

# HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 1/2004  
5. Jahrgang

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

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

## Aufsätze

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski **Das System der Ablehnungsgründe der §§ 244 f. StPO – zugleich ein Beitrag zur Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache**

Dr. Daniela Demko (LLM) **Keine Strafe ohne Gesetz – Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR**  
(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

## Entscheidungen

EGMR **Steuer v. Niederlande: Schutz ungehemmter Verteidigung über die Meinungsfreiheit des Rechtsanwaltes nach Art. 10 EMRK**

BVerfG **Bestätigung der BGH-Rechtsprechung zur Verjährung von DDR-Straftaten nach Art. 315a EGStGB**

BGH **Maßstäbe für die Prüfung einer fahrlässigen Tötung durch die Gewährung von Ausgang bei der Unterbringung psychisch Kranker**

BGH **Aufgabe von BGHSt 5, 280 – Neubestimmung des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer**

BGH **Beschränkung von Verteidigungsrechten durch die zeugenschützende Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden bei extensiver Wahrnehmung von Verteidigungsrechten**

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

BGH **Abgrenzung von Betrug und Untreue bei kassenärztlicher Verordnung nicht notwendiger Medikamente**

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

BGH **Scalping kein Insiderhandel, sondern strafbare Kursmanipulation**

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig), Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock),  
Oberassistentin Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich),  
RA mag. iur. Markus Rübenstahl (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer.

# HRRS HRR-Strafrecht

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

**Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski** (Univ. Leipzig), **Prof. Dr. Christoph Sowada** (Univ. Rostock) **Oberassistentin Dr. Daniela Demko, LL.M.** (Zürich), **RA mag. iur. Markus Rübenstahl** (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); **Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer.**

5. Jahrgang, Januar 2004, Ausgabe **1**

## **Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG**

### **EGMR Nr. 39657/98 – Urteil vom 28. Oktober 2003 (Steuer v. Niederlande, 2. Kammer)**

Meinungsfreiheit von Rechtsanwälten (Bedeutung der Rechtsanwälte für das Justizwesen; Eingriff; Rechtfertigung; chilling effect; Kritik an staatlichen Bediensteten: Kritik an einer Verhörspraxis; Verhältnismäßigkeit; Gesetzesvorbehalt; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; dringendes gesellschaftliches Bedürfnis); faires Verfahren (Verteidigungsrecht; Schweigerecht; Recht auf die Hinzuziehung eines unentgeltlichen Dolmetschers).  
Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 137 StPO

1. Einem Rechtsanwalt darf nicht ohne hinreichenden Grund die Verletzung seiner beruflichen Standards attestiert werden, selbst wenn ihn dadurch keinerlei Sanktionen treffen. Ein derartiger Tadel kann einen einschüchternden Effekt („chilling effect“) haben, der ihn hinsichtlich der Wahl seiner tatsächlichen und rechtlichen Argumentation bei der zukünftigen Verteidigung seiner Mandanten hemmen könnte. Ein solcher Tadel stellt einen Eingriff in die Meinungsfreiheit des Rechtsanwaltes dar, der vom Staat nur dann gerechtfertigt werden kann, wenn er ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis für einen im Einzelfall verhältnismäßigen und auf einem Gesetz beruhenden Eingriff hinreichend darlegt.

2. Zur Beurteilung derartiger Fälle prüft der EGMR den Eingriff im Lichte des gesamten Falles einschließlich der dem Anwalt vorgeworfenen Äußerungen sowie der

Umstände, unter denen sie getroffen worden sind. Hierbei prüft der EGMR, ob die von den nationalen Behörden angewendeten Standards mit den Prinzipien des Art. 10 EMRK im Einklang stehen. Ebenso prüft er, ob sich die Behörden auf eine akzeptable Würdigung der relevanten Tatsachen abstützen.

3. Die schwächere Position des Angeklagten, der von einem Polizeibediensteten wegen einer Straftat verhört wird, erfordert bei der Meinungsfreiheit einen stärkeren Schutz hinsichtlich Äußerungen, mit denen das Verhalten des Polizeibediensteten bei diesem Verhör kritisiert wird. Auch wenn Äußerungen einen pflichtbewussten Polizeibediensteten diskreditieren, ist zu beachten, dass die Grenzen der hinzunehmenden Kritik den Umständen entsprechend weiter sein können, wenn sie sich gegen Bedienstete des Staates bei der Ausübung ihrer Zwangsrechte gegenüber Privatpersonen richtet. Auch Bedienstete des Staates sind hingegen nicht von jedem Schutz gegen verletzende und missbräuchliche Angriffe hinsichtlich der Ausübung ihrer Pflichten ausgenommen. Gegen das Zurücktreten der Meinungsfreiheit spricht es jedoch, wenn die Vorwürfe nur vor Gericht und strikt auf das Verhalten im Einzelnen, nicht hingegen gegen die Person als solche gerichtet werden.

### **BVerfG 2 BVR 1247/01 / 2 BVR 1248/01 – Beschluss vom 26. November 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Verjährung von Straftaten, welche in der DDR begangen worden sind (DDR-Regierungskriminalität; SED-Unrecht; Alltagskriminalität); absolute Verjährungsfrist;

Bestimmtheitsgrundsatz; allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz (Notsituation der Justiz nach der Wiedervereinigung als sachlich vertretbarer Grund für eine Differenzierung); Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Verletzungsmaßstab; Begründung); BGH 5 StR 606/00: „Spezialkinderheim Erich Hartung“.

Art. 103 Abs. 1 und Abs. 2 GG, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 315 a EGStGB; § 78 c Abs. 3 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB/DDR; § 150 Abs. 1 StGB/DDR; § 131 Abs. 1 StGB/DDR; § 82 Abs. 1 Nr. 2 StGB/DDR; § 82 Abs. 1 Nr. 3 StGB/DDR

1. Art. 315 a EGStGB in der Fassung nach dem 3. Verjährungsgesetz ist in der vom Bundesgerichtshof vertretenen Norminterpretation, wonach Absatz 2 die absolute Verjährung für alle Deliktgruppen bis zum 2. Oktober 2000 verlängert, mit der Verfassung vereinbar.

2. Als Verjährungsregelung ist Art. 315 a Abs. 1 und Abs. 2 EGStGB nicht am Maßstab des Bestimmtheitsgrundsatzes gemäß Art. 103 Abs. 2 GG zu messen, denn Art. 103 Abs. 2 GG verbietet nur die rückwirkende Strafbegründung sowie die rückwirkende Strafverschärfung. Er besagt dagegen nichts über die Dauer des Zeitraums, während dessen eine in verfassungsmäßiger Weise für strafbar erklärte Tat verfolgt und durch Verhängung der angedrohten Strafe geahndet werden darf (vgl. BVerfGE 25, 269, 286 ff.).

3. Art. 315 a EGStGB verstößt nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG). Denn dem Gesetzgeber bleibt die Auswahl der Parameter überlassen, die für dieselben oder für unterschiedliche Rechtsfolgen den Ausschlag geben sollen, im Rechtssinne also „gleiche“ und „ungleiche“ Sachverhalte schaffen (vgl. BVerfGE 75, 108, 157; 78, 249, 287). Seine weitgehende Gestaltungsfreiheit endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung der Lebenssachverhalte nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist, weil ein einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung offensichtlich fehlt, es sich demnach um Regelungen handelt, die unter keinem sachlichen Gesichtspunkt gerechtfertigt sind und damit als willkürlich erscheinen. Dagegen stellt die vereinigungsbedingte Notsituation der Justiz in den neuen Ländern einen sachlich vertretbaren, am Gerechtigkeitsgedanken orientierten und nachvollziehbaren Gesichtspunkt für die Schaffung unterschiedlicher Verjährungsfristen dar.

4. Einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG kann durch das Bundesverfassungsgericht nur dann festgestellt werden, wenn sich im Einzelfall klar ergibt, dass ein Gericht das Vorbringen eines Beteiligten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung ersichtlich weder erwogen (vgl. BVerfGE 65, 293, 295 f.; 85, 386, 404) noch in den Entscheidungsgründen verarbeitet hat (vgl. BVerfGE 47, 182, 189; 58, 353, 357), wobei letztinstanzliche Entscheidungen von Verfassungen wegen grundsätzlich keiner Begründung bedürfen (BVerfGE 50, 287, 289 f.).

## **BVerfG 2 BVR 879/03 – Beschluss v. 1. Dezember 2003 (1. Kammer des Zweiten Senats)**

Auslieferung nach Peru; Auslieferungshaft; Verbot von Sondergerichten (keine Prüfung anhand von Art. 101 Abs. 1 GG; Wahrung völkerrechtlich verbindlicher Mindeststandards und der unabdingbaren Grundsätze der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland; gesetzlicher Richter: Begriff des Gerichts); Schutz von Ehe und Familie (kein Schutz vor Auslieferung; kein Anspruch auf deutschen Vollzugsbedingungen vergleichbaren Bedingungen im ausländischen Strafvollzug); Aufklärungspflicht des Gerichtes (Folter; menschenunwürdige Haftbedingungen); Prüfungskompetenz des BVerfG (Auslegung einfachen Rechts durch die Fachgerichtsbarkeit; Willkürverbot).

Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 10 Abs. 1 IRG; § 73 IRG; § 2 Abs. 1 IRG, § 3 Abs. 1 und 2 IRG; Código Penal de Peru (C.P.) art. 317; C.P. art. 25; C.P. art. 393; § 129 StGB; § 322 StGB, § 266 StGB und § 27 StGB

1. Art. 6 Abs. 1 GG schützt nicht davor, dass ein Ausländer als Folge der Verletzung von Strafnormen außerhalb des Bundesgebietes zur Verantwortung gezogen wird. Die internationale Offenheit des vom Grundgesetz verfassten Staates sowie sein Interesse an der Durchsetzung des eigenen Strafanspruchs im Ausland überwiegen angesichts der typischerweise schwerwiegenden „auslieferungsfähigen“ Straftaten regelmäßig die Schutzwirkung des Art. 6 GG.

2. Aus der Tatsache, dass der Ehepartner des Auszuliefernden die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, folgt nicht, dass der Beschwerdeführer einen Anspruch auf die Unterbringung in einer nach deutschen Vollstreckungsstandards geführten Justizvollzugsanstalt hat.

3. Die Wahrung des Prinzips des Verbotes von Sondergerichten ist im Auslieferungsverfahren nicht anhand des Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG, sondern daraufhin zu überprüfen, ob das Gericht des Auslieferungsstaates dem völkerrechtlich verbindlichen Mindeststandard und den unabdingbaren Grundsätzen der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland genügt (vgl. BVerfGE 59, 280, 282 ff.; 63, 332 337 ff.). Erforderlich ist ein unabhängiger Spruchkörper, der kraft Gesetzes errichtet ist und im Rahmen rechtlich festgelegter Zuständigkeiten nach einem rechtlich geordneten Verfahren durch Richter, deren Unabhängigkeit und Unparteilichkeit von Rechts wegen gewährleistet ist, Rechtsprechungsfunktionen nach Maßgabe von Rechtsnormen wahrnimmt.

4. Die Anwendung und Würdigung einfachen Rechts ist in erster Linie Sache der Fachgerichte (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.; 62, 189, 192 f.; 85, 248, 257 f.; 95, 96, 127 f.). Das Bundesverfassungsgericht überprüft im Hinblick auf das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG nur, ob die Rechtsanwendung und das dazu eingeschlagene Verfahren unter keinem denkbaren Gesichtspunkt rechtlich

vertretbar sind und sich daher der Schluss aufdrängt, die Entscheidung beruhe auf sachfremden und daher willkürlichen Erwägungen (vgl. BVerfGE 80, 48, 51; stRspr).

**BVerfG 2 BVR 1661/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Prüfungskompetenz des BVerfG (Auslegung einfachen Gesetzesrechts durch die Fachgerichte; Willkürverbot); Freiheit der Person; Wahrheitserforschung (umfassende Aufklärung des Sachverhalts auch im Vollstreckungsverfahren); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Prognoseentscheidung; selbständige Bewertung durch den Richter; keine Gewissheit zukünftiger Straffälligkeit).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 104 Abs. 1 und 2 GG; § 57 Abs. 1 StGB

1. Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 104 Abs. 1 und 2 GG) darf nur aus besonders gewichtigen Gründen und unter strengen formellen Gewährleistungen eingeschränkt werden. Daraus ergeben sich für die Strafgerichte Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung, die auch bei den im Vollstreckungsverfahren zu treffenden Entscheidungen zu beachten sind. Sie setzen unter anderem Maßstäbe für die Aufklärung des Sachverhalts und damit für eine hinreichende tatsächliche Grundlage richterlicher Entscheidungen. Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen unterliegen auch Entscheidungen über die Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung.

2. Bei der nach § 57 Abs. 1 StGB zu treffenden Entscheidung handelt es sich zunächst um die Auslegung und Anwendung von Gesetzesrecht, die Sache der Strafgerichte ist. Sie wird vom Bundesverfassungsgericht nur daraufhin nachgeprüft, ob das Strafvollstreckungsgericht in objektiv unvertretbarer Weise vorgegangen ist oder die verfassungsrechtliche Bedeutung und Tragweite des durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 104 Abs. 2 GG verbürgten Freiheitsrechts verkannt hat (vgl. BVerfGE 18, 85 92 f., 72, 105, 113 ff.).

3. Für die tatsächlichen Grundlagen einer Prognoseentscheidung nach § 57 Abs. 1 StGB gilt von Verfassungs wegen das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung. Es verlangt, dass der Richter die Grundlagen seiner Prognose selbständig bewertet, verbietet mithin, dass er die Bewertung einer anderen Stelle überlässt. Darüber hinaus fordert es vom Richter, dass er sich ein möglichst umfassendes Bild über die zu beurteilende Person verschafft (vgl. BVerfGE 70, 297, 309 ff.).

4. Eine positive Entscheidung gemäß § 57 Abs. 1 StGB setzt keine Gewissheit künftiger Straffreiheit voraus; dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit ist jedoch in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

**BVerfG 2 BVR 1107/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Bestimmtheitsgebot; Analogieverbot; Auslegung (Wortlautgrenze; kein Verbot der teleologischen, weiten Aus-

legung; Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe; Vorhersehbarkeit der Strafandrohung); Strafvereitelung; Verfall; Arrest.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 258 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 111d StPO

1. Die Wortlautgrenze des § 258 Abs. 1 StGB wird auf Grund seiner Verweisung auf § 11 Nr. 8 StGB nicht überschritten, wenn in der Vereitelung von strafprozessualen Maßnahmen nach § 111d StPO, die der Realisierung der späteren Verfallsanordnung dienen sollen, zugleich auch eine Vereitelungshandlung der Durchsetzung des Verfallsanspruchs selbst gesehen wird.

2. Als spezielles Willkürverbot für die Strafgerichtsbarkeit verpflichtet Art. 103 Abs. 2 GG den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln lassen. Die hiernach gebotene Bestimmtheit des Straftatbestandes schließt aber die Verwendung von Begriffen nicht aus, die der Deutung durch den Richter bedürfen. Jedenfalls im Regelfall muss der Normadressat aber anhand der gesetzlichen Vorschrift voraussehen können, ob ein Verhalten strafbar ist. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert dabei die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (vgl. BVerfGE 64, 389, 393 f.; 92, 1, 12). Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen (BVerfGE 92, 1, 12).

3. Das Bestimmtheitsgebot verwehrt es den Strafgerichten nicht, den Wortlaut einer Strafbestimmung weit auszulegen. Gerade wenn der Normzweck eindeutig und offensichtlich ist, kann eine daran orientierte weite Auslegung des Wortsinns geboten sein (vgl. BVerfGE 28, 175; 183; 57, 250, 262).

**BVerfG 2 BVR 328/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Recht auf ein faires Verfahren; Tätigwerden der Strafverfolgungsbehörden (spätes Einschreiten: Berücksichtigung bei der Strafzumessung; Gründe der Prozessökonomie und der Ermittlungstaktik; Einschätzungen kriminalpolitischer Natur).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 152 Abs. 2 StPO

Hinsichtlich des Zeitpunkts des Tätigwerdens durch die Strafverfolgungsbehörden enthält § 152 Abs. 2 StPO keine Regelung. Es ist jedoch von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn aus Gründe der Prozessökonomie und der Ermittlungstaktik, etwa im Interesse einer umfassenden Aufklärung, eine Zurückstellung von Ermittlungshandlungen stattfindet. Die Frage des Einschreitens der Strafverfolgungsbehörden gegenüber einem Beschuldigten hängt dabei erfahrungsgemäß von vielfältigen Einschätzungen auch kriminalpolitischer Natur ab, deren Nachprüfung im Einzelnen dem Bundesverfassungsgericht entzogen ist.

**BVerfG 2 BVR 1922/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht; Freiheit der Person (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Unterbringung im Maßregelvollzug); Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung (Vermeidung allgemeiner Wendungen; substantiierte Offenlegung der Bewertung ob eine vom Verurteilten ausgehende Gefahr den Freiheitsanspruch aufwiegt; Erwartung weiterer Taten; Bezugsetzung zwischen Dauer des Freiheitsentzuges und der möglichen Gefährdung der Allgemeinheit).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 67d Abs. 2 StGB

1. Die Freiheit der Person ist ein so hohes Rechtsgut, dass sie nur aus besonders gewichtigen Gründen und unter strengen formellen Gewährleistungen eingeschränkt werden darf (Art. 2 Abs. 2, 104 Abs. 1 GG). Zu diesen wichtigen Gründen gehören in erster Linie die des Strafrechts und des Strafverfahrensrechts und daher auch die Anstaltsunterbringung gefährlicher Verurteilter zum Schutze der Allgemeinheit (vgl. BVerfGE 22, 180, 219; 90, 145, 172).

2. Je länger eine Unterbringung im Maßregelvollzug dauert, desto strenger sind die Anforderungen an die Sachverhaltsaufklärung, um der Gefahr von Routinebeurteilungen vorzubeugen und sicherzustellen, dass der Richter eine das Gewicht des Freiheitsanspruchs berücksichtigende eigene Entscheidung auf gesicherter Tatsachengrundlage aufbaut. Der Richter hat allgemeine Wendungen zu vermeiden und seine Würdigung eingehend abzufassen, um seine Bewertung substantiiert offen zu legen, nach der die vom Verurteilten ausgehende Gefahr seinen Freiheitsanspruch gleichsam aufwiegt (vgl. BVerfGE 70, 297, 310 f., 316). Die mögliche Gefährdung der Allgemeinheit muss zur Dauer des erlittenen Freiheitsentzugs in Beziehung gesetzt werden (vgl. BVerfGE 70, 297 311 f.).

**BVerfG 2 BVR 666/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutzbereich; Menschenwürde); Durchsuchungsanordnung (Konkretisierung des Durchsuchungsziels hinsichtlich der aufzufindenden Gegenstände; tatsächliche Angaben über die aufzuklärenden Straftaten; Angabe der Tatzeit; Messbarkeit und Kontrollierbarkeit des Grundrechtseingriffs).

Art. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 1. HS GG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO.

1. Das Wohnungsgrundrecht gewährleistet dem Einzelnen im Hinblick auf seine Menschenwürde und im Interesse der freien Entfaltung der Persönlichkeit einen elementaren Lebensraum.

2. Der Richter hat die verfassungsrechtliche Pflicht, durch geeignete Formulierung des Durchsuchungsbefehls im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Grundrechtseingriff messbar und kontrollierbar bleibt. Notwendig hierfür sind insbesondere tatsächliche Angaben über die aufzuklärenden Straftaten bzw. den aufzuklärenden Tatvorwurf, wobei eine nur schlagwortartige Umschreibung nicht ausreicht (vgl. BVerfGE 42, 212, 220 f.).

**BVerfG 2 BVR 1745/03 / 2 BVR 1746/03 / 2 BVR 1827/03 / 2 BVR 1828/03 - Beschluss vom 10. November 2003 (2. Kammer des Zweiten Senats)**

Verfassungsbeschwerde (offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit; vollkommene Aussichtslosigkeit); Subsidiaritätsgrundsatz; Missbrauchsgebühr. § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG

Das Bundesverfassungsgericht kann dem Beschwerdeführer einer Verfassungsbeschwerde eine Missbrauchsgebühr auferlegen, wenn die Einlegung der Verfassungsbeschwerde missbräuchlich ist. Ein Missbrauch liegt unter anderem dann vor, wenn die Verfassungsbeschwerde offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und ihre Einlegung von jedem Einsichtigen als völlig aussichtslos angesehen werden muss.

**Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH****I. Materielles Strafrecht****1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB****BGH 5 StR 327/03 – Urteil vom 13. November 2003 (LG Potsdam)**

Fahrlässige Tötung durch Gewährung von Ausgang (Psychiatrie; Unterbringung psychisch Kranker; Kausalität; condicio sine qua non; Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe; Pflichtwidrigkeitszusammenhang; Prüfung der Ursachenzusammenhangs; objektive Vorher-

sehbarkeit und Zurechnung); Bestimmung der Pflichtwidrigkeit bei der Gewährung von Ausgang (Gesetz als Maßstab; Beurteilungsspielraum). § 222 StGB; Vor § 13 StGB; BbgPsychKG

1. Nach ständiger Rechtsprechung ist als haftungsbe gründende Ursache eines strafrechtlich bedeutsamen

Erfolges jede Bedingung anzusehen, die nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiel (BGHSt 39, 195, 197; 45, 270, 294 f.).

2. Diese Voraussetzungen liegen auch dann vor, wenn die Möglichkeit oder die Wahrscheinlichkeit besteht, dass ohne die Handlung des Täters ein anderer eine – in Wirklichkeit jedoch nicht geschehene – Handlung vorgenommen hätte, die ebenfalls den Erfolg herbeigeführt haben würde (BGHSt 2, 20, 24; 45, 270, 295). Bei fahrlässigen Erfolgsdelikten entfällt allerdings der ursächliche Zusammenhang zwischen dem verkehrswidrigen Verhalten eines Angeklagten und dem Tötungs- und Verletzungserfolg, wenn der gleiche Erfolg auch bei verkehrsgerechtem Verhalten des Angeklagten eingetreten wäre oder wenn sich dies aufgrund erheblicher Tatsachen nach der Überzeugung des Tatrichters nicht ausschließen lässt (BGHSt 33, 61, 63 m.w.N.).

