

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 11/2005
6. Jahrgang

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

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

Publikationen

Karsten Gaede, Hamburg/Karlsruhe – Licht und Schatten – Verfahrensabschnittsbezogene Prüfung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) und Außerachtlassung der völkerrechtlichen Organisationspflicht durch den BGH Anmerkung zu BGH 1 StR 78/05 – Beschluss vom 21. Juli 2005 (= BGH HRRS 2005 Nr. 726). **S. 377**

Die Ausgabe umfasst 3 Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- BGH (GS) **Aufrechterhaltung der Auslegung zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (BGHSt)**
- BVerfG **Gesetzwidrige Umkehrung der Vollstreckungsreihenfolge durch Organisationshaft**
- BVerfG **Keine Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses bei alleiniger Beschwerde des Beschuldigten gegen die Aufrechterhaltung des Haftbefehls**
- EGMR ***Rhode v. Dänemark* – Isolationshaft und unmenschliche Behandlung**
- BGH **Zur Strafbarkeit bzw. Straflosigkeit der Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS (BGHSt)**
- BGH **Keine Hilfeleistung nach Unterstützung einer gescheiterten Kontaktaufnahme zu einem von der Beschuldigten genannten Verteidiger**
- BGH **Einkommensteuerhinterziehung nach Provisionsverteilungen im „System Schreiber“**
- BGH **Rechtsgutsbezogene Auslegung des Vorenthaltens und des Veruntreuens von Arbeitsentgelt**

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmayer, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 73 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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. *Daniela Demko*, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden); 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, November 2005, Ausgabe **11**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

800. EGMR Nr. 69332/01 – Urteil 21. Juli 2005 (Rhode v. Dänemark)

Isolationshaft (Einzelhaft; Kontaktsperre; konkrete Begründung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; medizinische [psychiatrische] Betreuung; Untersuchungshaftvollzug) und unmenschliche Behandlung (absolutes Folterverbot); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Schweigerecht als Teilrecht des Rechts auf ein faires Verfahren; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; § 112 StPO; § 119 Abs. 3 StPO

1. Art. 3 EMRK verbürgt nach ständiger Rechtsprechung einen der fundamentalsten Werte einer demokratischen Gesellschaft. Er verbietet in absoluter Form die Folter und die unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Bestrafung; unbeschadet der vorliegenden Umstände und des Verhaltens des Betroffenen.

2. Im Lichte des Art. 3 EMRK muss ein Staat gewährleisten, dass eine Person unter Bedingungen inhaftiert wird, welche die Menschenwürde achten, dass die Art und Weise der Vollstreckung der Maßnahme den Einzelnen nicht über das der Inhaftierung immanente Maß hinaus Schmerzen oder Härten unterwirft und dass die Gesundheit und das Wohlergehen des Inhaftierten im Rahmen der Erfordernisse der Inhaftierung gesichert

bleiben, wobei Vorkehrungen für den erforderlichen medizinischen Beistand und eine medizinische Behandlung zu treffen sind. Bei der Einschätzung der Bedingungen einer Inhaftierung sind die kumulativen Effekte der Haftbedingungen ebenso wie das jeweilige Vorbringen des Beschwerdeführers zu berücksichtigen.

3. Isolationshaft ist nicht per se mit Art. 3 EMRK unvereinbar. Die fortgesetzte Vorenthaltung von Kontakten zu anderen ist zwar nach Art. 3 EMRK prinzipiell problematisch, jedoch nur nach den jeweils vorliegenden konkreten Bedingungen ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK. Zu diesen Bedingungen zählen die Striktheit der Maßnahme, das verfolgte Ziel und die Auswirkungen auf die betroffene Person.

4. Zu einem Einzelfall, in dem eine rund elfeinhalb Monate währende Isolationshaft mit vier zu drei Stimmen nicht als Verletzung angesehen worden ist.

802. BVerfG 2 BvR 1618/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2005 (OLG Hamburg)

Freiheit der Person; Beschwerde gegen Haftbefehl (Bindung des Gerichtes der weiteren Beschwerde; keine Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses bei alleiniger Beschwerde des Beschuldigten gegen die Aufrechterhal-

tung des Haftbefehls); Willkürverbot; effektiver Rechtsschutz.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 116 Abs. 4 StPO; § 304 StPO

1. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls durch den Richter nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände im Vergleich zu der Beurteilungsgrundlage zur Zeit der Gewährung der Verschonung verändert haben, gehört zu den bedeutsamsten (Verfahrens-)Garantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. Ist ein Haftbefehl einmal unangefochten außer Vollzug gesetzt worden, so ist jede neue haftrechtliche Entscheidung, die den Wegfall der Haftverschonung zur Folge hat, nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO möglich.

2. Jedenfalls in den Fällen, in denen alleine der vom Vollzug der Untersuchungshaft verschonte Beschuldigte Beschwerde gegen den Haftbefehl mit dem Ziel einlegt, diesen zu beseitigen, kommt der Widerruf einer gewährten Haftverschonung nur in Betracht, wenn sich die Umstände verändert haben. In diesen Fällen ist es unzulässig, auf die Beschwerde des Beschuldigten gegen einen einmal unangefochten außer Vollzug gesetzten Haftbefehl diesen wieder in Vollzug zu setzen, wenn die Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO nicht vorliegen.

3. Den Rechtsmittelgerichten kommt, wenn allein der vom Vollzug der Untersuchungshaft verschonte Beschuldigte Beschwerde gegen den Bestand des Haftbefehls einlegt, mit Blick auf die in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Entscheidung eine eigene Beurteilungskompetenz nicht zu. Sie sind an die Beurteilung der Umstände durch das die Haftverschonung anordnende Gericht gebunden.

804. BVerfG 2 BvR 1019/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. September 2005 (OLG Köln/LG Köln)

Freiheit der Person (Vollstreckungsreihenfolge; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Freiheitsstrafe); verfassungswidrige Praxis einer regelmäßigen dreimonatigen Organisationshaft (Verzögerungen des Aufnahmehersuchens ohne nachvollziehbaren Umstände; dreiwöchiges Abwarten nach Rechtskraft); fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsbeschwerde (Erledigung; tief greifende Grundrechtseingriffe);

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1, Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; § 63 StGB; § 64 StGB

1. Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG erfordert es, Freiheitsstrafe und die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt einander so zuzuordnen, dass die Zwecke beider Maßnahmen möglichst weitgehend erreicht werden, ohne dabei in das Freiheitsrecht des einzelnen Betroffenen mehr als notwendig einzugreifen.

2. Die „Organisationshaft“ bereitet zum Zweck der Nutzung der „therapeutisch fruchtbaren“ Zeit die nach der gesetzlichen Regelreihenfolge und dem richterlichen Erkenntnis vorweg zu vollziehende Maßregel vor. Von einer unter dem Gesichtspunkt des Freiheitsgrundrechts unmaßgeblichen bloßen Form des Vollzugs der Freiheitsstrafe oder der Maßregel kann wegen deren unterschiedlicher Zwecke jedenfalls bei einer Umkehrung des Vollzugs nicht ausgegangen werden.

3. Eine gesetzeswidrige und dem zu vollstreckenden Urteil widersprechende Umkehrung der Vollstreckungsreihenfolge liegt bei der „Organisationshaft“ dann vor, wenn die Vollstreckungsbehörde in Umsetzung des gerichtlichen Rechtsfolgenausspruchs nicht unverzüglich die Überstellung des Verurteilten in den Maßregelvollzug einleitet und herbeiführt.

4. Die von Verfassungs wegen noch vertretbare Organisationsfrist kann nur im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung der Bemühungen der Strafvollstreckungsbehörde um eine beschleunigte Unterbringung des Verurteilten im Maßregelvollzug bestimmt werden.

5. Einem eindeutigen Gesetzesbefehl darf die Gefolgschaft nicht deshalb versagt werden, weil die Exekutive nicht die zu seiner Durchführung erforderlichen Mittel bereit hält. Von Verfassungs wegen geboten ist es aber im Hinblick auf das Freiheitsgrundrecht nicht, dass bereits zum Zeitpunkt des im Einzelfall nicht vorhersehbaren Vollstreckungsbeginns ein für den jeweiligen Verurteilten geeigneter Platz in einer Maßregelanstalt vorgehalten wird. Verfassungsrechtlich geboten ist es indes, dass die Vollstreckungsbehörden auf den konkreten, von der Rechtskraft des jeweiligen Urteils abhängigen Behandlungsbedarf unverzüglich reagieren und in beschleunigter Weise die Überstellung des Verurteilten in eine geeignete Einrichtung herbeiführen.

6. In den Fällen tief greifender, schon im Grundgesetz unter einen Richtervorbehalt gestellter Grundrechtseingriffe, entfällt das Rechtsschutzbedürfnis eines Verfassungsbeschwerdeführers nicht schon mit der Erledigung des angegriffenen Hoheitsaktes, wenn die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich auf eine Zeitspanne beschränkt, in welcher der Betroffene nach dem regelmäßigen Geschäftsgang eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts kaum erlangen kann.

801. BVerfG 2 BvR 1651/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. September 2005 (OLG Frankfurt/Main/LG Kassel)

Verlegung eines Strafgefangenen; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Verlust der Arbeitsmöglichkeit; soziale Beziehungen); Resozialisierung; Begriff des die Sicherheit und Ordnung der Anstalt gefährdenden Zustands nach § 85 StVollzG (kein Ausreichen der Duldung von Verstößen durch Stationsbedienstete); Verhältnismäßigkeit; Rechtsschutzbedürfnis bei einer Verfassungsbeschwerde (Wiederholungsgefahr; Beschwer).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; § 85 StVollzG; Art. 93

Abs. 1 Nr. 4a GG; § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG

1. Die Verlegung eines Strafgefangenen ohne seinen Willen greift in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein. Dieser Eingriff kann auch erheblich sein, weil alle seine innerhalb der Anstalt entwickelten sozialen Beziehungen praktisch abgebrochen werden und der unter den Bedingungen des Anstaltslebens schwierige Aufbau eines persönlichen Lebensumfeldes in einer anderen Anstalt von neuem begonnen werden muss. Daneben kann die Resozialisierung des Strafgefangenen beeinträchtigt werden und womit sein durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG vermittelter Anspruch auf einen Strafvollzug, der auf das Ziel der Resozialisierung ausgerichtet ist, betroffen ist.

2. Die Ansicht, die Duldung von Verstößen eines Strafgefangenen gegen die Anstaltsordnung durch Stationsbedienstete begründe einen die Sicherheit und Ordnung der Anstalt gefährdenden Zustand, der nach § 85 StVollzG die Verlegung des Gefangenen rechtfertigt, überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Gesetzesinterpretation. Weder der Wortlaut noch vom Sinn und Zweck des § 85 StVollzG decken eine solche Auslegung.

3. Dies gilt auch dann, wenn das pflichtwidrige Verhalten der Stationsbediensteten in einem Nichteinschreiten gegen einen Pflichtverstoß des Beschwerdeführers bestand, der lediglich einen einzelnen ohne weiteres zu unterbindender Ordnungsverstoß (hier nicht erlaubter Besitz einer Schreibmaschine) darstellte.

803. BVerfG 2 BvR 172/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2005 (OLG Celle/OLG Naumburg/LG Halle/JVA Halle I/OLG Karlsruhe/LG Mannheim)

Recht auf ein faires Verfahren (keine Zurechnung von Fehlern der Justiz; Belehrung über Wiedereinsetzungsmöglichkeiten); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Vorrang der Wiedereinsetzung; Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist); Rechtsmittelfristen (Revision; Rechtsbeschwerde); fehlerhafte Aufnahme von Verfahrenserklärungen durch den Rechtspfleger (keine Bezugnahme auf vorbereitete Erklärungen der Rechtsmittelführer).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 345 Abs. 2 StPO; § 33a StPO; ; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 118 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Kann der Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde mit einem Rechtsmittel, für das ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, erreichen, dass seine Rechte im Wege des fachgerichtlichen Rechtsschutzes gewahrt werden, so ist regelmäßig von ihm zu verlangen, dass er diesen Weg beschreitet, bevor er Verfassungsbeschwerde einlegt (vgl. BVerfGE 10, 274, 281; 77, 275, 282).

2. In Fällen in denen auf Grund eines Fehlers der das Rechtsmittel aufnehmenden Justizbediensteten die Rechtsbeschwerde bzw. die Revision unzulässig ist, besteht die Möglichkeit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Bei rechtzeitiger Nachholung des nicht rechtzeitig wirksam eingelegten Rechtsmittels ist die Wiedereinsetzung von Amts wegen zu gewähren.

3. Jedenfalls dann, wenn der Wiedereinsetzungsgrund in einem den Gerichten zuzurechnenden Fehler liegt, fordert der Grundsatz fairer Verfahrensführung eine ausdrückliche Belehrung des Betroffenen über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

847. BGH 4 StR 216/05 – Urteil vom 15. September 2005 (LG Saarbrücken)

Strafbefreiender Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; mögliche Eigengefährdung); Doppelverwertungsverbot; Schwangerschaftsabbruch; tiefgreifende Bewusstseinsstörung (affektbedingte Minderung der Steuerungsfähigkeit).

§ 22 StGB; § 24 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 218 StGB; § 21 StGB

1. Ein Fehlschlag, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt (vgl. BGHSt 34, 53, 56; 39, 221,

228), liegt vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHSt 41, 368, 369), so dass ein erneutes Ansetzen notwendig ist, um zu dem gewünschten Ziel zu gelangen (vgl. BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369).

2. Hat sich aus der Sicht des Täters durch nicht vorhergesehene Umstände das für ihn mit der Tatbegehung verbundene Risiko beträchtlich erhöht und sieht er deshalb von der weiteren Tatausführung ab (BGH NSStZ 1993,

76, 77 und 279 jew. m. w. Nachw.), ist der Rücktritt nicht freiwillig.

3. Die Verletzung mehrerer Strafgesetze (hier: §§ 212, 218 StGB) durch dieselbe Handlung ist jedenfalls dann ein Grund, die Tat innerhalb des Strafrahmens der insoweit bestimmenden Norm nachteiliger zu bewerten, wenn das tateinheitlich verwirklichte Delikt selbständiges Unrecht verkörpert (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Wertungsfehler 20; BGH NStZ 1993, 434).

832. BGH 3 StR 324/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Oldenburg)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Schluss von der äußeren auf die innere Tatseite; Nachtatverhalten; Alkoholisierung); Tötungsvorsatz.

§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Wer gegen sein Opfer äußerst gefährliche Gewalthandlungen ausführt, wird in aller Regel erkennen, dass sein

Tun zum Tod des Geschädigten führen kann, und diesen Erfolg, da er von seinem Vorhaben trotz der Erkenntnis der Gefährlichkeit seines Handelns keinen Abstand nimmt, auch zumindest billigend in Kauf nehmen. Daher muss der Tatrichter hier im Allgemeinen seine Schlussfolgerung vom objektiven Tatgeschehen auf den bedingten Tötungsvorsatz nicht näher begründen.

2. Anders liegt es aber, wenn sich aus dem Tatbild besondere Umstände ergeben, die es zweifelhaft erscheinen lassen können, ob der Täter tatsächlich die Lebensgefährlichkeit seines Tuns erkannt beziehungsweise den Tod seines Opfers im Sinne billigender Inkaufnahme hingenommen hat. Solche Umstände können in besonders starker Alkoholisierung und im Nachtatverhalten (Retungsversuche) zu sehen sein und dürfen bei der Überzeugungsbildung zur subjektiven Tatseite zumindest nicht völlig unberücksichtigt bleiben, wenn sie auch der Feststellung bedingten Tötungsvorsatzes nicht zwingend entgegenstehen.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

872. BGH 3 StR 60/05 – Urteil vom 28. Juli 2005 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Zur Strafbarkeit der Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ (Waffen-SS als nationalsozialistische Organisation; Hitlerjugend; Begriff „zum Verwechseln ähnlich“; Gesamtvergleich bei veränderten Parolen); Verbreitung über einen Anrufbeantworter; Strafbarkeit bei Verwendung als Propagandamittel (aktiv kämpferische, aggressive Tendenz gegen die freiheitliche Grundordnung; Fortsetzung der Bestrebungen der ehemaligen nationalsozialistischen Organisation; Wewelsburg).

§ 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 86 Abs. 2 StGB

1. Zur Frage, wann ein verwendetes Kennzeichen einem Originalkennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation nach Änderungen und/oder Zusätzen zum Verwechseln ähnlich ist. (BGHSt)

2. Die Verwendung eines Fantasiekennzeichens oder eines erheblich abgewandelten Kennzeichens, das dem Originalkennzeichen nicht zum Verwechseln ähnlich ist, wird auch dann nicht von § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB erfasst, wenn es den Anschein erweckt, es handele sich um ein Kennzeichen dieser Organisation. (BGHSt)

3. Die Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ ist weder der Originalparole der Hitlerjugend noch derjenigen der Waffen-SS zum Verwechseln ähnlich. (BGHSt)

4. „Zum Verwechseln ähnlich“ im Sinne des § 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB ist eine Parole - wie auch ein sonstiges Kennzeichen - dann, wenn ein gesteigerter Grad sinnlich wahrnehmbarer Ähnlichkeit gegeben ist. Erforderlich ist eine objektiv vorhandene Übereinstimmung in wesentli-

chen Vergleichspunkten. Es muss nach dem Gesamteindruck eines durchschnittlichen, nicht genau prüfenden Betrachters eine Verwechslung mit dem Original möglich sein. Dafür genügt nicht, dass sich lediglich einzelne Merkmale des Vorbilds in der Abwandlung wieder finden, ohne dass dadurch einem unbefangenen Betrachter, der das Original kennt, der Eindruck des Originalkennzeichens vermittelt wird (BGH NStZ 2003, 31, 32). (Bearbeiter)

5. Bei der Waffen-SS handelt es sich um eine ehemalige nationalsozialistische Organisation im Sinne von § 86 a Abs. 1 Nr. 1, § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB, so dass sowohl die Verbreitung von Propagandamitteln, die nach ihrem Inhalt dazu bestimmt sind, ihre Bestrebungen fortzusetzen, als auch die Verwendung ihrer Kennzeichen strafbar ist. (Bearbeiter)

6. Wird die Parole einer nationalsozialistischen Organisation - unverändert oder nur geringfügig verändert - um einen Zusatz (hier „der Waffen-SS“) erweitert, hängt die Frage, ob die neue Parole der ursprünglichen zum Verwechseln ähnlich ist, von einem Gesamtvergleich ab. Dabei ist im Einzelfall nach Form und Inhalt zu beurteilen, ob in der neu entstandenen Parole ungeachtet der vorgenommenen Ergänzungen und - gegebenenfalls - Änderungen letztlich die Originalparole hervorsticht und Aussage sowie Erscheinungsbild prägt. (Bearbeiter)

7. Die Verwendung von Kennzeichen der hier in Rede stehenden Art, auch wenn sie nicht vom Tatbestand des § 86 a StGB erfasst wird, ist jedoch nicht notwendigerweise straflos. Sie kann im Einzelfall - unter Berücksichtigung der ihn prägenden Umstände - nach anderen Vorschriften strafbar sein. Nämlich dann, wenn die Verwen-

derung von Kennzeichen unter solchen Umständen erfolgt, dass es sich nach der Gesamtaussage um Propagandamittel im Sinne des § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB handelt, die nach ihrem Inhalt gegen die freiheitliche Grundordnung gerichtet und dazu bestimmt sind, Bestrebungen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation fortzusetzen. (Bearbeiter)

835. BGH 1 StR 159/05 – Urteil vom 8. September 2005 (LG Hof)

Feststellung der besonderen Schwere der Schuld (Begehung eines weiteren Mordmerkmals; gebotene Gesamtwürdigung einschließlich der Täterpersönlichkeit); Mord (grausam: Verursachung und Aufrechterhaltung von Todesangst).

