstasy ein Fahrzeug geführt habe, was durch nichts bewiesen wurde. Vielmehr stand der Betroffene nur unter der Wirkung von Ecstasy, wie sich aus § 24a Abs. 2 S. 2 StVG ergibt, da bei diesem Drogenwirkstoffe im Blut festgestellt werden konnten. Geiger⁹⁸ fordert daher zu Recht, dass grundsätzlich die Angabe gemacht werden muss, welche Wirkstoffe bzw. welche Abbauprodukte im Blut analysiert wurden.

5.1 Gibt es „nicht wirkende“ Tetrahydrocannabinol-Konzentrationen?

Eine THC-Konzentration von unter 1,0 ng/ml könnte somit mit einem Stück Würfelzucker verglichen werden, das in einen großen See geworfen wird. Zwar hat der Würfelzucker eine Wirkung i.S.v. § 24a Abs. 2 StGB erzeugt, allerdings hat das Stück Zucker keinen Einfluss auf die Wasserqualität genommen.

Die Polizeibeamten in dem Verfahren vor dem VGH Bayern⁹⁹ stellten allerdings bei einem Betroffenen Auffälligkeiten fest, obwohl dieser „nur“ eine Tetrahydrocannabinol-Konzentration von 1,2 ng/ml im Blut aufwies, die Staatsanwaltschaft München I¹⁰⁰ erhob bei dieser THC-Konzentration im Blutserum sogar Anklage nach § 316 Abs. 1 StGB und die Polizeibeamten in dem

Verfahren vor dem BVerfG¹⁰¹ nahmen einen Drogenschnelltest mit anschließender Anordnung einer Blutentnahme nur deshalb vor, da der Betroffene „körperliche Auffälligkeiten“ aufwies, obwohl seine THC-Konzentration nur 0,5 ng/ml betrug.

Der VGH Bayern¹⁰² führt daher aus, dass bei dem Betroffenen durchaus körperliche oder andere gesundheitliche Besonderheiten vorliegen könnten, die bei diesem auch bei nur geringer THC-Konzentration die Fahrtüchtigkeit infrage stellen können, wenn nicht gar ausschließen. Auch Kauert¹⁰³ führt aus, dass auch bei geringen feststellbaren Drogenkonzentrationen im Blut deutliche Ausfallerscheinungen beobachtet werden könnten; daher könne die Lösung letztlich nur aus einer „Nullwertfestlegung“ bestehen.

Dem BVerfG ist beizupflichten, wenn es ausführt, dass eine Verurteilung nach § 24a Abs. 2 StVG ausschließlich und nur auf Grund einer geringen THC-Konzentration im Blut gegen das Übermaß verstoßen würde. Daher kommt bei sorgfältiger Auslegung des Beschlusses des BVerfG den subjektiven und objektiven Wahrnehmungen der Polizeibeamten bei einer Verkehrskontrolle zu Ausfallerscheinungen, Beeinträchtigungen und einer etwaigen eingeschränkten Fahrtüchtigkeit größte Bedeutung zu.

Der Sachverständige in dem Verfahren LG Berlin¹⁰⁴ stellte jedoch fest, dass eine positive THC-Konzentration von 1,8 ng/ml noch nicht zur Fahruntüchtigkeit führe und die von den Polizeibeamten wahrgenommenen „Auffälligkeiten im Fahrverhalten“ andere Ursachen gehabt haben müssen und nicht rauschbedingt waren. Das Gericht sprach den Betroffenen daher sogar, trotz einer THC-Konzentration von über 1,0 ng/ml, vom Vorwurf der Ordnungswidrigkeit frei. Wenn der Betroffene daher trotz einer Tetrahydrocannabinol-Konzentration von unter 1,0 ng/ml Auffälligkeiten bei einer polizeilichen Verkehrskontrolle zeigt und dennoch einer Verurteilung nach § 24a Abs. 2 StVG entgegen will, könnte er demnach behaupten, dass der Cannabiskonsum schon viele Stunden zurückliege und seine „Auffälligkeiten“ eine andere Ursache gehabt haben müsse.

Der Sachverständige in dem Verfahren vor dem OVG Rheinland-Pfalz¹⁰⁵ stellte allerdings fest, dass eine THC-Konzentration von 2,0 ng/ml bei dem Betroffenen sogar zum Ausschluss der Fahreignung geführt hat und im übrigen bei 50% der Betroffenen mit einer THC-Konzentration von 2,0 ng/ml Beeinträchtigungen festzustellen seien,¹⁰⁶ die Auswirkungen auf die Sicherheit des Straßenverkehrs haben können.

⁹⁵ VG Augsburg vom 03.02.2004, DAR 2004, 287f; VG Regensburg vom 02.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 125.

⁹⁶ so auch VG Regensburg vom 02.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 125.

⁹⁷ Vom 16.06.2003, DAR 2003, 432f.

⁹⁸ Geiger, Harald 2004: „Verwertung von Erkenntnissen über Drogen- und Alkoholauffällige im Ausland durch deutsche Fahrerlaubnisbehörden“, DAR 2004, 184ff (186).

⁹⁹ Vom 24.08.2004, Az. 11 CS 1422/04.

¹⁰⁰ Am 18.11.2004, Az. 462 Js 316697/04.

¹⁰¹ Vom 21.12.2004, DAR 2005, 70ff.

¹⁰² Am 24.08.2004, Az. 11 CS 1422/04.

¹⁰³ Kauert, Gerold 1997: „Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes Drs [sic.] 13/3764 Drogen im Straßenverkehr“ [Masch.schr. vom 20.01.1997, S. 1, S. 6].

¹⁰⁴ Vom 06.11.2002, Az. 569 2Ve Js 2153/00.

¹⁰⁵ Am 13.01.2004, DAR 2004, 413f.

¹⁰⁶ So auch VGH Bayern vom 11.11.2004, Az. 11 CS 2348/04.

Es verwundert daher, dass die Grenzwertkommission bei Einführung der Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG sogar vorgeschlagen hatte, den sicheren Nachweis von THC im Blut und damit eine Wirkung i.S.d. Gesetzes erst bei einer Konzentration von 2,0 ng/ml anzusetzen¹⁰⁷ und die SPD-Bundestagsfraktion vor Einführung der Vorschrift des § 24a Abs. 2 StVG forderte, den THC-Grenzwert bei 2 ng/ml festzulegen.¹⁰⁸

Nach Ansicht von *Kauert*¹⁰⁹ gibt es allerdings keine Hinweise dafür, dass besonders hohe THC-Blutwerte zu einer Steigerung des Unfallrisikos führen. Dies liegt aber nicht etwa daran, weil THC die Verkehrssicherheit und das Fahrverhalten nicht beeinträchtigen könnte, sondern weil es sich oft um Betroffene handelt, die Gewöhnung entwickelt haben.¹¹⁰

Dieses wird auch bei einem Vergleich zahlreicher Gerichtsentscheidungen deutlich. Stellt man den jeweiligen THC-Konzentrationen auch die gemessene THC-Carbonsäure gegenüber und vergleicht diese Werte mit den Polizeiprotokollen, so fällt auf, dass insbesondere Betroffene mit einem hohen Carbonsäuregehalt bei relativ geringer THC-Konzentration keine Fahrauffälligkeiten zeigten, während Betroffene mit geringem THC-COOH-Gehalt und einer THC-Konzentration von unter 2,0 ng/ml oft Beeinträchtigungen aufwiesen. Das führt zu dem Ergebnis, dass Betroffene in ihrer Fahrtüchtigkeit oft eingeschränkt sein können, wenn Sie nur selten Cannabis rauchen, während an Cannabis gewohnte Konsumenten bei gleicher THC-Konzentration weniger oder keine Auffälligkeiten bei der polizeilichen Verkehrskontrolle und im Fahrverhalten zeigen.¹¹¹ Das kann aber nicht im Sinne des Bundesverfassungsgerichts gewesen sein.

Ein verlässlicher Grenzwert, nachdem keine Beeinträch-

¹⁰⁷ Albrecht, Frank 2005: „Fahren unter Drogen nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts“, SVR 2005, 81ff (82); Schmitt, Georg; Herbold, Michael; Aderjan, Rolf 1999: „Berechnung der Nachweis- der Erfassungs- und der Bestimmungsgrenze von Tetrahydrocannabinol (THC) in Serum“, BA 1999, 362ff (367).

¹⁰⁸ Vgl. SPD-Bundestagsfraktion, Arbeitsgruppe Verkehr 1997: „Änderungsantrag (Entwurf)“ [Masch.-schr. vom 30.09.1997, S. 1 Punkt 2.): „Dies gilt nur, wenn 2,0 ng/ml und mehr eine [sic.] der in Anlage 2 genannten Substanz im Blut nachgewiesen wird“.

¹⁰⁹ *Kauert, Gerold* 2002: „Drogenkonsum und Fahrtüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108).

¹¹⁰ VGH Bayern vom 11.11.2004, Az. 11 CS 2348/04, Beschluss S. 5; *Kauert, Gerold* 2002: „Drogenkonsum und Fahrtüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108).

¹¹¹ So auch *Grotenhermen, Franjo* 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 168 u. S. 316; *Kauert, Gerold* 2002: „Drogenkonsum und Fahrtüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108); *Möller, Manfred* 2005: „§ 3 Medikamente und Drogen – verkehrsmedizinisch-toxikologische Gesichtspunkte“, in: *Hettenbach, Michael; Kalus, Volker; Möller, Manfred; Uhle, Axel*: Drogen und Straßenverkehr, Rdn. 134.

tigung für die Verkehrssicherheit vorliegt, kann somit nicht gezogen werden¹¹² und ergibt sich auch nicht aus dem Beschluss des BVerfG.¹¹³ Anders als bei Alkohol sind die Auswirkungen von Cannabis bei den einzelnen Konsumenten höchst unterschiedlich, wobei auch bei an Alkohol gewohnte Konsumenten bedeutend höhere Promillewerte nachgewiesen werden können,¹¹⁴ sich hingegen kaum Beeinträchtigungen zeigen und andererseits eine relative Fahruntüchtigkeit auch schon bei „nur“ 0,3‰ möglich ist.¹¹⁵

Das BayObLG¹¹⁶ gibt in einem Beschluss nur an, dass die festgestellte Tetrahydrocannabinol-Konzentration im Blutserum „unter 2,0 ng/ml lag“, ohne den genauen Wert zu nennen, was offensichtlich daran zu liegen scheint, dass nach einem in einem anderen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts¹¹⁷ zitierten Gutachten¹¹⁸ von *Krüger*¹¹⁹ davon ausgegangen wird, dass eine THC-Konzentration im Blut von unter 2,0 ng/ml keine Risikoerhöhung für den Straßenverkehr bedeutet.¹²⁰

5.2 Analogie zu Blutalkoholkonzentrationen

Aus der Abbildung 4 und Seite 12 des Gutachtens von *Krüger* für das Bundesverfassungsgericht¹²¹ ergibt sich sogar, dass eine THC-Konzentration von 6 ng/ml einer Blutalkoholkonzentration von 0,5‰ entspreche. Das Ergebnis von *Krüger* ist aber in seiner Aussagekraft beschränkt. Der Gutachter führt dazu selbst aus: „Dies liegt zum einen daran, dass die Wirkungsweise von Cannabis eine andere ist als die von Alkohol und von daher solche globalen Aussagen nur als Hinweise zu verstehen sind, zum anderen sind experimentelle Studien i.d.R. so angelegt, dass auch kleinste Effekte nachgewiesen werden können. Ob diese Effekte auch für die Fahrsicherheit relevant sind, muss gesondert geprüft werden.“

Die Aussage von *Krüger* bedeutet daher nicht, dass eine THC-Konzentration von 2,0 ng/ml eine Analogie zu Alkohol-Grenzwerten darstellt¹²² und dem Gutachten von *Krüger* ist daher auch nicht zu entnehmen, dass eine THC-Konzentration unter 2,0 ng/ml „ungefährlich“ oder

¹¹² So auch der Sachverständige in dem Verfahren OVG Rheinland-Pfalz vom 13.01.2004, DAR 2004, 413f.

¹¹³ Vom 21.12.2004, DAR 2005, 70ff.

¹¹⁴ Eine BAK von 3,0‰ kann nur erreichen, wer an hohe Trinkmengen gewohnt ist: VG Neustadt vom 17.01.2005, Az. 4 L 2998/04.

¹¹⁵ *Tröndle/Fischer*, Strafgesetzbuch, 52. Aufl., § 316 StGB, Rdn. 31.

