

Publikationen

Prof. Dr. *Susanne Walther* LL.M, Köln – **U.S. Supreme Court zum Konfrontationsrecht: Ohne Mitwirkung der Verteidigung kein Beweistransfer – also ein Meilenstein für die Beschuldigtenrechte?**

Wiss. Ass. *Karsten Gaede*, Zürich – **Verfassungswidrigkeit der gewerbsmäßigen bzw. bandenmäßigen Steuerhinterziehung (§ 370a AO)**

Die Ausgabe publiziert zudem eine Rezension.

Entscheidungen

U.S. S.Ct. *Crawford v. Washington* – **Neuansatz zur Bewahrung des Konfrontationsrechts**

EuGH *Fall Felix Kapper* – **Gegenseitige Anerkennung von Führerscheinen innerhalb der EU**

BGH **Fall „La Belle“ – Niedrige Beweggründe bei terroristischen Motiven**

BGH **Beweiswürdigung und Konfrontationsrecht bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts (§ 31 BtMG)**

BGH **Fortsetzung der Rechtsprechung zur „horizontalen“ Teilentscheidung in der Revision zugunsten des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung**

BGH **(Video-) Dokumentationspflicht bei Vernehmung einer schutzbedürftigen Zeugin im Ermittlungsverfahren**

BGH **Verfassungswidrigkeit des § 370a AO wegen Unbestimmtheit**

BGH **Zuständigkeit zur Feststellung einer wirksamen Rechtsmittelrücknahme**

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

Mit dieser Ausgabe werden insgesamt
61 Entscheidungen publiziert.

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:

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

5. Jahrgang, September 2004, Ausgabe

9

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

690. Supreme Court of the United States No. 02-9410 – Urteil vom 8. März 2004 (Crawford v. Washington)

Faires Verfahren (*due process of law*) und Konfrontationsrecht (Zeugenaussage in Form eines Testimoniums; Verwertungsverbot hinsichtlich unkonfrontierter Zeugenaussagen; Gegenverhör; Zeuge vom Hörensagen (*hearsay evidence*); Zeugnisverweigerungsrecht; Fragerecht); Verfassungsauslegung (historisch bewahrende Methode).

Constitution of the United States of 1787, Amendment 6, Amendment 14; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1. Wird die belastende Aussage eines Zeugen, die er in Form eines Testimoniums (förmlich und bewusst gegenüber dem Staat getroffene Aussage) gemacht hat (*testimonial statement*), in der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten verwertet, obwohl der Zeuge für ein Gegenverhör der Verteidigung nicht zur Verfügung steht und auch nicht zu einem früheren Zeitpunkt einem Gegenverhör unterzogen werden konnte, so verletzt dies das im 6. Zusatzartikel zur US-Verfassung verbürgte Recht des Angeklagten, mit den „gegen ihn auftretenden Zeugen konfrontiert zu werden“. Eine Verwertung derartiger Aussagen (*testimonial evidence*) als Beweismittel ist in der Hauptverhandlung nur zulässig, wenn der Zeuge unerreichbar ist und die Verteidigung eine frühere Gelegenheit zum Gegenverhör hatte.

2. Das Hauptübel, dem die Konfrontationsklausel des 6. Zusatzartikels zur US-Verfassung entgegneten will, besteht in der Verwendung inquisitorischer Ermittlungsvernehmungen als Beweismittel im Strafprozess gegen den Angeklagten. Hauptgegenstand der Klausel ist daher das Testimonium vom Hörensagen (*testimonial hearsay evidence*). Zeugenvernehmungen durch Strafverfolgungsbeamte gehören eindeutig zu dieser Art von Beweismitteln.

3. Die Konfrontationsklausel verlangt, dass die Zuverlässigkeit des Testimonialbeweises (*testimonial evidence*) in einer besonderen Weise geprüft wird: Durch Auf-die-Probe-Stellen im Feuer des Gegenverhörs. Dieses verfassungsrechtlich vorgeschriebene Prüfungsverfahren darf nicht durch ein richterliches Feststellungsverfahren ersetzt werden.

4. Die hiervon abweichenden, in der Entscheidung dieses Gerichtshofs im Fall *Ohio v. Roberts* (448 U.S. 56 [1980]) aufgestellten Grundsätze haben sich als ungeeignet erwiesen, um die von der Verfassung bezweckte Eindämmung richterlichen Ermessens zu gewährleisten.

5. Die Verfassung selbst schreibt das Verfahren zur Prüfung der Zuverlässigkeit des Testimonialbeweises (*testimonial evidence*) im Strafprozess vor. Weder dieser

Gerichtshof noch die Gerichte der Staaten haben die Befugnis, es durch ein anderes, nach eigenen Vorstellungen entwickeltes zu ersetzen.

691. EuGH C-476/01 – Urteil der fünften Kammer vom 29. April 2004 (AG Frankenthal; Fall Felix Kapper)

Gegenseitige Anerkennung der Führerscheine in der EU/EG (Wohnsitzerfordernis; Folgen des Entzugs oder der Aufhebung einer vorherigen Fahrerlaubnis; Anerkennung eines von einem anderen Mitgliedstaat neu ausgestellten Führerscheins; enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen insbesondere bei der Verwirklichung von Grundfreiheiten); Vorabentscheidungsverfahren (Zulässigkeit; grundsätzliche Beurteilung durch das vorliegende Gericht); Vertragsverletzungsverfahren und gegenseitige Anerkennung.

Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 91/439/EWG; Art. 1 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 lit. b, Art. 9 Richtlinie 91/439/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 über den Führerschein in der Fassung der Richtlinie 97/26/EG des Rates vom 2. Juni 1997; Art. 227 EGV; Art. 234 EGV; § 21 StVG

1. Artikel 1 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und Artikel 9 der Richtlinie 91/439/EWG

des Rates vom 29. Juli 1991 über den Führerschein in der Fassung der Richtlinie 97/26/EG des Rates vom 2. Juni 1997 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat einem von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerschein die Anerkennung nicht deshalb versagen darf, weil nach den ihm vorliegenden Informationen der Führerscheininhaber zum Zeitpunkt der Ausstellung des Führerscheins seinen ordentlichen Wohnsitz im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats und nicht im Hoheitsgebiet des ausstellenden Mitgliedstaats gehabt hat.

2. Artikel 1 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 8 Absatz 4 der Richtlinie 91/439 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat die Anerkennung der Gültigkeit eines von einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Führerscheins nicht deshalb ablehnen darf, weil im Hoheitsgebiet des erstgenannten Mitgliedstaats auf den Inhaber des Führerscheins eine Maßnahme des Entzugs oder der Aufhebung einer von diesem Staat erteilten Fahrerlaubnis angewendet wurde, wenn die zusammen mit dieser Maßnahme angeordnete Sperrfrist für die Neuerteilung der Fahrerlaubnis in diesem Mitgliedstaat abgelaufen war, bevor der Führerschein von dem anderen Mitgliedstaat ausgestellt worden ist.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

733. BGH 2 StR 82/04 - Urteil vom 30. Juni 2004 (LG Mühlhausen)

Notwehr; Erforderlichkeit der Notwehrhandlung (Schusswaffengebrauch); sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts (Zurückweichen).

§ 32 StGB; § 212 StGB

1. Nach notwehrrechtlichen Grundsätzen ist der Angegriffene berechtigt, dasjenige Abwehrmittel zu wählen, das eine sofortige und endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet. Unter mehreren Abwehrmöglichkeiten ist er auf die für den Angreifer minder einschneidende nur dann verwiesen, wenn ihm Zeit zur Auswahl sowie zur Abschätzung der Gefährlichkeit zur Verfügung steht und die für den Angreifer weniger gefährliche Abwehr geeignet ist, die Gefahr zweifelsfrei und sofort endgültig auszuräumen (st. Rspr.).

2. Das Gesetz verlangt von einem rechtswidrig Angegriffenen nur dann, dass er die Flucht ergreift oder auf andere Weise dem Angriff ausweicht, wenn besondere Umstände sein Notwehrrecht einschränken, beispielsweise wenn er selbst den Angriff leichtfertig oder vorsätzlich

provoziert hat. Etwas anderes gilt auch nicht für Polizeibeamte (vgl. BayObLG MDR 1991, 367).

692. BGH 1 StR 115/04 – Urteil vom 7. Juli 2004 (LG München)

Unerlaubte Abgabe und unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen); Verfall von Wertersatz und erweiterter Verfall (Erörterungsmangel; Überzeugungsbildung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 73a StGB; § 73d StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 261 StPO

Die Anordnung des erweiterten Verfalls scheidet aus, wenn bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit begründen, dass Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen; es dürfen allerdings an die Überzeugungsbildung keine überspannten Anforderungen gestellt werden (BGHSt 40, 371, 373).

731. BGH 2 StR 150/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Freiheitsberaubung und Raub (Spezialität; Konkurrenzen)

zen); einheitliche Jugendstrafe (Einbeziehung einer früheren Verurteilung); Bestimmtheit der Einziehungsanordnung (Bezeichnung der eingezogenen Gegenstände; Urteilsformel).

§ 239 StGB; § 249 StGB; § 31 JGG; § 74 StGB

1. Die einzuziehenden Gegenstände sind in der Urteilsformel so konkret zu bezeichnen, dass für die Beteiligten und die Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Um-

fang der Einziehung besteht (vgl. BGHR StGB § 74 Abs. 1 Urteilsformel 1).

2. Wird eine Freiheitsberaubung als tatbestandliches Gewaltmittel zur Begehung eines Raubs begangen, so kommt § 239 StGB als der gegenüber § 249 StGB allgemeinere Tatbestand nicht zur Anwendung (BGHR StGB § 239 Abs. 1 Konkurrenzen 8).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

727. BGH 5 StR 306/03 – Urteil vom 24. Juni 2004 (LG Berlin)

Mord (niedrige Beweggründe bei terroristischen Motiven; Fall „La Belle“; Bestimmung nach den Vorstellungen der deutschen Rechtsgemeinschaft); verbotene Vernehmungsmethoden (Täuschung; Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge); Beweis Antrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen (pflichtgemäßes Ermessen; Erreichbarkeit; Beweisantizipation); Abgrenzung von Beihilfe und Mittäterschaft; verminderte Schuldfähigkeit (Erheblichkeit als Rechtsfrage).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 136a StPO

1. Wer aus terroristischen Motiven gezielt an der politischen Auseinandersetzung unbeteiligte Dritte durch einen Sprengstoffanschlag tötet, handelt aus niedrigen Beweggründen (Sprengstoffanschlag auf die Berliner Diskothek „La Belle“ im Jahre 1986). (BGHSt)

2. Der Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes ist grundsätzlich den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt, zu entnehmen (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Niedrige Beweggründe 41; BGH NJW 2004, 1466 – zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt – m.w.N.). (Bearbeiter)

3. Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür sind der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (BGHSt 37, 289, 291; BGH StV 1998, 540 m.w.N.). In Grenzfällen hat der Bundesgerichtshof dem Tatrichter für die ihm obliegende Wertung einen Beurteilungsspiel-

raum eröffnet. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter die genannten Maßstäbe erkannt und den Sachverhalt vollständig gewürdigt hat, so kann das gefundene Ergebnis vom Revisionsgericht auch dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre (BGH StV 1998, 540 m.w.N.). (Bearbeiter)

4. Der Beschwerdeführer, der eine Verletzung des Verfahrensrechts geltend machen will, muss die den Mangel begründenden Tatsachen so vollständig und genau angeben, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Begründungsschrift prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt, wenn die behaupteten Tatsachen bewiesen werden (BGHSt 3, 213, 214; 21, 334, 340; 29, 203). (Bearbeiter)

693. BGH 1 StR 145/04 – Urteil vom 20. Juli 2004 (LG Kempten)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei offenem feindseligen Gegenübertreten; Ausnutzungsbeusstsein).

§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Wesentlich ist, dass der Mörder sein Opfer, das keinen Angriff erwartet, also arglos ist, in einer hilflosen Lage überrascht und dadurch daran hindert, dem Anschlag auf sein Leben zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren (BGHSt 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 2 m.w.Nachw.). Das Opfer muss gerade aufgrund seiner Arglosigkeit wehrlos sein (BGHSt 32, 382, 384). Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Opfer auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 15). Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.

2. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffe-

nen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NSTz 2003, 535).

702. BGH 4 StR 5/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Rostock)

Sexueller Missbrauch eines Jugendlichen (Entgelt bei einem Angebot zu einer späteren bezahlten Tätigkeit); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Gesamtwürdigung; verkehrsspezifischer Zusammenhang).

§ 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB; § 69 StGB

1. Entgelt im Sinne des § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung (§ 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB). Tatbestandsmäßig sind Vermögensvorteile jedweder Art. Für die Verwirklichung des Tatbestandes ist es ausreichend, dass sich Täter und Opfer vor oder spätestens während des sexuellen Kontakts darüber einig sind, dass der Vermögensvorteil die Gegenleistung für das Sexualverhalten des Jugendlichen sein soll. Auch das nur zur Täuschung des Jugendlichen die-

nende Angebot einer späteren Gage kann ein Entgelt darstellen.

2. Hierbei ist es unerheblich, ob die Vereinbarung rechtlich wirksam ist oder ob die Gegenleistung tatsächlich erbracht wird. Vielmehr genügt es, wenn der Jugendliche zur Duldung oder Vornahme der sexuellen Handlung durch die Entgeltvereinbarung wenigstens mitmotiviert wird, da er schon hierdurch die Erfahrung der Käuflichkeit sexueller Handlungen macht, die seine ungestörte sexuelle Entwicklung nachhaltig negativ beeinflussen kann (BGH NSTz 1995, 540; NJW 2000, 3726 f.).

3. Anders als bei der Begehung einer der in § 69 Abs. 2 StGB aufgeführten rechtswidrigen Taten begründet allein der Umstand, dass der Täter ein Kraftfahrzeug zur Begehung von Straftaten benutzt hat, nicht bereits eine Regelvermutung für seine charakterliche Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen; die Rechtsprechung verlangt deshalb in diesen Fällen regelmäßig eine nähere Begründung der Entscheidung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung (st. Rspr.; vgl. BGH NZV 2003, 46 und 199).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

736. BGH 2 StR 170/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Mühlhausen)

Konkurrenzen beim schwerem Raub und gefährlicher Körperverletzung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 250 StGB; § 224 StGB; § 55 StGB

Gelangt der Tatrichter bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung (§ 55 StGB), bei der er auch eine früher gebildete Gesamtstrafe aufzulösen hat, zu einer Verschärfung der aufgelösten Gesamtstrafe, die in der Zahl und Höhe der neu hinzutretenden Einzelstrafen sowie den sonstigen für die Bildung der Gesamtstrafe bestimmenden Faktoren keine ausreichende Erklärung findet, so hat er die Änderung des Bewertungsmaßstabes gegenüber der früheren Gesamtstrafenbildung anzusprechen und hierfür nachvollziehbare Gründe zu nennen.

748. BGH 4 StR 149/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Dortmund)

Bindungswirkung (Umfang; Teilrechtskraft); unzulässige Bezugnahme auf die Strafzumessungserwägungen eines aufgehobenen Urteils (Urteilsgründe; Strafzumessung).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 353 StPO; § 46 StGB

Der neu erkennende Tatrichter hat, selbst wenn er die Strafzumessung des früheren Urteils als zutreffend erachtet, selbständige und neue Erwägungen darüber anzustellen, welche Strafen für die jeweiligen Taten gerechtfertigt sind (vgl. BGHR StPO aaO; BGH NSTz-RR 1996, 266).

tigt sind (vgl. BGHR StPO aaO; BGH NSTz-RR 1996, 266).

745. BGH 2 StR 223/04 - Beschluss vom 14. Juli 2004 (LG Aachen)

Rücktrittsprivileg (Vorsatz; Tatbestandsverwirklichung); Strafzumessung.

§ 24 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

Ist der Täter strafbefreiend vom Versuch einer Tat zurückgetreten, so dürfen der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz sowie ausschließlich darauf bezogene Tatbestandsverwirklichungen nicht strafscharfend berücksichtigt werden (Rücktrittsprivileg; vgl. BGHSt 42, 43).

706. BGH 4 StR 210/04 – Beschluss vom 24. Juni 2004 (LG Fulda)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Ursachenzusammenhang und Symptomenzusammenhang; krankhafte Alkoholsucht).

§ 63 StGB

Die Anwendung des § 63 StGB setzt neben der positiven Feststellung der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) voraus, dass diese auf einem länger andauernden, nicht nur vorübergehenden geistigen Defekt beruht, das heißt mit diesem in einem ursächlichen und symptomati-

schen Zusammenhang steht (st. Rspr., vgl. BGHSt 34, 22, 27; BGH NStZ-RR 2003, 232). Nötig ist, dass die Tatbegehung durch den (nicht nur vorübergehenden) Zustand ausgelöst oder doch mitausgelöst worden ist und

dass auch die für die Zukunft zu erwartenden Taten sich als Folgewirkung dieses Zustandes darstellen (BGH NStZ 1991, 528; BGH NJW 1998, 2986, 2987).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

713. BGH 5 StR 71/04 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Frankfurt)

Beweiswürdigung bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts (Glaubwürdigkeitsbeurteilung; Aufklärungserfolg nach § 31 BtMG; Belastungszeuge; Verfahrensabsprachen; Darlegungspflichten); Konfrontationsrecht (Prüfung der Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; Gesamtbetrachtung); Beweisanspruchsrecht (Unerreichbarkeit; mögliche Videovernehmung im Ausland; Unzulässigkeit einer entsprechenden Verfahrensrüge).

§ 261 StPO; § 31 BtMG; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 69 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 55 StPO

1. Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist es regelmäßig ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob sich der Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG entlasten wollte; für diesen Fall besteht nämlich die nicht fernliegende Gefahr, dass der „Aufklärungsgehilfe“, der sich durch seine Aussage Vorteile verspricht, den Nichtgeständigen zu Unrecht belastet (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 245).