3. Die Prüfung der Ursächlichkeit hat mit dem Eintritt der konkreten Tatsituation einzusetzen, die unmittelbar zu dem schädigenden Ereignis geführt hat (vgl. BGHSt 33, 61, 63 f.). Die Frage, welches Verhalten pflichtgemäß gewesen wäre, ist im Hinblick auf den Pflichtenverstoß zu beantworten, der als (unmittelbare) Schadensursache in Betracht kommt. Im übrigen ist der Prüfung der tat-

sächliche Geschehensablauf zugrunde zu legen. Hinwegzudenken und durch das korrespondierende sorgfaltsgemäße Verhalten zu ersetzen ist daher nur der dem Täter vorwerfbare Tatumstand; darüber hinaus darf von der konkreten Tatsituation nichts weggelassen, ihr nichts hinzugedacht und an ihr nichts verändert werden (vgl. BGHSt aaO; BGHR StGB § 222 Kausalität 1). Zur konkreten Tatsituation zählen demgemäß nur solche Bedingungen, deren Grund in diesem Tatgeschehen selbst unmittelbar angelegt sind, wie etwa das eigene Verhalten von Verkehrsoptionen (vgl. BGHSt 11, 1 f.; 33, 61 f.).

4. Fahrlässig handelt, wer eine objektive Pflichtwidrigkeit begeht, sofern er diese nach seinen subjektiven Kenntnissen und Fähigkeiten vermeiden konnte, und wenn gerade die Pflichtwidrigkeit objektiv und subjektiv vorhersehbar den Erfolg gezeitigt hat (vgl. dazu näher BGHR StGB § 222 Pflichtverletzung 5 m.w.N.).

5. Eine im Ergebnis falsche Prognose hinsichtlich der Missbrauchsgefahr beim Ausgang im Rahmen einer Unterbringung von psychisch Kranken ist nur dann pflichtwidrig, falls sie auf relevant unvollständiger Tatsachengrundlage oder unter unrichtiger Bewertung der festgestellten Tatsachen die Missbrauchsgefahr verneint worden ist.

## 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

### BGH 4 StR 150/03 – Urteil vom 20. November 2003 (LG Lüneburg)

BGHSt (Aufgabe von BGHSt 5, 280); Auslegung des Tatbestandes des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (erforderliche zeitliche Verknüpfung des Opfers; Begriff des Führers; Angriff auf die Entschlussfreiheit; Vollendung; List und Täuschung; Vereinzelung des Fahrers oder Mitfahrers; Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs); rechtsgutsbezogene Auslegung; Beförderungspflicht des Taxifahrers. § 316a StGB; § 22 PBefG

1. Zur Auslegung des Tatbestandes des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer: (BGHSt)

2. [a]) Erforderlich ist eine zeitliche Verknüpfung dergestalt, dass das Opfer bei Verüben des Angriffs entweder Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist. (BGHSt)

3. [b]) Führer im Sinne des § 316 a StGB ist, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Daran fehlt es, sobald der Fahrer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, ferner, regelmäßig wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt. (BGHSt)

4. [c]) Einen tatbestandsmäßigen Angriff auf die Entschlussfreiheit verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Dabei genügt es für die Vollendung, dass das Opfer den objektiven Nötigungscharakter der Handlung erkennt. List und Täuschung stellen regelmäßig noch keinen Angriff dar. (BGHSt)

5. [d]) Die „Vereinzelung“ des Fahrers oder Mitfahrers begründet für sich allein noch kein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs. (Aufgabe von BGHSt 5, 280) (BGHSt)

6. Diese Rechtsprechungsänderung gilt auch dann, soweit ein nach § 22 PBefG zur Beförderung verpflichteter Taxifahrer betroffen ist. Dass sich die mit der Bestimmung des Fahrziels verbundene räuberische Absicht gegen einen Taxifahrer richtet, rechtfertigt keine andere Beurteilung und macht die List oder Täuschung noch nicht zu einem Angriff auf die Entschlussfreiheit des Kraftfahrzeugführers. (Bearbeiter)

### BGH 2 StR 283/03 – Urteil vom 15. Oktober 2003 (LG Kassel)

BGHSt; schwerer Raub (Nötigungshandlung; Wegnahme; finale Beziehung; Motivwechsel; Gewaltausübung; Unterlassen der Beendigung, fortdauernde Fesselung, Ausnutzen der faktischen Wirkung, Erfordernis aktiven Tuns); Vorsatzwechsel; BGHSt 32, 88; Ingerenz; gefährliches Werkzeug.

§ 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB; § 240 StGB; § 13 StGB

1. Gewalt zur Wegnahme unter Verwendung eines Mittels im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b StGB wendet an, wer das Tatopfer zunächst mit anderer Zielrichtung gefesselt hat und im engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang mit der so bewirkten Wehrlosigkeit des Opfers dessen Sachen entwendet. (BGHSt)

2. Nach einer zunächst mit anderer Zielsetzung begangenen Nötigung kommt ein Schuldspruch wegen Raubs nicht in Betracht, wenn es nur gelegentlich der Nötigungshandlung zur Wegnahme kommt oder die Wegnahme der Nötigung nur zeitlich nachfolgt, ohne dass eine finale Verknüpfung besteht (BGH NStZ-RR 2002, 304, 305). Hingegen ist auch bei einer zunächst mit anderer Zielrichtung erfolgten Nötigung, die der Täter zur Wegnahme ausnutzt, der Raubtatbestand erfüllt, wenn die Gewalt noch andauert oder als aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung auf das Opfer einwirkt und dieses dazu veranlasst, die Wegnahme zu dulden (BGHR StGB § 249 Abs. 1 Drohung 3). (Bearbeiter)

3. Es überzeugt nicht, dass das bloße Ausnutzen einer ohne Wegnahmevorsatz begonnenen andauernden Frei-

heitsberaubung sprachlich nicht als „Gewalt“ angesehen werden könne oder dass der Raubtatbestand von seiner Struktur her ein aktives Handeln erfordere. Das Abstellen allein auf die aktive Gewaltanwendung wird auch dem Charakter der Freiheitsberaubung als Dauerdelikt nicht gerecht. Wer einen anderen einschließt oder fesselt, übt gegen diesen Gewalt aus. Durch das Aufrechterhalten dieses Zustands setzt sich diese Gewaltausübung bis zum Lösen der Fesselung fort. (Bearbeiter)

4. Es kann offen bleiben, ob das Aufrechterhalten einer Fesselung als Gewaltanwendung durch positives Tun oder durch Unterlassen wegen aus Ingerenz folgender Garantspflicht des Täters anzusehen ist. (Bearbeiter)

5. Der Einwand, dass der Unrechtsgehalt bei einem durch pflichtwidriges Aufrechterhalten einer Fesselung begangenen Raub nicht dem der aktiven Tatbestandsverwirklichung entspreche, erscheint jedenfalls dann nicht begründet, wenn die aus anderen Gründen erfolgte Gewaltanwendung durch positives Tun und ihre Ausnutzung zur Wegnahme durch den Täter zeitlich und räumlich dicht beieinander liegen (Abgrenzung von BGHSt 32, 88). (Bearbeiter)

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### **BGH 5 StR 377/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Berlin)**

Strafzumessung (Berücksichtigung standesrechtlicher Folgen bei einem Arzt: Verlust der Approbation, Erörterungsmangel).

§ 46 StGB; § 267 StPO

1. Folgen wie der Verlust der Approbation sind Auswirkungen der Strafe, die nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB als berufliche Nebenfolgen die Höhe der Strafe beeinflussen können und nicht nur bei Beamten, sondern auch bei anderen Berufsgruppen zu berücksichtigen sind (BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 8, 10, 22, 23).

2. Grundsätzlich kann aus einem Fehlen der entsprechenden Strafmaßerwägung nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, der Strafrichter habe diesen Umstand bei Zumessung der Strafe nicht gesehen und gewertet (BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 18, 23). Es kann sich jedoch die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Darlegung ergeben.

### **BGH 4 StR 147/03 – Beschluss vom 5. August 2003 (LG Bielefeld)**

Anfragebeschluss; Vollrausch; Sicherungsverwahrung (ultima ratio; Verhältnis zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus); Zweifelssatz; in dubio pro reo; Stufenverhältnis mehrerer Maßregeln.

§ 132 Abs. 3 GVG; § 323 a StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 72 Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

1. Das Vergehen des Vollrausches (§ 323 a StGB) hat den Charakter eines Auffangtatbestandes (BGHSt 32, 48, 50, 51, 52). Die Struktur des Tatbestands zeigt zudem, dass der Gesetzgeber die Verurteilung wegen Vollrausches nicht „schärfer“ gewertet wissen wollte als die Verurteilung wegen der Rauschat. Zwischen Vollrausch und Rauschat besteht daher ein Stufenverhältnis, das die Anwendung des Grundsatzes in dubio pro reo rechtfertigt.

2. Für die Rechtsfolgenentscheidung bedeutet dieses Stufenverhältnis, dass dem Angeklagten kein Nachteil dadurch erwachsen darf, dass er nicht wegen der Rauschat, sondern wegen Vollrausches verurteilt wird. Daher darf die Anwendung des Zweifelssatzes, die den Angeklagten auf der Ebenen des Schuldspruchs begünstigt, zumindest dann nicht auch auf der Ebene der Rechtsfolgen zugrunde gelegt werden, wenn sie zum Ausschluss des § 63 StGB führen würde. Denn dieser ordnet gegenüber dem § 66 StGB die mildere Maßregel an (insoweit Abweichung von BVerfG 2 BvR 366/03).

### **BGH 1 ARs 29/03 - Beschluss vom 6. November 2003**

Vollrausch (Rauschtat); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anfragebeschluss zum Verhältnis zur Sicherungsverwahrung; aliud; Aufgabe eigener Rechtsprechung).

§ 323a StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 132 Abs. 2 GVG

**BGH 4 StR 424/03 - Beschluss vom 11. November 2003 (LG Halle)**

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; rechtsstaatswidrige unvertretbare Verfahrensverzögerung); verminderte Schuldfähigkeit (kombinierte Persönlichkeitsstörung; Darlegung; Urteilsgründe).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 21 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 StPO

Das Tatgericht hat in den Urteilsgründen zu § 21 StGB eine Persönlichkeitsstörung so genau zu beschreiben, dass auszuschließen ist, dass lediglich Eigenschaften und Verhaltensweisen zu Unrecht als Symptome einer die Schuldfähigkeit erheblich beeinträchtigenden schweren seelischen Abartigkeit bewertet werden, die sich innerhalb der Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen bewegen. Das gilt besonders dann, wenn es um die Beurteilung kaum messbarer, objektiv schwer darstellbarer Befunde und Ergebnisse geht, wie es bei einer „kombinierten Persönlichkeitsstörung“ der Fall ist (vgl. BGHR StGB § 63 Zustand 24, 34). Dadurch ist darzulegen, ob die Störung den für die sichere Annahme des § 21 StGB erforderlichen Schweregrad erreicht und wie sie sich bei den konkreten Taten ausgewirkt hat.

**BGH 1 StR 451/03 – Beschluss vom 6. November 2003 (LG Mannheim)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges); volle Kostenbelastung für teilweise erfolgreiche Revision (ersichtliche Absicht der Anfechtung über den Teilerfolg hinaus).

§ 64 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

1. Ein Hang im Sinne des § 64 StGB liegt nur vor, wenn entweder eine chronische, auf Sucht beruhende körperliche Abhängigkeit gegeben ist, oder wenn zwar noch keine körperliche Abhängigkeit besteht, jedoch eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol (oder andere berauschende Mittel) zu konsumieren (vgl. BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 4, 5).

2. Hinzukommen müsste außerdem, dass der Angeklagte die Rauschmittel „im Übermaß“ konsumiert. Dies bedeutet, dass er sie in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt wird. Gelegentliches Sich-Betrinken in Verbindung mit Straffälligkeit im Rausch genügt hierfür nicht (BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 1).

**BGH 1 StR 406/03 - Beschluss vom 6. November 2003 (LG Landshut)**

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Abweichung vom Sachverständigengutachten; Rechtsfrage; normative Wertung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Übermaß).

§ 21 StGB; § 64 StGB; § 72 StPO

Die Frage, ob eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB ist, ist eine Rechtsfrage, bei der normative Erwägungen mit einfließen. Die rechtliche Erheblichkeit der Verminderung des Hemmungsvermögens hängt unter anderem von den Anforderungen ab, die die Rechtsordnung an das Verhalten des einzelnen stellt. Dies zu bewerten und zu entscheiden ist Sache des Richters, der dabei auch nicht an die Äußerungen von Sachverständigen gebunden ist. Allein zur Beurteilung der Vorfrage nach den medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen bedarf der Richter sachverständiger Hilfe, sofern er hierzu nicht aufgrund eigener Sachkunde befinden kann.

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

**BGH 1 StR 368/03 – Beschluss vom 5. November 2003 (LG Landshut)**

BGHR; Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden (geordnete Zeugenbefragung; sachfremdes Beweisthema; begründungslose Zurückweisung und spätere Beanstandung); Würde des Zeugen (fairer Verfahren; Rechtsstaatsprinzip); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von rechtsfeindlichem Verhalten: Abgrenzung von zulässigem Verteidigungsverhalten; zu missbilligende Einstellung).

Art. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 Abs. 2 StGB; Art. 6 EMRK; § 238 StPO

1. Zur Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden. (BGHR)

2. Die Leitungsbefugnis des Vorsitzenden umfasst auch die Befugnis, die sachgerechte Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen zu gewährleisten und insbesondere für die sachgerechte Ausübung des Fragerechts (§ 240 Abs. 2, § 241a StPO) durch die Verfahrensbeteiligten Sorge zu tragen (BGHSt 16, 67, 70 f.). Er muss sicherstellen, dass der Zeuge zur Sache im Zusammenhang vortragen kann, Angriffe abwehren, die mit dem Anspruch des Zeugen auf angemessene Behandlung und Ehrenschutz unvereinbar sind und nicht erforderliche Fragen nach entehrenden Tatsachen sowie unzulässige, ungeeignete und nicht zur Sache gehörende Fragen zurückweisen. (Bearbeiter)

3. Wird die Vernehmung eines Zeugen oder Sachver-

ständigen durch den Vorsitzenden von einem Verfahrensbeiliegten unter anderem durch extensive Antragstellung, wiederholte Beanstandungen, Herbeiführung von Gerichtsbeschlüssen und Anträgen auf wörtliche Protokollierung fortwährend unterbrochen, so braucht der Vorsitzende derartige Anträge nicht sofort entgegenzunehmen und zu bescheiden. In einem solchen Fall kann er vielmehr die Befragung des Zeugen oder Sachverständigen ungestört zu Ende führen und dem Verfahrensbeiliegten statt dessen aufgeben, etwaige Beanstandungen erst nach Abschluss seiner Befragung vorzutragen. Über derartige Beanstandungen und Anträge kann dann insgesamt befunden werden. (Bearbeiter)

4. Fragen an einen Zeugen oder Sachverständigen zu einem sachfremden Beweisthema kann er durch eine Entscheidung zu diesem Thema insgesamt zurückweisen (vgl. BGHSt 13, 252, 254; 21, 334, 360). Werden dazu gleichwohl weitere Fragen gestellt, so umfassen die erstmalige Zurückweisung und der erstmalige Gerichtsbeschluss nach § 238 Abs. 2 StPO auch deren Zurückweisung. Solche Fragen darf der Vorsitzende durch Bezugnahme auf den Gerichtsbeschluss ohne weitere Begründung zurückweisen. Einer erneuten Entscheidung durch das Gericht nach § 238 Abs. 2 StPO bedarf es in solchen Fällen nicht mehr. (Bearbeiter)

5. Verhalten, das eine rechtsfeindliche Einstellung offenbart, ist nicht von der zulässigen Verteidigung des Angeklagten umfasst. Es darf strafschärfend berücksichtigt werden. (Bearbeiter)

#### **BGH 2 BGs 315/2003 – Beschluss vom 15. Dezember 2003**

BGHR; Verteidigungsrecht (Laptop des Verteidigers in der Untersuchungshaft; freier Verkehr / Kontaktrecht; Gepflogenheiten; Einlasskontrolle); Beschränkungen in der Untersuchungshaft (Wirkung gegen Dritte; Besonderheiten beim Verteidiger).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 119 Abs. 3 StPO; § 148 StPO; § 137 StPO

1. Einem Verteidiger, der die für die Mandantengespräche erforderlichen Unterlagen auf einem Notebook eingespeichert hat, kann regelmäßig die Mitnahme eines solchen Geräts (ohne Netzwerkkarte und Zusatzgeräte) zu Unterredungen mit seinem Mandanten in der Justizvollzugsanstalt nicht verwehrt werden. (BGH)

2. Die Benutzung moderner elektronischer Hilfsmittel durch einen Verteidiger im Rahmen von Mandantengesprächen, beinhaltet grundsätzlich keine größere Missbrauchsgefahr als dies bei Mitnahme der erforderlichen Aktenstücke der Fall ist. Einer inhaltlichen Kontrolle sind die Verteidigerunterlagen stets entzogen, gleichgültig, ob sie in Schrift- oder in elektronisch gespeicherter Form mitgeführt werden. Wie im Falle mitgeführter Aktenkopien ist eine in geeigneter Form durchgeführte Untersuchung des Notebooks vor dem Besuch des Beschuldigten auf nicht der Verteidigung dienende Gegenstände zulässig. (Bearbeiter)

3. Die in § 119 Abs. 3 StPO bestehende Möglichkeit, dem Untersuchungsgefangenen Beschränkungen aufzuerlegen, die auch Dritte betreffen können, gilt grundsätzlich nicht für den Verkehr des Beschuldigten mit seinem Verteidiger. Vielmehr gestattet § 148 StPO dem Untersuchungsgefangenen - unbeschränkten - schriftlichen und mündlichen Verkehr mit seinem Verteidiger. Dies beinhaltet auch die Befugnis des Verteidigers, alle Unterlagen, die er für eine Unterredung mit dem Untersuchungsgefangenen benötigt oder die er mit ihm im Rahmen der Verteidigung zu erörtern hat, in die Haftanstalt mitnehmen zu können, ohne diese Unterlagen einer inhaltlichen Kontrolle unterwerfen zu müssen. (Bearbeiter)

4. Hingegen kollidiert eine Untersuchung u.a. der mitgeführten Verteidigerunterlagen vor dem Besuch auf nicht der Verteidigung dienende Gegenstände - etwa Waffen und Ausbruchswerkzeuge - nicht mit § 148 StPO; sie schränkt die Verteidigung nicht unzulässig ein (vgl. BGH NJW 1973, 1656). (Bearbeiter)

#### **BGH 4 StR 270/03 - Urteil vom 6. November 2003 (LG Münster)**

Einlassung des Abgeklagten (Beweiswürdigung; Glaubwürdigkeit; Einlassungswechsel; Zweifelssatz; in dubio pro reo); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

An die Bewertung der Einlassung des Angeklagten sind die gleichen Anforderungen zu stellen wie an die Beurteilung sonstiger Beweismittel. Der Tatrichter hat sich aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung zu bilden (vgl. BGHSt 34, 29, 34; BGHR StPO § 261 Einlassung 6 m.w.N.). Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich eines Wechsels der Einlassung.

#### **BGH 5 StR 458/03 – Beschluss vom 12. November 2003 (LG Göttingen)**

Klärende Feststellung der Wirksamkeit der Rücknahme der Revision durch förmliche Entscheidung des Rechtsmittelgerichts (Schriftlichkeit: handschriftliche Unterzeichnung eines eigenhändig geschriebenen Schriftstücks, Urheberschaft des Angeklagten; Unwiderruflichkeit trotz fehlender Erwartungen: Veranlassung durch die Justiz).

§ 302 Abs. 1 StPO

Eine Rücknahmeerklärung ist unwiderruflich und unanfechtbar (st. Rspr. vgl. nur BGHR StPO § 302 Abs. 1 Rücknahme 5 m.w.N.). Grundsätzlich ist auch eine auf Irrtum beruhende Rücknahmeerklärung nicht anfechtbar. Dass der Angeklagte mit seiner Prozesshandlung Erwartungen verknüpft hat, die – nach dem Vortrag seines Wahlverteidigers – nicht von der Justiz veranlasst worden waren, führt nicht ausnahmsweise zur Zulässigkeit der Anfechtung.

**BGH 4 StR 454/03 – Beschluss vom 18. November 2003 (LG Dessau)**

Wirksame Rechtsmittelrücknahme durch den Wahlverteidiger (Ermächtigung im Rahmen der üblichen Strafprozessvollmacht).

§ 302 Abs. 2 StPO

Einer wirksamen Rechtsmittelrücknahme steht es nicht entgegen, dass die Ermächtigung zur Rechtsmittelrücknahme nur im Rahmen der üblichen Strafprozessvollmacht erteilt worden ist. Bei einem erst für die Durchführung des Revisionsverfahrens beauftragten Wahlverteidiger handelt es sich insoweit um eine ausdrückliche Ermächtigung im Sinne des § 302 Abs. 2 StPO (BGH NSTZ 1998, 531, 532).

**BGH 3 StR 136/03 - Beschluss vom 9. Oktober 2003 (LG Lübeck)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Beginn der Frist zur Urteilsergänzung; Erlass des Beschlusses zur Wiedereinsetzung; Eingang der Akten beim für die Urteilsergänzung zuständigen Gericht).

§ 267 Abs. 4 Satz 3 StPO; § 275 Abs. 1 StPO

Der Senat neigt der Auffassung zu, dass die Frist zur Ergänzung des Urteils nach § 267 Abs. 4 Satz 3 StPO erst dadurch in Gang gesetzt wird, dass die Akten nach Erlass des Wiedereinsetzungsbeschlusses bei dem für die Urteilsergänzung zuständigen Gericht eingehen.

**IV. Nebengebiete (Wirtschaftsstrafrecht, Jugendstrafrecht, Ordnungswidrigkeiten)****BGH 4 StR 239/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Kaiserslautern)**

BGHSt; Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter, aber nicht notwendiger Medikamente (tatsächliche und rechtliche Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungssystems / Sachleistungssystems; Täuschung: Prüfpflichten des Apothekers bei ärztlichen Verordnungen); Vermögensbetreuungspflicht des Kassenarztes (Missbrauchstatbestand).