¹¹⁶ Vom 20.01.2003, NZV 2003, 252f.

¹¹⁷ Vom 20.06.2002, DAR 2002, 405ff.

¹¹⁸ *Krüger, Hans-Peter* 2002: „Gutachten zu dem Fragenkatalog 1 BvR 2062/96, 1 BvR 1143/98“ vom 15.08.2001, BA 2002, 336ff (344).

¹¹⁹ Prof. Dr. Hans-Peter Krüger, Universität Würzburg.

¹²⁰ VGH Bayern vom 03.02.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 73; a.M. OVG Rheinland-Pfalz vom 13.01.2004, DAR 2004, 413f.

¹²¹ Vom 20.06.2002, DAR 2002, 405ff.

¹²² So auch *Brinkmann, Bernd* 1997: „Statement zum Thema ‚Drogen im Straßenverkehr‘ der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin“ [Masch.-schr. vom 07.02.1997, S. 4].

gar „völlig unbedenklich“ wäre. Krüger führt lediglich aus, „für Cannabis (THC) ist zumindest für Konzentrationen unter 2,0 ng/ml davon auszugehen, dass keine Risikoerhöhung [scil: für den Straßenverkehr] stattfindet,“¹²³ also dass das Risiko, drogenbedingt einen Verkehrsunfall zu verursachen, deutlich ansteige, wenn die THC-Konzentration einen Wert von 2,0 ng/ml übersteigt.

Berghaus/Schulz/Szegedi¹²⁴ führen aus, dass vorwiegend bei THC-Konzentrationen von 2,0 ng/ml bis 4,0 ng/ml mit Defiziten und Leistungseinbußen im Fahrverhalten zu rechnen ist. Allerdings muss dabei auch untersucht werden, inwieweit solche experimentellen Ergebnisse auf die Realität des Straßenverkehrs übertragbar sind,¹²⁵ da sich der Betroffene im Fahrsimulator mehr konzentriert und solche Ergebnisse beispielsweise nicht berücksichtigen, dass der Betroffene im Straßenverkehr abgelenkt ist.¹²⁶ Eine uneingeschränkte Übertragung solcher experimenteller Ergebnisse auf das Resultat der Realität im Straßenverkehr ist daher nicht möglich.¹²⁷

Vereinzelt wird sogar angenommen, dass selbst eine THC-Konzentration von bis zu 5 ng/ml keinen Einfluss auf die Fahrsicherheit habe.¹²⁸ Kauert¹²⁹ spricht dagegen bei einer Tetrahydrocannabinol-Konzentration von 5,0 ng/ml von absoluter Fahruntüchtigkeit. Berghaus¹³⁰ führt aus, dass bei „normalem“ Cannabiskonsum von durchschnittlich 20 mg THC eine THC-Konzentration im Blutplasma von 4 bis 5 ng/ml einer Blutalkoholkonzentration von 0,5‰ entspricht und eine THC-Konzentration von 8 bis 10 ng/ml mit etwa 0,8‰ verglichen werden könnten. (Erst) bei einer THC-Konzentration von ca. 15 ng/ml läge absolute Fahruntüchtigkeit analog der 1,1‰-Grenze vor. Diese Ansicht vertrat auch der Gutachter in dem Verfahren vor dem OLG Düsseldorf,¹³¹ wobei ihm das Gericht nicht folgte. An anderer Stelle wird von

Berghaus/Krüger/Vollrath¹³² allerdings ausgeführt, dass es die unterschiedlichen Wirkstrukturen von Alkohol und Cannabis verbieten, eine analogisierende Betrachtung beider Substanzen vorzunehmen. Schulz/Vollrath/Klimesch/Szegedi¹³³ führen aus, dass bei THC-Konzentrationen im Bereich von 7,0 ng/ml bis 15 ng/ml wesentliche Leistungseinschränkungen für das Verkehrsverhalten zu erwarten sind, woraus im Umkehrschluss interpretiert werden könnte, dass sogar für Konzentrationen von unter 7,0 ng/ml keine wesentlichen Leistungseinschränkungen zu erwarten wären.

Vollrath/Löbmann/Krüger/Schöch/Widera/Mettke¹³⁴ sprechen sogar davon, dass bei alleinigem Konsum von Cannabis, also kein Mischkonsum und ohne Kombination mit Alkohol, keine bedeutsamen Veränderungen der Fahrsicherheit entstehen würden. Grotenhermen¹³⁵ geht sogar noch einen Schritt weiter und führt aus, dass nur THC-Konzentrationen oberhalb von 20 ng/ml eine Beeinträchtigung für die Fahrsicherheit bedeuten, während Berghaus¹³⁶ in dem gleichen Buch ausführt, dass bei Konzentrationen von 5 ng/ml im Plasma mit fahrrelevanten Leistungseinbußen, ähnlich der 0,5-Promille-Grenze, zu rechnen ist; er diesen Wert allerdings nicht als „Grenzwert“ verstanden wissen will.¹³⁷ Grotenhermen/Karus¹³⁸ sprechen allerdings auch nur von einem „laborchemischen Grenzwert“, führen an anderer Stelle aber dennoch aus, dass unterhalb einer THC-Konzentration von 10 ng/ml im allgemeinen von einer Beeinträchtigung ausgegangen werden kann, die geringer sei als bei einer Blutalkoholkonzentration von 0,5 Promille.¹³⁹

¹²³ Krüger, Hans-Peter 2002 „Gutachten zu dem Fragenkatalog 1 BvR 2062/96, 1 BvR 1143/98“ vom 15.08.2001, BA 2002, 336ff (344).

¹²⁴ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998: „Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr“, S. 87.

¹²⁵ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998: „Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 87.

¹²⁶ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998: „Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 90.

¹²⁷ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998: „Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 91.

¹²⁸ Bundesnetzwerk Drogenpolitik (BND) bei Bündnis 90 / Die Grünen o.D.: „Spannungsfeld Verkehrssicherheit und Drogenkonsum“ [Masch.schr., S. 7].

¹²⁹ Prof. Dr. Dr. Gerold Kauert, Universität Frankfurt/Main.

¹³⁰ Berghaus, Günter 1997: „Kurze Zusammenfassung der Beantwortung der gestellten Fragen“, [Masch.schr. vom 20.01.1997, S. 11].

¹³¹ vom 02.05.1994, NJW 1994, 2428f.

¹³² Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter; Vollrath, Mark 1998: „Beeinträchtigung fahrrelevanter Leistungen nach Rauchen von Cannabis und nach Alkoholkonsum – eine vergleichende Metaanalyse experimenteller Studien“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 111.

¹³³ Schulz, Ernst; Vollrath, Mark; Klimesch, Carola; Szegedi, Anne 1998: „Fahruntüchtigkeit durch Cannabis, Amphetamine und Kokain“, in: Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen (Hg.), Mensch und Sicherheit, Heft M 81, S. 26.

¹³⁴ Vollrath, Mark; Löbmann, Rebecca; Krüger, Hans-Peter; Schöch, Heinz; Widera, Teresia; Mettke, Melanie 2001: „Fahrten unter Drogeneinfluss – Einflussfaktoren und Gefährdungspotenzial“, in: Berichte der Bundesanstalt für Straßenwesen (Hg.), Mensch und Sicherheit, Heft M 132, S. 92.

¹³⁵ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 171.

¹³⁶ Berghaus Günter 2002: „Vergleich der Cannabiswirkungen mit den Alkoholwirkungen auf der Basis der experimentellen Forschung“, in: Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 233.

¹³⁷ Berghaus Günter 2002: „Vergleich der Cannabiswirkungen mit den Alkoholwirkungen auf der Basis der experimentellen Forschung“, in: Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 233.

¹³⁸ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 327.

¹³⁹ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 329.

Ganz anderer Meinung war hingegen der Sachverständige in dem Verfahren vor dem BayObLG,¹⁴⁰ der ausführte, dass eine absolute Fahruntüchtigkeit bereits dann vorläge, wenn eine messbare Menge Tetrahydrocannabinol im Blut nachzuweisen sei, unabhängig von der gemessenen Konzentration. Auch dieser Auffassung konnte durch das Gericht nicht gefolgt werden. Wie bereits ausgeführt, erhob die Staatsanwaltschaft München I¹⁴¹ sogar Anklage nach § 316 Abs. 1 StGB, obwohl sich im Blut des Betroffenen „nur“ eine THC-Konzentration von 1,2 ng/ml¹⁴² nachweisen ließ und der Sachverständige in dem Verfahren vor dem AG München¹⁴³ stellte nach dem Konsum von Cannabis erhebliche Auffälligkeiten fest, die sich unter anderem in der Störung des Gleichgewichtssinns und einer zeitlichen Fehleinschätzung zeigten, obwohl sich im Blut des Betroffenen „nur“ eine THC-Konzentration von 1,1 ng/ml befand.

Die Wissenschaft, Sachverständigen und Gutachter sind sich daher offensichtlich völlig uneinig. Dieses wird auch von Maatz¹⁴⁴ bestätigt, der anlässlich des 33. Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Verkehrsmedizin am 10.03.2005 ausführte, dass es noch immer an gesicherten, in Wissenschaftskreisen einhellig akzeptierten Erkenntnissen über die Dosis-Konzentrations-Wirkungsbeziehungen, welche die Festlegung von Grenzwerten erlauben, fehlt. Er kommt damit zu dem gleichen Ergebnis wie Daldrup/Meininger,¹⁴⁵ wonach es auf Grund der komplizierten Wirkstoffgehalts-Wirkungsbeziehung bei Tetrahydrocannabinol nicht möglich ist, Grenzwerte entsprechend Alkohol für Cannabis zu definieren.

6. Rückrechnung

Gleichzeitig muss jedoch auch bedacht werden, dass die Tetrahydrocannabinol-Konzentration während des Führens eines Kraftfahrzeuges höher gewesen sein muss, als der vom Institut für Rechtsmedizin analysierte Blutwert.¹⁴⁶ Zwar ist eine exakte Rückrechnung, vergleichbar der Widmark'schen Formel bei Alkohol, nicht möglich¹⁴⁷, nach Ansicht des VGH Baden-Württemberg¹⁴⁸ gelte es jedoch wissenschaftlich als gesichert, dass sich Tetrahydrocannabinol nach dem Konsum relativ schnell abbaut und die THC-Konzentration daher entsprechend

schnell sinkt.

*Sticht/Käferstein*¹⁴⁹ führen hingegen aus, dass die maximale Konzentration¹⁵⁰ von THC im Blut oder Serum nach dem Rauchen eines Joints i.d.R. innerhalb der ersten Stunde nach dem Konsum erreicht ist. In der Eliminationsphase wird THC jedoch nur langsam abgebaut und ausgeschieden. Auch *Kauert*¹⁵¹ führt aus, dass eine Rückrechnung nicht realisierbar ist, wenn während der Tatzeit und der Blutentnahme die Eliminationsphase vorherrscht, da die Abfallquote von THC während dieser Zeit kaum ins Gewicht fällt. Auch *Salger*¹⁵² und *Aderjan*¹⁵³ führen aus, dass Rückrechnungen zwischen Tatzeitpunkt und Blutentnahme nicht zuverlässig gelingen.

Es ist ohnehin fraglich, inwieweit den Betroffenen Glauben geschenkt wird, wenn diese beispielsweise angeben, der Konsum von Cannabis wäre „vor drei Tagen“ erfolgt, zumal darunter mathematisch 72 Stunden, umgangssprachlich aber auch nur 26 Stunden¹⁵⁴ verstanden werden könnte. Man darf sicher unterstellen, dass viele Mandanten bei der Polizei eher dazu tendieren, zu behaupten, der Konsum läge schon länger zurück, als dies in Wahrheit der Fall ist. Das muss insbesondere dann gelten, wenn infolge des Cannabiskonsums das Zeitgefühl gestört ist. Dass bei einem Betroffenen eine THC-Konzentration von 0,9 ng/ml nachgewiesen werden könnte, obwohl inzwischen 72 Stunden vergangen waren,¹⁵⁵ klingt zwar ziemlich unglaubwürdig, zumal die im Rahmen von § 81a StPO gemessene Carbonsäure nur 45 ng/ml betrug, so dass nicht davon ausgegangen werden kann, der Betroffene würde regelmäßig Cannabis zu sich nehmen. Vielmehr muss die Einnahme von Haschisch in den letzten 24 Stunden erfolgt sein. Eine verlässliche Berechnung des Konsumzeitpunktes auf Grund der ermittelten THC-Konzentration im Serum ist allerdings unter forensischen Gesichtspunkten nicht zuverlässig.¹⁵⁶

¹⁴⁰ Vom 23.03.1994, NJW 1994, 2427.