2. Ist ein geständiger Mitbeschuldigter, auf dessen belastende Aussage die Überführung des Angeklagten entscheidend gestützt wird, bereits wegen seiner Beteiligung an derselben Betäubungsmitteltat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung deshalb erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafmilderung als Aufklärungsgehilfe verdient hat oder nicht. Im Anschluss daran hat der Tatrichter zu würdigen, ob sich der geständige Mitbeschuldigte nicht nur durch die wahrheitsgemäße Belastung eines anderen eigene Vorteile verschafft hat, sondern sich möglicherweise darüber hinaus in bedenklicher Weise zu Lasten des nicht geständigen Angeklagten eingelassen haben kann, so durch übertriebene Darstellung von dessen Tatbeteiligung – etwa zur partiellen eigenen Entlastung oder zu der eines weiteren Tatbeteiligten – oder durch andere wahrheitswidrige Bekundungen – etwa auch zur Vertuschung der Beteiligung eines Dritten. Fehlen Darlegungen hierzu in den Urteilsgründen, so kann dies als durchgreifender Erörterungsmangel ein sachlichrechtlicher Fehler sein (vgl. auch BGHSt 48, 161, 168).

3. Kann der Angeklagte sein durch Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK garantiertes Recht, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, nicht ausüben, weil diesem ein weitgehendes oder umfassendes Auskunfts-

verweigerungsrecht zugestanden wird, muss dieser Umstand schon deshalb bei der Beweiswürdigung hinreichend bedacht werden, weil die durch Vernehmung der Verhörsperson eingeführte Aussage bei Fehlen eines kontradiktorischen Verhörs (§ 69 Abs. 2 StPO) nur beschränkt hinterfragt und vervollständigt werden kann (vgl. BGHSt 46, 93, 106).

4. Ein Zeuge kann auch dann erreichbar sein, wenn er im Ausland im Wege der Videokonferenz nach § 247a StPO aus der Hauptverhandlung heraus mittels einer zeitgleichen Bild-Ton-Übertragung vernommen werden kann (BGHSt 45, 188, 190).

699. BGH 4 StR 155/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Essen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens; horizontale Teilentscheidung der Revision); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfahren); Freiheit der Person.

§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

Eine „horizontale“, d.h. denselben Prozessgegenstand betreffende Teilentscheidung des Revisionsgerichts ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn (a) der rechtskräftige ebenso wie der nichtrechtskräftige Urteilsteil von dem übrigen Urteilsinhalt losgelöst, selbständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann und (b) schwerwiegende Interessen des Revisionsführers ein Abweichen von der gesetzlichen Regel einer einheitlichen Revisionsentscheidung (§§ 353, 354 StPO) gebieten. Eine Inhaftierung ist dabei nicht zwingende Voraussetzung einer ausnahmsweisen Teilentscheidung.

700. BGH 4 StR 175/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Detmold)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens; horizontale Teilentscheidung der Revision); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfahren); Freiheit der Person.

§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

Eine „horizontale“, d.h. denselben Prozessgegenstand betreffende Teilentscheidung des Revisionsgerichts ist ausnahmsweise dann zulässig, wenn (a) der rechtskräftige ebenso wie der nichtrechtskräftige Urteilsteil von dem übrigen Urteilsinhalt losgelöst, selbständig geprüft und rechtlich beurteilt werden kann und (b) schwerwiegende Interessen des Revisionsführers ein Abweichen von der gesetzlichen Regel einer einheitlichen Revisionsentscheidung (§§ 353, 354 StPO) gebieten. Eine Inhaftierung ist dabei nicht zwingende Voraussetzung einer ausnahmsweisen Teilentscheidung.

722. BGH 5 StR 241/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Augsburg)

Verfahrensabtrennung zur Verwirklichung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (horizontales Teilurteil; Entscheidungsreife; Vorlage an den EuGH; Einholung von Rechtsauskünften bei Eurojust zur möglichen Verfahrenseinstellung wegen des ne bis in idem gemäß Art. 54 SDÜ).

Art. 54 SDÜ; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 35 EUV; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 353 StPO; § 354 StPO

Ein zur Beurteilung des Vorliegens eines aus Art. 54 SDÜ folgenden Verfahrenshindernisses erforderlicher weiterer tatsächlicher Aufklärungsbedarf sowie eine nicht fernliegende Notwendigkeit einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften bringen eine unvorhersehbar lange Verzögerung des Verfahrens mit sich, bei der es die aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK und dem Rechtsstaatsgebot folgende Pflicht zur Beschleunigung des Verfahrens, zumal in einer Haftsache, gebieten kann, ungeachtet der einer Abtrennung entgegenstehenden prozessökonomischen Erwägungen über die bereits entscheidungsreifen Teile vorab zu entscheiden (vgl. BGH wistra 2000, 219, 226 f.).

696. BGH 1 StR 273/04 – Beschluss vom 8. Juli 2004 (LG Mannheim)

Gebotene Videoaufzeichnung der Vernehmung einer schutzbedürftigen Zeugin im Ermittlungsverfahren (Dokumentationspflicht; Opferschutz bei schwerwiegenden Sexualstraftaten).

Art. 3 EMRK; § 58a Abs. 1 Satz 2 StPO

Wird wegen des Verdachts ermittelt, ein Kind sei Opfer schwerwiegender Sexualstraftaten geworden, so begründet die „Sollvorschrift“ des § 58a Abs. 1 Satz 2 StPO eine grundsätzliche Verpflichtung der Ermittlungsbehörden, die Aussagen des Kindes aufzuzeichnen.

707. BGH 4 StR 249/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Kaiserslautern)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts (wirksame Rechtsmittelrücknahme: Feststellung durch das Revisionsgericht, Zuständigkeit, Antrag nach § 346 Abs. 2 StPO analog; erfolglose Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

§ 346 StPO; § 302 StPO

1. Wird die Wirksamkeit einer Revisionsrücknahme von einem Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen, so ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Sache des Revisionsgerichts, hierüber eine feststellende Klärung zu treffen (vgl. nur BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 8 m.w.N.; BGH NSStZ 2001, 104)

2. Der Senat lässt es dahin stehen, ob bis zum Eingang der Akten beim Rechtsmittelgericht die Zuständigkeit des iudex a quo gegeben ist, wenn von einem Verfahrensbeteiligten die Wirksamkeit der Rücknahme bereits in Zweifel gezogen worden war. Jedenfalls ist nach einer Entscheidung durch den iudex a quo und bei Fortbestehen des Streites das Rechtsmittelgericht zur abschließenden Entscheidung über die Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme berufen.

3. Ob eine solche Entscheidung im Revisionsverfahren in analoger Anwendung des § 346 Abs. 2 StPO einen entsprechenden (fristgebundenen) Antrag voraussetzt oder aber die Entscheidung des Revisionsgerichts formlos und ohne Einhaltung einer Frist herbeigeführt werden kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

4. Die Rücknahme kann durch ein eigenes Schreiben des Angeklagten erfolgen, da für die Rücknahme eines Rechtsmittels dieselben Formerfordernisse gelten wie für dessen Einlegung (vgl. BGH NSStZ-RR 2000, 305).

747. BGH 2 StR 491/03 - Urteil vom 23. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme; unerreichbarer Zeuge (Schizophrenie; fehlende Aussagebereitschaft; unbekannter Aufenthalt; Bedeutung des Zeugen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz); Aufklärungspflicht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 250 StPO; § 251 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

Die Aufklärungspflicht gebietet nicht unterschiedslos aufwendige Ermittlungsmaßnahmen sowie gegebenenfalls eine Unterbrechung oder gar Aussetzung der Hauptverhandlung, um einen nur möglicherweise erreichbaren Zeugen hören zu können. Bei der dem Tatrichter obliegenden Abwägung ist zum einen das Maß konkreter Wahrscheinlichkeit zu berücksichtigen, dass der Zeuge für eine Ladung erreichbar sein könne, zum anderen die Bedeutung seiner Aussage. Insoweit darf auch berücksichtigt werden, wenn eine - wengleich mit geringerem Beweiswert zu würdigende - Aussage des Zeugen vor der Polizei oder dem Richter bereits vorliegt.

732. BGH 2 StR 37/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Hanau)

Zwingende Zustellung des Adhäsionsantrags an den Beschuldigten; Prüfung der Wirksamkeit des Adhäsionsantrages von Amts wegen.

§ 404 StPO; § 253 ZPO

1. Der Adhäsionsantrag gem. § 404 StPO muss dem Beschuldigten ebenso wie gem. § 253 ZPO ein Klageantrag im Zivilprozess zwingend zugestellt werden, wenn er nicht in mündlicher Verhandlung gestellt wird.

2. Das Vorliegen eines wirksamen Adhäsionsantrags ist von Amts wegen zu prüfen.

719. BGH 5 StR 207/04 (alt: 5 StR 75/01 und 5 StR 357/02) – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Neuruppin)

Unzulässigkeit der Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen; Besetzungsrüge); anderer Spruchkörper im Sinne des § 354 Abs. 2 StPO.

§ 354 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Der Senat neigt der Auffassung zu, dass im Falle wiederholter Aufhebung einer Sache durch das Revisionsgericht „anderer“ Spruchkörper im Sinne des § 354 Abs. 2 StPO ein solcher ist, der sich in seiner Bezeichnung von sämtlichen bislang in dieser Sache tätigen Spruchkörpern zu unterscheiden hat.

694. BGH 1 StR 145/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Kempten)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Anwendungsbereich; Verlesung von Protokollen über Atemalkoholtests).

§ 249 Abs. 1 StPO; § 250 Satz 1 StPO

Für die Anwendung des § 250 StPO ist entscheidend,

dass es sich um den Beweis eines Vorgangs handelt, dessen wahrheitsgemäße Wiedergabe nur durch eine Person möglich ist, welche ihn mit einem oder mehreren ihrer fünf Sinne wahrgenommen hat. Daran fehlt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs z.B. bei der maschinellen Herstellung von kaufmännischen Buchungstreifen (vgl. BGHSt 15, 253, 255), bei den Niederschriften über Tonbandaufzeichnungen (vgl. BGHSt 27, 135, 137) und bei EDV-Ausdrucken (vgl. BGH, Urteil vom 30. Januar 2001 - 1 StR 454/00). Dasselbe gilt für das von einem Testgerät ausgedruckte Protokoll über das Ergebnis einer Atemalkoholmessung.

698. BGH 4 StR 120/04 – Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Neubrandenburg)

Beweiswürdigung (sexueller Missbrauch; Widerspruch von schriftlichem Glaubwürdigkeitsgutachten und dem mündlich erstatteten Gutachten).

§ 261 StPO

Widerspricht das mündlich erstattete Gutachten aber dem vorbereitenden Gutachten in entscheidenden Punkten, so muss sich das Gericht mit diesen Widersprüchen in seinem Urteil auseinandersetzen und nachvollziehbar darlegen, warum es das eine Ergebnis für zutreffend, das andere (im vorbereitenden Gutachten) für unzutreffend erachtet. Die Widersprüche müssen eine Erklärung und Lösung finden, die Zweifel an der Richtigkeit des angenommenen Ergebnisses beseitigt (BGH NStZ 1990, 244, 245).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

714. BGH 5 StR 85/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Wuppertal)

Verfassungswidrigkeit der gewerbsmäßigen Steuerhinterziehung (Merkmal „in großem Ausmaß“; Einstellung nach § 154a StPO) wegen Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz); Gesetzesbindung des Richters und Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG (Einstellung nach § 154a StPO; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; Art. 7 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370a Satz 1 Nr. 1 AO; § 154a StPO

1. Einzelfall der Beschränkung der Verfolgung wegen gewerbsmäßiger Steuerhinterziehung nach § 154a Abs. 1 und 2 StPO infolge erheblicher verfassungsrechtlicher Bedenken gegen § 370a AO.

2. Es ist nicht ersichtlich, wie der Verbrechenstatbestand des § 370a AO verfassungskonform ausgelegt werden kann.

3. Das Verbrechenmerkmal der Steuerverkürzung „in großem Ausmaß“ erscheint unter Bedacht auf Art. 103

Abs. 2 GG nicht ausreichend bestimmt. Es ist nicht ersichtlich, wie der Normadressat durch Auslegung Tragweite und Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes ermitteln und konkretisieren soll.

4. Eine Strafnorm muss umso präziser sein, je schwerer die angedrohte Strafe ist (BVerfGE 105, 135, 155 f.). Die Nachbesserung eines unbestimmten Gesetzes ist dem Strafrichter versagt (BVerfGE 105, 135, 153).

738. BGH 2 StR 187/04 - Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Einfuhr von Betäubungsmitteln (tatsächliche Verfügungsmacht, Aushändigung von Transitgepäck); Betäubungsmittelkurier; Darlegung.

§ 30 BtMG; § 267 StPO

In Fällen der Zwischenlandung eines Betäubungsmittel-Kuriers im Inland setzt die Verurteilung wegen vollendeter Einfuhr voraus, dass der Täter während der Dauer des Aufenthalts im Inland eine tatsächliche Verfügungsmacht an dem Rauschgift innehat oder ohne Schwierigkeiten erlangen kann (vgl. BGHSt 31, 374, 376 m. w. N.; st. Rspr.). Dazu muss der Tatrichter die Verfügungsmög-

lichkeit des Kuriers in jedem Einzelfall aufgrund einer fehlerfreien Beweiswürdigung konkret feststellen (Se-

natsbeschluss vom 25. Juli 2002 - 2 StR 259/02 = NStZ 2003, 92).

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

U.S. Supreme Court zum Konfrontationsrecht: Ohne Mitwirkung der Verteidigung kein Beweistransfer – also ein Meilenstein für die Beschuldigtenrechte?

Zur Entscheidung *Crawford v. Washington*, No. 02-9410 v. 8. März 2004, 74 CrL 412 (2004) = HRRS 2004 Nr. 690 (in diesem Heft)

Von Prof. Dr. **Susanne Walther LL.M.**, Köln

I. Einführung

Im Zuge der in Europa voranschreitenden Konstitutionalisierung des Strafprozeßrechts stellt sich unter anderem die Frage nach Bedeutung und praktischer Reichweite des Grundrechts des Beschuldigten auf Konfrontation von Belastungszeugen, das nach der Rechtsprechung des EuGHMR wie auch des Bundesgerichtshofs als Ausfluß der Fair-Trial-Garantie gesehen wird (Art. 6 I, III d EMRK), und wie dieses im jeweiligen Verfahrenssystem umzusetzen ist.¹ Ein bislang noch ganz unterbelichtetes Zentralthema ist hierbei, welchen Zwecken eigentlich ein derartiges subjektives Verteidigungsgrundrecht neben dem objektiven, auf Wahrheitsfindung ausgerichteten Beweisrecht dienen soll.

Bezüglich des Strafverfahrenssystems in Deutschland betrifft dies jenen Themenkreis, der mit dem Begriff des „Unmittelbarkeitsgrundsatzes“ des § 250 S. 2 StPO angesprochen ist und in der aktuellen Diskussion besonders unter dem Stichwort „Beweismitteltransfer in die Hauptverhandlung“ für Furore sorgt.² Welches Verhältnis be-

steht zwischen „Konfrontationsrecht“ und „Unmittelbarkeitsgrundsatz“? Besonders gespannt darf man angesichts dieser bislang offenen Zentralfrage sein, wenn ein ausländischer oberster Gerichtshof in einer Grundsatzentscheidung zu diesem Thema Stellung bezieht. Dies gilt insbesondere wenn es sich um den U.S. Supreme Court handelt: Denn schließlich gehört in den Vereinigten Staaten von Amerika das Recht, mit den Belastungszeugen „konfrontiert“ zu werden, zu den von historischer Stunde an im Grundrechtekatalog der Verfassung verankerten Verteidigungsrechten im Strafprozeß (6. Zusatzartikel, 1798/1791).³

Die jüngste Entscheidung des U.S. Supreme Court im Fall *Crawford v. Washington* verdient indessen nicht nur deshalb unsere Aufmerksamkeit, weil sie sich als Grundsatzentscheidung, ja Wendemarke ausweist, indem sie ein wichtiges Präzedenz, das kaum ein Vierteljahrhundert alt ist⁴, für überholt erklärt. Vielmehr thematisiert die von Richter *Scalia* formulierte *opinion of the Court* darüber hinaus historische Vergleiche zwischen den Traditionen des *common law* und denen des *civil law*, die ungewöhnlich tief greifen. Im Folgenden will ich die Entscheidung des U.S. Supreme Court vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtslage erläutern (II.). Daran schließt sich eine Skizze zur praktischen Bedeutung der Entscheidung an (III.), sowie ein Fazit aus rechtsvergleichender Perspektive (IV.).

II. Von *Ohio v. Roberts* (1980) zu *Crawford v. Washington* (2004)

1. Ausgangsfall und bisherige Rechtslage

a) Dem Beschwerdeführer (*Crawford*) war im Staat Washington der Prozeß wegen Körperverletzung und Mord gemacht worden. Gegen die Behauptung des Angeklagten, er habe in Notwehr gehandelt, ließ das Gericht auf Antrag der Staatsanwaltschaft eine Aufzeichnung der polizeilichen Vernehmung von *Sylvia*, der Ehefrau des Angeklagten, als Beweismittel zu. *Sylvia* selbst trat in der Hauptverhandlung nicht als Zeugin auf, und zwar aufgrund des von *Crawford* in Anspruch genommenen Eheprivilegs (*marital privilege*)⁵. Der *State Supreme Court*

¹ Aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung siehe BGHSt. 45, 188 und St. 46, 93; näher zur Rechtsprechung des EuGHMR zu Art. 6 I, III d EMRK z.B. *Schleiminger*, Konfrontation im Strafprozeß (2000). Vgl. auch *Walther*, GA 2003, 204 ff.