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

1. Die Entscheidung über die Frage, ob die besondere Schuldschwere im Sinne von § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB zu bejahen ist, hat der Tatrichter ohne Bindung an begriffliche Vorgaben im Wege einer zusammenfassenden Würdigung von Tat und Täterpersönlichkeit zu treffen, wobei ein Bejahen nur möglich ist, wenn Umstände von Gewicht vorliegen. Dem Revisionsgericht ist bei der Nachprüfung der Entscheidung eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle versagt; es hat lediglich zu prüfen, ob der Tatrichter alle maßgeblichen Umstände bedacht und abgewogen hat, ist aber gehindert, seine eigene Wertung an die Stelle der tatrichterlichen Wertung zu setzen (BGHSt 40, 360, 370). Auf ein bloßes Zusammenzählen von Mordmerkmalen kommt es im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung nicht an (vgl. BGHSt 41, 57, 63). Mitentscheidend ist insbesondere die Täterpersönlichkeit (hier: unterdurchschnittliche Intelligenz des Angeklagten).

2. „Grausam“ tötet, wer dem Opfer aus gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung, Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Grausam 1 m.w.N.). Die Grausamkeit muss nicht notwendig in der eigentlichen Ausführungshandlung im engeren Sinne und den durch diese verursachten Leiden liegen; sie kann sich auch aus den Umständen ergeben, unter denen die Tötung eingeleitet und vollzogen wird. Das grausame Verhalten muss vor Abschluss der den tödlichen Erfolg herbeiführenden Handlung auftreten und vom Tötungsvorsatz umfasst sein (vgl. BGHSt 37, 40 m.w.N.).

840. BGH 1 StR 86/05 – Urteil vom 20. September 2005 (LG Mosbach)

Geiselnahme (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang); Nötigungserfolg (ausreichende Teilerfolge); Freiheitsberaubung; schwere Körperverletzung (dauerhafte Entstellung); angemessene Rechtsfolge; Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Bedürfnissen unterzuordnen).

§ 239b StGB; § 240 StGB; § 239 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 69 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es erforderlich, dass zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart besteht, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will (vgl. BGHSt 40, 350, 355, 359) und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (BGHR StGB § 239b Entführen 4). Denn der Zweck dieser Strafvorschrift, die schon wegen ihrer hohen Mindeststrafe der einschränkenden Auslegung bedarf, besteht gerade darin, das Sich-Bemächtigen oder die Entführung des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann (BGH, Beschluss vom 14. Mai 1996 - 4 StR 174/96).

2. Eine vollendete Nötigung liegt bereits dann vor, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, aber nur eine davon realisiert wird (BGH bei Dallinger MDR 1972, 386 f.), wobei auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitet wirkt, für eine Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB) ausreichend sein kann. Ebenso kann eine beliebige Handlung, Duldung oder Unterlassung einen Nötigungserfolg im Sinne des § 239b StGB darstellen. Jedenfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung (BGHR StGB § 239b Nötigungserfolg 1).

3. Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen.

834. BGH 3 StR 464/04 - Beschluss vom 9. August 2005 (LG Hannover)

Vergewaltigung (schutzlose Lage); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB

Eine schutzlose Lage im Sinne von § 177 StGB ergibt sich noch nicht allein daraus, dass sich der Täter mit dem Opfer allein in einer Wohnung befindet. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, etwa die Einsamkeit der Wohnung, das Fehlen von Fluchtmöglichkeiten infolge Versperrens der Türe.

827. BGH 3 StR 282/05 - Beschluss vom 15. September 2005 (LG Kleve)

Hehlerei (Absetzen; Absatzhilfe; Versuch).

§ 259 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann vollendete Hehlerei zwar auch dann vorliegen, wenn der Absatz an einen Dritten nicht durchgeführt und auch

noch nicht versucht worden ist; es ist nicht erforderlich, dass der Absatz schon gelungen ist. Die Vorbereitung eines späteren Absatzes stellt indessen nur dann eine

vollendete Tat dar, wenn Umstände vorliegen, die für den Vortäter einen Beginn des Absetzens bedeuten.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

828. BGH 3 StR 303/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Kiel)

Strafzumessung (Vermeidung moralisierender oder persönliches Engagement vermittelnder Formulierungen); Doppelverwertungsverbot.
§ 46 StGB

Es kommt bei der Strafzumessung darauf an, moralisierende und persönliches Engagement vermittelnde Formulierungen zu vermeiden, schon um nicht den Anschein der Voreingenommenheit zu erwecken. Es sind die Strafzumessungstatsachen im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB konkret herauszuarbeiten, die das Geschehen - orientiert

am regelmäßigen Erscheinungsbild des Delikts - milder oder schwerer erscheinen lassen.

829. BGH 3 StR 313/05 - Beschluss vom 15. September 2005 (LG Kiel)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Urteilsformel); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 55 StGB; § 64 StGB

Bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB werden nur die Strafen, nicht das frühere Urteil einbezogen. Im früheren Urteil abgeurteilte Straftaten erscheinen im neuen Urteilstenor nicht.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

861. BGH 5 StR 200/05 – Beschluss vom 11. August 2005 (LG Dresden)

Verteidigerbeistand und Konsultationsrecht (keine Hilfspflicht nach Unterstützung einer gescheiterten Kontaktaufnahme zu einem von der Beschuldigten genannten Verteidiger: keine Hinweispflicht bezüglich eines bestehenden örtlichen Anwaltsnotdiensts; faires Verfahren); Beweiswürdigung (in ein Geflecht illegalen Rauschgift-handels verstrickte Personen: mangelhafte Aussagedarstellung bei nahe liegender Falschbelastungshypothese, Darlegung der Entstehungsgeschichte belastender Aussagen; Widersprüchlichkeit); Durchsichtung (Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug: Weigerung des Ermittlungsrichters, ohne Aktenvorlage zu entscheiden); redaktioneller Hinweis.

Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 137 StPO; § 163a StPO

1. Scheitert der Versuch, mit einem von der Beschuldigten genannten auswärtigen Verteidiger Kontakt aufzunehmen, sind die Polizeibeamten nicht verpflichtet, die nunmehr auf den Verteidigerbeistand verzichtende Beschuldigte auf einen bestehenden Anwaltsnotdienst hinzuweisen (vgl. BGHSt 47, 233, 234 f.).

2. Die rechtmäßige Inanspruchnahme der Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft setzt voraus, dass die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird (vgl. BGH JZ 1962, 609, 610). Solches liegt auch vor, wenn die Ermittlungsrichterin meint, ohne Aktenkenntnis nicht, auch nicht mündlich (vgl. BGH NJW 2005, 1060) entscheiden

zu können, und der Verlust der Betäubungsmittel als Beweismittel zeitnah droht. Bei dieser Sachlage fehlt es an einer eigenverantwortlichen Prüfung und Entscheidung durch die Ermittlungsrichterin, was es der Staatsanwaltschaft verwehren würde, anstelle des Gerichts die Durchsichtung anzuordnen (vgl. BGH NStZ 2001, 604, 606).

3. Einer Verhinderung von Beweismittelverlusten durch Wahrnehmung der Eilkompetenz stehen verfassungsrechtliche Einwände nicht entgegen. Ein solches Vorgehen entspricht der verfassungsrechtlichen Gewährleistung einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege, die sich, bei nachhaltiger Sicherung der Rechte des Beschuldigten, auch auf eine wirksame Strafverfolgung erstreckt. Etwas anderes könnte sich allerdings dann ergeben, falls die Ermittlungsrichterin, was die Revisionen behaupten, von der Staatsanwältin unvollständig unterrichtet worden ist, um eine Ablehnung eines richterlichen Beschlusses zu provozieren und dadurch für sich die Eilkompetenz zu begründen.

811. BGH 3 StR 269/05 - Beschluss vom 26. August 2005 (LG Kiel)

Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung (ergänzende Bild-Ton-Übertragung; Unterrichtung; Anwesenheitsrecht; faires Verfahren).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 247 StPO

Es ist unbedenklich, wenn das Gericht dem – zulässigerweise – während einer Zeugenvernehmung aus dem Saal entfernten Angeklagten die Gelegenheit gibt, in einem anderen Raum die dorthin in Bild und Ton übertragene Aussage der Nebenklägerin zu verfolgen. Eine solche

von der Strafprozessordnung nicht vorgesehene Vorgehensweise lässt die Voraussetzungen, die Bedingungen und die Wirkungen des § 247 StPO jedoch unberührt, entbindet also insbesondere den Vorsitzenden nicht von der Verpflichtung, den Angeklagten vom wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist.

838. BGH 1 StR 288/05 – Urteil vom 20. September 2005 (LG Tübingen)

Übersehene Möglichkeit eines untauglichen Totschlagsversuchs; Urteilsaufhebung (Aufhebung der Feststellungen).

§ 22 StGB; § 212 StGB; § 353 StPO

Wird ein Urteil aufgehoben, weil eine möglicherweise gebotene Verurteilung wegen einer Tat unterblieben ist, die gegebenenfalls mit einer abgeurteilten Tat in Tateinheit stehen kann, kann das Urteil auch hinsichtlich der abgeurteilten Tat keinen Bestand haben.

857. BGH 4 StR 413/05 – Beschluss vom 27. September 2005 (LG Bielefeld)

Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters (Vernehmung in der gleichen Sache als Zeuge).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 22 Nr. 5 StPO; § 338 Nr. 2 StPO

Der Begriff der Sache i.S. des § 22 Nr. 5 StPO ist weit auszulegen. Sachgleichheit setzt nicht Verfahrensideutlichkeit voraus (BGHSt 9, 193). Sachgleichheit ist auch dann gegeben, wenn ein Richter in einem anderen Verfahren als Zeuge zu demselben Tatgeschehen vernommen worden ist, das er jetzt abzuurteilen hätte (BGHSt 31, 358). Vernehmung zum Tatgeschehen ist dabei nicht nur die Wiedergabe eigener Wahrnehmung zum Tatgeschehen, sondern vielmehr jede Äußerung als Zeuge zu solchen Fragen, die im Hinblick auf Schuld- und Straffrage später als Richter in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewertet werden müssen (vgl. BGHSt 31, 358, 359).

866. BGH 5 StR 354/05 – Beschluss vom 20. September 2005 (LG Bochum)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach rechtswidriger Verfahrensabsprache (Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen; keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei fehlender qualifizierter Belehrung; Haftentscheidung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

Das Fehlen der erforderlichen qualifizierten Belehrung hat lediglich die Wirkung, dass der erklärte Rechtsmittelverzicht unwirksam ist, so dass dem Angeklagten die einwöchige Frist zur Einlegung der Revision (§ 341 Abs. 1 StPO) zur Verfügung gestanden hätte. Das Unterlassen der qualifizierten Belehrung zieht nicht die Vermutung des § 44 Satz 2 StPO nach sich. Dies gilt auch bei bedenklichen Verfahrensweisen im Zusammenhang mit einer nach Urteilsverkündung und Rechtsmittelverzicht getroffenen Haftentscheidung.

856. BGH 4 StR 399/05 – Beschluss vom 13. September 2005 (LG Paderborn)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision (Verhinderung; Darlegung der formalen Voraussetzungen für die sachliche Prüfung des Wiedereinsetzungsantrags: Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses; Fristlauf der Wochenfrist mit Kenntnisnahme durch den Angeklagten; grundsätzlich keine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung des Verurteilten).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

1. Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist des § 45 Abs. 1 StPO nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags, dass der Antragsteller mitteilt, wann das Hindernis, das der Fristwahrung entgegenstand, weggefallen ist.

2. Die eigene eidesstattliche Versicherung des Verurteilten ist kein zulässiges Mittel der Glaubhaftmachung (BGHR StPO § 45 Abs. 2 Glaubhaftmachung 1).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

871. BGH GSSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005

BGHSt; Vorlagebeschluss zur Auslegung des (vollendeten) Handeltreibens im Betäubungsmittelstrafrecht (ernsthafte Verhandlung mit dem potentiellen Verkäufer; Abgrenzung von Vollendung und strafloser Vorbereitung; Lösung über Täterschaft und Teilnahme); Bestimmtheitsgrundsatz; redaktioneller Hinweis.

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK

1. Für die Annahme vollendeten Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von

zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt. (BGHSt)

2. Handlungen, die lediglich typische Vorbereitungen darstellen, weil sie weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes liegen, erfüllen noch nicht einmal die Voraussetzungen eines Versuchs des Handeltreibens (vgl. zu konkretisierenden Beispielen den Volltext). Wenngleich diese Grenzziehung zwischen strafloser Vorbereitung einerseits und strafbarem Versuch des Handeltreibens bzw. vollendetem Handeltreiben andererseits in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

bislang nur kasuistisch erfolgt ist, liegt ihr häufig als wesentliches Abgrenzungskriterium zugrunde, dass in den Fällen der Vorbereitung noch jede Konkretisierung der in Aussicht genommenen Tat fehlt (vgl. insbes. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 22, 37, 43; BGH NSTz 2001, 323, 324). (Bearbeiter)

3. Ein großer Teil derjenigen Fälle, die im vorliegenden Zusammenhang als problematisch diskutiert werden, findet seine Lösung eher an der Grenzlinie zwischen Beihilfe und (Mit-)Täterschaft als in der Differenzierung zwischen versuchtem und vollendetem Handeltreiben. (Bearbeiter)

4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit (BGHSt 6, 246; 30, 359; BGH NSTz 2000, 207). (Bearbeiter)

864. BGH 5 StR 65/05 – Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Augsburg)

BGHR; Einkommensteuerhinterziehung nach Provisionsverteilungen im „System Schreiber“ (Feststellung eines Treuhandverhältnisses); Beweiswürdigung (lückenhafte Feststellungen; verdeckte Parteispenden; Fall Max Strauß); steuerliche Einordnung von Forderungen aus einer „Lobbyistentätigkeit“ (gewerbliche Einkünfte). § 370 AO; § 15 Abs. 1 EStG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG; § 39 AO; § 41 AO

1. Einkommensteuerhinterziehung nach Provisionsverteilungen im „System Schreiber“ (im Anschluss an BGHSt 49, 317). (BGHR)

2. Eine Vereinbarungstreuhand ist grundsätzlich möglich. Sie muss auf ernst gemeinten und klar nachweisbaren Vereinbarungen zwischen Treugeber und Treuhänder beruhen und tatsächlich durchgeführt werden. Das Handeln des Treuhänders im fremden Interesse muss wegen der vom zivilrechtlichen Eigentum abweichenden Zurechnungsfolge eindeutig erkennbar sein (BFH BStBl II 1998, 152, 156 und 2001, 468, 470). Wesentliches Kriterium für die Annahme eines Treuhandverhältnisses ist die Weisungsbefugnis des Treugebers gegenüber dem Treuhänder und damit korrespondierend die Weisungsbundenheit des Treuhänders gegenüber dem Treugeber sowie – im Grundsatz – dessen Verpflichtung zur jederzeitigen Rückgabe des Treuguts. Der Treugeber muss demnach das Treuhandverhältnis beherrschen. (Bearbeiter)

863. BGH 5 StR 263/05 – Beschluss vom 21. September 2005 (LG Münster)

Weiterhin bestehende Tatmehrheit zwischen Lohnsteuerhinterziehung und Vorenthalten von Arbeitsentgelt; Strafzumessung (Darstellung; gebotene Hervorhebung von Umständen, die für die Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts und damit der Schwere der Tat von besonderer Bedeutung sind); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (mangelnde Gefährdung des Aufkommens der Sozialversicherung bei Zahlung durch Dritte und Finanzierung einer freiwilligen Versicherung). § 370 AO; § 266a StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 28i SGB IV

1. § 266a StGB schützt in erster Linie das Interesse der Solidargemeinschaft an der Sicherstellung des Aufkommens der Mittel für die Sozialversicherung (vgl. BVerfG NJW 2003, 961; BGH NJW 2000, 2993, 2994). Da dieses Aufkommen nicht gefährdet ist, soweit Dritte – z. B. Subunternehmer – aufgrund einer mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung die betroffenen Arbeitnehmer bei den zuständigen Kassen angemeldet und fristgerecht Beiträge an die zuständige Einzugsstelle abgeführt haben, können diese Zahlungen dem Arbeitgeber zugute kommen, auch wenn er selbst keine Beiträge abgeführt hat (vgl. BGH, wistra 2001, 464, 465; insoweit nicht abgedruckt in BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 2 und Sozialabgaben 5).