¹⁴¹ Am 18.11.2004, Az. 462 Js 316697/04.

¹⁴² Und 11,2 ng/ml THC-COOH.

¹⁴³ Vom 07.10.2004, Az. 933 Ds 484 Js 114478/04.

¹⁴⁴ Maatz, Kurt-Rüdiger 2005: „Grenzwerte absoluter Fahruntüchtigkeit nach Drogenkonsum – aus (Revisions)Richterlicher Sicht –“, in: 33. Kongress der Deutschen Gesellschaft für Verkehrsmedizin, S. 19.

¹⁴⁵ Daldrup, Thomas; Meininger, Irmgard 1998: Begutachtung der Fahruntüchtigkeit unter Cannabis im Strafverfahren“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 192.

¹⁴⁶ VGH Baden-Württemberg vom 15.11.2004, Az. 10 S 2194/04.

¹⁴⁷ So auch Wirth, Klaus; Swoboda, Sabine 2004: „Cannabis im Straßenverkehr (2. Teil)“, zfs 2004, 102ff (102).

¹⁴⁸ vom 15.11.2004, Az. 10 S 2194/04.

¹⁴⁹ Sticht, Guido; Käferstein, Herbert 1998: „Grundbegriffe, Toxikokinetik und Toxikodynamik“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter (Hg.): Cannabis im Straßenverkehr“, S. 10

¹⁵⁰ s. auch die Ausführungen zur Höhe der Tetrahydrocannabinol-Konzentration, Kap. 3, Ziff. 5.5.5.

¹⁵¹ Kauert, Gerold 2002: „Drogenkonsum und Fahruntüchtigkeit aus medizinisch-toxikologischer Sicht“, BA 2002, 102ff (108).

¹⁵² Salger, Hannskarl 1994: Drogeneinnahme und Fahrtüchtigkeit, DAR 1994, 433ff (435).

¹⁵³ Aderjan, Rolf 1997: „Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes [sic.] – Drucksache 13/3764 – (Drogen im Straßenverkehr)“ [Masch.schr. vom 04.02.1997, S. 4].

¹⁵⁴ Sonntag 23:00 Uhr bis Mittwoch 01:00 Uhr.

¹⁵⁵ So die Einlassung des Betroffenen vor dem AG Stollberg am 28.10.2004, Az. 3 OWi 510 Js 30112/04.

¹⁵⁶ Daldrup, Thomas; Meininger, Irmgard 1998: Begutachtung der Fahruntüchtigkeit unter Cannabis im Strafverfahren“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 202.

Grotenhermen/Karus¹⁵⁷ stellten fest, dass bei der inhalativen Aufnahme von 30 mg THC nach ca. 2,5 Stunden eine THC-Konzentration im Plasma von 8-10 ng/ml ermittelt werden kann.¹⁵⁸ Berghaus¹⁵⁹ führt aus, dass eine 70 kg schwere Person nach Ablauf von 2 Stunden nach dem Rauchen von 15 mg THC etwa 5 ng/ml im Blutplasma aufweist. Der Sachverständige in dem Verfahren vor dem VG München¹⁶⁰ führte aus, dass eine THC-Konzentration von 3,52 ng/ml besage, dass der Betroffene innerhalb der letzten vier Stunden Cannabis konsumiert haben müsse, da die THC-Konzentration im Blut nach dem Konsumende sehr hoch sei, diese aber sehr schnell abfalle und nach etwa fünf Stunden nur noch eine THC-Konzentration von ca. 0,5 ng/ml bis 1,0 ng/ml THC ermittelt werden könne.

Grotenhermen/Karus¹⁶¹ führen allerdings aus, dass bei starken Konsumenten nach 5 Stunden auch eine THC-Plasmakonzentration von 5 ng/ml ermittelt werden kann. Nach Ansicht von Madea/Mußhoff/Lachenmeier¹⁶² deutet eine THC-Konzentration von weniger als 1,0 ng/ml darauf hin, dass der Konsum von Cannabis vor mehr als sechs Stunden erfolgt sein müsse. Sticht/Käferstein¹⁶³ haben jedoch berechnet, dass selbst 6 Stunden nach dem Rauchen von 15 mg THC bei einem 70kg schweren Mann noch eine THC-Konzentration im Plasma von 3,0 ng/ml möglich ist. Sticht/Käferstein¹⁶⁴ weisen außerdem darauf hin, dass bei regelmäßigen Cannabiskonsumern der Nachweis einer THC-Konzentration von bis zu 2,0 ng/ml auch noch 12 Stunden nach dem Konsum nicht ausgeschlossen ist und der Sachverständige in dem Verfahren vor dem OVG Rheinland-Pfalz¹⁶⁵ führte aus, dass sogar noch bis zu 24 Stunden nach dem Konsum von Cannabis eine THC-Konzentration von 2,0 ng/ml ermittelt werden könnte. Zu dieser Ansicht kommen auch Grotenhermen/Karus.¹⁶⁶

Untersuchungen haben gezeigt, dass selbst 27 Stunden

nach dem Konsum eines „Joint“ mit einem Wirkstoffgehalt von 3,55 % ein Nachweis von 0,5 ng/ml möglich war¹⁶⁷ und sogar 10 Tage nach dem Konsum von 56 mg Tetrahydrocannabinol konnte noch eine THC-Konzentration von 0,13 ng/ml gemessen werden.¹⁶⁸ Daher sind ohne Kenntnis des konsumierten THC-Wirkstoffgehalts Rückrechnungen nicht möglich. Krüger¹⁶⁹ weist zudem darauf hin, dass auf Grund der Toleranzwirkung eine höhere Konzentration im aktuellen Fall umso wahrscheinlicher, je stärker der generelle Drogenkonsum ist.

Demnach sind allerdings viele Beschlüsse und Urteile nachvollziehbar, in denen beispielsweise ausgeführt wird, dass es nicht, wie von Betroffenen vorgetragen, möglich sei, dass eine festgestellte THC-Konzentration von 3,8 ng/ml auf Grund eines vor 16 Stunden zurückliegenden Cannabiskonsums erreicht worden sein kann und daher als „Schutzbehauptung“, zu werten ist¹⁷⁰ und es ist verständlich, wenn das VG Lüneburg¹⁷¹ ausführt, dass eine THC-Konzentration von 4 ng/ml zweifelsfrei auf „nur wenige Stunden“ zurückliegenden Konsum hindeute. Daldrup/Meininger¹⁷² haben schon im Jahr 1998 auf die erheblichen Widersprüche hingewiesen und ausgeführt, dass sämtliche Berechnungsmethoden nur als „grob“ bezeichnet werden können und insbesondere nicht geeignet sind, für forensische Fragestellungen ausreichend genaue Angaben zu machen. So seien Fälle bekannt, in denen noch nach 24 Stunden über 10 ng/ml THC hätten festgestellt werden können.

7. Ergebnis

Nick¹⁷³ stellt fest, dass wegen der individuellen Reaktion eines jeden einzelnen Körpers ein verbindliches Wirkungsspektrum nicht festgestellt werden kann. Manche Betroffene werden bei sehr geringen Mengen bereits hoch euphorisch, andere verfallen bei gleicher Menge in stärkere Verwirrung und wiederum andere fühlen sich subjektiv überhaupt nicht beeinträchtigt. Gilt diese Feststellung von Nick zwar für Ecstasy, so kann nicht von der Hand zu weisen sein, dass eine analoge Aussage auch für THC zu gelten hat.

Die Wirkung von Cannabis auf den Organismus und die

¹⁵⁷ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 326.

¹⁵⁸ Siehe auch Tabelle 15.3 in: Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 330.

¹⁵⁹ Berghaus Günter 2002: „Vergleich der Cannabiswirkungen mit den Alkoholwirkungen auf der Basis der experimentellen Forschung“, in: Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 229.

¹⁶⁰ Vom 06.12.2002, Az. M 6a K 3406/01.

¹⁶¹ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 331.

¹⁶² Madea, Burkhard; Mußhoff, Frank, Lachenmeier Dirk 2004: „Spezielle Analyten: Cannabinoide“, in: Madea, Burkhard; Mußhoff, Frank (Hg.): Haaranalytik, Technik und Interpretation in Medizin und Recht, S. 180.

¹⁶³ Sticht, Guido; Käferstein, Herbert 1998: „Grundbegriffe, Toxikokinetik und Toxikodynamik“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 9.

¹⁶⁴ Sticht, Guido; Käferstein, Herbert 1998: „Grundbegriffe, Toxikokinetik und Toxikodynamik“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter (Hg.): Cannabis im Straßenverkehr“, S. 10.

¹⁶⁵ Vom 13.01.2004, DAR 2004, 413f.

¹⁶⁶ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 336.

¹⁶⁷ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 336.

¹⁶⁸ Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 336.

¹⁶⁹ Krüger, Hans-Peter 2002: „Gutachten zu dem Fragenkatalog 1 BvR 2062/96, 1 BvR 1143/98“ vom 15.08.2001, BA 2002, 336ff (350).

¹⁷⁰ OVG Thüringen vom 11.05.2004, JWO-VerkehrsR 2004, 244; OVG Niedersachsen vom 11.07.2003, DAR 2003, 480f; VG Lüneburg vom 22.03.2004, DAR 2005, 54f.

¹⁷¹ Vom 22.03.2004, DAR 2005, 54f.

¹⁷² Daldrup, Thomas; Meininger, Irmgard 1998: Begutachtung der Fahruntüchtigkeit unter Cannabis im Strafverfahren“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 199.

¹⁷³ Nick, Thomas 2003: „Anmerkung zum Beschluss des KG vom 07.10.2002, Az. 3 Ws (B) 338/02“, DAR 2003, 82f.

festgestellte THC-Konzentration im Blut ist u.a. von der Applikationsart, der Inhalationstiefe, dem Wirkstoffgehalt, der körperlichen und seelischen Verfassung des Konsumenten und der Menge des aufgenommenen THC abhängig. Dass der Abbau, ähnlich wie bei Alkohol, geschlechtsunterschiedlich ist und von der Statur, dem Körpergewicht und der vorherigen Nahrungs- oder Getränkeaufnahme sowie einer etwaigen Gewöhnung abhängt, liegt auf der Hand. Die Wirkung von Cannabis ist von der der Persönlichkeitsstruktur und psychischen Gestimmtheit (Set¹⁷⁴) sowie der Umgebung (Gruppeneinflüsse), also den sozialen Umgebungsfaktoren (Setting¹⁷⁵) abhängig.¹⁷⁶ Die beim Rauchen von Cannabis aufgenommene THC-Menge hängt schließlich auch von der individuellen Rauchdynamik, also der Rauchzeit oder den Pausen zwischen den Zügen ab.¹⁷⁷

Nach Ansicht von *Brinkmann*¹⁷⁸ werden trotz standardisierter Versuchsbedingungen höchst unterschiedliche Blutspiegel und Abweichungen von bis zu 300% erreicht und bei gleichen THC-Konzentrationen können die Wirkungen höchst unterschiedlich sein.¹⁷⁹ *Kauert*¹⁸⁰ hat bereits im Jahre 1996 ausgeführt, dass sich zwar zwischen Dosis und Blutkonzentration eine mathematische Berechnung vornehmen lässt, das Ausmaß der Wirkung jedoch von vielen unterschiedlichen und individuellen Einflussfaktoren abhängt. Daran hat sich bis heute nichts geändert. Die Rauschfolgen nach Cannabiskonsum sind daher im wahrsten Sinne des Wortes „unberechenbar“.¹⁸¹ Somit kann auch nach einem Zeitablauf von 16 Stunden noch eine Wirkung auf das Zentralnervensystem vorliegen, insbesondere bei Mandanten, die nur selten Cannabis rauchen und eine Wirkung auf das Zentralnervensystem kann auch dann vorliegen, wenn die gemessene THC-Konzentration unter 1,0 ng/ml liegt. Dies widerspricht der normativen Regelung des § 24a Abs. 2 StVG. Dies ergibt sich insbesondere auch aus folgender, vom BVerfG nicht bedachter Überlegung: Eine geringe THC-Konzentration ergibt sich nicht nur nach dem Abbau von THC im Körper und einem entsprechenden Zeitablauf sondern auch dann, wenn der Mandant kurz vor der Fahrt Cannabis in einer sehr geringen Menge geraucht hat. Zur Erzielung einer „Rauschwirkung“ genügen 2 mg THC, was nur zwei bis drei Zügen an einem „Joint“ ent-

spricht.¹⁸² Dann aber liegt, trotz nur geringer Konzentration, u.U. auch eine akute, wenngleich auch nur geringe Wirkung auf das Zentralnervensystem mit entsprechenden Leistungseinbußen und Ausfallerscheinungen vor. Geht man davon aus, dass eine Wirkung i.S.d. Gesetzes tatsächlich erst bei einer THC-Konzentration von 1,0 ng/ml vorliegen würde, müssten Betroffene in derartigen Fällen freigesprochen werden. Dies kann aber nicht im Sinne des Gesetzgebers gewesen sein. Wollte man für die Frage, ob sich der Betroffene einer Ordnungswidrigkeit schuldig gemacht hat ausschließlich auf die abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung abstellen, müssten im übrigen auch all jene Mandanten freigesprochen werden, die auf Grund von Gewöhnung und Toleranzbildung erst bei höheren THC-Konzentrationen Auffälligkeiten zeigen. Die abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung ist aber sowohl nach einem Ablauf von 16 Stunden wie auch bei einer Konzentration von unter 1,0 ng/ml möglich und nicht ausgeschlossen. Auch *Kauert*¹⁸³ führt aus, dass bei geringen feststellbaren Drogenkonzentrationen im Blut deutliche Ausfallerscheinungen beobachtet werden könnten; daher könne die Lösung letztlich nur aus einer „Nullwertfestlegung“ bestehen.