² Damit beschäftigen sich auch die Verhandlungen des diesjährigen Deutschen Juristentages in Bonn, siehe *Satzger*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag (2004), C 38 ff., C 47 ff. Einen durch eine Neufassung insbesondere von § 251 und § 254 StPO wesentlich erleichterten Beweistransfer sieht der von SPD-/Grünen-Fraktion und BMJ im Februar 2004 vorgelegte „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ (im folgenden: DE-StPO) vor. - Speziell zu aktuellen Rechtsfragen des Beweistransfers auf der Grundlage von § 255a Abs. 2 StPO z.B. *Rieß*, StraFo 1999, 1 ff.; *Schünemann*, StV 1998, 391 ff., 399 ff.; zur neuesten BGH-Rechtsprechung z.B. *Vogel/Norouzi*, JR 2004, 215 ff.; *Walther*, JZ 2004, — (Jahresende).

³ Voller Text siehe unter IV.

⁴ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

⁵ Es handelt sich hierbei um ein Privileg, das dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht und dem Beschuldigten ein Zeugnisblockierungsrecht verleiht; letzteres bedeutet, daß ein Ehegatte im Prozeß gegen den Beschuldigten nicht ohne dessen Einverständnis als Zeuge aussagen kann. Zur Rechtsgeschichte

von Washington billigte dieses Verfahren; der Gerichtshof meinte, die Aussage sei vom Instanzgericht zutreffend als „zuverlässig“ beurteilt worden. Nach der Rechtslage im Staat Washington blockiert das Eheprivileg nicht die Möglichkeit, frühere Äußerungen (*out-of-court statements*) des Zeugen-Ehegatten im Prozeß als Beweismittel einzuführen. Und die Interpretation des Begriffs „frühere Äußerung“ umfaßte – bislang – auch solche, die eine Beweisperson im Rahmen einer förmlichen *Vernehmung* machte; also die *Zeugenaussage* im engeren Sinne. Voraussetzung für die Einführung einer derartigen Vernehmungsaufzeichnung ist – neben der Unerreichbarkeit des Zeugen in der Hauptverhandlung – allerdings, daß die Verteidigung wenigstens zum Zeitpunkt *der Vernehmung* eine Möglichkeit zum Kreuzverhör hatte⁶ (was nur bei der gerichtlichen Voranhörung – *preliminary hearing* – oder bei der Beweissicherungsvernehmung – *deposition* –, nicht aber bei polizeilichen Vernehmungen vorgesehen ist).

Dieses Prinzip galt bislang allerdings nicht absolut, vielmehr waren gewisse Durchbrechungen möglich. Auf der Grundlage der Leitentscheidung des U.S. Supreme Court in *Ohio v. Roberts* aus dem Jahr 1980 galt dafür die Tatbestandsformel, es müßten „angemessene Zuverlässigkeitsindizien“ vorliegen (*adequate indicia of reliability*), was entweder dann der Fall sei, wenn das Beweismittel unter eine „fest verwurzelte Hörensagen-Ausnahme“ (*firmly rooted hearsay exception*) falle oder aber (sonstige) „spezifische Garantienmerkmale für Vertrauenswürdigkeit“ aufweise (*bears particularized guarantees of trustworthiness*).⁷ Sowohl das Instanzgericht als auch der oberste Gerichtshof im Staat Washington (*Washington Supreme Court*) sahen diesen Zuverlässigkeitstest als erfüllt an, allerdings in unterschiedlicher Weise; die Appellationsinstanz (*Washington Court of Appeals*) hatte hingegen die Auffassung vertreten, die Aussage von *Sylvia* als Beweismittel bestehe den *Roberts*-Test für Zuverlässigkeit nicht und ihre Verwertung in der Hauptverhandlung sei rechtswidrig gewesen.

b) Die vom U.S. Supreme Court in *Ohio v. Roberts* von 1980 entwickelte Konzeption war im amerikanischen Schrifttum seit jeher kritisiert worden. In dogmatischer Hinsicht wurde es als unbefriedigend angesehen, daß eine Verzahnung von (subjektivem) Konfrontationsrecht und (objektivem) Beweisrecht (Doktrin vom Hörensagen-Beweis, Unmittelbarkeit) herbeigeführt worden war, die in vielerlei Hinsicht neue Fragen aufwarf. Und in praktischer Hinsicht drängten sich alsbald Zweifel auf, ob die Instanz- und Appellationsgerichte in der Lage sein

und den heute auf Bundes- und Staatenebene existierenden Varianten siehe *McCormick on Evidence* (5th Ed. 1999), § 66.

⁶ Bei *Erreichbarkeit* des Zeugen in der Hauptverhandlung genügt es, daß die Verteidigung diesen jetzt befragen kann; eine mögliche Verschlechterung der Verteidigungsposition bei dieser späteren Gelegenheit zum Gegenverhör führt nicht zu einem Verstoß gegen die *Confrontation Clause*. Dazu die Entscheidung des U.S. Supreme Court in *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970).

⁷ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

würden, anhand der *Roberts*-Kriterien ausreichende Rechtsklarheit und Rechtssicherheit herzustellen. Ein zentraler Schwachpunkt bestand in den ungelösten Rätseln darüber, welche Hörensagen-Ausnahmen überhaupt als „fest anerkannt“ gelten konnten und welche nicht, bzw. auf welche Weise dies festgestellt werden sollte.

2. Die Crawford-Entscheidung

In der neuesten Entscheidung des U.S. Supreme Courts verwirft der Gerichtshof die *Roberts*-Konzeption. Die Begründung erinnert an ein Vexierbild: Auf den ersten Blick scheint es sich um eine Entflechtung von subjektivem Konfrontationsrecht und objektivem Beweisrecht zu handeln. Es könnte sich aber auch – beschränkt auf einen wichtigen Teilbereich – um eine Verschmelzung handeln: Die Hochstilisierung eines subjektiven Beschuldigtenrechts zum objektiven Verfassungsprinzip.

a) In dem Mehrheitsvotum in *Crawford v. Washington* (2004) bricht Richter *Scalia* eine Lanze für das in allen Strafprozessen geltende Grundrecht des Angeklagten „to be confronted with the witnesses against him“, das er als „fundamentale Verfahrensgarantie“ mit Geltung sowohl vor Bundes- als auch Staatengerichten bezeichnet.⁸ Er greift in geradezu religiöser Diktion auf die historische Entwicklung seit der römischen Antike zurück. Die Entstehungsgründe des Konfrontationsrechts sollen auf einen ganz speziellen Typus des außerhalb der Hauptverhandlung erhobenen Personalbeweises verweisen, eben jenen, um den es im Ausgangsfall ging: Die Zeugenaussage im engeren Sinne, den Testimonialbeweis, der im Wege eines Vernehmungsverfahrens erzeugt wird (*testimonial evidence*). *Scalia* ruft die dunklen Seiten der englischen Strafverfahrensgeschichte des 16. und 17. Jahrhunderts, aber auch der amerikanischen Kolonialzeit des frühen 18. Jahrhunderts in Erinnerung; die englische Krone bediente sich damals in Strafsachen berüchtigter „kontinentaler Verfahrensweisen“. Diese ermöglichten die inquisitorische, für den Beweistransfer vorgesehene Herstellung von Zeugenaussagen im Ermittlungsverfahren (Vernehmungsprotokolle, beeidete schriftliche Erklärungen), wodurch sich die Krone vor allem in Prozessen von politischer Bedeutung eine günstige Anklägerposition verschaffen konnte.⁹ Es fehlt auch nicht das berühmte Beispiel des Hochverratsprozesses gegen Sir Walter Raleigh im England des Jahres 1603: Der Hauptbelastungszeuge Lord Cobham – der zugleich als mutmaßlicher Komplize beschuldigt war –, erschien nicht persönlich vor Gericht, vielmehr wurden seine Aussagen und Erklärungen, die er gegenüber einem Untersuchungsausschuß bzw. per Brief gemacht hatte, im Prozeß verlesen. Raleighs Proteste gegen das „spanischen Inquisitions gleichende“ Verfahren und seine Forderung, ihm

⁸ Zum folgenden siehe Abschnitt II. der Entscheidungsgründe.

⁹ Zu den vor allem im 17. Jahrhundert lauter gewordenen Protesten gegen die Verwendung mündlicher wie schriftlicher Beweise „vom Hörensagen“, und die Querverbindungen zwischen *hearsay*-Problematik und Konfrontation in Gestalt der Gelegenheit der Verteidigung zum Gegenverhör siehe z.B. *McCormick on Evidence* (5th Ed. 1999), §§ 244, 245.

seinen „Ankläger“ gegenüberzustellen, blieben ungehört. Er wurde zum Tode verurteilt und alsbald hingerichtet; und dies, obwohl Cobham noch vor der Urteilsvollstreckung seine Aussage widerrufen hatte.¹⁰

b) Diesen historischen Hintergrund nimmt *Scalia* als Beweis für die These, das „Hauptübel“, das die Verfassungsgründer mit der Verankerung der *Confrontation Clause* bekämpfen wollten, sei die Anwendung eines „civil-law-Modus“ im Strafverfahren. Gemeint ist die *ex parte*-Vernehmung von Zeugen im Ermittlungsverfahren zum Zwecke der Herstellung von Aussagen, die durch Protokollverlesung in die spätere Hauptverhandlung eingeführt werden.¹¹ Das Konfrontationsrecht könne vor diesem Hintergrund nicht etwa beschränkt sein auf den Zeugenbeweis im formalen Sinne, also den im Gericht auftretenden Zeugen. Und die Reichweite der *Confrontation Clause* des 6. Verfassungszusatzes könne nicht vom Stande des Beweisrechts abhängen. Das Mehrheitsvotum verwirft also, soweit es um das Verhältnis von (subjektivem) Konfrontationsrecht und (objektivem) Beweisrecht geht, den von *Roberts* (1980) eingeschlagenen Mittelweg und kehrt im Ausgangspunkt zu einem Differenzkonzept zurück, wie es in der früheren Leitentscheidung *California v. Green* (1970) noch vorgeherrscht hatte.¹² Allerdings könnte die so gewonnene Bekräftigung der *Confrontation Clause* bei Vorliegen von *testimonial evidence* künftig einen nicht unerheblichen Preis haben, worauf etliche *obiter dicta* hindeuten: Daß nämlich der Bereich des *nontestimonial hearsay* – also frühere Äußerungen eines Zeugen, die nicht als „Testimonium“ zu betrachten sind – aus dem Schutzbereich des Konfrontationsrechts ganz herausfällt.¹³

c) Unmittelbar entscheidungsrelevant war indessen (nur) die Frage, unter welchen Voraussetzungen außergerichtliche Zeugenaussagen im engeren Sinne des Testimonialbeweises (*testimonial evidence*) durch Verlesung von Protokollen bzw. Vorführung von technischen Aufzeichnungen (*records*) oder auf andere indirekte Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. In dieser Frage gibt sich der Oberste Gerichtshof nun kompromißlos: Eine derartige Beweisführung setze zwingend voraus, daß (i) der Zeuge in der Hauptverhandlung unerreichbar ist und (ii) der Beschuldigte eine frühere Gelegenheit zur Durchführung eines Gegenverhörs hatte (*cross-examination*).

In dem Motiv, genau dies als historisch begründete, ja unveränderliche Verfahrensgarantie für den Umgang mit

Testimonialbeweisen abzusichern, sieht das Mehrheitsvotum den Hauptzweck der *Confrontation Clause* des 6. Amendments. Die Verfassung selbst sehe für Testimonialbeweise eine unverrückbare Form der Zuverlässigkeitsüberprüfung vor, und zwar in Gestalt eines bestimmten Verfahrens: durch Gegenverhör. Jedes materielle, von einem Richter zu handhabende Konzept von „Zuverlässigkeit“ bleibe hingegen amorph, ja subjektiv:

„Admitting statements deemed reliable by a judge is fundamentally at odds with the right of confrontation. To be sure, the Clause’s ultimate goal is to ensure reliability of evidence, but it is a procedural rather than a substantive guarantee. It commands, not that evidence be reliable, but that reliability be assessed in a particular manner: by testing in the crucible of cross-examination. The Clause thus reflects a judgment, not only about the desirability of reliable evidence (a point on which there could be little dissent), but about how reliability can best be determined.“¹⁴

Die von *Scalia* angeführte Reihe an Beispielen aus der Praxis der Appellationsgerichte vermittelt in der Tat einen plastischen Eindruck davon, daß sich auf der Grundlage des *Roberts*-Tests haarsträubender Wildwuchs, ja Willkür in der Rechtsprechung der einzelstaatlichen Obergerichte entwickelt hat.¹⁵ Die Vorhersage der Kritiker, die in *Roberts* aufgestellten Grundsätze würden zu einer „unberechenbaren und inkonsistenten“ Praxis führen, gilt der Gerichtsmehrheit angesichts einer langen Reihe einschlägiger Beispiele als erwiesen. Ein besonders neuralgischer Punkt ist dabei die im amerikanischen Strafprozeßrecht notorische Verwertung belastender Äußerungen von Tatkomplizen; ob diese Praxis, die bislang auch Vernehmungsaussagen umfaßte, wirklich durch eine anerkannte „hearsay exception“ legitimiert werden und vor *Roberts* Bestand haben kann, war nach moderner Auffassung stets umstritten.¹⁶ Das Bemühen, vor allem diese Praxis abzustellen, zumal jüngst offenbar geworden ist, daß die Strafverfolgungsbehörden sich gerne und systematisch die gerichtlichen Anhörungstermine im Abspracheverfahren für Prozesse gegen andere Beschuldigte zunutze machen¹⁷, dürfte ein maßgeblicher Grund für die ungewöhnlich breite Stimmenmehrheit sein, die *Scalias* Votum innerhalb des Gerichtshofs gefunden hat.¹⁸ Schließlich wies ja auch der Sachverhalt des Ausgangsfalles Elemente einer Komplizen-

¹⁴ Entscheidungsgründe V.A.

¹⁵ Entscheidungsgründe V.B.

¹⁶ Instrukтив dazu aus der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999); aus dem Schrifttum *McCormick on Evidence* (5th Ed. 1999), §§ 316 ff.

¹⁷ Siehe dazu Entscheidungsgründe V.B.

¹⁸ Das Mehrheitsvotum beklagt ausdrücklich, daß die in der Entscheidung *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (137) (1999) von mehreren Richtern des U.S. Supreme Court vertretene Auffassung, Geständnisse von Komplizen dürften wohl nach dem *Roberts*-Test nicht ohne Konfrontationsmöglichkeit verwertet werden, bei den Appellationsgerichten der Staaten wie auch des Bundes keinen Eindruck gemacht hatte.

¹⁰ Zum Raleigh-Verfahren siehe z.B. *Wigmore on Evidence* (1974), § 1364, n. 42, 47; *Lempert/Gross/Liebman*, A Modern Approach to Evidence (3rd Ed. 2000), Chapt. 7 II.

¹¹ Zum folgenden siehe Abschnitt III. der Entscheidungsgründe.

¹² 399 U.S. 149 (1970).

¹³ Siehe Entscheidungsgründe III.A., V.C. – Gegen eine solche Konsequenz finden sich (auch) historische Gründe in dem Sondervotum von Richter *Harlan*, zur Entscheidung *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), S. 180 ff.; er hält eine kategoriale Unterscheidung von *testimonial* und *nontestimonial evidence* im Rahmen der *Confrontation Clause* für unhaltbar.

Konstellation auf; denn immerhin war zunächst die Zeugin *Sylvia*, deren Aussage im Prozeß gegen *Crawford* eingeführt werden sollte, zum Zeitpunkt der polizeilichen Vernehmung ebenfalls der Tatbeteiligung verdächtigt und deshalb in Gewahrsam genommen worden. Und die Prozeßgeschichte hatte nur allzu deutlich vor Augen geführt, wie unterschiedlich die *Roberts*-Kriterien für „Zuverlässigkeit“ von den Gerichten schon ein und denselben Staates gehandhabt werden konnten.¹⁹

3. Das Sondervotum von *Rehnquist* und *O'Connor*

Chief Justice *Rehnquist* nimmt in dem von Justice *O'Connor* mitgetragenen Sondervotum²⁰ kritisch zu zentralen Thesen des Mehrheitsvotums Stellung. Es sind im wesentlichen vier Punkte, die ins Feld geführt werden:

- Es gebe keinen überzeugenden Grund, *Ohio v. Roberts* als Präzedenz zu verwerfen. Die mit der Revision angegriffene Entscheidung hätte bereits wegen einer inkorrekten Anwendung der in *Roberts* sowie in den nachfolgenden Präzedenzen entwickelten Rechtsgrundsätze aufgehoben werden können.
- Das Problem der Rechtsunsicherheit werde durch das Verwerfen von *Roberts* nicht abgemildert, sondern verschärft. Denn was Testimonialbeweis sei und was nicht, werde im Mehrheitsvotum nicht definiert. In der Alltagspraxis sei gerade dies aber von enormer Bedeutung.
- Die historische Argumentation sei fragwürdig. Gewiß habe die besondere Skepsis der Gründer dem Beweistransfer beideter schriftlicher Erklärungen (*affidavits*) und beideter Beweissicherungsvernehmungen (*depositions*) gegolten. Daraus zu schließen, sie habe sich *allgemein* auf Testimonialbeweise erstreckt und man habe eine entsprechende Zweiteilung der Personalbeweise (in *testimonial* und *non-testimonial*) im Sinn gehabt sei aber verfehlt.
- Ausgehend von dem Prinzip, daß auch die *Confrontation Clause* der Gewährleistung akkurater Wahrheitsfindung im Strafprozeß diene, habe es nie ein starres Ausschlußprinzip gegeben. Weder in der Entstehungsgeschichte noch in der jüngeren Rechtsentwicklung sei belegt, daß man mit der *Confrontation Clause* die Verwendung früherer Testimonialbeweise kategorisch und ausnahmslos aus der Hauptverhandlung verbannen wollte.

III. Praktische Auswirkungen

In der amerikanischen Strafrechtspraxis dürfte sich die *Crawford*-Rechtsprechung für die Strafverteidigung weniger positiv auswirken als dies zunächst den Anschein haben mag.