2. Sorgt der Arbeitgeber dafür, dass die Arbeitnehmer als freiwillige Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. § 9 SGB V) versichert werden, und zahlt er absprachegemäß die Krankenversicherungsbeiträge für die freiwillige Mitgliedschaft, indem er die Beiträge vom Lohn der Arbeitnehmer einbehält und an die Krankenkasse abführt, ist das Aufkommen der Mittel für die Sozialversicherung in Höhe der Krankenversicherungsbeiträge ebenfalls nicht gefährdet. Die Tatsache, dass der Arbeitgeber gemäß § 28e Abs. 1 SGB IV erst im Rückgriff seine Leistungen vom Bruttoarbeitslohn des Arbeitnehmers abziehen darf (vgl. Senat, NJW 2002, 2480), ändert an diesem Ergebnis nichts.

3. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Strafzumessungserwägungen ist dem Tatrichter weder vorgeschrieben noch möglich. Daraus, dass ein für die Strafzumessung bedeutsamer Umstand nicht ausdrücklich angeführt worden ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, der Tatrichter habe ihn überhaupt nicht gesehen oder nicht gewertet (st. Rspr.). Es liegt jedoch ein sachlichrechtlicher Fehler vor, wenn in den Urteilsgründen Umstände außer Acht gelassen werden, die für die Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts und damit der Schwere der Tat von besonderer Bedeutung sind, deren Einbeziehung in die Strafzumessungserwägungen deshalb nahe lag.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Licht und Schatten – Verfahrensabschnittsbezogene Prüfung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) und Außerachtlassung der völkerrechtlichen Organisationspflicht durch den BGH

Von **Karsten Gaede**, Hamburg/Karlsruhe *

Anmerkung zu BGH 1 StR 78/05 – Beschluss vom 21. Juli 2005 (= BGH HRRS 2005 Nr. 726).

Der deutsche BGH hat nach den Anregungen durch EGMR¹ und BVerfG² eine Kompensationsrechtsprechung für den Fall der Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung entwickelt, die als vorbildlich gelten darf.³ Indes lebt der BGH seit langem mit tendenziell verletzungskaschierenden Abweichungen von der Rechtsprechung des EGMR, wenn es um die Prüfung einer Verletzung selbst geht.⁴ Nun hat der 1. Strafsenat beispielgebend Ansätze dazu gezeigt, die Wahrung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung auch dadurch zu prüfen, dass er einzelne Vorgehensweisen und Fortführungsentscheidungen der Justizorgane in den einzelnen Verfahrensabschnitten kritisch hinterfragt und damit eine Annäherung an Maßstäbe des EGMR dokumentiert (I.). Bei der Prüfung im konkreten Fall offenbart der 1. Strafsenat dann allerdings anhand des Umgangs mit verzögerten Aktenrückgaben durch Rechtsanwälte eine inakzep-

* Der Verfasser ist Referendar am HansOLG und seit November 2005 Herr Vizepräsident des BVerfG Prof. Dr. Dr. h.c. mult. *Winfried Hassemmer* zur Ausbildung am BVerfG in Karlsruhe zugewiesen. Die im Rahmen der Zürcher Promotion des Autors verfasste und im Folgenden in Bezug genommene Dissertation zum fairen Verfahren des Art. 6 EMRK („Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK“) wird derzeit zur Publikation vorbereitet. Für eine hilfreiche Durchsicht danke ich herzlich Herrn Rechtsreferendar *Ulf Buermeyer*, Berlin.

¹ Vgl. *Eckle v. Deutschland (D)*, Nr. 51, §§ 66 ff., 87, 94 = EuGRZ 1983, 371, 377 ff.; zur weiteren Entwicklung vgl. knapp *Gaede wistra* 2004, 166.

² Vgl. insbesondere BVerfG NStZ 1997, 591 und heute etwa BVerfG NJW 2003, 2225 f.

³ Vgl. statt vieler BGH wistra 2003, 420, 421 f.; *Burhoff HRRS* 2005, 53, 55.

⁴ Vgl. als Beispiele BGH HRRS 2005 Nr. 726; BGH 5 StR 326/02, Beschl. v. 21. 8. 2002, HRRS, L 1; dagegen bereits *Gaede wistra* 2004, 166, 174; zum Abstellen auf die Tatsache als Beschleunigungskriterium vgl. m.w.N. *Demko HRRS* 2005, 283, 294 f. (einschränkend nun auch BVerfG HRRS 2005 Nr. 721); zu staatlichen Verfahrensfehlern, die weitere Instanzen hervorrufen, vgl. BGH NStZ 2001, 106 f.; BGH NStZ-RR 2002, 219; siehe dazu *Gaede wistra* 2004, 166, 174 und nun BVerfG HRRS 2005 Nr. 721.

table Indifferenz gegenüber der Deutschland obliegenden völkerrechtlichen Verpflichtung, die organisatorischen Voraussetzungen für unverzögerte Strafverfahren zu schaffen (II.). Schließlich hält er weiter an seiner – in ihrer konkreten Form – verfehlten Orientierung an der insgesamt im Fall vertretbar erscheinenden Verfahrensgesamtdauer und an dem damit gespielten „europäischen Roulette“ fest (III.). Anmerkungen zu diesen drei Aspekten sind angesichts der immensen praktischen Bedeutung des „Beschleunigungsgebots“ angezeigt.

I. Hinterfragung der konkreten Fortführungsentscheidungen in einzelnen Verfahrensabschnitten

Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung und das aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete objektiv-rechtliche Beschleunigungsgebot werden ganz überwiegend unter dem Stichwort der Verfahrenslänge wahrgenommen.⁵ Gerade durch den BGH wird in ständiger Rechtsprechung betont, dass letztlich entscheidend sei, ob die Dauer des Verfahrens insgesamt nach seiner Komplexität und Anlage angemessen erscheint.⁶

An anderer Stelle wurde bereits dargetan, dass der Blick auf die abstrakte Gesamtdauer eines Verfahrens zu inhaltlichen Verkürzungen anhält, die im Sinne der Ratio des Art. 6 I 1 EMRK, unbegründete Verzögerungen zum Schutz des Angeklagten zu vermeiden, auch tatsächlich zu vermeiden sind.⁷ Ob ein Verfahren „überlang“ gewesen ist, bestimmt sich danach nicht durch den abstrakten Blick auf seine Länge etwa im Vergleich zur typischen Dauer bei Verfahren ähnlicher Art. Es bestimmt sich vornehmlich durch den Blick darauf, wie die staatlichen Justizorgane *das konkret vorliegende* Verfahren betrieben haben. Sind ihnen dabei Fehler unterlaufen, haben sie also eine nach den konkreten Fallumständen gebotene Verfahrensförderung unterlassen, die zu einer nicht gänzlich unerheblichen Verfahrensverlängerung geführt hat, folgt daraus eine Verletzung des Art. 6 I 1 EMRK, es sei denn, diese Verzögerung würde durch überobligatorische Beschleunigungsmaßnahmen ausgeglichen.⁸ Diese Perspektive macht es nach der Rechtsprechung des EGMR erforderlich, insbesondere das Handeln der Justizorgane in den einzelnen Verfahrensstadien auf seine verfahrensfördernde oder eben auch verfahrenverschleppende

⁵ Vgl. neben der hier kritisierten Rechtsprechung etwa BVerfG HRRS 2005 Nr. 308; *Meyer-Göfner*, StPO, 48. Aufl. (2005), MRK Art. 6 Rn. 7 am Ende.

⁶ Siehe nur BGH HRRS 2005 Nr. 726.

⁷ Vgl. *Gaede wistra* 2004, 166, 168, 171 f.; siehe nun auch zum teleologischen Moment *Demko HRRS* 2005, 283, 294 ff.

⁸ Siehe so bereits *Gaede wistra* 2004, 166, 171 ff., 174.

Wirkung zu prüfen.⁹ Die Justizorgane müssen durchgängig vertretbare Entscheidungen treffen, mit denen sie das Verfahren zügig fortführen, um eine insgesamt angemessene Verfahrensdauer zu gewährleisten und vermeidbare Belastungen zu vermeiden. Anders und mit dem BVerfG ausgedrückt: Die Justizorgane haben zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die mit ihm verbundenen Belastungen angemessen sind.¹⁰

Die Notwendigkeit derartiger Prüfungen demonstriert nun der vorliegende Beschluss des 1. Strafsenats in einer bislang für den BGH wohl beispiellosen Intensität: Der BGH überprüft, ob konkrete Entscheidungen der Staatsanwaltschaft im Zusammenhang mit der Erteilung von Akteneinsicht an einen Geschädigten und an den Anwalt eines Mitangeklagten unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hinzunehmen waren. Er prüft, ob die Staatsanwaltschaft in einer bestimmten Verfahrenssituation bereits zu einer Anklage hätte bereit sein müssen.¹¹ Ebenso hinterfragt er, ob und inwiefern die Staatsanwaltschaft das Verfahren durch die Anregung von Sanktionierungen des mit der Aktenrückgabe säumigen Geschädigtenanwalts hätte fördern müssen. Dass der BGH derartige Prüfungen anstellt, ist vor dem Hintergrund der heute mehrheitlich noch vertretenen grundsätzlichen „Rechtsschutzimmunität“ hinsichtlich des staatsanwaltlichen Ermittlungsverfahrens¹² bemerkens- und begrüßenswert. Die Prüfungen stellen einen wichtigen Schritt in Richtung einer mit Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK strukturell übereinstimmenden Praxis dar. Nachdem der EGMR vor kurzem gegenüber Deutschland deutlich gemacht hat, dass er auch die gerichtliche Terminierung der Hauptverhandlung unter dem Gesichtspunkt des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK für überprüfbar hält,¹³ sollte die Perspektive, auch einzelne, für die Verfahrensdauer erhebliche Fortführungsentscheidungen der Justizorgane kritisch zu hinterfragen, Schule machen.

Dergleichen wird auch nicht als maßlose Trivialisierung menschenrechtlicher Forderungen abzutun sein. Zum einen bleibt zu bedenken, dass es nur um vertretbare Fortführungsentscheidungen gehen kann; es geht nicht darum, am Reißbrett ein einzig denkbare „beschleunigtes Verfahren“ aus der ex post Perspektive zu entwerfen, um damit den Justizorganen unerfüllbar starre Regeln bei ihrer Verfahrensführung nach der jeweiligen nationalen

⁹ Zu den freilich weiter zu prüfenden Einzelkriterien vgl. aber auch *Demko* HRRS 2005, 283 ff.; zu ihrer systematischen Bedeutung siehe *Gaede* wistra 2005, 166, 171 ff.

¹⁰ Vgl. *BVerfG* NJW 2003, 2897: Prüfung in jeder Verfahrenslage; nun auch *BVerfG* HRRS 2005 Nr. 308.

¹¹ Ob die vom BGH gegebene Antwort hierbei vollends befriedigt, soll zur Konzentration auf die Fragen des Art. 6 EMRK im Übrigen offen bleiben.

¹² Vgl. – krit. – zum heutigen Meinungsstand m.w.N. *SK-Wohlers* § 160 Rn. 98 ff.; siehe auch *BVerfG* NSTZ 1984, 228; vgl. demgegenüber nun auch *BVerfG* HRRS 2005 Nr. 133: zulässige Verfassungsbeschwerde gegen einen strafprozessualen Eröffnungsbeschluss.

¹³ Vgl. *Cevizovic v. D.*, 29.7.2004, §§ 48 ff., 58 ff. = StV 2005, 136 ff. m. Anm. *Pauly*.

Prozessordnung vorzugeben.¹⁴ Vielmehr ist es angezeigt, aus der Situation *ex ante* Vorgehensweisen herauszufiltern, die vermeidbare und nicht sachlich begründete Verzögerungen hervorrufen können und in Wirklichkeit einen unbegründet hingenommenen Verfahrensstillstand bedeuten. Zum anderen ist die striktere Prüfung geboten, um dem Recht auf Verfahrensbeschleunigung gerecht zu werden: Ein Verfahren kann nur dann verzögerungsfrei ablaufen, wenn die Justizorgane, die das Verfahren betreiben, durchgängig Entscheidungen vermeiden, die Verzögerungen bewirken können und sodann die Verfahrensgesamtdauer verlängern. Spätere Ausgleichsmaßnahmen durch überobligatorische Beschleunigungen bleiben regelmäßig hypothetisch. Ein Wahlrecht, lieber eine spätere Strafmilderung in Kauf zu nehmen, als Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK zu wahren, steht der nationalen Justiz nicht zu.¹⁵

II. Unzureichende Berücksichtigung der völkerrechtlichen Perspektive: Pflicht zur Organisation einer hinreichenden staatlichen Verfahrensbeschleunigung

Nun stellt der 1. Strafsenat bei seinen Betrachtungen jedoch einen Ausgangspunkt in den Raum, der in dieser Form nicht bestehen bleiben darf, weil er jedenfalls¹⁶ den menschenrechtlichen Anforderungen nicht gerecht wird. Der Senat fordert für die Feststellung einer den Justizorganen zuzurechnenden Verzögerung eine objektive Pflichtwidrigkeit der Justizorgane und macht zu deren zwingenden Voraussetzung, dass den Justizorganen *nach nationalem Recht* eine Handlungsmöglichkeit eröffnet war, deren Wahrnehmung die Verzögerung zumindest wahrscheinlich vermieden hätte.¹⁷ Im Fall hatte er insbesondere die offensichtlich eigen- und mutwillig durch einen überforderten Geschädigtenanwalt verzögerte Aktenrückgabe zu beurteilen. Den Rechtsanwalt ordnete er nicht als ein Justizorgan ein, so dass sein Fehlverhalten für den BGH nicht maßgeblich sein konnte.¹⁸ Der Staatsanwaltschaft aber, so der 1. Strafsenat weiter, hätten hier und auch bei dem Mitangeklagtenanwalt keine praktikablen Möglichkeiten zur Verfügung gestanden, die insge-

¹⁴ Siehe bereits m.w.N. *Wohlers* JR 1994, 138, 139 f.; *Radke*, Bestrafungshindernisse aufgrund des Zeitablaufs (2001), S. 36 ff.; *Gaede* wistra 2004, 166, 172.

¹⁵ Siehe bereits *Gaede* wistra 2004, 166, 170.

¹⁶ Ob die verfassungsrechtlichen Erfordernisse ebenso zu beurteilen sind, wird hier nicht explizit untersucht. Warum der verfassungsrechtliche Maßstab aber zurückstehen sollte, ist nicht ersichtlich.

¹⁷ Vgl. *BGH* HRRS 2005 Nr. 726.

¹⁸ Warum der Rechtsanwalt, der doch nach Bekunden insbesondere des BGH – vgl. etwa *BGHSt* 38, 111, 114 ff.; für die entsprechende hM m.w.N. *Beulke* StPO, 8. Aufl. (2005), Rn. 150 – im Strafverfahren Organ der *Rechtspflege* sein soll, hier eigentlich kein Organ der Rechtspflege bzw. kein Justizorgan sein sollte, hätte vom Standpunkt des BGH einer echten Begründung bedurft. Der Eindruck eines inkonsequenten „Rosinenpickens“ der Rechtsprechung zugunsten der Vermeidung von Belastungen der *strafenden* Rechtspflege im Umgang mit dem problematischen Organbegriff drängt sich hier auf; vgl. zur Kritik am Organbegriff auch *SK-Wohlers* Vor § 137 Rn. 10 ff.; *Hassemer* ZRP 1980, 326, 328; *Roxin*, *Hanack-FS*, S. 1, 13 f.

samt gut ein halbes Jahr¹⁹ dauernde Aktenverschleppung entgegen § 19 Abs. 1 Satz 3 BORA zu verhindern oder entscheidend zu verringern. Lediglich eine Anregung bei der Rechtsanwaltskammer sei möglich gewesen und das danach mögliche Verfahren sei selbst zeitaufwendig. Sanktionsmöglichkeiten, wie sie etwa gegenüber einem säumigen Sachverständigen (vgl. z. B. § 77 Abs. 2 StPO) bestehen, gebe es nicht.

Indes, die den Staat vermeintlich entlastende Argumentation des 1. Strafsenats greift zu kurz. Unterstellt man einmal mit dem Senat, dass der Geschädigtenanwalt nicht als „Justizorgan im aufgezeigten Sinne“ zu betrachten ist, so klärt allein dies nicht, welche völkerrechtliche Verantwortung dem Vertragsstaat und den übrigen „Justizorganen im aufgezeigten Sinne“ hier zufällt. Der BGH macht es sich all zu einfach, wenn er seinen Blick auf den nationalen Status Quo wendet, feststellt, dass hier keine Handhabe bestand und sodann seine Augen vor dem *ungelöst verbleibenden Problem* wieder verschließt: Der nationale Status Quo ist völkerrechtlich nicht entscheidend. Entscheidend ist, ob eine Handhabe bestehen muss. Und eben dies wird zu bejahen sein. Hätte der 1. Strafsenat des BGH seine Literatur- und Rechtsprechungsaufarbeitung – soweit ersichtlich – nicht auf Ausbildungszeitschriften beschränkt und damit seinem früheren Bekenntnis zum Gebot konventionskonformer Auslegungen des deutschen Prozessrechts²⁰ hinreichend entsprochen, hätte er auf die aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK unter Umständen abzuleitende Verpflichtung zur Änderung des nationalen Status Quo stoßen können: Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK kann es erforderlich machen, dass eine nationale Praxis oder auch das bestehende Gesetzesrecht geändert werden.²¹ Ganz allgemein ist die national existente Verfahrensorganisation nicht nur hinzunehmen, sondern auch Deutschland obliegt die Pflicht, sein Strafverfahren so durch Regelungen und über seine Justizorgane zu organisieren, dass Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verwirklicht werden kann.²² Um offenbar bestehende

Missverständnisse über die völkerrechtlich bestehenden Pflichten auszuräumen, ist zu betonen, dass diese Organisationsverpflichtung keineswegs etwa nur für die Frage der nicht zurückgegebenen Akten oder nur für das Recht auf Verfahrensbeschleunigung gilt. Sie ist eine ständige Rechtsprechung, die gepaart mit der ausdrücklichen Aussage des EGMR, dass im Ergebnis auch Gesetzesänderungen geboten sein können, über die hier beispielgebende Konstellation hinaus eingreifen kann und die ebenso bei mangelhaften Teilhaberechten stets zu bedenken ist.²³

Der BGH hätte vor diesem Hintergrund feststellen müssen, dass die mangelnde Handhabe der Staatsanwaltschaft und damit der „Justizorgane im aufgezeigten Sinne“ einen erheblichen Organisationsmangel darstellt. Der BGH konnte vielleicht kein konkretes Fehlverhalten der Justizorgane feststellen, sehr wohl aber hätte er die bekannte staatliche Organisationsverpflichtung festhalten müssen und damit dem Staat die bei den Akteneinsichtsvorgängen insgesamt übermäßig verstrichene Zeit von insgesamt gut einem halben Jahr zurechnen müssen. Damit hätte er dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, diese Situation zu erkennen und schließlich zu beheben. Die fehlenden Handlungsmöglichkeiten offenbaren ein Problem, das durch zu regelnde Ordnungsgelder des säumigen Anwalts bei der *eigenmächtigen* Überschreitung *angemessener* Fristen zu bewältigen wären. Dass derartige Regelungen keine übermäßige Perfektionierung der Rechtslage darstellen würden, zeigen der vorliegende Fall und die Überlegung, dass die Justiz bislang geradezu „auf gut Glück“ hoffen muss, dass alle Anwälte die Akten irgendwann zurückgeben. Soll die Justiz etwa dann, wenn der Geschädigtenanwalt das Spiel vielleicht bis zu einem drei/viertel oder einem ganzen Jahr getrieben hätte, doch die vom 1. Strafsenat für beschleunigungsuntauglich befundenen berufsrechtlichen Maßnahmen anregen? Das Problem sollte ernst genug sein, dass eine Regelung zur Vermeidung vermeidbarer Verfahrensverzögerungen geschaffen wird.