¹⁸² Bei an Cannabis gewohnten Konsumenten können schon 2 mg bis 5 mg THC (Geschwinde, Thomas 2003: „Rauschdrogen, Marktformen und Wirkungsweisen“, Rdn. 117) bzw. 3 mg bis 6 mg THC genügen, um einem Effekt auszulösen. (Grotenhermen, Franjo 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 166 u. S. 305). Dies entspricht etwa 2 bis 3 Zügen an einem „Joint“ mit einem THC-Wirkstoffgehalt von 4%. Möller und Geschwinde führen aus, dass die wirksame Einzeldosis von Tetrahydrocannabinol zwischen 2 mg und 20 mg liegt.

(Möller, Manfred 2005: „§ 3 Medikamente und Drogen – verkehrsmedizinisch-toxikologische Gesichtspunkte“, in: Hettenbach, Michael; Kalus, Volker; Möller, Manfred; Uhle, Axel: Drogen und Straßenverkehr, Rdn. 74; Geschwinde, Thomas 2003: „Rauschdrogen, Marktformen und Wirkungsweisen“, Rdn. 117). Die unterste, einen merkbaren Effekt auslösende THC-Einzeldosis beim Rauchen von Cannabis liegt bei 2 mg. (Berghaus Günter 2002: „Vergleich der Cannabiswirkungen mit den Alkoholwirkungen auf der Basis der experimentellen Forschung“, in: Grotenhermen, Franjo; Karus, Michael (Hrsg.): „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 233; Sticht, Guido; Käferstein, Herbert 1998: „Grundbegriffe, Toxikokinetik und Toxikodynamik“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter (Hg.): Cannabis im Straßenverkehr, S. 2; Grotenhermen, Franjo 2002: „Cannabis, Straßenverkehr und Arbeitswelt“, S. 305).

¹⁸³ *Kauert*, Gerold 1997: „Öffentliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung des Straßenverkehrsgesetzes Drs [sic.] 13/3764 Drogen im Straßenverkehr“ [Masch.-schr. vom 20.01.1997, S. 1 u. S. 6].

¹⁷⁴ Persönlicher Zustand des Betroffenen.

¹⁷⁵ Äußere Umstände die vor oder während des Konsums vorliegen.

¹⁷⁶ BVerfG vom 09.03.1994, NJW 1994, 1577ff (1580).

¹⁷⁷ Berghaus, Günter; Schulz, Ernst; Szegedi, Anne 1998: „Cannabis und Fahrtüchtigkeit; Ergebnisse der experimentellen Forschung“, in: Berghaus, Günter; Krüger, Hans-Peter: Cannabis im Straßenverkehr, S. 94.

¹⁷⁸ Univ.-Prof. Dr. Bernd Brinkmann, Universität Münster, Präsident der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin.

¹⁷⁹ Brinkmann, Bernd 1997: „Statement zum Thema ‚Drogen im Straßenverkehr‘ der Deutschen Gesellschaft für Rechtsmedizin“ [Masch.-schr. vom 07.02.1997].

¹⁸⁰ *Kauert*, Gerold 1996: „Toxikologisch-medizinische Aspekte des Medikamenteneinflusses auf die Fahrtüchtigkeit“, DAR 1996, 447ff (451).

¹⁸¹ Wirth, Klaus; Swoboda, Sabine 2004: „Cannabis im Straßenverkehr (2. Teil)“, zfs 2004, 102ff (102).

Prozessdokumentation

Im Rahmen der Prozessdokumentation zum Falk-Prozess wurden unter anderem folgende Dokumente aufgenommen:

- Schriftsatz der Rechtsanwältin Annette Voges vom 9.3.2005 zum Haftungsrisiko der Verteidiger im Hinblick auf den Adhäsionsantrag (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 10.3.2005)
- Beweisantrag des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Strate vom 11.3.2005 zur sofortigen Vernehmung der anwesenden Anwälte von Clifford Chance (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 11.3.2005)
- Beschlagnahmeantrag des Rechtsanwalt Thomas Bliwier vom 11.3.2005 hinsichtlich der beim Insolvenzverwalter der ISON AG einlagernden Unterlagen und Dateien (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 11.3.2005)
- Beschluß des Landgerichts Hamburg vom 11.3.2005 hierzu (verkündet in der Hauptverhandlung am 11.3.2005)
- Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 11.3.2005 zu den Anträgen der Verteidigung auf Aussetzung der Hauptverhandlung und Aufhebung der Haftbefehle gegen die Angeklagten Falk und R. (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 11.3.2005)
- Beschluß des Hanseatischen Oberlandesgerichts vom 18.3.2005 zur Haftfortdauer bei Alexander Falk (erörtert in der Hauptverhandlung am 30.3.2005)
- Beschluß des Landgerichts Hamburg vom 31.3.2005 zur Ablehnung des Abtrennungsantrages der Verteidigung Falk (verkündet in der Hauptverhandlung am 31.3.2005)
- Stellungnahme der Staatsanwaltschaft Hamburg zu dem Antrag der Verteidigung vom 3.3.2005 (verlesen in der Hauptverhandlung am 15.4.2005)
- Antrag RA Bliwier vom 13.4.2005 betreffend die Zugangsgewährung zum Server der ISON AG (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)
- RA Bliwier Aufforderung zur Bescheidung der Anträge vom 15.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)
- Beweisantrag des RA Bliwier vom 15.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)
- Beweisantrag des RA Bliwier vom 15.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)

Zum Verfahren Darkanzali wurde ein Link auf die unentgeltlich verfügbare aktuelle Rechtsprechungsübersicht zum Europäischen Haftbefehl von Herrn Rechtsanwalt Dr. *Heiko Ahlbrecht* (Düsseldorf) aufgenommen, vgl. <http://www.strafrecht.de/de/euhb/> .

Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Markus D. Dubber, Einführung in das US-amerikanische Strafrecht, C.H. Beck, München, 2005 (Reihe: JuS-Schriftenreihe, Ausländisches Recht: Bd. 173), XVII, 216 S., Kart., ISBN 3-406-53042-7, € 19,80

I. Das US-amerikanische Strafrecht sieht sich seit langem dem Vorwurf ausgesetzt, „theoriefeindlich“ sowie „unsystematisch“ zu sein, und nur wohlwollende Stimmen versuchen diese Vorwürfe durch das Attribut „pragmatisch“

oder den Hinweis auf eine „andere Rechtskultur“ abzuschwächen. *Markus D. Dubber*, Professor an der Buffalo School of Law (State University of New York) und Direktor des dortigen „Buffalo Criminal Law Center“ (<http://wings.buffalo.edu/law/bclc>), muss in seiner „Einführung in das US-amerikanische Strafrecht“ gegen viele Vorurteile kämpfen und – das sei vorweggenommen – entkräftet diese weitgehend. Aber der Reihe nach.

II. Einleitend beschäftigt sich *Dubber* zunächst mit dem Stellenwert des common law im Bereich des Strafrechts

(Teil 1, S. 1 ff.). *Dubber* relativiert hier unter anderem die verbreitete Meinung, dass das US-amerikanische Strafrecht vorwiegend auf Richterrecht beruhe. Von *Dubber* erfahren wir, dass sich der Schwerpunkt der Rechtsproduktion von der Judikative auf Exekutive und Legislative verschoben hat (S. 7 ff.) und dass an die Stelle des strafrechtlichen Richterrechts moderne Strafrechtskodifikationen getreten sind, die ähnlich ihren kontinentaleuropäischen Entsprechungen nahezu alle Gesellschaftsbereiche (straf-)rechtlich erfassen. Sie sind es auch, die das US-amerikanische Strafrecht zu einem schwer fassbaren Arbeitsgegenstand machen (S. 2). Neben dem Strafrecht der 50 Bundesstaaten gibt es ein Strafrecht des Bundes und eine unüberschaubare Fülle an Nebenstrafrecht auf allen administrativen Ebenen (S. 3). Um der Unübersichtlichkeit Herr zu werden, wählt *Dubber* einen eigenen Zugang zum US-amerikanischen Strafrecht, der zugleich der modernste ist: *Dubbers* Buch ist eine Einführung in den sog. „Model Penal Code“ (MPC), einem Musterstrafgesetzbuch (S. 17 ff.), das nach langjährigen Vorarbeiten 1962 von dem privaten American Law Institute veröffentlicht wurde (zur Entstehungsgeschichte siehe *Dubber*, Penal Panopticon: The Idea of a Modern Model Penal Code, in: Buffalo Criminal Law Review, Vol. 4 No. 1 [2000], S. 53-100; zugänglich über <http://wings.buffalo.edu/law/bclcr/bclr.htm>). Der Model Penal Code war Anstoß zu Reformbemühungen in 40 der 50 Bundesstaaten der USA und ist nach dem Ende des common law-Strafrechts zum „gemeinsamen Nenner“ im amerikanischen Strafrecht geworden (S. 16).

Über den Model Penal Code und die beigegebenen Erläuterungen lässt sich das US-amerikanische Strafrecht systematisch und inhaltlich erfassen (siehe hierzu deutsche Übersetzung des MPC von *Richard M. Honig*, Entwurf eines amerikanischen Musterstrafgesetzbuches, Berlin 1965, Reihe: Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung, Bd. 86). Dies gilt im besonderen für den Bereich des Allgemeinen Teils, mit dem der Model Penal Code das „Chaos“ des alten common law ordnet und den Versuch unternimmt, „ein rationales System von Strafrecht“ zu erstellen (S. 19). Grundlage und zugleich Schwerpunkt der Darstellung des Allgemeinen Teils ist ein dreistufiger Verbauchenaufbau (§ 1.02 MPC, vgl. S. 34 ff.), bestehend aus „Handlung und Tatbestandsmäßigkeit“ (Teil 2, S. 42 ff.), „Rechtfertigung“ (Teil 3, S. 139 ff.) und „Entschuldigung“ (Teil 4, S. 178 ff.). Der dreistufige Aufbau ist dem deutschen Leser aus Lehrbüchern vertraut und bietet diesem an vielen Stellen Gelegenheit zu rechtsvergleichenden Studien. *Markus Dubber* selbst beschränkt sich freilich nicht auf das amerikanische Strafrecht, sondern bereichert seine Darstellung mit Bezügen zum deutschen Strafrechtssystem. Ein gutes Beispiel ist die Lehre vom Notstand (S. 144 ff.), die zusammen mit der Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld ein Dauerbrenner im amerikanisch-deutschen Strafrechtsdialog ist (Siehe hierzu nur den Sammelband von *Eser/Fletcher* [Hrsg.], Rechtfertigung und Entschuldigung, Rechtsvergleichende Perspektiven, Bd. I, 1987). So heißt es etwa im Lehrbuch von *Jescheck/Weigend* in bezug auf den berühmten Mignonette-Fall von 1884 (Fall *Dudley & Stephens*: Drei

schiffbrüchige Seeleuten töten einen vierten, verzehren ihn und überleben dadurch): „Ohne die Gliederung des Verbrechensbegriffs in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld und die weitere Differenzierung dieser Merkmale durch Unterscheidungen wie rechtfertigender und entschuldigender Notstand bleibt die Lösung dieses Falles unsicher und von Gefühlserwägungen abhängig.“ (*Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl. 1988, § 21 I 2) Ohne in die Tiefen der dogmatischen Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld einzugehen, bemüht sich *Dubber* doch um ein differenzierteres Bild der Lage. So kennt der Model Penal Code zwei Erscheinungsformen von Notstand: zum einen den rechtfertigenden Notstand (*choice of evils, necessity*, § 3.02 MPC, S. 144 ff.) nach dem Prinzip der Zweck-Mittel-Abwägung; zum anderen eine Art Nötigungsnotstand (*duress, Nötigung*, § 2.09 MPC, S. 180 ff.) für von anderen Personen ausgehende Zwänge, der zu einem Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit auf Ebene der Schuld führt. Einen im engeren Sinne entschuldigenden Notstand dagegen gibt es nicht. Aus diesem Grund ist der Fall der drei Schiffbrüchigen, die einen vierten opfern, um selbst zu überleben, weder über rechtfertigenden Notstand (da im Verhältnis von Leben gegen Leben kein Überwiegen feststellbar, S. 148) noch über Nötigung (da keine Nötigung durch eine andere Person, S. 182 f.) zu lösen. Dass dieser Fall nach deutschem Recht über entschuldigenden Notstand nach § 35 StGB zu lösen gewesen wäre, ist aber sicher kein Beweis für die Überlegenheit der deutschen und die Unterkomplexität der nordamerikanischen Strafrechtsdogmatik.