1. Eine Stärkung der Beschuldigtenrechte darf (nur) erwartet werden in dem Sinne, daß hier das Aus für eine seit etlichen Jahren um sich greifende Strafverfolgungspraxis besiegelt wird, die vor allem in einem Verfahrenssystem, in dem bis zu etwa 90% der Strafanklagen durch Schuldanerkenntnis (*guilty plea*) in summarischer Weise erledigt werden, Rechtsstaatlichkeit und Verfahrensfairneß gefährlich unterminiert: Zunehmend stützen sich die Ankläger bei ihrer Sammlung von Belastungsbeweisen auf Erklärungen von Mitbeschuldigten, die Geständnisse oder indirekte Selbstbelastungen enthalten und dabei zugleich in der einen oder anderen Weise Schlüsse auf das Ob und Wie der Tatbeteiligung anderer, namentlich des Beschuldigten zulassen. Diese Belastungszeugen sind dann in der Hauptverhandlung gegen den Beschuldigten „unerreichbar“, weil absehbar ist, daß sie sich auf ihr Privileg, nicht zur Selbstbelastung verpflichtet zu sein (*privilege against compelled self-incrimination*), berufen können und werden. Und bei diesen Personalbeweisen handelt es sich eben keineswegs bloß um eigeninitiativ getätigte Äußerungen, sondern vor allem um solche, die ohne Mitwirkung der Verteidigung von den Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke späteren Beweistransfers hervorgebracht werden: Im Rahmen von polizeilichen Vernehmungen, die audio-visuell aufgezeichnet werden, oder aber im Rahmen von Erklärungen, die ein Beschuldiger als Teil der Einlassung im Schuldanerkenntnisverfahren (*plea allocution*) abgegeben hat und die per Wortprotokoll des Gerichts fixiert und authentifiziert sind.

Obwohl der U.S. Supreme Court solchen Praktiken bereits vor Jahren einen Riegel vorschieben wollte²¹, hatte die Verfahrensweise in den Einzelstaaten, aber auch in den Bundesgerichten – wie *Scalia* heute hervorhebt²² – hiervon nicht Abstand genommen. Schwer zu erklären ist dies nicht: Die Präzedenzwirkung einhegender Entscheidungen des U.S. Supreme Court aus den Jahren 1994 und 1999 war schwach geblieben, nicht nur, weil die Voten jeweils zersplittert und maßgebliche Gründe auf diese Weise entweder nur von einer knappen Mehrheit oder gar bloß einer Pluralität von drei oder vier Richtern getragen wurden; sondern auch, weil die Sachkonzeption fragwürdig und letztlich zum Scheitern verurteilt war. Man hatte sich im Obersten Gerichtshof nämlich nicht dazu durchringen können, entweder die einschlägigen Regeln des einfachen Beweisrechts (Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in Gestalt einer *hearsay exception* für „selbstschädigende Erklärungen“, *statements against interest*²³) oder den Auffangtest von *Roberts*, die Frage nach „sonstigen besonderen Zuverlässigkeitsindizien“, oder beides schlicht als verfassungswidrig zu verwerfen. Vielmehr meinte man, die Dinge mit quälend zu lesenden Versuchen einer verfassungskonformen Auslegung in den Griff zu bekommen – was die Komplikationen für

²¹ Siehe *Williamson v. United States*, 512 U.S. 594 (1994), und *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999).

²² *Crawford v. Washington* (2004), Entscheidungsgründe V.B.

²³ Die Hörensagen-Ausnahme aufgrund des *statement-against-interest*-Grundsatzes ist dort verankert in Rule 804(b)(3).

¹⁹ Siehe Entscheidungsgründe V.C.

²⁰ Das nur bezüglich der Entscheidungsformel, nicht aber bezüglich der Gründe ein „übereinstimmendes“ Votum darstellt.

die Praxis nicht verringerte, und obendrein noch neue Spielfelder für die Ankläger eröffnete.²⁴

2. Weshalb gleichwohl aus Sicht der Strafverteidigung kein Grund zur Euphorie besteht, will ich im folgenden kurz skizzieren:

a) Die Hoffnung, daß den Strafverfolgungsbehörden nunmehr eine bequeme Strategie zur Gewinnung von (nicht oder schwer angreifbaren) Belastungszeugen ganz aus der Hand geschlagen sei, wäre schon deshalb naiv, weil *Crawford* mit keiner Silbe auf die Frage eingeht (und auch nicht einzugehen brauchte!), wie es um die *Grundvoraussetzungen* der Verlässlichkeit von Einlassungen im Schuldanerkenntnisverfahren (*plea allocutions*), insbesondere ihre Tauglichkeit als Beweismittel gegen Dritte, steht. Die Staatsanwaltschaften werden also keineswegs gehindert sein, ihren Anklagen auch künftig solche Beweise zugrunde zu legen. Soweit diese Anklagen wiederum im Plea-Verfahren erledigt werden, entsteht kein Konflikt mit dem Konfrontationsrecht des Beschuldigten; dieses gilt nur im Strengbeweisverfahren der förmlichen Hauptverhandlung (*trial*), während im Plea-Verfahren der Freibeweis vorherrscht. Und selbst im Falle eines *trial* kann die Staatsanwaltschaft *plea allocutions* eines mutmaßlichen Mittäters ohne Konflikt mit dem Konfrontationsrecht einführen, sofern dieser Zeuge *jetzt* für ein Gegenverhör zur Verfügung steht. Die Bereitschaft hierzu kann die Anklage sich durch die Zusage, die gerichtliche Aussage nicht gegen den Zeugen selbst zu verwerten (*use immunity*), erkaufen.²⁵

b) Ob die in *Crawford* geradezu ikonographisch wirkende Erhöhung, ja Verklärung der *cross-examination* als Kernstück des Konfrontationsrechts mehr reale Substanz hat als eine akademische Wasserpfeifenhalluzination („professional pipedream“²⁶) ist mehr als fraglich. Denn in der Praxis zählen die konkreten Bedingungen effektiver „Konfrontation“, also die Anforderungen an die *Qualität* der Mitwirkung. Die bislang führenden Präzedenzentscheidungen aus den 70er und 80er Jahren hatten eben diesen Fragenkomplex stets als wichtiges Problem erkannt und thematisiert, die Lösung jedoch, da nicht unmittelbar entscheidungsrelevant, offen gelassen.²⁷ Liest

²⁴ Siehe *Lilly v. Virginia*, 527 U.S. 116 (1999). Als Beispiele für die flagrante, anklägerfreundliche Ab- und Umwertung der *Lilly*-Rechtsprechung bieten sich besonders an die Entscheidungen der Bundesappellationsgerichte der häufig meinungsführenden West- und Ostküstenbezirke, *United States v. Aguilar*, 295 F.3d 1018 (9th Cir. 2002); *United States v. Dolah*, 245 F.3d 98 (2nd Cir. 2001) (jeweils Verwertung einer *plea allocution* gegen Beschuldigten als mutmaßlichen Mittäter).

²⁵ Vgl. dazu z.B. *United States v. Dolah*, 245 F.3d 98 (2nd Cir. 2001).

²⁶ Immer noch lesenswert dazu die Entscheidung des California Supreme Court in *People v. Johnson*, 68 Cal.2d 646, 441 P.2d 111 (1968) („trial lawyers say it's a professional pipedream“; bezugnehmend auf die im Schrifttum verbreitete Auffassung, das „spätere“ Gegenverhör in der Hauptverhandlung sei demjenigen zum Zeitpunkt der Ermittlungsvernehmung gleichwertig).

²⁷ *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970), *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980); vgl. hingegen *People v. Johnson*, 68 Cal.2d 646, 441 P.2d 111 (1968) (California Supreme Court).

man heute *Scalias* Votum unter diesem Aspekt, so tun sich Halbherzigkeiten und Widersprüchlichkeiten, ja greifbare Gefahren für die Zukunft der vordergründig so hoch gehaltenen Beschuldigtengrundrechte auf.

aa) Das zeigt sich schon in der Grundlegung. Man seziere nur einmal anhand der oben zitierten Passage die drei aufeinanderfolgenden Kernsätze auf die Aussagen zum Thema „Beweisqualität“: (1) Das ultimative Ziel der Konfrontationsklausel ist die *Gewährleistung der Zuverlässigkeit der Beweise*; (2) sie verlangt aber *nicht*, daß Beweise zuverlässig *sind*, sondern daß diese Zuverlässigkeit in besonderer Weise geprüft wird; (3) die Konfrontationsklausel enthält „ein Urteil, nicht nur“ über die *Erwünschtheit* zuverlässiger Beweise (ein Punkt, über den kaum Dissens bestehen könne).²⁸ (Also offenbar ein Punkt, über den sehr wohl Dissens *besteht*.) Diese Herzschwäche bedingt dann die Funktionsschwäche des gesamten Organismus. Wenn es der *Confrontation Clause* wirklich um die Gewährleistung der Zuverlässigkeit der Beweise, und damit um *Wahrheitsfindung* geht, dann müßte der nächste Schritt ja darin bestehen, die Eignungsfrage zu stellen: Welche Instrumentarien taugen denn bestmöglich dazu, Zeugenaussagen auf ihre Brauchbarkeit zu überprüfen? Was ist in Wirklichkeit dran an der historisch überlieferten, von vielen – auch von *Scalia!* – geradezu als sacrosankt gehandelten Lehrmeinung, nichts sei so gut geeignet, „die Wahrheit herauszubringen“, wie ein rigoroses Gegenverhör? Dazu findet sich kein Wort; und dies, obwohl seit nahezu einem Jahrhundert innerhalb des angloamerikanischen Schrifttums selbst eine realistische, an der konkreten Praxiserfahrung orientierte Analyse der Leistungsfähigkeit (für die Verteidigungsposition), aber auch der Nachteile und Gefahren der „cross-examination“ (für die Wahrheitsfindung) gefordert wird.²⁹

bb) Abgesehen hiervon ist *Scalias* Konzept in sich widersprüchlich. Denn wenn schon das Gegenverhör ein so bedeutsames Wahrheitsfindungsinstrument sein soll³⁰ dann müßte konsequenterweise in der Praxis für eine nicht nur in subjektiver, sondern auch in objektiver Hinsicht adäquate, d.h. tatsächliche und effektive Mitwirkung der Verteidigung *zum Zeitpunkt der Herstellung* der Aussage als Voraussetzung für *jeden* späteren Beweistransfer gesorgt werden.³¹ Doch in dieser Hinsicht enthält *Scalias* Votum Aussagen, die gerade in eine andere Richtung deuten. So wird an zentraler Stelle nur von dem Erfordernis einer früheren „Gelegenheit“ zum Gegenverhör gesprochen; und im *obiter dictum* des beigefügten Kleingedruckten (!) ist zu lesen, es ergäben sich aus der Verfassung „keinerlei Einschränkungen“ für die Verwertung früherer Testimonialaussagen, sofern die Beweisperson nur *in der Hauptverhandlung* für ein Gegenverhör

²⁸ Entscheidungsgründe V.A.; Hervorhebungen d.A.

²⁹ Dazu den interessanten Überblick von *McCormick on Evidence* (5th Ed. 1999), § 31.

³⁰ Nochmals: Entscheidungsgründe V.A.

³¹ Sinngemäß, zumal die entscheidende Bedeutung des *rechtzeitigen* Gegenverhörs hervorhebend noch die Linie des California Supreme Court in *People v. Johnson*, 68 Cal. 2d 646, 441 P.2d 111 (1968) („it's strokes fall while the iron is hot“).

zur Verfügung stehe.³² Das könnte für die Fallkonstellationen des *präsenten* Zeugen sogar auf eine Verschärfung der seit *California v. Green* (1970) erreichten Rechtslage hinauslaufen. Denn es wird nicht nur weiterhin an der seit Jahrzehnten von Praktikern bekämpften These festgehalten, die „spätere“ Gegenverhörmöglichkeit eines Zeugen in der Hauptverhandlung (zum Zeitpunkt der Beweisverwertung) sei genauso gut wie die frühere (zum Zeitpunkt der Beweiserhebung).³³ Möglicherweise droht sogar ein Abbau der Mitwirkungsrechte im Ermittlungsverfahren. Wenn die Verfassung nämlich „no constraints at all“ vorsieht für die Verwertbarkeit früherer Aussagen, solange eben später *in* der Hauptverhandlung ein Gegenverhör durchgeführt werden kann – könnte es dann künftig vielleicht sogar irrelevant sein, ob die Verteidigung bei der früheren Vernehmung überhaupt *anwesend* war?

c) Beunruhigend ist zugleich, daß eine strikte Zweiteilung der Personalbeweise und in deren Folge eine Beschränkung des Konfrontationsrechts auf die Kategorie des „Testimonialbeweises“ – *testimonial evidence* – in den Bereich des Möglichen gerückt wird. Und dies, ohne daß auch nur annähernd geklärt wäre, *welche* Formen des Personalbeweises unter diese Begrifflichkeit fallen und welche nicht. *Scalias* Votum liefert nur eine – kasuistisch gefaßte – Minimaldefinition („Zeugenaussagen während einer Voranhörung, vor einer Anklagejury oder während einer früheren Hauptverhandlung, sowie bei Polizeivernehmungen“) und gesteht zu, daß es im Übrigen zu „vorübergehender Unsicherheit“ kommen könne.³⁴ Die gelieferten Beispiele lassen indessen erahnen, daß *Scalia* selbst Anhänger einer formalen Definition sein dürfte; der Begriff „Testimonialbeweis“ könnte folglich künftig auf Erklärungsprodukte aus formalen Vernehmungen beschränkt sein. Die mit der früheren *Roberts*-Konzeption verbundene Aussicht, den Ausuferungen eines in weiten Teilen archaischen Beweisrechts, namentlich der weitgehend immer noch kasuistisch-starr strukturierten Hörensagen-Doktrin, vom Verfassungsrecht her Einhalt zu gebieten, müßte dann für lange Zeit begraben werden. Den Staaten – aber auch dem Bund – würde, wie *Scalia* orakelt, für alle Bereiche von Personalbeweisen, die nicht „testimony“ sind, „Flexibilität“ eingeräumt.

Doch ist diese – nur mögliche und in der mehr oder weniger fernen Zukunft liegende – Konsequenz in der Sache nicht das einzige, was amerikanische Strafverteidiger zu bedenken haben. Eine sehr handfeste Konsequenz der *Crawford*-Entscheidung trifft sie unmittelbar: De facto bedeutet der Verzicht *Scalias* auf eine genauere Definition des Begriffs „testimonial evidence“ nämlich eine Verschärfung der Revisionsbegründungslast zum Nachteil der Verteidigung. Die im amerikanischen Revisions-

recht ohnehin hohe Beibringungs- und Überzeugungslast der Anwaltschaft bei Verstößen gegen Beweisrechte, und zwar nicht nur bezüglich der Tatsachen, sondern auch bezüglich des anwendbaren Rechts, ist enorm erhöht worden.³⁵ Wer künftig mit Aussicht auf Erfolg bereits in den Appellationsgerichten des Bundes und der Staaten – und nicht erst im Wege einer Verfassungsbeschwerde zum U.S. Supreme Court – eine Strafverurteilung mit der Behauptung anfechten will, im Verfahren sei das Grundrecht auf Konfrontation von Belastungszeugen verletzt worden, obwohl der fragliche Personalbeweis unter keine der vier von *Scalia* genannten Arten von Testimonialbeweis fällt, wird wohl in die Bundeshauptstadt Washington reisen und sich dort – möglichst mit einem Team herausragender Jurastudenten der Elite-Lawschools! – für Tage oder gar Wochen in den Archiven der *Library of Congress* vergraben müssen, um Belege aus der Gründungsgeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts für einen doch schon nach der „ursprünglichen Bedeutung“ der Verfassung anzuerkennenden *weiteren* Begriff von „testimonial evidence“ zusammenzutragen – oder aber *Scalias* Fokussierung hierauf ganz zu widerlegen.

IV. Rechtsvergleichende Perspektive

Die vorliegende Entscheidung führt sprachliche Brillanz, juristische Argumentationskunst, tiefeschürfende Aufbereitung der Quellen, sowie Transparenz der Gedankenführung vor Augen, wie man sie von Entscheidungen des U.S. Supreme Court im Allgemeinen, besonders aber von einem Votum aus der Feder *Antonin Scalias* zu erwarten hat. Bemerkenswert ist sie im Übrigen deshalb, weil es sich um eine ungewöhnlich einmütige Entscheidung handelt. *Scalias* Votum stellt in sämtlichen Abschnitten eine von sieben Mitgliedern getragene Gerichtsmeinung dar, die mithin in vollem Umfang Entscheidungsgründe von hohem Präzedenzgewicht formuliert. Gewiß, man mag gerade aus europäischer Sicht noch etliches an *Scalias* Methodik aussetzen haben – insbesondere, daß Rechtsvergleichung nicht stattfindet. Die „Fair-Trial“-Rechtsprechung des Straßburger EuGHMR zu Art. 6 I, III d EMRK verdient zwar in etlichen Punkten Kritik³⁶,

³⁵ Ganz abgesehen davon, daß der Revisionsführer auch noch die Hürden der *harmless-error-rule* nehmen, also das Appellationsgericht davon überzeugen muß, daß der Fehler der Vorinstanz das Urteil maßgeblich beeinflusst hat. Auch wenn diese Überzeugungslast bei Grundrechtsrügen etwas geringeren Anforderungen unterliegt als bei Rügen des einfachen Rechts, so gilt doch gleichermaßen der Befund, daß der Beschuldigte im amerikanischen Rechtssystem mit der Revision „nur selten Erfolg hat“. Instruktiv dazu die rechtsvergleichende Analyse des amerikanischen Systems bei *Perron*, Das Beweisantragsrecht des Beschuldigten im deutschen Strafprozeß (1995), S. 404 ff.

³⁶ *Scalias* Votum ist in diesem Punkt keineswegs repräsentativ für einen Methodenisolationismus im U.S. Supreme Court. Vielmehr zeigen gerade neuere Entwicklungen, etwa bei den Themen „Todesstrafe“ und „Homosexuellenrechte“, daß eine Richtermehrheit zunehmend geneigt ist, auch ausländisches und internationales Recht bei der Auslegung und Anwendung der Grundrechte heranzuziehen. Allerdings gibt es Gegenkräfte,

³² Entscheidungsgründe IV., in Fn. 9, letzter Absatz.