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 12 SGB V

1. Zur Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter, aber nicht notwendiger Medikamente. (BGHSt)

2. Ein Kassenarzt darf Leistungen, die jenseits der Bandbreite offener Wertungen nach den Regeln der ärztlichen Kunst eindeutig nicht notwendig, nicht ausreichend oder unzumutbar sind, nicht verordnen (§§ 12 Abs. 1 Satz 2, 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Verschreibt der Kassenarzt dennoch ein Medikament zu Lasten der Krankenkasse, obwohl er weiß, dass er die Leistung im Sinne des § 12 Abs. 1 SGB V nicht bewirken darf, missbraucht er diese ihm vom Gesetz eingeräumten Befugnisse und begeht eine Untreue (Missbrauchstatbestand). (Bearbeiter)

3. Zu den tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungs- und Sachleistungssystems. (Bearbeiter)

4. Über die pharmazeutische und pharmakologische Prüfungspflicht hinaus ist der Apotheker grundsätzlich nicht verpflichtet, die Angaben des Arztes zu überprüfen, insbesondere ob die Verschreibung sachlich begründet ist. Ob etwas anderes für den Fall gilt, dass die kassenärztliche Verordnung in der Weise offensichtlich missbräuchlich ist, so dass (ausnahmsweise) die Verpflichtung des Apothekers begründet wird, die Abgabe der

Überverordnungsmenge zu verweigern, kann hier offen bleiben. (Bearbeiter)

5. Täuschung ist jedes Verhalten, das objektiv irreführt oder einen Irrtum unterhält und damit auf die Vorstellung eines anderen einwirkt (BGHSt 47, 1, 3 m.w.N.). Bei schlüssigem Verhalten ist entscheidend, welcher Erklärungswert dem Gesamtverhalten des Täters nach der Verkehrsanschauung zukommt (vgl. auch BGH NJW 1995, 539 f.). (Bearbeiter)

**BGH 1 StR 24/03 – Urteil vom 6. November 2003 (LG Stuttgart)**

BGHSt; verbotene Insidergeschäfte (Scalping kein Insidergeschäft; Frontrunning); Kursmanipulation / Marktmanipulation (sonstige Täuschung; fachmännische Rechtfertigung; Unrechtskontinuität; richtlinienkonforme Auslegung: Information; Feststellung der Kurseinwirkung); unerlaubter Eigenhandel nach dem Kreditwesengesetz; milderes Gesetz.

§ 13 Abs. 1 Nr. 3 WpHG; § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 20 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG; § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG a.F.; § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F.; § 88 Nr. 2 BörsG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 KWG; EG-Insiderrichtlinie vom 13. November 1989; § 2 Abs. 3 StGB; § 261 StPO

1. Der Erwerb von Insiderpapieren in der Absicht, sie anschließend einem anderen zum Erwerb zu empfehlen, um sie dann bei steigendem Kurs - infolge der Empfehlung - wieder zu verkaufen (sog. Scalping), ist kein Insidergeschäft, sondern eine Kurs- und Marktmanipulation im Sinne von § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG. (BGHSt)

2. Eine solchermaßen motivierte Empfehlung ist auch dann eine verbotene Kurs- und Marktmanipulation, wenn die Empfehlung nach fachmännischem Urteil sachlich gerechtfertigt wäre. (BGHSt)

3. Zwischen den Vorschriften des § 88 Nr. 2 BörsG aF und den § 39 Abs. 1 Nr. 2, § 38 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG besteht Unrechtskontinuität. (BGHSt)

4. Der Tatbestand des § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG ist hinreichend bestimmt. (Bearbeiter)

5. Für die Beurteilung der Frage, ob durch die marktmanipulative Handlung tatsächlich eine Einwirkung auf den

Kurs eingetreten ist, dürfen angesichts der Vielzahl der - neben Tathandlung - regelmäßig an der Preisbildung mitwirkenden Faktoren keine überspannten Anforderungen gestellt werden, weil der Tatbestand des § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG ansonsten weitgehend leer liefe. Vergleiche von bisherigem Kursverlauf und Umsatz, die Kurs- und Umsatzentwicklung des betreffenden Papiers am konkreten Tag sowie die Ordergröße können eine Kurseinwirkung hinreichend belegen. Eine Befragung der Marktteilnehmer ist dazu nicht veranlasst. (Bearbeiter)

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Das System der Ablehnungsgründe der §§ 244 f. StPO – zugleich ein Beitrag zur Konnexität von Beweismittel und Beweistatsache

Von Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Leipzig)

Das Beweisanspruchsrecht ist, so hat es das RG seinerzeit ausdrücklich betont, das wichtigste Recht der Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung<sup>1</sup>. Namentlich dem Angeklagten und seinem Verteidiger sichert es die Stellung eines Prozesssubjekts in einer Beweisaufnahme, die von der Verfahrensherrschaft des Gerichts geprägt ist. Wer einen solchen Antrag stellt, der hat Anspruch auf die bestimmt begehrte Beweiserhebung, soweit nicht einer der gesetzlich angeführten Ablehnungsgründe vorliegt. Von einem unbedingten Anspruch kann freilich nur dann die Rede sein, wenn sich die im Gesetz genannten Ablehnungsgründe in ein System bringen lassen, dessen Vollständigkeit wohlbegründet ist. Lässt sich nicht dartun, warum die Reihe der in den §§ 244 f. StPO genannten Ablehnungsgründe abgeschlossen ist, dann begibt man sich der Möglichkeit, der Neigung der Praxis, neue Ablehnungsgründe zu erfinden, fundiert entgegen zu treten. Dies hat nicht zuletzt die Auseinandersetzung um die seitens des BGH neuerdings geforderte Konnexität zwischen Beweismittel und Beweistatsache vor Augen geführt<sup>2</sup>. Vorliegender Beitrag macht es sich zur Aufgabe, ein solches System aus dem Gesetz zu entwickeln, und verfolgt damit auch das Ziel, in die zuletzt genannte Kontroverse schlichtend einzugreifen.

Die Untersuchung nimmt folgenden Gang: Zunächst werden der Begriffsmerkmale des Beweisanspruches in Erinnerung gerufen (I.). Sodann wird versucht, ein System der Ablehnungsgründe zu entwickeln (II.). Nachdem die Unergiebigkeit bisheriger Ansätze dargetan wurde (II. A.), kommt der Aufsatz auf das Prinzip der Systematisierung zu sprechen (II. B.). Sodann geht das Bemühen dahin, die Abgeschlossenheit der gesetzlichen Ablehnungsgründe aufzuweisen (II. C.). Am Ende wird zur Frage der Konnexität Stellung genommen (III.).

#### I. Der Begriff des Beweisanspruches und die Frage der Konnexität

Der *Begriff* des Beweisanspruches ergibt sich aus § 219 Abs. 1, S. 1 StPO<sup>3</sup>: Danach liegt ein Beweisanspruch nur dann vor, wenn ein Prozessbeteiligter über eine bestimmte Tatsache die Verwertung eines nach der Prozessordnung zulässigen bestimmten Beweismittels begehrt<sup>4</sup>.

Die neuere, freilich umstrittene Rechtsprechung des BGH scheint dem beim Zeugenbeweis noch das dritte Merkmal der *Konnexität* hinzuzufügen. Danach muss sich aus dem Beweisanspruch ergeben, weshalb der Zeuge überhaupt etwas zu dem Beweisthema soll bekunden können<sup>5</sup>.

Der BGH leitet dieses zusätzliche Erfordernis aus der Eigenart des Zeugenbeweises ab: Beweisthema könnten hier nur die eigenen Wahrnehmungen des Zeugen sein. Folglich sei die Beweisbehauptung nur dann hinreichend bestimmt, wenn dargetan sei, wie die Wahrnehmungen des Zeugen mit der zu beweisenden Tatsache

<sup>1</sup> RGSt. 22, 335, 336.

<sup>2</sup> BGHSt. 39, 251, 253 f. m. Anm. Widmaier, NSTz 1993, S. 602; m. abl. Anm. Hamm, StV 1993, S. 454; BGHSt. 40, 3, 6, m. zust. Anm. Widmaier, NSTz 1994, S. 247; abl. Anm. Strate, StV 1994, S. 169; krit. Anm. Wohlers, JR 1994, S. 288; BGHSt. 43, 321, 329 f.; BGH, NSTz 1999, S. 522, 2000, S. 437. Eingehende Kritik bei Herdegen, NSTz 1999, S. 176, 180 f.

<sup>3</sup> So schon: RGSt. 13, 316, 317. Zust. Eb. Schmidt, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, Teil II, 1957, Vorbem. zu §§ 244-256 Rz. 24.

<sup>4</sup> BGHSt. 6, 128, 129. Zust. Alsberg/Nüse/Meyer, Der Beweisanspruch im Strafprozeß, 5. Aufl., 1988, S. 36 mit umfassenden Nachw.

<sup>5</sup> BGHSt. 43, 321, 329 f.

zusammenhängen<sup>6</sup>. Habe der Zeuge die unter Beweis gestellte Tatsache selbst erlebt, ergebe sich diese Konnexität von selbst<sup>7</sup>. Anders liege es bei einem Indizienbeweis<sup>8</sup>. Hier sei zwischen dem Beweisthema (der Indiztatsache) und dem Beweisziel (der Schluss auf das Gegebensein einer entscheidungserheblichen Tatsache) zu unterscheiden. Dementsprechend müsse der Antragsteller in diesen Fällen darlegen, welche Indiztatsachen er unter Beweis stelle, und dass der Zeuge diese aus eigenem Erleben wiedergeben könne<sup>9</sup>. Fehle es daran, so lasse sich das Begehren nicht danach überprüfen, ob einer der in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO genannten Ablehnungsgründe vorliege<sup>10</sup>. Es sei daher kein Beweisantrag.

Gegen diese Judikatur wird im Schrifttum angeführt: Die Rechtsprechung habe die Fälle, in denen der Antragsteller die Konnexität näher darlegen müsse, nicht bestimmt genug angegeben<sup>11</sup>. Wenn ein Verfahrensbeteiligter daher nicht Gefahr laufen wolle, dass sein Beweisbegehren abgelehnt werde, dann müsse er in jedem Fall Angaben darüber machen, worauf das Wissen des Zeugen beruhe. Darin liege eine Überspannung der Anforderungen an einen Beweisantrag, der dessen selbständige Rolle neben den Beweisanregungen in Frage stelle<sup>12</sup>. Es könne vom Antragssteller nicht verlangt werden, sich vorher Wissen über den Kenntnisstand des Zeugen und dessen Quellen zu verschaffen<sup>13</sup>. Nicht zuletzt seien die Bekundungen eines jeden Zeugen stets eine Mischung aus Mitteilungen unmittelbarer Wahrnehmungen und deren Wertung<sup>14</sup>. Nehme man dies alles zusammen, dann sei Konnexität ein contra legem geschaffener Ablehnungsgrund<sup>15</sup>.

Fasst man die Positionen dieser Auseinandersetzung zusammen, so ergibt sich: Der BGH entwickelt die Konnexität beim Zeugenbeweis als eine Konkretisierung des einen der beiden unstrittigen Merkmale des Beweisantrages, der Bestimmtheit der Beweisbehauptung. Während für ihn daher der Kanon der Ablehnungsgründe unberührt bleibt, läuft die Kritik der Wissenschaft gerade darauf hinaus, dass dies geschehe. Damit geht die Kontroverse der Sache nach darum, was als legitimer

Ablehnungsgrund angesehen werden kann und was nicht. Darüber lässt sich aber nur befinden, wenn man die Ablehnungsgründe in ein System bringt, dessen Vollständigkeit sich erweisen lässt.

## II. Das System der Ablehnungsgründe

Weder im Gesetz noch in der einschlägigen Literatur lässt sich eine explizite Begründung für die Abgeschlossenheit der gesetzlichen Ablehnungsgründe finden (A.). Um ein vollständiges System der Ablehnungsgründe zu entwickeln, bedarf es daher des Rückgangs auf das Ziel des Strafverfahrens (B. 1 und 2.). Auf dieser Grundlage werden die Bestimmungen der §§ 244 f. StPO sodann rekonstruiert (B. 3). Zuletzt ist die Abgeschlossenheit des System der Ablehnungsgründe darzutun (C.).

### A. Bisherige Systematisierungsversuche

Ein erster Blick in das *Gesetz* lässt keine innere Ordnung der Ablehnungsgründe erkennen: Liest man den § 244 StPO im Zusammenhang mit § 245 StPO, so ergibt sich, dass das Gesetz zwischen präsenten und nicht-präsenten Beweisen unterscheidet, bei ersteren wiederum danach, auf wessen Veranlassung sie herbeigeschafft wurden (§ 245 StPO). Bei letzteren unterscheidet das Gesetz zwischen Ablehnungsgründen, die für alle Beweismittel gelten (§ 244 Abs. 3 StPO) und solchen, die nur bei bestimmten Arten von Beweismitteln Platz greifen (§ 244 Abs. 4, 5 StPO). Nach dem Wortlaut von § 245 Abs. 1 StPO wird für gerichtsveranlasst herbeigeschaffte Beweismittel nur der Ablehnungsgrund der Unzulässigkeit übernommen, während § 245 Abs. 2 StPO bei den sonstigen präsenten Beweismitteln die Liste der allgemeinen Ablehnungsgründe mit zwei Ausnahmen übernimmt, diejenigen des § 244 Abs. 4 und 5 StPO dagegen nicht.

Nun ergibt sich zwar aus der Sache heraus, dass der ein oder andere Ablehnungsgrund nur bei bestimmten Beweismitteln gegeben sein kann. So sind beispielsweise präsen- te Beweismittel naturgemäß niemals unerreichbar. Folglich darf das Gericht aus diesem Grund heraus keinen Beweisantrag ablehnen. Auf der anderen Seite leuchtet die unterschiedliche Behandlung anderer Beweismittel nicht sofort ein: Warum sich etwa die Beweisaufnahme auf die gerichtsveranlasst präsenten Beweismittel grundsätzlich selbst dann zu erstrecken hat, wenn diese ungeeignet oder überflüssig sind, während bei sonstigen präsenten Beweismitteln ein Beweisantrag unter Hinweis auf diese Gründe abgelehnt werden darf, das liegt nicht auf der Hand. Die gesetzlichen Regelungen bedürfen daher der Erläuterung aus einem einheitsstiftenden Prinzip.

Geht man die *Lehrbücher* und Kommentare durch, so lässt sich an den einschlägigen Stellen diesbezüglich kaum etwas Weiterführendes finden. Bezeichnend sind insoweit die Ausführungen in einem anerkannten Standardwerk: „Eine Gruppierung der ... Ableh-

<sup>6</sup> BGHSt. 39, 251, 253 f.

<sup>7</sup> BGHSt. 39, 251, 253 f., 43, 321, 329 f.

<sup>8</sup> BGHSt. 39, 251, 253 f., 254: Den Beweis einer negativen Tatsache behandelt der BGH zutreffend als einen Unterfall des Indizienbeweises.

<sup>9</sup> BGHSt. 43, 321, 330 f.

<sup>10</sup> BGHSt. 39, 251, 254; 40, 3, 6.

<sup>11</sup> Eisenberg, *Das Beweisrecht der StPO*, Spezialkommentar, 4. Aufl., 2002, Rz. 146; ähnlich: Herdegen, *NSStZ* 1999, S. 176, 181.

<sup>12</sup> Fezer, in: *Festschrift für Meyer-Goßner zum 70. Geburtstag* hrsg. v. S. 637 ff., Gollwitzer, in: *Löwe-Rosenberg, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar* hrsg. v. Rieß, 24. Aufl., 1988 ff., Rz. 182 ff. vor § 244 m. w. N.

<sup>13</sup> Strate, *StV* 1994, S. 171.

<sup>14</sup> Hamm, *StV* 1993, S. 456 f.

<sup>15</sup> Herdegen, *NSStZ* 1999, S. 176, 181.

nungsgründe nach logischen Gesichtspunkten erscheint weder für die Rechtsanwendung noch sonst unbedingt erforderlich. Die ... Darstellung der zulässigen Ablehnungsgründe folgt daher der Reihenfolge des Gesetzes.<sup>16</sup> Wir werden daher an anderer Stelle den Ansatzpunkt zu suchen haben, um das Problem zu lösen.

## B. Das Prinzip der Systematisierung

Eine nähere Analyse der Ablehnungsgründe zeigt, dass das Beweisantragsrecht maßgeblich durch drei Prozessmaximen geprägt wird (1.). Deren einheitsstiftendes Prinzip lässt sich im Prozessziel finden (2.)

### 1. Das Beweisantragsrecht als Ergebnis des Zusammenspiels dreier Prozessmaximen

Wie Alsberg/Nüse/Meyer zutreffend feststellen, muss jede Darstellung des Beweisantragsrechts mit der *Sachaufklärungspflicht* des Gerichts beginnen<sup>17</sup>. Danach hat der Tatrichter zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen die Beweismittel von Amts wegen zu benutzen, die geeignet, erforderlich, erreichbar und zulässig sind und deren Erhebung sich ihm aufdrängen muss<sup>18</sup>. Schon darin spiegelt sich – gewissermaßen seitenverkehrt – die Reihe der in den §§ 244 f. StPO vorzufindenden Ablehnungsgründe<sup>19</sup>. Diese lassen sich alle entweder auf die Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung<sup>20</sup> oder aber auf die Ungeeignetheit<sup>21</sup>, Überflüssigkeit<sup>22</sup>, Unerreichbarkeit<sup>23</sup> oder Unzulässigkeit<sup>24</sup> des be-

nannten Beweismittels zurückführen. Gleichwohl erklärt sich daraus nicht, dass, wie bereits (s. o. II. A.) angedeutet, namentlich die Untauglichkeit bzw. Entbehrlichkeit als Ablehnungsgründe je nach Art des Beweises ganz unterschiedlich Berücksichtigung gefunden haben. Schon daran zeigt sich, dass die Instruktionsmaxime nicht der einzige Grundsatz ist, auf den das Beweisantragsrecht bezogen ist. Vielmehr wird dieses ebenso wie das in der Hauptverhandlung zu beobachtende Strengbeweisverfahren neben der *Konzentrationsmaxime* vor allem auch durch den *Unmittelbarkeitsgrundsatz* geprägt<sup>25</sup>. So lässt sich das den dort niedergelegten Ablehnungsgründen Grenzen setzende Beweisantragsverbot, wie noch darzutun ist (s. u. II. B. 3.), auf den Unmittelbarkeitsgrundsatz zurückführen. Demgegenüber finden die Ausnahmen hierzu, wie ebenfalls noch darzulegen (s. u. II. B. 3.) ist, ihren Grund in dem Bemühen des Gesetzes, tunlichst eine ununterbrochene Hauptverhandlung zu gewährleisten.

Meine These ist daher: Das Beweisantragsrecht stellt sich formal als ein Gefüge von Grundsatz, Ausnahmen und Gegenausnahmen dar, das sich aus dem Zusammenspiel von Amtsaufklärungspflicht, Unmittelbarkeitsgrundsatz und Konzentrationsmaxime ergibt. Damit dieser Zusammenklang ein harmonischer ist, muss das Verhältnis der angesprochenen Prozessmaximen aus einem übergeordneten Prinzip heraus materiell bestimmt werden. Dies kann nur das Prozessziel mit den sich daraus ergebenden Prozessaufgaben sein.

### 2. Ziel und Aufgaben des Strafverfahrens

*Ziel* des Strafverfahrens ist es, das durch den Verdacht einer Straftat elementar in Frage gestellte Recht in seiner Allgemeingeltung wiederherzustellen<sup>26</sup>. Denn Höchstwert unserer Rechtsordnung ist die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. 1 GG. Jeder Mensch ist danach Zweck an sich selbst und darf niemals zum bloßen Objekt gemacht werden<sup>27</sup>. Die willentliche Verletzung fremder Rechtsgüter zwingt deren Inhaber einen fremden Willen auf und degradiert ihn so zum bloßen Objekt für fremde Willkür<sup>28</sup>. Hierdurch ist nicht nur das Opfer in seinem elementaren Selbstwert getroffen, hierdurch ist auch unser auf die Menschenwürde verpflichtetes Gemeinwesen aufgerufen, sich schützend vor das Opfer zu stellen, Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG. Aus dieser Schutzpflicht des Staates folgt, dass derart elementare Rechtsbrüche zu bestrafen sind<sup>29</sup>. Meistens ist es jedoch nicht offensicht-

<sup>16</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 409 f. mit Fn. 5.

<sup>17</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 19.

<sup>18</sup> Vgl. BGHSt. 16, 389, 391. Näher: Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 16), S. 25. Eingehend zur Entwicklung der Aufklärungsrüge, Wessels, JuS 1969, S. 1 ff.

<sup>19</sup> So Wessels, JuS 1969, S. 1, 2 f.

<sup>20</sup> §§ 244 Abs. 3, S. 2 2. Var., 245 Abs. 2 S. 2 3. Var. StPO Gleiches gilt nach BGHSt. 17, 28, 30 m. w. N., auch für gerichtsveranlasste präsente Beweise.

<sup>21</sup> §§ 244 Abs. 3 S. 2 4. Var., 245 Abs. 2 S. 3 4. Var. StPO. Auch der Ablehnungsgrund der Prozessverschleppungsabsicht (§§ 244 Abs. 3 S. 2 6. Var., 245 Abs. 2 S. 3 5. Var. StPO) ist letztlich auf die Ungeeignetheit zurückzuführen. Zwar muss hier das Beweismittel nicht absolut untauglich sein. Wohl aber gehört es zu den Voraussetzungen dieses Ablehnungsgrundes, dass das benannte Beweismittel bezogen auf das vom Antragsteller verfolgte Beweisziel ungeeignet sein muss, BGHSt. 21, 118, 124. Näher: Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 237.

<sup>22</sup> Hierunter lassen sich folgende Ablehnungsgründe subsumieren: Offenkundigkeit (§§ 244 Abs. 3 S. 2 1. Var., 245 Abs. 2 3 1. Var.); Erwiesenheit (§§ 244 Abs. 3 S. 2 3. Var., 245 Abs. 2 S. 3 2. Var. StPO), Wahrunterstellung (§ 244 III 2 7. Var. StPO), eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 S. 1 StPO); Erwiesenheit des Gegenteils (§§ 244 Abs. 4 S. 2 1. Hs., Abs. 5 StPO).

<sup>23</sup> § 244 Abs. 3 S. 2 5. Var. StPO.

<sup>24</sup> §§ 244 Abs. 3 S. 1, 245 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StPO.

<sup>25</sup> Hierzu zum einen Henkel, Strafverfahrensrecht, 2. Aufl., 1968, § 90 II 1 u. V 1 a), zum anderen Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 42 Rz. 6.

<sup>26</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 1 Rz. 1, 3. Instruktiv zum Ziel des Strafverfahrens jüngst Kahlo, in: Festschrift für Meyer-Goßner zum 70. Geburtstag hrsg. v. Eser u. a., 2001, S. 447, 458 ff. m. w. N.

<sup>27</sup> BVerfGE 45, 187, 227 f.