Der Model Penal Code ist sicherlich ein großer Schritt zu einer Verwissenschaftlichung des US-amerikanischen Strafrechts (ein weiterer Vorreiter dieser Entwicklung ist *George P. Fletcher*, vor allem durch seinen Klassiker „Rethinking Criminal Law“, Boston: Little, Brown, 1978). Die Vorstellungen eines „theoriefeindlichen“ und „systemfreien“ Strafrechts gehen am modernen Strafrecht Nordamerikas im wesentlichen vorbei. Trotz der Annäherungen darf allerdings nicht übersehen werden, dass der Model Penal Code trotz oder gerade wegen seines „Pragmatismus in Grundsätzen“ (S. 19) innerhalb der amerikanischen Rechtstradition steht und sich von anderen modernen, vor allem kontinentaleuropäischen Strafrechtskodifikationen in mancher Hinsicht unterscheidet. Auffällig ist vor allem die ungewöhnliche Dichte an Legaldefinitionen von wichtigen Rechtsbegriffen wie etwa Handlung (§ 2.01 MPC, vgl. S. 42 ff.), Vorsatz (§ 2.02 MPC, S. 61 ff.), Kausalität (§ 2.03 MPC, S. 107 ff.), interessanterweise aber auch für die Ziele staatlichen Strafens (§ 1.02 MPC, S. 31 ff.). Dieser Detailreichtum erklärt sich aus der Zielsetzung des Codes, den Richtern so wenig wie möglich Freiraum zur Entwicklung von richterrechtlichen Strafnormen („common law crimes“, verboten nach § 1.05 (1) MPC) zu geben (S. 18).

III. Fazit: *Markus D. Dubber* hat eine gut lesbare und anspruchsvolle „Einführung in das US-amerikanische Strafrecht“ geschrieben. Hervorzuheben ist an dieser

Stelle der großzügig bestellte Registerapparat, der das Buch um ein Stichwort- und Paragraphenverzeichnis, aber auch durch ein strafrechtliches Prüfungsschema bereichert. Es steht außer Zweifel, dass das Buch von *Dubber* einen wichtigen Beitrag zur wissenschaftlichen „Ehrenrettung“ des modernen US-amerikanischen Strafrechts leistet.

Wiss. Mit. **Sascha Ziemann**, Univ. Frankfurt am Main

Maya Thumm: Strafbarkeit des Anbietens von Internetglücksspielen gemäß § 284 StGB, Verlag Dr. Kovac, Hamburg 2004, 137 Seiten, broschiert, ISBN 3-8300-1554-2, 68 Euro.

Bezogen auf die Auslegung und Anwendung der §§ 284 ff. StGB ist in den letzten Jahren vor allem um die Frage gestritten worden, ob sog. Sportwetten mit festen Gewinnquoten (Oddset-Wette) als Glücksspiele im Sinne des § 284 StGB einzuordnen sind. Mit der die Anwendbarkeit des § 284 StGB zutreffend befürwortenden Entscheidung des BGH (JZ 2003, 858 m. Anm. *Wohlers* und Anm. *Lesch* JR 2003, 344) ist die diesbezügliche Diskussion nun zwar zu einem vorläufigen Abschluss gekommen; sie dürfte aber angesichts der durch die divergierenden nationalen Bewilligungspraxen sowie der zuletzt durch die Gambelli-Entscheidung des EuGH (NJW 2004, 139 ff.) aufgeworfenen grundlegenden Legitimationsprobleme auch weiterhin für Diskussionsstoff sorgen (vgl. hierzu auch bereits BVerwG NJW 2001, 2648, 2650 sowie – jeweils unter Bezugnahme auf EuGH NJW 2004, 139, aber mit gegensätzlichen Schlussfolgerungen – BayObLG NStZ 2004, 445 f.; *Ohlmann* WRP 2005, 48, 60 ff. einerseits und LG Hamburg NStZ-RR 2005, 44 andererseits).

Besondere Probleme ergeben sich dann, wenn Glücksspiele über das Internet angeboten werden: Jedenfalls dann, wenn das Glücksspiel vom Ausland aus und über ausländische Server angeboten wird, fehlt es an einem Handeln im Inland, mit der Folge dass die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts davon abhängig ist, ob man einen Erfolgsort im Inland begründen oder sich mit der Intention des Täters begnügen kann, Spiele im Inland zu einer Teilnahme zu veranlassen (vgl. hierzu z.B. NK-*Wohlers*, 8. Lfg. [Stand: 30.8.2000], § 284 Rn 42; *Wohlers* JZ 2003, 860, 862, jeweils m.w.N.). Ziel der von *Samson* betreuten und im Oktober 2002 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel als Dissertation angenommenen Untersuchung ist es, die Frage zu klären, „ob sich die Anbieter von online-casinos durch ihre Tätigkeit nach deutschem Recht gem. § 284 strafbar machen“ (S. 12).

Die Abhandlung ist im Wesentlichen in zwei Abschnitte geteilt: Zunächst wird ein Einblick in die Entstehungsgeschichte, Struktur und Funktionsweise des Internets gegeben (S. 11-34). Im Anschluss daran wird dann die

Subsumierbarkeit des Anbietens von Internetglücksspielen unter § 284 StGB geprüft (S. 34-125), wobei hier der Schwerpunkt auf einer Auseinandersetzung mit den Tathandlungsalternativen des § 284 StGB liegt (S. 40 ff.).

Bevor auf den Inhalt der Abhandlung eingegangen wird, lassen sich einige kritische Anmerkungen zur formalen Seite nicht vermeiden: Die eigentliche Abhandlung umfasst netto 114 Seiten, wobei – bedingt durch die gewählte Schriftart sowie dadurch, dass in weiten Teilen der Arbeit jeder Satz zu einem eigenständigen Absatz gemacht wurde – nicht allzu viel Text pro Seite vorhanden ist. Festzustellen bleibt weiterhin, dass die Seitenangaben im Inhaltsverzeichnis nicht stimmen und sich im Literaturverzeichnis einige Werke an eher ungewohnten Stellen finden – der „Tröndle/Fischer“ findet sich unter Fischer und der „Lackner/Kühl“ unter Kühl, während z. B. der „Schönke/Schröder“ wie gewohnt eingeordnet wird. In dieses Bild fügt es sich dann ein, dass auch Orthografie und Grammatik nicht an allen Stellen über jeden Zweifel erhaben sind.

In inhaltlicher Hinsicht kommt *Thumm* zu dem Ergebnis, dass das Betreiben eines online-casinos nicht nach § 284 StGB strafbar ist. Zwar verwirkliche der Anbieter von Internetglücksspielen durch sein Verhalten die Tathandlungsalternativen des Veranstaltens – abhängig von der technischen Ausgestaltung entweder in unmittelbarer oder in mittelbarer Täterschaft (S. 45-80) –, des Haltens von Glücksspielen (S. 81) und des Bereitstellens von Einrichtungen für Glücksspiele (S. 81-91), es fehle aber an der Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts (S. 80, 81, 91). Etwas überraschend ist nun, dass dieser Standpunkt auf etwas mehr als einer Seite „begründet“ wird. Im Rahmen dieser Ausführungen findet sich dann nur eine einzige Fundstelle, mit der im Übrigen die Aussage belegt wird, „dass die Internetseiten von online-casinos sehr häufig auf Servern abgelegt sind, die sich in der Karibik befinden. Ein beliebter Standort ist z.B. Antigua.“ Die Nichtanwendbarkeit des deutschen Strafrechts leitet *Thumm* aus der Erwägung ab, dass es an einem Handeln im Inland fehlt und – jedenfalls in den Fällen, in denen sich der Server im Ausland befindet – auch ein Erfolgsort im Inland nicht vorhanden sei. Eine Auseinandersetzung mit abweichenden Stimmen findet nicht statt, der entsprechende Meinungsstand wird weder referiert noch auch nur erwähnt.

Im Rahmen der nachfolgenden Auseinandersetzung mit der Tathandlungsalternative des Werbens für ein Glücksspiel (§ 284 Abs. 4 StGB) findet dann zwar doch eine Auseinandersetzung wenigstens mit den Ansätzen von *Sieber* und *Cornils* statt, doch auch hier nicht direkt bezogen auf die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts, sondern im Hinblick auf die Frage, ob abstrakte Gefährdungsdelikte einen tatbestandlichen Erfolg aufweisen oder nicht (S. 104 ff.). *Thumm* vertritt insoweit die Auffassung, abstrakte Gefährdungsdelikte würden „in der Regel einen formal tatbestandlichen Erfolg erfordern“ (S. 113). Bezogen auf § 284 Abs. 4 StGB sei allerdings unabhängig davon, ob man den tatbestandlichen Außen Erfolg im tatsächlichen Zugang beim Benutzer sehe oder

aber schon das bloße Zugänglichmachen auf einem Server ausreichen lasse, die Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts nicht gegeben, wenn sich der Server nicht in Deutschland, sondern im Ausland befinde (S. 120 ff.).

Die Abhandlung bietet einige durchaus interessante Ansätze für die Auslegung der Tathandlungsalternativen des § 284 StGB, die aber für das Ergebnis der vorliegenden Untersuchung selbst keinen tragenden Gehalt haben. Die insoweit im Vordergrund stehende These – die Unanwendbarkeit des deutschen Strafrechts bei Glücksspielen, die vom Ausland aus über im Ausland belegene Server angeboten werden – wird ohne Auseinandersetzung mit dem abweichenden einschlägigen Schrifttum schlicht aus dem Gesetz deduziert. Den Anforderungen, die an eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dieser Frage zu stellen sind, kann dies nicht genügen.

Prof. Dr. **Wolfgang Wohlers**, Zürich.

Renée M. Watkins-Bienz: **Die Hart-Dworkin Debatte. Ein Beitrag zu den internationalen Kontroversen der Gegenwart** (Schriften zur Rechtstheorie, Heft 220), Verlag Duncker & Humblot, Berlin 2004, 213 S., br., 56,00 EUR.