³³ Daß sie in Wirklichkeit nicht Äquivalent, sondern bloß Ersatz und als solcher unter Umständen wertlos sein kann, vor allem wenn der zeitliche Abstand zwischen früherer Vernehmung und Hauptverhandlung groß ist, hatte sich in paradigmatischer Weise schon im Falle *California v. Green*, 399 U.S. 149 (1970) gezeigt.

³⁴ Entscheidungsgründe V.C, mit Fn. 10.

doch drängen sich gerade beim „Konfrontationsrecht“ so viele Parallelen bei den Sachfragen wie in der Rechtslage auf, daß man hier von einer verpaßten Chance nicht nur zur Horizonterweiterung, sondern auch zu einem vorwärtsgewandten Brückenbau zwischen „common law“- und „civil law“-Denken sprechen kann.³⁷ Aber wie dem auch sei, wir sollten unbeirrt selbst an den Brücken bauen, und wie haben guten Grund zu fragen: Was können wir aus *Crawford* lernen?

1. Kein Beweistransfer ohne Mitwirkung der Verteidigung – aber ohne Ausnahme?

Europäisches, ja globales Interesse verdient es, daß der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten alle Verfahrensweisen verworfen hat, die auf einen Beweistransfer von Zeugenaussagen ohne Mitwirkung der Verteidigung hinauslaufen. Bemerkenswert ist weiter, daß das Verbot eines solchen Beweistransfers in die strafrechtliche Hauptverhandlung (Schuldprüfungsverfahren) nicht auf Fälle beschränkt ist, in denen die Zeugenaussage bereits mit entsprechendem Transfervorsatz *hergestellt* wird. Es greift immer dann ein, wenn es „um Testimonialaussagen geht“ (*where testimonial statements are involved*³⁸).

Aber kann es richtig sein, diesen Grundsatz zu verabsolutieren? Konkret bedeutet dies, daß *gegen* den Willen der Verteidigung weder ein polizeiliches noch ein richterliches Protokoll der früheren Vernehmung eines Zeugen (oder Sachverständigen) verlesen oder anderweitig für den Schuldnachweis in der Hauptverhandlung verwertet könnte. Nur zwei Ausnahmen wären möglich: (1) die Beweisperson steht *in* der Hauptverhandlung für ein Gegenverhör zur Verfügung, ist also erreichbar; oder (2) die Beweisperson ist zwar unerreichbar, konnte jedoch bereits bei der *früheren* Vernehmung von der Verteidigung einem Gegenverhör unterzogen werden. Daß unserem Rechtsdenken ein so rigoroses Konzept fremd ist, zeigt ein Seitenblick auf die Durchbrechungen des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in §§ 251 ff. dStPO (und die dazu unterbreiteten Vorschlägen im Diskussionsentwurf von 2004³⁹). Diese Durchbrechungen gehen in manchem – vor allem soweit es um die Verwertbarkeit *polizeilicher* Protokolle geht! – gewiß zu weit.⁴⁰ Eine striktere Beschränkung hat vieles für sich. Eine so rigorose Lösung

denen genau dies mißfällt. So haben konservative Politiker im März 2004 den Entwurf einer „Resolution“ im US-Repräsentantenhaus eingebracht, wonach es den Gerichten und insbesondere dem U.S. Supreme Court untersagt sein soll, ausländische Gerichtsurteile als Präzedenzfälle heranzuziehen. Zu der – nach ihren Verfassern benannten – Feeney-Goodlatte-Resolution siehe z.B. die Pressemitteilung unter www.house.gov/judiciary/news0324.htm.

³⁷ Zur Kritik dieser Rechtsprechung näher *Walther*, GA 2003, 204 ff., 218 ff.

³⁸ Entscheidungsgründe V.A.

³⁹ Oben Fn. 2.

⁴⁰ Nach den Vorstellungen der Rechtspolitik soll die Unmittelbarkeit sogar noch weiter gelockert werden, vgl. insbesondere § 251 Abs. 1 Nr. 1-3, Abs. 2 S. 2, sowie § 253 Abs. 2 StPO, sowie § 251 Abs. 1 Nr. 3-4, Abs. 2 Nr. 1-2 DE-StPO (oben Fn. 2).

wie in *Crawford* dürfte indessen in der Praxis etliche unliebsame Nebenwirkungen – sowohl für die Wahrheitsfindung als auch für den Zeugen- und Opferschutz – erzeugen, die den realen Zugewinn bei der Stärkung der Verteidigungsrechte leicht überwiegen könnten. Denn wenn „Unerreichbarkeit“ genügt, um die Beweisführung der Anklage über eine frühere Zeugenaussage in der Hauptverhandlung komplett zu blockieren, können Anreize entstehen (für Verfahrensbeteiligte, aber auch für Dritte, die am Ausgang des Verfahrens ein Interesse haben), unliebsame Zeugen – sogar gewaltsam – verschwinden zu lassen. Eine Lösung, die sich den Grundsatz optimaler Mitwirkung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren und (!) in der Hauptverhandlung zu eigen macht, bei den Voraussetzungen für Beweistransfer aber doch Raum für – sorgsam umgrenzte – Einschränkungen zuläßt, erscheint daher vorzuzugswürdig.

2. Welchem Zweck „dient“ das Konfrontationsrecht?

Aus rechtsvergleichender Sicht verführerisch mag die in *Crawford* postulierte These sein, das Konfrontationsrecht des Beschuldigten diene, in Gestalt der Garantie des Gegenverhörs von Belastungszeugen, der „Gewährleistung der Zuverlässigkeit der Beweise“, und damit der Wahrheitsfindung. Seit dem 17. Jahrhundert glaubt man im anglo-amerikanischen Rechtskreis an die Aufklärungskraft des Gegenverhörs.⁴¹ Schon *Bentham* soll es als „Absicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Zeugenaussage“ bezeichnet haben, berührt worden ist aber vor allem das Wort von *Wigmore*, der das Gegenverhör als „zweifelloso das großartigste juristische Werkzeug, das je zur Entdeckung der Wahrheit erfunden wurde“, beschrieben hat.⁴² Nur: Wäre es tatsächlich so, daß – wie in *Crawford* formuliert wird – mit der „Konfrontation“ ein Verfahren zur Prüfung der Beweisqualität von Zeugenaussagen gemeint ist, so müßte die logische Konsequenz eigentlich darin bestehen, die Durchführung eines kunstgerecht strukturierten Gegenverhörs als Teil des objektiven, auch bei Entlastungsbeweisen anzuwendenden Gerichtsverfahrens vorzusehen. Daß damit der tiefere Sinn eines „right to confront the witnesses against him“ für den Beschuldigten ad absurdum geführt wäre, liegt auf der Hand.

Dieser tiefere Sinn wird freilich erst dann sichtbar, wenn man sich von der Romantik amerikanischer Gerichtsfilme löst und die realistische Perspektive jener Praktiker einnimmt, die einerseits an der Bedeutung des Konfrontationsrechts *für die Verteidigung* keinen Zweifel lassen, jedoch andererseits dabei Aspekte in den Vordergrund

⁴¹ Bedauerlicherweise wird dieses Instrument in Deutschland meist durch die unreflektierte Gleichsetzung mit der Figur des „Kreuzverhörs“ im Sinne von § 239 I 1 StPO (das ein *Wechselverhör* ist) nicht in seiner Eigenfunktion gesehen und (deshalb) vorschnell als verfahrensfremd diskreditiert. Näher dazu bereits *Walther*, GA 2003, 204 ff., 224.

⁴² 5 *Wigmore on Evidence* § 1367, 35 (1974), zitiert in der Entscheidung des U.S. Supreme Court in *California v. Green*, 399 U.S. 149, 158 (1970); zum Ganzen *McCormick on Evidence* (5th Ed. 1999), § 245.

stellen, die der *Gewährleistung des rechtlichen Gehörs* und dem *Grundrecht auf effektive Verteidigung* sehr viel näher stehen als dem Prinzip der Wahrheitsfindung.⁴³ Sie meinen: Das Gegenverhör mag *auch* der Wahrheitsfindung – in concreto – nützlich sein; es aber als dafür unerlässlich und daher zweckdienlich anzusehen, wäre verkehrt.⁴⁴ Dementsprechend gibt es für sie auch keinen überzeugenden Grund, die Durchführung – oder mindestens Durchführbarkeit – eines Gegenverhörs als *absolute* Voraussetzung der Verwertbarkeit einer Zeugenaussage in der Hauptverhandlung zu konzipieren.

Zwischen „der Wahrheitsfindung *dienen*“ und „der Wahrheitsfindung *nutzen*“ mag auf den ersten Blick nur ein Haar liegen, auf den zweiten liegen dazwischen Welten. Der Wahrheitsfindung *dient* das objektive Beweisrecht und die Pflicht des Gerichts, für optimale Aufklärung zu sorgen. Der Wahrheitsfindung wird es nun in der Regel *nutzen*, wenn der Beschuldigte bzw. die Verteidigung daneben ihre Konfrontationsrechte bei Zeugenvernehmungen wahrnimmt. Der *Zweck* des Konfrontationsrechts liegt allerdings anderswo; es *dient* allein dem Grundrecht auf effektive Verteidigung, das seinerseits eine Ausprägung des Urgrundrechts auf Gewährleistung rechtlichen Gehörs ist. Die Garantie einer effektiven Mitwirkung der Verteidigung bei Einvernahme von Belastungszeugen ist eine Frage des „fair hearing“.⁴⁵ Daraus folgt auch: Die Möglichkeit zum Gegenverhör ist ein Kernbestandteil des Konfrontationsrechts, aber eine *Beschränkung* hierauf ist unhaltbar.

Eine wichtige Chance, dies alles aufzuklären und weiterzuführen, hat der U.S. Supreme Court ungenutzt verstreichen lassen. Und dies obwohl der Kontext der *Confrontation Clause*, also Wortlaut und Systematik des gesamten 6. Zusatzartikels mit schwarzen Lettern die entscheidenden Bedeutungszusammenhänge geradezu augenfällig macht: Aufgeführt sind dort *sämtlich* elementare Verteidigungsgrundrechte des Beschuldigten, und sie sind übrigens nach ständiger Rechtsprechung Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips und mithin auch für alle Einzelstaaten verbindlich:

In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall

⁴³ Instrukтив *McCormick* on Evidence (5th Ed. 1999), § 31.

⁴⁴ Siehe *McCormick* aaO („Cross-examination ought to be considered useful, but not indispensable, as a means of discovering the truth“).

⁴⁵ Näher dazu *Walther*, GA 2003, 204 ff., 219 ff.

have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.⁴⁶

Fazit: Bei aller Brillanz – Rechtsikonographie als Methodik produziert kein nennenswertes Erkenntnispotential; man kann sie getrost in der Wasserpfeife rauchen.

3. Ausblick

Die neue Entscheidung des U.S. Supreme Court setzt eine für die aktuelle Reformdiskussion in Europa beachtliche Markierung. Ihr besonderes Verdienst liegt darin, die Gefahren, die mit der staatlichen, ohne Mitwirkung der Verteidigung vollzogenen Herstellung von Personalbeweisen, insbesondere durch die Strafverfolgungsorgane, und mit dem späteren Transfer solcher Beweise in die Hauptverhandlung verbunden sind, historisch wie aktuell plastisch vor Augen zu führen. Man hat sich nicht gescheut, dem Druck der Verfolgungspraxis ein flammendes Bekenntnis zur Bedeutung zentraler Beschuldigtenrechte und eine Lektion über unverzichtbare Prinzipien entgegenzusetzen. Das sollten wir zum Vorbild nehmen; aber man darf dabei nicht stehen bleiben. Rechtsentwicklung vollzieht sich in einem Fallrechtssystem – for better or worse – in kleinen Schritten, und so wird sich erst in einigen Jahren zeigen, ob *Crawford* wirklich der Meilenstein für die Beschuldigtenrechte darstellt, als der sich *Scalias* Mehrheitsvotum präsentiert. Wo – wie hierzulande – die Gesetzesreformer maßgebliche Neuerungen bringen sollen oder wollen, müssen die Kräfte sich auf eine Gestaltung richten, die nicht nur einem Problemausschnitt, sondern dem System als Ganzes gerecht wird. Das erfordert einen nüchternen Blick auf die Rechtswirklichkeit. Beschuldigtenrechte und Wahrheitsfindung müssen in konkreten Verfahren optimal wirksam werden können. Überdies ist der Strafprozeß ja kein bloßes Gegenüber von Staat und Beschuldigtem, es ist ein weit umfassenderes Feld an potentiell gegenläufigen Interessen, wie die von Zeugen und Verletzten, zu berücksichtigen. „Washington“ bietet heute also einiges – Wichtiges – an Inspiration; was die Knochenarbeit von Strafprozeßrechtsreformen vielleicht nicht leichter macht, aber doch die nötige Weit- und Klarsicht fördert.

⁴⁶ 6. Zusatz zur US-Verfassung (1789/1791).

Verfassungswidrigkeit der gewerbsmäßigen bzw. bandenmäßigen Steuerhinterziehung (§ 370a AO)

HRRS-Praxishinweis – Zugleich Anmerkung zu BGH 5 StR 85/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Wuppertal) = publiziert als HRRS 2004 Nr. 714.

Von Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Zürich)

Der noch junge und bereits auf Grund diverser Bedenken revidierte Verbrechenstatbestand des § 370a AO¹ ist nach einem Beschluss des – für die Beurteilung des Steuerstrafrechts zuständigen – fünften Strafsenates des BGH vollumfänglich in Frage gestellt (vgl. I.). Dem Beschluss ist in der Sache zuzustimmen, doch ist seine Grundaussage nicht ohne weiteres praktisch durch Verfahrenseinstellungen etwa nach § 154a StPO zu verwirklichen (vgl. II.). Da die Haltung des fünften Strafsenats überzeugt, sollten Praxis und Gesetzgeber aber bereits heute auf die Verfassungswidrigkeit des § 370a AO in geeigneter Form reagieren (vgl. III.).

I. Die vorangekündigte und wegweisende Entscheidung des fünften Strafsenats

Bereits seit längerem konnte die Vermutung angestellt werden, dass auch die Neufassung des § 370a AO im Angesicht der nicht abreißen, insbesondere verfassungsrechtlichen Kritik² eine kritische Reaktion des fünften Strafsenats provozieren würde. Zum einen hatte *Harms*, die Vorsitzende Richterin des fünften Strafsenats, in der Festschrift für *Kohlmann* eingehend dargelegt, weshalb die nachbessernde Neufassung nunmehr den Anforderungen des Art. 103 II GG nicht genügt.³ Zum anderen hat nun vor kurzem der fünfte Strafsenat in einem bemerkenswerten und im Rahmen der Hinweise⁴ für die neue Hauptverhandlung gegebenen obiter dictum auf die „bestehenden Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift“ verwiesen, wobei er gerade auch auf jenen Aufsatz von *Harms* Bezug nahm.⁵

¹ Die Vorschrift wurde durch das Steuerverkürzungsbekämpfungsgesetz (StVBG) vom 18. Dezember 2001 (BGBl I 3922) eingeführt und bereits durch das 5. Gesetz zur Änderung des Steuerbeamten-Ausbildungsgesetzes und zur Änderung von Steuergesetzen (StBAG) vom 23. Juli 2002 (BGBl I 2715) novelliert.

² Vgl. auch zur Frage der Verletzung des Art. 77 GG *Gast de Haan* DStR 2003, 12 ff.; *Harms*, *Kohlmann-Festschr.*, 2003, S. 413, 419, die die Bedenken als schwerwiegend bezeichnet; gegen den Verstoß *Wisser* DStR 2003, 1191 ff.

³ Vgl. *Harms*, *Kohlmann-Festschr.*, 2003, S. 413 ff., 417 ff., 423 ff.

⁴ Vgl. zu diesen Hinweisen m.w.N. *SK-Wohlers*, 34. Aufb.Lfg. 2003, § 358 Rn. 11.

⁵ Vgl. BGH 5 StR 11/04 - Beschluss vom 20. April 2004 (LG Berlin) = BGH HRRS Nr. 531, wobei der Senat ebenfalls auf *Park* wistra 2003, 328 ff. m.w.N. hinwies.

Nun hat der BGH durch den für das Steuerstrafrecht zuständigen Senat in aller Deutlichkeit ausgeführt, weshalb § 370a AO verfassungswidrig ist,⁶ wobei er auch weitere Bedenken wie etwa ungeklärte Widersprüche der Strafrahen benennt.⁷ Für den BGH ist nicht ersichtlich, wie der Verbrechenstatbestand des § 370a AO verfassungskonform ausgelegt werden könnte. Der Senat betont, dass das Steuerstrafrecht angesichts der regelmäßigen Erklärungspflichten des Steuerrechts per se durch eine serielle Begehungsweise geprägt ist. Die Tatbestandsmerkmale der „Gewerbsmäßigkeit“ und der „bandenmäßigen Begehung“ hält der BGH für festgeschrieben und über § 369 AO auch im Steuerstrafrecht zugrunde zu legen. Er weist mit entsprechenden Nachweisen eine vorgeschlagene teleologische Reduktion bzw. eine tatbestandsrelativ veränderte Begriffsbestimmung der Merkmale zurück, weil der Gesetzgeber diese ersichtlich nicht gewollt habe, indem er die Tatbestandsmerkmale trotz der geäußerten Kritik unverändert beibehalten habe.