Man wende dabei nicht ein, deren Behebung sei gegenüber unabhängigen Anwälten von vornherein unmöglich: Ist der Anwalt auf Grund seiner Unabhängigkeit davon frei gestellt, das Recht zu beachten? Keinesfalls ist er das, das Berufsrecht legt ihm die Verpflichtung zur zügigen und fristgerechten Akteneinsichtnahme gerade auf, ohne dass bei einer zu kurzen Frist ein verfassungsrechtliches oder konventionsbegründetes Recht auf die *eigenmächtige* Zurückbehaltung aus der Unabhängigkeit abgeleitet werden könnte.²⁴ Zwar ist gewiss bei umfangreichen Verfahren daran zu zweifeln, dass drei Tage Frist genügen. Auch bei einer durch den Anwalt eingewende-

und Gaede wistra 2004, 166, 170, 172, 173; knapp auch Laue Jura 2005, 89, 93.

²³ Vgl. selbst für nationales Verfassungsrecht Wildhaber, Der Spiegel, 47/2004, S. 50; am Beispiel der unzureichenden formellen Verteidigung demnächst Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. *), Kap. I § 4.

²⁴ Für eine nähere Analyse der Unabhängigkeit des strafverteidigenden Anwalts im Strafverfahren vgl. in nächster Zeit Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. *), Kap. E § 3.

¹⁹ Da gerade im Sinne des BGH und des EGMR eine Gesamtbetrachtung der vorliegenden Verzögerungen durchzuführen ist, wird hinsichtlich der *beiden* verzögerten Akteneinsichtsvorgänge insgesamt von einer Verzögerung von sechs Monaten ausgegangen werden können, ohne eine unbegründete Einschränkung der Akteneinsichtsrechte vorzunehmen.

²⁰ Vgl. insbesondere im Ansatz vorbildlich BGHSt 46, 93 ff. Freilich handelt es sich bei dem zitierten Beitrag von Christian Laue (Jura 2005, 89 ff.) um einen lesenwerten Beitrag, der in Deutschland die Kenntnisse über die nach der EGMR-Rechtsprechung erforderliche Verfahrensbeschleunigung verdienstvoll vermehren wird. Als Ausbildungsbeitrag muss er aber didaktische Grenzen etwa bei den Nachweisen und bei der Detailliertheit der Ausführungen beachten, auf die sich der BGH nicht berufen kann.

²¹ Vgl. Kitov v. Bulgarien, 3.4.2003, § 73: „the Court reiterates that the enjoyment of the right of every accused person to a trial within a reasonable time ... must be secured by the authorities through all appropriate means, including change of practice or legislative amendments if necessary.“; Wildhaber, Der Spiegel, 47/2004, S. 50; Gaede wistra 2004, 166, 170, 172.

²² Siehe etwa m.w.N. EGMR, Hennig v. Österreich, § 38, wistra 2004, 177, 179; LR-Gollwitzer, 25. Aufl. (2005), Art. 6 Rn. 79; Grabenwarter, EMRK, 2. Aufl. (2005), § 25 Rn. 71

ten hohen Arbeitsbelastung und bei einem großen Verfahrensumfang werden aber keine Monate an Akteneinsicht in Betracht kommen, vielmehr wird auch an Kopien zu denken sein und insbesondere eine entsprechende Äußerung des Anwalts zu fordern sein, die man nicht nachträglich unterstellen kann. Dass die hier durch geschaffene Fakten erwirkte Akteneinsicht von gut einem halben Jahr mit der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts und der durch diesen erfolgten sorgfältigen Aktenbearbeitung zu rechtfertigen war, behauptet auch der 1. Strafsenat nicht.

Vorsorglich wird man auch die im Einzelnen unklare²⁵ Obiter-Erwägung des Senats sogleich zurückweisen müssen, mit der er erwägt, ob er sich seine – zuvor breit angestellte! – Prüfung etwaiger Verzögerungen infolge der Art und Weise der gewährten Akteneinsicht wegen §§ 406e Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 Sätze 1 und 3, 336 Satz 2 StPO versagen müsste (Unanfechtbarkeit der gewährten Akteneinsicht). Diese Erwägung ist schon aus dem Blickwinkel der §§ 406e, 336 Satz 2 StPO selbst fraglich, da es im Fall primär um Defizite bei der *Ausführung und der Dauer der befürworteten Akteneinsicht* und damit nicht um die von § 406e StPO geregelte Befürwortung der Akteneinsicht als solcher geht.²⁶ Schon heute wird § 336 Satz 2 StPO insbesondere im Kontext von Grundrechtsverletzungen kritisiert und eingeschränkt.²⁷ Vor allem aber muss eine konventionskonforme Auslegung Platz greifen, damit die deutsche Rechtsordnung nicht auf die Feststellung von Verletzungen durch den EGMR angewiesen ist, sondern diese selbst ausräumen bzw. mit einer Kompensation festhalten kann.²⁸ Hierfür spricht nicht zuletzt der – vom BGH bislang in seine Argumentationen noch gar nicht einbezogene – Art. 13 EMRK, der in seiner heutigen Auslegung nationale Rechtsbehelfe zumindest zur Kompensation von Verzögerungen vorschreibt.²⁹ Für die Perspektive des EGMR wäre es in keiner Weise relevant, ob das deutsche Revisionsgericht meint, eine unbegründete Verzögerungswir-

kung hier nicht mehr beim Namen nennen zu dürfen. Der EGMR prüft prinzipiell Entscheidungen, hinsichtlich derer der nationale Rechtsweg erschöpft ist und die mithin national unanfechtbar sind.

III. Die ominöse insgesamt angemessene Verfahrensdauer

Der Senat nimmt sodann seine positiven Ansätze nochmals zurück, indem er zur alten Formel zurückfindet, nach der eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK selbst bei der Feststellung nicht unerheblicher staatlicher Verzögerungen schlicht deshalb entfallen können soll, weil die Verfahrensdauer „im Hinblick auf die sonstige Intensität und Dauer der Bearbeitung der Sache durch die jeweils zuständige Stelle ... angesichts des Verfahrensgegenstands, seines Umfangs und seiner Schwierigkeit ... insgesamt keinesfalls unangemessen lang,“³⁰ gewesen sei. Dies gelte hier umso mehr, als im Fall eine besondere Eilbedürftigkeit wegen des Vollzugs von Untersuchungshaft nicht vorlag.³¹

Diese Position des BGH ist und bleibt abzulehnen.³² Wie der 1. Strafsenat und die herrschende deutsche Auffassung selbst vertreten, gibt es gerade keine allgemein feststehende Höchstdauer für Verfahren bestimmten Typs – entscheidend ist, welche Verfahrensdauer im konkret zur Entscheidung vorliegenden Einzelfall zu erreichen war.³³ Der Hinweis, dass das Verfahren insgesamt nicht als übermäßig lang erscheint, kaschiert nicht den Umstand, dass *dieses konkrete Verfahren* nicht unerheblich kürzer hätte dauern können, wären der nationalen Justiz keine Versäumnisse vorzuwerfen. Im vorliegenden Fall wäre etwa nach der hier dargelegten Auffassung tatsächlich jedenfalls ein halbes Jahr Verzögerung zu vermeiden gewesen. Dass die Justizorgane im Übrigen zügig vorgegangen sind, tut dem keinen Abbruch: Was sollten sie pflichtgemäß anderes tun, als zügig zu ermitteln? Dass sie überobligatorische Anstrengungen unternommen haben, die frühere Versäumnisse ausgeglichen haben, behauptet auch der 1. Strafsenat nicht.³⁴ Im Er-

²⁵ Der 1. Strafsenat fragt, „ob das Vorbringen, die Verzögerung durch Akteneinsicht für den Geschädigtenvertreter sei wegen ihrer Erheblichkeit rechtsstaatswidrig, zu einer Überprüfung sämtlicher Details im Zusammenhang mit der Akteneinsicht durch das Revisionsgericht führen kann.“ Offenbar hält auch er die Prüfung nicht umfassend für verfehlt. Wo das Problem genau liegen soll, verdeutlicht er nicht.

²⁶ Man wende dabei nicht mit dem 1. Strafsenat und mit Bezug auf – vom BGH im Grunde falsch zitiert – LR-*Hilger*, 25. Aufl. (1999), § 406e Rn. 14 ein, *die hier vorliegende* Form erheblicher Verzögerungen sei von der Entscheidung über das Ob bereits gedeckt: Weder liegt eine „ganz besondere Bedeutung“ für den Verletzten vor, noch kann ernsthaft bei einer gesetzten Dreitagesfrist angenommen werden, die Staatsanwaltschaft habe ein halbes Jahr in Kauf genommen.

²⁷ Vgl. m.w.N. nur LR-*Hanack*, 25. Aufl. (1999), § 336 Rn. 12 und 14; zum gesetzlichen Richter auch *Meyer-Gofner* (Fn. 5), § 336 Rn. 7.

²⁸ Vgl. allgemein BVerfGE 74, 358, 370; BGHSt 45, 321, 329; 46, 93 ff.; *Weigend* StV 2000, 384 ff.; *Gaede* wistra 2004, 166, 167 mit 170 f. und w.N.

²⁹ Siehe zu diesem m.w.N. Kudla v. Polen [GC] - §§ 152 ff. NJW 2001, 2694; *Meyer-Ladewig*, HK-EMRK (2003), Art. 13 Rn. 19 ff.; *Gaede* wistra 2004, 166, 171 und in der Ausgabe HRRS 12/2005 *Demko*.

³⁰ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 726.

³¹ Was dieser Hinweis in der Entscheidung bedeuten soll, erschließt sich dem Verfasser jedenfalls vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EGMR letztlich nicht: Die Untersuchungshaft führt zur Pflicht, die Sorgfalt bei der Verfahrensdurchführung zu steigern (vgl. m.w.N. *Gaede* wistra 204, 166, 169, 172 f.). Mitnichten bedeutet sie – worum es dem 1. Strafsenat hier aber offenbar geht – dass der nicht inhaftierte Menschenrechtsinhaber festgestellte Verzögerungen durch Justizorgane bzw. Mängel der nationalen Justizorganisation eher hinzunehmen hätte.

³² Siehe zur Vermeidung von Wiederholungen abermals bereits *Gaede* wistra 2004, 166, 171 ff.; ebenso jüngst auch *Demko* HRRS 2005, 283, 292 ff. m.w.N.; siehe auch *Grabenwarter* (Fn. 22), § 24 Rn. 46.

³³ Vgl. *Villiger*, Handbuch EMRK, 2. Aufl. (1999), Rn. 453, 461; *Grabenwarter* (Fn. 22), § 24 Rn. 46; HK-EMRK (Fn. 29) Art. 6 Rn 77; *Clayton/Tomlinson*, The Law of Human rights (2000), Rn. 11.221; m.w.N. *Gaede* wistra 2004, 166, 168 f., 171 f.

³⁴ Zur Möglichkeit, staatliche Verzögerungen durch *besondere* Beschleunigungen zu kompensieren vgl. bereits *Gaede* wistra

gebnis heißt die im Übrigen zügige Ermittlung nur, dass die Justizorgane den geschehenen Versäumnissen bzw. den existenten Organisationsmängeln nicht noch weitere haben folgen lassen. Wie dies vor der menschenrechtlichen Ratio des Art. 6 I 1 EMRK eine Rechtfertigung für existente Mängel darstellen soll, bleibt bislang ein Geheimnis des BGH. Man meint in der Sache, dass man es – anders als bei der Kompensation von Verletzungen! – bei der Feststellung von Verletzungen „nicht zu genau nehmen sollte.“ Damit aber nimmt man zum Beispiel in

2004, 166, 172 ff. Vgl. auch EGMR, Hennig v. Österreich, § 37, wistra 2004, 177, 179.

diesem Verfahren kurzerhand ein halbes Jahr unbegründete Ungewissheit des Angeklagten hin und spielt so eine Art europäisches Roulette: Festzustellende Mindestzeiten für ausschlaggebende staatlich begründete Verzögerungen hat der EGMR nicht aufgestellt; vielmehr hat er auch bei einer Verfahrensgesamtdauer von rund zwei Jahren bereits auf eine Verletzung des Art. 6 EMRK erkannt.³⁵

³⁵ Vgl. *Pailot v. Frankreich*, Rep. 1998-II, §§ 60, 61 ff.; *Yağci u. Sargin v. Türkei*, Nr. 319-A, §§ 58 ff.; *Villiger* (Fn. 33), Rn. 453, 468; *Peters*, Einführung EMRK (2003), S. 124

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Ionnan Anastasopoulou: Deliktstypen zum Schutz kollektiver Rechtsgüter. C.H. Beck, München 2005, 347 Seiten, ISBN 3-406-53166-0, 56,- Euro.

„Strafrecht dient dem Rechtsgüterschutz“, lautet ein Mantra, welches den mit dem Strafrecht Beschäftigten von Beginn seines Studiums an begleitet. Die kriminalpolitische Pointe des Rechtsgüterschutzes besteht freilich weniger in einem strafrechtslegitimierenden als vielmehr in einem strafrechtslimitierenden Anliegen: Die rechtspolitische Gestaltungsmacht des Gesetzgebers soll auf den Schutz ihm vorgegebener Rechtsgüter begrenzt werden. Das systemkritische Potential der Rechtsgüterlehre schwindet indessen in dem Maße, in welchem sich Konturen von Rechtsgütern verflüchtigen (Ehre) oder es ihnen an einem greifbaren Inhalt fehlt (Volks Gesundheit). Strafrechtsnormen neueren Datums, die etwa die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes (§ 264a StGB) oder die der Versicherungswirtschaft (§ 265 StGB) schützen sollen, vermitteln gar den Eindruck, dass sich zu jeder als rechtspolitisch notwendig erklärten Verbotsnorm auch ein passendes Rechtsgut finden lässt, mit dem sich Verhaltensbeschränkungen legitimieren lassen. Die *Verfasserin* der von *Roxin* betreuten Münchener Dissertation untersucht, welche Deliktstypen sich zum Schutz kollektiver Rechtsgüter eignen und ob die tradierten Deliktkategorien ein hinreichendes Deutungsmuster für neuere Tatbestände zum Schutz solcher Allgemeinrechtsgüter bieten.

Anastasopoulou nimmt zunächst die kollektiven Rechtsgüter vor einer „Skandalisierung“ als per se illegitim in

Schutz, warnt andererseits aber davor, Allgemeinrechtsgüter dort zu hypostasieren, wo sich diese unmittelbar aus Individualrechtsgütern ableiten ließen (S. 40). Indem sie es zu einer „unabdingbaren Strukturbedingung“ erklärt, dass von Universalrechtsgütern nur dort gesprochen werden könne, wo sich diese nicht „unmittelbar und ausschließlich auf individuelle Interessen“ zurückführen lassen (S. 43), hat sich die *Verfasserin*, wie sich im weiteren Fortgang zeigen soll, einen argumentativen Riegel gegen strafrechtliche Ausweitungstendenzen verschafft. Sodann wendet sich *Anastasopoulou* den abstrakten Gefährungsdelikten zu, auf die das Rechtsgüterschutzdenken einen besonders hohen Legitimationsdruck ausübt, wird doch das Verhaltensverbot dort bereits in deutlichem Abstand zu einer tatsächlichen Einbuße am Rechtsgut ausgesprochen (S. 80). Dennoch will die *Verfasserin* am Rechtsgüterschutz als Primärprinzip auch dieses Deliktstyps festhalten, schließlich dürften in einem „liberalen Rechtsstaat...den Bürgern Pflichten nicht um ihrer selbst willen“ auferlegt werden (S. 127). Dies ist zweifellos richtig. Doch kann ein für alle abstrakte Gefährungsdelikte tragfähiger Bezug zwischen der Pflicht zur Unterlassung potentiell gefährlicher Handlungen und dem Schutz des Rechtsguts nicht, wie die *Verfasserin* meint, darin liegen, dass es bei Vornahme einer solchen Handlung nur noch vom Zufall abhängt, ob eine Verletzung des Rechtsguts eintrete oder nicht (S. 133 f.): Ob etwa Abfall ein Gewässer verunreinigen oder ein Darlehen das Kreditwesen beeinträchtigen kann, hängt wesentlich von erkenn- und steuerbaren, also nicht zufälligen Umständen ab. Den abstrakten Gefährungsdelikten und ihren Verhaltensverboten ist indessen ein anderes Zufallselement zu eigen, welches nur schwer mit der vermeintlichen Strenge des zitierten Mantra in Einklang zu

bringen ist: Die Grenze zwischen zulässigem und verbotenem Verhalten wird unter Ausschöpfung der Einschätzungsprärogative demokratisch legitimierter Institutionen gezogen.

Nach der Verteidigung der abstrakten Gefährungsdelikte im Allgemeinen widmet sich *Anastasopoulou* deren Einsatz zum Schutz kollektiver Rechtsgüter im Besonderen. Gelegentlich wird die Notwendigkeit einer dogmatischen Sonderbehandlung der abstrakten Gefährungsdelikte in diesem Bereich mit der Begründung postuliert, Allgemeinrechtsgüter seien einer unmittelbaren Verletzung gar nicht fähig, so dass auch die Frage nach einer Gefährdung ins Leere laufe (S. 135 ff.). *Anastasopoulou* hält dogmatische Zugeständnisse, etwa *Tiedemanns* Auffassung vom „Vorrang der Rechtspflicht gegenüber dem Rechtsgut“ (S. 142), hingegen für unnötig: Auch bei Allgemeinrechtsgütern könne von einer Verletzung bzw. Gefährdung gesprochen werden. Freilich gelte es, zwischen einer (nicht erforderlichen) Totalvernichtung eines kollektiven Rechtsguts und seiner (ausreichenden) punktuellen Verletzung zu unterscheiden (S. 202 ff.). Bezeichnend ist freilich, wie die *Verfasserin* die Verletzung von Universalrechtsgütern kennzeichnet: Die Verletzung unverkörperter gesellschaftlicher Institutionen liege in der „Beeinträchtigung der vorherrschenden Rationalitätsstruktur einer Gesellschaft“ (S. 202). Da aber die Rationalitätsstrukturen in den hier interessierenden Bereichen unserer Gesellschaft vom Recht gestaltet werden, weist der von der *Verfasserin* gewählte Erklärungsansatz primär keine *Rechtsguts*-, sondern eine *Rechtsverletzung* nach.

Der Schutz von Allgemeinrechtsgütern hat nicht nur zu dogmatischen Änderungsvorschlägen innerhalb der tradierten Deliktstypen geführt, den gängigen Deliktstypen ist von einer neueren Lehre das so genannte Kumulationsdelikt an die Seite gestellt worden. Diese Lehre erblickt in Vorschriften wie § 324 StGB den Regelungszweck, eine Gefährdung von Rechtsgütern zu verhindern, die zwar nicht durch die Vornahme der inkriminierten, für sich ungefährlichen Handlung, wohl aber durch die Kumulation solcher Handlungen eintreten könnte (S. 162 f.). Die *Verfasserin* hält diesen Ansatz für unhaltbar, da er auf die unrechtsbegründende Zurechnung potentiellen Verhaltens Dritter hinauslaufe (S. 179 f.) und insgesamt „Funktionalität mit Legitimität“ verwechsle (S. 182). Diese Kritik verfängt freilich nicht: Illegitim wäre der mit der Strafe verfolgte generalpräventive Effekt nur, wenn der Täter unabhängig von einem steuerbaren Verhalten allein zu Demonstrationszwecken bestraft würde. Auch nach der Lehre vom Kumulationsdelikt wird der Täter indessen ausschließlich aufgrund seines fehlbaren Verhaltens bestraft, einer unrechtsbegründenden Zurechnung von Drittverhalten bedarf es folglich nicht. Ob derartige Verstöße eine Kriminalstrafe nach sich ziehen müssen, ist wiederum eine Frage rechtspolitischen Ermessens: Denkbar wäre es allemal, Umweltgefährdungen durch unsachgemäßen Umgang mit Abfall dem Fall eines falsch geparkten Autos gleichzustellen, dessen Halter mit einem Bußgeld belegt wird, obgleich es niemanden be-

hindert, das aber dennoch kein schlechtes Vorbild für andere Parkplatzsuchende abgeben soll. Auch hier zeigt sich, dass die Grenzen des Strafrechts weniger von vorfindlichen Konturen eines Rechtsguts, sondern maßgeblich vom Willen des Gesetzgebers gestaltet werden.

Wenn aber, wie die *Verfasserin* meint, Universalrechtsgütern nichts per se Illegitimes anhaftet, abstrakte Gefährungsdelikte im Allgemeinen unbedenklich und zum Schutz kollektiver Rechtsgüter grundsätzlich tauglich sind, fragt sich, ob die Diskussion um die weite „Vorfeldkriminalisierung“ rechtspolitischer Lärm um Nichts war. Nach Auffassung von *Anastasopoulou* ist die Kritik an der Ausuferung des Strafrechts berechtigt – freilich aus anderen als den oft genannten Gründen. Das Problem der Universalrechtsgüter sei nicht – wie die „Frankfurter Schule“ lehre – der „nur vermittelte Bezug zu menschlichen Interessen“. Umgekehrt: Universalrechtsgüter würden oftmals nur vorgeschoben, um die eigentlich bezweckte Optimierung des Schutzes individueller Rechtsgüter zu kaschieren (S. 234). Die *Verfasserin* demonstriert diese These unter anderem an den Beispielen betrugsähnlicher Tatbestände wie §§ 264, 264a, 265b StGB: Rechtspolitischer Grund ihrer Einführung seien allein die praktischen Schwierigkeiten beim Vermögensschutz durch § 263 StGB gewesen. Deren Abhilfe habe eine erhebliche Vorverlagerung des Individualschutzes durch die neu geschaffenen betrugsähnlichen Tatbestände notwendig gemacht, wobei diese Strafrechtsausdehnung durch die zusätzliche Bezugnahme auf diffuse Universalrechtsgüter zu legitimieren versucht worden sei (S. 241 f.). Dem hält die *Verfasserin* mit Recht entgegen, die Bedenken gegen die Ausdehnung des Schutzes ließen sich nicht dadurch ausräumen, dass man „dem für sich begründungsinsuffizienten Gesichtspunkt des Vermögensschutzes noch ein weiteres diffuses Rechtsgut an die Seite stell[e]“ (S. 260). Gerade diese Kritik am rechtspolitischen Vorgehen wirft freilich erneut die Frage nach der Leistungsfähigkeit der Rechtsgutslehre auf, wenn, wie geschehen, unter Berufung auf den Rechtsgüterschutz die Grenzen des Strafrechts nicht begrenzt, sondern ausgedehnt werden. *Anastasopoulou* sieht sich denn auch gezwungen, das von ihr gerühmte „systemkritische Potential“ der Rechtsgutslehre erheblich zu reduzieren: Die Verpflichtung auf den Rechtsgüterschutz zwingen den Gesetzgeber immerhin, „das von ihm geschützte Interesse offen zu legen“, was für die Diskussion „erhellend“ sein könne (S. 292 f.). Der strafrechtslimitierende Anspruch der Rechtsgutslehre wird also in der kleineren Münze der Transparenz eingelöst. Dennoch, insistiert die *Verfasserin*, sei das Rechtsgut keine „Abkürzung des Zweckgedankens“. Vielmehr solle die „prinzipiell liberale Stoßrichtung die Modellierung der Verbotsmaterie“ bestimmen (S. 293). Allein: Was geschieht, wenn sich der Gesetzgeber, wie geschehen, nicht an solche Modellvorgaben hält? Dann bleibt nach Auffassung von *Anastasopoulou* nur die verfassungsgerichtliche Kontrolle, bei welcher das Rechtsgut einen „guten Prüfstein“ abgebe (S. 293). Doch selbst dieser bescheidene Anspruch sieht sich mit der von der *Verfasserin* an anderer Stelle dargelegten Genügsamkeit des BVerfG konfrontiert, letztlich „jeden

erheblichen Gemeinschaftswert oder –belang als Legitimationsgrund für Strafgesetze“ ausreichen zu lassen (S. 287).

Die sehr ausführliche Darstellung der Diskussion um die Universalrechtsgüter und das Gefährdungsdelikt führt *Anastasopoulou* zu der Folgerung, das abstrakte Gefährdungsdelikt sei die geeignete Deliktsform für den Schutz „echter“ kollektiver Rechtsgüter. Kennzeichnend für solche echten Kollektivgüter (wie die Rechtspflege) sei, dass ihre Gefährdung zu Einbußen an einer Vielzahl unterschiedlicher Individualrechtsgüter (Vermögen, Freiheit etc.) führen könnten, während bei bloß scheinbaren Kollektivgütern eine Verletzung anderer Individualrechtsgüter neben dem tatsächlich angegriffenen Gut nicht denkbar sei (S. 301). Im Hinblick auf die Strafnormen zum Schutz der Kredit- und Versicherungswirtschaft erklärt *Anastasopoulou* Folgeschäden an qualitativ gleichen Rechtsgütern bei Geschäftspartnern der Versicherungs- oder Kreditinstitute für nicht ausreichend, um ihrethalben hinter den Tatbeständen ein echtes Kollektivgut annehmen zu können (S. 303). Doch überzeugt diese definitiorische Ausgrenzung nicht: Im Kredit- und Versicherungswesen sind nämlich derartige Folgeschäden Ergebnis einer Kettenreaktion, die aus der institutionellen Verflechtung der einzelnen Glieder resultiert: Kredit- und Versicherungsunternehmen sind miteinander, etwa über Einlagensicherungssysteme, verbunden und führen zudem die Rechte vieler einzelner Kunden zusammen, so dass sich Vermögensschäden bei einem einzelnen Kreditunternehmen auf andere Banken und Gläubiger auswirken können. Angegriffen wird zwar ein einzelnes Unternehmen, Gefährdungen anderer individueller Rechtsgüter sind aber ebenso denkbar wie nachteilige Auswirkungen auf die rechtliche Vernetzung, welche die einzelnen individuellen Rechtsgüter im Guten wie im Schlechten aneinander binden. Diese rechtliche Vernetzung mag man als Kollektivrechtsgut bezeichnen. Schaut man also, wie die *Verfasserin*, vom Rechtsgut auf die Strafnormen und bestimmt deren Verletzung und Gefährdung rein normativ, liegen auch die von *Anastasopoulou* kritisierten Vorschriften des Wirtschaftsstrafrechts nicht außerhalb dieses dogmatischen Spektrums.

Demgegenüber will die *Verfasserin* mit der Verneinung des Prädikats „echtes“ Kollektivrechtsgut auch die Einordnung solcher Normen unter die Kategorie des Gefährdungsdelikts ausschließen: Wo es per definitionem kein Kollektivrechtsgut gibt, kann es auch nicht um seine Gefährdung gehen. Für *Anastasopoulou* bleibt ohne den dogmatischen Boden des Rechtsgutsgedanken die Lehre vom Kumulationsdelikt als Erklärungsfolie dieser Normen. Diese Lehre deutet sie als schlichte Ausprägung der „Bauernregel“, „wo wir denn hinkämen, wenn das alle täten“ (S. 312, 314). Indessen verdeckt diese Polemik nicht das Grundproblem hinter den Ausführungen der *Verfasserin*: Dem strafrechtsausdehnenden Potential des Rechtsgutsdenkens lässt sich nicht mit einer letztlich willkürlichen definitiorischen Verengung kollektiver Rechtsgüter begegnen, so dass man unerwünschte Folgen kurzerhand der Lehre vom Kumulationsdelikt zuschieben kann. Erkennt man nämlich an, dass Kollektivrechtsgüter

nicht nur fassbare Umweltmedien sind, sondern auch Produkte normativer Verständigung sein können, ist es um das systemkritische Potential des Rechtsgüterschutzens weitgehend geschehen. Der strafrechtslimitierende Anspruch des eingangs erwähnten Mantra muss folglich deutlich relativiert werden. Ob aber Relativierung ein zwangsläufiges Schicksal aller „rechtlichen Fundamentalprinzipien“ ist, wie *Anastasopoulou* meint (S. 293), darf bezweifelt werden.

Wiss. Ass. Dr. **Michael Kubiciel**, Regensburg

Walter Gollwitzer: Menschenrechte im Strafverfahren MRK und IPBPR; um ein Sachregister erweiterte Sonderausgabe der Kommentierung der MRK, IPBPR in der 25. Auflage des Löwe-Rosenberg, Großkommentar zur StPO und zum GVG; Verlag de Gruyter; 2005; Berlin; 700 Seiten; 198,- €; ISBN 3-89949-222-6.

I. Die jüngere Welle an darstellenden Publikationen zur EMRK wird nunmehr mit der Neuauflage eines bewährten Klassikers fortgesetzt: *Walter Gollwitzer* hat seine Löwe-Rosenberg-Komentierung der beiden wesentlichen menschenrechtlichen Verträge EMRK und IPBPR auf dem Stand 1.10.2004 vorgelegt. Wie von der Voraufgabe gewohnt, hat *Gollwitzer* dabei unter Orientierung an der EMRK die Konventionsbestimmungen und die entsprechenden und zum Teil weitergehenden Vorschriften des IPBPR im jeweiligen Kontext erläutert. Das Ziel des Kommentars besteht erklärtermaßen darin, die heute auch in Alltagsfällen zu beobachtende (vgl. Vorwort I) Einwirkung der menschenrechtlichen Verträge auf das Strafverfahren durch Erläuterungen verständlich zu machen. *Gollwitzer* zieht hierfür fast ausschließlich deutschsprachige Quellen heran, was treffend darin zum Ausdruck gebracht wird, dass sich der Kommentar auf die unpräzise Überschrift des deutschen Umsetzungsgesetzes bezieht und somit von der Kommentierung der MRK spricht. Veröffentlicht wurde der Kommentar auch als ansehnliche Sonderausgabe, die zu Recht den Titel Menschenrechte im Strafverfahren trägt: Erläutert werden all jene Vorschriften, die für das Strafverfahren von nicht nur peripherer Relevanz sind.

Die Zielsetzung bedeutet damit zugleich, dass der Kommentar seine strikt deutsche Perspektive aufrecht erhält (vgl. auch Vorbem. II: für das internationale Spezialschrifttum soll Raum bleiben), für die er zur Voraufgabe von *Trechsel* u.a. hart als „uneuropäisch“ gebrandmarkt worden ist. Den Bedürfnissen der deutschen Praxis dürfte die Herangehensweise *Gollwitzers* freilich oftmals entgegen kommen. Es muss aber doch festgehalten werden, dass bei einer solchen Selbstbeschränkung auch Anregungen oder entscheidende Nuancierungen des Auslegungsstandes übersehen werden könnten, die sich gerade aus Rechtsprechungsentwicklungen und Diskussionen

ergeben können, die abseits offensichtlich für Deutschland problematischer Konventionsrechtsfragen verlaufen können. So vermisst man im Kommentar letztlich einige Entscheidungen, die zu nicht deutschsprachigen Vertragsstaaten der EMRK ergangen sind, die aber für die weitere Konventionenentwicklung bedeutsam sein können.

II. Auch die Neuauflage des Kommentars besticht durch eine klare Darstellung der gesicherten Erkenntnisse zur EMRK. In vorwiegender Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR sowie der Entscheidungen der früheren EKMR bietet *Gollwitzer* eine Kommentierung, die explizit aus dem Blickwinkel wahrscheinlicher Fragen der deutschen Rechtspraxis geschrieben ist und die sich daher für die Bedürfnisse der deutschen Praxis tatsächlich gut eignet. Besonders gelungen erscheint die prägnante Einführung in den europäischen bzw. internationalen Menschenrechtsschutz (S. 95-141). Ebenso wird das Rechtsschutzverfahren nach den internationalen Verträgen konzise und für die Bedürfnisse der Praxis äußerst hilfreich dargeboten (S. 611-672). Hierbei und auch in den gesamten übrigen Kommentierungen liegt der Schwerpunkt eindeutig und angemessen auf der EMRK, da ihr im Vergleich durchsetzungsfähigerer Rechtsschutzmechanismus und die zu ihr heute entwickelte Rechtsprechung in weitaus größerem Maße Fragen aufwerfen, die für das deutsche Straf(prozess)recht relevant sind. Die an der EMRK orientierte Ansatz der Doppelkommentierung und der beschränkte Quellenzuschnitt lässt freilich den Eindruck aufkommen, als werde der IPBPR ein wenig stiefmütterlich behandelt. Ebenso hätte sich der Rezensent mit Blick auf zukünftiges Unionsrecht bisweilen Erörterungen dazu gewünscht, ob ausdrücklich vom IPBPR garantierte Rechte heute nicht auch vom fairen Verfahren des Art. 6 EMRK umfasst werden (vgl. etwa zur Pflicht, über die mögliche Hinzuziehung eines Verteidigers zu belehren, Art. 6 Rn. 208 f.). Äußerst erfreulich und für die praktische Arbeit bedeutsamer ist aber wiederum, dass der *Gollwitzer* einen umfassenden Abdruck der kommentierten völkerrechtlichen Verträge enthält: Auf 93 Seiten werden parallel die deutschen und die völkerrechtlich maßgeblichen englischen und französischen Fassungen der einschlägigen Verträge einschließlich der Antifolterkonventionen publiziert.

Gollwitzer arbeitet in die Kommentierungen eine große Fülle neuer Entscheidungen und Publikationen ein. Gerade mit der immens angeschwollenen Anzahl an Entscheidungen des EGMR und der vermehrt anwachsenden Literatur muss man dies als eine äußerst bedeutsame Leistung hervorheben. Der Großkommentar erschließt so eine erhebliche Anzahl weiterführender, deutschsprachiger Quellen. Vereinzelt Lücken bei der Einarbeitung aktueller Beiträge aus jüngeren Festschriften und geläufigen strafrechtlichen Fachzeitschriften muss man jedoch zur Kenntnis nehmen, so dass der Blick in andere Großkommentierungen wie etwa derjenigen von *Paeffgen* im SK auch insoweit noch von Gewinn sein kann. Bei den Entscheidungen ist sogar BVerfG NJW 2004, 3407 ff. (Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen) bereits knapp eingearbeitet. *Gollwitzer* deutet dabei an, dass er sich eine Rüge der Verletzung der EMRK über Art. 2 GG

vorstellen kann. Auch er stellt klar, dass es bei der Eröffnung von Argumentationsspielräumen nach nationalem Recht allenfalls dann legitim sein kann, vom Konventionsstandard abzuweichen, wenn die Absicht des Gesetzgebers eindeutig belegt ist, von der EMRK abweichen zu wollen (Einf. Rn. 43).

III. Während eine Aufarbeitung der Ausführungen und Positionierungen nicht möglich ist, die *Gollwitzer* in seinem Werk trifft, ist es doch sinnvoll, schlaglichtartig Positionen *Gollwitzers* zu einzelnen, praktisch drängenden oder viel diskutierten Fragen anzusprechen, um eine Vorstellung von den Auffassungen des Kommentators und von dem enormen Fragenkreis zu gewinnen, den *Gollwitzer* zu bearbeiten hatte:

Zur jüngeren Auseinandersetzung um eine mögliche Untätigkeitsbeschwerde zur Beendigung rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerungen hält *Gollwitzer* fest, dass ein entsprechender Anspruch zwar grundsätzlich nach der Konvention existiert (Art. 13 Rn. 6d). Letzten Endes lehnt er eine Untätigkeitsbeschwerde jedoch als kontraproduktiv ab. Eine Ausweitung der bislang nur für das Recht auf Verfahrensbeschleunigung geltenden Rechtsprechung des EGMR, bei Verletzungen des Art. 6 EMRK über Art. 13 EMRK nationale Abhilfeverfahren zu fordern, erscheint ihm dagegen plausibel. Dies könnte ganz neue Fragen an das deutsche Strafverfahrensrecht herantragen. Zutreffend stellt der Kommentar die von BGH StV 2003, 388 angedachte Einschränkung der nach Art. 6, 13 EMRK gebotenen Kompensation von Verstößen gegen das Recht auf Verfahrensbeschleunigung im Jugendstrafverfahren in Frage (Art. 6 Rn. 85b).

Deutlich betont *Gollwitzer*, dass die staatliche Verantwortlichkeit nach der EMRK kein staatliches Handlungsverschulden voraussetzt, also eine umfassende Einstandspflicht des gesamten Staates für die tatsächliche Verwirklichung der garantierten Rechte besteht (vgl. Art. 1 Rn. 11a, 15 ff.). Bemerkenswerter Weise hält *Gollwitzer* hier den Ausschluss von rechtmäßigen Notwehrhandlungen, die zur Tötung des Angreifers bei der alleinigen Verteidigung von Sachwerten führt, ohne weiteres für grundsätzlich geboten (Art. 2 Rn. 18 und 19). Lesenswert und überzeugend legt er dar, wie weit der Schutz der Pressefreiheit auch nach der Straßburger Rechtsprechung praktisch reicht, womit er die im Zuge der Caroline-von-Hannover-Entscheidung aufgekommenen Aufregungen treffend als unsubstantiiert erweist (vgl. etwa Art. 10 Rn. 28). Die nachträgliche Sicherungsverwahrung ist auch nach Auffassung *Gollwitzers* kein Fall des Art. 5 I Nr. c 2. Alt. EMRK (Art. 5 Rn. 70). Einschränkungen des Akteneinsichtsrechts bei Art. 5 IV EMRK kommen für ihn „nur bei nicht unmittelbar hafterheblichen Verfahrensvorgängen“ in Betracht (Art. 5 Rn. 124a). Die Problematik der sofortigen Verwerfung der Berufung bei Abwesenheit des Angeklagten gemäß § 329 Abs. 1 StPO will *Gollwitzer* mit einer eher erstaunlichen Argumentation über den IPBPR im Sinne des deutschen Status Quo beantworten, wobei er die dazu existierende ständige Rechtsprechung des EGMR nicht näher analysiert (Art. 6 Rn. 190a).

Für einen Großkommentar vielleicht eher untypisch ist der Umstand, dass *Gollwitzer* nicht selten Streitfragen offen lässt oder jedenfalls nicht näher aufgreift. So hält *Gollwitzer* die Absolutheit des Folterverbots gemäß Art. 3 EMRK lediglich fest, verweist allein auf einige Quellen zur jüngst entbrannten Diskussion um etwaige Ausnahmen (Art. 3 Rn. 7). Zur streitigen Frage der möglicherweise in Großverfahren ungenügenden deutschen Revisionsbegründungsfrist äußert *Gollwitzer* keine Auffassung (Art. 6 Rn. 185). Auch den Konflikt zwischen BVerwG und EGMR zur Verfolgung durch private Gruppen lässt er offen (Art. 3 Rn. 14a; vgl. anders etwa *Grabenwarter*, EMRK, 2. Aufl., § 20 Rn. 27). Den gerade im deutschen Schrifttum bestrittenen Ansatz der ersten *Öcalan*-Entscheidung, die unfair verhängte Todesstrafe als Verstoß gegen Art. 3 EMRK zu betrachten, lässt er unkommentiert (Art. 3 Rn. 33). Ob Art. 5 V EMRK einen Entschädigungsanspruch bei menschenunwürdiger Inhaftierung umfasst, erörtert *Gollwitzer* nicht (dafür aber m.w.N. *Gazeas* HRRS 2005, 171, 176). Zu allen angesprochenen Fragen bietet *Gollwitzer* freilich den Zugang zu einschlägiger Literatur. Die nunmehr in Straßburg erörterte und auch dringlich erörterungsbedürftige Frage, ob der (deutsche) Brechmitteleinsatz Art. 3 EMRK unterfällt, beantwortet *Gollwitzer* leider nicht.

Ein wenig bedenklich erscheint die bisweilen aufzufindende Tendenz *Gollwitzers*, Vorgaben des fairen Verfahrens im Anschluss an das BVerfG eher noch restriktiver festzustellen, als sie der EGMR im Wege seiner Gesamtbetrachtung anerkennt. Die Sichtweise, *Gollwitzers*, dass selbst die Mindestrechte des Art. 6 III EMRK wegen der Gesamtbetrachtung nicht strikt, sondern nur in Abhängigkeit vom Einzelfall einzuhalten seien, muss als zweifelhaft oder doch ungenau gelten (vgl. so aber gestützt auf ein Zitat der EKMR aus den 70er Jahren Art. 6 Rn. 161, Rn. 65; vgl. dazu demnächst näher *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Kap. C § 1 I, D § 2 III [Diss. Zürich 2005, Druck in Vorbereitung]). So wird etwa recht vorschnell die BGH-Praxis als legitim anerkannt, nicht gänzlich unbedeutende staatliche Verfahrensverzögerungen allein deshalb zu ignorieren, weil das Verfahren insgesamt nicht übermäßig lang erscheint (vgl. Art. 6 Rn. 78; dagegen bereits *Demko* HRRS 2005, 283, 292 f. m.w.N.; *Gaede* HRRS 2005, in diesem Heft). Die Rechtsprechung des EGMR, nach der eine auch nicht eingeschränkt konfrontierte Zeugenaussage niemals das einzige oder wesentliche Beweismittel sein dürfe, auf das sich ein verurteilendes Urteil stützt, wird zu einer Aussage, dass in einem solchen Fall eine Verletzung vorliegen „kann“ (Art. 6 Rn. 228); die ungenaue BGH-Formel, nach der eine unkonfrontierte Aussage das wesentliche Beweismittel sein könne, wenn sie durch weitere gewichtige Beweismittel bestätigt werde, wird von *Gollwitzer* in Abwandlung des Originals des EGMR übernommen (Art. 6 Rn. 226; vgl. treffend und erhellend dazu schon *Demko* ZStR 112 (2004), 416 ff., 433 f.). Ebenso ist anmerkwürdig, dass *Gollwitzer* bisweilen frühere, bedenklich restriktive Ansätze der EKMR als aktuellen Auslegungsstand ausweist, was im Lichte der auch von ihm hervorgehobenen dynamischen

Auslegung der EMRK zweifelhaft erscheinen muss (vgl. beispielhaft die Art. 6 Rn. 170, 192 ff. und zur gebotenen Prüfung, ob Ansätze der EKMR im Licht späterer Rechtsprechung des EGMR noch heute relevant sind, vgl. Weh v. AUT, §§ 47 ff. JR 2005, 423 ff. m. Anm. *Gaede*).

IV. Ein Gesamtfazit kann danach betonen, dass die aktualisierte Auflage des *Gollwitzer*-Kommentars eine ganz erhebliche Bereicherung auf dem deutschen Literaturmarkt zur EMRK darstellt. Der erklärtermaßen deutsche Großkommentar zur EMRK ist eine bedeutende Informationsquelle, die mit ihrer Orientierung an der deutschen StPO dem Praktiker zügig beim oft unbekanntem Umgang mit der EMRK weiter helfen wird. Damit erreicht der Kommentar das selbst gesetzte Ziel. Für die heute auch für das deutsche Recht oftmals bedeutsamen Auslegungsfragen zu EMRK und IPBPR bietet der Kommentar Zugang zu diversen Entscheidungen und Beiträgen in deutscher Sprache. Wenn auch die bereits referierte und von *Gollwitzer* selbst offen gesetzte Beschränkung auf eine praktische, deutsche Perspektive als solche nicht zu kritisieren ist, sollte der Benutzer des Werks freilich im Auge behalten, dass dieser deutsche Blickwinkel möglicherweise weitere Fragen oder nuanciert mögliche Betrachtungen verdecken könnte. Nimmt man aber die mitunter noch arg notleidende praktische Wahrnehmung der Konventions- und IPBPR-Maßstäbe zum Bewertungsmaßstab, dann ist insgesamt festzuhalten, dass die 25. Auflage des Löwe-Rosenberg zu den Menschenrechten im Strafverfahren einen bedeutsamen Beitrag zur praktischen Verwirklichung dieser Rechte im deutschen Strafverfahren darstellt. *Gollwitzer* hat mit ihr sein wichtiges Wirken für die Menschenrechte abermals unter Beweis gestellt (vgl. auch die zu Ehren *Gollwitzers* herausgegebene Publikation Verfassungsrecht - Menschenrechte – Strafrecht, Kolloquium für Dr. Walter Gollwitzer zum 80. Geburtstag am 16. Januar 2004 in München, hrsg. u.a. von *Reinhard Böttcher*; Berlin 2004).

Karsten Gaede, Hamburg/Karlsruhe

Norman Inoue, Die Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren. Schriftenreihe Strafrecht in Forschung und Praxis, Band 47, Dr. Kovac, Hamburg 2004, 254 Seiten, ISBN 3-8300-1648-4, EUR 85,00.

I. Da die Strafverteidigung im Ermittlungsverfahren leider nur selten in der Literatur problematisiert wird (vgl. aber nunmehr auch den für alsbald in der Reihe Praxis der Strafverteidigung angekündigten Band zum Ermittlungsverfahren von Matt), ist um so erfreulicher, dass sich *Norman Inoue* in seiner Monographie diesem Thema widmet, wobei es ihm speziell um die Pflichtverteidigung geht. Schnell wird bei der Lektüre klar, dass *Inoue* dem Leser bewusst machen will, wie wichtig es für eine effektive Strafverteidigung ist, dass bereits im Ermittlungsverfahren ein Pflichtverteidiger bestellt wird, da bereits in diesem in Bezug auf die Verteidigung oft

stiefmütterlich vernachlässigtem Verfahrensabschnitt regelmäßig die Weichen für den Ausgang des Verfahrens gestellt werden. Auch wenn erfahrene Strafverteidiger immer wieder die Bedeutung ihrer Tätigkeit im Ermittlungsverfahren betonen, spiegelt sich dies trotz zahlreicher Reformbemühungen zur Stärkung der Einflussrechte des Verteidigers im Ermittlungsverfahren bislang nicht in den gesetzlichen Regelungen der StPO wieder. *Inoue* stellt in seiner Monographie nicht nur die bestehenden Defizite im Vergleich zur Wahlverteidigung fest, sondern untermauert seine Argumentation für eine Stärkung der (Pflicht)Verteidigerrechte im Ermittlungsverfahren in überzeugender Weise mit konventions- und verfassungsrechtlichen Grundsätzen.

Wer allerdings aufgrund des Titels der Monographie Ausführungen zur inhaltlichen Ausgestaltung der Tätigkeit eines Strafverteidigers im Ermittlungsverfahren erwartet, wird enttäuscht. *Inoue* weist in der Einleitung darauf hin, dass der Schwerpunkt eben nicht hier, sondern auf der Frage nach der grundsätzlichen Notwendigkeit der Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren und dem Zeitpunkt der Bestellung des Pflichtverteidigers liegen soll (vgl. S. 9). Diesbezüglich hätte der Titel etwas klarer gefasst werden können, da „Die Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren“ eher suggeriert, dass es nicht vorrangig um die Frage nach dem „Ob“, sondern vielmehr um das „Wie“ der Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren geht.

II. *Inoues* Arbeit gliedert sich in sechs Abschnitte – beginnend mit einer Einleitung, über einen geschichtlichen Abriss und die Darstellung verfassungs- und konventionsrechtlicher Grundsätze zur Pflichtverteidigung, bis hin zur Untersuchung der aktuellen Gesetzeslage und Rechtswirklichkeit. Diesem Kapitel schließt sich die Darstellung aktueller Reformbemühungen der StPO an, wobei *Inoue* auch einen eigenen Reformvorschlag vorstellt. Die Untersuchung endet mit einer Schlussbetrachtung, in der die Ergebnisse erneut zusammengefasst werden.

1. Nachdem *Inoue* in seiner Einleitung zunächst die verschiedenen Begriffe für Pflicht- und Wahlverteidiger, wie z.B. die des „notwendigen“ und „nichtnotwendigen Verteidigers“ erklärt, geht er auf das Verhältnis zwischen der Pflicht- und Wahlverteidigung ein (S. 6 ff.). Außerdem wird die grundsätzliche Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für die Verteidigung anhand der Verfahrensabschnitte des Strafverfahrens erklärt. Nach dem herrschenden „formaljuristischen Ansatz“, gehe man davon aus, dass dem Ermittlungsverfahren gegenüber der Hauptverhandlung nur eine untergeordnete Bedeutung zukomme (S. 11). Tatsächlich werde in der Hauptverhandlung die im Ermittlungsverfahren durchgeführte Beweisaufnahme aber lediglich wiederholt, so dass das Ergebnis der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung i.d.R. vorbestimmt sei (S. 12). Dies werde auch in der Praxis so gesehen, da 72 % der Verteidiger ihrer Tätigkeit im Ermittlungsverfahren eine hohe Effektivität zu messen und sogar 43 % den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit

in diesem Verfahrensabschnitt sehen würden, während nur 30 % davon ausgehen würden, der Schwerpunkt ihrer Aufgabe liege in der Hauptverhandlung (S. 14 f.).

2. Im zweiten Teil der Untersuchung von *Inoue* folgt ein geschichtlicher Abriss über das Strafprozessrecht und die in der Vergangenheit entwickelten Modelle der notwendigen Verteidigung (S. 17 ff.). Bemerkenswert ist, dass das Herzogtum Braunschweig und das Herzogtum Nassau die Notwendigkeit der Verteidigung von der Vermögenslosigkeit des Beschuldigten abhängig gemacht haben (S. 22). Diesen Gedanken nimmt *Inoue* später in seinem eigenen Reformvorschlag wieder auf (vgl. S. 189 ff.). In der Reichsstrafprozessordnung, auf der unser heutiges Strafprozessrecht im Wesentlichen beruhe, sei die finanzielle Lage des Beschuldigten hingegen nicht mehr berücksichtigt worden (S. 22). Der weitere Fortgang der Entwicklung des Strafprozessrechts zeigt, dass die Verteidigerrechte im Ermittlungsverfahren zwar stetig gestiegen sind, wie z.B. die Einräumung des Akteneinsichtsrechts nach § 147 f. StPO durch das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung 1964 (S. 31). Fraglich sei also, ob die Ausgestaltung der notwendigen Verteidigung der hohen Bedeutung der notwendigen Verteidigung gerecht werde (S. 44).

3. Auf den nächsten 23 Seiten geht es um die verfassungs- und konventionsrechtlichen Grundsätze und ihrer Konsequenzen für die formelle und notwendige Verteidigung (S. 45-68). *Inoue* stellt die Wechselwirkung zwischen Menschenrechten und Grundrechten des deutschen Grundgesetzes heraus, was insbesondere im Bereich der Verfahrensgarantien aufgrund der wenig detaillierten Regelungen im Grundgesetz besonders wichtig sei (S. 46). Er unterteilt die verfassungsrechtlichen Grundsätze klassisch in Justizgrundrechte, das Rechtsstaatsprinzip und fair trial, den Grundsatz der Waffengleichheit sowie das Sozialstaatsprinzip und die Fürsorgepflicht des Staates. *Inoue* kommt es besonders darauf an zu klären, wie die Fürsorgepflicht des Staates und die Autonomie des Beschuldigten zu einem Ausgleich gebracht werden können, und er kommt anhand der hierzu vertretenen Ansichten zu dem Ergebnis, dass ein vollständiger Ausgleich zwischen diesen beiden Grundsätzen nicht möglich ist. Folge man der Ansicht, nach der dem Beschuldigten in jedem Verfahrensabschnitt ein Verteidiger obligatorisch beizuordnen sei, würde man den Beschuldigtenwillen vollständig ignorieren (S. 59 ff.). Die gegenteilige Auffassung hingegen, die die Beiordnungsfrage stets dem Beschuldigten überlassen wolle, könne auch nicht überzeugen, denn hier stünde es tatsächlich zur Disposition des Beschuldigten, ob es zu einem rechtsstaatlichen Verfahren komme (S. 61 ff.). Nach *Inoues* Ansicht scheint das gesetzliche Modell vorzugswürdig zu sein. Der Subjektstellung des Beschuldigten werde durch das Recht sich gem. § 137 StPO jederzeit eines Verteidigers bedienen zu können, Rechnung getragen, während diesem Recht dort Grenzen im Interesse der Durchführung eines rechtsstaatlichen Verfahrens gesetzt seien, wo es sich um einen Fall der notwendigen Verteidigung handele und der Beschuldigte keinen Verteidiger wün-

sche. Nur so könne garantiert werden, dass die Verteidigung neben den Interessen des Beschuldigten auch Überindividuellen Interessen diene (S. 64).

4. Den Schwerpunkt der Arbeit von *Inoue* bildet der vierte Teil, in dem er sich mit der aktuellen Gesetzeslage und Rechtswirklichkeit beschäftigt (S. 69-173). Hier geht er auf die speziellen gesetzlich geregelten Fälle der notwendigen Verteidigung, insbesondere § 140 StPO, ein und setzt sich mit der tatsächlichen Bedeutung des Beschuldigtenwillens auseinander, der nicht erst bei der Verteidigerauswahl, sondern bereits bei der Frage nach dem „ob“ einer Bestellung zu berücksichtigen sei (S. 98). Der Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung und die Frage nach der Verwertbarkeit von unter Verstoß gegen § 141 StPO gewonnenen Beweise, bilden den Hauptteil des Abschnitts (S. 115-161). Schließlich nimmt *Inoue* zu den kostenrechtlichen Regelungen der Pflichtverteidigung Stellung und endet mit der Frage, ob die verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben zutreffend in der Rechtswirklichkeit umgesetzt werden.

Inoue stellt Missstände in der Rechtswirklichkeit geschickt heraus und stellt so die Weichen für die Beantwortung der Frage, ab welchem Zeitpunkt die Bestellung des Pflichtverteidigers erfolgen sollte (S. 115 ff.). Dies gelingt ihm u.a. dadurch, dass er nicht nur in diesem Kapitel, sondern auch immer wieder an anderer Stelle auf kriminalwissenschaftliche Untersuchungen Bezug nimmt (vgl. z.B. S. 12, 13, 14, 71 ff., 100 f., 118 f.). Erwähnenswert ist vor allem der Teil, der sich mit der Bestellung nach § 117 IV StPO, also im Falle einer über drei Monate hinausgehenden Untersuchungshaft, beschäftigt. *Inoue* erwähnt hier ein Feldexperiment, welches in einem Zeitraum von drei Jahren (Okt. 1991-Sept.1994) in drei Frankfurter Untersuchungshaftanstalten durchgeführt wurde und bei dem jeder Gefangene einen Verteidiger auf Kosten der Landeskasse erhalten habe. Schätzungen hätten ergeben, dass es insgesamt bei den Gefangenen zu einer Haftzeitverkürzung von etwa 60 Tagen komme und für den gesamten Untersuchungshaftvollzug eine Haftzeitverkürzung von 24 Tagen festgestellt worden sei (S. 71). Dass es überhaupt zu einer Haftzeitverkürzung kam, verwundert den strafprozessual vorgebildeten Leser kaum, da es in Fällen in denen ein Haftbefehl rechtsfehlerhaft sein sollte oder der Haftgrund im Nachhinein wegfällt, ein Verteidiger sicherlich schneller darauf aufmerksam wird als der Ermittlungsrichter, der diesen Fehler frühestens bei der nächsten Wiedervorlage der Akte erkennt. Solche Erklärungsansätze liefert *Inoue* hingegen nicht, sondern belässt den Leser über die Gründe für dieses Ergebnis im Dunkeln. *Inoue* hat zwar bereits am Anfang seiner Arbeit darauf hingewiesen, dass es nicht um die inhaltliche Ausgestaltung der Arbeit geht, dennoch wäre eine kurze Bezugnahme hierauf an der einen oder anderen Stelle erfreulich gewesen, um die Untersuchungsergebnisse besser nachvollziehen zu können. Dies gilt insbesondere in Bezug auf das o.g. Feldexperiment, wenn *Inoue* andererseits feststellt, dass Haftbeschwerden und Haftprüfungsanträge nur eine geringe Erfolgsquote aufweisen würden (S. 70) und man sich daher fragt, welche konkrete Tätigkeit des Verteidigers

ansonsten für die ermittelte Haftzeitverkürzung ausschlaggebend sein könnte.

Für *Inoue* ist eine Kernfrage, ab welchem Zeitpunkt im Ermittlungsverfahren ein Verteidiger zu bestellen ist (S. 115 ff.). Da diese nach § 141 StPO grundsätzlich in jeder Verfahrenslage zulässig, aber nur mit Beginn des Zwischenverfahrens obligatorisch sei, sofern die Voraussetzungen des § 140 StPO gegeben seien, komme eine Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren nur äußerst selten vor (vgl. S. 118). *Inoue* kritisiert besonders heftig die herrschende Meinung, nach der die Bestellung im Ermittlungsverfahren vom Antrag der Staatsanwaltschaft und der Prognose über die Notwendigkeit der Pflichtverteidigung im künftigen Verfahren abhängig sei (S. 118). Dies sei besonders bedenklich, da eine fehlende Antragsstellung auf Verteidigerbeordnung gerichtlich nicht überprüfbar sei und die Prognose über den Verfahrensfortgangs i.d.R. gegen einen Beiordnungsantrag ausfalle (S. 130). Dies stehe der Verwirklichung der Subjektstellung des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren entgegen (S. 140). *Inoue* verlangt stattdessen eine zwingende Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren vor der Vernehmung eines zeugnisverweigerungsberechtigten Belastungszeugen durch den Ermittlungsrichter (S. 145), um einer Verletzung des Fragerechts aus Art. 6 III EMRK entgegen zu wirken (S. 144 ff.).

Da die Rechtsfolgen einer unterlassene Pflichtverteidigerbestellung gesetzlich nicht geregelt ist, misst *Inoue* der Frage, wie mit solchen Beweisen zu verfahren ist, die unter Verstoß gegen § 141 III StPO zustande gekommen sind, große Bedeutung zu. Er stellt hierzu drei Ansätze vor und beginnt mit einer von einem Teil der Literatur vertretenen Lösung im Revisionsrecht, nach der dann von einem Beweisverwertungsverbot ausgegangen werden müsse, wenn das Urteil nach § 337 StPO auf dem Verstoß gegen das Beweiserhebungsgebot beruhe (S. 149). Da ein Verstoß gegen § 141 III StPO keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 StPO darstelle und auch die „Beruhensfrage“ wegen § 261 StPO grundsätzlich verneint werden müsse, liege kein Revisionsgrund vor, sofern der Verteidiger noch vor Beginn der Hauptverhandlung bestellt worden (S. 151).

Der BGH gehe in seiner jüngeren Rechtsprechung hingegen davon aus, dass eine unterlassenen Pflichtverteidigerbestellung nicht immer durch eine nachträgliche Bestellung geheilt werden könne, wobei ein Beweisverwertungsverbot bei unter Verstoß gegen § 141 III StPO gewonnenen Beweisen bislang immer abgelehnt worden sei (S. 153). *Inoue* wendet sich besonders gegen die „Einzelfalljudikatur“ des BGH, der eine Abwägung im Einzelfall zwischen dem Aufklärungsinteresse des Staates und der Bedeutung des Verfahrensverstößes vornehme (S. 155). Er ist davon überzeugt, dass der dritte von ihm dargestellte Lösungsansatz, die sogenannte Schutz-zwecklehre, vorzugswürdig sei (S. 156 ff.), die an Bedeutung und Funktion der verletzten Norm anknüpft und ein Verwertungsverbot bejaht, wenn die verletzte Norm die Selbstbeschränkung des Staates zum Ausdruck bringe (S. 157). Gesetzgeberische Wertung sei bei den Regelungen

über die Pflichtverteidigung, dass der Beschuldigte nicht selbst die in ihn gesetzte Verantwortung als aktives Prozesssubjekt tragen könne, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung gegeben sei (S. 157). Eine ohne Beiordnung eines Verteidigers getroffene Entscheidung könne daher grundsätzlich nicht als solche eines verantwortlichen Prozesssubjekts angesehen werden. Zustimmungswürdig ist *Inoues* Schlussfolgerung, dass die unter Verstoß gegen § 141 III StPO gewonnenen Beweise jedenfalls insoweit unverwertbar seien müssten, als deren Erhebung eine Beiordnung begründe (S. 161).

Bezüglich der wirtschaftlichen Aspekte der Pflichtverteidigung beklagt *Inoue* vor allem die kostenrechtlichen Folgen in dem Fall, in dem der Beschuldigte zwar einen Wahlverteidiger habe, ihm aber ein zusätzlicher Pflichtverteidiger vom Gericht bestellt werde, um beispielsweise einem Missbrauch des § 338 StPO entgegenzuwirken. Das der Verurteilte nicht nur die Kosten seines Wahl-, sondern auch die seines Pflichtverteidigers tragen müsse sei bedenklich, weil hier die Verteidigerbestellung eben nicht mehr auf der Fürsorge gegenüber dem Beschuldigten beruhe, sondern allein dem Zweck der Verfahrenssicherung diene (S. 167). *Inoue* kritisiert auch die Kostentragungspflicht des Beschuldigten in den Fällen, in denen das Verfahren eingestellt wurde, ohne dass es bereits gerichtlich anhängig war. Der größte Erfolg des Verteidigers mutiere durch die bestehenden Kostenregelungen zur größten Niederlage unter Kostengesichtspunkten (S. 171).

Zum Schluss des Kapitels konstatiert *Inoue*, dass die verfassungs- und konventionsrechtlichen Vorgaben zur Pflichtverteidigung während des Ermittlungsverfahrens längst nicht in zureichender Weise konkretisiert und umgesetzt wurden (S. 172 f.). „Die aktuelle Rechtslage steht damit einer Verwirklichung der Subjektstellung des Beschuldigten bereits im Ermittlungsverfahren entgegen“ (S. 173).

5. Im vorletzten Teil seiner Monographie widmet sich *Inoue* den Reformvorschlägen zur Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren (S. 175 ff.). Neben den aktuellen (und bislang nicht umgesetzten) Reformbemühungen stellt er auch einen eigenen Reformvorschlag vor. In dem im Jahr 2004 von der Bundestagsfraktion von SPD und Bündnis 90/Die Grünen erarbeiteten Diskussionsentwurf zur Reform des Strafverfahrens, werde u.a. eine frühere Einbindung der Verteidigung durch Einräumung der Gelegenheit zur Mitwirkung angestrebt (S. 179). Hiernach solle der Verteidiger z.B. das Recht haben, bei jeder Vernehmung des Beschuldigtenvernehmung sowie jeder staatsanwaltschaftlichen oder ermittelungsrichterlichen Vernehmung von Mitbeschuldigten, Zeugen oder Sachverständigen teilnehmen zu dürfen (S. 179). Problematisch sei an dem Reformansatz, dass sich die Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren auch in Zukunft am gerichtlichen Verfahren orientieren solle, also eine Bestellung erst stattfinden solle, wenn abzusehen ist, dass die Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 I oder II StPO notwendig sei, anstatt sich bei der Entscheidung über die Bestellung vielmehr an der Frage

zu orientieren, ob der Beschuldigte der Hilfe eines Verteidigers bedarf, um bereits im Ermittlungsverfahren die Rolle eines autonomen Prozesssubjekts wahrzunehmen (S. 183 f.).

Da es nicht der Rechtswirklichkeit entspreche, dass die Hauptverhandlung entscheidend für den Ausgang eines Verfahrens sei (S. 185), entwickelt *Inoue* einen eigenen Reformvorschlag. Zunächst verlangt er eine frühzeitige Benachrichtigung des Beschuldigten über seine Beschuldigteneigenschaft und die Einräumung eines Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung, was von der herrschenden Meinung bisher verneint werde, da § 163a IV StPO nicht auf § 168c I StPO verweise (S. 187). Auch die Belehrung des Beschuldigten müsse nach §§ 136 I S.2, 163a IV S.2 StPO erweitert werden. „Nur wenn der Beschuldigte auch über das Recht, die Beiordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren zu beantragen, belehrt wird, ist gewährleistet, dass der Beschuldigte seine Entscheidung in Kenntnis seiner prozessualen Rechte und damit als autonomes Prozesssubjekt trifft“ (S. 188).

Erwähnenswert ist u.a., dass *Inoue* eine Art „Prozesskostenhilfe“ bei gewünschter Verteidigung fordert, da der Wunsch eines Beschuldigten nach seiner Pflichtverteidigung regelmäßig durch dessen Armut motiviert sei (S. 189). Das man die finanzielle Zuwendung hierbei nicht von den Erfolgsaussichten der Rechtsverfolgung abhängig machen kann, ergibt sich hierbei allerdings von selbst, denn das Bedürfnis nach Verteidigung steigt im Strafverfahren schließlich mit steigendem Verdachtsgrad (vgl. S. 190 f.). *Inoue* betont, dass ein solches Recht genauso wie bei der Pflichtverteidigung nach geltendem Recht nicht gleich bedeuten würde, dass der Beschuldigte dauerhaft von den Kosten der Verteidigung befreit sei (S. 192). Doch erwähnt er nicht, dass eine solche Regelung natürlich zu einer erheblichen finanziellen Mehrbelastung der Staatskasse führen würde, da eben nicht jeder Beschuldigte sich später in einer derartigen finanziellen Lage befindet, dass man die Kosten im Nachhinein eintreiben könnte. Insgesamt würde die Staatskasse wohl auf einem beträchtlichen Teil der Kosten hängen bleiben. Insofern ist festzuhalten, dass *Inoues* Vorschlag, genauso wie der Wahl und Pflichtverteidigung gebührenrechtlich gleichzustellen (vgl. S. 198 ff.), zwar der Verwirklichung der konventions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben zu dienen geeignet ist, dessen Umsetzung aber angesichts leerer Haushaltskassen mehr als unrealistisch erscheint. Hiermit soll nicht gesagt werden, für diese Reformvorschläge bestünde keine Veranlassung, doch lassen diese hehren Ziele eine gewisse Praxisnähe im Sinne einer realen Chance zur Umsetzung vermissen.

6. In seiner Schlussbetrachtung fasst *Inoue* auf vier Seiten (S. 203 ff.) erneut zusammen, dass die momentane Rechtslage angesichts des Anspruchs des Beschuldigten auf Wahrung seiner verfassungsmäßigen Rechte im Strafverfahren alles andere als befriedigend eingeschätzt werden kann und die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens für den Beschuldigten bislang unterschätzt wurde,

auch wenn dies in der Vergangenheit immer wieder kritisiert wurde (vgl. das Zitat von Zacharia auf S. 205).

III. Insgesamt leistet *Inoue* mit seiner Untersuchung einen wertvollen Beitrag, um das Thema der Notwendigkeit der Straf- und vor allem Pflichtverteidigung im Ermittlungsverfahren nicht erneut in Vergessenheit geraten zu lassen. So bleibt zu hoffen, dass die im Jahr 2004 angestrebten Reformbemühungen zur Steigerung der Beschuldigtenrechte im Ermittlungsverfahren doch noch irgendwann umgesetzt werden. In der Arbeit *Inoues* wird die verfassungs- und konventionsrechtliche Stellung des Beschuldigten gut zusammengefasst und der Rechtswirklichkeit gegenübergestellt, wobei es dem Autor gelingt, besonders markante Defizite herauszustellen und die Notwendigkeit zur Änderung der Rechtswirklichkeit mit den Ergebnissen zahlreicher kriminalwissenschaftlicher Studien zu untermauern. Auf diese Weise räumt *Inoue* ein für alle Mal mit dem Märchen davon auf, dass allein die Hauptverhandlung entscheidend für den Ausgang

eines Strafverfahrens sei. All dies geschieht in einer klaren und einfach zu lesenden Sprache, ohne dass der Leser mit einer Flut von Fach- und Fremdwörtern überfordert wird. Auch wenn nicht jeder seiner abschließenden Reformvorschläge wie eine Handlungsanleitung an den Gesetzgeber und die Praxis verstanden werden kann, so sind darin einige gute Ansätze enthalten, deren Umsetzung längst überfällig ist. Ohne dass dies wohl dem Autor anzulasten ist (oder ein Einzelfall wäre), kann abschließend ein Punkt nicht verschwiegen werden: Der Preis für eine gut 200 Seiten Text umfassende Monographie ist mit 85,- Euro nicht mehr nachvollziehbar hoch, was um so bedauerlicher ist, als dass dies wohl dazu beitragen wird, dass der Inhalt dieses Buches nicht den Verbreitungsgrad finden wird, den es verdient.

Wiss. Mitarb. **Silke Noltensmeier**, Universität Erlangen-Nürnberg

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.

800. EGMR Nr. 69332/01 – Urteil 21. Juli 2005 (Rhode v. Dänemark)

Isolationshaft (Einzelhaft; Kontaktsperre; konkrete Begründung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; medizinische [psychiatrische] Betreuung; Untersuchungshaftvollzug) und unmenschliche Behandlung (absolutes Folterverbot); Recht auf Freiheit und Sicherheit; Schweigerecht als Teilrecht des Rechts auf ein faires Verfahren; redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; § 112 StPO; § 119 Abs. 3 StPO

801. BVerfG 2 BvR 1651/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. September 2005 (OLG Frankfurt/Main/LG Kassel)

Verlegung eines Strafgefangenen; allgemeines Persönlichkeitsrecht (Verlust der Arbeitsmöglichkeit; soziale Beziehungen); Resozialisierung; Begriff des die Sicherheit und Ordnung der Anstalt gefährdenden Zustands nach § 85 StVollzG (kein Ausreichen der Duldung von Verstößen durch Stationsbedienstete); Verhältnismäßigkeit; Rechtsschutzbedürfnis bei einer Verfassungsbeschwerde (Wiederholungsgefahr; Beschwer).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 GG; § 85 StVollzG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; § 93a Abs. 2 Buchstabe b BVerfGG

802. BVerfG 2 BvR 1618/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Oktober 2005 (OLG Hamburg)

Freiheit der Person; Beschwerde gegen Haftbefehl (Bindung des Gerichtes der weiteren Beschwerde; keine Aufhebung eines Haftverschonungsbeschlusses bei alleiniger

Beschwerde des Beschuldigten gegen die Aufrechterhaltung des Haftbefehls); Willkürverbot; effektiver Rechtsschutz.

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 116 Abs. 4 StPO; § 304 StPO

803. BVerfG 2 BvR 172/04 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. September 2005 (OLG Celle/OLG Naumburg/LG Halle/JVA Halle I/OLG Karlsruhe/LG Mannheim)

Recht auf ein faires Verfahren (keine Zurechnung von Fehlern der Justiz; Belehrung über Wiedereinsetzungsmöglichkeiten); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Vorrang der Wiedereinsetzung; Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist); Rechtsmittelfristen (Revision; Rechtsbeschwerde); fehlerhafte Aufnahme von Verfahrenserklärungen durch den Rechtspfleger (keine Bezugnahme auf vorbereitete Erklärungen der Rechtsmittelführer).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 345 Abs. 2 StPO; § 33a StPO; ; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 118 Abs. 2 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG; § 120 Abs. 1 StVollzG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

804. BVerfG 2 BvR 1019/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. September 2005 (OLG Köln/LG Köln)

Freiheit der Person (Vollstreckungsreihenfolge; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Freiheitsstrafe); verfassungswidrige Praxis einer regelmäßigen dreimonat-

tigen Organisationshaft (Verzögerungen des Aufnahmearbeitsens ohne nachvollziehbaren Umstände; dreiwöchiges Abwarten nach Rechtskraft); fortbestehendes Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfassungsbeschwerde (Erledigung; tief greifende Grundrechtseingriffe); Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1, Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; § 63 StGB; § 64 StGB

805. BGH 2 StR 258/05 - Beschluss vom 22. Juli 2005 (LG Fulda)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufrechterhaltung einer Maßregelverordnung).
§ 55 StGB; § 64 StGB

806. BGH 2 StR 378/05 - Beschluss vom 7. September 2005 (LG Erfurt)

Diebstahl (Vollendung; Versuch; Zueignungsabsicht); Strafzumessung (Vollendungsnähe; Schaden).
§ 22 StGB; § 242 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

807. BGH 2 ARs 323/05 2 AR 169/05 - Beschluss vom 1. September 2005

Unzulässiger Widerspruch gegen Beschluss eines OLG.
§ 304 Abs. 4 StPO

808. BGH 2 ARs 324/05 / 2 AR 146/05 - Beschluss vom 31. August 2005

Sachdienliche Verfahrensverbindung.
§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

809. BGH 3 StR 108/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Aurich)

Teilweise Einstellung des Verfahrens und Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe; sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung).
§ 154 StPO; § 354 StPO; § 46 Abs. 2 StGB

810. BGH 3 StR 255/05 - Beschluss vom 6. September 2005 (LG Bückeburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; Zweifelsatz); Tateinheit.
§ 29a BtMG; § 52 StGB

811. BGH 3 StR 269/05 - Beschluss vom 26. August 2005 (LG Kiel)

Entfernung des Angeklagten während einer Zeugenvernehmung (ergänzende Bild-Ton-Übertragung; Unterrichtung; Anwesenheitsrecht; faires Verfahren).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 247 StPO

812. BGH 3 StR 306/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Hannover)

Vergewaltigung; Nötigung; Körperverletzung (gefährliches Werkzeug).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 224 StGB; § 240 StGB

813. BGH 3 StR 309/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Kleve)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

814. BGH 3 StR 310/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Wuppertal)

Recht auf den unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers; Revisionseinlegung in russischer Sprache; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung).
Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 184 GVG; § 344 StPO; § 44 StPO

815. BGH 2 StR 266/05 - Beschluss vom 21. September 2005 (LG Mainz)

Gesamtstrafenbildung (zusammenfassende Würdigung; Addition).
§ 54 StGB; § 460 StPO; § 462 StPO

816. BGH 2 StR 311/05 - Beschluss vom 21. September 2005 (LG Köln)

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; aussagepsychologisches Gutachten; Darstellung in den Urteilsgründen).
§ 261 StPO; § 267 StPO

817. BGH 2 StR 342/05 - Beschluss vom 7. September 2005 (LG Aachen)

Urkundenfälschung; Betrug; Tateinheit (gemeinsame Beendigung zweier separat begonnener Taten).
§ 267 StGB; § 263 StGB; § 52 StGB

818. BGH 2 StR 385/05 - Beschluss vom 7. September 2005 (LG Aachen)

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

819. BGH 2 StR 398/05 - Beschluss vom 5. Oktober 2005

Beistandsbestellung (Wirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens).
§ 397 a Abs. 1 StPO

820. BGH 2 StR 403/05 - Beschluss vom 28. September 2005 (LG Limburg)

Einheitsjugendstrafe (Einbeziehung früherer Entscheidungen; Kennzeichnung im Tenor).
§ 31 JGG; § 260 Abs. 4 StPO

821. BGH 2 ARs 352/05 / 2 AR 181/05 - Beschluss vom 28. September 2005

Zuständigkeitsbestimmung.
§ 12 Abs. 2 StPO; § 1 SächsJustizzuständigkeitsVO

822. BGH 3 StR 214/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Düsseldorf)

Beweiskraft des Protokolls (Entfallen bei Widersprüchlichkeit); wesentliche Förmlichkeit.
§ 272 StPO; § 274 StPO

823. BGH 3 StR 214/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Düsseldorf)

Revision des Nebenklägers (Zulässigkeit; Angabe des Ziels des Rechtsmittels).
§ 400 Abs. 1 StPO

824. BGH 3 StR 256/05 - Urteil vom 22. September 2005 (LG Oldenburg)

Rücktrittshorizont (beendeter Versuch; unbeendeter Versuch).
§ 24 Abs. 1 StGB

825. BGH 3 StR 259/05 - Beschluss vom 26. August 2005 (LG Hannover)

Tötungsvorsatz (Beweiswürdigung).
§ 212 StGB; § 15 StGB

826. BGH 3 StR 276/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Verden)

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

827. BGH 3 StR 282/05 - Beschluss vom 15. September 2005 (LG Kleve)

Hehlerei (Absetzen; Absatzhilfe; Versuch).
§ 259 StGB

828. BGH 3 StR 303/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Kiel)

Strafzumessung (Vermeidung moralisierender oder persönliches Engagement vermittelnder Formulierungen); Doppelverwertungsverbot.
§ 46 StGB

829. BGH 3 StR 313/05 - Beschluss vom 15. September 2005 (LG Kiel)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Urteilsformel); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 55 StGB; § 64 StGB

830. BGH 3 StR 319/05 - Urteil vom 6. Oktober 2005 (LG Itzehoe)

Sukzessive Mittäterschaft (Zunutzemachen des Einsatzes einer Waffe nach Mittäterexzess); Einbeziehung früherer Urteile in neu zu bildende Jugendstrafe (einheitliche Rechtsfolgenbemessung).
§ 249 StGB; § 250 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

831. BGH 3 StR 323/05 - Beschluss vom 6. Oktober 2005 (LG Nürnberg)

Verunglimpfung des Staates; Volksverhetzung; Meinungsäußerungsfreiheit.
§ 90 a StGB; § 130 StGB; Art. 5 Abs. 1 GG

832. BGH 3 StR 324/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Oldenburg)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Schluss von der äußeren auf die innere Tatseite; Nachtatverhalten; Alkoholisierung); Tötungsvorsatz.
§ 261 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

833. BGH 3 StR 368/02 - Beschluss vom 18. Oktober 2005

Pauschgebühr; notwendige Auslagen.
§ 46 RVG; § 51 RVG

834. BGH 3 StR 464/04 - Beschluss vom 9. August 2005 (LG Hannover)

Vergewaltigung (schutzlose Lage); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.
§ 177 Abs. 2 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB

835. BGH 1 StR 159/05 – Urteil vom 8. September 2005 (LG Hof)

Feststellung der besonderen Schwere der Schuld (Begehung eines weiteren Mordmerkmals; gebotene Gesamtwürdigung einschließlich der Täterpersönlichkeit); Mord (grausam: Verursachung und Aufrechterhaltung von Todesangst).
§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 57b StGB; § 211 Abs. 2 StGB

836. BGH 1 StR 255/05 – Beschluss vom 12. Oktober 2005 (LG München)

Tenorierung (keine Aufnahme von Regelbeispielen und der mittäterschaftlichen Tatbegehung); angemessene Rechtsfolge.
§ 260 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

837. BGH 1 StR 274/05 – Beschluss vom 19. September 2005 (LG Nürnberg)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Bedürfnissen unterzuordnen).
§ 69 StGB

838. BGH 1 StR 288/05 – Urteil vom 20. September 2005 (LG Tübingen)

Übersehene Möglichkeit eines untauglichen Totschlagsversuchs; Urteilsaufhebung (Aufhebung der Feststellungen).
§ 22 StGB; § 212 StGB; § 353 StPO

839. BGH 1 StR 296/05 – Beschluss vom 19. September 2005 (LG Mannheim)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Bedürfnissen unterzuordnen: unkalkulierbares Verhalten eines mitgenommenen Hundes und eines Opfers von Sexualstraftaten).
§ 69 StGB

840. BGH 1 StR 86/05 – Urteil vom 20. September 2005 (LG Mosbach)

Geiselnahme (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang); Nötigungserfolg (ausreichende Teilerfolge); Freiheitsberaubung; schwere Körperverletzung (dauerhafte Entstellung); angemessene Rechtsfolge; Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Bedürfnissen unterzuordnen).
§ 239b StGB; § 240 StGB; § 239 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 69 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

841. BGH 1 StR 349/05 – Beschluss vom 19. September 2005 (LG Nürnberg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (keine unzulässige Will-

lensbeeinflussung).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

842. BGH 1 StR 364/05 - Beschluss vom 12. Oktober 2005 (LG Memmingen)

Absehen von der Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte wegen unklarem Urteil.
§ 357 StPO

843. BGH 1 StR 366/05 – Beschluss vom 6. September 2005 (LG Augsburg)

Verletzung der Hinweispflicht (keine andere Verteidigungsmöglichkeit; faires Verfahren).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 265 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

844. BGH 1 StR 375/05 – Beschluss vom 19. September 2005 (LG Landshut)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

845. BGH 1 StR 429/05 – Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Ulm)

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

846. BGH 4 StR 107/05 – Urteil vom 15. September 2005 (LG Kaiserslautern)

Betrug; widersprüchliche Beweiswürdigung (Erörterungsmangel; Erschöpfung der Beweismittel).
§ 263 StGB; § 261 StPO

847. BGH 4 StR 216/05 – Urteil vom 15. September 2005 (LG Saarbrücken)

Strafbefreiender Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; mögliche Eigengefährdung); Doppelverwertungsverbot; Schwangerschaftsabbruch; tiefgreifende Bewusstseinsstörung (affektbedingte Minderung der Steuerungsfähigkeit).
§ 22 StGB; § 24 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 218 StGB; § 21 StGB

848. BGH 4 StR 216/05 – Beschluss vom 15. September 2005 (LG Saarbrücken)

Kostentragungspflicht des Nebenklägers (keine gegenseitige Überbürdung der notwendigen Auslagen des Angeklagten und des Nebenklägers bei fehlendem Erfolg).
§ 473 Abs. 1 Satz 1 StPO

849. BGH 4 StR 273/05 – Beschluss vom 13. September 2005 (LG Landau)

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

850. BGH 4 StR 319/05 – Beschluss vom 29. September 2005 (LG Dessau)

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

851. BGH 4 StR 342/05 – Beschluss vom 13. September 2005 (LG Halle)

Angemessene Rechtsfolge (Wegfall von Einzelstrafen).
§ 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

852. BGH 4 StR 358/05 – Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Saarbrücken)

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

853. BGH 4 StR 361/05 – Beschluss vom 27. September 2005 (LG Saarbrücken)

Aufhebung wegen Zählfehlern des Gerichts.
§ 354 StPO

854. BGH 4 StR 386/05 – Beschluss vom 6. September 2005 (LG Essen)

Beweiswürdigung (Erörterungsmängel bei Aussage gegen Aussage-Situation; Vergewaltigungsvorwurf).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

855. BGH 4 StR 396/05 – Beschluss vom 20. September 2005 (LG Bielefeld)

Sexueller Missbrauch eines Kindes; sexueller Missbrauch einer Schutzbefohlenen (Strafverfolgungsverjährung; Prüfung für jede Gesetzesverletzung; Ruhen der Verjährung: keine Rückwirkung auf verjährte Taten); Strafzumessung (angemessene Rechtsfolge; strafschärfende Berücksichtigung verjährter Taten; Vorleben).
§ 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 78a StGB; § 46 Abs. 2 StGB

856. BGH 4 StR 399/05 – Beschluss vom 13. September 2005 (LG Paderborn)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision (Verhinderung; Darlegung der formalen Voraussetzungen für die sachliche Prüfung des Wiedereinsetzungsantrags; Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses; Fristlauf der Wochenfrist mit Kenntnisnahme durch den Angeklagten; grundsätzlich keine Glaubhaftmachung durch eidesstattliche Versicherung des Verurteilten).
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

857. BGH 4 StR 413/05 – Beschluss vom 27. September 2005 (LG Bielefeld)

Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters (Vernehmung in der gleichen Sache als Zeuge).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 22 Nr. 5 StPO; § 338 Nr. 2 StPO

858. BGH 4 StR 420/05 – Beschluss vom 29. September 2005 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe (untergeordneter Tatbeitrag); Hinweispflicht (Unterstellung einer anderweitig nicht möglichen Verteidigung; faires Verfahren).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 265 StPO

Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen

Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Ob ein Beteiligter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH StraFo 1998, 166).

859. BGH 5 StR 184/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Berlin)

Sofortige Beschwerde (Kostenentscheidung im Sicherungsverfahren; ergänzender Gutachtenauftrag).
§ 464 Abs. 3 StPO

860. BGH 5 StR 199/05 – Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Potsdam)

Aufklärungshilfe (Verhinderung weiteren Handeltreibens).
§ 31 Nr. 2 BtMG

861. BGH 5 StR 200/05 – Beschluss vom 11. August 2005 (LG Dresden)

Verteidigerbeistand und Konsultationsrecht (keine Hilfspflicht nach Unterstützung einer gescheiterten Kontaktaufnahme zu einem von der Beschuldigten genannten Verteidiger: keine Hinweispflicht bezüglich eines bestehenden örtlichen Anwaltsnotdiensts; faires Verfahren); Beweiswürdigung (in ein Geflecht illegalen Rauschgift-handels verstrickte Personen: mangelhafte Aussagedarstellung bei nahe liegender Falschbelastungshypothese, Darlegung der Entstehungsgeschichte belastender Aussagen; Widersprüchlichkeit); Durchsuchung (Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft bei Gefahr im Verzug: Weigerung des Ermittlungsrichters, ohne Aktenvorlage zu entscheiden); redaktioneller Hinweis.
Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 137 StPO; § 163a StPO

862. BGH 5 StR 246/05 – Beschluss vom 23. August 2005 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (Darstellung einer DNA-Untersuchung).
§ 261 StPO

863. BGH 5 StR 263/05 – Beschluss vom 21. September 2005 (LG Münster)

Weiterhin bestehende Tatmehrheit zwischen Lohnsteuerhinterziehung und Vorenthalten von Arbeitsentgelt; Strafzumessung (Darstellung; gebotene Hervorhebung von Umständen, die für die Beurteilung des Unrechts- und Schuldgehalts und damit der Schwere der Tat von besonderer Bedeutung sind); Vorenthalten von Arbeitsentgelt (mangelnde Gefährdung des Aufkommens der Sozialversicherung bei Zahlung durch Dritte und Finanzierung einer freiwilligen Versicherung).

§ 370 AO; § 266a StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 281 SGB IV

864. BGH 5 StR 65/05 – Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Augsburg)

BGHR; Einkommensteuerhinterziehung nach Provisionsverteilungen im „System Schreiber“ (Feststellung eines Treuhandverhältnisses); Beweiswürdigung (lückenhafte Feststellungen; verdeckte Parteispenden; Fall Max Strauß); steuerliche Einordnung von Forderungen aus einer „Lobbyistentätigkeit“ (gewerbliche Einkünfte).
§ 370 AO; § 15 Abs. 1 EStG; § 2 Abs. 1 Nr. 2 EStG; § 39 AO; § 41 AO

865. BGH 5 StR 299/05 – Beschluss vom 11. August 2005 (LG Potsdam)

Verfahrenseinstellung wegen Verjährung und Urteilsaufhebung.
§ 78 StGB; § 349 Abs. 4 StPO

866. BGH 5 StR 354/05 – Beschluss vom 20. September 2005 (LG Bochum)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach rechtswidriger Verfahrensabsprache (Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen; keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei fehlender qualifizierter Belehrung; Haftentscheidung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

867. BGH 5 StR 379/05 – Beschluss vom 21. September 2005 (LG Neuruppin)

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

868. BGH 5 StR 423/03 alt: 5 StR 601/01 – Beschluss vom 30. Oktober 2003 (LG Berlin)

Strafzumessung (Vorleben; übersehene Tilgungsreife).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 51 Abs. 1 BZRG

869. BGH 5 StR 570/03 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Leipzig)

Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand oder Nachholung rechtlichen Gehörs wegen behaupteter unzureichender Revisionsbegründung durch den Verteidiger.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 44 StPO; § 33a StPO

870. BGH 5 StR 584/04 – Beschluss vom 2. März 2005 (LG Hamburg)

Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens (Erwiesenheit); Beruhen.
§ 244 Abs. 3, Abs. 4 StPO; § 337 StPO

871. BGH GSt 1/05 – Beschluss vom 26. Oktober 2005

BGHSt; Vorlagebeschluss zur Auslegung des (vollendeten) Handeltreibens im Betäubungsmittelstrafrecht (ernsthafte Verhandlung mit dem potentiellen Verkäufer;

Abgrenzung von Vollendung und strafloser Vorbereitung; Lösung über Täterschaft und Teilnahme); Bestimmtheitsgrundsatz; redaktioneller Hinweis.

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK

872. BGH 3 StR 60/05 – Urteil vom 28. Juli 2005 (LG Karlsruhe)

BGHSt; Zur Strafbarkeit der Parole „Ruhm und Ehre der Waffen-SS“ (Waffen-SS als nationalsozialistische Orga-

nisation; Hitlerjugend; Begriff „zum Verwechseln ähnlich“; Gesamtvergleich bei veränderten Parolen); Verbreitung über einen Anrufbeantworter; Strafbarkeit bei Verwendung als Propagandamittel (aktiv kämpferische, aggressive Tendenz gegen die freiheitliche Grundordnung; Fortsetzung der Bestrebungen der ehemaligen nationalsozialistischen Organisation; Wewelsburg).

§ 86 a Abs. 2 Satz 2 StGB; § 86 Abs. 1 Nr. 4 StGB; § 86 Abs. 2 StGB