In einer Arbeit aus dem Jahre 1970 nannte Jeffrie K. Murphy H.L.A. Harts „Concept of Law“ (1961) „probably the best book in legal philosophy ever written“. Zu diesem Zeitpunkt war Harts Werk allerdings schon zum Gegenstand heftiger Angriffe geworden. Drei Jahre zuvor hatte ein junger Yale-Professor namens Ronald Dworkin einen vielbeachteten Aufsatz veröffentlicht, in dem er am Beispiel des „Concept of Law“ das rechtspositivistische „Model of Rules“ einer Fundamentalkritik unterzog. In den folgenden Jahrzehnten bekräftigte und vertiefte Dworkin seine Einwände in einer Reihe weiterer Abhandlungen, die er in den Bänden „Taking Rights Seriously“ (1977) und „A Matter of Principle“ (1985) versammelte. Eine Gesamtdarstellung seiner eigenen Konzeption legte er 1986 in dem Buch „Law’s Empire“ vor. Nach dem Tod von Hart und John Rawls gilt Dworkin (geb. 1931) gegenwärtig als der wohl einflussreichste anglo-amerikanische Rechtsphilosoph. In der rechtstheoretischen und rechtsphilosophischen Diskussion im deutschsprachigen Raum sind sowohl Hart (vor allem dank der Pionierarbeit von Norbert Hoerster) als auch Dworkin, dessen Prinzipientheorie des Rechts von Robert Alexy in zahlreichen Veröffentlichungen aufgegriffen worden ist, intensiv präsent. Daß dieses hohe Ansehen zumindest im Falle Dworkins auf einer Überschätzung beruht, ist das mutige, aber durchaus überzeugende Fazit der von Walter Ott betreuten Züricher Dissertation von Renée M. Watkins-Bienz.

Dworkins zentrale These ist hermeneutischer Natur. Das Recht bedürfe notwendig der kreativen oder, wie er selbst sagt: der konstruktiven Deutung durch den einzelnen Interpreten. Diese konstruktive Interpretation ver-

folgt nach Dworkin einen rechtfertigenden Zweck, der darin besteht, ein gegebenes Rechtssystem und seine Institutionen unter Berücksichtigung der moralischen und politischen Wertordnung der jeweiligen Gemeinschaft im besten Licht zu präsentieren. All jene Gesichtspunkte, die zur interpretatorischen Erschließung und Rechtfertigung des vorgegebenen Rechtsmaterials herangezogen werden können und in dessen bestmögliche Gesamtinterpretation integrierbar sind, stellen nach Dworkin spezifisch rechtliche Argumente dar. Da sich in dieser Lesart das Recht als lückenloses System präsentiert, entfällt Dworkin zufolge der Freiraum richterlichen Ermessens. Auch in schwierigen Fällen halte das Recht die eine richtige Antwort bereit.

Bereits nach Dworkins eigener Darstellung verlangt die Herstellung umfassender Kohärenz innerhalb des Rechtssystems herkulische Kräfte. Nur ein fiktiver Richter („Herkules“) könne dieser Aufgabe gerecht werden. Wie sinnvoll aber – so fragt Watkins-Bienz zu Recht – „ist eine Doktrin, deren praktische Umsetzung göttliche Kräfte voraussetzt?“ In pluralistischen Gesellschaften ist Dworkins Forderung nach umfassender Kohärenz zudem von vornherein unrealistisch. „Politische Programme, die beispielsweise Umweltschutz und wirtschaftliches Wachstum zur Sicherung eines hohen Beschäftigungsgrades, Vertragsfreiheit und Konsumentenschutz oder Mieterschutz, soziale Erwägungen wie Mindestlöhne und Handelsfreiheit usw. betreffen, konkurrieren miteinander nicht nur auf einer philosophisch abstrakten Ebene, sondern häufig auch auf der Ebene einzelner Gesetze, die mit einander widersprechenden Zielen zur Befriedigung einer bestimmten politischen und marktwirtschaftlichen Situation geschaffen worden sind.“ Die Fiktion der Kohärenz eines entwickelten Rechtssystems ist in Watkins-Bienz’ Worten daher „eine untaugliche Leitplanke für den Richter“. Diesem bleibt in schwierigen Fällen die Aufgabe nicht erspart, „eine vom Gesichtspunkt der Konsistenz und Integrität mehr oder weniger unabhängige und vorläufige Vorstellung von Gerechtigkeit vorzusetzen, anhand deren divergierende Interpretationsziele gegeneinander abzuwägen sind“. Indem Dworkin diesen Befund wegdefiniert, erreicht er, wie Watkins-Bienz zu Recht hervorhebt, im praktischen Ergebnis das genaue Gegenteil dessen, was er in der Theorie für richtig hält. Er erweitert den subjektiven Spielraum des einzelnen Entscheiders, „und gegen diesen erweiterten Subjektivismus ist weder die These der objektiv richtigen und einzig wahren Antwort noch das Kohärenzgebot ein adäquates Heilmittel“. Das mit dem positivistischen Ermessen begründete Risiko einer Gefährdung der Individualrechte wird infolge der verstärkten Moralisierung und Politisierung der Rechtsprechung faktisch nicht etwa vermindert, sondern vielmehr erhöht.

Deutlich besser kommt bei Watkins-Bienz die Rechtstheorie H.L.A. Harts davon. Während Dworkin von der Frage ausgeht, weshalb Recht befolgt werden *soll*, versucht Hart, Recht als normatives System empirisch zu begründen, indem er die Frage beantwortet: „Weshalb *wird* Recht befolgt?“ Hart stellt das Recht in die Mitte zwischen solchen Anordnungen, die ohne die mit ihnen

verbundene Gewaltandrohung von den Adressaten nicht befolgt werden würden, und Anordnungen ohne Gewaltandrohung, die freiwillig befolgt werden. Er macht geltend, daß das Recht auf das Element des Zwanges zwar nicht verzichten kann, daß aber für die Aufrechterhaltung eines Rechtssystems ein gewisses Maß an freiwilliger Befolgung ebensowenig entbehrlich ist. Der Klärung des Zusammenhangs von Pflichtbegründung und freiwilliger Regelbefolgung dient die Regeltheorie Harts, insbesondere seine Unterscheidung zwischen dem internen und dem externen Aspekt von Regeln. Zu Recht moniert Watkins-Bienz die Ambivalenz in Harts Verwendung dieses Begriffspaars. Zum einen bezieht Hart sich mit ihm auf das Verhalten einer Gemeinschaft. In bezug auf Regeln lege diese eine normativ-interne Einstellung an den Tag, die sich insbesondere in der Mißbilligung abweichenden Verhaltens äußere. Im Hinblick auf bloße Gewohnheiten fehle es dagegen an derartigen Reaktionen. Zum anderen wendet Hart das Begriffspaar „intern-extern“ auf die Motivation des einzelnen Rechtsgenossen zur Befolgung von Regeln an. „Intern“ bedeutet hier, die Regel aus einer Haltung der Akzeptanz heraus zu befolgen, „extern“ heißt, sich aus Furcht vor Sanktionen an sie zu halten. Es ist ersichtlich, daß es in beiden Fällen um ganz unterschiedliche Problemstellungen geht. Im erstgenannten Zusammenhang bezieht die von Hart eingeführte Unterscheidung sich auf verschiedene Arten von Sprechakten, im zweitgenannten Kontext dient sie dagegen als Element innerhalb einer (krypto-

)soziologischen Wirksamkeitsanalyse.

Watkins-Bienz scheint die Reichweite dieses Befundes allerdings zu unterschätzen. Der zentrale methodische Anspruch Harts besteht darin, „analytische Jurisprudenz“ und „deskriptive Soziologie“ miteinander zu einem einheitlichen Ganzen zu verbinden. Die Doppeldeutigkeiten innerhalb seiner Regeltheorie – Gleiches gilt übrigens für die von Watkins-Bienz allzu unkritisch rezipierte Abgrenzung von Primär- und Sekundärregeln – belegen das Scheitern dieses Projekts. Es zeigt sich nämlich, daß Hart statt einer einheitlichen, analytisch und soziologisch brauchbaren Theorie in Wahrheit zwei voneinander unabhängige Theoriefragmente entwickelt hat. Der sprachanalytische und der rechtssoziologische Gedankenstrang stehen bei ihm letztlich unverbunden nebeneinander.

Die fehlende Radikalität ihrer Kritik ändert aber nichts daran, daß Watkins-Bienz ein gutes Buch geschrieben hat, das eine Darstellungslücke im deutschsprachigen Schrifttum in überzeugender Weise ausfüllt. Daß von Amerika lernen nicht in allen Fällen siegen lernen heißt, ist eine Botschaft, der man in der gegenwärtigen Diskussion über die Schwächen des deutschen Universitätssystems und die vermeintlichen Heilmittel aus der Neuen Welt breites Gehör wünschen möchte.

Professor Dr. **Michael Pawlik** (LLM Cantab.), Universität Regensburg

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.

215. BGH 2 StR 13/05 - Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Aachen)

Fortwirkung der Beistandsbestellung in der Revisionsinstanz.

§ 397a Abs. 1 StPO

216. BGH 2 StR 16/05 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Gera)

Beschwer; rechtlicher Hinweis.

vor § 296 StPO; § 265 StPO

217. BGH 2 StR 31/05 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Hanau)

Revision der Nebenklage (Beschwer; Angabe eines zulässigen Ziels des Rechtsmittels).

§ 400 StPO

218. BGH 2 StR 314/04 - Beschluss vom 28. Januar 2005 (LG Frankfurt)

Zulässigkeit der Revision der Nebenklage (Beschwer; zulässiges Ziel; zum Anschluss berechtigte Norm).

§ 400 StPO

Wenn ein Rechtsmittel des Nebenklägers nicht angibt, dass eine Rechtsnorm, deren Verletzung zum Anschluss als Nebenkläger berechtigen würde, nicht oder nicht richtig angewandt worden sei, so ist es unzulässig.

219. BGH 2 StR 320/04 - Beschluss vom 15. März 2005 (LG Frankfurt)

Milderes Recht (Tatzeitrecht; neues Recht; Unrechtskontinuität); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Gesamtbetrachtung; Schwere des Tatvorwurfs; Schwierigkeit des Verfahrens; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); redaktioneller Hinweis.

§ 180 b StGB a.F.; § 232 Abs. 1 StGB n.F.; § 2 Abs. 3 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK

220. BGH 2 StR 51/05 - Beschluss vom 23. März 2005

Fortwirkung der Beistandsbestellung in der Revisionsinstanz.

§ 397a StPO

221. BGH 2 StR 354/04 - Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Frankfurt)

Revision der Nebenklage (Beschwer; Angabe eines zulässigen Ziels des Rechtsmittels).
§ 400 StPO

222. BGH 2 StR 379/04 - Beschluss vom 4. Februar 2005 (LG Koblenz)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Strafaussetzung zur Bewährung.
§ 154 Abs. 2 StPO; § 268a StPO

223. BGH 2 StR 410/04 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit (Gesamtwürdigung der in Betracht kommenden Eingangsmerkmale).
§ 21 StGB

224. BGH 2 StR 418/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005

Gegenvorstellung gegen Verwerfungsbeschluss; nachträgliche Begründung eines Verwerfungsbeschlusses; rechtliches Gehör im Revisionsrechtszug (Berücksichtigung des Verteidigungsvorbringens); Urteilsgründe (Sachverhaltsschilderung; Wiedergabe des Vorbringens des Angeklagten).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO

225. BGH 2 StR 421/04 - Beschluss vom 9. Februar 2005 (LG Koblenz)

Gesetzlicher Richter; Verfahrensrüge (Besetzungsrüge); Hauptschöffen; Hilfsschöffen; Sitzungstag (ordentlicher, außerordentlicher); absoluter Revisionsgrund.
Art. 101 Abs. 1 GG; § 222b StPO; § 338 Nr. 1 lit. b StPO; § 47 GVG

226. BGH 2 StR 446/04 - Beschluss vom 14. Februar 2005 (LG Wiesbaden)

Gegenvorstellung gegen Verwerfung der Revision; Anhöhrungsrüge.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

227. BGH 2 StR 456/04 - Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Köln)

Widerstandsunfähigkeit (geistige Behinderung; Überzeugungsbildung; Begründung).
§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO

228. BGH 2 StR 460/04 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Trier)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

229. BGH 2 StR 484/04 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Köln)

Beschleunigungsgrundsatz (Haftsache; Untersuchungshaft; Vorabentscheidung im Revisionsverfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifische Gefährlichkeit).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 349 Abs. 2 StPO; § 69 Abs. 1 StGB

230. BGH 2 StR 507/04 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Wiesbaden)

Konkursverschleppung (Überzeugungsbildung; Urteilsgründe; Überschuldungsstatus); Untreue (Treueverhältnis); Doppelverwertungsverbot (besonderes persönliches Merkmal; Täterschaft; Beihilfe; Strafmilderung).
§ 283 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 4 StPO; § 28 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

231. BGH 2 StR 509/04 - Beschluss vom 4. Februar 2005 (LG Trier)

Beschwer (Widerspruch zwischen Urteilsformel und Urteilsgründen; Maßgeblichkeit der Urteilsformel).
vor § 296 StPO

232. BGH 2 StR 512/04 - Beschluss vom 14. Januar 2005 (LG Gießen)

Zuständigkeit zur Verwerfung der Revision als unzulässig.
§ 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

233. BGH 2 StR 513/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Gera)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Beruhen).
§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

234. BGH 2 StR 516/04 - Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Aachen)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Sichverschaffen; Gebrauchmachen); Betrug; Urkundenfälschung; Konkurrenzen (Tateinheit; Tatmehrheit; Spezialität).
§ 152 a Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 152 b Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

235. BGH 2 StR 522/04 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet (Rechtsverletzung; Beschwer); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Anrechnung einer Unterbringung).
§ 337 StPO; § 55 StGB

236. BGH 2 StR 536/04 - Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Aachen)

Tatmehrheit (Besitz mehrerer Teilmengen von Betäubungsmitteln).
§ 53 StGB; § 29 BtMG

237. BGH 2 StR 551/04 - Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Koblenz)

Doppelverwertungsverbot (besondere kriminelle Energie; notwendige Handlungen).
§ 46 Abs. 3 StGB

238. BGH 2 ARs 61/05 / 2 AR 42/05 - Beschluss vom 11. März 2005 (OLG Frankfurt/Main)

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung eines OLG.
§ 304 Abs. 4 StPO

239. BGH 2 ARs 386/04 2 AR 250/04 - Beschluss vom 4. März 2005

Verfahrensverbindung (Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts; Einverständnis der Staatsanwaltschaften).