Das für den Senat danach für die praktische Reichweite des § 370a AO entscheidende Verbrechenmerkmal der Steuerverkürzung „in großem Ausmaß“ erscheint dem Senat „unter Bedacht auf Art. 103 II GG“ als nicht ausreichend bestimmt.⁸

„Es läßt sich nicht erkennen, unter welchen Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, welche Anknüpfungspunkte maßgeblich sein sollen und ob es auf den jeweiligen Einzelfall ankommt oder ob bei einer Vielzahl von Hinterziehungstaten – wie etwa bei der monatlich anzumeldenden Lohnsteuer – eine Gesamtbetrachtung des Tatbildes entscheidend sein soll; bei diesem Befund ist nicht ersichtlich, wie der Normadressat – der dem Gesetz unterworfenen Steuerbürger – durch Auslegung Tragweite und Anwendungsbereich des Verbrechenstatbestandes ermitteln und konkretisieren soll.“

Der Senat hat eine Anlehnung an die Rechtsprechung zur Strafzumessungsregel gemäß § 370 III Nr. 1 AO im Hinblick auf das dortige Merkmal der Steuerverkürzung „aus grobem Eigennutz in großem Ausmaß“ erwogen, weist diese aber zurück, da eine im Strafzumessungsrecht gebotene und nach seiner Ansicht auch mit dem Be-

⁶ Vgl. zu den folgenden Darlegungen BGH HRRS 2004 Nr. 714.

⁷ Der Senat verweist dazu auf BGH NJW 2003, 3068, 3069 f. und auf *Reiß* Stbg 2004, 113, 115 f.; siehe auch z.B. *Fahl* wistra 2003, 10 ff. Anzumerken bleibt freilich, dass gerade auch die *Bestimmtheit der Rechtsfolgen* einer Straftat durch Art. 103 II GG garantiert ist, so dass auch unauflösbare diesbezügliche Widersprüche durchaus zu Verstößen gegen Art. 103 II GG führen können, wenn sie die Vorhersehbarkeit der Rechtsfolgen negieren, vgl. näher am Beispiel der §§ 38 f. WpHG *Gaede/Mühlbauer*, wistra 2004, voraus. Heft 10/11.

⁸ Der Senat verweist u.a. auf *Harms* (Fn. 2), S. 413, 419 ff.; *Langrock* wistra 2004, 241 ff.; *Park* wistra 2003, 328 ff.; über die vom Senat aufgeführten Quellen ist z.B. auch *Spat-schek/Wulf* NJW 2002, 2983, 2984 zu nennen.

stimmtheitsgrundsatz vereinbare Gesamtwürdigung aller die Tat prägenden und begleitenden Umstände dem Richter bei der Rechtsfolgenbestimmung einen – bei der Tatbestandsauslegung – zu weiten Spielraum lasse.⁹ Wenn das Merkmal „in großem Ausmaß“ praktisch die Abgrenzung von Vergehens- und Verbrechenstatbestand leisten müsse, könne eine solche „Unbestimmtheit“ nicht mehr hingenommen werden. Vielmehr überlasse die derzeitige Gesetzesfassung die Auslegung dem jeweiligen Rechtsanwender, „*der gezwungen ist, die Grenze zum Verbrechenstatbestand ... je nach seinem wirtschaftlichen Vorverständnis und dem von ihm herangezogenen rechtlichen Anknüpfungspunkt bei einem gegriffenen Hinterziehungsbetrag zu ziehen*“. Dies genüge nicht den Anforderungen des BVerfG, nach denen eine Strafnorm umso präziser sein muss, je schwerer die angedrohte Strafe ist (BVerfGE 105, 135, 155 f.) und eine Nachbesserung eines unbestimmten Gesetzes dem Strafrichter versagt bleiben muss (BVerfG aaO S. 153).¹⁰

Im konkret zu entscheidenden Fall führte die Auffassung des Strafsenates hingegen nicht dazu, seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 370a AO nach Art. 100 I GG dem BVerfG vorzulegen. Der Senat hielt es für geboten, eine Einstellung nach § 154a StPO vorzunehmen, da das angefochtene Urteil bereits infolge anderer Rechtsfehler aufzuheben war. Von einer Darlegung, welche Variante genau gewählt wurde und weshalb die Einstellungsoption im konkreten Fall bestand, obschon mit ihr doch der Sprung vom Vergehens- auf den Vergehenstatbestand verbunden war, sah der Senat ab.

II. Würdigung der Grundsatzentscheidung und der prozessualen Vorgehensweise

1. Verfassungswidrigkeit des § 370a AO?

Der BGH hat sich der wohl herrschenden Auffassung angeschlossen, nach der § 370a AO das Bestimmtheitsgebot verletzt. Soweit der Senat dabei meint, mögliche verfassungskonforme Eingrenzungen über differenzierte Auslegungen von „Gewerbsmäßigkeit“ und „bandenmäßiger Begehung“ nicht erreichen zu können, überzeugen seine Ausführungen nur bedingt. Eine verfassungskonforme Auslegung dient gerade dem Ausgleich ungenügender gesetzgeberischer Konzeptionen, indem eine auch verfassungswidrige Handhabungen ermöglichende gesetzgeberische Normkonzeption auf das verfassungsrechtlich Zulässige zurückgeführt wird, wobei nach der Judikatur des BVerfG erst bei einem nicht auflösbaren

⁹ Wie der BGH insbes. auch *Langrock* wistra 2004, 241, 242 ff.; *Park* wistra 2003, 328, 330 ff. und *Spatschek/Wulf* NJW 2002, 2983, 2984; aA *Hunsmann* DStR 2004, 1154, 1155 f.; *Rüping* DStR 2002, 1417, 1418; siehe auch *Müller* DStR 2002, 1641, 1643, der bezeichnender Weise festhält, dass die Praxis – und damit auch die Normadressaten! – nun abwarten müsste, für welche konkreten Beträge und Kriterien sich die *Rechtsprechung* nun entscheiden werde.

¹⁰ Vgl. auch bereits den entsprechenden Ansatz bei *Harms* (Fn. 2), S. 413, 419 ff. m.w.N.

Widerspruch zum Gesetzeswortlaut oder zum *klar erkennbaren* Willen des Gesetzgebers die Grenzen verfassungskonformer Auslegung erreicht sind.¹¹ Auch methodisch wäre eine tatbestandsrelative Auslegung sehr wohl denkbar.¹² Der BGH hätte sich – zumal es ihm hier um die Bestimmtheit der Norm ging – angesichts der von ihm selbst hervorgehobenen deliktsspezifischen Besonderheiten nicht ohne Not gegen eine tatbestandsrelative Auslegung aussprechen sollen, die letztlich vielleicht allein die *zusätzlichen* Bedenken an der *verhältnismäßigen* Anwendung des § 370a AO ausräumen könnte.¹³

Entscheidend für die Haltung des Senats spricht jedoch der Umstand, dass eine einschränkende Auslegung des jeweils ersten konstitutiven Merkmals des § 370a AO (Gewerbsmäßigkeit oder bandenmäßige Begehung) die *Unbestimmtheit* seines zweiten Tatbestandsmerkmals der Steuerhinterziehung „in großem Ausmaß“ in keiner Weise heilen könnte. Den Normadressaten wird signalisiert, dass zwei Erfordernisse den tatbestandlichen Unwert konstituieren. Eine restriktive Auslegung der jeweiligen Eingangsmerkmale trüge *zur Bestimmtheit* des zweiten konstitutiven Verbrechenmerkmals der Steuerverkürzung (Erlangung ungerechtfertigter Steuervorteile) „in großem Ausmaß“ nichts bei. Vielmehr ist die vom BGH aufgegriffene These zutreffend, dass eine Konkretisierung des zweiten Tatmerkmals auch nicht durch Auslegung möglich ist. Der Gesetzgeber hat es versäumt, ein auf die deliktsspezifischen Besonderheiten der Steuerhinterziehung passendes Kriterium zu entwickeln, an dem das „große Ausmaß“ selbst gemessen werden könnte. Der Gesetzgeber selbst hat offenbar vermeint, dass im kaum präzise zu fassenden Wirtschaftsstrafrecht die diffuse Vorgabe der Orientierung an einem „erschweren Fall“ mit Hilfe des „großen Ausmaßes“ genügen werde. Da für die von ihm anvisierte Erschwerung aber selbst kein Richtmaß erkennbar scheint, das als Richtmaß *des demokratisch legitimierenden Parlaments* gelten kann, geht dies fehl. *Bestimmtheit* nach Art. 103 II GG *meint* eben nicht die Subsumierbarkeit unter den Wortlaut, sondern sie meint im Kern nach der Verfassung und nach Art. 7 EMRK die Vorhersehbarkeit der Auslegung eben

¹¹ Vgl. m.w.N. BVerfGE 95, 64, 93. Die abermals auf *Harms* (Fn. 2), S. 413, 421 zurückführbare Haltung des Senats verkennt, dass sich der – methodisch nicht ohne Weiteres mit der Haltung des Ministeriums gleichzusetzende – Wille des Gesetzgebers auch klar objektiviert haben müsste, um die verfassungskonforme Auslegung auszuschließen. Gerade wenn man sich die Auffassung der Vorsitzenden Richterin *Harms* und des BGH – wie hier geschehen – von der mangelnden Qualität der Gesetzgebung zu eigen macht, sollten Schlüsse auf klare Aussagen „des Gesetzgebers“ zu vielleicht nicht wirklich als relevant erkannten, sondern ignorierten Problemen nur zurückhaltend erfolgen.

¹² Vgl. eingehend *Demko*, Zur „Relativität der Rechtsbegriff“ in strafrechtlichen Tatbeständen, 2002, passim.

¹³ Dass eine solche tatbestandsrelative Auslegung etwa der Gewerbsmäßigkeit tatsächlich erfolgen sollte, wird dabei hier offen gelassen. Ihre Verwerfung durch den Senat überzeugt jedoch nicht.

dieses Normwortlautes.¹⁴ Tatsächlich muss bislang der Rechtsanwender selbst bestimmen, wo er – mangels vorhandener Anhaltspunkte notwendig willkürlich – die Grenze setzen will. Der BGH hätte dergleichen tun können, indem er etwa eine der diskutierten Orientierungsgrößen wie etwa 50.000 € oder vielleicht 500.000 € postuliert hätte, um *als Gericht* „selbst Klarheit zu schaffen“. Es ist erfreulich, dass er dies unterlassen wird, und vielmehr die wohl auch oft¹⁵ missachtete Vorgabe des BVerfG, die Strafgerichte dürften unbestimmte Gesetze nicht selbst dezisionistisch heilen, deutlich herausstellt und befolgt.

Es ist damit im Anschluss an *Harms* und den BGH festzuhalten, dass § 370a AO bereits als Gesetz mangels Bestimmtheit verfassungswidrig ist.¹⁶ Überdies bleibt hier nur anzumerken, dass auch das insbesondere im Rahmen des Art. 8 EMRK betonte Gebot der Bestimmtheit strafprozessualer Eingriffsmaßnahmen¹⁷ die Bedenken an § 370a AO nur noch weiter vermehrt: Die wohl nicht zu einem geringen Teil auch der Eröffnung grundrechtsrelevanter strafprozessualer Ermittlungsinstrumentarien dienende¹⁸ Kreation des Verbrechenstatbestandes ist auch unter diesem Aspekt in Frage gestellt.

2. Der begrenzte Ausweg über die §§ 154a, 154 StPO

Der BGH hielt es im konkreten Verfahren für geboten, nach § 154a I, II StPO vorzugehen. Die genau genutzte Alternative der in sich differenzierten Norm hielt der Senat ebenso wenig wie deren mögliche Grenzen für erörterungswürdig. Ob dies im Verfahren des BGH zutreffend war, soll hier nicht untersucht werden, zumal sein Vorgehen im Angesicht des insgesamt zu prüfenden Sachverhaltes nahe liegt. Es scheint jedoch wichtig, sich

¹⁴ Vgl. BVerfGE 105, 135, 153 ff.; 57, 250, 262; 92, 1, 18 f.; EGMR, Krenz u.a. v. Deutschland, NJW 2001, 3035, 3037; BGH HRRS 2003, 251 f.; m.w.N. auch *Gaede/Mühlbauer wistra* 2004, voraus. Heft 10 o. 11.

¹⁵ Vgl. jüngst BGH *wistra* 2004, 109 ff.: Bestimmtheit der sonstigen Täuschungshandlung des § 20a I Nr. 2 WpHG im Rahmen des strafrechtlichen Tatbestandes; dazu abl. bereits *Schmitz JZ* 2004, 526, 527 f.; und m.w.N. demnächst *Gaede/Mühlbauer wistra* 2004, voraus. Heft 10 o. 11. Zur unter Bestimmtheitsgesichtspunkten streitigen Auslegung des Handelstreibens m.w.N. *Roxin StV* 2003, 619 f.; *Gaede HRRS* 2004, 165 ff.

¹⁶ Zur Möglichkeit des selbst unbestimmten Gesetzes *Degenhart*, in: *Sachs GG*, 3. Aufl. 2003, Art. 103 Rn. 62 ff., 67 ff.; anhand der Markt- und Kursmanipulation *Gaede/Mühlbauer wistra* 2004, voraus. Heft 10 o. 11.

¹⁷ Vgl. etwa am – streng gehandhabten Bereich verdeckter Eingriffe – *Kopp v. Schweiz*, Rep. 1998-II, §§ 63 ff.: Für die von einem Gesetz i.S.d. EMRK zu gewährleistende Vorhersehbarkeit muss klar sein, unter welchen Umständen und Bedingungen die Überwachung stattfinden kann; allgemein *Weiss*, *Das Gesetz i.S.d. EMRK*, 1996, S. 141 ff.

¹⁸ Vgl. so nur krit. *Harms* (Fn. 2), S. 413, 418; siehe auch zu weiteren prozessualen Rückwirkungen der Hochstufung zum Verbrechen *Rüping DStR* 2002, 1417, 1418.

die prozessualen Möglichkeiten und ihre Grenzen vor Augen zu führen, die sich der strafgerichtlichen Praxis heute beim Umgang mit der verfassungsrechtlich delegitimierten Norm des § 370a AO tatsächlich bieten.

Eingangs bleibt – wie auch vom BGH keineswegs in Frage gestellt – zu betonen, dass das Monopol für ein Verdikt der Verfassungswidrigkeit des § 370a AO gemäß Art. 100 I GG einzig beim BVerfG verbleibt. Ein Gericht, das von der Verfassungswidrigkeit eines nachkonstitutionellen Gesetzes überzeugt ist, darf die fragliche Norm nicht selbst als unbeachtlich verwerfen. Vielmehr ist daran zu erinnern, dass auch die in ihrer rechtlichen Würdigung unabhängigen Richter nach Art. 97 I GG an das Gesetz gebunden bleiben und im Fall der befürworteten Verfassungswidrigkeit Art. 100 I GG eingreift, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und damit auch der Gesetzesanwendung zu sichern.¹⁹ Art. 100 I GG soll in der Sprache des Verfassungsgerichts insoweit „die Autorität des konstitutionellen Gesetzgebers wahren. Gesetze, die unter der Herrschaft des Grundgesetzes erlassen worden sind, sollen bis zur allgemeinverbindlichen Feststellung ihrer Nichtigkeit oder Unwirksamkeit durch das Bundesverfassungsgericht befolgt werden; über ihre Gültigkeit soll es keine einander widersprechenden Gerichtsentscheidungen geben. Deshalb hat das Grundgesetz dem Bundesverfassungsgericht ein Verwerfungsmonopol eingeräumt.“²⁰

Die Aussicht auf ein möglicherweise unabsehbar lang dauerndes Vorlageverfahren zum BVerfG rückt nun durchaus – mit ebenfalls verfassungsrechtlichem und menschenrechtlichem Hintergrund²¹ – die Vorgehensweise nach §§ 154a, 154 StPO in den Fokus. Hierbei sollte jedoch nicht übersehen werden, dass bei einem „Verzicht auf § 370a AO“ wegen der verfassungsrechtlichen Bedenken regelmäßig steuerstrafrechtlich der auch vom BGH als bedeutend betonte Sprung von einem Verbrechen- auf einen Vergehenstatbestand erfolgt. Der Strafraum jedenfalls des Grundtatbestandes weist im Vergleich zu § 370a AO einen erheblichen Unterschied auf: für den Normalfall stehen bis zu fünf Jahre Freiheitsstrafe oder Geldstrafe (§ 370 AO) einer Freiheits-

¹⁹ Vgl. etwa BVerfGE 63, 131, 141: „wesentlichen Aufgaben des Verfahrens der konkreten Normenkontrolle: zu verhüten, daß ein einzelnes Gericht sich über den Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt (BVerfGE 4, 331, 340), und über die Entscheidung im konkreten Fall hinaus durch allgemein verbindliche Klärung verfassungsrechtlicher Fragen divergierende Entscheidungen der Gerichte, Rechtsunsicherheit und Rechtszersplitterung zu vermeiden (BVerfGE 42, 42, 49 f. m. w. N.)“; *Sturm* (Fn. 16), Art. 100 Rn. 5; *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, Art. 100 Rn. 4 (Stand Febr. 2004).

²⁰ Vgl. BVerfGE 97, 117, 122; 86, 71, 77 vgl. auch bereits BVerfGE 80, 54, 58; 17, 208, 210 und siehe BVerfGE 63, 131, 141; 86, 382 ff., 389 f.: Möglichkeit der Gewährung effektiven vorläufigen Rechtsschutzes bei Aufrechterhaltung des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache.

²¹ Siehe zum Recht auf Verfahrensbeschleunigung etwa *Eckle v. Deutschland*, Nr. 51, §§ 66 ff., 87, 94 = *EuGRZ* 1983, 371, 377 ff.; BVerfG *NJW* 2003, 2225 f.; 2003, 2897 f. sowie m.w.N. *Gaede wistra* 2004, 166 ff.

strafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren gegenüber (§ 370a AO). Bei einer *prozessualen* Betrachtung der gesamten Umstände des Falles kann eine Wertung im Sinne des § 154a I 1 StPO, nach der die Verfolgung der Gesetzesverletzung nach § 370a AO gegenüber der Verfolgung des Grundtatbestand des § 370 AO bzw. eventueller weiterer Taten „nicht beträchtlich ins Gewicht“ fällt, durchaus vertretbar sein, zumal der Regelung des § 154a StPO selbst eine vorsichtig formuliert „offene Abfassung“ eigen ist.²² Es sollte jedoch jedenfalls über den Kontext des Art. 100 I GG ebenso klar sein, was über § 154a I 1 StPO nicht erreicht und nicht angestrebt werden darf: Eine automatische Einstufung der Gesetzesverletzungen nach § 370a AO als nicht beträchtlich ins Gewicht fallend. Die *verfassungsrechtliche* Regelung des Art. 100 I GG kann nicht über das einfache Recht des § 154a StPO ohne weiteres „leerlaufen“.²³ Jedenfalls bei einer Praxis, die auf kaltem Wege Strafgesetze für verfassungswidrig erklärt, müsste die Handhabung des § 154a StPO als überdehnt gelten. Schon die dafür notwendige Prämisse, dass der durch Art. 100 I GG im Sinne der Gewaltenteilung in erster Linie geschützte Gesetzgeber selbst dergleichen mit § 154a StPO eröffnen wollte, kann nicht ohne eine Unterstellung angenommen werden.