<sup>28</sup> Vgl. Stratenwerth, ZStW 68, 1956, S. 41 ff.

<sup>29</sup> BVerfGE 39, 1, 46 f.

lich, dass eine Straftat begangen wurde und wer deren Täter ist. Schon der Verdacht einer Straftat kann aber das Recht grundlegend in Frage stellen. Der Sachverhalt bedarf daher der Aufklärung und notfalls der Aburteilung, um das gebrochene Recht wiederherzustellen.

Aus diesem Prozessziel ergeben sich die drei Aufgaben des Strafverfahrens: das Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit, nach Justizförmigkeit und nach einer Rechtsfrieden schaffenden Entscheidung<sup>30</sup>.

Während die erste *Prozessaufgabe* ohne weiteres aus dem Prozessziel folgt, bedarf es bei den beiden anderen der näheren Herleitung: Unter dem Grundgesetz ist die Strafgewalt des Staates nicht grenzenlos<sup>31</sup>. Im umfassenden Sinn lässt sich erst dann von der Wiederherstellung des Rechts sprechen, wenn auch der Schuldige als eigenständiges Rechtssubjekt anerkannt bleibt<sup>32</sup>. Wenn dies schon für die Vollstreckung der Strafe gilt, dann muss dies erst recht für das vorhergehende Erkenntnisverfahren gelten. Damit ist die Justizförmigkeit des Strafverfahrens angesprochen. Darunter versteht man allgemein, dass strikt rechtsstaatlich gegen den Beschuldigten prozessiert wird<sup>33</sup>. Dem ist zum einen nur dann genügt, wenn in die Grundrechte des Beschuldigten nicht übermäßig eingegriffen wird<sup>34</sup>, namentlich ihm rechtliches Gehör gewährt wird, Art. 103 Abs. 1 GG. Zum anderen ist ein Gerichtsverfahren nur dann rechtsstaatlich, wenn in ihm dem Gewaltmonopol Schranken gesetzt sind<sup>35</sup>. Konsequenz rechtsstaatlicher Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) ist es auch, dass Verfolgung und Aburteilung von Straftaten durch organisatorisch selbständige Behörden, Staatsanwaltschaft und Gerichte, geschieht<sup>36</sup>.

Mit dem Verdacht einer Straftat ist die Frage aufgeworfen, ob eine Straftat begangen worden ist. Solange diese Frage unbeantwortet bleibt, ist die Offenheit der rechtlichen Konsequenzen für alle Beteiligten eine belastende Situation<sup>37</sup>. Hinzu kommt des Weiteren, dass die für und gegen den Angeklagten sprechenden Tatsachen und Beweise je nach Perspektive unterschiedlich gewertet werden. Von einer Wiederherstellung des Rechts kann daher erst gesprochen werden, wenn das

Gericht auf diese Fragen eine Antwort gegeben hat, die keine Seite mehr rechtswirksam angreifen kann. Jedes Strafverfahren zielt daher auf eine abschließende rechtskräftige Entscheidung, die Rechtsfrieden schafft.

Aus diesem so verstandenen inneren Zusammenhang zwischen Prozessziel und Prozessaufgaben lässt sich nun die Funktion der drei für das Beweisantragsrecht maßgeblichen Prozessmaximen bestimmen.

### 3. Die Funktion von Instruktions-, Unmittelbarkeits- und Konzentrationsmaxime in der Hauptverhandlung

Im Folgenden ist darzutun, warum der Ermittlungsgrundsatz herausgehobene Bedeutung für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung hat, und dass sich daraus ein Beweiserhebungsanspruch der Verfahrensbeteiligten ergibt (a). Ferner ist auszuführen, dass aus dem Unmittelbarkeitsgrundsatz ein Beweisantizipationsverbot folgt, das es prinzipiell untersagt, die Erhebung von Beweisen abzulehnen, deren Beweiswert im Vorverständnis des Gerichts als zweifelhaft erscheinen (b). Schließlich ist zu zeigen, inwiefern sich Ausnahmen von diesem Beweisantizipationsverbot mit Rücksicht auf die Konzentrationsmaxime rechtfertigen lassen (c). Das Ergebnis dieser Untersuchung wird dann in Leitsätzen zusammengefasst (d).

a) Mit der Anklageerhebung geht die Verfahrensherrschaft auch im Hinblick auf die Wahrheitserforschung auf das Gericht über, vgl. § 155 Abs. 2 StPO<sup>38</sup>. Dies ist unerlässlich: Geht es um seine Überzeugungsbildung, so darf das Gericht nicht auf die von der StA angebotenen Beweise beschränkt bleiben. Um die Prozessaufgabe des Strebens nach Wahrheit und Gerechtigkeit erfüllen zu können, muss es das Gericht selbst in der Hand haben, durch eigene Beweiserhebungen der Wahrheit näher zu kommen. Darin liegt die maßgebliche Aussage des in § 244 Abs. 2 StPO niedergelegten *Ermittlungsgrundsatzes*. Weil und soweit das Gericht schon von sich aus verpflichtet ist, über alle entscheidungserheblichen Tatsachen die tauglichen, erforderlichen, erreichbaren und zulässigen Beweise zu erheben, soweit diese sich ihm aufdrängen, folgt daraus ein entsprechender Beweiserhebungsanspruch der Verfahrensbeteiligten, so dass der Tatrichter einen darauf gerichteter Beweisantrag nicht ablehnen darf<sup>39</sup>.

b) Auch wenn die Amtsaufklärungspflicht unerlässlich ist, so bringt sie dennoch mit sich, dass das Gericht dadurch eine Doppelrolle spielen muss. Es schöpft nicht nur, einem Zuschauer gleich, seine Überzeugung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung, wie es § 261 StPO anspricht, sondern bestimmt den Umfang der

<sup>30</sup> Prozessziel und Prozessaufgaben werden häufig nicht hinreichend voneinander getrennt. Versuch einer Grundlegung bei Kleszczewski/Schöbbling, *Strafakte*, Von der Strafanzeige bis zum Revisionsurteil -mit Repetitorium 2004, Rz. 1 ff.

<sup>31</sup> Eindrucksvoll hierzu: BVerfGE 64, 261, 284; 72, 105, 115.

<sup>32</sup> BVerfGE 28, 389, 391; 45, 187, 228. Eingehend Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 45 ff. m. w. N.

<sup>33</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 1 Rz. 2.

<sup>34</sup> Beulke, *Strafprozeßrecht*, 6. Aufl., 2002, Rz. 5.

<sup>35</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 1 Rz. 2; § 2 Rz. 4.

<sup>36</sup> Eingehend zu dieser, durch das Akkusationsprinzip abgesicherten Struktur des reformierten Strafprozesses: Kleszczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 4, 14.

<sup>37</sup> Beulke, aaO. (Fn. 34), Rz. 6.

<sup>38</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 38 Rz. 10.

<sup>39</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 21 m. w. N.; Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 3; Meyer-Goßner, *Strafprozessordnung*, 46. Aufl., 2002, § 244 Rz. 11

Beweisaufnahme maßgeblich mit. Dadurch entsteht die Gefahr, dass das Gericht durch seine dominante Stellung in der Beweisaufnahme seine eigene Position, eine unabhängige und unparteiliche Instanz zu sein, untergraben könnte. Der reformierte Strafprozess will diese Schwäche gerade dadurch wettmachen, dass er nicht nur das Gericht, sondern auch die Staatsanwaltschaft und den Angeklagten nebst seinem Verteidiger als selbständige Prozesssubjekte ansieht<sup>40</sup>. Das Beweisantragsrecht dient dem Zweck, ihnen diese Stellung auch im Rahmen der Beweisaufnahme vor Gericht zu gewährleisten. Sein Sinn erschöpft sich demnach nicht darin, das rechtliche Gehör des Angeklagten zu sichern. Vielmehr ist es auch eine objektiv-institutionelle Garantie für die *Justizförmigkeit* des Verfahrens. Gerade dadurch, dass nicht nur die Anklagevertretung, sondern auch die Verteidigung im Rahmen Prozessrechts berechtigt ist, ihre eigene Perspektive zur Tatfrage zur Geltung bringen, tragen beide dazu bei, dass sich das Gericht in innerer Unabhängigkeit auf die Urteilstätigkeit konzentrieren kann<sup>41</sup>.

Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung verfolgt demnach den Zweck, den Beweis von Grund auf neu zu führen<sup>42</sup>. Darin liegt keine bloße Wiederholung der Ermittlungstätigkeit der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren. Während die Nachforschungen dort häufig heimlich, formlos und einseitig vor sich gehen, herrscht hier eine besondere Formenstriktheit: Schuld- und Straffrage sind im Strengbeweisverfahren<sup>43</sup> zu beantworten. Sein spezifisches Gepräge erhält es durch den *Unmittelbarkeitsgrundsatz*<sup>44</sup>: Danach ist der Richter gehalten, jedes Beweismittel selbst wahrzunehmen und das sachnächste Beweismittel vorzuziehen<sup>45</sup>. Zum einen wird der Richter dadurch in die Lage versetzt, seine Erkenntnisquellen selbst zu würdigen, ohne vom Urteil anderer abzuhängen. Zum zweiten vollzieht sich diese Beweisaufnahme wegen der Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung<sup>46</sup> vor aller Augen, so dass jeder Verfahrensbeteiligte die Tatsachen und Beweise, die das Gericht seinem Urteil zugrunde legt, genauso wie der Richter aus eigenem Erleben kennt, wodurch dessen Beweiswürdigung nachvollziehbar und kritisierbar wird.

Dient das Beweisantragsrecht nun auch und gerade dem Zweck, die Wahrheitserforschung dadurch zu befördern, dass es die Aufgaben von Anklage, Verteidigung und Urteilsfindung auf verschiedene Schultern zu verteilen, dann darf der Erfolg eines Beweisantrages im

Strengbeweisverfahren nicht davon abhängen, welche Beweismittel dem Gericht nach seinem Vorverständnis zur Wahrheitsfindung als erforderlich und geeignet erscheinen<sup>47</sup>. Verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz, die Beweismittel selbst wahrzunehmen, dann folgt daraus für den Tatrichter das prinzipielle *Verbot*, den angebotenen *Beweis* im Wege der bloßen *Antizipation* als untauglich oder entbehrlich zu qualifizieren<sup>48</sup>. Verlangt der Unmittelbarkeitsgrundsatz ferner, den Beweis vorzugsweise mit dem sachnächsten Beweismittel zu führen, dann darf das Gericht einen Beweisantrag grundsätzlich auch nicht deswegen ablehnen, weil er die Beweiserhebung als überflüssig ansieht.

Daraus ergibt sich: Selbst dann, wenn die Tauglichkeit eines Beweismittels oder die Erforderlichkeit seiner Erhebung nicht schon vor der Hauptverhandlung außer Zweifel steht, ist es dem Tatrichter grundsätzlich untersagt, einen Beweisantrag abzulehnen.

c) Die Hauptverhandlung wird schließlich durch die *Konzentrationsmaxime* geprägt. Sie hat grundsätzlich in ununterbrochener Gegenwart zu erfolgen, § 226 StPO. Auch wenn die Vorschriften über die Unterbrechung der Hauptverhandlung zeigen, dass dieser Maxime ab einem gewissen Umfang des Verfahrens nicht immer vollkommen nachgekommen werden kann, so bleibt es dennoch Aufgabe des Gerichts, sich diesem Ideal möglichst weit anzunähern. Dies setzt auch, wie sogleich zu zeigen ist, dem Beweisantragsrecht Grenzen.

aa) Die Konzentrationsmaxime ist eine besondere Ausprägung des *Beschleunigungsgrundsatzes*<sup>49</sup>, der seinerseits aus der Prozessaufgabe, Rechtsfrieden zu schaffen, folgt. Der Beschleunigungsgrundsatz ist in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK ausdrücklich niedergelegt. Danach muss der Angeklagte innerhalb angemessener Frist vom Gericht gehört werden. Zugleich ist er institutionell gewährleistet durch das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG.

Der Beschleunigungsgrundsatz hat einen dreifachen Grund: Objektiv-institutionell wird der sinnhafte Zusammenhang zwischen Verbrechen und Strafe am ehesten erfahren, je schneller die Strafe der Tat auf dem Fuße folgt. Je zügiger es zu einem rechtskräftigen Urteil kommt, desto nachhaltiger kann der *Rechtsfrieden* wie-

<sup>40</sup> Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 139a m. w. N., Fezer, StV 1995, 268.

<sup>41</sup> Kleczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 332, 14, 16.

<sup>42</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 43 Rz. 1.

<sup>43</sup> Vgl. Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 35.

<sup>44</sup> Henkel, aaO. (Fn. 25), § 90 II 1 u. V 1 a); ähnlich: Eisenberg, aaO. (Fn. 11) Rz. 35.

<sup>45</sup> Eingehend zum Unmittelbarkeitsgrundsatz: Beulke, aaO. (Fn. 34), Rz. 410 ff.; Fezer, Strafprozeßrecht, 2. Aufl., 1995, Rz. 14/1 ff.

<sup>46</sup> Zu Inhalt und Sinn dieser Prozessmaximen, Kleczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 20 f., 326 f.

<sup>47</sup> Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 139a; vgl. w. Basdorf, StV 1995, S. 312.

<sup>48</sup> Zutreffend so: RG, JW 1914, S. 433. Genauso Alsberg in seinem grundlegenden Aufsatz in: JW 1922, S. 258. Heute wird das Beweisantizipationsverbot, wenn überhaupt, aus dem Ermittlungsgrundsatz in Verbindung mit der Erfahrungstatsache begründet, jedes nicht offensichtlich untaugliche Beweismittel könne die Sachlage überraschend ändern, so Gollwitzer, aaO. (Fn. 12), § 244 Rz. 148. So richtig letzteres ist: Genau dies besagt der Unmittelbarkeitsgrundsatz, freilich in verbindlicher Weise.

<sup>49</sup> Näher dazu: Kleczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 18, 320.

derhergestellt werden. Da sich mit zunehmenden Zeitablauf die zur Verfügung stehenden Beweismittel verschlechtern, insbesondere das Erinnerungsvermögen von Zeugen nachlässt, sinken die Chancen, dass dem Urteil der wahre Sachverhalt zugrunde liegt, je länger sich das Verfahren hinzieht. Schließlich stellt ein Strafverfahren nicht nur für den Angeklagten, sondern auch für andere Betroffene (Opfer, Zeugen) eine enorme Belastung dar, die mit der Länge des Verfahrens kontinuierlich anwächst. Weil nicht nur Rechts- und Tatfrage aufeinander bezogen sind, sondern auch die einzelnen Beweise ihren Zielpunkt in der Beantwortung der *quaestio facti* finden, verdichtet die Konzentrationsmaxime den Beschleunigungsgrundsatz für die Hauptverhandlung durch die Leitidee ununterbrochener Durchführung. Daraus ergeben sich Grenzen des Beweisanspruchs.

bb) Steht fest, dass das bezeichnete Beweismittel *ungeeignet* ist, dann ist hat der Antragsteller letztlich gar kein Beweismittel angeboten. Folglich darf ein Beweisanspruch zurückgewiesen werden, wenn das benannte Beweismittel völlig ungeeignet ist<sup>50</sup>, §§ 244 Abs. 3 S. 2 4. Var., 245 Abs. 2 S. 3 4. Var. StPO. Dies gilt namentlich dann, wenn sich die Untauglichkeit bereits aus dem Beweisanspruch selbst ergibt<sup>51</sup>. Hiervon macht § 245 Abs. 1 S. 1 StPO keine Ausnahme. Zwar folgt aus dieser Vorschrift, dass die Ungeeignetheit kein Grund ist, den Antrag auf Verwendung eines gerichtsveranlasst präsenten Beweismittels abzulehnen. Hier ist aber Folgendes zu beachten: Zum einen wird es kaum einmal der Fall sein, dass ein solches Beweismittel, obwohl es das Gericht im Zwischenverfahren und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung als geeignet und erforderlich angesehen hat, im Nachhinein sich als völlig ungeeignet herausstellt. Sollte dem dennoch einmal so sein, dann wird zumeist entsprechend § 245 Abs. 1 S. 2 StPO verfahren werden. Gehen jedoch die Meinungen über die Tauglichkeit auseinander, so dass ein Verfahrensbeteiligter die Beweisaufnahme begehrt, dann darf sich das Gericht von seinem in der Veranlassung der Herbeischaffung zum Ausdruck kommenden Vorverständnis der Eignung des Beweismittels nicht selbstherrlich distanzieren<sup>52</sup>. Es muss mithin dem Antrag stattgeben.

cc) Ähnliches gilt für den Ablehnungsgrund der *Prozessverschleppungsabsicht*, §§ 244 Abs. 3 S. 2 6. Var., 245 Abs. 2 S. 3 5. Var. StPO. Zwar muss hier nicht feststehen, dass das angebotene Beweismittel absolut ungeeignet ist. Vielmehr reicht hier die relative Untauglichkeit aus, d. h. die Aussichtslosigkeit mit diesem Beweismittel das Beweisziel des Antragstellers zu erreichen<sup>53</sup>. Steht dann zudem fest, dass der Antragsteller das Beweisbegehren nur äußert, um das Verfahren wesentlich in die Länge zu ziehen, dann erachtet er selbst die

angegebene Person bzw. Sache nicht als Mittel des Beweises, sondern als Mittel der Verschleppung des Prozesses. Zur Wahrung der Konzentrationsmaxime muss es dem Gericht daher gestattet sein, einen derartigen Beweisanspruch zurückzuweisen.

Auch hier stellt § 245 Abs. 1 S. 1 StPO keine Ausnahme dar. Wenngleich hier die Prozessverschleppungsabsicht ebenfalls nicht als Ablehnungsgrund zugelassen ist, so nur deshalb, weil das Gericht in der Vorbereitung so terminiert hatte, dass es sich auch Zeit für die Erhebung dieses Beweises nimmt. Dann aber ist eine wesentliche Prozessverzögerung ausgeschlossen.

dd) Ist die Eignung des angebotenen Beweises nicht ausgeschlossen, dann kann ein Beweisanspruch wegen *Überflüssigkeit* zurückgewiesen werden, falls die Tatsache schon als erwiesen anzusehen ist. Mangels Beweisbedürftigkeit liegt dies auf der Hand bei *offenkundigen Tatsachen*, §§ 244 Abs. 3 S. 2 1. Var., 245 Abs. 2 S. 3 1. Var. StPO. Des Weiteren ist die Ablehnung eines Beweisanspruches auch dann statthaft, wenn die Tatsache durch die vorhergehende Beweisaufnahme schon *positiv erwiesen* ist, §§ 244 Abs. 3 S. 2 3. Var., 245 Abs. 2 S. 3 2. Var. StPO.

Benennt der Angeklagte ein nicht-präsesntes Beweismittel, dann ist klar, dass das Gesetz hier der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung den Vorrang einräumt. Diese Wertung findet ihre Stütze in dem Rechtssatz, dass niemand Anspruch auf einen Freispruch wegen erwiesener Unschuld hat<sup>54</sup>. Ist dem so, dann muss erst recht gelten, dass der Angeklagte keinen Anspruch auf des bestmöglichen Beweis einer ihn entlastenden Tatsache haben kann.

Nicht von selbst versteht sich hingegen die unterschiedliche Behandlung der präsenten Beweise. Während einem Begehren, ein gerichtsveranlasst herbeigeschafftes Beweismittel zu verwerten, nicht mit Hinweis auf die Erwieseneheit der Beweisbehauptung zurückgewiesen werden kann (Arg. e. contrario aus § 245 I 1 StPO)<sup>55</sup>, gestattet es § 245 Abs. 2 S. 3 StPO, die Erhebung sonstiger präsenten Beweise unter Hinweis auf das Erwiesensein abzulehnen. Doch lässt sich diese Unterscheidung ebenfalls aus der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung heraus rechtfertigen: Während das Gericht auf seine Veranlassung hin herbeigeschaffte Beweise in seiner Terminansetzung berücksichtigt hat, ist ihm dies bei den sonstigen Beweismitteln nicht möglich gewesen. Da nun der Angeklagte nicht beschwert ist, wenn die von ihm behauptete entlastende Tatsache auch ohne den von ihm angebotenen Beweis erwiesen ist, gebührt hier der zügigen Beendigung der Hauptverhandlung der Vorzug.

<sup>50</sup> Zu den Fallgruppen im Einzelnen: Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 215 ff. m. w. N.

<sup>51</sup> Vgl. die Beispiele bei Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 216 f.

<sup>52</sup> Näher: Kleszczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 349.

<sup>53</sup> Näher: Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 237 m. w. N.

<sup>54</sup> BGHSt. 7, 153, 153 f., 155.

<sup>55</sup> Vgl. weiter: Kleszczewski/Schöbbling, aaO. (Fn. 30), Rz. 349.

Der Ablehnungsgrund der *Wahrunterstellung* (§ 244 Abs. 3 S. 2 7. Var. StPO) findet seine Rechtfertigung ebenfalls in den eben beschriebenen Zusammenhängen. Zwar gilt er nur bei nicht-präsenten Beweisen. Doch räumt das Gesetz hier der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung ebenfalls den Vorrang ein<sup>56</sup>, wohl wissend, dass der Angeklagte auch dadurch nicht beschwert ist. Dass die Wahrunterstellung bei präsenten Beweisen nicht statthaft ist, ergibt sich aus den Voraussetzungen der Wahrunterstellung selbst. Sie ist nur zulässig, wenn die entlastende Beweisbehauptung nach Prognose des Gerichts mit den erreichbaren und zulässigen Beweisen nicht widerlegt werden kann<sup>57</sup>. Präsenze Beweismittel sind hingegen stets erreichbar, so dass deren Erhebung der Vorrang gebührt.

ee) Überflüssig kann die begehrte Beweisaufnahme auch dann sein, wenn das Gericht das *Gegenteil* der Beweisbehauptung als *erwiesen* erachtet. Hier liegt das Hauptanwendungsfeld des Beweisantizipationsverbotes. Während bei der Zurückweisung in den Fällen des Erwiesenseins der Beweisbehauptung der Konzentrationsmaxime der Vorrang gebührt, weil das Beweisziel des Antragstellers gewahrt bleibt, vereitelt der jetzt thematische Ablehnungsgrund dasselbe. Deshalb bedarf es hier über den Aspekt der Verfahrensverzögerung hinaus eines besonderen Grundes, warum das Beweisantizipationsverbot durchbrochen werden darf.

Weil die Gefahr einer Unterbrechung der Hauptverhandlung bei präsenten Beweismitteln gar nicht oder nur in einem marginalen Umfang besteht, stellt die Berufung auf das Erwiesensein des Gegenteils der Beweisstatsache bei diesen Beweismitteln schlechthin keinen Ablehnungsgrund dar (§ 245 StPO mit arg. e contrario aus § 244 Abs. 4, 5 StPO). Aber auch bei nicht-präsenten Beweisen lässt ihn das Gesetz nur zu, wenn zur Verzögerung des Verfahrens die *Ersetzbarkeit* des begehrten Beweises hinzukommt. Auf dieser Grundlage beruht das Recht, die Anhörung eines weiteren Sachverständigen mit dem Hinweis darauf ablehnen, dass das Gegenteil schon erwiesen sei, § 244 Abs. 4 S. 2, 1. Hs. StPO<sup>58</sup>. Jeder Sachverständige repräsentiert im Allgemeinen die Wissenschaft im gleichen Maße wie einer seiner Fachkollegen. Folglich ist sein Gutachten als Ausdruck des derzeitigen Standes der Wissenschaften hinzunehmen<sup>59</sup>. Etwas anderes kann hier nur gelten, wenn man dem gehörten Sachverständigen bestimmte methodische Unzulänglichkeiten nachweisen kann, die seine Qualität als Beweismittel in Frage stellen, vgl. § 244 Abs. 4 S. 2 2. Hs. StPO<sup>60</sup>.

<sup>56</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 652. Zust. Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 241.

<sup>57</sup> RG, JW 1922, S. 1037 m. Anm. Alsberg; BGH bei Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 671.

<sup>58</sup> RGSt. 47, 100, 107 f.

<sup>59</sup> Auf eine ähnliche Überlegung lässt sich der Ablehnungsgrund der eigenen Sachkunde des Gerichts zurückführen, § 244 Abs. 4 S. 1 StPO.

<sup>60</sup> Eingehend: Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 256 ff.

Wird die Inaugenscheinnahme eines erst herbeizuschaffenden Objektes begehrt, dann kann der Beweis Antrag gemäß § 244 Abs. 5 S. 1 StPO ebenfalls mit Hinweis auf das entgegenstehende Beweisergebnis abgelehnt werden<sup>61</sup>. Diese Ausnahme vom Vorrang des Originalbeweismittels und dem Beweisantizipationsverbot versteht sich nicht von selbst<sup>62</sup>. Sie geht zurück auf die Rechtsprechung des RG<sup>63</sup>. Es hatte den Augenschein mit dem Sachverständigenbeweis gleichgesetzt, da auch ihm eine gewisse Ersetzbarkeit eigen sei. Deswegen könne auch auf ein Beweissurrogat (z. B. Lichtbild vom Unfallwagen) zusammen mit anderen Beweisen ausreichen, dem Richter die Überzeugung vom Gegensein einer Tatsache zu vermitteln. Dies ist nur zum Teil zutreffend: Unschädlich ist diese Vorgehensweise, wenn es nur um die Veranschaulichung objektiv messbaren Daten und Vorgängen geht<sup>64</sup>. Stützt sich das bisherige Beweisergebnisse dagegen nicht auf mehrere, voneinander unabhängige Beweise, dann sollte das Gericht dem Beweis Antrag stattgeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn es darum geht, die Glaubhaftigkeit einer Zeugenaussage zu erschüttern<sup>65</sup>.

ff) Demgegenüber verbietet das Gesetz bei einem Urkundsbeweis schlechthin und bei einem Zeugenbeweis grundsätzlich die Beweisantizipation. Dies beruht darauf, dass diese Beweismittel wegen ihrer Individualität unersetzbar sind. Freilich gestattet es § 244 Abs. 5 S. 2 StPO, die Einvernahme eines *Auslandszeugen* mit dem Hinweis auf die Erwiesenheit des Gegenteils der Beweisbehauptung abzulehnen<sup>66</sup>. Diese Ausnahme vom Beweisantizipationsverbot leuchtet kaum ein. Begründet hat sie der Gesetzgeber mit dem Hinweis, die Gerichte müssten sich auf Zeugen des eigenen Hoheitsgebiets beschränken dürfen<sup>67</sup>. Das BVerfG hält sie nicht für verfassungswidrig<sup>68</sup>. Sie stellt mit dem weiteren Zusammenwachsen der EU-Staaten und der mit zunehmender Globalisierung sich darüber hinaus verstärkenden internationalen Rechtshilfe mehr und mehr einen Anachronismus dar. Wegen der Unersetzbarkeit einer Zeugenaussage greift hier die Analogie zum Augenscheins- und mittelbar zum Sachverständigenbeweis nicht. Dies spricht für die Verfassungswidrigkeit des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO. Da jedoch das BVerfG entschieden hat, muss man mit der Gesetzeslage leben. Um die sachwidrige Regelung möglichst zu begrenzen, ist auch hier zu erwägen, dass, wenn der Gesetzgeber den Auslandszeugen schon mit dem Augenscheins- und Sachverständigenbe-

<sup>61</sup> RGSt. 47, 100, 107; BGHSt. 8, 177, 181.

<sup>62</sup> Bedenken daher bei Schäfer, die Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl., 2000, § 79 I k.

<sup>63</sup> RGSt. 47, 100, 107 f.

<sup>64</sup> Schäfer, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl., 2000, § 79 I k.

<sup>65</sup> So auch die Rspr.: RG, JW 1930, S. 933, Nr. 44; JW 1932, S. 3226, Nr. 17; BGHSt. 8, 177, 180 f.

<sup>66</sup> BGHSt. 40, 60 m. Anm. v. Kintzi, NSTZ 1994, S. 448; Perron, StV 2001, S. 94.

<sup>67</sup> BR-Drucks. 314/91, S. 103.

<sup>68</sup> BVerfG, StV 1997, S. 1 mit krit. Anm. Kinzig.

weis gleichstellt, dann auch hier zu erwägen ist, § 244 Abs. 4 S. 2 2. Hs. StPO analog anzuwenden. Das bedeutet: Stellt sich die bisherige Beweislage als widersprüchlich dar, ist es möglich, dass die Bekundungen bisher gehörter Beweispersonen unzutreffende tatsächlichen Voraussetzungen enthalten, ist deren Glaubwürdigkeit zweifelhaft oder aber die Aussagefähigkeit des Auslandszeugen gegenüber einem gehörten Zeugen überlegen, dann muss dem Beweisantrag stattgegeben werden. Dem kommt der BGH mit seiner Auslegung des § 244 Abs. 5 S. 2 StPO nahe, wenn er zur Ablehnung verlangt, dass das Gericht sicher ausschließen kann, dass die Aussage des Auslandszeugen nach dem bisherigen Beweisergebnis unter Berücksichtigung der Begründung des Beweisantrages keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugungsbildung hätte<sup>69</sup>.

gg) Auch durch einen Beweisantrag kann das Gericht nicht gezwungen werden einen *unerreichbaren Beweis* zu erheben. Das leuchtet ohne weiteres ein bei feststehenden unüberwindlichen Hindernissen (Tod, Vernehmungsunfähigkeit, Ladungsunfähigkeit eines Zeugen, Untergang, unbekannter Ort einer Sache, zulässige behördliche Sperrung)<sup>70</sup>. Im Hinblick auf die Möglichkeit der Aufenthaltsermittlung wird sich die Ladungsunfähigkeit freilich häufig erst nach einer gewissen Anzahl von Versuchen der Aufenthaltsbestimmung ergeben können<sup>71</sup>. Welche Bemühungen hier als erforderlich und angemessen anzusehen sind, um das Beweismittel in absehbarer Zeit herbeizuschaffen, hängt freilich maßgeblich auch von der Erheblichkeit des zu erwartenden Beweisergebnisses ab. Ein Beweismittel ist daher in diesen Fällen erst dann als unerreichbar anzusehen, wenn das Interesse an einer zügigen Hauptverhandlung seine Bedeutung überwiegt<sup>72</sup>. Insofern ist hier in gewissen Umfang eine Beweisantizipation zugelassen. Nur bei geringer Wahrscheinlichkeit, dass die Beweiserhebung etwas ändern wird, geht die Konzentrationsmaxime vor<sup>73</sup>.

hh) Ein Beweisantrag darf ferner dann abgelehnt werden, wenn das Beweisthema *ohne Bedeutung* für den Verfahrensgegenstand ist<sup>74</sup>. Während sich die Entscheidungsunerheblichkeit bei unmittelbar die Strafbarkeit betreffenden Tatsachen von selbst ergibt, hängt die Bedeutsamkeit bei Indiztatsachen auch davon ab, ob das Gericht den vom Antragsteller gewünschten, problematischen Schluss auch ziehen will<sup>75</sup>. Hier muss das

Gericht durch eine Zwischenberatung<sup>76</sup>, deren Ergebnis gewisse Präjudizwirkung für das Urteil entfaltet<sup>77</sup>, ausschließen, dass die unter Beweis gestellte Indiztatsache, ihr Erwiesensein unterstellt, zu einem anderen Beweisergebnis führen würde. Um eine Beweisantizipation handelt es sich hierbei nicht. Diese bezieht sich nur auf den Inhalt der Beweisaussage und den Wert des Beweismittels, nicht aber auf die beweisheblichen Schlüsse, die das Gericht daraus ziehen soll bzw. kann<sup>78</sup>.

ii) Ohne Bezug zu einer Beweisantizipation ist schließlich der Ablehnungsgrund des *unzulässigen Beweises*, §§ 244 Abs. 3 S. 1, 245 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 2 StPO. Er folgt aus der Prozessaufgabe, nach einem justizförmigen Verfahren zu streben. Danach ist es kein Grundsatz des Strafverfahrensrechts, Wahrheitserforschung um jeden Preis zu betreiben<sup>79</sup>. Dies hat nicht nur das Gericht, sondern dies haben auch die Verfahrensbeteiligten zu respektieren.

d) Der bisherige Ertrag der Untersuchung lässt sich in folgenden Leitsätzen fassen:

(1.) Grundsatz: Soweit die Amtsaufklärungspflicht des Gerichts reicht, soweit darf auch ein Beweisantrag nicht abgelehnt werden.

(2.) Ausnahme: Darüber hinaus darf ein Beweisantrag, einen zulässigen und erreichbaren Beweis zu verwerten, auch dann nicht abgelehnt werden, soweit Eignung oder Erforderlichkeit - vorweg betrachtet - als zweifelhaft erscheint.

(3.) Gegen Ausnahme: Würde die Erhebung eines Beweises der Leitidee einer ununterbrochenen Hauptverhandlung entgegenstehen, dann darf ein darauf gerichteter Beweis ausnahmsweise dennoch abgelehnt werden, falls das Gericht entweder mit sachferneren Beweismitteln das Beweisziel des Antragstellers schneller zu erreichen vermag, oder es statt des angebotenen Beweises einen solchen von austauschbarer Qualität verwertet.

### C. Die Vollständigkeit der Ablehnungsgründe der §§ 244 f. StPO

<sup>69</sup> BGHSt. 40, 60, 62.

<sup>70</sup> Eingehend Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 225 ff.

<sup>71</sup> BGHSt. NStZ 1982, S. 78; eingehend ter Veen, Beweisumfang und Verfahrensökonomie im Strafprozeß, 1995, S. 156 ff.

<sup>72</sup> BGHSt. 22, 118, 120. Zust. Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 226 m. w. N.

<sup>73</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 622 f. m. w. N.

<sup>74</sup> §§ 244 Abs. 3, S. 2 2. Var., 245 Abs. 2 S. 2 3. Var. StPO. Gleiches gilt nach BGHSt. 17, 28, 30 m. w. N., auch für gerichtsveranlasste Beweise.

<sup>75</sup> BGH, NJW 1988, S. 502.

<sup>76</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 589; Eisenberg, aaO. (Fn. 11), Rz. 212. Näher hierzu: Köhler, Inquisitionsprinzip und autonome Beweisvorführung (§ 245 StPO), 1979, S. 31 ff. Vgl. w. BGH, NStZ 1997, S. 503, 503 f. m. Anm. Herdegen. Der Kritik Strates HRRS 2003, S. 47 ff. an der Handhabung dieses Ablehnungsgrundes in der Praxis ist insofern zuzustimmen, als es nicht ausreicht, einen Beweisantrag allein mit der Begründung zurückzuweisen, das Gericht wolle den möglichen Schluss nicht ziehen.

<sup>77</sup> BGH, StV 1996, S. 648, 648 f.; NStZ 2000, S. 268.

<sup>78</sup> Alsberg/Nüse/Meyer, aaO. (Fn. 4), S. 589.

<sup>79</sup> BGHSt. 14, 358, 365; 31, 304, 309; 38, 214, 219 f.

Die Vollständigkeit der Ablehnungsgründe ergibt sich aus dem Funktion der Beweisaufnahme im reformierten Strafprozess: Beweisen heißt, dem Richter die Überzeugung von dem Vorliegen einer Tatsache zu verschaffen<sup>80</sup>. Wie § 155 Abs. 1 StPO zu entnehmen ist, leiten sich die Beweisthemen des gerichtlichen Verfahrens aus der angeklagten prozessualen Tat ab. Was jenseits dessen liegt, ist folglich im Strafverfahren ohne Bedeutung. Demnach stellt die Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache einen Ablehnungsgrund dar [II. B. 3. c) hh)]. Handelt es sich um eine *entscheidungserhebliche Tatsache*, so bedarf sie grundsätzlich des Beweises. Denn der Richter kann sie kraft Amtes (vgl. § 22 Nr. 5 StPO) nicht selbst wahrgenommen haben. Er kann zu der Überzeugung ihres Vorliegens daher grundsätzlich nur durch *Beweismittel* gelangen. Beweismiteleigenschaft hat eine Sache oder eine Person freilich nur dann, wenn sie überhaupt *geeignet* ist, dem Richter diese Überzeugung zu vermitteln. Daraus ergeben sich die Ablehnungsgründe der völligen Ungeeignetheit bzw. der Prozessverschleppungsabsicht [II. B. 3. c) bb) und cc)]. Selbst von den geeigneten Beweisen muss das Gericht nicht stets alle erheben. Vielmehr darf es – in der dargelegten, differenzierten Weise – einen Beweisantrag wegen *Überflüssigkeit* zurückweisen [II. B. 3. c) dd) – ff)]. Ist ein Beweismittel geeignet und erforderlich, dann kann es von einem Gericht freilich nur verwertet werden, wenn es erreichbar ist. Mithin muss auch die *Unerreichbarkeit* eines Beweismittels zur Ablehnung berechtigen [II. B. 3. c) gg)]. Selbst wenn ein Beweismittel erreichbar ist, dann muss dessen Verwertung schließlich auch dann abgelehnt werden, wenn diese *unzulässig* ist [II. B. 3. c) ii)].

Damit sind alle denkmöglichen Ablehnungsgründe erfasst. Zwar greift die Sachaufklärungspflicht bei einem an sich erreichbaren und verwertbaren Beweis erst ein, wenn sich dessen Erhebung dem Gericht in der Hauptverhandlung *aufdrängt*<sup>81</sup>. Doch stellt dies keinen Grund dar, mit dem ein Beweisantrag abgelehnt werden kann. Vielmehr lässt sich daran plausibel machen, warum ein Beweisantrag nur dann vorliegt, wenn zum Beweis einer bestimmten Tatsache ein bestimmtes Beweismittel benannt werden muss.

Diese Ergebnisse sollen nun abschließend auf das Problem der Konnexität bezogen werden.

### III. Zur Berechtigung der Konnexität von Beweistatsache und Beweismittel

Auf der Grundlage des Vorstehenden soll nun versucht werden, in die Auseinandersetzung um die Konnexität schlichtend einzugreifen.

Dem Schrifttum ist insofern recht zu geben, dass nach dem eben Dargelegten unter Verweis auf fehlende *Konnexität* ein Beweisantrag nicht zurückgewiesen

werden darf, wenn und soweit es sich bei ihr um einen selbständigen Ablehnungsgrund handelt. Dem ist freilich nicht so. Vielmehr sucht die Rechtsprechung mit dem Stichwort „Konnexität“ Aspekte eines mit Zeugen zu führenden Indizienbeweises zu benennen, die einesteils ein Begriffsmerkmal des Beweisantrages, die Bestimmtheit der Beweisbehauptung, betreffen, und anderenteils auf die Ablehnungsgründe der Entscheidungsunerheblichkeit und der Beweisuntauglichkeit bezogen sind. Das damit beschriebene Phänomen ist auch der bisherigen Dogmatik des Beweisantragsrechts nicht gänzlich fremd. Zum einen stellt die sich aus dem Beweisantrag selbst ergebende *Inkonnexität* von Beweismittel und Beweisbehauptung eine anerkannte Fallgruppe der Ablehnung wegen völliger Untauglichkeit dar [s. o. II. B. 3. c) bb)]. Zum anderen ist es eine anerkannte Eigenart des Indizienbeweises, dass die Bedeutsamkeit der unter Beweis gestellten Indiztatsachen davon abhängt, ob das Gericht den vom Antragsteller gewünschten, problematischen Schluss auch ziehen will [s. o. II. B. 3. c) hh)]. Ein auf einen Indizbeweis gerichteter Beweisantrag kann daher auf die Bedeutsamkeit seiner Beweisbehauptung nur dann untersucht werden, wenn man die Indiztatsache und die daraus zu erschließende unmittelbar erhebliche Tatsache getrennt bestimmt benennt. Weil nun der Zeugenbeweis nur die eigenen Wahrnehmungen der Auskunftsperson zum Gegenstand hat, muss sich in diesem Fall aus dem Beweisantrag jedenfalls der Sache nach auch ergeben, welche Indiztatsachen der Zeuge selbst wahrgenommen hat.

Ebenso wie sonst beim Indizienbeweis kann ich hierin keine Überspannung der Anforderungen erkennen. Das Argument der Verwobenheit von Wahrnehmungen und Wertungen bei Zeugenbeweis geht teils an der Sache vorbei, teils ist es kontraproduktiv. Denn zum einen geht es hier nicht um Schlüsse, die der Zeuge gezogen hat, sondern um solche, die das Gericht ziehen soll. Zum anderen würde dieses Argument, zu Ende gedacht, den Zeugen schlechthin zu einem untauglichen Beweismittel zur Führung eines Indizbeweises machen.

Ist der Rechtsprechung zur Konnexität daher im Grundsatz zuzustimmen, so doch nur unter folgenden zwei Voraussetzungen: Sie macht zum einen nur Sinn bei Beweisanträgen, bei denen ein Zeuge zum Beweis einer Indiztatsache benannt wird. Zum anderen haben die Gerichte auch hier die besondere Verfahrensmodalitäten des Indizienbeweises zu beachten. Konnexität darf daher nur aufgrund einer Zwischenberatung verneint werden, deren Ergebnis für die Urteilsfindung des Gerichts Präjudizwirkung entfaltet [s. o. II. B. 3. c) hh)].

<sup>80</sup> Roxin, aaO. (Fn. 25), § 24 Rz. 1.

<sup>81</sup> BGHSt. 16, 389, 391.

## Keine Strafe ohne Gesetz – Das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 7 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR

Von Frau Oberassistentin Dr. Daniela Demko (LLM), Univ. Zürich\*

### I. Einleitung

Zielsetzung der nunmehr eröffneten Aufsatzreihe zur Rechtsprechung des EGMR soll es sein, über strafrechtlich bedeutende Rechte der Europäischen Menschenrechtskonvention zu informieren, und zwar in bezug auf ihre Auslegung und Anwendung durch den EGMR, einschliesslich des Aufzeigens etwaiger Entwicklungslinien oder Rechtsprechungsänderungen. Gegenstand der Ausführungen werden dabei „klassische“ Entscheidungen des EMRK sein, aber auch weniger bekannte, wobei diese für sich oder eingebettet in den Rahmen einer mehr oder weniger umfangreichen Darstellung der einschlägigen Konventionsartikel behandelt werden (*Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK*). Liegt der Schwerpunkt auf der Information über die Rechtsprechung des EGMR, die für die case-law geprägte EMRK von zentraler Bedeutung ist, so soll diese doch teilweise je nach behandeltem Themenbereich mit eigenen Stellungnahmen und kritischen Anmerkungen sowie mit weiterführenden Hinweisen auf nationale Rechtsprechungsentwicklungen und entsprechende wissenschaftliche Auseinandersetzungen in Literatur und Lehre verbunden werden.

Am Beginn der nunmehr eröffneten Aufsatzreihe soll eine kardinale rechtsstaatliche Garantie<sup>1</sup> stehen, die schon in den Mitgliedstaaten der Europäischen Menschenrechtskonvention auf eine lange Tradition zurückgeht und in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip zu sehen ist: der in Art. 7 EMRK verankerte *nulla poena sine lege – Grundsatz*.

In Art. 7 EMRK heisst es insoweit:

- (1) Niemand darf wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt werden, die zur Zeit ihrer Begehung nach innerstaatlichem oder internationalem Recht nicht strafbar war. Es darf auch keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte Strafe verhängt werden.
- (2) Dieser Artikel schließt nicht aus, dass jemand wegen einer Handlung oder Unterlassung verurteilt oder bestraft wird, die zur Zeit ihrer Bege-

\* Für etwaige Anregungen, Hinweise und entstehende Fragen bin ich sehr dankbar und sehe einem sich zukünftig entwickelnden regen Austausch und spannenden Diskurs auch über die HRRS offen entgegen: daniela.demko@rwi.unizh.ch

<sup>1</sup> Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl. (1999), S. 338.

hung nach den von den zivilisierten Völkern anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen strafbar war.

### II. Die umfassende Garantie des Art. 7 EMRK

Art. 7 EMRK beinhaltet eine der wesentlichen grundrechtlichen Sicherungen des Rechtsstaates<sup>2</sup>, dessen fundamentale rechtsstaatliche Bedeutung dadurch bekräftigt wird, dass Art. 7 EMRK Eingang in Art. 15 Abs. 2 EMRK gefunden hat: neben dem Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK, dem Folterverbot nach Art. 3 EMRK, dem Sklavereiverbot nach Art. 4 Abs. 1 EMRK darf auch Art. 7 EMRK im Fall von Kriegen oder anderen Notstandsfällen nicht außer Kraft gesetzt werden.

In Abgrenzung zu Art. 6 EMRK, der strafprozessuale Leitmaßstäbe aufstellt, statuiert der *nulla poena sine lege – Grundsatz* maßgebende rechtsstaatliche Prinzipien für das materielle Strafrecht<sup>3</sup>: das *Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsgebot* und das *Rückwirkungsverbot*.