§ 13 Abs. 2 StPO

240. BGH 2 ARs 420/04 / 2 AR 271/04 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (OLG Jena)

Unzulässige Beschwerde gegen Beschluss eines OLG.

§ 119 Abs. 5 StVollzG; § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 121 Abs. 2 GVG

241. BGH 2 ARs 432/04 2 AR 285/04 - Beschluss vom 9. Februar 2005 (OLG Hamm)

Unzulässige Beschwerde gegen Beschluss eines OLG.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

242. BGH 2 ARs 433/04 / 2 AR 263/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005

Zuständigkeitsbestimmung (Zuständigkeit; Bewährungsaufsicht); gemeinschaftliches oberes Gericht.

§ 36 BtMG; § 462a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 14 StPO

243. BGH 2 ARs 451/04 / 2 AR 7/05 - Beschluss vom 10. März 2005

Nachholung rechtlichen Gehörs (unanfechtbare Entscheidung; Zuständigkeit).

§ 33a StPO

244. BGH 3 StR 11/05 - Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Duisburg)

Bestimmung des Anrechnungsmaßstabes für Auslieferungshaft durch das Revisionsgericht (Niederlande); Aufklärungsrüge (Beruhen; Geständnis).

§ 354 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

245. BGH 3 StR 12/05 - Beschluss vom 10. Februar 2005 (LG Kleve)

Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts; Aufhebung einer fehlerhaften Verwerfung der Revision als unzulässig durch den Tatrichter (Beschwer; Kosten).

§ 346 StPO

246. BGH 3 StR 15/05 - Beschluss vom 10. Februar 2005 (LG Hannover)

Tateinheit bei Vergewaltigung (fortwirkende nötigende Gewalt: Einsperren); Strafzumessung (identischer Unrechts- und Schuldgehalt bei Änderung des Konkurrenzverhältnisses).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 354 StPO

247. BGH 3 StR 21/05 - Beschluss vom 24. Februar 2005 (LG Kleve)

Strafrahmenwahl (milderes Recht); Urteilsgründe.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

248. BGH 3 StR 230/04 - Beschluss vom 14. Februar 2005 (LG Flensburg)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage; Vorstellung des Tatopfers; Gewalt); Vorsatz (Darlegung).

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

249. BGH 3 StR 275/04 - Beschluss vom 21. Dezember 2004 (LG Oldenburg)

Vergewaltigung (Gewalt; schutzlose Lage; Begründungsanforderungen); tatsächliche Feststellungen (Darstellung in Urteil).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 267 StPO

Es empfiehlt sich aus Gründen der Klarheit und der Übersichtlichkeit, den Sachverhalt geschlossen sowie getrennt von den anderen Teilen des Urteils darzustellen und nicht die getroffenen Feststellungen mit beweiswürdigen Ausführungen zu vermischen

250. BGH 3 StR 56/05 - Beschluss vom 15. März 2005 (LG Düsseldorf)

Schwerer Raub (Verwendung einer Waffe).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

251. BGH 3 StR 422/04 - Beschluss vom 12. Januar 2005 (LG Oldenburg)

Strafzumessung (Einzelstrafe; Gesamtstrafe; Entscheidung des Revisionsgerichts; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 46 StGB; § 354 StPO

252. BGH 3 StR 455/04 - Beschluss vom 20. Januar 2005 (LG Kleve)

Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen (Vorsitzender; Sachleitung; Gericht); Rügepflicht (Präklusion).

§ 59 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

253. BGH 3 StR 473/04 - Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG Lübeck)

Urteilsgründe (Mitteilung der Tatsachen; rechtliche Würdigung); Hehlerei (Abgrenzung von Diebstahl und Unterschlagung); Absatzhilfe (bloßes Einlagern von Beute; Begünstigung); Bereicherungsabsicht; gewerbsmäßige Bandenhehlerei (Bandenmitgliedschaft; Bandenbezug).

§ 267 StPO; § 259 StGB; § 257 StGB; § 260a StGB

254. BGH 3 StR 474/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Düsseldorf)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 64 StGB; § 63 StGB

255. BGH 3 StR 488/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Kleve)

Gesetzlicher Richter; Besetzungsrüge (Zweierbesetzung; Dreierbesetzung; Mitteilung der Besetzung).

§ 222a StPO; § 222b StPO; § 338 Nr. 1 StPO; § 76 Abs. 2 GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

256. BGH 3 StR 500/04 - Beschluss vom 8. Februar 2005 (LG Hannover)

Strafmaß am Rand des Strafrahmens (Begründungsanforderungen; Urteilsgründe; Erörterungsmangel); verminderte Schuldfähigkeit (Alkohol; Trinkmengenangaben).

§ 267 Abs. 4 StPO; § 46 StGB; § 21 StGB

257. BGH 1 StR 1/05 – Beschluss vom 3. Februar 2005 (LG Waldshut)

Unanwendbarkeit des Doppelverwertungsverbotes bei der Jugendstrafe.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 17 StGB

258. BGH 1 StR 17/05 – Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Mosbach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

259. BGH 1 StR 23/05 – Beschluss vom 23. Februar 2005 (LG Augsburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

260. BGH 1 StR 327/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG Augsburg)

BGHSt; Verdeckungsabsicht bei Tötung eines Opfers, das die Straftat bekanntermaßen bereits anderen mitgeteilt hat (Grundsätze der Beweiswürdigung beim Zeugen vom Hörensagen; Sicherstellung der Strafbarkeit).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

261. BGH 1 StR 33/05 – Beschluss vom 24. Februar 2005 (LG Regensburg)

Tateinheit zwischen Nötigung und schwerer räuberischer Erpressung (Abgrenzung von der Tatmehrheit; Vollendung und Beendigung); Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe bei Änderung des Konkurrenzverhältnisses.

§ 240 StGB; § 255 StGB; § 253 StGB; § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO

262. BGH 1 StR 396/04 – Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Ingolstadt)

Rüge der Verletzung des Konfrontationsrechts (Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren; Zulässigkeitsanforderung; fehlende Entscheidung des Ermittlungsrichters über den Ausschluss des damaligen Beschuldigten von der Vernehmung gemäß § 168c Abs. 3 StPO; Widerspruchserfordernis; Verzicht durch den Verteidiger).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 141 StPO; § 168c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

263. BGH 1 StR 422/04 – Urteil vom 1. Februar 2005 (LG München)

Fahrlässige Tötung (Bestimmung der Sorgfaltspflicht bzw. Pflichtwidrigkeit im Umgang mit Feuer und Zigaretten; Alleinlassen von Kleinkindern); fahrlässige Brandstiftung.

§ 222 StGB; § 306d StGB

264. BGH 1 StR 473/04 – Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Baden)

Heimtücke bei einer Attacke mit einem Fahrzeug (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit des Opfers bei vorheriger Wahrnehmung des Angreifenden; Ausnutzungsbewusstsein); Überzeugungsbildung (überspannte Anforderungen; Gewissheit; Zweifelssatz; Erörterungsmangel).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

265. BGH 1 StR 478/04 – Urteil vom 11. Januar 2005 (LG Bayreuth)

Beweiswürdigung (kein Beweis des ersten Anscheins im Strafrecht; lebensfremde Feststellungen; Revisibilität des Freispruchs; Teilschweigen und wechselndes Aussageverhalten; Darlegungsobliegenheiten bei teilweise bejaheter Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen); Habgiermord.

§ 261 StPO; § 211 StGB

266. BGH 1 StR 495/04 – Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhafte Verlesung einer im Wege der Rechts Hilfe durch einen türkischen Richter erfolgten Vernehmung als richterliche Vernehmung (fehlende Benachrichtigung des Angeklagten und seines Verteidigers; kommissarische Vernehmung; Verlesung als nichtrichterliches Protokoll).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO aF; § 224 Abs. 1 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO nF

267. BGH 1 StR 501/04 – Beschluss vom 23. Februar 2005 (LG Offenburg)

Verstoß gegen das Ausländergesetz (unrichtige Angaben; Anwendung auf Nichtdeutsche; Konkurrenz zu § 92a Abs. 4 Nr. 2 bzw. § 92b AuslG a.F.).

§ 92 Abs. 2 Nr. 2 AuslG a.F.; § 95 Abs. 1 Nr. Zuwanderungsgesetz

268. BGH 1 StR 502/04 – Beschluss vom 25. Januar 2005 (LG Hof)

Möglichkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Feststellung der Aussagefähigkeit des Angeklagten und der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen im Einzelfall.

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

269. BGH 1 StR 523/04 – Beschluss vom 26. Januar 2005 (LG Karlsruhe)

Ausschluss des Beruhens bei Verletzung der Vorschriften über das Selbstleseverfahren (erforderliche tatsächliche Kenntnisnahme durch die Schöffen im Gegensatz zur bloßen Gelegenheit; wesentliche Förmlichkeit).

§ 249 Abs. 2 StPO; § 273 StPO; § 337 StPO

270. BGH 1 StR 531/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG München)

BGHR; kein Beweisverwertungsverbot bei richterlich angeordneter oder gestatteter Durchsuchung, die unzureichend dokumentiert wurde (fernmündliche Anordnung in Eilfällen; Pflicht zur freibeweislichen Aufklärung bei Widerspruch); Vortäuschen einer Straftat; Beschuldigtenbegriff (Übergang von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung; Schweigerecht; willkürliche Vorenthaltung; Beurteilungsspielraum; kein Verwertungsverbot bei Rechtskenntnis).

Art. 6 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 13 GG; § 164 StGB; § 105 Abs. 1 StPO; § 55 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO

271. BGH 1 StR 562/04 – Beschluss vom 15. Februar 2005 (LG München)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

272. BGH 1 StR 584/04 – Beschluss vom 15. Februar 2005 (LG Coburg)

Entscheidung über die Zeugenvereidigung nach dem JuMoG (kein zusätzlicher Begründungsbedarf).
§ 59 StPO n.F.

273. BGH 4 StR 10/05 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (LG Bochum)

Geiselnahme (Erfordernis der weiteren Nötigung durch eine qualifizierte Drohung).
§ 239b StGB

274. BGH 4 StR 223/04 – Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Bielefeld)

Verweisung des Tatrichter auf eine Entscheidung im Beschlusswege; nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

275. BGH 4 StR 366/04 – Urteil vom 20. Januar 2005 (LG Kassel)

Fahrlässige Tötung; Freiheitsberaubung mit Todesfolge auf andere Weise (Anwendbarkeit bei zu schnellem Fahren, das die Fahrzeuginsassen am Verlassen des Wagens hindert).
§ 239 Abs. 4 StGB; § 222 StGB

276. BGH 4 StR 418/04 – Beschluss vom 8. März 2005 (LG Essen)

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

277. BGH 4 StR 491/04 – Urteil vom 20. Januar 2005 (LG Bielefeld)

Heimtücke (Begriffe der Arglosigkeit und der Wehrlosigkeit; Ausnutzungsbewusstsein; niedrige Beweggründe).
§ 211 Abs. 2 StGB

278. BGH 4 StR 492/04 – Urteil vom 3. Februar 2005 (LG Traunstein)

Verantwortungsreife des Jugendlichen (Behandlung von Zweifeln).
§ 3 JGG

279. BGH 4 StR 513/04 – Beschluss vom 10. Februar 2005 (LG Neubrandenburg)

Unbillige Härte beim Verfall von Wertersatz (Erörterungsmangel hinsichtlich der Härtefallregelung; Bruttoprinzip).
§ 73c StGB

280. BGH 4 StR 537/04 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (LG Heidelberg)

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Führer eines Kraftfahrzeuges).
§ 316 a StGB

281. BGH 4 StR 539/04 – Beschluss vom 9. Februar 2005

Betrug (regelmäßig keine schadensgleiche Vermögensgefährdung bei Vertragsschluss, der eine Zug-um-Zug-Leistung beinhaltet; Stoffgleichheit zwischen Schaden und Vorteil; Versuch).