Auch das Recht auf Verfahrensbeschleunigung ändert an dieser mitzudenkenden Begrenzung des Vorgehens über § 154a I 1, 2 (, II) StPO nichts. Zwar dient § 154a StPO vor allem auch diesem Menschenrecht bzw. dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot.²⁴ Die Norm des § 154a StPO sieht aber selbst im Fall des §§ 154a I 2, 154 I Nr. 2 StPO Grenzen vor, sie greift *nicht bei jedem* abstrakt denkbaren Beschleunigungsvorteil ein.²⁵ Es ist zudem zu bedenken, dass Anfrage- oder Vorlageverfahren nicht per se durch das Recht auf Verfahrensbeschleunigung verhindert werden.²⁶ Es ist zwar auf den Einzel-

fall bezogen die Handhabung und Entscheidung für ein solches Verfahren an Art. 6 I 1 EMRK *und* am verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgebot zu messen, nicht aber automatisch die Konsequenz einer Unmöglichkeit der Vorlage zu ziehen. Auch Art. 6 I 1 EMRK will insoweit unangemessene Verzögerungen, Untätigkeiten der Rechtspflege ausschließen,²⁷ nicht aber eine einheitliche Rechtspraxis und die Wahrung verfassungsrechtlicher Erfordernisse per se verunmöglichen. Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung zwingt nicht dazu, stets und in jedem Fall auf §§ 154a I 2, 154 I Nr. 2 StPO zurückzugreifen, um damit Art. 100 I GG und seine hohen Darlegungsvoraussetzungen²⁸ zu umgehen.

Festzuhalten bleibt, dass die Verfassungswidrigkeit des § 370a AO praktisch nur im Zusammenspiel von Art. 100 I GG und den §§ 154a, 154 StPO bewältigt werden kann. In Fällen, in denen etwa die Verfolgung des § 370a AO beträchtliches Gewicht nach § 154a I 1 StPO hätte oder § 154a I 2 StPO sperrend wirkt, dürfen die Einstellungs-vorschriften nicht deformiert werden, um § 370a AO wegen verfassungsrechtlicher Bedenken praktisch bereits auf kaltem Wege abzuschaffen. Nicht jeder Beschleunigungseffekt reicht aus, um von einem Verbrechenstatbestand *des Gesetzgebers* absehen zu dürfen. Eine gebotene Vorlage an das BVerfG darf nicht stets über § 154a StPO vermieden werden. Zumal sich nicht ohne Weiteres jeder Richter dem BGH anschließen wollen, bleibt das klare und Einheitlichkeit bewirkende Wort des BVerfG tatsächlich weiterhin erforderlich, um eine gleiche Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Erkenntnis zu § 370a AO über § 31 II BVerfGG abzusichern.

III. Folgerungen für den praktischen Umgang mit § 370a AO

Rekapituliert man die voran stehenden Ausführungen, ist von der Verfassungswidrigkeit des § 370a AO auszugehen. Obschon dies institutionell allein das BVerfG abschließend feststellen kann, wäre eine andere Auffassung des BVerfG doch erstaunlich: das BVerfG müsste nichts weniger tun, als dem auf das Steuerstrafrecht spezialisierten Strafsenat des BGH zeigen, wie eine Norm des einfachen Rechts noch verfassungskonform gelesen werden kann. Dass das BVerfG an einer solchen Vorgehensweise nicht gehindert ist, bleibt zwar festzuhalten. Dass das BVerfG aber noch ein überzeugendes *und auf den Gesetzgeber zurückführbares* Differenzierungskriterium für die Bewertung des „großen Ausmaßes“ aufdecken können wird, erscheint hingegen unwahrscheinlich.

Soweit Gerichte – nach Intervention der Verteidigung oder auch nach einer solchen der Staatsanwaltschaft – diesen Befund teilen, müssen sie bereits heute Konsequenzen ziehen. Ein passives Abwarten auf die irgend-

²² Vgl. zu den hier angesichts der auf § 370a AO konzentrierten Darstellung nicht näher verfolgten Bedenken gegen die §§ 154 f. StPO m.w.N. LR-Beulke, 25. Aufl. 2001, § 154 Rn. 5 und SK-Weßlau, Aufb.-Lfg. 32, 2003, § 154a Rn. 6 ff., § 154 Rn. 3 ff., insb. Rn. 5.

²³ Vgl. zum auch vom BVerfG in anderem Zusammenhang betonten Gesichtspunkt, dass die ihm in Art. 100 I GG zugewiesene Kompetenz nicht „leerlaufen und von den Fachgerichten wahrgenommen“ werden darf BVerfGE 63, 131, 141.

²⁴ Vgl. statt vieler Meyer-Göfner, 47. Aufl. 2003, § 154a Rn. 1, 15 f. und insbesondere zu § 154a I 2 StPO LR-Beulke (Fn. 22), § 154a Rn. 13, §§ 154 Rn. 25 ff. Vgl. insbesondere §§ 154a I 2, 154 I Nr. 2 StPO.

²⁵ Vgl. Meyer-Göfner (Fn. 23), § 154 Rn. 7, § 154a Rn. 8 ff., 15 f., 1: dem partiellen Strafverfolgungsverzicht sind Grenzen gesetzt; LR-Beulke (Fn. 22), § 154a Rn. 10, aber auch Rn. 13; SK-Weßlau (Fn. 22), § 154a Rn. 6 ff., § 154 Rn. 13 ff., Rn. 16: Rechtsfolgen dürften (bei Abs. 1 Nr. 1) nicht bis auf die Hälfte schrumpfen; zu Abs. 1 Nr. 2 vgl. m.w.N. Rn. 19 ff.: Ausnahmeregelung für seltene Fälle.

²⁶ Vgl. m.w.N. etwa wie hier in der Sache jüngst wieder das für BGHSt vorgesehene Urteil BGH 4 StR 85/04 vom 6. Juli 2004 = BGH HRRS 2004 Nr. 668; siehe auch bereits zum Entscheidungsmaßstab bei der Fortführung von Verfahren Gaede wistra 2004, 166, einerseits 171 und 172 f. andererseits.

²⁷ Vgl. zu Ratio und Auslegung des Art. 6 I 1 EMRK m.div.Nachw. Gaede wistra 2004, 166, 168 ff.

²⁸ Vgl. etwa BVerfGE 86, 71, 76 ff.; 89, 329, 336 f.; 97, 49, 60 ff.; siehe auch Sturm (Fn. 16), Art. 100 Rn. 6, 20.

wann erfolgreiche Vorlage eines anderen Gerichts würde der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Art. 103 II GG, der überdies auch als Menschenrecht anerkannt ist (Art. 7 EMRK),²⁹ nicht gerecht. Ist ein Gericht von der Verfassungswidrigkeit überzeugt, ist die Vorlage die vorrangige Option. Sollte es hingegen ohne eine Überdehnung etwa des § 154a StPO möglich sein, das Verfahren hinsichtlich § 370a AO einzustellen, kommt auch diese Option in Betracht. Es bedarf hierzu einer genauen Prüfung der Voraussetzungen der konkret in Bezug genommenen Opportunitätsvorschrift im Lichte möglicher Erfordernisse des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung.

Schließlich ist die Hoffnung auf eine Lösung des bislang an die Justizpraxis verwiesenen Problems wieder an den

²⁹ Vgl. dazu statt vieler m.w.N. *Demko* HRRS 2004, 19 ff. und *Puhk v. Estland*, HRRS 2004 Nr. 343.

zu richten, der das Problem selbst geschaffen hat: Auch wenn der Gesetzgeber ein zweites Mal eingestehen müsste, dass er zu einer nachhaltigen Gesetzgebung nicht im Stande war, so ist doch zu hoffen, dass er – soweit ihm das einstmals so wichtige – Gesetz noch immer wichtig genug ist, selbst umgehend die Konsequenzen ziehen. Der Gesetzgeber sollte – schon weil auch er an Verfassung und Völkerrecht gebunden ist – vermeiden, dass sich erst ein geeignetes Vorlageverfahren finden und vielleicht unabsehbare Zeit vor dem BVerfG verstreichen muss, bis der unvermeidliche Tenor aus Karlsruhe vorliegt. Wenn der Gesetzgeber das bereits ramponierte Vertrauen der Justizpraxis in den steuerstrafrechtlichen Gesetzgeber nicht weiter untergraben will, sollte er der Praxis eine lange Zeit der Unsicherheit ersparen und damit auch ein etwaiges praktisches Leerlaufen seiner Norm über die §§ 154a, 154 StPO verhindern.

Schrifttum

Eva Dedy, Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahrens, Duncker & Humblot, Berlin 2002, Schriften zum Prozessrecht, Bd. 169, 249 Seiten, ISBN 3-428-10751-9

Die Forderung nach einer Gesamtreformierung des Strafprozessrechts (S.73) zugrundelegend, möchte Eva Dedy mit Ihrer Arbeit „Ansätze einer Reform des Ermittlungsverfahrens“ einen „Beitrag zur Diskussion um die Reform des Strafprozeßrechts leisten“ (S. 76). Sich nicht einer Reform der Hauptverhandlung, sondern des Ermittlungsverfahrens zuzuwenden, führt Sie dabei auf den Bedeutungs- und Funktionswandel des Ermittlungsverfahrens zurück, wonach dieses nicht mehr nur ein vorbereitendes, stoffsammelndes Verfahren sei, dessen Feststellungen nicht in das Hauptverfahren hineinwirken (S. 76, 77). Vielmehr komme dem Ermittlungsverfahren heute eine das Ergebnis des gesamten Strafverfahrens prägende und bestimmende Wirkung zu, nach der „die entscheidenden Weichen für das Ergebnis der Hauptverhandlung bereits im Ermittlungsverfahren gestellt werden“ (S. 77). Trotz der Feststellung von Dedy, dass Teilreformen einzelner Abschnitte der Strafprozessordnung nur eingebettet in den Kontext einer Gesamtreform des Strafprozessrechts sinnvoll seien (S. 75, 76), beschränkt Sie sich ausdrücklich „ohne Rücksicht auf den Rahmen eines Gesamtkonzepts“ (S.75) auf die Darstellung der wichtigsten Reformanliegen und die Haupttendenzen der Reformbemühungen hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens.

Bevor Dedy auf jenes „Grundkonzept eines reformierten Ermittlungsverfahrens“ (S. 16) eingeht, widmet Sie den ersten Teil Ihrer Arbeit einer ausführlichen Darstellung der geschichtlichen Entwicklung der Strafprozessord-

nung und ihrer Reformversuche. Dedy stellt schlussfolgernd im zweiten Teil heraus, dass viele der gesetzlichen Reformversuche auf jeweils ganz konkrete und aktuelle Bedürfnisse zurückgingen und diese daher oft verschiedene oder gar gegensätzliche Züge trugen (S. 65, 68). Wenn man den Ertrag jener „Novellengesetzgebung“ (S. 65) nach Dedy auch nicht unterschätzen dürfe (S. 68), so bedingen solche Teilreformen den Nachteil einer Störung des aufeinander abgestimmten Systems der Strafprozessordnung (S. 69).

Auf das Abhängigkeitsverhältnis und den wichtigen Einfluss des materiellen Strafrechts auf das Strafprozessrecht weist Dedy, wenn auch in einer sehr knappen Weise, im dritten Teil Ihrer Arbeit hin, bevor Sie sich anschließend im vierten und größten Teil den Ihrer Ansicht nach wichtigsten Reformanliegen im Hinblick auf das Ermittlungsverfahren zuwendet. Dabei stellt Sie die in den bisherigen Reformvorschlägen wenig beachtete Erkenntnis voran, „dass es zwei verschiedene Arten von Beschuldigten gibt“ (S.78), den leugnenden und den geständigen Angeklagten, welche das Ziel einer günstigen Verfahrensgestaltung auf verschiedenen Wegen, nämlich einmal durch Konfrontation und das andere Mal durch Kooperation, zu erreichen versuchen (S.79). Dedy leitet daraus ab, dass auch für das Ermittlungsverfahren zwei verschiedene Modelle, das kontradiktorische und das kooperative, bestehen sollten, wobei diese nicht als sich ausschließendes Gegensatzpaar, sondern als sich ergänzende Varianten zu begreifen seien (S. 79, 80).

Als erstes der „Hauptinhaltepunkte eines kontradiktorischen Ermittlungsverfahrens“ (S. 80) stellt Dedy die Reform der Untersuchungshaft heraus, welche „als Entzug der persönlichen Freiheit die schärfste verfahrensrechtliche Zwangsmaßnahme“ (S. 80) darstelle. Dedy

untersucht insofern bestehende Reformbedürfnisse, zum Beispiel hinsichtlich der Verbesserung der Haftentscheidungsgrundlagen, einer automatischen Haftprüfung, der Einrichtung einer besonderen, den Bereich der geringfügigen Kriminalität ausschließenden Zulässigkeitschwelle für die Untersuchungshaft sowie auch in Bezug auf etwaige die Verfahrensdurchführung sichernden Alternativen zum Haftbefehl und die Haftgründe der Schwere der Tat und der Wiederholungsgefahr (S. 87-111).

Den zweiten Eckpfeiler des kontradiktorischen Ermittlungsverfahrens bilden nach Dedy die zukünftig zu erweiternden und zu stärkenden Teilhaberechte des Beschuldigten. Unter nochmaligem, kurzem Wiederaufgreifen der Erkenntnis vom Bedeutungswandel des Ermittlungsverfahrens mit seiner weichenstellenden prägenden Wirkung für den weiteren Verfahrensverlauf (S. 113, 114) müsse nach Dedy gelten, „daß in dem Maße, in dem die Bedeutung des Ermittlungsverfahrens wächst, auch seine Ergebnisse die Gewähr einer kontradiktorischen Bestandsaufnahme bieten sollten“ (S. 114).

Als mit großen Defiziten behaftete Teilhaberechte untersucht Dedy daher anschließend die Benachrichtigungsrechte des Beschuldigten sowie die verschiedenen Anwesenheitsrechte des Verteidigers und Beschuldigten, etwa bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten, Zeugen und Sachverständigen durch Polizei und Staatsanwaltschaft, bei polizeilichen Beschuldigtenvernehmungen, in Verfahren zur Identitätsfeststellung, bei Untersuchungen des Beschuldigten durch Sachverständige oder bei Gegenüberstellungen zur Identifizierung (S. 111-135). Die diesbezüglich von Dedy nachfolgend aufgestellten Forderungen nach einer Erweiterung und Stärkung der Benachrichtigungs-, Frage- und Beanstandungsrechte sowie der Protokollierungsbefugnisse münden im Falle einer Verletzung der erweiterten Anwesenheitsrechte in eine für das reformierte Strafverfahren vorgeschlagene sog. „Hauptverhandlungsverwertungsverbotsklausel“ (S. 146 ff.), die eine „der Kernthesen der Reform der Anwesenheitsrechte im Ermittlungsverfahren“ (S. 146) darstelle.

Anschließend widmet sich Dedy dem ebenfalls auszubauenden Recht auf Akteneinsicht als „zweiten Stützpfiler wirksamer Teilhabe im Ermittlungsverfahren“ (S. 148) und geht hier einer Konkretisierung der Klausel der „Gefährdung des Untersuchungszwecks“ sowie - unter kurzgehaltener Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EGMR - dem Gesichtspunkt eines eigenen Akteneinsichtsrechts des Beschuldigten nach. Zuletzt macht Dedy Vorschläge für eine Ausdehnung der notwendigen Verteidigung im Ermittlungsverfahren und wendet sich dem Thema der Beweiserhebungen im Ermittlungsverfahren zu, wobei Sie bezüglich einer eigenen Ermittlungstätigkeit

des Verteidigers der Frage nach einer insofern erforderlichen gesetzlichen Normierung nachgeht (S. 203 ff.). Im Anschluss an die Ausführungen zum kontradiktorischen Ermittlungsverfahren richtet Dedy ihr Augenmerk nun auf das kooperative Ermittlungsverfahren: Unter Aufgreifen der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH zur Zulässigkeit verfahrensbeendender Absprachen untersucht Dedy in ausführlicherer Weise Inhalt und zu beachtende Grenzen von Absprachen sowie die Folgen gescheiterter Absprachen, wobei zwischen fehlgeschlagenen Verständigungsanbahnungen und nicht eingehaltenen Absprachen zu differenzieren sei (S. 219 ff.).

Dedy stellt in ihrer Arbeit die ihrer Ansicht nach wichtigsten Themen einer zukünftigen Reformierung der Ermittlungsverfahrens in leicht verständlicher und nachvollziehbarer Weise dar. Wenn Sie sich auch ausdrücklich auf diese „Haupttendenzen der Reformbemühungen hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens“ (S.76) beschränkt, wäre es in Anbetracht dessen, dass – was die Autorin selbst feststellt – Teilreformen nur im Rahmen eines Gesamtkonzeptes sinnvoll sind, wünschenswert gewesen, wenn solchermaßen bestehende Bezüge und weiterführende Fragen zu den verschiedenen übergreifenden Gesamtzusammenhängen aufgeworfen und diskutiert worden wären. Auch innerhalb der von Dedy dargestellten Reformanliegen hinsichtlich des Ermittlungsverfahrens erscheint die Diskussion der sich dabei stellenden Probleme und etwaiger Auseinandersetzungen zwischen Schrifttum und Rechtsprechung teilweise etwas kurz. Neben einer verstärkten Auseinandersetzung mit für eine Diskussion zumindest offen stehenden Vorgaben der Europäischen Menschenrechtskonvention wäre auch ein rechtsvergleichender Blick auf die Erfahrungen anderer Staaten, die dem Ermittlungsverfahren - unter, wenn auch nicht unumstrittener und derzeit vermehrt diskutierten Lockerung des Unmittelbarkeitsprinzips der Hauptverhandlung - eine größere Bedeutung zumessen, interessant gewesen. Mit den verschiedenen, von Dedy dargestellten Reformanliegen des kontradiktorischen und kooperativen Ermittlungsverfahrens zeigt Dedy jedoch in klarer Weise auf, dass die Einflussmöglichkeiten des Beschuldigten zur Verteidigung im Ermittlungsverfahren in einer umfassenden und differenzierten Art und Weise auszubauen sind, um der das gesamte weitere Verfahren wesentlich prägenden, weichenstellenden Bedeutung des Ermittlungsverfahrens und einer bereits hier zu gewährleistenden wehrhaften Beschuldigtenstellung tatsächlich gerecht zu werden.

Oberassistentin Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

690. Supreme Court of the United States No. 02-9410 – Urteil vom 8. März 2004 (Crawford v. Washington)

Faires Verfahren (*due process of law*) und Konfrontationsrecht (Zeugenaussage in Form eines Testimoniums; Verwertungsverbot hinsichtlich unkonfrontierter Zeugenaussagen; Gegenverhör; Zeuge vom Hörensagen (*hearsay evidence*); Zeugnisverweigerungsrecht; Fragerecht); Verfassungsauslegung (historisch bewahrende Methode).

Constitution of the United States of 1787, Amendment 6, Amendment 14; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

691. EuGH C-476/01 – Urteil der fünften Kammer vom 29. April 2004 (AG Frankenthal; Fall Felix Kapfer)

Gegenseitige Anerkennung der Führerscheine in der EU/EG (Wohnsitzerfordernis; Folgen des Entzugs oder der Aufhebung einer vorherigen Fahrerlaubnis; Anerkennung eines von einem anderen Mitgliedstaat neu ausgestellten Führerscheins; enge Auslegung von Ausnahmebestimmungen insbesondere bei der Verwirklichung von Grundfreiheiten); Vorabentscheidungsverfahren (Zulässigkeit; grundsätzliche Beurteilung durch das vorlegende Gericht); Vertragsverletzungsverfahren und gegenseitige Anerkennung.

Art. 8 Abs. 4 Richtlinie 91/439/EWG; Art. 1 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 lit. b, Art. 9 Richtlinie 91/439/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 über den Führerschein in der Fassung der Richtlinie 97/26/EG des Rates vom 2. Juni 1997; Art. 227 EGV; Art. 234 EGV; § 22 StVG

692. BGH 1 StR 115/04 – Urteil vom 7. Juli 2004 (LG München)

Unerlaubte Abgabe und unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen); Verfall von Wertersatz und erweiterter Verfall (Erörterungsmangel; Überzeugungsbildung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 73a StGB; § 73d StGB; § 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 261 StPO

693. BGH 1 StR 145/04 – Urteil vom 20. Juli 2004 (LG Kempten)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei offenem feindseligen Gegenübertreten; Ausnutzungsbewusstsein).

§ 211 StGB

694. BGH 1 StR 145/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Kempten)

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Anwendungsbereich; Verletzung von Protokollen über Atemalkoholtests).

§ 249 Abs. 1 StPO; § 250 Satz 1 StPO

695. BGH 1 StR 241/04 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Traunstein)

Keine Strafrahmilderung nach § 31 BtMG auf Grund des Zweifelssatzes (Aufdeckung; Aufklärungserfolg; in dubio pro reo; Überzeugung des Gerichts).

§ 31 BtMG

696. BGH 1 StR 273/04 – Beschluss vom 8. Juli 2004 (LG Mannheim)

Gebotene Videoaufzeichnung der Vernehmung einer schutzbedürftigen Zeugin im Ermittlungsverfahren (Dokumentationspflicht; Opferschutz bei schwerwiegenden Sexualstraftaten).

Art. 3 EMRK; § 58a Abs. 1 Satz 2 StPO

697. BGH 1 StR 307/04 – Beschluss vom 3. August 2004 (LG Schweinfurt)

Unzulässige Revision (wirksamer Rechtsmittelverzicht).

§ 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

698. BGH 4 StR 120/04 – Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Neubrandenburg)

Beweiswürdigung (sexueller Missbrauch; Widerspruch von schriftlichem Glaubwürdigkeitsgutachten und dem mündlich erstatteten Gutachten).

§ 261 StPO

699. BGH 4 StR 155/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Essen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens; horizontale Teilentscheidung der Revision); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfahren); Freiheit der Person.

§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

700. BGH 4 StR 175/03 – Urteil vom 6. Juli 2004 (LG Detmold)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Durchführung eines zeitaufwendigen Anfrage- und Vorlageverfahrens; horizontale Teilentscheidung der Revision); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zur Führung eines Fahrzeuges; Erfordernis des „spezifischen Zusammenhangs“; Gesamtwürdigung; Anfrageverfahren); Freiheit der Person.

§ 353 StPO; § 354 StPO; § 69 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG

701. BGH 4 StR 176/04 – Beschluss vom 15. Juni 2004 (LG Kaiserslautern)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung von Schuldunfähigkeit oder verminderter Schuldunfähigkeit; Ursachen- und Symptomzusammenhang; Gesamtwürdigung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

702. BGH 4 StR 5/04 – Beschluss vom 1. Juli 2004 (LG Rostock)

Sexueller Missbrauch eines Jugendlichen (Entgelt bei einem Angebot zu einer späteren bezahlten Tätigkeit); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Gesamtwürdigung; verkehrsspezifischer Zusammenhang).

§ 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB; § 69 StGB

703. BGH 4 StR 178/04 – Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

704. BGH 4 StR 180/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

705. BGH 4 StR 184/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Stralsund)

Gesonderte Bestimmung der Verjährung bei Tateinheitlich zusammentreffenden Taten; Strafzumessung (Berücksichtigung verjährter Straftaten).

§ 78 StGB; § 46 StGB

706. BGH 4 StR 210/04 – Beschluss vom 24. Juni 2004 (LG Fulda)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Ursachenzusammenhang und Symptomzusammenhang; krankhafte Alkoholsucht).

§ 63 StGB

707. BGH 4 StR 249/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Kaiserslautern)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts (wirksame Rechtsmittelrücknahme: Feststellung durch das Revisionsgericht, Zuständigkeit, Antrag nach § 346 Abs. 2 StPO analog; erfolglose Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

§ 346 StPO; § 302 StPO

708. BGH 4 StR 254/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Dortmund)

Öffentlichkeitsgrundsatz (Reichweite des Ausschlusses der Öffentlichkeit für die Dauer der Vernehmung eines Zeugen; Erfassung aller Verfahrensvorgänge, die mit der Vernehmung in enger Verbindung stehen und zu diesem Verfahrensabschnitt gehören; Vereidigung und Entlassung).

§ 171b GVG; § 172 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

709. BGH 4 StR 256/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Dortmund)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; frühere Verurteilung).

§ 55 StGB

710. BGH 4 StR 548/03 – Beschluss vom 13. Juli 2004 (LG Paderborn)

Doppelverwertungsverbot bei der gefährlichen Körperverletzung (Vorwurf des fehlenden freiwilligen Rücktritts vom Totschlagsversuch); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellungen).

§ 46 StGB; § 224 StGB; § 63 StGB

711. BGH 5 StR 151/04 – Beschluss vom 8. Juli 2004 (LG Hamburg)

Eigene Entscheidung des Revisionsgericht analog § 354 Abs. 1 StPO (Änderung des Anrechnungsmaßstabes bei im Ausland erlittener Untersuchungshaft: Ecuador).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 EMRK; § 354 Abs. 1 StPO

712. BGH 5 StR 154/04 – Urteil vom 22. Juli 2004 (LG Berlin)

Grenzen der Revisibilität der Strafzumessung.

§ 46 StGB

713. BGH 5 StR 71/04 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Frankfurt)

Beweiswürdigung bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts (Glaubwürdigkeitsbeurteilung; Aufklärungserfolg nach § 31 BtMG; Belastungszeuge; Verfahrensabsprachen; Darlegungspflichten); Konfrontationsrecht (Prüfung der Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; Gesamtbetrachtung); Beweisanspruchsrecht (Unerreichbarkeit; mögliche Videovernehmung im Ausland; Unzulässigkeit einer entsprechenden Verfahrensrüge).

§ 261 StPO; § 31 BtMG; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 69 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 55 StPO

714. BGH 5 StR 85/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Wuppertal)

Verfassungswidrigkeit der gewerbsmäßigen Steuerhinterziehung (Merkmal „in großem Ausmaß“; Einstellung nach § 154a StPO) wegen Verstoßes gegen das Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheitsgrundsatz); Gesetzesbindung des Richters und Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 1 GG (Einstellung nach § 154a StPO; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 100 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 GG; Art. 7 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370a Satz 1 Nr. 1 AO; § 154a StPO

715. BGH 5 StR 161/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

716. BGH 5 StR 190/04 – Beschluss vom 21. Juli 2004 (LG Hamburg)

Erörterungsmangel bei der Ablehnung der Voraussetzungen der §§ 20, 63 StGB wegen krankhafter seelischer Störung oder schwerer anderer seelischer Abartigkeit (affektbedingter Ausschluss der Schuldfähigkeit); Strafzumessung (fehlerhafte Strafschärfung bei sexueller Selbstbefriedigung in Gegenwart einer Leiche; Störung der Totenruhe).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 46 StGB; § 168 StGB

717. BGH 5 StR 193/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Neuruppin)

Fehlerhafte Erörterung der Ablehnung einer verminderten Schuldfähigkeit bei Brandstiftung (Erörterungsmangel).

§ 21 StGB; § 306 StGB

718. BGH 5 StR 204/04 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Berlin)

Zulässiger Antrag des Nebenklägers auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (unabwendbares Ereignis bei Versäumnissen von Büroangestellten; Zurechnung des Verschuldens des Prozessbevollmächtigten).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

Einem Nebenkläger kann keine Wiedereinsetzung gewährt werden, wenn der von ihm bevollmächtigte Rechtsanwalt schuldhaft gehandelt hat (vgl. BGHSt 30, 309). Ein Rechtsanwalt darf jedoch in einfach gelagerten Fällen die Feststellung des Fristbeginns und die Berechnung einer Frist gut ausgebildeten und sorgfältig überwachten Büroangestellten überlassen (vgl. BGHR StPO § 44 Verschulden 7 m. w. N.).

719. BGH 5 StR 207/04 (alt: 5 StR 75/01 und 5 StR 357/02) – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Neuruppin)

Unzulässigkeit der Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen; Besetzungsrüge); anderer Spruchkörper im Sinne des § 354 Abs. 2 StPO.

§ 354 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

720. BGH 5 StR 213/04 – Beschluss vom 8. Juli 2004 (LG Frankfurt)

Subsidiarität des Beschlussverfahrens bei der Gesamtstrafenbildung.

§ 460 StPO; § 55 StGB

721. BGH 5 StR 235/04 – Beschluss vom 7. Juli 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

722. BGH 5 StR 241/04 – Beschluss vom 22. Juli 2004 (LG Augsburg)

Verfahrensabtrennung zur Verwirklichung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (horizontales Teilurteil; Entscheidungsreife; Vorlage an den EuGH; Einholung von Rechtsauskünften bei Eurojust zur möglichen Ver-

fahreenseinstellung wegen des ne bis in idem gemäß Art. 54 SDÜ).

Art. 54 SDÜ; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 35 EUV; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 353 StPO; § 354 StPO

723. BGH 5 StR 250/04 – Beschluss vom 6. Juli 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

724. BGH 5 StR 256/04 – Beschluss vom 21. Juli 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

725. BGH 5 StR 257/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Berlin)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anwendungspflicht; Vorrang vor den §§ 35, 36 BtMG).

§ 64 StGB; § 35 BtMG; § 36 BtMG

726. BGH 5 StR 287/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

727. BGH 5 StR 306/03 – Urteil vom 24. Juni 2004 (LG Berlin)

Mord (niedrige Beweggründe bei terroristischen Motiven; Fall „La Belle“; Bestimmung nach den Vorstellungen der deutschen Rechtsgemeinschaft); verbotene Vernehmungsmethoden (Täuschung; Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge); Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen (pflichtgemäßes Ermessen; Erreichbarkeit; Beweisantizipation); Abgrenzung von Beihilfe und Mittäterschaft; verminderte Schuldfähigkeit (Erheblichkeit als Rechtsfrage).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 21 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 136a StPO

728. BGH 5 StR 399/03 – Beschluss vom 20. Juli 2004

Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs (Erteilung von rechtl. Gehör im Ermittlungsverfahren grundsätzlich über den Verteidiger).

Art. 103 Abs. 1 GG i.V.m. § 33a StPO

729. BGH 5 StR 554/03 – Beschluss vom 7. Juni 2004 (LG Dortmund)

Schmuggel und Steuerhhelei (Berechnungsdarstellung; Schätzung); Tabaksteuergesetz (richtlinienkonforme Auslegung). Vorlagepflicht nach Europarecht (acte clair Doktrin; gesetzlicher Richter).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 234 Abs. 3 EGV; § 373 AO; § 374 AO

730. BGH 2 StR 140/04 - Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Erfurt)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Zäsurwirkung.
§ 55 StGB

731. BGH 2 StR 150/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Darmstadt)

Freiheitsberaubung und Raub (Spezialität; Konkurrenzen); einheitliche Jugendstrafe (Einbeziehung einer früheren Verurteilung); Bestimmtheit der Einziehungsanordnung (Bezeichnung der eingezogenen Gegenstände; Urteilsformel).
§ 239 StGB; § 249 StGB; § 31 JGG; § 74 StGB

732. BGH 2 StR 37/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Hanau)

Zwingende Zustellung des Adhäsionsantrags an den Beschuldigten; Prüfung der Wirksamkeit des Adhäsionsantrages von Amts wegen.
§ 404 StPO; § 253 ZPO

733. BGH 2 StR 82/04 - Urteil vom 30. Juni 2004 (LG Mühlhausen)

Notwehr; Erforderlichkeit der Notwehrhandlung (Schusswaffengebrauch); sozialethische Einschränkung des Notwehrrechts (Zurückweichen).
§ 32 StGB; § 212 StGB

734. BGH 2 StR 153/04 - Beschluss vom 25. Juni 2004 (LG Gera)

Gesamtstrafe; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.
§ 54 StGB; § 55 StGB

735. BGH 2 StR 155/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Wiesbaden)

Sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; Verfolgungsverjährung; Gesamtstrafenbildung; Einsatzstrafe.
§ 174 StGB; § 176 StGB; § 78 StGB; § 54 StGB

736. BGH 2 StR 170/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Mühlhausen)

Konkurrenzen beim schwerem Raub und gefährlicher Körperverletzung; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.
§ 250 StGB; § 224 StGB; § 55 StGB

737. BGH 2 StR 176/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Gera)

Diebstahl geringwertiger Sachen; Wertgrenze; Strafzumessung; Erstreckung der Urteilsaufhebung auf Mitangeklagte.
§ 248a StGB; § 242 StGB; § 243 StGB; § 357 StPO

738. BGH 2 StR 187/04 - Beschluss vom 16. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Einfuhr von Betäubungsmitteln (tatsächliche Verfügungsmacht, Aushändigung von Transitgepäck); Betäubungsmittelkurier; Darlegung.
§ 30 BtMG; § 267 StPO

739. BGH 2 StR 191/04 - Beschluss vom 16. Juli 2004 (LG Frankfurt)

Schuldunfähigkeit; verminderte Schuldfähigkeit; Strafmilderung.
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

740. BGH 2 StR 196/04 - Beschluss vom 30. Juni 2004 (LG Marburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahr der Begehung erheblicher Straftaten, zwingende Anordnung, Verhältnis zu § 35 BtMG).
§ 64 StGB; § 35 BtMG

741. BGH 2 StR 200/04 - Beschluss vom 25. Juni 2004 (LG Hanau)

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

742. BGH 2 StR 205/04 - Beschluss vom 25. Juni 2004 (LG Bonn)

Raub (Zueignungsabsicht, Versuch); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 249 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 64 StGB

743. BGH 2 StR 213/04 - Beschluss vom 9. Juli 2004 (LG Limburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum Konsum von Betäubungsmitteln im Übermaß).
§ 64 StGB

744. BGH 2 StR 220/04 - Beschluss vom 25. Juni 2004 (LG Köln)

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

745. BGH 2 StR 223/04 - Beschluss vom 14. Juli 2004 (LG Aachen)

Rücktrittsprivileg (Vorsatz; Tatbestandsverwirklichung); Strafzumessung.
§ 24 Abs. 1 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

746. BGH 2 StR 471/03 - Beschluss vom 16. Juli 2004 (LG Bonn)

Bestellung eines Beistands für die Nebenklage (Fortwirkung in der Revisionsinstanz).
§ 397a StPO

747. BGH 2 StR 491/03 - Urteil vom 23. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme; unerreichbarer Zeuge (Schizophrenie; fehlende Aussagebereitschaft; unbekannter Aufenthalt; Bedeutung des Zeugen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz); Aufklärungspflicht.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 250 StPO; § 251 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

748. BGH 4 StR 149/04 – Beschluss vom 26. Mai 2004 (LG Dortmund)

Bindungswirkung (Umfang; Teilrechtskraft); unzulässige Bezugnahme auf die Strafzumessungserwägungen eines aufgehobenen Urteils (Urteilsgründe; Strafzumessung).
§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 353 StPO; § 46 StGB

749. BGH 3 StR 181/04 - Beschluss vom 29. Juli 2004 (LG Oldenburg)

Brandstiftung; Absicht der Schädigung einer Versicherung; besonderes persönliches Merkmal.
§ 306 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 28 StGB

750. BGH 2 StR 200/04 - Beschluss vom 25. Juni 2004 (LG Hanau)

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