Bereits im Fall *Kokkinakis gegen Griechenland*<sup>4</sup> hob der EGMR hervor, dass sich Art. 7 Abs. 1 EMRK „nicht darauf beschränkt, die rückwirkende Anwendung des Strafrechts zum Nachteil eines Angeklagten zu verbieten. Er enthält, allgemeiner, den Grundsatz, daß nur das *Gesetz* ein *Verbrechen umschreiben* und eine *Strafe vorschreiben* darf (nullum crimen, nulla poena sine lege) sowie den Grundsatz, daß das *Strafrecht nicht extensiv zum Nachteil eines Angeklagten ausgelegt werden darf, zB im Wege der Analogie*“.<sup>5</sup> Treffend formulieren Frowein/Peukert diesbezüglich, dass nur „wenn der Bürger weiß, welches Verhalten strafbar ist, kann er seinen Freiheitsspielraum erkennen und ausnutzen“.<sup>6</sup> Der EGMR verlangte bereits im Fall *Kokkinakis*, dass eine strafbare Handlung „vom *Gesetz* her klar definiert werden muß“<sup>7</sup>, was er als erfüllt ansieht, wenn „der einzelne aus dem *Wortlaut* der maßgeblichen Bestimmung erkennen kann, erforderlichenfalls *mit Hilfe der Auslegung dieser Bestimmung durch die Gerichte*, welche Handlungen und Unterlassungen ihn strafbar werden lassen“.<sup>8</sup>

Der EGMR macht hier also bereits deutlich, dass nur ein *Gesetz*, und zwar ein hinreichend klares und bestimmt formuliertes Gesetz zum einen den Straftatbestand formen und zum anderen die Strafsanktionen an-

<sup>2</sup> Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 389 Rn. 84.

<sup>3</sup> Grabenwarter, (Fn. 2), S. 389 Rn. 84; Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 143.

<sup>4</sup> EGMR, Urt. v. 25.5.1993, Serie A 260-A = ÖJZ 1994, 59 f. (Kokkinakis gg Griechenland).

<sup>5</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 61 Ziff. 52 (Kokkinakis).

<sup>6</sup> Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 1996, S. 322 Rn. 1.

<sup>7</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 61 Ziff. 52 (Kokkinakis).

<sup>8</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 61 Ziff. 52 (Kokkinakis).

drohen darf. Das Erfordernis eines „Gesetzes“ ist für die *Tatbestandsseite* als auch für die *Rechtsfolgenseite* von essentieller Notwendigkeit.<sup>9</sup> Zugleich hebt der EGMR von Anfang an heraus, dass er mit dem Erfordernis eines „Gesetzes“ keine isolierte Betrachtung allein des Gesetzeswortlautes sowie absolut und starr formulierte gesetzliche Bestimmungen verband<sup>10</sup>, sondern die Tatsache der unvermeidlichen Auslegungsbedürftigkeit jeder Rechtsnorm und der richterlichen Rechtsfortbildung auch des Strafrechts als gefestigte Rechtstradition<sup>11</sup> anerkannte: Insoweit hieß es im Fall Kokkinakis, dass „der Wortlaut vieler Gesetze nicht absolut präzise ist. Die Notwendigkeit, übermäßige Starrheit zu vermeiden und mit den sich ändernden Umständen Schritt zu halten, bedeutet, daß viele Gesetze unvermeidlich Begriffe verwenden, die mehr oder weniger unbestimmt sind“<sup>12</sup> und dass die Buchstaben des Gesetzes durch die Auslegung und Anwendung der Gesetze durch die Rechtsprechung ergänzt zu lesen sind. Die im Fall Kokkinakis zu beurteilende Strafbestimmung des griechischen Strafgesetzbuches, welche den Proselytismus, umschrieben als Eindringen in die religiöse Überzeugung Andersgläubiger, unter Strafe stellt, fiel nach Ansicht des EGMR in einen Bereich, bei dem es schwierig sei, Gesetze mit absoluter Bestimmtheit zu formulieren und bei dem ein, sich ändernden Verhältnissen flexibel anpassendes Verständnis nötig sei.<sup>13</sup>

### III. Fortentwicklung der Garantien in der EGMR-Rechtsprechung

Eine nähere Umschreibung, was der EGMR unter dem von ihm verwendeten Begriff des „Gesetzes“ versteht und zudem eine inhaltlich differenzierende Eingrenzung, inwieweit eine richterliche Fortentwicklung von Strafbestimmungen zulässig ist und mit Art. 7 EMRK in Einklang steht, greift der EGMR sodann im Fall *S.W. gg das Vereinigte Königreich*<sup>14</sup> auf: Dieser Fall betraf die Verurteilung wegen Vergewaltigung in der Ehe, welche zum Tatzeitpunkt nach dem einschlägigen ungeschriebenen *common law* aufgrund des Prinzips der Immunität des Ehemannes nicht strafbar war. Dennoch gab es zur Tatzeit eine gesetzgeberische Reformdiskussion und eine deutliche Entwicklungslinie der Rechtspre-

chung, mit der die Immunität des Ehegatten vor Verfolgung wegen Notzucht an seiner Ehefrau abgebaut wurde.

Der EGMR betont zunächst, dass Art. 7 EMRK „wirksame Sicherungen gegen *willkürliche* Verfolgung, Verurteilung und Bestrafung bietet“.<sup>15</sup> Unter Wiederholung der Wendungen des Falles Kokkinakis, wonach ein hinreichend bestimmter gesetzlicher Straftatbestand vorliegen muss, was erfüllt ist, wenn der einzelne aus dem Wortlaut des Gesetzes und erforderlichenfalls mit Unterstützung ihrer Auslegung durch die Gerichte erkennen kann, welche Handlungen und Unterlassungen ihn strafrechtlich verantwortlich machen<sup>16</sup>, stellt der EGMR klar, dass Art. 7 EMRK mit seinem „Gesetzes“-Begriff „auf genau das Konzept Bezug nimmt, auf welches sich die Konvention sonst bezieht, wenn sie diesen Begriff verwendet, ein Konzept, das sowohl *geschriebenes* als auch *ungeschriebenes Recht* in sich schließt und welches *qualitative* Erfordernisse einschließt, insb das der *Zugänglichkeit* und der *Vorhersehbarkeit*“.<sup>17</sup>

Macht dies deutlich, dass „Recht“ i.S.d. Art. 7 EMRK dasselbe wie „gesetzlich vorgesehen“ in den Gesetzesvorbehalten der Abs. 2 von Art. 8 bis 11 EMRK meint und geschriebenes als auch ungeschriebenes Recht erfasst<sup>18</sup>, so belässt es der EGMR dabei jedoch nicht, sondern fügt – über den Fall Kokkinakis hinausgehend – nunmehr eine die Gewaltenteilung zwischen Gesetzgebung und Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten betreffende und diese näher eingrenzende Aussage hinzu: so gäbe es, wie „klar auch immer eine Rechtsvorschrift in einem Rechtssystem einschließlich dem des Strafrechts formuliert sein mag, ... unweigerlich ein Element richterlicher Interpretation. Es wird immer notwendig sein, zweifelhafte Punkte aufzuklären und Anpassungen an die sich ändernden Umstände vorzunehmen ... die Fortentwicklung des Strafrechts durch richterliche Rechtsschöpfung (*judicial law-making*) (ist) ein bewährter und notwendiger Teil der Rechtstradition. *Art. 7 darf nicht so gelesen werden, daß die schrittweise Klärung von Regeln der strafrechtlichen Verantwortlichkeit durch richterliche Auslegung von Fall zu Fall unrechtmäßig wäre, vorausgesetzt, daß die daraus resultierende Entwicklung mit dem Wesen der strafbaren Handlung im Einklang steht und vernünftigerweise vorhergesehen werden kann*“.<sup>19</sup>

Mit dem Fall *S.W.* stellt der EGMR klar, dass die Auslegung strafrechtlicher Normen mit der Zeit gehen müsse und die Rechtsprechung einen wertvollen und notwendigen Beitrag zur Fortentwicklung des Strafrechts leistet. Dem stehe Art. 7 EMRK gerade nicht entgegen, wenn und solange nur das Auslegungsergebnis mit dem

<sup>9</sup> So auch Meyer-Ladewig, Handkommentar zur Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, 2003, S. 130 Rn. 4; Grabenwarter, (Fn.2), S. 393 Rn. 92.

<sup>10</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 60 Ziff. 40 (Kokkinakis).

<sup>11</sup> EGMR, Urt. v. 22.11.1995, Serie A 335-C, ÖJZ 1996, 356, 357 Ziff. 36 (S.W. gg das Vereinigte Königreich); vgl. dazu auch Peters, (Fn. 3), S. 144.

<sup>12</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 60 Ziff. 40 (Kokkinakis).

<sup>13</sup> EGMR, ÖJZ 1994, 59, 60 Ziff. 40 (Kokkinakis); zur Kritik vgl. Frowein/Peukert, (Fn.87), S. 325 Rn. 4.

<sup>14</sup> EGMR, Urt. v. 22.11.1995, Serie A 335-C = ÖJZ 1996, 356 f. (S.W. gg das Vereinigte Königreich); vgl. ebenso EGMR, Urt. v. 22. 11. 1995, Serie A 335-C (C.R. gg das Vereinigte Königreich).

<sup>15</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 356 Ziff. 34 (S.W.).

<sup>16</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 356 f. Ziff. 35 (S.W.).

<sup>17</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 357 Ziff. 35 (S. W.).

<sup>18</sup> Darauf verweist auch Peters, (Fn.3), S. 143.

<sup>19</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 357 Ziff. 36 (S.W.).

Wesen der Straftat, dem „Gehalt der Norm“<sup>20</sup> vereinbar und vernünftigerweise vorhersehbar sei. Angesprochen ist damit die schmale Gratwanderung und oft schwierig zu bestimmende Grenzziehung zwischen einer noch zulässigen Auslegung und einer mit dieser zulässigerweise verbundenen Rechtsprechungs-änderung einerseits und einer unzulässigen richterlichen Rechtsfortbildung aufgrund des Überschreitens der Grenze zur verbotenen Analogie.<sup>21</sup> Der EGMR betont den Fall S.W. betreffend nun die hier gegebene „deutliche Entwicklungslinie der Rechtsprechung ...“ und die vorliegende „... offensichtliche, dem Wesensgehalt der Straftat entsprechende Weiterentwicklung des Strafrechts durch richterliche Auslegung dahingehend ...“, die Ehegattenimmunität einzuschränken, wobei diese Weiterentwicklung „... ein Stadium erreicht (hatte), in dem die richterliche Anerkennung des Fehlens der Immunität eine vernünftigerweise vorhersehbare Entwicklung des Rechts geworden war“.<sup>22</sup> Die „Abkehr von der unakzeptablen Vorstellung, daß ein Ehegatte Immunität vor einer Strafverfolgung wegen Notzucht an seiner Frau genießen solle ...“, stehe „... nicht nur im Einklang mit einem zivilisierten Konzept der Ehe, sondern ... entspricht vor allem den grundlegenden Zielen der MRK, deren Wesenskern in der Achtung der Menschenwürde und der menschlichen Freiheit besteht“<sup>23</sup>, so dass der EGMR die Verurteilung des Ehemannes wegen Vergewaltigung seiner Frau im Fall S.W. als mit Art. 7 EMRK vereinbar ansah.

#### IV. Aufrechterhaltung bei europarechtlich dominierten Sachverhalten

Eine Fortsetzung jener Rechtsprechung des EGMR zum Gesetzmässigkeits- und Bestimmtheitsgebot des Art. 7 EMRK fand sich sodann im Fall *Cantoni gegen Frankreich*<sup>24</sup>: Herr Cantoni leitete eine Supermarktfiliale, in der er Produkte, wie z.B. siebzigprozentigen Alkohol, Vitamin C – Tabletten/Pulver, Pflanzeninhalationen, Mineraltabletten und antiseptische Sprays verkaufte. Er wurde wegen illegalen Verkaufs apothekenpflichtiger medizinischer Produkte nach dem Gesetz zur öffentlichen Gesundheit verurteilt, wohingegen sich Herr Cantoni mit dem Einwand beschwerte, dass die Begriffsbestimmung des „medizinischen Produkts“ ausgesprochen unpräzise sei, den Gerichten einen weiten Auslegungsspielraum lasse und sich die gesetzliche als auch die richterliche Begriffsbestimmung durch das Fehlen der erforderlichen Vorhersehbarkeit und Zugänglichkeit auszeichne, weshalb er die Tatbestandsmäßigkeit des ihm

vorgeworfenen Verhaltens nicht habe voraussehen können.<sup>25</sup>

Wieder betonte der EGMR, dass der Begriff des „Rechts“ in Art. 7 EMRK dem des „Gesetzes“ in anderen Konventionsartikeln entspricht und das „Gesetzesrecht im formellen Sinne und seine richterliche Auslegung ...“ umfasst und zudem „...unter qualitativen Bedingungen, unter anderem der Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit“<sup>26</sup> steht. Es sei eine logische Folge des Grundsatzes, dass „Gesetze allgemein anwendbar sein müssen, daß ihr Wortlaut nicht von absoluter Präzision sein kann. Eine der typischen Gesetzgebungstechniken besteht darin, allgemeine Kategorien anstelle erschöpfender Listen zu entwickeln. Zahlreiche Gesetze bedienen sich mehr oder weniger unbestimmter Begriffe, um eine übertriebene Starre zu vermeiden und um die Anpassung an sich verändernde Verhältnisse zu ermöglichen“.<sup>27</sup> Die Verwendung allgemeiner Kategorien durch den Gesetzgeber, wie hier die der Arzneimittel bzw. medizinischen Produkte bringe zwar „Grauzonen im Randbereich der Begriffsbestimmungen mit sich ...“; jene Zweifel im Hinblick auf Grenzfälle sind jedoch nicht ausreichend, „... um eine Strafbestimmung als solche mit Art. 7 unvereinbar zu machen, soweit diese sich in der Mehrheit der Fälle als hinreichend klar erweist. Die der Rechtsprechung anvertraute Aufgabe der Entscheidungsfindung dient gerade dazu, die bei der Auslegung einer Norm verbleibenden Zweifel unter Berücksichtigung der allgemeinen Praxis zu beseitigen“<sup>28</sup>, so dass Art. 7 EMRK solange nicht verletzt ist, solange die Norm, gelesen „im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung“<sup>29</sup>, d.h. der Wortlaut der Strafbestimmung gerade in Verbindung mit der Rechtsprechung<sup>30</sup> die Vorhersehbarkeit ihrer Anwendung gewährleistet.

Hinzuweisen sei hier weiterhin darauf, dass der EGMR betont, dass der Umstand, dass das nationale Strafgesetz nahezu wortgleich einer *Gemeinschaftsrichtlinie* entspricht, das nationale Strafgesetz dennoch nicht dem Anwendungsbereich des Art. 7 EMRK entzieht.<sup>31</sup> Dies bedeutet, dass der Mitgliedstaat bei der Umsetzung einer EG – Richtlinie, und zwar auch dann, wenn jene Richtlinie selbst nicht hinreichend bestimmt ist, die hinreichende Klarheit und Bestimmtheit seiner eigenen nationalen Gesetze im Rahmen der Richtlinie zu gewährleisten hat.<sup>32</sup>

Einen weiteren Umstand hebt der EGMR im Fall *Cantoni* besonders heraus, nämlich, dass die „Tragweite des Begriffs der Vorhersehbarkeit in großem Maß

<sup>20</sup> Häefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, S. 245.

<sup>21</sup> Darauf verweist deutlich Grabenwarter, (Fn.2), S. 391 Rn. 88; vgl. auch Villiger, (Fn. 1), S. 245.

<sup>22</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 357 Ziff. 43 (S.W.); vgl. auch Frowein/Peukert, (Fn. 87), S. 324 Rn. 4 und die dortigen Ausführungen zur Auslegung des Nötigungstatbestandes und des „Gewalt“-Begriffs bei Sitzblockaden.

<sup>23</sup> EGMR, ÖJZ 1996, 356, 357 Ziff. 44 (S.W.).

<sup>24</sup> EGMR, Urt. v. 15. 11. 1996, RJD 1996-V = EuGRZ 1999, 193 ff. (Cantoni gg Frankreich).

<sup>25</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 196, 197 Ziff. 26 (Cantoni).

<sup>26</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 197 Ziff. 29 (Cantoni).

<sup>27</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 197 Ziff. 31 (Cantoni).

<sup>28</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 197 Ziff. 32 (Cantoni).

<sup>29</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 197 Ziff. 32 (Cantoni).

<sup>30</sup> So betont auch Peters, (Fn. 3), S. 145.

<sup>31</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 197 Ziff. 30 (Cantoni).

<sup>32</sup> So deutlich Grabenwarter, (Fn. 2), S. 394 Rn. 93.

vom Inhalt des fraglichen Textes, von seinem Regelungsgegenstand sowie von der Anzahl und den Eigenschaften seiner Adressaten abhängt ...“ und es „... dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit nicht entgegen (steht), wenn die betroffene Person in einem vernünftigen, den Umständen entsprechenden Maße rechtlichen Rat einholen muss, um die möglichen Folgen eines bestimmten Handelns zu ermitteln ... Dies gilt insbesondere für berufsmäßig tätige Personen, die gewohnt sind, ihr Gewerbe mit besonderer Umsicht auszuüben. Von diesen kann auch besondere Sorgfalt bei der Ermittlung der mit der Tätigkeit verbundenen Risiken erwartet werden“.<sup>33</sup> Auf jenen Gesichtspunkt der Zumutbarkeit, Rechtsberatung in Anspruch zu nehmen, stellte der EGMR nun zur Begründung einer Nichtverletzung des Art. 7 EMRK im Fall *Cantoni* ab, da Herr *Cantoni* bei Hinzuziehung geeigneter rechtlicher Beratung zu der fraglichen Zeit hätte wissen können, dass er sich in Anbetracht der sich in den vergangenen Jahren kontinuierlich bekräftigenden Haltung der Rechtsprechung des Kassationsgerichts der Gefahr aussetzte, wegen illegalen Verkaufs von Arzneimitteln verurteilt zu werden.<sup>34</sup>

## V. Anwendung auf die Problematik der deutschen „Mauerschützenfälle“

Mit dem Gesetzlichkeits- und Bestimmtheitsgebot als auch dem Rückwirkungsverbot des Art. 7 EMRK befasste sich der EGMR sodann in den sog. Mauerschützenfällen, in welchen er die Vereinbarkeit von strafrechtlichen Verurteilungen wegen Tötungen an der innerdeutschen Grenze zu beurteilen hatte. Im Fall *Streletz, Kessler und Krenz gegen Deutschland*<sup>35</sup> wurden die Beschwerdeführer, die Staatsratsvorsitzender, Verteidigungsminister bzw. stellvertretender Verteidigungsminister waren, nach der Wiedervereinigung für den Tod mehrerer Flüchtlinge, die versucht hatten, die DDR über die Grenze zwischen den beiden deutschen Staaten zu verlassen, verantwortlich gemacht und wegen Totschlags in mittelbarer Täterschaft zu Freiheitsstrafen verurteilt. Die Beschwerdeführer machten geltend, dass ihre Handlungen, deretwegen sie strafrechtlich verfolgt wurden, zur Zeit ihrer Begehung weder nach DDR-Recht noch nach Völkerrecht strafbar gewesen und dass die nachträgliche Auslegung des DDR-Strafrechts durch die Gerichte des wiedervereinigten Deutschlands für die Beschwerdeführer zur Zeit der Vorgänge, die zu ihrer Anklage führten, nicht vorhersehbar gewesen sei.<sup>36</sup>

Der EGMR erinnerte zunächst daran, dass die „Auslegung und Anwendung des innerstaatlichen Rechts in erster Linie den nationalen Behörden, vor allen den Gerichten“<sup>37</sup> obliege und hob wiederholend die in den Fällen *Kokkinakis* und *S.W.* dargestellten Grundsätze hervor. In Anwendung jener Grundsätze auf den vorliegenden Fall prüfte er sodann im Hinblick auf Art. 7 EMRK, ob die Handlungen der Beschwerdeführer „zum Zeitpunkt ihrer Begehung Straftaten darstellten, welche vom Recht der DDR oder vom internationalen Recht mit einem ausreichenden Grad von Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit definiert waren“.<sup>38</sup> Der bis dahin entwickelte „Grundsatz, dass eine dynamische, umstandsangepasste Auslegung des nationalen Rechts nicht per se gegen Art. 7 verstößt“<sup>39</sup>, wurde hier nun vom EGMR auf die sich von den früheren Fällen unterscheidende, besondere Konstellation eines abrupten Regimewechsels angewendet: so verwies der EGMR von Anfang an auf die „Besonderheit des vorliegenden Falles ..., nämlich daß er vor dem Hintergrund der Rechtsüberleitung zwischen zwei Staaten mit verschiedenen Rechtssystemen zu sehen ist und daß die deutschen Gerichte die Bf. nach der Wiedervereinigung wegen Straftaten verurteilt haben, die sie als führende Politiker der DDR begangen hatten“.<sup>40</sup> Der EGMR erinnert insoweit daran, dass „so eindeutig eine strafrechtliche Bestimmung auch formuliert sein mag, ein Element gerichtlicher Interpretation unvermeidlich hinzukommt. Es wird immer die Notwendigkeit der Klärung von Zweifelsfragen sowie der Anpassung an geänderte Umstände gegeben sein ... Zwar gilt dieses Konzept grundsätzlich für die allmähliche Entwicklung der Rechtsprechung in einem Rechtsstaat mit einem demokratischen Regime ... aber es bleibt auch zur Gänze gültig, wenn, wie hier, ein Fall der Staatensukzession vorliegt“.<sup>41</sup>

Zunächst prüft der EGMR nun, ob eine Strafbarkeit zum Tatzeitpunkt nach nationalem Recht der DDR gegeben war und unterschied insoweit – unter In-Erinnerung-Rufen, dass „Recht“ i.S.d. Art. 7 EMRK geschriebenes und ungeschriebenes Recht umfasst – zwischen Rechtfertigungsgründen des geschriebenen DDR-Rechts und ungeschriebenen, aus der Staatspraxis abgeleiteten Rechtfertigungsgründen. Er kam zu dem Ergebnis, dass der Schießbefehl schon nach einfachem DDR-Recht nicht gerechtfertigt war, weil § 17 Abs.2 des Volkspolizeigesetzes und § 27 Abs.2 des Grenzgesetzes die Anwendung von Schusswaffen nur zur Verhinderung von Verbrechen rechtfertigten, der Begriff des „Verbrechens“ von Art. 213 Abs. 3 StGB-DDR aber allein i.S. „schwerer Straftaten“ definiert wurde. Zudem verwiesen

<sup>33</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 198 Ziff. 35 (*Cantoni*).

<sup>34</sup> EGMR, EuGRZ 1999, 193, 198 Ziff. 34, 35 (*Cantoni*); vgl. auch die Anmerkung von Winkler, der auf den Vergleich mit der sog. „Parallelwertung in der Laiensphäre“ verweist, EuGRZ 1999, 181, 181.

<sup>35</sup> EGMR, Urt. v. 22. 03. 2001, Nr. 34044/96, 35532/97 und 44801/98, EuGRZ 2001, 210 ff. = NJW 2001, 3035 ff. (*Streletz, Kessler und Krenz gg Deutschland*).

<sup>36</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 211 Ziff. 46, 47 (*Streletz, Kessler und Krenz*).

<sup>37</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 212 Ziff. 49 (*Streletz, Kessler und Krenz*).

<sup>38</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 212 Ziff. 51 (*Streletz, Kessler und Krenz*).

<sup>39</sup> Peters, (Fn. 3), S. 147.

<sup>40</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 212 Ziff. 52 (*Streletz, Kessler und Krenz*).

<sup>41</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 215 Ziff. 82 (*Streletz, Kessler und Krenz*).

das Volkspolizeigesetz und das Grenzgesetz darauf, dass das Leben der Person nach Möglichkeit zu schonen und die Schusswaffenanwendung die äußerste Maßnahme der Gewaltanwendung sei, womit sie den *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* und den Grundsatz der Erhaltung menschlichen Lebens miteinschlossen. Zudem müsse das einfache DDR-Recht im *Lichte der in der DDR-Verfassung selbst niedergelegten Grundsätze* gesehen werden, welche vorsahen, dass Rechtsvorschriften der Verfassung nicht widersprechen dürfen und welche das Recht auf Leben und Freiheit schützten.<sup>42</sup> Da die einfache Republikflucht keine schwere Straftat war, griffen die geschriebenen Rechtfertigungsgründe nicht ein und der EGMR betrachtete das DDR-Recht als ausreichende Grundlage für die spätere Verurteilung. Daran konnte auch die *vorherrschende Staatspraxis* als möglicherweise in Betracht kommender ungeschriebener Rechtfertigungsgrund nichts ändern, da die ihr zugrundeliegende Staatsräson „durch die in der Verfassung und Gesetzgebung der DDR selbst proklamierten Grundsätze auf Schranken treffen musste; vor allem musste sie die *Notwendigkeit der Erhaltung menschlichen Lebens* berücksichtigen, die sich aus der Verfassung der DDR, dem Volkspolizeigesetz und aus dem Grenzgesetz ergab, wobei auch zu berücksichtigen ist, daß schon damals das Recht auf Leben international den höchsten Wert in der Rangordnung der Menschenrechte darstellte“.<sup>43</sup>

Zu dem Gesichtspunkt der „*Vorhersehbarkeit*“ der Verurteilungen verwies der EGMR darauf, dass „das weite Auseinanderklaffen zwischen der Gesetzgebung der DDR und ihrer Praxis ... *weitgehend von den Bf. selbst herbeigeführt worden* (war). Da sie im DDR-Staatsapparat *höchste Spitzenposten* bekleideten, konnten sie *offensichtlich nicht in Unkenntnis* über die Verfassung und Gesetzgebung der DDR bzw. ihre internationalen Verpflichtungen und die internationale Kritik an ihrem Grenzsicherungssystem sein. Außerdem hatten sie dieses System *selbst eingeführt und aufrecht erhalten*, indem sie die im Gesetzesblatt der DDR veröffentlichten gesetzlichen Vorschriften durch geheime Befehle und Dienstanweisungen über die Konsolidierung und Verbesserung der Grenzsicherungsanlagen und über den Gebrauch von Schusswaffen *überlagerten*“.<sup>44</sup>

Jenen Gesichtspunkt der „*Vorhersehbarkeit*“ bejahte der EGMR nun, wie aus dem Fall *K.-H.W. gegen Deutschland*<sup>45</sup> hervorgeht, nicht nur für die früheren Machthaber, deren offensichtliche Verantwortlichkeit für die bewusste Schaffung und Aufrechterhaltung der Staatspraxis der EGMR unterstrich, von der sie „wußten oder wissen mußten, daß sie auf krasse Weise die Grund-

sätze der eigenen Gesetzgebung der DDR sowie die international geschützten Menschenrechte verletzt“.<sup>46</sup> Wenn jene Begründung nun zwar für den Beschwerdeführer im Fall *K.-H.W.* gegen Deutschland, ein Grenzsoldat der DDR, der aufgrund der Tötung eines unbewaffneten Flüchtlings durch Dauerfeuer wegen vorsätzlicher Tötung verurteilt wurde, *nicht ohne weiteres übertragbar* sei<sup>47</sup>, so bejahte der EGMR unter Heranziehung weiterer Begründungselemente dennoch auch für den Beschwerdeführer *K.-H.W.* als Befehlsempfänger die „*Vorhersehbarkeit*“ der Strafbarkeit nach DDR-Recht:

Zum einen handele es sich bei dem jedermann zugänglichen geschriebenen DDR-Recht in Gestalt der Verfassung und des Strafgesetzbuches der DDR „*nicht um irgendwelche obskuren Vorschriften*. Der Grundsatz „niemand kann sich auf die Unkenntnis des Gesetzes berufen“ galt auch für den Bf.“.<sup>48</sup> Zum anderen wusste der Beschwerdeführer oder musste wissen, dass „eine freiwillige Meldung zu einem dreijährigen Militärdienst ... die Möglichkeit einschloß, an der Grenze stationiert zu werden, wo er riskierte, auf unbewaffnete Flüchtlinge schießen zu müssen. Außerdem kann sich ... selbst ein einfacher Soldat *nicht völlig blind* auf die Befehle berufen, die in krasser Weise nicht nur die Grundsätze der eigenen Gesetzgebung der DDR, sondern auch die international geschützten Menschenrechte und vor allem das Recht auf Leben verletzt, welches den höchsten Wert in der Rangordnung der Menschenrechte darstellt“.<sup>49</sup>

Der unterschiedlichen Verantwortlichkeit der Befehlsgeber Streletz, Kessler und Krenz und des Befehlsempfängers *K.-H.W.* habe das nationale Gericht bei der Bemessung der jeweiligen Strafe in angemessener Weise Rechnung getragen.<sup>50</sup>

Hatte der EGMR in den Mauerschützenfällen bereits die Strafbarkeit nach innerstaatlichem Recht bejaht, so beließ er es jedoch nicht dabei, sondern prüfte und bejahte auch noch die sich aus *internationalem Recht* (Art.7 Abs.1 S.1 Alt.2 EMRK) ergebende Strafbarkeit. Er stellte insoweit in einer gleichsam „doppelt genährte(n) Begründung“<sup>51</sup> fest, dass „die Handlungen der Bf. zur Zeit ihrer Begehung auch Straftaten darstellten, welche mit einem hinreichenden Maß von Zugänglichkeit und Vorhersehbarkeit in den *völkerrechtlichen* Vorschriften über den Schutz der Menschenrechte niedergelegt waren“<sup>52</sup>, wobei der EGMR auf die das Recht auf Leben schützenden Art. 6 IPBürg und Art. 2 EMRK und auf die das Freizügigkeitsrecht schützenden Art. 2 Abs.2 des 4.

<sup>42</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 213 Ziff. 56 ff. (Streletz, Kessler und Krenz).

<sup>43</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 214 Ziff. 72 (Streletz, Kessler und Krenz).

<sup>44</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 214 Ziff. 78 (Streletz, Kessler und Krenz).

<sup>45</sup> EGMR, Urt. v. 22.3.2001, Nr. 37201/97, EuGRZ 2001, 219ff. = NJW 2001, 3042 ff. (K.-H.W. gg Deutschland).

<sup>46</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 219, 220 Ziff. 70 (K.-H.W.).

<sup>47</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 219, 220 Ziff. 70 (K.-H.W.).

<sup>48</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 219, 220 Ziff. 73 (K.-H.W.).

<sup>49</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 219, 220 Ziff. 74, 75 (K.-H.W.).

<sup>50</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 219, 221 Ziff. 81 (K.-H.W.).

<sup>51</sup> Grabenwarter, (Fn. 2), S. 392 Rn. 90.

<sup>52</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 216 Ziff. 105 (Streletz, Kessler und Krenz).

ZP-EMRK und Art. 12 Abs. 2 IPBürg abstellte.<sup>53</sup> Ohne auf die insoweit bestehenden kritischen Anmerkungen in der Literatur<sup>54</sup>, etwa zur Begründungsweise des EGMR im Gegensatz zu seiner sonstigen Begründungsökonomie oder dahingehend, dass der EMRK einen „völkerrechtlichen Straftatbestand ... an keiner Stelle“<sup>55</sup> identifiziert, hier inhaltlich näher einzugehen, sei zumindest hervorzuheben, dass eine rückwirkende Anwendung nationalen Rechts auch dann mit Art. 7 EMRK in Einklang steht, wenn zur Zeit der Tat eine entsprechende Strafbarkeit nach einer *völkerrechtlichen Norm* besteht. Die 2. Alt. des Art. 7 Abs. 1 EMRK betrifft die (nur ausnahmsweise gegebene) direkte Heranziehung völkerstrafrechtlicher Tatbestände, d.h. umgekehrt ausgedrückt, nicht diejenigen Fälle, bei denen das Völkerrecht den nationalen Staat zur Erlassung entsprechender Straftatbestände verpflichtet bzw. in denen das „Völkerrecht als Bestandteil des innerstaatlichen Rechts Einfluss auf die Auslegung des nationalen Straftatbestandes hat; dies ist allein eine Frage der ersten Alternative“.<sup>56</sup>

## VI. Die Erstreckung auf die strafrechtlichen Sanktionen

Das die Tatbestandseite betreffende Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 S. 1 EMRK findet seine Ergänzung durch das in Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK geregelte Rückwirkungsverbot für die *Sanktionsseite*, wonach keine schwerere als die zur Zeit der Begehung angedrohte *Strafe* verhängt werden darf.<sup>57</sup> Ist Art. 7 EMRK nun auf Verurteilungen und die Verhängung von Strafen begrenzt, so umfasst die „Strafe“ jedenfalls Freiheits- und Geldstrafen, während Freisprüche, verfahrensleitende Beschlüsse oder Entscheidungen des Strafvollzugs nicht zum sachlichen Schutzbereich des Art. 7 EMRK gehören.<sup>58</sup> Schwieriger zu beurteilen, ob eine Sanktion eine „Strafe“ i.S.d. Art. 7 Abs. 1 S.2 EMRK darstellt, ist es hingegen etwa bei zusätzlich angeordneten „Neben“-Maßnahmen und Ersatzfreiheitsstrafen. Insoweit sei auf

zwei vom EGMR entschiedene Fälle verwiesen, in denen er zur Auslegung des Begriffs „Strafe“ Stellung nimmt:

Im Fall *Welch gegen das Vereinigte Königreich*<sup>59</sup>, in dem der EGMR eine rückwirkende Verfügung einer Konfiskation im Zusammenhang mit der Verurteilung wegen Suchtgiftdelikten zu beurteilen hatte, betonte er zunächst, dass der Begriff der „Strafe“ in Art. 7 EMRK wie der der „strafrechtlichen Anklage“ des Art. 6 EMRK *autonom*, d.h. unabhängig vom innerstaatlichen Recht zu bestimmen sei.<sup>60</sup> „Um den von Art. 7 gewährten Schutz in wirksamer Weise zu bieten, muß es dem GH freistehen, hinter das äußere Erscheinungsbild zu blicken ... und es für sich zu beurteilen, ob eine bestimmte Maßnahme dem Wesen nach eine „Strafe“ im Sinn der genannten Bestimmung darstellt ...“, wobei „... Ausgangspunkt jeder Beurteilung des Vorliegens einer Strafe die Frage ist, ob die in Rede stehende Maßnahme *im Gefolge einer Verurteilung für eine „gerichtlich strafbare Handlung“* (criminal offence) auferlegt wird. Andere Faktoren, die in diesem Zusammenhang als maßgeblich in Betracht gezogen werden können sind die *Art und der Zweck* der in Rede stehenden Maßnahme, ihre *Charakteristik nach innerstaatlichen Recht*, die bei der *Setzung und bei der Durchführung der Maßnahme vorgesehenen Verfahren und ihre Schwere*“.<sup>61</sup> Unter Hinweis, dass die Ziele der Prävention und der Reparation mit einem punitiven Zweck im Einklang stehen und als Bestandselemente gerade des Begriffs der Strafe angesehen werden können<sup>62</sup>, hat der EGMR unter Aufzeigen einer Kombination verschiedener punitiver Elemente (z.B. dem richterlichen Ermessen, bei der Festlegung der Höhe der Verfügung das Maß an Verschulden des Angeklagten einzubeziehen oder die Möglichkeit einer Freiheitsstrafe für den Fall, dass der Täter die Zahlung nicht leistet<sup>63</sup>) die Konfiskation im vorliegenden Fall als „Strafe“ i.S.d. Art. 7 angesehen und dessen Verletzung bejaht.

Ebenfalls ordnete der EGMR im Fall *Jamil gegen Frankreich*<sup>64</sup> eine Ersatzfreiheitsstrafe für den Fall der Nichtbezahlung einer angeordneten Geldstrafe dem Strafbegriff des Art. 7 EMRK unter, da diese von „einem Strafgericht mit der Intention abzuschrecken ausgesprochen ...“ wurde und „... zu einem Freiheitsentzug mit punitivem Charakter (hätte) führen können“.<sup>65</sup>

## VII. Abschließende Hinweise

Hinzuweisen sei zuletzt darauf, dass Art. 7 EMRK mit den von ihm geregelten Gesetzmäßigkeits- und Bestimmtheitsgebot sowie dem die Tatbestandseite

<sup>53</sup> EGMR, EuGRZ 2001, 210, 215, 216 Ziff. 92 ff. (Strelitz, Kessler und Krenz).

<sup>54</sup> Vgl. etwa die kritische Stellungnahme von Grabenwarter, (Fn.2), S. 392 Rn. 90; zum Unterschied zwischen der „stärker naturrechtlich(en)“ Begründung des BVerfG und der „eher positivrechtlich(en)“ Begründung des EGMR vgl. Peters, (Fn.3), S. 147 f; vgl. ebenso die weitergehenden (zum Teil kritischen) Ausführungen etwa von Rau, NJW 2001, 3008 ff; Werle, NJW 2001, 3001 ff.; Polakiewicz, EuGRZ 1992, 177 ff.; Starck, JZ 2001, 1102 ff; Kreicker, Art.7 EMRK und die Gewalttaten an der deutsch-deutschen Grenze: Zu den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, Baden-Baden 2002.

<sup>55</sup> Grabenwarter, (Fn. 2), S. 392 Rn. 90.

<sup>56</sup> Grabenwarter, (Fn.2), S. 392 Rn. 90.

<sup>57</sup> Auf diese Differenzierung weist Grabenwarter hin, (Fn. 2), S. 394 f. Rn. 94.

<sup>58</sup> Vgl. weiter Villiger, (Fn. 1), S. 338; Grabenwarter, (Fn.2), S. 390, Rn. 86 f.

<sup>59</sup> EGMR, Urt. v. 9.2.1995, Serie A 307-A, ÖJZ 1995, 511f. (Welch gg das Vereinigte Königreich).

<sup>60</sup> Vgl dazu auch Villiger, (Fn. 1), S. 338 und 250 ff.

<sup>61</sup> EGMR, ÖJZ 1995, 511, 511 Ziff. 27, 28 (Welch).

<sup>62</sup> EGMR, ÖJZ 1995, 511, 512 Ziff. 30 (Welch).

<sup>63</sup> EGMR, ÖJZ 1995, 511, 512 Ziff. 33 (Welch).

<sup>64</sup> EGMR, Urt. v. 8.6.1995, Serie A 317-B, ÖJZ 1995, 796 f. (Jamil gg Frankreich).

<sup>65</sup> EGMR, ÖJZ 1995, 796, 797 Ziff. 33 (Jamil).

und Rechtsfolgende erfassenden Rückwirkungsverbot als materiellrechtliche Garantie aufgefasst wird, also grundlegende rechtsstaatliche Maßstäbe für das materielle Strafrecht enthält. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass sich Art. 7 EMRK nicht mit dem Verfahrensrecht befasst, so dass eine Änderung von Verfahrensvorschriften, aber auch etwa eine rückwirkende Erschwerung des Vollzugs der Strafe (jedenfalls solange das von der Strafbestimmung vorgesehene Strafmaß nicht überschritten wird<sup>56</sup>) Art. 7 EMRK nicht verletzt. Ebenso stellt die rückwirkende Verlängerung von Verjährungsfristen keine verbotene Rückwirkung i.S.d. Art. 7 EMRK dar (, zumindest dann, wenn die Verjährung noch nicht abgelaufen war), da diese an der vorliegenden Strafbarkeit des Angeklagten zum Tatzeitpunkt an sich und an den Strafsanktionen nichts ändert.<sup>57</sup> Zu beachten ist jedoch, dass der EGMR mittlerweile als Parallele zum *nulla poena sine lege* - Grundsatz im Rahmen des Art. 6 EMRK den Grundsatz „*nullum iudicium sine lege*“ entwickelt hat.<sup>58</sup>

Zu weitergehenden Einzelheiten, etwa hinsichtlich des Schutzbereiches des Art. 7 EMRK oder zur Bedeutung des Absatzes 2 von Art. 7 EMRK und dessen Verhältnis zu Absatz 1 oder zur Verankerung des *nulla poena sine lege* – Grundsatzes in anderen Rechtsvorschriften (im nationalen Recht, im Recht der Europäischen Union und in der Grundrechts-Charta) sei an dieser Stelle auf die bereits aufgeführten Literaturangaben verwiesen.

<sup>56</sup> Villiger, (Fn.1), S. 341; Frowein/Peukert, (Fn. 87), S. 325 Rn 5.

<sup>57</sup> Vgl. dazu EGMR, Urt. v. 22.6.2000, ECHR 2000-VII, 1ff., Rn. 142 ff. (Coeme u.a. gg Belgien); siehe ebenfalls Meyer-Ladewig, (Fn. 9), S. 132 Rn. 7; Peters, (Fn. 3), S. 145; Grabenwarter, (Fn. 2), S. 392 Rn. 89.

<sup>58</sup> Vgl. EGMR, Urt. v. 22.6.2000, ECHR 2000-VII, 1ff., Rn. 101 f. (Coeme u.a. gg Belgien) und näher dazu demnächst Gaede ZStW 116 (2004), 81 ff.

## Vollständige Rechtsprechung des BGH (zurückliegender Monat mit BVerfG-E)

*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.

### 1. EGMR Nr. 39657/98 – Urteil vom 28. Oktober 2003 (Steuer v. Niederlande, 2. Kammer)

Meinungsfreiheit von Rechtsanwälten (Bedeutung der Rechtsanwälte für das Justizwesen; Eingriff; Rechtfertigung; chilling effect; Kritik an staatlichen Bediensteten: Kritik an einer Verhörspraxis; Verhältnismäßigkeit; Gesetzesvorbehalt; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; dringendes gesellschaftliches Bedürfnis); faires Verfahren (Verteidigungsrecht; Schweigerecht; Recht auf die Hinzuziehung eines unentgeltlichen Dolmetschers). Art. 10 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; § 137 StPO

### 2. BGH 2 StR 283/03 – Urteil vom 15. Oktober 2003 (LG Kassel)

BGHSt; schwerer Raub (Nötigungshandlung; Wegnahme; finale Beziehung; Motivwechsel; Gewaltausübung; Unterlassen der Beendigung, fortdauernde Fesselung, Ausnutzen der faktischen Wirkung, Erfordernis aktiven Tuns); Vorsatzwechsel; BGHSt 32, 88; Ingerenz; gefährliches Werkzeug. § 249 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB; § 240 StGB; § 13 StGB

### 3. BGH 1 ARs 29/03 - Beschluss vom 6. November 2003

Vollrausch (Rauschtat); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anfragebeschluss zum Verhält-

nis zur Sicherungsverwahrung; aliud; Aufgabe eigener Rechtsprechung).

§ 323a StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 132 Abs. 2 GVG

### 4. BGH 1 StR 308/03 - Urteil vom 25. November 2003 (LG Augsburg)

Notwehr (lebensgefährliches Verteidigungsverhalten; Warnschuss; Unmittelbarkeit des Angriffs); verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Alternativität).

§ 32 StGB; § 21 StGB

### 5. BGH 1 StR 406/03 - Beschluss vom 6. November 2003 (LG Landshut)

Erheblich verminderte Schuldfähigkeit (Abweichung vom Sachverständigengutachten; Rechtsfrage; normative Wertung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Übermaß).

§ 21 StGB; § 64 StGB; § 72 StPO

### 6. BGH 2 StR 325/03 - Urteil vom 12. November 2003 (LG Köln)

Beweiswürdigung (in dubio pro reo; Zweifelssatz; Überzeugungsbildung; erforderliche Gewissheit; Indizien; umfassende Gesamtwürdigung; Tatsachenalternativität). § 261 StPO; § 212 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

1. Spricht der Tatrichter einen Angeklagten frei, weil er

Zweifel an dessen Täterschaft nicht zu überwinden vermag, so ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen, denn es hat nur zu beurteilen, ob dem Tatrichter bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder erkennen lässt, dass das Gericht überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat.

2. Eine absolute, das Gegenteil denknotwendig ausschließende und von niemandem anzweifelbare Gewissheit ist zur Verurteilung des Angeklagten nicht erforderlich. Vielmehr genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht zulässt.

3. Der Tatrichter muss sich in der Beweiswürdigung mit allen festgestellten Indizien auseinandersetzen, die geeignet sind, das Beweisergebnis zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen. Dabei darf er die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert werten, sondern muss sie in eine umfassende Gesamtwürdigung einbeziehen. Denn die Indizien können in ihrer Gesamtheit die entsprechende Überzeugung vermitteln, auch wenn die Beweisanzeichen jeweils für sich allein nicht zum Nachweis der Täterschaft eines Angeklagten ausreichen (vgl. BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2, 11; Beweiswürdigung, unzureichende 1).

**7. BGH 2 ARs 373/03 2 AR 236/03 - Beschluss vom 26. November 2003**

Bestimmung der zuständigen Staatsanwaltschaft.  
Vor § 142 GVG

**8. BGH 2 ARs 343/03 - Beschluss vom 28. November 2003**

Vollrausch (Antwort auf Anfragebeschluss; entgegenstehende Rechtsprechung; in dubio pro reo; Zweifelssatz; Stufenverhältnis zwischen Rauschtat und Vollrausch; Verhältnis der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Sicherungsverwahrung).  
§ 323 a StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 132 Abs. 2 GVG

**9. BGH 2 ARs 361/03 / BGH 2 AR 217/03 - Beschluss vom 26. November 2003**

Gemeinschaftliches oberes Gericht; Zuständigkeit des Bundesgerichtshofs.  
Vor § 1 StPO

**10. BGH 2 ARs 382/03 2 AR 237/03 - Beschluss vom 26. November 2003**

Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (Zuständigkeitsbestimmung; Befasstsein).  
§ 19 StPO; § 462 a Abs.1 StPO

**11. BGH 2 StR 339/03 - Beschluss vom 29. Oktober 2003 (LG Trier)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; gefährliche Körperverletzung (lebensgefährliche Behandlung; hinterlistiger Überfall).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 224 Abs. 1 StGB

**12. BGH 2 StR 354/03 – Urteil vom 12. November 2003 (LG Hanau)**

Vergewaltigung; Beweiswürdigung (Glaubwürdigkeit einer Zeugenaussage: Aussage gegen Aussage, Glaubwürdigkeitsgutachten, Umstände außerhalb der Aussage, teilweise Falschaussage).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

**13. BGH 3 StR 390/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Karlsruhe)**

Zu widerhandlung gegen ein Vereinsverbot (Bekennniserklärung).

§ 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG; § 18 Satz 2 VereinsG

**14. BGH 3 StR 136/03 - Beschluss vom 9. Oktober 2003 (LG Lübeck)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Beginn der Frist zur Urteilsergänzung; Erlass des Beschlusses zur Wiedereinsetzung; Eingang der Akten beim für die Urteilsergänzung zuständigen Gericht).

§ 267 Abs. 4 Satz 3 StPO; § 275 Abs. 1 StPO

**15. BGH 3 StR 346/03 - Beschluss vom 14. Oktober 2003 (LG Lübeck)**

Sexueller Missbrauch (Kinder; Schutzbefohlene; Hemmung der Verjährung); Zweifelssatz.

§ 78 b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 StGB; § 176 StGB

**16. BGH 3 StR 383/03 - Beschluss vom 30. Oktober 2003 (LG Stade)**

Tenorierung bei Regelbeispielen; selbständige Verjährung aller Einzeltaten bei Tateinheit.

§ 268 StPO; § 78 StGB; § 52 StGB

**17. BGH 3 StR 412/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Berlin)**

Zu widerhandlung gegen ein Vereinsverbot (Bekennniserklärung).

§ 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG; § 18 Satz 2 VereinsG

**18. BGH 4 StR 389/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Essen)**

Strafzumessung (sexuelle Nötigung; intime Beziehung zum Opfer, ambivalentes Opferverhalten, subjektive Minderung des Unrechtsgehalts); teilweise Einstellung des Verfahrens; Strafaussetzung zur Bewährung (Darlegung; Urteilsgründe; besondere Umstände; Gesamtwürdigung von Tat und Täterpersönlichkeit).

§ 46 StGB; § 177 StGB; § 154a StPO; § 56 Abs. 2 StGB

**19. BGH 4 StR 147/03 – Beschluss vom 5. August 2003 (LG Bielefeld)**

Anfragebeschluss; Vollrausch; Sicherungsverwahrung (ultima ratio; Verhältnis zur Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus); Zweifelssatz; in dubio pro reo; Stufenverhältnis mehrerer Maßregeln.

§ 132 Abs. 3 GVG; § 323 a StGB; § 63 StGB; § 66 StGB; § 72 Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

**20. BGH 4 StR 359/03 - Beschluss vom 9. Oktober 2003 (LG Rostock)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; Verfolgungsverjährung; Strafzumessung (Berücksichtigung nicht abgeurteilter weiterer Taten; Serienstraftaten; Bestimmtheit; Unwertgehalt).  
§ 174 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB

**21. BGH 4 StR 329/03 - Beschluss vom 7. Oktober 2003 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum Alkoholmissbrauch).  
§ 64 StGB

**22. BGH 4 StR 270/03 - Urteil vom 6. November 2003 (LG Münster)**

Einlassung des Abgeklagten (Beweiswürdigung; Glaubwürdigkeit; Einlassungswechsel; Zweifelssatz; in dubio pro reo); unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.  
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

**23. BGH 4 StR 308/03 - Beschluss vom 23. September 2003 (LG Magdeburg)**

Strafzumessung (Versuch, Rücktritt, Doppelverwertungsverbot).  
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 46 StGB

**24. BGH 4 StR 322/03 - Beschluss vom 7. Oktober 2003 (LG Halle)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung: Trinkmengen, Alkoholkonsum, situationsangepasstes Handeln, Verdeckung der Tat, Einlassung des Angeklagten).  
§ 21 StGB; § 261 StPO

**25. BGH 4 StR 424/03 - Beschluss vom 11. November 2003 (LG Halle)**

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; rechtsstaatswidrige unvertretbare Verfahrensverzögerung); verminderte Schuldfähigkeit (kombinierte Persönlichkeitsstörung; Darlegung; Urteilsgründe).  
§ 46 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB; § 21 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 StPO

**26. BGH 5 StR 411/03 – Beschluss vom 28. Oktober 2003 (LG Zwickau)**

Entziehung der Fahrerlaubnis (spezifischer Zusammenhang zwischen Tat und Verkehrssicherheit; Anfragebeschluss; Maßregel).  
§ 69 Abs. 1 StGB

**27. BGH 5 StR 121/03 - Urteil vom 28. Oktober 2003 (LG Oldenburg)**

Überzeugungsbildung; Freispruch; Steuerhinterziehung (Vorsatz; Indizwirkung: Unregelmäßigkeiten im Promillebereich, Aufbewahrung belastender Unterlagen).

§ 261 StPO; § 16 StGB; § 370 AO

**28. BGH 5 StR 256/03 - Urteil vom 30. Oktober 2003 (LG Leipzig)**

Untauglicher Versuch; Beweiswürdigung.  
§ 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 261 StPO

**29. BGH 5 StR 315/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Cottbus)**

Gesamtstrafenbildung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; kein doppelter Rabatt).  
§ 53 StGB; § 55 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK

**30. BGH 5 StR 377/03 - Beschluss vom 16. Oktober 2003 (LG Berlin)**

Strafzumessung (Berücksichtigung standesrechtlicher Folgen bei einem Arzt: Verlust der Approbation, Erörterungsmangel).  
§ 46 StGB; § 267 StPO

**31. BGH 5 StR 378/03 - Beschluss vom 29. Oktober 2003 (LG Potsdam)**

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

**32. BGH 1 StR 24/03 – Urteil vom 6. November 2003 (LG Stuttgart)**

BGHSt; verbotene Insidergeschäfte (Scalping kein Insidergeschäft; Frontrunning); Kursmanipulation / Marktpreismanipulation (sonstige Täuschung; fachmännische Rechtfertigung; Unrechtskontinuität; richtlinienkonforme Auslegung: Information; Feststellung der Kurseinwirkung); unerlaubter Eigenhandel nach dem Kreditwesengesetz; milderes Gesetz.  
§ 13 Abs. 1 Nr. 3 WpHG; § 14 Abs. 1 Nr. 1 WpHG; § 20 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG; § 38 Abs. 1 Nr. 4 WpHG a.F.; § 39 Abs. 1 Nr. 2 WpHG a.F.; § 88 Nr. 2 BörsG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 1 StGB; § 1 Abs. 1a Satz 2 Nr. 4 KWG; EG-Insiderrichtlinie vom 13. November 1989; § 2 Abs. 3 StGB; § 261 StPO

**33. BGH 1 StR 472/03 – Beschluss vom 18. November 2003 (LG Konstanz)**

Täteropferausgleich (verständliche Weigerung des Opfers).  
§ 46a StGB

**34. BGH 1 StR 368/03 – Beschluss vom 5. November 2003 (LG Landshut)**

BGHR; Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden (geordnete Zeugenbefragung; sachfremdes Beweisthema; begründungslose Zurückweisung und spätere Beanstandung); Würde des Zeugen (faïres Verfahren; Rechtsstaatsprinzip); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von rechtsfeindlichem Verhalten: Abgrenzung von zulässigem Verteidigungsverhalten; zu missbilligende Einstellung).  
Art. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 46 Abs. 2 StGB; Art. 6 EMRK; § 238 StPO

**35. BGH 1 StR 384/03 – Beschluss vom 4. November 2003 (LG Bamberg)**

Schwere andere seelische Abartigkeit (Beleg); erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit (Erheblichkeit als vom Richter und nicht vom Sachverständigen zu entscheidende Rechtsfrage).

§ 20 StGB; § 21 StGB

Die Frage, ob eine Verminderung der Steuerungsfähigkeit „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB ist, stellt sich als Rechtsfrage dar. Diese hat der Tatrichter ohne Bindung an Äußerungen von Sachverständigen zu beantworten. Da bei fließenden normativen Erwägungen mit ein. Die rechtliche Erheblichkeit der Verminderung des Hemmungsvermögens hängt auch von den Ansprüchen ab, die die Rechtsordnung an das Verhalten des Einzelnen zu stellen hat. Dies zu bewerten und zu entscheiden ist Sache des Richters. Allein zur Beurteilung der Vorfrage nach den medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstat-sachen bedarf er sachverständiger Hilfe, sofern er hierzu nicht aufgrund eigener Sachkunde befinden kann (BGHSt 43, 66, 77; BGH StV 1999, 309, 310).

**36. BGH 1 StR 451/03 – Beschluss vom 6. November 2003 (LG Mannheim)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges); volle Kostenbelastung für teilweise erfolgreiche Revision (ersichtliche Absicht der Anfechtung über den Teilerfolg hinaus).

§ 64 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

**37. BGH 1 StR 493/03 - Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Traunstein)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**38. BGH 3 StR 388/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Karlsruhe)**

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot (Bekanntniserklärung).

§ 18 Satz 2 VereinsG; § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG

**39. BGH 2 StR 375/03 – Beschluss vom 12. November 2003 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**40. BGH 3 StR 398/03 - Beschluss vom 27. November 2003 (LG Düsseldorf)**

Zu widerhandeln gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot (Bekanntniserklärung).

§ 18 Satz 2 VereinsG; § 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG

**41. BGH 4 StR 266/03 - Beschluss vom 4. November 2003 (LG Essen)**

Erpressung (Tatbestandsirrtum über die Rechtswidrigkeit).

§ 253 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**42. BGH 4 StR 150/03 – Urteil vom 20. November 2003 (LG Lüneburg)**

BGHSt (Aufgabe von BGHSt 5, 280); Auslegung des Tatbestandes des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer (erforderliche zeitliche Verknüpfung des Opfers; Begriff des Führers; Angriff auf die Entschlussfreiheit; Vollen-dung; List und Täuschung; Vereinzelung des Fahrers oder Mitfahrers; Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs); rechts-gutsbezogene Auslegung; Beförderungspflicht des Taxifahrers.

§ 316a StGB; § 22 PBefG

**43. BGH 4 StR 239/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Kaiserslautern)**

BGHSt; Abgrenzung von Untreue und Betrug gegenüber Krankenkasse und Apotheker beim Bezug kassenärztlich verordneter, aber nicht notwendiger Medikamente (tat-sächliche und rechtliche Besonderheiten des kassenärztlichen Abrechnungssystems / Sachleistungssystems; Täuschung: Prüfpflichten des Apothekers bei ärztlichen Verordnungen); Vermögensbetreuungspflicht des Kas-senarztes (Missbrauchstatbestand).

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 12 SGB V

**44. BGH 4 StR 266/03 – Beschluss vom 4. November 2003 (LG Essen)**

Verfall des Wertersatzes (entgegenstehende Ansprüche; Existenz der Ansprüche).

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73 a StGB

**45. BGH 4 StR 332/03 – Beschluss vom 23. Oktober 2003 (LG Halle)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**46. BGH 4 StR 445/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Rostock)**

Wirksame Beschränkung der Revision und Teilrechts-kraft (Durchbrechung bei fehlender Verfahrensvorausset-zung der zugelassenen Anklage).

§ 203 StPO; § 200 StPO; § 352 StPO; § 354 Abs. 3 StPO

**47. BGH 4 StR 338/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Offenburg)**

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (geänderte Recht-sprechung; Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs).

§ 316 a StGB

**48. BGH 4 StR 398/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**49. BGH 4 StR 423/03 - Beschluss vom 25. November 2003 (LG Kleve)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**50. BGH 4 StR 438/03 – Beschluss vom 7. November 2003 (LG Berlin)**

Tatmehrheit / Tateinheit beim Fahren ohne Fahrerlaubnis (Dauerstrafat; kurze Unterbrechungen).

§ 21 StVG

**51. BGH 4 StR 441/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Essen)**

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

**52. BGH 4 StR 454/03 – Beschluss vom 18. November 2003 (LG Dessau)**

Wirksame Rechtsmittelrücknahme durch den Wahlverteidiger (Ermächtigung im Rahmen der üblichen Strafprozessvollmacht).  
§ 302 Abs. 2 StPO

**53. BGH 4 StR 479/03 – Beschluss vom 25. November 2003 (LG Dortmund)**

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

**54. BGH 4 StR 471/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Hamburg)**

Räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Rechtsprechungsänderung; Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs).  
§ 316a StGB

**55. BGH 4 StR 485/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Stralsund)**

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

**56. BGH 5 StR 277/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Hof)**

Steuerliche Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung (Vermögensvorteil; nach dem Zeitpunkt des Zuflusses; Vorliegen auch bei Zufluss an Dritte).  
§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 EStG

**57. BGH 5 StR 327/03 – Urteil vom 13. November 2003 (LG Potsdam)**

Fahrlässige Tötung durch Gewährung von Ausgang (Psychiatrie; Unterbringung psychisch Kranker; Kausalität; condicio sine qua non; Unbeachtlichkeit hypothetischer Kausalverläufe; Pflichtwidrigkeitszusammenhang; Prüfung der Ursachenzusammenhangs; objektive Vorhersehbarkeit und Zurechnung); Bestimmung der Pflichtwidrigkeit bei der Gewährung von Ausgang (Gesetz als Maßstab; Beurteilungsspielraum).  
§ 222 StGB; Vor § 13 StGB; BbgPsychKG

**58. BGH 5 StR 380/03 – Beschluss vom 13. November 2003 (LG Braunschweig)**

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

**59. BGH 5 StR 458/03 – Beschluss vom 12. November 2003 (LG Göttingen)**

Klärende Feststellung der Wirksamkeit der Rücknahme der Revision durch förmliche Entscheidung des Rechtsmittelgerichts (Schriftlichkeit: handschriftliche Unterzeichnung eines eigenhändig geschriebenen Schrift-

stücks, Urheberschaft des Angeklagten; Unwiderruflichkeit trotz fehlender Erwartungen: Veranlassung durch die Justiz).

§ 302 Abs. 1 StPO

**60. BGH 5 StR 468/03 – Beschluss vom 12. November 2003 (LG Frankfurt)**

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

**61. BGH 5 StR 482/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Berlin)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Auswirkungen der Tat zum Nachteil des Angeklagten bei Verschulden).  
§ 46 Abs. 2 StGB

Auswirkungen der Tat dürfen zum Nachteil des Angeklagten nur insoweit berücksichtigt werden, als sie von diesem verschuldet sind (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tat Auswirkungen 1 und 5).

**62. BGH 2 BGs 315/2003 – Beschluss vom 15. Dezember 2003**

BGHR; Verteidigungsrecht (Laptop des Verteidigers in der Untersuchungshaft; freier Verkehr / Kontaktrecht; Gepflogenheiten; Einlasskontrolle); Beschränkungen in der Untersuchungshaft (Wirkung gegen Dritte; Besonderheiten beim Verteidiger).  
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 119 Abs. 3 StPO; § 148 StPO; § 137 StPO

**63. BVerfG 2 BVR 328/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Recht auf ein faires Verfahren; Tätigwerden der Strafverfolgungsbehörden (spätes Einschreiten: Berücksichtigung bei der Strafzumessung; Gründe der Prozessökonomie und der Ermittlungstaktik; Einschätzungen kriminalpolitischer Natur).  
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 152 Abs. 2 StPO

**64. BVerfG 2 BVQ 61/03 – Beschluss vom 19. November 2003 (2. Kammer des Zweiten Senats)**

Verfassungsbeschwerde; einstweilige Anordnung (vorläufige Regelung; keine Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen; keine Feststellung von Rechtsverletzungen); körperliche Unversehrtheit (Gefährdung der Gesundheit des Beschwerdeführers; Rauchverbot in JVA).  
§ 32 Abs. 1 BVerfGG; Art. 2 Abs. 1 GG

**65. BVerfG 2 BVR 666/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Unverletzlichkeit der Wohnung (Schutzbereich; Menschenwürde); Durchsuchungsanordnung (Konkretisierung des Durchsuchungsziels hinsichtlich der aufzufindenden Gegenstände; tatsächliche Angaben über die aufzuklärenden Straftaten; Angabe der Tatzeit; Messbarkeit und Kontrollierbarkeit des Grundrechtseingriffs).  
Art. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 1. HS GG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO.

**66. BVerfG 2 BVR 1107/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Bestimmtheitsgebot; Analogieverbot; Auslegung (Wortlautgrenze; kein Verbot der teleologischen, weiten Auslegung; Verwendung auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe; Vorhersehbarkeit der Strafandrohung); Strafv ereitelung; Verfall; Arrest.

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 258 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 111d StPO

**67. BVerfG 2 BVR 1247/01 / 2 BVR 1248/01 – Beschluss vom 26. November 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Verjährung von Straftaten, welche in der DDR begangen worden sind (DDR-Regierungskriminalität; SED-Unrecht; Alltagskriminalität); absolute Verjährungsfrist; Bestimmtheitsgrundsatz; allgemeiner Gleichbehandlungsgrundsatz (Notsituation der Justiz nach der Wiedervereinigung als sachlich vertretbarer Grund für eine Differenzierung); Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Verletzungsmaßstab; Begründung); BGH 5 StR 606/00: „Spezialkinderheim Erich Hartung“.

Art. 103 Abs. 1 und Abs. 2 GG, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 und Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 315 a EGStGB; § 78 c Abs. 3 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 2 StGB/DDR; § 150 Abs. 1 StGB/DDR; § 131 Abs. 1 StGB/DDR; § 82 Abs. 1 Nr. 2 StGB/DDR; § 82 Abs. 1 Nr. 3 StGB/DDR

**68. BVerfG 2 BVR 879/03 – Beschluss v. 1. Dezember 2003 (1. Kammer des Zweiten Senats)**

Auslieferung nach Peru; Auslieferungshaft; Verbot von Sondergerichten (keine Prüfung anhand von Art. 101 Abs. 1 GG; Wahrung völkerrechtlich verbindlicher Mindeststandards und der unabdingbaren Grundsätze der verfassungsrechtlichen Ordnung der Bundesrepublik Deutschland; gesetzlicher Richter; Begriff des Gerichts); Schutz von Ehe und Familie (kein Schutz vor Auslieferung; kein Anspruch auf deutschen Vollzugsbedingungen vergleichbaren Bedingungen im ausländischen Strafvollzug); Aufklärungspflicht des Gerichtes (Folter; menschenunwürdige Haftbedingungen); Prüfungskompetenz des BVerfG (Auslegung einfachen Rechts durch die Fachgerichtsbarkeit; Willkürverbot).

Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 10 Abs. 1 IRG; § 73 IRG; § 2 Abs. 1 IRG, § 3 Abs. 1 und 2 IRG; Código Penal de Peru (C.P.) art. 317; C.P. art. 25; C.P. art. 393; § 129 StGB; § 322 StGB, § 266 StGB und § 27 StGB

**69. BVerfG 2 BVR 1799/03 - Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung von Geschäftsräumen; Durchsuchungsanordnung (konkrete

Formulierung; Vermeidung formelhafter Wendungen; sachliche Überholung mit der Beschwerdeentscheidung); Willkürverbot.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO

Damit die Unverletzlichkeit der Wohnung und der ihr gleichzuachtenden Betriebs- und Geschäftsräume durch eine vorbeugende richterliche Kontrolle gewahrt werden kann, hat der Ermittlungsrichter die Durchsuchungsvoraussetzungen eigenverantwortlich zu prüfen. Erforderlich ist eine konkret formulierte, formelhafte Wendungen vermeidende Anordnung, die zugleich den Rahmen der Durchsuchung absteckt und eine Kontrolle durch ein Rechtsmittelgericht ermöglicht. Ein Verstoß gegen das Willkürverbot (Art. 3 Abs. 1 GG) liegt erst dann vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen.

**70. BVerfG 2 BVR 1661/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Prüfungskompetenz des BVerfG (Auslegung einfachen Gesetzesrechts durch die Fachgerichte; Willkürverbot); Freiheit der Person; Wahrheitserforschung (umfassende Aufklärung des Sachverhalts auch im Vollstreckungsverfahren); Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Prognoseentscheidung; selbständige Bewertung durch den Richter; keine Gewissheit zukünftiger Straffälligkeit).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, Art. 104 Abs. 1 und 2 GG; § 57 Abs. 1 StGB

**71. BVerfG 2 BVR 1745/03 / 2 BVR 1746/03 / 2 BVR 1827/03 / 2 BVR 1828/03 - Beschluss vom 10. November 2003 (2. Kammer des Zweiten Senats)**

Verfassungsbeschwerde (offensichtliche Unzulässigkeit und Unbegründetheit; vollkommene Aussichtslosigkeit); Subsidiaritätsgrundsatz; Missbrauchsgebühr.

§ 90 Abs. 2 BVerfGG; § 34 Abs. 2 BVerfGG

**72. BVerfG 2 BVR 1922/03 – Beschluss vom 4. Dezember 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats)**

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde; Verletzung der richterlichen Aufklärungspflicht; Freiheit der Person (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Unterbringung im Maßregelvollzug); Anforderungen an die gerichtliche Entscheidung (Vermeidung allgemeiner Wendungen; substantiierte Offenlegung der Bewertung ob eine vom Verurteilten ausgehende Gefahr den Freiheitsanspruch aufwiegt; Erwartung weiterer Taten; Bezugsetzung zwischen Dauer des Freiheitsentzuges und der möglichen Gefährdung der Allgemeinheit).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 67d Abs. 2 StGB