§ 263 StGB; § 22 StGB

282. BGH 4 StR 552/04 – Beschluss vom 9. Februar 2005 (LG Rostock)

Beweiswürdigungsgrundsätze hinsichtlich eines verstorbenen wesentlichen Belastungszeugen (Aussage gegen Aussage).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO

Stehen im Wesentlichen Aussage gegen Aussage und fehlen objektive Beweisanzeichen, so muss sich der Tatrichter bewusst sein, dass die Aussage eines wesentlichen Belastungszeugen einer besonderen Glaubwürdigkeitsprüfung zu unterziehen ist (BGH StV 1998, 580, 581). Dies gilt in besonderem Maße, wenn der Belastungszeuge zur Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung steht und deshalb von vornherein Vorhalte und Fragen abgeschnitten sind.

283. BGH 4 StR 570/04 – Beschluss vom 10. März 2005 (LG Rostock)

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

284. BGH 4 StR 572/04 – Beschluss vom 15. Februar 2005 (LG Essen)

Verfahrenseinstellung wegen fehlender zugelassener Anklage.
§ 200 StPO; § 203 StPO; § 206a StPO

285. BGH 4 StR 583/04 – Beschluss vom 3. März 2005

Beistandsbestellung (Nebenklägerin).
§ 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 397 a Abs. 1 Satz 1 StPO

286. BGH 4 StR 586/04 – Beschluss vom 15. Februar 2005 (LG Paderborn)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (wirksamer Rechtsmittelverzicht; Darlegung eines Hindernisses und seines Fortfallens).
§ 44 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

287. BGH 4 StR 593/04 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (LG Bayreuth)

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

288. BGH 4 StR 596/04 – Beschluss vom 10. Februar 2005 (LG Cottbus)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Anwendung und Erörterungsmangel; Hang auch ohne physische Abhängigkeit).
§ 64 StGB

289. BGH 5 StR 14/04 – Urteil vom 16. Februar 2005 (LG Berlin)

BGHSt; Befehl zur Tötung eines Demonteurs von Selbstschussanlagen an der innerdeutschen Grenze; Grundsätze

der Beurteilung von „Mauerschützen“; Heimtückemord; Verjährung; Vorrang des Freispruchs vor der Verfahrenseinstellung.

§ 30 StGB; § 211 StGB; § 78 StGB; Vor § 13 StGB

290. BGH 5 StR 181/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Berlin)

Feststellung der Rücknahme der Revision; Umgang mit justizinternen Unzulänglichkeiten.

§ 302 StPO

291. BGH 5 StR 371/04 – Urteil vom 2. März 2005 (LG Görlitz)

Beweiswürdigung (Anforderungen an den Freispruch); besonders schwerer Fall des Betruges (Revisibilität der Strafzumessung; kein Erörterungsmangel hinsichtlich möglicherweise erfüllter Regelbeispiele).

§ 261 StPO; § 263 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

292. BGH 5 StR 434/04 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Hamburg)

Widersprüchliche Strafzumessung (arithmetisch nicht nachvollziehbare Kompensation nach Verletzung der Rechts auf Verfahrensbeschleunigung).

§ 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

293. BGH 5 StR 449/04 – Urteil vom 15. Februar 2005 (LG Berlin)

Diebstahl mit Waffen (erforderliches aktuelles Verfügungsbewusstsein; Beisichführen); Beweiswürdigung beim Freispruch.

§ 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 261 StPO

294. BGH 5 StR 499/04 – Urteil vom 1. März 2005 (LG Leipzig)

Revisibilität der Strafzumessung beim Betäubungsmittelhandel (Behandlung von Untersuchungshaft; Aufklärungserfolg; Verfahrensdauer bei Verhandlung gegen mehrere Angeklagte; Rechtsgut der Volksgesundheit).

§ 46 StGB; § 30a BtMG; § 31 BtMG; § 112 StPO

295. BGH 5 StR 499/04 – Beschluss vom 1. März 2005 (LG Leipzig)

Begriff des Beweisantrages (Antrag auf Vernehmung einer Vorsitzenden Richterinnen zur Klärung der Glaubwürdigkeit des wesentlichen Belastungszeugen); ausreichend bestimmte Tatsachenbehauptung; Bedeutungslosigkeit; Beruhen).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK

296. BGH 5 StR 518/04 – Urteil vom 2. März 2005 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (Diskrepanz zwischen Protokollierung und späterer Aussage eines Vernehmungsbeamten in der Hauptverhandlung; unzulässige Rekonstruktion der Hauptverhandlung); versuchte Kettenanstiftung zum Mord (Auftragsmord durch einen Verdeckten Ermittler; kein Erörterungsmangel hinsichtlich der Strafmilderung bei grobem Unverständnis).

§ 110a StPO; § 261 StPO; § 30 StGB; § 211 StGB; § 23 Abs. 3 StGB

297. BGH 5 StR 526/04 – Beschluss vom 1. März 2005 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

298. BGH 5 StR 536/04 – Urteil vom 15. Februar 2005 (LG Berlin)

Verfahrensabsprache und Erklärung über Vorgespräche mit den Verfahrensbeteiligten (Besorgnis der Befangenheit; Kundgabe des Ergebnisses einer Zwischenberatung); äußerste Milde bei der Strafzumessung.

Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 24 StPO

299. BGH 5 StR 547/04 – Urteil vom 16. Februar 2005 (LG Berlin)

Unzureichende Beweiswürdigung bei Freispruch vom Vorwurf des Totschlages.

§ 261 StPO

300. BGH 5 StR 555/04 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (LG Chemnitz)

Lückenhafte Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

301. BGH 5 StR 566/04 – Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Potsdam)

Totschlag in Form der Kindstötung (Begehung zur Aufrechterhaltung einer Beziehung; verminderte Schuldfähigkeit; Überforderungssituation, Einbeziehung der Beeinträchtigung der psychischen Leistungsfähigkeit während der Geburtssituation bei der gebotenen Gesamtwürdigung nach § 21 StGB; Berücksichtigung der möglichen Auswirkungen auf vorhandene Kinder der Mutter bei der Strafzumessung).

§ 212 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB

302. EGMR Nr. 64387/01 – Urteil vom 20. Januar 2005 (Uhl gegen Deutschland)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (unangemessene Gesamtverfahrensdauer eines deutschen Strafverfahrens; Einbeziehung verfassungsgerichtlicher Verfahren; Anwendung auf wirtschaftsstrafrechtliche Verfahren; besondere Bedeutung für den Angeklagten bei Infragestellung des Beamtenstatus).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

303. OGH, 13 Os 153/03 – Urteil vom 18. Februar 2004 (LGSt Graz)

Konfrontationsrecht und anonyme Zeugen: Ablehnung des Zeugen vom Hörensagen beim Einsatz Verdeckter Ermittler in Österreich (Fragerecht; Unmittelbarkeitsgrundsatz; Umgehungsverbot; Unerreichbarkeit; unzulässige Verlesung von Vernehmungsprotokollen bzw. Berichten des Verdeckten Ermittlers; Vorhalt; V-Personen; V-Leute; verhältnismäßige Einschränkungen; Sperrerklärung); Betäubungsmittelstrafrecht; konventionskonforme Auslegung; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 252 öStPO; § 281 Abs. 1 Ziff. 3 öStPO; § 258 Abs. 1 öStPO; § 96 StPO; § 250 StPO; § 251 StPO; § 252 StPO

304. BVerfG 1 BvR 2652/03 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2004 (OLG Zweibrücken/AG Kandel)

Allgemeine Handlungsfreiheit (Führen von Kraftfahrzeugen im öffentlichen Straßenverkehr; Eingriff; legitimes Gemeinwohlziel; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Bestimmtheitsgebot; Führen eines Kraftfahrzeuges unter der Wirkung eines berauschenden Mittels (abstraktes Gefährdungsdelikt); Cannabiskonsum (Nachweis im Spurenbereich; Nullwertgrenze; Identität von Wirkungs- und Nachweisdauer; Wirkungsgrenze von 1 ng/ml THC); verfassungskonforme Auslegung (Überholung gesetzgeberischer Annahmen infolge technischen Fortschritts).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 24 a Abs. 2 StVG

305. BVerfG 2 BvR 364/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Wuppertal/AG Wuppertal)

Rechtstaatsprinzip (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung; Schutz der Allgemeinheit; Beschleunigungsgebot; Verfahrensverzögerungen; faires, rechtsstaatliches Verfahren); vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 111a StPO; § 69 StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 142 StGB

306. BVerfG 2 BvR 1610/03 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2005 (LG Hamburg)

Effektivität des Rechtsschutzes; Gewährung in angemessener Zeit (Bedeutung der Sache; Schwierigkeit des Falles; Verhalten der Beteiligten; nicht beeinflussbare Verzögerungen durch Gutachter; kein Berufen auf angespannte Personalsituation); Ermessen des Richters bei der Bearbeitung anhängiger Verfahren (kein Gestaltungsspielraum bei gerichtlicher Feststellung einer rechtswidrigen Untätigkeit); Strafvollzug (Genehmigung der Teilnahme an der beruflichen Weiterbildung oder Ausbildung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 StVollzG; § 116 StVollzG; § 37 Abs. 3 StVollzG

307. BVerfG 2 BvR 2207/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. März 2005 (OLG Schleswig/LG Lübeck)

Rechtstaatsprinzip; Verschlechterungsverbot; keine unzulässige Doppelbestrafung bei nachträglicher Änderung von Bewährungsaufgaben (ne bis in idem; zulässige

Auswechslung der Auflage auf Grund bisher unbekannter Umstände).

Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; § 56b Abs. 2 StGB; § 56b Abs. 1 StGB; § 56e StGB

308. BVerfG 2 BvR 109/05 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (BGH; OLG Frankfurt/LG Frankfurt)

Freiheit der Person (Dauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus; Abwägung des Freiheitsanspruches; Verhältnismäßigkeit; beschränkte Bedeutung der erwartenden Freiheitsstrafe; Begründung des Haftfortdauerbeschlusses); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen (Beschleunigungsgrundsatz; verzögerte Zustellung von Revisionsbegründungsschriften; lange Bearbeitungsdauer beim Generalbundesanwalt; Verfahrensverzögerung von sieben Monaten).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 121 Abs. 1 StPO

309. BVerfG 2 BvR 581/01 (Zweiter Senat) – Urteil vom 12. April 2005 (BGH/OLG Düsseldorf)

Zulässigkeit der Ermittlungen unter Verwendung des Global Positioning System/GPS (Beweiserhebung; Beweisverwertung); Rechtstaatsprinzip (Bestimmtheitsgebot; Beobachtungspflicht und Korrekturpflicht des Gesetzgebers; Richtervorbehalt); additive Ermittlungsmethoden (Verbot der Totalüberwachung; verfassungsrechtliche Anforderungen; prozeduraler Grundrechtsschutz; Information der Staatsanwaltschaft; Dokumentation; Koordination auch mit dem Verfassungsschutz); Straftat von erheblicher Bedeutung (mittlere Kriminalität; empfindliche Störung des Rechtsfriedens und erhebliche Störung des Rechtsempfindens); effektiver Rechtsschutz (nachträgliche Kontrolle heimlicher Ermittlungsmaßnahmen); allgemeines Persönlichkeitsrecht (unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung); informationelle Selbstbestimmung (bereichsspezifische Regelungen); Darlegungsanforderungen bei der Verfassungsbeschwerde gegen eine Revisionsentscheidung (Vorlage oder Mitteilung des wesentlichen Inhalts der Revisionsbegründungsschrift; Stellungnahme des Generalbundesanwaltes); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Widerspruch).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 28 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 100 c Abs. 1 Nr. 1 b StPO; § 163 f Abs. 4 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG