

# HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 5/2005  
6. Jahrgang

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

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

## Publikationen

*Nikolaos Gazeas, Köln/Thessaloniki - Die Menschenwürde ist zu teuer – Zu Entschädigungsansprüchen eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung* (Zugl. Anmerkung zu BGH III ZR 361/03, Urteil vom 4. November 2004 = HRRS 2004 Nr. 987) S. 171

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

- BGH (GS) **Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts (BGHSt)**
- EGMR ***ZE Mattick vs. Deutschland* – Ausreichende Vorbereitungszeit des Verteidigers bei drohender Sicherungsverwahrung**
- BVerfG **Keine Ableitung von Verfahrensnachteilen bei Verfahrensfehlern des Gerichts**
- BGH **Musikgruppe als kriminelle Vereinigung – Fall „Landser“ (BGHSt)**
- BGH **Vorlagebeschluss des dritten Strafsenats zur einschränkenden Auslegung des unerlaubten Handeltreibens**
- BGH **Geltung des § 354 Abs. 1a StPO bei fehlerhafter Berücksichtigung einer Verfahrensverzögerung**
- BGH **Keine ausdehnende Auslegung des § 51 Abs. 1 BZRG**
- BGH **Verpflichtung des besonderen Vollstreckungsleiters zur Zurücknahme der Vollstreckung**
- BGH **Achtung der Würde des Zeugen im Rahmen der Wahrheitsermittlung**

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

Diese Ausgabe umfasst 107 Entscheidungen.

# HRRS HRR-Strafrecht

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

6. Jahrgang, Mai 2005, Ausgabe **5**

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 311. EGMR Nr. 62116/00 – Zulässigkeitsentscheidung vom 31. März 2005 (Mattick v. Deutschland)

Recht auf ein faires Verfahren (ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung; Verfahrensaussetzung; Beachtung der Arbeitslast des Rechtsanwaltes und erwartbare Umverteilung der Arbeitsbelastung; Vorbereitung bei einer möglichen Sicherungsverwahrung).

Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 265 StPO; § 66 StGB

1. Die gemäß Art. 6 III lit. b EMRK erforderliche Zeit zur Vorbereitung kann nicht abstrakt bestimmt werden, sondern ist allein relativ auf die Umstände des konkreten Falles zu beziehen.

2. Wenn die Dauer der Vorbereitungszeit zu bestimmen ist, ist nicht nur die Komplexität des Falles, sondern auch die übliche Arbeitsbelastung eines Rechtsanwaltes einzubeziehen, von dem gewiss nicht erwartet werden kann, dass er sein gesamtes Arbeitsprogramm so umstellt, dass er seine gesamte Zeit nur dem einen vorliegenden Fall widmet. Es ist jedoch nicht unvernünftig, zu erwarten, dass ein verteidigender Rechtsanwalt einem besondere Dringlichkeit aufweisenden Fall im Rahmen seiner Arbeitsorganisation eine vermehrte Bedeutung zuweist.

3. Droht dem Angeklagten die Sicherungsverwahrung nach deutschem Recht, hat der Verteidiger nicht nur die

aktuelle Anklage zu bewältigen, sondern auch die früheren Verurteilungen und ein Sachverständigengutachten zu bearbeiten. Hierfür muss ein Verteidiger größtmögliche Sorgfalt aufwenden und eine dem angemessene Zeit zur Verfügung haben.

### 313. BVerfG 2 BvR 975/03 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2005 (OLG Rostock)

Anspruch auf faires Verfahren (erster Zugang zum Gericht; keine Verfahrensnachteile für Rechtsschutzsuchende bei gerichtlichen Verfahrensfehlern; Wiedereinsetzung; verfassungskonforme Gesetzesauslegung; Fürsorgepflicht; Belehrung über Wiedereinsetzung); Rechtsbeschwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle (Aufnahme durch eine gemäß § 24 Abs. 1 RPfIG hierzu nicht befugte Justizbedienstete); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erschöpfung des Rechtswegs; Wiedereinsetzung); keine Wiedereinsetzung im fachgerichtlichen Verfahren durch das Bundesverfassungsgericht.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 45 Abs. 1 StPO; § 118 Abs. 3 StVollzG; § 24 Abs. 1 RPfIG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

1. Aus dem grundrechtlichen Anspruch auf ein faires Verfahren folgt, dass die Gerichte aus Fehlern, die ihnen selbst zuzurechnen sind, keine Verfahrensnachteile für den Rechtsschutzsuchenden ableiten dürfen (BVerfGE 75, 183, 190 f.). Dies erspart es dem Rechtsschutzsuchenden jedoch nicht, nachteilige Folgen gerichtlicher

Fehler durch Inanspruchnahme verfügbarer Rechtsbehelfe abzuwehren.

2. Führen dem Staat zuzurechnende Fehler des Gerichts zu einer Behinderung des ersten Zugangs zu Gericht, ist die Wiedereinsetzung durch verfassungskonforme Gesetzesauslegung zu erleichtern.

3. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Wiedereinsetzungsgrund, in einem den Gerichten zuzurechnenden Fehler liegt, fordert der Grundsatz fairer Verhandlungsführung eine Belehrung des Betroffenen über die Möglichkeit der Wiedereinsetzung.

4. Kann ein Beschwerdeführer mit einem Rechtsmittel, für das ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren ist, erreichen, dass seine Rechte im Wege des fachgerichtlichen Rechtsschutzes gewahrt werden, so ist regelmäßig von ihm zu verlangen, dass er diesen Weg beschreitet, bevor er Verfassungsbeschwerde einlegt (vgl.

BVerfGE 10, 274, 281; 77, 275, 282).

5. Das Bundesverfassungsgericht kann keine Wiedereinsetzung im fachgerichtlichen Verfahren gewähren.

### **314. BVerfG 2 BvR 1178/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2005 (LG Braunschweig/AG Wolfenbüttel)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Verhältnismäßigkeit; Ordnungswidrigkeitenverfahren (Durchsuchung; Beschlagnahme); Durchsuchungsbeschluss (Begrenzungsfunktion); Abgrenzung von steuerberatender und buchhalterischen Tätigkeit (Eintragungen in moderne Steuer-Software als steuerberatende Handlung).

Art. 13 GG; Art. 12 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 46 Abs. 1 OWiG; § 94 StPO; § 102 StPO

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt nicht, dass bei Ordnungswidrigkeiten generell von Durchsuchung und Beschlagnahme abgesehen wird.

## **Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**

### **I. Materielles Strafrecht**

#### **1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB**

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

#### **2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB**

##### **351. BGH 3 StR 233/04 - Urteil vom 10. März 2005 (KG Berlin)**

BGHSt; Fall „Landser“; kriminelle Vereinigung (Rädelsführer); öffentliche Aufforderung zu Straftaten; effektive Verteidigung (unüberwachte Kommunikation mit dem Mandanten); fair trial; faires Verfahren (Ermittlungen im Freibeweisverfahren; Bekanntwerden des Verteidigungskonzepts); Telefonüberwachung (Mandantengespräche; Abbruch der Überwachung; inhaltliche Auswertung zufällig mitgeschnittener Gespräche); öffentliche Aufforderung zu Straftaten (hinreichend konkrete Aufforderung); Volksverhetzung.

§ 129 StGB; § 111 StGB; § 100 a Satz 1 und 2 StPO; § 148 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 100 h Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 StPO; 111 StGB; § 130 StGB

1. Zur Strafbarkeit einer Musikgruppe nach § 129 Abs. 1 StGB, die auf die Veröffentlichung von Liedern mit Texten strafbaren Inhalts ausgerichtet ist. (BGHR)

2. Im Hinblick auf § 148 Abs. 1 StPO ist es im Rahmen einer laufenden Telefonüberwachung grundsätzlich geboten, die Aufzeichnung eines Telefonats sofort abzubrechen, wenn sich ergibt, dass es sich um ein Mandanten-

gespräch zwischen dem Beschuldigten, Angeschuldigten bzw. Angeklagten und seinem Verteidiger handelt. Dies gilt auch dann, wenn die Überwachung des Anschlusses des Mandanten in dem Verfahren gegen einen Dritten (vgl. § 100 a Satz 2 StPO) angeordnet wurde. (Bearbeiter)

3. Ist der Abbruch der Aufzeichnung nicht möglich, weil die Telefonüberwachung automatisch durchgeführt wird, so hat jede inhaltliche Auswertung des Gesprächs zu unterbleiben (vgl. § 100 h Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 StPO). Denn wenn es danach schon unzulässig ist, die unter Missachtung des § 100 h Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 i. V. m. § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO gewonnenen bloßen Daten über Telekommunikationsverbindungen zwischen dem Verteidiger und seinem Mandanten zu verwerten, muss die Auswertung des durch eine Überwachungsmaßnahme zufällig bekannt gewordenen Inhalts einer derartigen Kommunikation erst recht ausgeschlossen sein. (Bearbeiter)

4. Die Aus- und Verwertung des Inhalts eines zufällig abgehörten Mandantengesprächs ist nicht nur im Hinblick auf die unmittelbare Schuld- und Straffrage, son-

dem auch für sonstige verfahrensrechtlichen Zwecke unzulässig. Der Gesprächsinhalt darf daher auch nicht als Grundlage für einen Ablehnungsantrag gegen einen der erkennenden Richter herangezogen werden. (Bearbeiter)

5. Die Ermittlungen zur Frage des Vorliegens eines Verstoßes gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens unterliegen den Regeln des Freibeweises. (Bearbeiter)

6. Der Senat lässt offen, ob das Abhören und Auswerten eines Mandantengesprächs einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens darstellt, wenn der Staatsanwaltschaft dadurch das Verteidigungskonzept bekannt wird. (Bearbeiter)

7. Für eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB ist nicht erforderlich, dass die Vereinigung über die unmittelbaren kriminellen Handlungen hinausgehende gesellschaftsgefährdende Ziele verfolgt. (Bearbeiter)

8. Der Tatbestand der öffentlichen Aufforderung zu Straftaten setzt voraus, dass zumindest erkennbar wird, in welcher strafrechtlich relevanten Weise konkret vorgegangen werden soll. Fremdenfeindliche Äußerungen allein genügen hierfür selbst dann nicht, wenn ein Text nach seinem Gesamtzusammenhang allgemein zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen eine Bevölkerungsgruppe auffordert. (Bearbeiter)

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### 382. BGH 4 StR 569/04 – Beschluss vom 8. März 2005 (LG Hagen)

Verwertungsverbot nach § 51 Abs. 1 BZRG (keine erweiternde Auslegung über die Verurteilung hinaus; Zweck der Resozialisierungsförderung; mögliche Auswirkung bei getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen hinsichtlich des Hanges bei der Sicherungsverwahrung). § 51 Abs. 1 BZRG; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Bestimmung des § 51 Abs. 1 BZRG setzt nach ihrem klaren Wortlaut eine Verurteilung voraus. Eine erweiternde Auslegung dieser Ausnahmenvorschrift auf Fälle, in denen eine Verurteilung nicht erfolgt ist, verbietet sich. Zweck des Verwertungsverbots in § 51 Abs. 1 BZRG ist es, den Verurteilten vom Strafmakel zu befreien und dadurch seine Resozialisierung zu fördern.

2. Der Senat braucht hier nicht die Frage zu entscheiden, ob § 51 Abs. 1 BZRG auch der Berücksichtigung von getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen bei der Beurteilung des Hanges im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB entgegensteht.

### 320. BGH 2 StR 384/04 - Urteil vom 16. Februar 2005 (LG Gera)

Überzeugungsbildung; Beweismwürdigung; Strafzumessung beim Versuch (fakultative Strafmilderung; schärfende Berücksichtigung des fehlenden Rücktritts; Doppelverwertungsverbot); Gesamtstrafenbildung (Erhöhung

### 393. BGH 5 StR 72/05 – Beschluss vom 16. März 2005 (LG Braunschweig)

Betrug (Erklärungswert bei der Vorlage einer Post-Card; Irrtum; Divergenz zur Rechtsprechung des ersten Strafsenats; Absehen von einer Anfrage nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG). § 263 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

Die Erwägungen des Senats zum Umfang des Erklärungswerts eines Überweisungsauftrags (BGHSt 46, 196, 198 ff.) legen es nahe, bei der Vorlage einer „Post-Card“ ebenfalls keine schlüssige Erklärung anzunehmen, das Girokonto der Angeklagten verfüge zum Zeitpunkt eines späteren Lastschrifteinzugs über eine ausreichende Deckung.

### 327. BGH 2 StR 537/04 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Frankfurt)

Landfriedensbruch (Subsidiarität; besonders schwerer Fall; Qualifikation; Strafzumessungsregel). § 125 StGB; § 125a StGB

Die Subsidiaritätsklausel des § 125 StGB greift auch dann ein, wenn ein besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs nach § 125 a StGB vorliegt, denn diese Vorschrift ist kein qualifizierender Tatbestand, sondern eine Strafzumessungsregel.

der Einsatzstrafen; enger zeitlicher Zusammenhang; gleichartige Begehungsweise; Person des Täters); Betrug (Strafzumessung; kriminelle Energie; Aufwand bei der Täuschung).

§ 261 StPO; § 23 StGB; § 49 StGB; § 263 StGB

1. Ein erheblicher Arbeits- und Kostenaufwand bei der Anbahnung eines betrügerischen Geschäfts lässt die Entgegennahme der Tatbeute nicht etwa in milderem Licht erscheinen, sondern deutet auf eine strafscharfend zu berücksichtigende große besonders kriminelle Energie hin.

2. Im Vordergrund der Gesamtstrafenbildung steht nicht die Summe der Einzelstrafen, sondern die Gesamtwürdigung der Person des Täters und seiner Taten sowie die Frage, welche Auswirkungen die Strafe auf das Leben des Angeklagten haben wird.

3. Die Erhöhung der Einsatzstrafe hat bei der Bildung der Gesamtstrafe in der Regel niedriger auszufallen, wenn zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang besteht.

### 337. BGH 3 StR 7/05 - Beschluss vom 8. März 2005 (LG Hannover)

Vorwegvollzug; zusätzliches Strafübel; Zweidrittelzeitpunkt. § 67 StGB

Bei der Anordnung des Vorwegvollzuges eines Teils der Freiheitsstrafe ist regelmäßig zu prüfen, ob es ausreicht, nur soviel Freiheitsstrafe vorweg zu vollziehen, dass ihre Dauer zusammen mit der voraussichtlichen Dauer des Maßregelvollzugs zwei Drittel der Strafe ausmacht. Denn anderenfalls kann sich allein aus der Anordnung des Vorwegvollzuges ergeben, dass der Verurteilte über den Zweidrittelzeitpunkt hinaus nicht aus dem Maßregelvollzug entlassen werden kann. Anders kann es liegen, wenn eine vorzeitige Aussetzung der Vollstreckung des Strafrestes zu diesem Zeitpunkt ohnehin nicht in Betracht käme.

**344. BGH 3 StR 71/05 - Beschluss vom 24. März 2005 (LG Lüneburg)**

Hang zum Betäubungsmittelmissbrauch (Neigung; physische Abhängigkeit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf Therapieerfolg; Therapiebereitschaft).

§ 64 StGB

1. Hang im Sinne von § 64 StGB ist nicht nur eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit, sondern es genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Diese Neigung muss jedoch noch nicht den Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben.

2. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt eine hinreichende Aussicht auf einen Therapieerfolg voraus. Mangelnde Therapiemotivation kann zwar ein Indiz dafür sein, dass eine Entwöhnungsbehandlung keine Erfolgchancen bietet. Ob aber der Schluss vom Mangel an Therapiebereitschaft auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht der Behandlung gerechtfertigt ist, lässt sich nur aufgrund einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller insoweit maßgeblichen Umstände beurteilen, denn Ziel der Behandlung im Maßregelvollzug kann es gerade sein, die Therapiebereitschaft überhaupt erst zu wecken.

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

**310. BGH GSSt 1/04 – Beschluss vom 3. März 2005 (LG Lüneburg/LG Duisburg)**

BGHSt; Urteilsabsprachen im Strafverfahren (Deal) und Rechtsmittelverzicht (Unwirksamkeit; qualifizierende Belehrung; Hinwirkungsverbot; Rechtssicherheit; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand); Gewaltenteilung und Rechtsfortbildung (Bindungswirkung gegebener Zusagen; Vertrauensschutz); faires Verfahren; Schuldprinzip (Wahrheitsermittlung und Geständnisüberprüfung); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; vor § 1 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 44 Satz 2 StPO; § 35 a Satz 1 StPO

1. Das Gericht darf im Rahmen einer Urteilsabsprache an der Erörterung eines Rechtsmittelverzichts nicht mitwirken und auf einen solchen Verzicht auch nicht hinwirken. (BGHSt)

2. Nach jedem Urteil, dem eine Urteilsabsprache zugrunde liegt, ist der Rechtsmittelberechtigte, der nach § 35 a Satz 1 StPO über ein Rechtsmittel zu belehren ist, stets auch darüber zu belehren, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen (qualifizierte Belehrung). Das gilt auch dann, wenn die Absprache einen Rechtsmittelverzicht nicht zum Gegenstand hatte. (BGHSt)

3. Der nach einer Urteilsabsprache erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels ist unwirksam, wenn der ihn erklärende Rechtsmittelberechtigte nicht qualifiziert belehrt worden ist. (BGHSt)

4. Qualifizierte Belehrung bedeutet, dass der Betroffene vom Gericht ausdrücklich dahin zu belehren ist, dass er ungeachtet der Urteilsabsprache und ungeachtet der Empfehlung der übrigen Verfahrensbeteiligten, auch seines Verteidigers, in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen. Er ist darauf hinzuweisen, dass ihn eine – etwa im Rahmen einer Urteilsabsprache abgegebene – Ankündigung, kein Rechtsmittel einzulegen, weder rechtlich noch auch sonst bindet, dass er also nach wie vor frei ist, gleichwohl Rechtsmittel einzulegen. (Bearbeiter)

5. Ist die gebotene qualifizierte Belehrung unterblieben und ist deshalb der Rechtsmittelverzicht des Betroffenen nicht wirksam erfolgt, kann der Betroffene noch Rechtsmittel einlegen, allerdings nur innerhalb der Rechtsmitteleinlegungsfrist. (Bearbeiter)

6. Der Große Senat für Strafsachen erachtet Urteilsabsprachen grundsätzlich für zulässig und für mit der geltenden Strafprozessordnung vereinbar, soweit die BGHSt 43, 195 zusammengestellten und in der vorliegenden Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen präzisierten Grenzen beachtet werden. (Bearbeiter)

7. Der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es ist primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit

auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. (Bearbeiter)

### 338. BGH 3 StR 39/05 - Beschluss vom 17. März 2005 (LG Oldenburg)

Teilrechtskraft; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Aussetzung der Hauptverhandlung; Zurückverweisung); angemessene Rechtsfolge (Rechtsfolgenentscheidung durch das Revisionsgericht); Strafzumessung (schwerer Raub; Tatmodalitäten; Tatfolgen); Inbegriff der Hauptverhandlung (Einführung rechtskräftig festgestellter Tatumstände; mündliche Erörterung); redaktioneller Hinweis.

§ 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 250 StGB; § 261 StPO

1. Zur Prüfung der Angemessenheit einer Rechtsfolge durch das Revisionsgericht nach § 354 Abs. 1 a StPO. (BGHR)

2. § 354 Abs. 1 a StPO ist auch bei der fehlerhaften Berücksichtigung einer Verfahrensverzögerung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK anwendbar. (BGHR)

3. Bei der Strafzumessung im Rahmen einer neuen Hauptverhandlung nach Teilaufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht können Tatumstände berücksichtigt werden, ohne dass es einer erneuten förmlichen Feststellung bedarf, soweit der Schuldpruch und damit auch die ihn tragenden Feststellungen aus dem teilweise aufgehobenen Urteil rechtskräftig feststehen. Es genügt, wenn die zugrunde zu legenden Tatumstände den Verfahrensbeteiligten in irgendeiner Form bekannt gemacht, etwa mündlich erörtert werden. (Bearbeiter)

4. Ob eine Rechtsfolge als angemessen im Sinne des § 354 Abs. 1 a StPO angesehen werden kann, hat das Revisionsgericht auf der Grundlage der Feststellungen des angefochtenen Urteils unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, insbesondere aller nach § 46 StGB für die Strafzumessung erheblichen Umstände zu beurteilen. Maßgeblich ist dabei, ob das Revisionsgericht selbst die verhängte Strafe trotz des Rechtsfehlers bei ihrer Zumessung im Ergebnis für angemessen erachtet, selbst wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Tatrichter ohne den Fehler auf dieselbe Strafe erkannt hätte. Denn auf die hypothetische Frage, wie der Tatrichter ohne den fraglichen Rechtsfehler entschieden hätte, kommt es gerade nicht an. (Bearbeiter)

5. Eine kurzfristig auftretende Störung des Verfahrensablaufs begründet keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung gem. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, wenn die Störung unvermeidbar war, etwa weil üblicherweise hinreichende Vorkehrungen zu ihrer Vermeidung getroffen worden waren. (Bearbeiter)

6. Eine auf die Revision erfolgende Zurückweisung kann dann eine rechtsstaatswidrige Verzögerung sein, wenn sie Folge erheblicher, kaum verständlicher Rechtsfehler

ist, die der Vornahme einer verzögernder Handlung gleichstehen (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz 1 Verfahrensverzögerung 22). (Bearbeiter)

### 367. BGH 1 StR 498/04 – Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Baden-Baden)

BGHR; Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen im Rahmen der vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung (Beweiserhebungen zum Privatleben und zum Intimleben nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit; Berücksichtigung bei der Leitung eines Sachverständigen; Aussagetüchtigkeit; Konzentration auf die Aussageanalyse versus Analyse des Leumunds bzw. der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen); faires Verfahren und Recht auf Achtung des Privatlebens; Revisibilität der Gewährung von Akteneinsicht für die Nebenklägerin (Kenntnisnahme von Aktenteilen durch weitere Zeugen; Beweisverwertungsverbot; Beweiswürdigung); Strafzumessung (rechtsfeindliches Verteidigungsverhalten).

Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 68a StPO; § 77 StPO; § 241 Abs. 2 StPO; 244 Abs. 2 bis 4 StPO; § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Auch im Rahmen der vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung ist auf die Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen Bedacht zu nehmen. Beweiserhebungen zu dessen Privat- und Intimleben sind nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit statthaft. Dies ist bei der Leitung eines Sachverständigen ebenso zu berücksichtigen wie bei der Zulassung von Fragen und bei der Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme. (BGHR)

2. Aussagetüchtigkeit bedeutet die Fähigkeit eines Menschen zu einer richtigen und vollständigen Aussage. Der Richter, der glaubt, hierüber ohne sachverständige Hilfe nicht befinden zu können, ist freilich in seiner Entscheidung frei, ob er einen Psychiater oder einen Psychologen beauftragt (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Glaubwürdigkeitsgutachten 4 m. w. N.). Psychiatrische Beratung wird aber nur dann angezeigt sein, wenn die Zeugentüchtigkeit dadurch in Frage gestellt ist, dass der Zeuge an einer geistigen Erkrankung leidet oder sonst Hinweise darauf vorliegen, dass die Zeugentüchtigkeit durch aktuelle psychopathologische Ursachen beschränkt sein kann (vgl. BGH StV 2002, 293 m.w.N.). (Bearbeiter)

### 414. BGH 5 StR 544/04 – Urteil vom 7. April 2005 (LG Chemnitz)

(Schwerer) Sexueller Missbrauch eines Kindes; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Aussagekonstanz; Lückenhaftigkeit: teilweises Glauben; Fabulierneigung; Unterscheidung von Kerngeschehen und Randgeschehen bei Sexualstraftaten: fallen gelassene weiter gehende gewichtige Beschuldigungen als Teil des Kerngeschehens).

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

1. Bei der Beweiswürdigung zur Frage der Glaubwürdigkeit – vor allem bei sehr jungen kindlichen Tatopfern – dürfen nicht als erwiesen angesehene gewichtige weitere Beschuldigungen nicht so behandelt werden, als beträfen sie nur unbedeutendes, die Glaubwürdigkeit im übrigen nicht berührendes Randgeschehen (BGHR StGB § 176 Serienstraftaten 7; BGH NStZ 1996, 98; BGH NStZ-RR 1999, 13, 14).

2. Eine Beweiswürdigung, die über schwerwiegende Verdachtsmomente ohne Erörterung hinweggeht, ist ebenso rechtsfehlerhaft wie eine solche, die gewichtige Umstände nicht mit in Betracht zieht, welche die Überzeugung des Tatrichters von der Täterschaft des Angeklagten in Frage zu stellen geeignet sind. Will der Richter in einem wesentlichen Punkt von der Aussage des einzigen unmittelbaren Belastungszeugen abweichen und ihm etwa in einem anderen Punkt folgen, so muss er in seinem Urteil in aller Regel darlegen, dass der Zeuge im Abweichungspunkt keine bewusst falschen Angaben gemacht hat (vgl. BGHSt 44, 256, 257). Dies gilt besonders, wenn der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung seine Vorwürfe ganz oder teilweise nicht mehr aufrechterhält oder der anfänglichen Schilderung nicht gefolgt wird (vgl. BGHSt 44, 153, 159; BGH StV 2002, 470).

### 322. BGH 2 StR 444/04 - Beschluss vom 9. März 2005 (LG Wiesbaden)

Anhörungsrüge (Mitteilung und Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung).  
§ 356a StPO

Als Anhörungsrüge nach § 356 a StPO ist ein Rechtsbehelf unzulässig, wenn nicht mitgeteilt und glaubhaft gemacht wird, wann der Antragsteller von der behaupteten Verletzung des rechtlichen Gehörs Kenntnis erlangt hat. Denn im Interesse der Rechtssicherheit und der Rechtskraft der Revisionsentscheidung kann nicht hingegenommen werden, dass der Antragsteller die für die Zulässigkeit des Antrags notwendigen Angaben erst im weiteren Verfahren vorträgt.

### 356. BGH 3 StR 452/04 - Beschluss vom 8. Februar 2005 (LG Lüneburg)

Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit bei Verfahrensabsprachen (Äußerungen in Vorgesprächen; Vorrang der Vorschriften über die Richterablehnung vor einer Rüge der Verletzung des fairen Verfahrens; verbotene Vernehmungsmethoden).

§ 24 StPO; § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Geben Äußerungen des Vorsitzenden im Rahmen eines Gesprächs über eine verfahrensbeendende Absprache Anlass zu der Sorge, er könnte in einer für die Urteilsfindung wesentlichen Frage in seiner Entscheidung nicht mehr frei sein, so sind die Regelungen der StPO über die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit vorrangig gegenüber einer späteren Revisionsrüge, die Fairness des Verfahrens sei wegen möglicher Voreingenommenheit des Richters verletzt.

2. Die Einwendung, Ablehnungsgesuche lägen bei im Zusammenhang mit Vorgesprächen geäußerten Strafvorstellungen des Tatgerichts nicht nahe, kann jedenfalls dann keine Abweichung begründen, wenn beanstandete Äußerungen zur Herbeiführung einer Urteilsabsprache die Voraussetzungen des § 136 a Abs. 1 Satz 3 StPO erfüllen.

### 380. BGH 4 StR 500/04 – Urteil vom 17. Februar 2005 (LG Siegen)

Unterlassene Beschlussentscheidung über unbedingte Beweisanträge (keine Präklusion im Strafverfahren; Wiedereintritt in die Beweisaufnahme; Abgrenzung von Hilfsbeweis Antrag und Hauptbeweis Antrag nach dem Willen des Antragstellenden).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 3 StPO; § 246 Abs. 1 StPO

1. Das Verfahrensrecht kennt keine Präklusion von Beweisvorbringen auf Grund Zeitablaufs. Das Gericht ist vielmehr gemäß § 246 Abs. 1 StPO verpflichtet, bis zum Beginn der Urteilsverkündung Beweisanträge entgegenzunehmen und darüber zu entscheiden, auch wenn die Urteilsberatung bereits abgeschlossen und der neue Termin lediglich für die Verkündung des Urteils vorgesehen ist (st. Rspr., vgl. BGHSt 16, 389, 391; 21, 118, 123, 124 m.w.N.).

2. Mit der Verlesung der Beweisanträge der Staatsanwaltschaft, deren Erörterung in der Hauptverhandlung und der Ankündigung, über die Beweisanträge zu beraten, tritt das Gericht konkludent in die Beweisaufnahme wieder ein. Eine entgegenstehende, im Protokoll niedergelegte Auffassung der Vorsitzenden ist unbeachtlich (vgl. BGH NStZ 2004, 505, 507 m.w.N.).

3. Die Entscheidung darüber, ob ein Beweisantrag als Haupt- oder Hilfsantrag gestellt werden soll, liegt allein beim Antragsteller. Das Gericht hat insoweit keine Bestimmungs- oder Gestaltungsrechte und kann demgemäß einen Beweisantrag nicht eigenmächtig in einen Hilfsbeweis Antrag „umwandeln“ (vgl. BGH NStZ 1984, 372).

### 345. BGH 3 StR 77/05 - Beschluss vom 22. März 2005 (LG Kleve)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Zurückverweisung durch das Revisionsgericht; kaum verständliche Rechtsfehler).

Art. 6 Abs. 1 EMRK

Allein der Umstand, dass ein Urteil auf eine Revision hin aufgehoben und die Sache neu verhandelt wird, begründet regelmäßig keine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung, sondern ist gerade Ausfluss der Verfahrensgestaltung durch die Strafprozessordnung, die die Nachprüfung einer Verurteilung in Rechtsmittelverfahren vorsieht. Etwas anderes mag gelten, wenn die Zurückverweisung Folge erheblicher, kaum verständlicher Rechtsfehler ist (obiter).

**383. BGH 4 StR 573/04 – Beschluss vom 8. März 2005 (LG Halle)**

Abschließende, feststellende Entscheidung über eine wirksame Revisionsrücknahme durch das Revisionsgericht (Zuständigkeit des *judex a quo* bis zum Eingang der Akten beim Rechtsmittelgericht).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

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 Erklärung zu treffen (vgl. nur BGH NStZ 2001, 104). Zwar wird die Auffassung vertreten, dass bis zum Eingang der Akten beim Rechtsmittelgericht insoweit die Zuständigkeit des *judex a quo* gegeben ist. Ob dies auch dann gelten kann, wenn von einem Verfahrensbeteiligten die Wirksamkeit der Rücknahme bereits in Zweifel gezogen worden war, mag dahinstehen. Jedenfalls ist das Rechtsmittelgericht nach einer Entscheidung durch den *judex a quo* und bei Fortbestehen des Streites zur abschließenden Entscheidung über die Wirksamkeit der Rechtsmittelrücknahme berufen.

**368. BGH 1 StR 91/04 – Urteil vom 15. Februar 2005 (LG Memmingen)**

Beweiswürdigung (Wiedererkennung auf Grund einer sequentiellen Videowahlgegenüberstellung); Aufklärungspflicht (Einholung eines anthropologischen Identitätsgutachtens: Eignung des Materials von Raumüberwachungskameras und anzuwendende Grundsätze; Rekonstruktionsverbot); schwere räuberische Erpressung.  
§ 261 StPO; § 244 Abs. 4 StPO; § 253 StGB; § 255 StGB

Grundsätze zur Einholung anthropologischer Identitätsgutachten anhand von Lichtbildern einer Raumüberwachungskamera.

**324. BGH 2 StR 468/04 - Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Bonn)**

Mord (Verdeckungsabsicht); Hinweispflicht (besondere Schwere der Schuld); faires Verfahren und rechtliches Gehör (Überraschungsentscheidung); Überzeugungsbildung (alternative Sachverhaltsfeststellungen).  
§ 211 StGB; § 265 StPO; § 261 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

1. Es besteht keine Verpflichtung des Gerichts aus § 265 StPO, bei einer zugelassenen Anklage wegen Mordes gesondert darauf hinzuweisen, dass neben der Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe die Feststellung der „besonderen Schwere der Schuld“ (§ 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB) in Betracht kommen könnte.

2. Die Grundsätze fairen Verfahrens, die gebieten, einen Angeklagten vor einer überraschenden Entscheidung zu schützen, erfordern jedenfalls dann keinen ausdrücklichen Hinweis an den Angeklagten, dass die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld in Betracht kommt, wenn dem Angeklagten bereits durch die Anklage be-

wusst war, dass eine Verurteilung wegen Mordes in Betracht kommt.

3. Stützt der Tatrichter die Verurteilung des Angeklagten auf unterschiedliche Sachverhaltsvarianten, so müssen sämtliche angenommenen Alternativen die Verurteilung tragen.

**362. BGH 1 StR 67/05 – Beschluss vom 30. März 2005 (LG Bamberg)**

Zeugenvereidigung nach dem Justizmodernisierungsgesetz und Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden (Rügevoraussetzung des Beschlusses).  
§ 59 Abs. 1 StPO n.F.; § 238 StPO

Die Neufassung der Vorschriften über die Vereidigung hat nichts daran geändert, dass auf Grund der Prozessleitungsbefugnis des Vorsitzenden dieser zunächst allein im Wege einer Anordnung, zu der ihn § 238 Abs. 1 StPO ermächtigt, darüber entscheidet, ob ein Zeuge nach seiner Vernehmung zu vereidigen ist oder unvereidigt bleibt.

**404. BGH 5 StR 441/04 – Urteil vom 6. April 2005 (LG Berlin)**

Nicht schematische Anwendung der Darstellungspflichten und Beweiswürdigung beim Freispruch (begrenzte Revisibilität; keine Überspannung der Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Zweifelsgrundsatz; unmögliche weitere Feststellungen).  
§ 261 StPO; § 267 StPO

Es gilt der Grundsatz, dass das Tatgericht bei freisprechenden Urteilen zunächst die Umstände feststellen muss, die es für erwiesen hält und dazu die Begründung so abzufassen hat, dass dem Revisionsgericht eine Überprüfung ermöglicht wird (BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 5). Diese Maßstäbe dürfen jedoch nicht schematisch angewandt werden. Dies gilt insbesondere, wenn weitere Feststellungen zum eigentlichen Tatgeschehen nicht möglich sind (BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 12).

**394. BGH 5 StR 222/04 – Urteil vom 17. März 2005 (LG Hamburg)**

Vergewaltigung; sexueller Missbrauch; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf die Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens (eigene Sachkunde; ausnahmsweise Erforderlichkeit bei Besonderheiten des Einzelfalles; kindliche Zeugen; Diskrepanzen im Kernbereich der Aussage).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 244 Abs. 4 StPO

1. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit auch von kindlichen Zeugen und der Glaubhaftigkeit ihrer Angaben ist grundsätzlich dem Tatrichter anvertraut. Der Hinzuziehung eines Sachverständigen bedarf es nur dann, wenn Besonderheiten des Einzelfalles eine Sachkunde erfordern, die ein Richter – auch mit spezifischen forensischen Erfahrungen – normalerweise nicht hat (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO Sachkunde 4, 6, 12).



2. Zu einem Einzelfall kumulativ begründeter spezifischer Besonderheiten des Einzelfalles.

**330. BGH 2 ARs 16/05 2 AR 18/05 - Beschluss vom 23. März 2005**

Bindungswirkung einer Verweisung in das Bußgeldverfahren (analoge Anwendung der §§ 17 bis 17b GVG). § 17a GVG

§§ 17 bis 17 b GVG sind entsprechend anwendbar auf Rechtswegstreitigkeiten zwischen dem Bußgeldverfahren, das weitgehend dem Strafverfahren nachgebildet ist (vgl. § 46 Abs. 1 OWiG), und der streitigen Zivilge-

richtbarkeit, auch wenn beide Gerichtsbarkeiten Teil der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind.

**332. BGH 2 ARs 416/04 / 2 AR 276/04 - Beschluss vom 17. März 2005 (OLG Düsseldorf)**

Nachholung rechtlichen Gehörs (zuständiges Gericht). § 33a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

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

#### IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**343. BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 13. Januar 2005**

Vorlagebeschluss; Divergenzvorlage; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kataloglösung; Einigung zwischen Händler und Lieferant); Schuldgrundsatz; Bestimmtheitsgrundsatz; Versuch (unmittelbares Ansetzen); Rücktritt; redaktioneller Hinweis. § 132 Abs. 2 GVG; § 29 BtMG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Dem Großen Senat für Strafsachen wird die folgende Rechtsfrage zur Entscheidung vorgelegt: Reicht es für die Annahme vollendeten Handeltreibens aus, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt?

2. Der Senat schlägt vor zu entscheiden: Vollendetes Handeltreiben ist beim Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln erst mit der Einigung zwischen Händler und Lieferanten gegeben. Denn mit dieser Einigung wird im Hinblick auf den beabsichtigten Güterumsatz ein Gefährdungspotential erreicht, das es rechtfertigt, von vollendetem Handeltreiben auszugehen.

3. Mit der Anordnung der Versuchsstrafbarkeit für das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 2 BtMG) hat der Gesetzgeber einerseits Handlungen im Versuchsstadium des Handeltreibens unter Strafe gestellt. Zugleich hat er damit jedoch implizit auch die Vorteile angeordnet, die dem Täter aus den §§ 23, 49 Abs. 1 StGB (fakultative Milderung) und § 24 StGB (strafbefreiender Rücktritt) ggf. erwachsen. Hieraus und aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz schuldangemessenen, also differenzierenden Strafens folgt das Gebot, die Reichweite des Tatbestands des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln so zu bestimmen, dass ein Bereich der Versuchsstrafbarkeit verbleibt und

typische Vorbereitungshandlungen lediglich als Versuch mit Strafe bedroht sind.

**396. BGH 5 StR 328/04 – Beschluss vom 17. März 2005 (LG Hildesheim)**

Steuerhinterziehung bei der Abgabe unrichtiger Umsatzsteuerjahreserklärungen (nemo tenetur-Grundsatz; Zwangsverbot; kein Schutz für die Begehung neuen Unrechts); verbotene Vernehmungsmethoden (Täuschungsverbot; unzulässiger Zwang); kein Recht des Beschuldigten auf Lüge.

§ 370 AO; § 393 Abs. 1 AO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Eine unbeabsichtigte Irreführung unterfällt § 136a StPO nicht (vgl. BGHSt 31, 395, 400).

2. Unzulässiger Zwang im Sinne des § 136a StPO kommt nur in Betracht, wenn Zwang gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage angewandt wurde (vgl. BGHR StPO § 136a Abs. 1 Zwang 3 m.w.N.).

3. Aus dem Grundsatz nemo tenetur se ipsum accusare kann die Straflosigkeit der Wiederholung unrichtiger Angaben aus Umsatzsteuervoranmeldungen in der zugehörigen Jahreserklärung nicht hergeleitet werden. In der Wiederholung der falschen Angaben aus den Umsatzsteuervoranmeldungen in der Umsatzsteuerjahreserklärung liegt die Begehung neuen Unrechts, wozu weder das Recht auf Selbstschutz (vgl. BGH wistra 1993, 66, 68) noch das Zwangsmittelverbot (vgl. BGHSt 47, 8, 15; BGHR AO § 393 Abs. 1 Erklärungspflicht 2 und 3) berechtigen.

4. Der Beschuldigte unterliegt zwar keiner Wahrheitspflicht, hat aber auch kein „Recht zur Lüge“. Verletzt der Beschuldigte im Rahmen seiner Vernehmung durch unwahre Angaben die allgemeinen Strafgesetze, kann er deswegen bestraft werden (vgl. BGHSt 18, 204).

**331. BGH 2 ARs 85/05 / 2 AR 60/05 - Beschluss vom 23. März 2005**

Besonderer Vollstreckungsleiter; Übernahme der Vollstreckungsleitung.  
§ 85 Abs. 2, Abs. 5 JGG

Zur Verpflichtung des besonderen Vollstreckungsleiters (§ 85 Abs. 2 JGG), bei Änderung der Umstände die gemäß § 85 Abs. 5 JGG übertragene Vollstreckung zurückzunehmen. (BGHR)

**352. BGH 3 StR 245/04 - Urteil vom 10. März 2005 (LG Dortmund)**

Unterstützen des organisatorischen Zusammenhalts eines verbotenen Vereins (Verteilen von Zeitungen); angemessene Rechtsfolge.  
§ 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG; § 354 Abs. 1a StPO

1. § 20 Abs. 1 Nr. 3 VereinsG setzt nicht voraus, dass der Täter durch seine Unterstützungshandlung im konkreten Fall tatsächlich einen Erfolg erzielt. Es genügt, wenn sein Handeln auf die Aufrechterhaltung des organisatorischen Zusammenhalts abzielt und geeignet ist, eine für diesen

vorteilhafte Wirkung hervorzurufen. (BGHR)

2. Zur Unterstützung des organisatorischen Zusammenhalts durch das Verteilen von Vereinszeitungen. (BGHR)

**405. BGH 5 StR 461/04 – Urteil vom 17. März 2005 (LG Aachen)**

Anforderung an die Darstellung und die Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf der Steuerhinterziehung (Schwarzarbeit; falsche Erklärung durch Angabe von saldierten Betriebsausgaben mit verknüpften Fehlbelegen in der Pflichtbuchhaltung des Erklärenden; keine ungeprüfte Verweise auf Betriebsprüfungsberichte oder Steuerfahndungsberichte).

§ 370 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Es bleibt offen, ob bereits die schlichte zahlenmäßige Angabe der saldierten Betriebsausgaben in den Erklärungsvordrucken dann eine falsche Erklärung im Sinne des § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO darstellen würde, wenn gefälschte Rechnungen lediglich in die Buchhaltung des Steuerpflichtigen eingestellt und daher nur für eine etwaige Überprüfung des Finanzamtes vorgehalten werden.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Die Menschenwürde ist zu teuer – Zu Entschädigungsansprüchen eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger Unterbringung

Zugleich Anmerkung zu BGH III ZR 361/03, Urteil vom 4. November 2004 = publiziert als HRRS 2004 Nr. 987

Von Nikolaos Gazeas, Köln/Thessaloniki

*Die Frage, ob in Fällen einer menschenunwürdigen Unterbringung eines Strafgefangenen in einer Haftanstalt eine Entschädigung in Geld zuzubilligen ist, war bis zum 4. November 2004<sup>1</sup> in der höchstrichterlichen Rechtsprechung noch nicht und in der obergerichtlichen Rechtsprechung nur vereinzelt entschieden.<sup>2</sup> Erst durch das Urteil des BGH, der über einen Schadensersatzanspruch eines Strafgefangenen zu entscheiden hatte, wurde diese Frage einer höchstrichterlichen Entscheidung zugeführt, die es an dieser Stelle zu besprechen gilt.*

#### I. Einführung – Problemstellung

Als der BGH über die Frage des Schadensersatzanspruches eines Strafgefangenen wegen menschenunwürdiger

Unterbringung zu entscheiden hatte, war die Aufregung in der (Fach-) Öffentlichkeit – wie seinerzeit im Jahre 1998, als das OLG Celle<sup>3</sup> über einen solchen Anspruch zu bescheiden hatte – groß. Überhaupt erfuhr der Fall jenes Strafgefangenen, der Schadensersatz wegen seiner menschenunwürdigen und als solcher festgestellten Unterbringung begehrte, durch die Instanzen hinweg ein breites Medienecho.<sup>4</sup> In den Landesministerien machte sich die Angst um, im Falle einer Zuerkennung von Schadensersatzansprüchen könnte eine Klagewelle wegen schlechter Haftbedingungen auf die Bundesländer zukommen. Denn überbelegt sind die Gefängnisse nahezu überall.<sup>5</sup> Diese Angst ist – zumindest vorerst<sup>6</sup> – gebannt. Der BGH hat die Revision des Strafgefangenen zurückgewiesen.

Nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH kann eine durch schuldhafte Amtspflichtverletzung verursachte Beeinträchtigung des aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen

<sup>3</sup> OLG Celle, NStZ 1999, 216. mit Anm. Ullenbruch, NStZ 1999, 429 sowie Koepsel, ZfStrVo 1999, 57.

<sup>4</sup> Vgl. nur F.A.Z. vom 5.11.2004, S. 9; *Süddeutsche Zeitung* vom 5.11.2004, S. 6; *Frankfurter Rundschau* vom 5.11.2004, S. 6.

<sup>5</sup> Vgl. nur Angaben des Justizministeriums von Baden-Württemberg, wonach 7.104 Plätze im geschlossenen Vollzug zur Verfügung stehen, de facto jedoch 7.563 belegt sind; ferner Justizministerium Hessen, wonach zeitweilig 1.200 Plätze im geschlossenen Vollzug fehlten, s. hierzu taz, die tageszeitung vom 19.11.2004, S. 13.

<sup>6</sup> Der Kläger hat den Gang zum Bundesverfassungsgericht seinerzeit angekündigt und zwischenzeitlich Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil eingelegt.

<sup>1</sup> BGH, Urt. v. 4.11.2004, III ZR 361/03, <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/3/03/iii-zr-361-03.pdf>, HRRS 2004, 404 (Urteil Nr. 987) = BGHZ 161,33 = NJW 2005, 58.

<sup>2</sup> So etwa vom OLG Hamburg, OLGR 2002, 460 f.; OLG Celle, NJW 2003, 2463 f.

Anspruch auf Geldentschädigung begründen.<sup>7</sup> Die hier besprochene Entscheidung befasst sich jedoch mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommt, wenn nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern die *Menschenwürde selbst* verletzt wird.

## II. Inhalt der Entscheidung

Der III. Zivilsenat des BGH äußert sich in der hier besprochenen Entscheidung zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen einem Strafgefangenen ein Anspruch auf Entschädigung in Geld wegen menschenunwürdiger Unterbringung in der Justizvollzugsanstalt zustehen kann. Der Kläger befand sich zwei Tage lang als so genannter Durchgangsgefangener in der Transportabteilung der JVA Hannover. Er war dort in einem 16 qm großen Haftraum mit vier weiteren Gefangenen untergebracht. Der Raum war mit einem Etagenbett, drei Einzelbetten, fünf Stühlen, zwei Tischen und zwei Spinden ausgestattet. Ein Waschbecken und eine Toilette waren mit einem Sichtschutz getrennt. Die Inhaftierten durften den Haftraum täglich für eine Stunde zum Hofgang verlassen. Auf Antrag des Klägers (§ 109 StVollzG) hat die Strafvollstreckungskammer des LG Hannover die Rechtswidrigkeit der Unterbringung festgestellt. Im Wege der Amtshaftungsklage verlangte er eine angemessene Entschädigung von mindestens 200 €. Das LG Hannover<sup>8</sup> hat ihm den Schadensersatz zugesprochen, das OLG Celle<sup>9</sup> hat die Klage auf die Berufung des beklagten Landes hin abgewiesen, was vom BGH<sup>10</sup> nunmehr bestätigt wurde.

Der BGH billigt die Auffassung des OLG Celle, dass die Unterbringung des Klägers gemeinsam mit vier weiteren Gefangenen in dem viel zu kleinen Haftraum zwar gegen das Gebot der menschenwürdigen Behandlung Strafgefangener verstoßen habe und dass die zuständigen Amtsträger des beklagten Landes dadurch eine schuldhaft Amtspflichtverletzung gegenüber dem Kläger begangen hätten. Hinsichtlich des Verschuldens sei nicht nur auf die an Ort und Stelle zuständigen Justizbediensteten abzustellen, sondern auch darauf, dass das beklagte Land sich nach seinen Sachvorträgen in einer Notsituation befunden habe, weil die Transportabteilung der JVA überbelegt gewesen sei. Obwohl ein Organisationsverschulden des beklagten Landes anzunehmen sei, sei unter den hier vorliegenden besonderen Umständen die Zuerkennung einer Entschädigung für die zweitätige Unterbringung in dem gemeinschaftlichen Haftraum aus Gründen der Billigkeit weder unter dem Gesichtspunkt der Ausgleichs- noch der Genugtuungsfunktion geboten. Zwischen der Feststellung einer Verletzung des Art. 1 Abs. 1 GG einerseits und der Zuerkennung einer Geldentschädigung andererseits bestehe kein zwingender Zusammenhang.

<sup>7</sup> BGH, VersR 1972, 360; BGHZ 78, 274, 280; BGH, NJW 2003, 3693, 3697.

<sup>8</sup> LG Hannover, StV 2003, 568 m. Anm. *Lesting*.

<sup>9</sup> OLG Celle, NJW-RR 2004, 380.

<sup>10</sup> BGH (Fn. 1).

Dem Recht auf Achtung der Menschenwürde komme in der Verfassung zwar ein Höchstwert zu. Die festgestellte Menschenrechtsverletzung erfordere indes nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung. Der Anspruch auf Geldentschädigung hänge vielmehr von dem weiteren Erfordernis ab, dass die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden könne. Insoweit komme es nicht anders als beim allgemeinen Persönlichkeitsrecht, auch wenn die Erheblichkeitsschwelle bei Verletzungen der Menschenwürde niedriger anzusetzen sei, insbesondere auf die Bedeutung und Tragweite des Eingriffes, ferner auf Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie den Grad seines Verschuldens an. Der Kläger habe bereits durch die von der Strafvollstreckungskammer getroffene Feststellung der Rechtswidrigkeit Schutz und Genugtuung erfahren.

## III. Kritische Würdigung der Entscheidung

### 1. Vorbemerkung

Die vorliegende Entscheidung verdient erhebliches Interesse und entfaltet eine breite Ausstrahlungswirkung auf künftige zu erwartende Amtshaftungsklagen. Bereits des Öfteren wurde in fachgerichtlicher Rechtsprechung entschieden, dass die Art und Weise der Unterbringung die Menschenwürde verletzen kann.<sup>11</sup> Durch mehrere Entscheidungen des BVerfG<sup>12</sup> wurde die Problematik auch einer breiten Öffentlichkeit bekannt. Seitdem das BVerfG in diesen Entscheidungen unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 GG betont hat, dass dem Betroffenen auch nachträglich die Möglichkeit offen stehen müsse, die Verletzung seiner Menschenwürde feststellen zu lassen, werden auch Fachgerichte vermehrt in Amtshaftungssachen angerufen.<sup>13</sup>

Gerade und insbesondere deswegen gilt es, sich mit der Argumentation des BGH kritisch auseinander zu setzen und diese sowohl zivil- als auch und insbesondere verfassungsrechtlich zu reflektieren. Der vorliegenden Entscheidung kann – das sei vorweggenommen – nicht zugestimmt werden.

### 2. Menschenwürdige Unterbringung als Amtspflicht

<sup>11</sup> So zuletzt OLG Frankfurt/Main, NStZ-RR 2005, 155; früher schon OLG Celle, NStZ 1999, 216 mit Anm. *Ullenbruch*, NStZ 1999, 429; OLG Frankfurt/Main, StV 1986, 27 mit Anm. *Lesting*, OLG Hamm, NJW 1967, 2024 mit Anm. *E. Schmidt*; LG Marburg, StV 1998, 563; LG Braunschweig, NStZ 1984, 286.

<sup>12</sup> BVerfG, NJW 2002, 2699; BVerfG, NJW 2002, 2700 m. Anm. *Theile*, StV 2002, 670.

<sup>13</sup> Zuletzt OLG Frankfurt/Main, NStZ-RR 2005, 155; OLG Naumburg, NJW 2005, 514; OLG Celle, NJW 2003, 2463; OLG Frankfurt/Main, NJW 2003, 2844; LG Karlsruhe, StV 2004, 550; einschränkend hingegen jüngst das OLG Celle, NStZ-RR 2005, 156; vgl. ferner *Unterreitmeier*, NJW 2005, 475 ff.

Mit der rechtswidrigen Unterbringung des Strafgefangenen verletzte die JVA eine dem Kläger gegenüber obliegende Amtspflicht. Dass eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung vorlag, hat auch der BGH bestätigt. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Dem durchsetzbaren Anspruch eines Gefangenen auf eine menschenwürdige Unterbringung auf der einen Seite entspricht eine Amtspflicht der Vollzugsbehörden auf der anderen.<sup>14</sup> Eine Einschränkung dieses Gebots durch eine gesetzliche Bestimmung – etwa im StVollzG – kommt seiner Unantastbarkeit wegen ohnehin nicht in Betracht.<sup>15</sup>

### 3. Bindungswirkung gem. § 109 StVollzG

Gerade diese menschenwürdige Unterbringung ist im vorliegenden Fall nicht gewährt worden, was seitens der Strafvollstreckungskammer mit ihrem Beschluss nach § 109 StVollzG auch festgestellt wurde. Damit sah der BGH die erneute Prüfung, ob die Unterbringung menschenunwürdig war, seiner Disposition entzogen. Die Entscheidung der Strafvollstreckungskammer entfaltet vielmehr Bindungswirkung für den Amtshaftungsprozess. Dies entspricht auch ständiger Rechtsprechung des BGH, wonach verwaltungsgerichtliche Entscheidungen materielle Rechtskraft im Amtshaftungsprozess entfalten.<sup>16</sup> Diese Bindungswirkung hat der BGH bereits früher auf Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG übertragen<sup>17</sup> und in der vorliegenden Entscheidung betont.

Aus diesen Gründen setzt sich der BGH nicht *expressis verbis* damit auseinander, ob und wann eine Unterbringung gegen die Menschenwürde verstößt. Vielmehr beschränkt sich das Gericht auf eine Prüfung der rechtlichen Begründung des Menschenwürdeverstößes, weil sich hierauf die Bindungswirkung nicht entfaltet. Sie bleibt auf den Ausspruch der Rechtswidrigkeit und den ihr zugrunde liegenden Lebenssachverhalt beschränkt. Weder wurden bei dieser Prüfung Rechtsfehler erkannt, noch wurde die Rechtswidrigkeit an sich seitens des beklagten Landes in der Revisionserwiderung angegriffen.

### 4. Verschulden in Form von Organisationsverschulden

Das für den Tatbestand des § 839 Abs. 1 BGB weiterhin erforderliche Verschulden hat der BGH ebenfalls festgestellt. Hierbei unterstrich das Gericht – und das ist besonders hervorzuheben – dass der seitens des beklagten Landes vorgetragene erhebliche Mangel an Einzelhaftplätzen keinen hinreichenden Grund dafür darstelle,

geltendes Recht zu unterlaufen. Das beklagte Land bestritt ein Verschulden, weil die Pflichtwidrigkeit nicht erkennbar gewesen sei. Richtigerweise weist der BGH diesen Vortrag zurück. Spätestens seit dem Beschluss des BVerfG vom 27. 02. 2002<sup>18</sup> musste dem beklagten Land bekannt gewesen sein, dass das Ermessen der JVA hinsichtlich der Ausgestaltung und Belegung von Hafträumen durch die Achtung der Menschenwürde begrenzt ist.<sup>19</sup> Nach bekannt werden dieses Beschlusses hatte das beklagte Land hinreichend Zeit, die Ausgestaltung seiner Haftpraxis zu überprüfen und zu ändern.

Der BGH differenziert in seiner vorliegenden Entscheidung zwischen den zuständigen Justizbediensteten an Ort und Stelle und den Beamten, die für die Organisation und Verteilung der Haftplätze zuständig sind. Daher sei es unerheblich, dass die Bediensteten vor Ort nicht pflichtwidrig gehandelt hätten. Ein Organisationsverschulden liege in diesem Falle vor.<sup>20</sup>

### 5. Kritische Reflexion der Argumentation des BGH zur Ablehnung einer Geldentschädigung

Obwohl eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung festgestellt wurde verneint der BGH einen Anspruch auf Geldentschädigung mit der Begründung, eine festgestellte Menschenrechtsverletzung erfordere nicht in jedem Fall eine zusätzliche Wiedergutmachung durch Geldentschädigung.

a. Wenn bereits Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts grundsätzlich eine Entschädigung in Geld zubilligen, ist es nur konsequent, aus dem *argumentum a fortiori* diese Möglichkeit erst recht bei Verletzungen der Menschenwürde zu ermöglichen. Dieser Möglichkeit hat der BGH sich auch in der hier besprochenen Entscheidung nicht entzogen. Er hat jedoch die Zubilligung einer Entschädigung über die Feststellung der Verletzung der Menschenwürde von einem *weiteren* Erfordernis abhängig gemacht, nämlich dass die Beeinträchtigung *nicht* in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden kann. Dieser Ausgleich hänge insbesondere von der Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, ferner von Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie von dem Grad des Verschuldens ab.<sup>21</sup> Damit hat der BGH freilich sämtliche Grundsätze, die er zu Geldentschädigungen bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt hat, auf die Entschädigung bei Verletzung der Menschenwürde übertragen. Dies ist abzulehnen.

b. Mit dieser Rechtsfolgenlösung verkennt das Gericht Bedeutung und Tragweite der Menschenwürde. Der

<sup>14</sup> OLG Zweibrücken, NStZ 1982, 221; *Huchting/Lehmann* in: AK-StVollzG, 4. Aufl. 2000, § 144 Rdnr. 15; *Schwind* in: Böhm, StVollzG, 3. Aufl. 2003, § 144 Rdnr. 1.

<sup>15</sup> S. dazu BVerfG, NJW 2002, 2699.

<sup>16</sup> BGH, NJW 1985, 3025; BGHZ 77, 338, 341 f.; BGHZ 90, 4, 12 jew. m.w.N.

<sup>17</sup> BGH, NJW 1994, 1950 mit Anm. *Lüke*, JuS 1995, 393; *Wurm* in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2002, § 839 Rdnr. 439, 440.

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 27.02.2002, 2 BvR 553/01, NJW 2002, 2699.

<sup>19</sup> So schon das LG Hannover (Fn. 8) in seinem erstinstanzlichen Urteil in dieser Sache; vgl. hierzu bereits OLG Frankfurt/Main, StV 1986, 27; OLG Hamm, NJW 1967, 2024.

<sup>20</sup> Vgl. hierzu schon RGZ 100, 102; BGH, NJW 1993, 1526, ferner *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 5. Aufl. 1998, S. 76 f.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu schon BGHZ 128, 1, 12, BGH, VersR 1988, 405.

BGH überträgt hierbei seine im Privatrecht entwickelte Rechtsprechung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gleich in zweifacher Weise: Er erstreckt sie zunächst von dem Privatrecht auf die Amtshaftung und letztlich vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht auf die Menschenwürde. Während bereits erster Schritt in seiner hier vorgenommenen Form diskussionswürdig erscheint<sup>22</sup> – an dieser Stelle jedoch auf eine Besprechung desselben verzichtet wird – ist letzterer ersichtlich mit der Verfassung nicht vereinbar.

aa. Bereits der rechtliche Ausgangspunkt des BGH ist fehlerhaft, weil Art. 1 Abs. 1 GG *nicht* abwägungsfähig ist. Zwar erkennt der BGH, dass dem Recht auf Achtung der Menschenwürde in der Verfassung ein Höchstwert zukommt und es tragendes Konstitutionsprinzip im System der Grundrechte ist, ebenso erwähnt er die Möglichkeit des nachträglichen Rechtsschutzes, die im Falle einer Verletzung eröffnet sein muss, nicht jedoch die Tatsache, dass die Menschenwürde *keiner* Abwägung mit anderen Grundrechten unterliegt. Damit verkennt das Gericht Bedeutung und Tragweite der Menschenwürdeverletzung.

Durch die Übertragung der Grundsätze aus der Rechtsprechung zu Bagatellschäden und zur Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts beurteilt das Gericht die Schwere des Eingriffs in die Menschenwürde unter Zugrundelegung von Abwägungskriterien.

bb. Die Schutzwirkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sind mit der der Menschenwürde *nicht* identisch. Eine Gleichsetzung wird weder der normativen Bewertung der Menschenwürde gerecht, noch findet es eine Stütze in verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung. Nach der Rechtsprechung des BVerfG muss vielmehr zwischen der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und einem Verstoß gegen die Menschenwürde unterschieden werden.<sup>23</sup>

Mit der Menschenwürde als oberstem Wert des Grundgesetzes und tragendem Konstitutionsprinzip ist der soziale Wert und Achtungsanspruch des Menschen verbunden, der es verbietet, ihn zum Objekt, zu einem bloßen Mittel sowie zu einer vertretbaren Größe zu machen.<sup>24</sup> Ebenso verbietet es sich, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektqualität grundsätzlich in Frage stellt. Solche Angriffe können etwa in der Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung und weiteren Verhaltensweisen bestehen, die dem Betroffenen einen Achtungsanspruch als Mensch absprechen.<sup>25</sup> Hierbei kommt die Würde jedem Menschen, auch dem straffälligen Menschen, zu. Die Straftat beraubt ihn seiner Würde nicht, sie

ist ihm angeboren und unverlierbar.<sup>26</sup> Aus diesem Grunde müssen auch die Strafvollstreckungsbehörden bei der Vollstreckung von Strafurteilen im Rahmen ihrer Entscheidungsbefugnis die Würde des Betroffenen achten.<sup>27</sup>

Die Schutzwirkungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hingegen sind anderer Natur. Es steht von vornherein nur unter dem Vorbehalt der Rechte anderer und der verfassungsgemäßen Ordnung. Ob ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht vorliegt, unterliegt damit einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung, die sich bei Art. 1 Abs. 1 GG verbietet.

Das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht garantiert die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst eine Entscheidung darüber zu treffen, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.<sup>28</sup> Dieses Recht wird jedoch nicht schrankenlos gewährt. Vielmehr bestehen dort Grenzen, wo das überwiegende Allgemeininteresse überwiegt. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder Belange der Allgemeinheit berührt.<sup>29</sup> Hierbei erfolgt eine Differenzierung danach, welche Sphäre (Intim-, Individual- oder Privatsphäre) der Eingriff betrifft (sog. Stufen-*theorie*).<sup>30</sup>

cc. Eine Übertragung der Grundsätze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Menschenwürde führt zu einer faktischen Gleichsetzung dieser beiden Rechte. Auch wenn der BGH anmerkt, die Erheblichkeitsschwelle sei bei Verletzungen der Menschenwürde generell niedriger anzusetzen als bei Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, überträgt er – verbotenerweise – eben diese Grundsätze, die er dann lediglich auf einer niedrigeren Ebene anwendet. Dies wird weder der normativen Wertung des Art. 1 Abs. 1 GG gerecht, noch findet es eine Stütze in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG, welches in ständiger Rechtsprechung gerade den Unterschied zwischen diesen beiden Rechten betont, der sich daraus ergibt, dass das Recht aus Art. 1 Abs. 1 GG im Konflikt mit der Meinungsfreiheit nicht abwägungsfähig ist, während es bei einem Konflikt zwischen

<sup>22</sup> Vgl. hierzu zutreffend *Unterreitmeier*, NJW 2005, 475, 476.

<sup>23</sup> BVerfG, NJW 2001, 594 f.; BVerfGE 93, 266, 293 f.; BVerfG, NJW 2003, 1303, 1304.

<sup>24</sup> *Herdegen* in: Maunz/Dürig, GG, Bd. 1, 42. Lfg. 2003, Art. 1 Rdnr. 5, 18, 33 ff. jew. m.w.N.; vgl. ferner BVerfGE 9, 89, 95; 27, 1, 6; 87, 209, 228.

<sup>25</sup> BVerfGE 96, 375, 399; BVerfG, NJW 2003, 1303, 1304.

<sup>26</sup> So schon *Nipperdey* in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1963, S. 3; *Schorn*, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963, S. 20; ferner *Münch*, Die Menschenwürde als Grundforderung unserer Verfassung, 1952, S. 8; von *Münch*, JZ 1958, 73, 74.

<sup>27</sup> S. *Nipperdey* a.a.O., S. 34.

<sup>28</sup> BVerfGE 65, 1, 41; ferner BVerfGE 63, 131, 142; 54, 148; 155; 35, 201, 220; *Murswiek* in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rdnr. 60 ff., 74; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 2 Rdnr. 31.

<sup>29</sup> St. Rspr., vgl. nur BVerfGE 80, 367, 373.

<sup>30</sup> BVerfGE 34, 238, 245 f.; 54, 148, 154; BGHZ 73, 120, 124; 98, 32, 36; *Hager* in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 1999, § 823, Rdnr. C 187 ff.

dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit regelmäßig zu einer Abwägung kommt.<sup>31</sup>

Eben diese Differenzierung unterläuft der BGH, wenn er feststellt, im vorliegenden Fall „geht es vielmehr um den Ausgleich einer Verletzung der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und des aus Art. 1 und 2 Abs. 1 GG hergeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Klägers“.<sup>32</sup>

dd. Ohne an dieser Stelle Ausführungen darüber zu machen, ob neben der Menschenwürde im vorliegenden Fall auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt wurde, ist bereits die gemeinsame Prüfung des Eingriffs in diese Rechte nach gleichen Kriterien wie Bedeutung und Tragweite des Eingriffs, Anlass und Beweggrund des Handelnden sowie Grad des Verschuldens verfehlt.

Die Annahme einer Erheblichkeitsschwelle wirkt – geht man von den Grundrechten als Abwehrrechte gegen den Staat aus – als Eingriff, der einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf.<sup>33</sup> Eine solche Rechtfertigung ist bei dem Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG nicht möglich. Die „Unantastbarkeit“ der Menschenwürde bedeutet, dass diese eben nicht eingeschränkt werden darf. Bei diesem schrankenlos gewährtem Grundrecht entfällt eine Abwägung im Wege der praktischen Konkordanz.<sup>34</sup>

Eine Verletzung der Menschenwürde stellt mithin stets einen schwerwiegenden Eingriff dar. Diese Schlussfolgerung wird – betrachtet man die besondere Bedeutung und den Stellenwert der Menschenwürde in der Verfassung – durch eine Gegenüberstellung mit dem Recht auf allgemeine Persönlichkeit bestätigt: Ein Eingriff in die Menschenwürde berührt stets den unantastbaren Kern der Persönlichkeit und ist als schwerwiegend zu kategorisieren.

ee. Damit besteht in Fällen wie dem vorliegenden – entgegen der Feststellung des BGH – gerade ein zwingendes Junktum zwischen einer Menschenwürdeverletzung einerseits und einer Geldentschädigung andererseits.

Aus diesem Grundsatz kann nichts anderes gefolgert werden, als dass jede Menschenwürdeverletzung, soweit sie in der Vergangenheit liegt und damit faktisch nicht beseitigt werden kann, eine Entschädigung in Geld gebietet.<sup>35</sup>

Betreffend einer Geldentschädigung kann ein modifizierter Rückkehrschluss aus der Rechtsfolgenregelung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht gezogen werden: Wenn das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Recht den Schutz der Menschenwürde und das Recht auf freie Entfaltung der allgemeinen Persönlichkeit gewährt<sup>36</sup> und nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ein verfassungsmäßig garantiertes Grundrecht (Art. 1, 2 GG) und zugleich ein zivilrechtlich nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes „sonstiges Recht“ ist<sup>37</sup>, muss auch die Menschenwürde an sich ein zivilrechtlich geschütztes „sonstiges Recht“ gem. § 823 Abs. 1 sein.

Wird das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit verletzt, kann dies einen Anspruch auf Geldentschädigung begründen. Das BVerfG hat bereits 1973 die rechtliche Grundlage für einen solchen Anspruch gesehen.<sup>38</sup> Auch der BGH geht in seiner ständigen Rechtsprechung davon aus, dass bei Verletzungen der erwähnten Art. 1 und 2 GG unabhängig von den Voraussetzungen des § 847 a.F. – nun in § 254 Abs. 2 BGB geregelt – eine Geldentschädigung mit dem Ziel der Genugtuung des Opfers sowie der Prävention in Betracht kommt.<sup>39</sup> Nichts anderes kann gelten, wenn die Menschenwürde selbst verletzt ist. Eine Geldentschädigung ist dann – da Art. 1 Abs. 1 GG keiner Abwägung unterliegt – zwingend bei jeder Verletzung geboten, da bei einer Verletzung der Menschenwürde ipso iure immer auch der unantastbare Kern der Persönlichkeit berührt ist.

Zwar verlangt die Abwehrfunktion der Grundrechte zunächst die Beseitigung einer solchen Verletzung. Dies ist im vorliegenden Fall durch die Beendigung der menschenunwürdigen Unterbringung erfolgt. Die – in diesem Falle zwei Tage andauernde Verletzung der Menschenwürde – bleibt jedoch trotzdem bestehen. Sie kann weder durch die Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit, noch durch eine bloße Geldentschädigung „befriedigend ausgeglichen“ werden. Die Annahme, eine bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit stelle den größtmöglichen und notwendigen Zustand wieder her, den ihre Verletzung hervorgeufen hat, verkennt die Grundrechtsposition der Menschenwürde und ihren Rang im Wertesystem. Vielmehr ist der größtmögliche Ausgleich zu gewähren, der im Falle einer menschenunwürdigen Unterbringung in Form einer Amtspflichtverletzung faktisch und rechtlich möglich ist: Dies ist billige Entschädigung in Geld.

c. Der BGH verkennt bei seiner Entscheidung auch das Ausmaß der Präventivwirkung, die mit der Zahlung von Schadensersatz einhergeht: Wenn die Festsetzung einer Erheblichkeitsschwelle auch bei Verletzungen der Menschenwürde verlangt wird, werden kurze – im vorliegenden Fall immerhin nahezu 48 Stunden andauernde – Verletzungen der Menschenwürde quasi legitimiert, weil sie – außer der (folgenlosen) Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit keinerlei Sanktionen für die entsprechenden Verantwortlichen (hier die Bundesländer) nach sich zie-

<sup>31</sup> BVerfG, NJW 2001, 594 f.; BVerfGE 93, 266, 293 f., BVerfG, NJW 2003, 1303, 1304.

<sup>32</sup> BGH (Fn. 1).

<sup>33</sup> So auch *Unterreitmeier*, NJW 2005, 475, 477.

<sup>34</sup> Vgl. statt vieler *Höfling* in: Sachs, GG, Art. 1 Rdnr. 9 ff.; so auch *Unterreitmeier*, NJW 2005, 475, 477.

<sup>35</sup> So auch *Unterreitmeier*, NJW 2005, 475, 477, der im Ergebnis jedoch in Fällen geringer Verletzungsintensität durch die Feststellung der Rechtswidrigkeit eine Tilgung der Menschenunwürdigkeit sieht, so dass nichts mehr übrig bleibt, was zu entschädigen wäre.

<sup>36</sup> So BGH, NJW 2000, 2195.

<sup>37</sup> Vgl. hierzu BGHZ 13, 334, 338.

<sup>38</sup> BVerfGE 34, 269, 292.

<sup>39</sup> BGH, NJW 1996, 984, 958.

hen. Damit wird der Grundrechtsschutz auf- und die Würde des Menschen preisgegeben. Die – der überfüllten Justizvollzugsanstalten wegen – gängige Praxis wird damit quasilegitimiert.

## 6. Ausschluss der Ersatzpflicht

Auch § 839 Abs. 3 BGB steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Unabhängig von der Frage, ob § 839 Abs. 3 BGB im vorliegenden Fall einschlägig ist, kann die Ersatzpflicht nur dann verneint werden, wenn die Einlegung eines gebotenen Rechtsmittels den Eintritt des Schadens verhindert hätte.

a. Das BVerfG hat festgestellt, dass es, wenn das Recht auf menschenwürdige Unterbringung berührt wird, nicht darauf ankommen kann, dass dies *nur* vorübergehend geschieht und sich der Strafgefangene möglicherweise nicht erkennbar oder nachdrücklich gegen die Unterbringung in dem fraglichen Haftraum zur Wehr gesetzt hat.<sup>40</sup> Dies ist jüngst seitens der fachgerichtlichen Rechtsprechung *expressis verbis* unterstrichen worden.<sup>41</sup> Denn Achtung und Schutz der Menschenwürde ist aller staatlicher Gewalt auferlegt – Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG –, weswegen ein explizites Berufen hierauf entbehrlich ist. Dies wird durch den Umstand bekräftigt, dass eine Einwilligung in die Verletzung der Menschenwürde ohnehin nicht möglich ist.

b. Die Erfolgsaussichten eines solchen Rechtsmittels wären – da die Haftanstalt ohnehin überbelegt war und mit einer Verlegung nicht zu rechnen gewesen wäre – so gering und zweifelhaft, dass dem Kläger dessen Gebrauch ohnehin nicht zugemutet werden konnte.<sup>42</sup> Aus diesen Gründen erübrigen sich hierüber hinausgehende Überlegungen zum Kausalitätszusammenhang zwischen Nichteinlegung des Rechtsmittels und dem Schaden.<sup>43</sup> Dies hatte auch schon das OLG Celle in seiner Berufungsentscheidung in dieser Sache festgestellt.<sup>44</sup>

## 7. Haftung aus Art. 5 Abs. 5 EMRK

Unabhängig hiervon liegt es im vorliegenden Fall nahe, die Voraussetzungen eines verschuldensunabhängigen Anspruchs auf Schadensersatz gem. Art. 5 Abs. 5 EMRK anzunehmen.

a. Nach Art. 5 Abs. 5 EMRK hat jeder, der entgegen den Bestimmungen des Art. 5 EMRK von Festnahme oder Haft betroffen ist, Anspruch auf Schadensersatz. Nach

<sup>40</sup> BVerfG (Fn. 18), NJW 2002, 2699.

<sup>41</sup> OLG Frankfurt/Main, NStZ-RR 2005, 155, wonach die Dauer der Unterbringung in dem Haftraum für die Frage ihrer Menschenunwürdigkeit ohne Belang ist.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 1980, 1679, 1680; *Wurm* in: Staudinger, BGB, 13. Bearb. 2002, § 839 Rdnr. 358.

<sup>43</sup> Vgl. BGHZ 156, 294 ff., BGH MDR 1982, 554; *Vinke* in: Soergel, BGB, 12. Aufl. 1998, § 839 Rdnr. 233; *Wurm* in: Staudinger, § 839 Rdnr. 361.

<sup>44</sup> S. OLG Celle, NJW-RR 2004, 380, 381.

Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EMRK darf einem Menschen die Freiheit nur auf dem gesetzlich vorgeschriebenen Wege entzogen werden, wobei diese Regelung nicht unmittelbar die körperliche Unversehrtheit schützt. Die Garantie bezieht sich vielmehr auf die Freiheitsentziehung als solche, nicht auf die Modalitäten des Vollzugs der Haft. Aus diesem Grunde ergeben sich aus ihr regelmäßig keine Rechte von verhafteten Personen auf ihre Behandlung in der Haft.

b. Die Umstände des Vollzugs der Haft können jedoch die Rechtmäßigkeit der Haft als solche in Frage stellen.<sup>45</sup>

c. Da im vorliegenden Fall die Art und Weise der Unterbringung rechtswidrig war, ist die Rechtmäßigkeit der Haft nicht mehr gegeben, weswegen eine Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 EMRK nahe liegt.

d. Weil allerdings aus dieser Anspruchsgrundlage keine weitergehenden Ansprüche als die ohnehin bereits aus der schuldhaften Amtspflichtverletzung hergeleiteten bestehen, kann eine abschließende Beantwortung dieser Frage dahingestellt bleiben.

## IV. Fazit

Dem Urteil kann weder in seiner Begründung, noch im Ergebnis zugestimmt werden. Es hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht abwägungsfähig. Eine Übertragung der Grundsätze des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf die Menschenwürde ist unzulässig und wird der Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG nicht gerecht. Bereits der unterschiedlichen Schutzwirkungen wegen ist zwischen diesen beiden Grundrechten zu differenzieren. Die Würde des Menschen ist nach Art. 1 Abs. 1 GG unantastbar und absolut geschützt. Die Berücksichtigung der Dauer und Intensität des Eingriffes in dieses Recht führt im Ergebnis zur Aufgabe des Grundrechtsschutzes und zur Preisgabe der Menschenwürde. Es würde bedeuten, dass kurze, wenig intensive Eingriffe zulässig seien.

Es wird der Menschenwürde ebenfalls nicht gerecht, wenn einerseits ihre Verletzung nachweislich festgestellt und seitens des BGH auch als bindend berücksichtigt wird, andererseits ein Eingriff in Art. 1 Abs. 1 GG abermals unter Abwägungsgesichtspunkten dahingehend erfolgt, ob die Beeinträchtigung nicht in anderer Weise befriedigend ausgeglichen werden konnte. Ein Eingriff in die Menschenwürde berührt stets den unantastbaren Kern der Persönlichkeit und ist damit als schwerwiegend einzustufen. Jede Verletzung der Menschenwürde gebietet daher eine Entschädigung in Geld. Es besteht daher *gerade* ein zwingender Zusammenhang zwischen einer Menschenwürdeverletzung auf der einen Seite und einer Geldentschädigung auf der anderen. § 839 Abs. 3 BGB steht dieser Auffassung nicht entgegen.

<sup>45</sup> BGHZ 122, 268, 270.

Wegen der rechtswidrigen Umstände der Haft ist die Rechtmäßigkeit der Haft als solche bereits nicht gegeben, weswegen hierüber hinaus ein Anspruch auf Schadenersatz auch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK nahe liegt.

Es ist zu hoffen, dass diese Thematik eine verfassungsgerichtliche Korrektur erfährt.

\*\*\*

## Prozessdokumentation

Im Rahmen der Prozessdokumentation wurden zum Verfahren gegen Alexander Falk u.a. unter anderem folgende Dokumente aufgenommen:

- Beweisantrag RA Dr. Thomas vom 14.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)
- RA Bliwier Aufforderung zur Bescheidung der Anträge vom 15.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)
- Beweisantrag des RA Bliwier vom 15.4.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung vom 15.4.2005)

Auf die freundliche Anregung von Herrn RA *Stephan Lorenz* (Leipzig) nehmen wir mit dieser Ausgabe auch ein lehrreiches Beispiel für die **Möglichkeit der erfolgreichen Erhebung einer Landesverfassungsbeschwerde** auf. In dem betroffenen Urteil des Verfassungsgerichtshofes des Freistaates Sachsen vom 22.4.2004 wird eine **Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung in Haftsachen** anerkannt. Hierbei finden sich bedeutsame Ausführungen zur **Geltung des Beschleunigungsgrundsatzes im Zusammenhang mit der Erstellung von Sachverständigengutachten**.

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

## Schrifttum

*Alejandro Aponte: Überlegungen zum „effizienten“ Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien.* 378 S., Nomos, Baden-Baden, 2004, ISBN 3-8329-0612-6, § 69,-- €.

Auf der kommenden Strafrechtslehrertagung in Frankfurt an der Oder wird am letzten Veranstaltungstag eine Diskussion über das Thema „Krieg gegen den Terror - Konsequenzen für ein rechtsstaatliches Strafrecht“ stattfinden. Die von Günther Jakobs und Peter Alexis Albrecht vorgesehenen einleitenden Referate garantieren die Repräsentanz einerseits des bellizistischen und andererseits des pazifistischen Lagers in der Diskussion um das so genannte „Feindstrafrecht“, das eine der möglichen Konsequenzen des „Kriegs gegen den Terror“ darstellen könnte.

*Alejandro Apontes*, von Alessandro Baratta betreute Saarbrücker Dissertation „Krieg und Feindstrafrecht“ aus dem Jahr 2002 behandelt daher sicher ein aktuelles Thema von grundsätzlicher Bedeutung und es kann kein Zweifel daran bestehen, dass der Forschungsgegenstand einer Dissertation würdig ist. Allerdings war eine schwierige Gratwanderung zu bewältigen. Wie kaum bei einem anderen Thema im gegenwärtigen strafrechtswissenschaftlichen Diskurs sind bei der Diskussion über Jakobs „Feindstrafrecht“ Politik und Wissenschaft ineinander verwoben. Das Schlagwort „Feindstrafrecht“ hat sich längst in der Medienwelt verbreitet und fordert, genährt

durch tagespolitische Ereignisse, angefangen bei den Verbrechen des 11. September (man denke etwa an die Hamburger Prozesse gegen die mutmaßlichen Attentats Helfer Motassadeq und Mzoudi) bis zum „Folterfall“ Daschner, in erster Linie eine politische Stellungnahme und eher sekundär die in einer Doktorarbeit zu leistende vorurteilsfreie wissenschaftliche Aufarbeitung des Stoffes. *Alejandro Aponte* war also dazu aufgefordert, das Thema „Feindstrafrecht“ einerseits mit der erforderlichen wissenschaftlichen Unvoreingenommenheit zu bearbeiten und sich andererseits dennoch einer wertenden aber nüchternen Stellungnahme nicht zu enthalten.

Der Autor hat diese Aufgabe in geradezu vorbildlicher Weise bewältigt. Während der Begriff „Feindstrafrecht“ noch bei seinem Schöpfer Jakobs in erster Linie ein inhaltlich diffuser Topos für eine neue, von ihren rechtsstaatlichen Fesseln befreite Verteidigung des Staates gegen „Unpersonen“, die sich „dauerhaft vom Recht abgewandt haben“, darstellt, zeigt die Arbeit von *Aponte* ein konkretes Gesicht des „Feindstrafrechts“ auf. Anhand der Schilderung der Situation der Strafrechtspflege in Kolumbien lernt der Leser eine „Strafrechtsordnung im permanenten Ausnahmezustand“ (*Aponte*, S. 62 ff, die nachfolgenden Seitenangaben ohne nähere Kennzeichnung beziehen sich auf die hier zu rezensierende Monographie) kennen, die das von Jakobs offensichtlich befürwortete „Feindstrafrecht“ in seiner gesamten Tragweite verdeutlicht.



Wie *Aponte* einleitend berichtet (S. 19 f., 66 ff.), wurde in Kolumbien im Jahr 1990 infolge der Ermordung von über 100 Beamten der Justizverwaltung durch so genannte „Drogenterroristen“ eine Art Notstandsstrafrecht in Kraft gesetzt, das nach der Interpretation des Autors in geradezu idealtypisch zugespitzter Weise die Züge eines „politisch effizienten Feindstrafrechts“ trägt. Unter dem Titel „Statut zur Verteidigung der Justiz“ entstand so parallel zu dem bestehenden Strafrecht in Kolumbien eine zweite Spur der Strafrechtspflege, die in zentralen Punkten auf der Ebene des Strafprozessrechts und des materiellen Strafrechts von dem „normalen“ kolumbianischen „Bürger“ – Strafrecht abweicht.

Die wohl bemerkenswertesten Modifikationen erfährt das Strafrecht dabei auf der prozessualen bzw. gerichtsverfassungsrechtlichen Ebene. Das Notstandsstrafrecht verzichtet nicht nur auf eine öffentliche Hauptverhandlung, sondern der Prozess ist insgesamt „geheim“. Dies bedeutet, dass weder die Richter noch die Beamten der Staatsanwaltschaft gegenüber dem Angeklagten in Erscheinung treten (Richter und Staatsanwälte „ohne Gesicht“, S. 66 ff.), die Identität der Zeugen geheim bleibt und dem Angeklagten und seinen Verteidigern aus Gründen der Sicherheit sogar bestimmte Beweismittel und Beweisergebnisse vorenthalten werden können. Außerdem ist das „Sonderstrafrecht“ durch den Abbau maßgeblicher, für das „Bürgerstrafrecht“ geltender Schutzvorschriften zugunsten des Angeschuldigten gekennzeichnet. So sind z. B. wichtige Bestimmungen, die eine überlange Untersuchungshaft vermeiden sollen, außer Kraft gesetzt, oder sie gelten mit gewichtigen Modifikationen (S. 199 ff.). Da diese Regelungen parallel zu den Normen des „Bürgerstrafrechts“ existieren und durch zahlreiche Spezialvorschriften ergänzt werden, gilt für die der „Justiz ohne Gesicht“ unterworfenen Angeklagten eine unübersichtliche Rechtslage (S. 202), die nach *Apontes* empirischen, anhand von Einzelfällen veranschaulichten Feststellungen dazu führt, dass die vorläufige Festnahme nur der Beginn einer jahrelangen Freiheitsentziehung ohne juristische Kontrolle darstellen kann. In diesen Fällen, die fast die Hälfte der in Kolumbien inhaftierten Personen betreffen, ist daher die Untersuchungshaft die eigentliche Strafe und die vor dem Urteil erlittene Freiheitsentziehung dauert unter Umständen länger als die zu erwartende Freiheitsstrafe (S. 203 ff.). Außerdem wurden zur Verfolgung der in den Anwendungsbereich der „Justiz ohne Gesicht“ fallenden Delikte die ermittelungsbehördlichen Zuständigkeiten modifiziert und ergänzt. Die Verfolgung dieser Straftaten obliegt nicht mehr alleine der Staatsanwaltschaft und Polizei, sondern seit einer Verordnung aus dem Jahr 1992 (S. 265) auch einer besonderen Einheit der kolumbianischen Streitkräfte, die in den ländlichen Gebieten Kolumbiens Aufgaben der Kriminalpolizei wahrnehmen. Die dabei vorgesehene Leitung der Ermittlungen durch die Staatsanwaltschaft ist nach *Aponte* eher formaler Natur, da der Staat in den von den Guerilla beherrschten Gebieten Kolumbiens, abgesehen von Einheiten des Militärs, nicht präsent ist (S. 266). Daher verleiht die formale Unterstellung der Strafverfolgungstätigkeit des Militärs unter die Aufsicht der Staatsanwaltschaft den Ermittlungsmaßnahmen der Streitkräfte eine

Scheinlegitimität, die mit den realen Verhältnissen vor Ort nicht zu vereinbaren ist.

Auf der materiell-rechtlichen Ebene kommt das Sonderstrafrecht in Sonderstrafrahmen und Strafschärfungsvorschriften zu den bestehenden Normen des „Bürgerstrafrechts“ zum Ausdruck. So wird z. B. die Körperverletzung dann unter eine höhere Strafe gestellt, und dem Anwendungsbereich der „Justiz ohne Gesicht“ zugeordnet, wenn die Tathandlung „terroristische Ziele“ verfolgt oder der Täter einer „gesetzlich nicht autorisierten bewaffneten Gruppe“ angehört (S. 116 ff.). *Aponte* zeigt dabei auf, dass die Regelungstechnik des Gesetzgebers gezielt auf unbestimmten Rechtsbegriffen aufgebaut ist, die von den „Richtern ohne Gesicht“ im Sinne einer einzelfallbezogenen Abwägungsdogmatik ausgelegt werden können. Im Ergebnis bleibt es daher weitgehend dem Zufall überlassen, ob eine Tathandlung als eine dem „Bürgerstrafrecht“ unterworfenen „normale“ Körperverletzung oder als ein terroristischer Akt eingeordnet wird.

Die hier nur skizzenhaft, von *Aponte* jedoch in allen Einzelheiten geschilderte Ausnahmegesetzgebung wird von dem Autor im Folgenden unter den Gesichtspunkten der Evolution und Mechanik der Feindstrafrechtsgesetzgebung und –anwendung analysiert (S. 189 ff., 221 ff.). Die gewonnenen Erkenntnisse reichen dabei deutlich über die bloße Lagebeurteilung des „Feindstrafrechts“ in Kolumbien hinaus und zeigen allgemein die Bedingungen auf, unter denen das „Feindstrafrecht“ selbst in modernen Demokratien errichtet und legitimiert werden kann.

*Aponte* kann am Beispiel der Gesetzgebung in Kolumbien eine Art Komplementärstrategie der Apologeten des „Feindstrafrechts“ nachweisen, die von einer Dramatisierung der bestehenden Problemlagen (das heißt der Bedrohung durch Terrorismus, Drogenhandel, Organisierte Kriminalität usw.) ausgeht. Diese Dramatisierung dient erstens dazu, die Zuständigkeit des Strafrechts als ein adäquates Mittel zur Lösung sozialer Konflikte zu behaupten und zweitens hiermit die Forderung zu verbinden, das derzeitige Strafrecht zum Zwecke der Effizienzsteigerung zu verschärfen und zu erweitern. Die von *Aponte* vorgelegten Befunde zeigen allerdings, dass mit dem „Feindstrafrecht“ nur eine Scheineffizienz erreicht wurde und dem Abbau der prozessualen Garantien keine Erfolge in der beabsichtigten Bekämpfung der Problemlagen des Landes gegenübergestellt werden können. Die „Justiz ohne Gesicht“ dekuviert sich nach den Analysen des Autors nämlich als eine Art Inhaftierungs- und Verurteilungsmaschinerie, die, obwohl nur mit 7 % der innerhalb eines Untersuchungszeitraums in Kolumbien bekannt gewordenen Straftaten befasst, für 43,8 % der Inhaftierungen verantwortlich war (S. 332). Bei den Inhaftierten handelt es sich allerdings nicht um die Spitzen des organisierten Drogenhandels, sondern überwiegend um sozial benachteiligte Personen, denen – wie sich aus der von *Aponte* herangezogenen Auswertung der entsprechenden Verfahrensakten ergibt – letztlich weder eine Beteiligung an der Organisierten Kriminalität noch

an politischen Aktionen der Guerilla nachgewiesen werden konnte (S. 329).

*Apontes* Darstellung und Kritik des „effizienten Feindstrafrechts“ in Kolumbien mündet schließlich in ein Plädoyer für ein liberales „minimales“ Strafrecht, dessen Aufgabe allein der Schutz von Rechtsgütern darstellt, die für das „Zusammenleben der Menschen in der Gemeinschaft unerlässlich sind“ (S. 352):

„Ein minimales Strafrecht als bürgerliches Strafrecht, wie es das verfassungskonforme Strafrecht ist, ist ein großer Beitrag zum Frieden, den die meisten Menschen in Kolumbien sich wünschen. Eine ‚effiziente‘ Befriedung durch massiven Einsatz repressiver Politik führt zu falschen Erwartungen in der Gesellschaft im Hinblick auf die Lösung von Konflikten, und der Preis dafür ist eine um sich greifende Gewalt. Wie bei allen wichtigen Dingen steht hier enorm viel auf dem Spiel. ... Die effiziente Befriedung auf der Basis von autoritären Strafrechtssystemen und totalitären Modellen der Kriminalpolitik wurde schon genügend ausprobiert, und ebenso haben wir genügend Beweise für ihren Misserfolg erhalten.“ (S. 352, Hervorhebung im Original)

Vor dem Hintergrund der eingangs angedeuteten aktuellen Diskussion um das „Feindstrafrecht“ in Deutschland verdient die Dissertation von *Alejandro Aponte* nicht nur zitiert, sondern auch gelesen zu werden. Die kriminalpolitischen Schlussfolgerungen des Autors mögen heute vielleicht nicht überall auf ungeteilte Zustimmung stoßen. Seine Schilderung der Situation in Kolumbien zeigt aber in aller Deutlichkeit, welchen Weg die Strafrechtspflege einschlägt, wenn mit der Errichtung des „Feindstrafrechts“ tatsächlich ernst gemacht wird. Sie ermöglicht dem Leser daher eine Stellungnahme im beginnenden Streit zwischen den Vertretern des „Bürger-“ und denen des „Feindstrafrechts“ und schärft seinen Blick für die Rhetorik, mit der uns das „Feindstrafrecht“ als einzig denkbare Strategie der Bewältigung der gegenwärtigen Bedrohungen durch Terrorismus, Organisierte Kriminalität oder andere „Feinde“ der Gesellschaft empfohlen wird.

PD Dr. **Hendrik Schneider**, Univ. Leipzig

\*\*\*

**Frank Meyer: Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren.** (Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge Band 153); Berlin, Duncker & Humblot, 408 Seiten, 2003, € 94.

1. Die zu besprechende Abhandlung von *Meyer* wurde von *Fezer* betreut und befasst sich mit der Dogmatik des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten. Hätte es der Große Senat für Strafsachen (vgl. in diesem Heft BGH HRRS 2005 Nr. 310; krit. zur Lösung über eine qualifizierte Belehrung bereits BGH StV 2004, 196 ff.: Alibi-funktion; m.w.N. Gaede/Rübenstahl HRRS 2004, 342,

351 f.) bei seiner Entscheidung über die Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts nicht für überflüssig erachtet, eine rechtswissenschaftliche Fundierung seines im Wege der Rechtsfortbildung gefundenen Abwägungsergebnisses zu demonstrieren, hätte er zur rechten Zeit insbesondere mit der Abhandlung *Meyers* beste Bedingungen für eine angemessene Auseinandersetzung vorgefunden: Die Abhandlung setzt an dem treffenden und durch die jüngste Entscheidung bestätigten Befund an, dass die Praxis zum Rechtsmittelverzicht bislang einerseits durch ein „Dogma der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts“, andererseits durch kasuistische bzw. sektorale Einzelfallausnahmen der Rechtsprechung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit gekennzeichnet ist (S. 18 ff.). *Meyer* setzt es sich zum Ziel, eine Dogmatik der Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht zu erarbeiten, die mehr als eine Kasuistik darstellt und insbesondere auch geeignet ist, die dringlichen Fragen der möglichen Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts zu bewältigen. Hierbei legt *Meyer* gleich zu Anfang seiner Abhandlung seinen Untersuchungsansatz präzise nieder: Die Lösung soll durch die Abschtigung von Verantwortungsbereichen der Prozessbeteiligten hinsichtlich des Vorliegens von Willensmängeln erfolgen, wobei *Meyer* von der Prämisse ausgeht, dass Willensmängel einen Rechtsmittelverzicht nicht stets unwirksam werden lassen (S. 25 f.).

2. *Meyer* legt im ersten Teil seiner Abhandlung jene Prämisse und seinen Untersuchungsansatz näher dar. Er zeigt auf, dass bei einer isolierten Analyse der StPO heute vom Grundsatz der prinzipiellen Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts auszugehen ist (S. 32 ff.). Sodann stellt *Meyer* prägnant dar, welche Fallgruppen bereits durch die an jede Prozesshandlung zu stellenden Mindestvoraussetzungen gelöst werden (S. 46 ff.). Im zentralen zweiten Teil des Werks legt *Meyer* seine Auffassung von der sowohl Teilhaberechte als auch prozessuale Verantwortung begründenden Prozesssubjektivität des Angeklagten nieder, welche für die Frage der Zurechnung von Willensmängeln zum Angeklagten bzw. ihrer Zuweisung zum Staat maßgeblich ist (S. 68 ff.). Bei der weiteren Analyse unterscheidet *Meyer* zwei Hauptgruppen einer möglichen Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts: Willensmängel infolge objektiver Irreleitung und Drohung (S. 87 ff.) sowie Verletzungen der prozessualen Fürsorgepflicht (S. 214 ff.).

Eine Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts infolge objektiver Irreleitung und Drohung kommt für *Meyer* insbesondere bei einem entsprechenden Handeln der Strafverfolgungsorgane in Betracht (S. 87 ff.). *Meyer* zeigt überzeugend, dass diese Unwirksamkeit im Grundsatz des fairen Verfahrens zu verankern ist (S. 96 ff.). Er sieht hierbei das faire Verfahren im Ansatz an Literaturstimmen als Optimierungsprinzip und weist Einwände einer fehlenden Konkretisierbarkeit des fairen Verfahrens im Ergebnis treffend zurück (S. 97 ff.). *Meyer* will dabei aber auch hinsichtlich der mit betroffenen bzw. mit begründenden Grundrechte allein einen Schutz des Kernbereichs verfassungsrechtlich anerkennen (S. 130 ff.). Bei seiner Erarbeitung der Fallgruppe objektiver Irreleitun-

gen leistet *Meyer* eine äußerst gelungene Aufarbeitung und Adaption der verfassungsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes für das Strafverfahren (S. 104 ff.). Hinsichtlich der Fallgruppe der Drohung legt *Meyer* einen Ansatz dar, der dem Angeklagten vergleichsweise streng die Nutzung existenter prozessualer Rechtsmittel auch gegen rechtswidrige Ansinnen der Strafverfolgungsorgane auferlegt (S. 130 ff.): Auch ein unsachgemäßer Haftbefehlsantrag soll danach für sich genommen noch keine zur Unwirksamkeit führende Drohung sein (vgl. S. 140 ff.).

*Meyer* untersucht auch die mögliche objektive Irreleitung und Drohung durch den Verteidiger (S. 148 ff.). Wieder leistet *Meyer* Pionierarbeit, wobei er infolge einer angenommenen prinzipiellen Befugnis des Verteidigers, die Geschicke des Angeklagten zu bestimmen, selbst bei vorsätzlichen Täuschungen des Verteidigers noch immer eine Verantwortungszurechnung zum Angeklagten bejahen will (S. 169 ff.), dessen Autonomie von einer vorsätzlichen aber gut gemeinten Täuschung unberührt bleiben soll. Eine die Unwirksamkeit auslösende objektive Irreführung des Verteidigers kommt für *Meyer* praktisch allein in Betracht, wenn der Verteidiger tatsächlich dysfunktional handelt oder § 297 StPO verletzt ist (S. 169 ff., S. 176 ff.). Eine Drohung des Verteidigers soll prinzipiell nur dann relevant sein, wenn der Verteidiger mit nicht verteidigungsspezifischen Übeln droht, nicht hingegen dann, wenn er mit Übeln droht, welche der Angeklagte durch die Vertragskündigung oder die Anregung einer Entpflichtung verhindern kann (S. 179 ff.). *Meyer* prüft schließlich auch, inwiefern das außerprozessuale Handeln Dritter zur Unwirksamkeit führen kann, was er ausnahmsweise unter Rückgriff auf § 34 StGB und ein Solidaritätsprinzip bejaht (S. 186 ff.).

Im Rahmen der zweiten Hauptgruppe stellt *Meyer* zunächst überzeugend die prinzipielle Geltung der gerichtlichen Fürsorgepflicht und ihre Beschränkung auf Fälle tatsächlicher Hilfsbedürftigkeit des Angeklagten dar (S. 214 ff.). Im Einzelnen begründet er unter anderem die mögliche Unwirksamkeit des „herausgefragten Rechtsmittelverzichts“ (S. 230 ff.) und diejenige bei der versäumten Bestellung eines notwendigen Verteidigers (S. 245 ff.). Er analysiert zum Beispiel auch die Fallgruppe des „unfähigen Verteidigers“ (S. 267 ff.), in der er abermals zu einem restriktiven Ergebnis gelangt, da selbstverständlich der nicht zu durchbrechende Grundsatz gelte, dass unzureichende Verteidigung dem Angeklagten anzulasten sei. Für die Fallgruppe der Fürsorgepflichtverletzungen zeigt *Meyer* abschließend, dass dem Angeklagten zum Nachweis eines entsprechenden Unwirksamkeitsgrundes lediglich die Darlegung der entsprechenden Pflichtverletzung abzuverlangen ist (S. 278 ff.).

Die Arbeit fährt damit fort, die erarbeiteten dogmatischen Grundsätze auf die Fälle der unzulässigen Absprachen folgerichtig anzuwenden (S. 281 ff.). *Meyer* zeigt auf, dass es von seinem Standpunkt aus einer Sonderlösung für die Verfahrenabsprachen nicht bedarf. Inhaltlich besonders bemerkenswert und uneingeschränkt Zustimmungswürdig sind dabei die Analysen *Meyers* zur Be-

deutung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes für rechtswidrige Zusagen bei Verfahrensabsprachen. *Meyer* legt dar, dass weder die etwa wegen der Überschreitung von Kompetenzen vorliegende Rechtswidrigkeit einer Zusage allein, noch der Hinweis auf die Abweichung von einer Zusage den Vertrauenstatbestand entfallen lassen, soweit die Rechtswidrigkeit der Zusage für den Angeklagten als Laien nicht offensichtlich war (S. 120 ff., 291 ff.). Zutreffend stellt *Meyer* insoweit die grundverschiedene Geltungsgrundlage einer Bindung auf Grund von BGHSt 43, 195 ff. und derjenigen auf Grund verfassungsrechtlicher Grundsätze heraus. Vor allem hier zeigt sich, wie ertragreich die dogmatische Grundlagenarbeit *Meyers* gewesen ist. Auch zur jüngst vom Großen Senat entschiedenen Frage der Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts überzeugen *Meyers* Darlegungen weit mehr als die Postulate des Großen Senats: Die vom Großen Senat als Ausweg erachtete qualifizierte Belehrung (BGH HRRS 2005 Nr. 310) wird zwar von *Meyer* dann akzeptiert, wenn der Angeklagte bereits die in der Absprache versprochenen Vorteile in der Verzichtssituation erlangt hat. *Meyer* legt jedoch in einer präzisen Analyse dar, weshalb dem gleichsam heilend gedachten Einsatz der qualifizierten Belehrung im Rahmen des § 302 StPO praktisch die Eignung zum Ausgleich der fortwirkenden Beeinträchtigung der Willensfreiheit abzusprechen ist, selbst wenn die qualifizierte Belehrung als solche nicht zusätzlich marginalisiert wird (S. 338 ff.). Soweit dem Angeklagten erst nach dem Rechtsmittelverzicht zu erbringende Leistungen versprochen worden sind, lehnt auch *Meyer* die qualifizierte Belehrung als Weg zur Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts ab (zum Standpunkt des Rezensenten Gaede/Rübenstahl HRRS 2004, 342, 351 f.).

Im dritten Teil legt *Meyer* sodann dar, dass und in welcher Form eine Umsetzung der von ihm anerkannten Fälle der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgen muss und kann (S. 354 ff.). Im abschließenden vierten Teil formuliert *Meyer* zunächst ein Gesamtergebnis (S. 381 f.), um zu guter letzt die Ende 2002 diskutierten rechtspolitischen Vorschläge zur Regelung des Rechtsmittelverzichts zu behandeln. Nach einer die überwiegende Nachteileiligkeit für den Angeklagten aufzeigenden Analyse kommt *Meyer* zum Schluss, dass im Kontext der Absprachen die Streichung des § 302 StPO die effizienteste und empfehlenswerte Lösung sei (S. 383 ff., S. 389).

3. *Meyer* löst sein Ziel ein, eine praktikierbare Dogmatik des Rechtsmittelverzichts des Angeklagten zu erarbeiten. Das Studium der Abhandlung war für den Rezensenten von großem, über die Dogmatik des § 302 StPO hinausgehendem Gewinn. Zum Beispiel die Ausführungen zum Vertrauensschutz und der eine in verschiedensten Kontexten sinnvolle objektive Zurechnung des Prozessrechts (vgl. insoweit z.B. Beckemper, Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten, 2002; Gaede StV 2004, 46, 51 f.) vertretende Untersuchungsansatz überhaupt sind über die im Einzelnen in der Arbeit behandelten Fragen

hinaus beispielgebend. Bedauerlich ist aus der – freilich durch eigene Forschungsschwerpunkte insoweit geschärften – Sicht des Rezensenten lediglich, dass *Meyer* seine wesentlich auf den Fairnessgrundsatz abhebende Maßstababbildung auf StPO und Grundgesetz beschränkt und einschlägige Ansätze des EGMR bzw. den in Deutschland geltenden Art. 6 EMRK selbst nicht erörtert. Dass eine solche Einbeziehung in großem Umfang oder zwingend andere Ergebnisse bzw. dogmatische Grundsätze nach sich ziehen müsste, soll damit nicht behauptet sein. Der EGMR hat jedoch bereits positive Voraussetzungen für die Annahme eines wirksamen Verzichts auf Konventionsrechte gefordert und geht insofern nicht ohne Weiteres von einem „Wirksamkeitsdogma“ aus (vgl. näher Gaede/Rübenstahl HRRS 2004, 342, 349 ff. m.w.N.). Überdies genügt eine bloße theoretische Eröffnung von Rechten Art. 6 EMRK nicht (vgl. beispielsweise zur unzureichenden formellen Verteidigung Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff., 60, m.w.N. zu früherer Rechtsprechung; siehe aber *Meyer*, S. 241; 169 f.). Es ließe sich in diesem Kontext eine andere, Grundsätze der Rechtssicherheit weniger weitgehend bevorzugende Bestimmung, der von *Meyer* als entscheidend herausgearbeiteten Verantwortungsabschichtung andenk-

Noch nicht erschlossen hat sich für den Rezensenten, dass im Rahmen eines als Optimierungsprinzip verstandenen fairen Verfahrens selbst bei Bezugnahmen auf explizit anerkannte Grundrechte sogleich eine Zurücknahme grundrechtlicher Ansprüche auf Kernbereiche erfolgt. Ein selbstevidentes Durchsetzen von Erwägungen der Rechtssicherheit gegenüber einem dem Schutzbereich nach eröffneten und zu optimierenden Recht erstaunt, zumal selbst im Kernbereich letztlich der Einzelfall über das „Unverfügbare im Strafprozess“ entscheiden soll (S. 135, S. 145). Jedenfalls die Auffassung, dass ein Angeklagter noch immer als autonomes Prozesssubjekt gelten können soll, wenn er durch eine vorsätzliche Täuschung seines geradezu als Herr und Meister zu betrachtenden Verteidigers zu einem Rechtsmittelverzicht bestimmt worden ist (S. 169 f.), weckt Zweifel an der überzeugenden Bestimmung des für die Abhandlung entscheidenden Grundmaßstabes der autonomen Prozesssubjektivität. *Meyer* verteidigt die Prozesssubjektivität zum einen vehement gegen Aufdrängungen nach Fürsorgegrundsätzen (S. 222 ff., 225; auch *Meyer* StV 2004, 41, 44), sieht aber zum anderen den Verteidiger pauschal als „prozessualen Vorgesetzten“ des Angeklagten und auch den Gesetzgeber offenbar für befugt an, diese zugunsten einer objektiv für erforderlich empfundenen Fürsorge frei zu beschränken (S. 252: zwingende notwendige Verteidigung, S. 389). Jedenfalls dann, wenn man die für die Abgrenzung maßgebliche autonome Prozesssubjektivität als Ausdruck des auch den Gesetzgeber nach Art. 6 EMRK und Art. 2 I, 20 III, 103 I GG bindenden fairen Verfahrens sieht, kann sie sich jedenfalls nicht nur als Zusammenfassung des einfachen Rechts bzw. der Gesetzgebung darstellen. Auch insoweit ist denkbar, dass auf der Grundlage des von *Meyer* beispielgebend entwickelten Untersuchungsansatzes einzelne Neujustierungen etwa bei der Beurteilung von Wil-

lensmängeln vorzunehmen sind, die durch den Verteidiger hervorgerufen worden sind.

Gleichwohl bleibt allein ein Fazit angemessen: *Meyer* hat in souveräner Diktion ein grundlegendes und in seinem Untersuchungsansatz vorbildliches Werk verfasst, dem eine breite Aufnahme über Fragen des Rechtsmittelverzichts hinaus nur zu wünschen ist. Die Arbeit bespricht detailreich zahlreiche Fallgruppen und Entscheidungen, so dass sie für viele Fallgestaltungen konkrete Hilfestellungen bietet. Die Abhandlung eröffnet eine Fülle neuer Erkenntnisse, und sie untergründet im Ergebnis weitgehend bestätigend die vorherrschende Gerichtspraxis zum Rechtsmittelverzicht mit einer überzeugenden Dogmatik. Angesichts einer deutlich spürbaren Wertschätzung für die Erfordernisse der Rechtssicherheit ist die Arbeit geradezu dafür prädestiniert, der Rechtsprechung praktikable Ansätze zu einer – eben die Rechtssicherheit fördernden! – dogmatisch überzeugenden Bewältigung anstehender Fallgruppen zu bieten. Es erstaunt und enttäuscht, dass der Große Senat im Ringen um einen Kompromiss vermeint hat, auf die sichtbare Einbeziehung und Auseinandersetzung mit einer solch grundlegenden Abhandlung verzichten zu können.

Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Hamburg/Zürich)

\*\*\*

*Marios Nikolidakis, Grundfragen der Anstiftung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2004, 196 Seiten, ISBN 3-428-11246-6, 64 Euro

Strafrechtsordnungen, die unterschiedliche Beteiligungsformen an einer Straftat kennen, bürden sich die Last von Grundfragen auf, die Einheitstätersysteme nicht schultern müssen: Soll die Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme nicht nur auf einer historischen Tradition gründen, sondern dogmatisch gerechtfertigt sein, fragt sich, auf welchem besonderen Strafgrund die Teilnahme ruht. *Nikolidakis* hat sich in seiner von *Küper* betreuten Heidelberger Dissertation diese Grundfrage sowie zwei Einzelfragen – die Strafbarkeit des agent provocateur und die Folgen der Objektverwechslung durch den Täter – vorgelegt.

Der *Verfasser* lenkt den Blick zunächst auf die bekannten Theorien zum Strafgrund der Teilnahme und unterzieht diese einer kritischen Würdigung. Insbesondere gegen den Schuldteilnahmeansatz bringt *Nikolidakis* eine beachtliche Zahl von Einwänden vor, die freilich weit überwiegend nicht stichhaltig sind. Ein gutes Beispiel für die Ambivalenz mancher Argumente stellt der Verweis auf die versuchte Anstiftung dar. *Nikolidakis* schließt sich der Meinung an, nach welcher die begrenzte Strafbarkeit nicht mit dem Schuldteilnahmeansatz zu vereinbaren sei, wolle doch auch der Anstifter zu einem Vergehen den Täter in Schuld verstricken (S. 22). Die Schuldteilnahmelehre sieht demgegenüber in § 30 I StGB die Bestätigung dafür, dass bei einer derartigen Vorverlegung der Strafbarkeit der Angriff auf das von der Haupt-

tat geschützte Rechtsgut keine tragfähige Erklärung für die Pönalisierung der (versuchten) Anstiftung liefern könne. Ausgehend von ihrem jeweiligen Vorverständnis können sich mithin Vertreter wie Kritiker der Schuldteilnahmelehre auf § 30 I StGB berufen. Ein anderes gegen die Schuldteilnahmelehre vorgebrachtes Argument behauptet, das Abstellen auf die Korruption des Haupttäters erhöhe die „gesetzestreue Gesinnung“ zu einem eigenständigen Rechtsgut (S. 24 f). Doch werden damit die Ambitionen der Schuldteilnahmelehre überbewertet: Die Schuldverstrickung des Haupttäters durch den Anstifter dient lediglich als Brücke, die den Bogen vom deliktischen Verhalten des Täters zur Verantwortlichkeit des Anstifters schlagen soll. Der Schuldteilnahmeansatz betont dabei die besondere Vorgehensweise des Anstifters: Er bedient sich nämlich nicht der schlichten Kausalität von Naturgewalten, sondern motiviert eine andere Person zur Vornahme der Tathandlung. Diese Besonderheit der Anstiftung kann ein Teilnahmeverständnis, welches das von der Haupttat verletzte Rechtsgut in den Vordergrund rückt und schlicht den Kausalverlauf zur „Bestimmung“ zurückverfolgt, nicht angemessen würdigen. Anders als es die antiquiert klingende Bezeichnung vermuten lässt, ist der Schuldteilnahmeansatz mithin weit differenzierter als das modern anmutende Rechtsgutdenken. Angesichts dieser dogmatischen Vorzüge wirkt der, freilich zutreffende, Hinweis auf die limitierte Akzessorietät recht schlicht, mit welchem die Schuldteilnahmelehre in das Reich von „de lege ferenda“-Betrachtungen verwiesen wird (S. 21). Gegen die Lehre von der Unrechtsteilnahme bringt *Nikolidakis* ein anderes „legalistisches“ Argument in Stellung: § 28 I StGB. Nach Auffassung des *Verfassers* ist die obligatorische Strafmilderung nicht mit der Prämisse vereinbar, der Anstifter werde dafür bestraft, dass er den Täter veranlasst habe, sich ins Unrecht zu setzen (S. 27). Doch leuchtet dies nicht recht ein: Mit der Strafmilderung wird nämlich dem Umstand Rechnung getragen, dass die soziale Desintegration des Anstifters mangels besonderer persönlicher Eigenschaften hinter der des Täters zurückbleibt. Insofern kann in § 28 I StGB die Bestätigung dafür gesehen werden, dass der Teilnehmer zwar wegen der Bestimmung zum fremden Unrecht bestraft wird, er aber eigenes Unrecht verwirkt. Die Eigenständigkeit des Teilnahmeunrechts darf aber nicht dazu verführen, die Begehung der Haupttat auf eine bloße Strafbarkeitsvoraussetzung zu reduzieren und Auswirkungen auf den Unrechtsgehalt der Teilnahme zu leugnen, wie dies die reinen Verursachungslehren tun. *Nikolidakis* verwirft dies überzeugend und besteht darauf, dass die Anstiftung nicht nur faktisch von der Haupttat abhängt: Die Haupttat sei vielmehr ein „Element des Teilnahmeunrechts“ (S. 41). Bei der herrschenden „akzessorietätsorientierten Förderungstheorie“ angeht, konstatiert der *Verfasser* mit Recht, es sei „überraschend, dass sich nach allen Diskussionen über den Strafgrund der Teilnahme [...] die herrschende Meinung mit einer schlagwortartigen, auf den Akzessorietätsgedanken basierenden Beschreibung des Teilnahmestrafgrundes ohne nähere Begründung begnüge“ (S. 44). Die von *Roxin* befürwortete Begrenzung der akzessorischen Teilnehmerhaftung auf Rechtsgüter, welche auch dem Anstifter gegenüber geschützt sind, stelle eine ergebnisorientierte

Synthese zweier beziehungslos nebeneinander stehender Prinzipien dar (S. 48). Angesichts seiner Kritik überlascht freilich der Lösungsvorschlag des *Verfassers* (S. 50): „Daß der Teilnehmer sein Unrecht aus dem der Haupttat ableitet, schließt ein eigenes Unrecht des Teilnehmers nicht aus. Sein Unrecht besteht darin, dass er an einer Straftat teilnimmt und deren Erfolg mitverursacht [...]“ Der Anstifter leite zwar sein Unrecht aus dem der Haupttat ab, insofern es ohne sie keine Teilnahme gebe. Er hafte aber nicht für die Handlung des Täters, sondern für seine eigene Tat, die Verursachung der Rechtsgutsverletzung (S. 51). Was bei *Roxin* als „akzessorischer Rechtsgutsangriff“ „beziehungslos nebeneinander“ stand, wird nunmehr zur „akzessorischen Verursachung des Erfolges als teilnahmespezifisches Unrecht“ zusammengefasst (S. 51 f.). Liegt aber das Unrecht des Anstifters allein in der Verursachung der Rechtsgutsverletzung durch den Täter, wird die Bedeutung des Unrechts der Haupttat beinahe auf jenes Maß zurückgeschnitten, das bei den reinen Verursachungslehren kritisiert wurde. Vor allem aber vernachlässigt auch die von *Nikolidakis* vorgeschlagene Modifizierung des rechtsgutsorientierten Ansatzes die Besonderheiten der Anstiftung: Wenn der Strafgrund der Anstiftung die Verursachung der Rechtsgutsverletzung ist, wird allein auf die Ursächlichkeit des Anstifterbeitrags verwiesen und man bedient sich einer Kategorie, deren „Rohheit und Kindlichkeit“ in diesem Zusammenhang schon *Köstlin* kritisierte. Auch die teilnahmespezifische Beschränkung des Verursachungsbeitrags auf das gesetzliche Erfordernis der „Bestimmung“ bringt die Besonderheit des Anstifterunrechts nur ganz unvollkommen zum Ausdruck: Das Rechtsgut der Haupttat kann vom Anstifter nur angegriffen werden, weil sich ein anderer Mensch zu einer vorsätzlichen und rechtswidrigen Haupttat motivieren lässt. Stärker als es die Lehren vom Rechtsgutsangriff des Anstifters mit der Wiedergabe des Wortlauts des § 26 StGB vermögen, muss eine allgemeine Strafbegründung der Anstiftung dem Umstand Rechnung tragen, dass das vorsätzliche und rechtswidrige Handeln des Täters den Zurechnungszusammenhang zum Anstifter eben nicht unterbricht, sondern diesen umgekehrt begründet. Der dogmatische Erkenntnisgewinn der Rechtsgutsangriffslehren fällt nicht nur weit hinter den der Schuld- und Unrechtsteilnahmeansätze zurück. Mehr noch: Auch der vom *Verfasser* gewählte Blickwinkel des Rechtsgütereschutzes führt im Ergebnis dazu, dass die Teilnahme im Hinblick auf ihren Strafgrund keine Besonderheit gegenüber der Täterschaft aufweist. Die Trennung von Täterschaft und Teilnahme muss daher als historisch bedingte Willkürlichkeit erscheinen. Wer nämlich den Schutz vor Rechtsgutsangriffen zum Strafzweck schlechthin erhebt, müsste ein Einheitstätersystem propagieren, gefährdet doch jeder Verursachungsbeitrag das Rechtsgut. Vom Standpunkt des *Verfassers* muss sich die Suche nach einem Strafgrund der Anstiftung in einer Wiedergabe des in § 26 StGB beschriebenen Verursachungsbeitrags erschöpfen.

Begibt man sich in den Abschnitt über die Strafbarkeit des agent provocateur, erinnert man sich an die Ankündigung des *Verfassers*, kriminalpolitische Erwägungen zugunsten der Dogmatik zurückzudrängen (S. 17 f.).

Tatsächlich hat es zahlreiche Erklärungsansätze gegeben, um die Unerbittlichkeit *Bindings*, der beim agent provocateur „kein Requisit verbotener Anstiftung“ vermisste, auf ein Ergebnis zurückzuschneiden, welches für kriminalpolitisch wünschenswert erachtet wird. *Nikolidakis* orientiert seine Lösung am Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts (S. 64 ff.). Demzufolge sei die zum Anstiftervorsatz weit verbreitete Lehre, der Vorsatz müsse nicht nur „die geschriebenen Tatbestandsmerkmale“, sondern auch die Rechtsgutsbeeinträchtigung umfassen, keine Besonderheit der Anstiftung: Teilnehmer wie Täter müssten gleichermaßen mit dem Vorsatz zur Rechtsgutsverletzung handeln (S. 66 f.). Der Erklärungsansatz der herrschenden Lehre, dem agent provocateur fehle eben jener Wille zur Rechtsgutsbeeinträchtigung, erscheint damit nicht mehr als – möglicherweise kriminalpolitisch motivierte – Einschränkung eines allgemeineren Vorsatzverständnisses, sondern wird auf ein allgemeines Fundament gestellt. Die Lockspitzelproblematik wird sodann unter dem Gesichtspunkt des Willens zur Rechtsgutsbeeinträchtigung in unterschiedlichen Fallgruppen ausgeleuchtet. Keine Probleme bereiten die Fälle, in welchen der agent provocateur schon die Vollendung der Tat verhindern möchte (S. 67). Demgegenüber schärft sich die Frage nach dem Rechtsgutsverletzungswillens zu, wenn der Lockspitzel zwar die Vollendung, nicht aber die Beendigung in seine „Fälle“ einkalkuliert. *Nikolidakis* untersucht diese Problematik anhand verschiedener Delikte und Deliktstypen. Zunächst nimmt er dieser Problematik aber ihr wohl prominentestes Lehrbuchbeispiel: den Diebstahl. Der *Verfasser* schließt sich einer Mindermeinung an, welche in § 242 StGB die Typisierung einer Zueignung durch Wegnahme erkennt. Die Rechtsgutsverletzung trete folglich mit der Wegnahme ein, so dass der Wille, den Dieb nach Wegnahme und vor Zueignung zu fassen, „nicht vorstellbar“ sei (S. 88). Ein Anstifter, der den Dieb in der Beendigungsphase gestellt sehen will, handele demzufolge mit Rechtsgutsverletzungsvorsatz. Sein „Wiederherstellungswillen“ ändere an der Strafbarkeit nichts (S. 89). Am Beispiel der Urkundenfälschung verdeutlicht der *Verfasser* sodann, dass der Anstifter wie der Täter das besondere subjektive Tatbestandsmerkmal der Täuschungsabsicht aufweisen müsse, damit sein Rechtsgutsverletzungsvorsatz komplettiert wird. Demzufolge mache sich ein agent provocateur, der keine Täuschung des Rechtsverkehrs wolle, nicht der Anstiftung zur Urkundenfälschung strafbar (S. 93). Diesem Beispiel stellt *Nikolidakis* den Betrug gegenüber. Auch dieser Tatbestand weise zwar eine überschießende Innentendenz auf. Die Bereicherungsabsicht sei aber ein „nicht rechtsgutsbezogenes und damit unrechtsneutrales Merkmal“ (S. 102). Ein agent provocateur, der es zwar zu einem Vermögensschaden kommen lassen wolle, aber nicht in Bereicherungsabsicht anstifte, weise somit einen vollständigen Rechtsgutsbeeinträchtigungswillen auf. Der *Verfasser* droht damit freilich der vom Blickwinkel eines „statischen Rechtsgutsdenkens“ ausgehenden Gefahr zu verfallen, das Handlungsunrecht zu Gunsten des Erfolgsunrechts an den Rand zu drängen. Strafnormen, so betonte schon *Welzel*, schützen keine Rechtsgüter an sich, sondern wenden sich nur gegen bestimmte Angriffsarten, die sich von anderen Einwirkungen qualitativ

unterscheiden. Strafbegründende Willensrichtungen sind daher nicht, wie *Nikolidakis* meint, „der Aufgabe des Strafrechts fremd und ungerecht“ (S. 103). Sie sind Teil des im Tatbestand typisierten Unrechts, auf welches sich der Vorsatz des Anstifters beziehen muss. Bedenken begegnet auch der weitere Weg, der den *Verfasser* dann doch zur Straflosigkeit des zu einem Betrug anstiftenden agent provocateur führt: Nach seiner Auffassung schließt das Fehlen der Bereicherungsabsicht zwar den Rechtsverletzungswillen nicht aus. Den Lockspitzel aber wegen Anstiftung zu bestrafen, hieße, ihm die Bereicherungsabsicht zuzurechnen, was wegen des „höchstpersönlichen“ Charakters dieses Merkmals nicht möglich sei (S. 101). So konsequent der *Verfasser* bei der Verneinung des Rechtsgutsbeeinträchtigungswillens ist, so ergebnisorientiert scheint es, wenn das von seinem Ausgangspunkt zwangsläufige Ergebnis der Strafbarkeit mittels einer zusätzlichen dogmatischen Wendung umgangen wird.

Der dritte Abschnitt ist den Auswirkungen des Identitätsirrtums des Täters auf den Anstifter gewidmet. Der *Verfasser* moniert zunächst, dass die vom BGH in der „Hoferben“-Entscheidung bemühte allgemeine Lebenserfahrung alles nur Denkbare erfasse (S. 117). Allerdings vernachlässigt *Nikolidakis* den Umstand, dass der BGH diese Kategorie ausdrücklich nur als Mittel zur Vermeidung „unangemessener Ergebnisse“ verstanden wissen will. Sodann setzt sich *Nikolidakis* mit den von der Lehre unterbreiteten Begründungen für die Unbeachtlichkeit einer Personenverwechslung ausführlich und in seiner Kritik weitgehend überzeugend auseinander. Besonderes Gewicht kommt freilich dem Einwand *Gropp*s zu, der die Annahme einer aberratio ictus für verfehlt hält, weil es im Falle des Identitätsirrtums an einem Wesensmerkmal des Fehlgehens der Tat mangle: dem Zufall. Vielmehr sei beim error in persona die Verletzung eines gattungsgleichen Objekts gleichsam durch den Anstifter vorprogrammiert. Die von *Nikolidakis* konstruierten Beispiele, mit welchen er die Macht des Zufalls auch bei einem Identitätsirrtum nachweisen möchte, überzeugen freilich nicht (S. 135). Der Angriff auf das getroffene Objekt wird durch die Verwechslung, diese durch die Ähnlichkeit verursacht, welche wiederum auf den Individualisierungsvorgaben des Anstifters gründet. Somit ist die Verwechslung eines gattungsgleichen Objektes vorprogrammiert, während es umgekehrt dem Zufall geschuldet wäre, wenn der gedungene Mörder im Stall auf eine Puppe statt auf den Hoferben schießen würde. Überzeugend kritisiert *Nikolidakis* sodann das bekannte „Gemetzeln“-Argument, welches *Binding* aufgegriffen hatte und das fortan ein wesentlicher Grund wurde, aus dem Täterirrtum eine aberratio ictus des Anstifters zu folgern (S. 139 ff.). Seinen eigenen Lösungsansatz entwickelt *Nikolidakis* – methodisch ähnlich wie *Gropp* – durch den Rückgriff auf einen vorgeblichen Wesenszug der aberratio ictus. Wie der BGH im „Hoferben“-Fall behauptet der *Verfasser*, von einer aberratio ictus könne nur gesprochen werden, wenn ein sinnlich wahrgenommenes Zielobjekt dem Angriff seine Richtung verliehen habe (S. 160 f.). Da der Anstifter das Opfer unmittelbar vor dem Angriff in der Regel nicht sehe, scheide eine aberratio ictus aus.

Der Anstifter individualisiere in aller Regel das Opfer allein über seine Rolle im vorgestellten Kausalverlauf, so dass für die Beurteilung des Anstiftersvorsatzes ausschlaggebend sei, ob der Täter die über den vorgestellten Geschehensablauf ins Visier genommene Person getroffen habe. „Zusatzindividualisierungen“, namentlich die Identität, dürften keine Rolle spielen (S. 175). Ein diesbezüglicher Irrtum bleibe ein unerheblicher Motivirrtum (S. 177 ff.). Dem ist zuzustimmen. Ob *Nikolidakis* aber mittels des „definitorischen“ Ansatzes, die Figur der aberratio ictus verlange eine sinnliche Wahrnehmung des Opfers, ein starkes dogmatisches Fundament gelegt hat, ist zu bezweifeln. Er muss sich fragen lassen, weshalb für das Fehlgehen der Tat das Element der sinnlichen Wahrnehmung kennzeichnend, das des Zufalls aber irrelevant sein soll. Überzeugender als das Abheben auf die Charakteristika der aberratio ictus erscheint denn auch eine Erwägung des BGH in der jüngeren „Sprengfalle“-Entscheidung: Dort wird die Unbeachtlichkeit des Täter-

irrtums für den Anstifter daran festgemacht, dass der eingetretene Erfolg jedenfalls in der „Streubreite des gesehenen Risikos“ liege.

Dem *Verfasser* gebührt Anerkennung, weil er die Anstiftung und ihre „Grundfragen“ zurück in die Diskussion gebracht hat. Er hat eine Orientierung im Diskussionsstand auch dort ermöglicht, wo dies aufgrund des langen Streits erschwert wird. Der Versuchung kriminalpolitischer Ergebnisorientierung hat der *Verfasser* weitgehend widerstanden. Glücklicherweise hat die Arbeit aber den Grundfragen nicht den Reiz genommen, weiter trefflich über sie streiten zu können.

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

\*\*\*

## Vollständige Rechtsprechung des BGH

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

### 310. BGH GSSt 1/04 – Beschluss vom 3. März 2005 (LG Lüneburg/LG Duisburg)

BGHSt; Urteilsabsprachen im Strafverfahren (Deal) und Rechtsmittelverzicht (Unwirksamkeit; qualifizierende Belehrung; Hinwirkungsverbot; Rechtssicherheit; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand); Gewaltenteilung und Rechtsfortbildung (Bindungswirkung gegebener Zusagen; Vertrauensschutz); faires Verfahren; Schuldprinzip (Wahrheitsermittlung und Geständnisüberprüfung); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; vor § 1 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 44 Satz 2 StPO; § 35 a Satz 1 StPO

### 311. EGMR Nr. 62116/00 – Zulässigkeitsentscheidung vom 31. März 2005 (Mattick v. Deutschland)

Recht auf ein faires Verfahren (ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung; Verfahrensaussetzung; Beachtung der Arbeitslast des Rechtsanwaltes und erwartbare Umverteilung der Arbeitsbelastung; Vorbereitung bei einer möglichen Sicherungsverwahrung).

Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK; Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 265 StPO; § 66 StGB

### 312. BVerfG 2 BvR 975/03 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2005 (OLG Rostock)

Anspruch auf faires Verfahren (erster Zugang zum Gericht; keine Verfahrensnachteile für Rechtsschutzsuchende bei gerichtlichen Verfahrensfehlern; Wiedereinsetzung; verfassungskonforme Gesetzesauslegung; Fürsorgepflicht; Belehrung über Wiedereinsetzung); Rechtsbe-

schwerde zu Protokoll der Geschäftsstelle (Aufnahme durch eine gemäß § 24 Abs. 1 RPfIG hierzu nicht befugte Justizbedienstete); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erschöpfung des Rechtswegs; Wiedereinsetzung); keine Wiedereinsetzung im fachgerichtlichen Verfahren durch das Bundesverfassungsgericht.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 45 Abs. 1 StPO; § 118 Abs. 3 StVollzG; § 24 Abs. 1 RPfIG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

### 313. BVerfG 2 BvR 1178/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2005 (LG Braunschweig/AG Wolfenbüttel)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Verhältnismäßigkeit; Ordnungswidrigkeitenverfahren (Durchsuchung; Beschlagnahme); Durchsuchungsbeschluss (Begrenzungsfunktion); Abgrenzung von steuerberatender und buchhalterischer Tätigkeit (Eintragungen in moderne Steuer-Software als steuerberatende Handlung).

Art. 13 GG; Art. 12 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 46 Abs. 1 OWiG; § 94 StPO; § 102 StPO

### 314. BGH 2 StR 11/05 - Beschluss vom 23. März 2005 (LG Limburg)

Tateinheit (teilweise Tatidentität); Schuldfähigkeit; Urteilsgründe (Darstellungsmangel).

§ 52 StGB; 20 StGB; § 21 StGB; § 267 StPO

### 315. BGH 2 StR 25/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Limburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zurechnung des Verschuldens des Bevollmächtigten der Nebenklägerin). § 44 StPO

**316. BGH 2 StR 3/05 - Beschluss vom 4. März 2005 (LG Aachen)**

Nebenklage (Revisionsinstanz; Fortwirkung der Beistandsbestellung).  
§ 397a StPO

Die Beistandsbestellung für den Nebenkläger nach § 397 a Abs. 1 StPO wirkt über die jeweilige Instanz hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens fort und erstreckt sich somit auch auf die Revisionsinstanz einschließlich der Revisionshauptverhandlung (st. Rspr.).

**317. BGH 2 StR 3/05 - Beschluss vom 4. März 2005 (LG Aachen)**

Nebenklage (Revisionsinstanz; Fortwirkung der Beistandsbestellung).  
§ 397a StPO

**318. BGH 2 StR 314/04 - Beschluss vom 1. März 2005 (LG Frankfurt/Main)**

Beginn der Revisionsbegründungsfrist (rechtzeitige Einlegung der Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand).

§ 345 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

**319. BGH 2 StR 55/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Meiningen)**

Aufklärungsrüge (schriftliches Sachverständigengutachten).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 StPO

**320. BGH 2 StR 384/04 - Urteil vom 16. Februar 2005 (LG Gera)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Strafzumessung beim Versuch (fakultative Strafmilderung; schärfende Berücksichtigung des fehlenden Rücktritts; Doppelverwertungsverbot); Gesamtstrafenbildung (Erhöhung der Einsatzstrafen; enger zeitlicher Zusammenhang; gleichartige Begehungsweise; Person des Täters); Betrug (Strafzumessung; kriminelle Energie; Aufwand bei der Täuschung).

§ 261 StPO; § 23 StGB; § 49 StGB; § 263 StGB

**321. BGH 2 StR 435/04 - Beschluss vom 23. März 2005 (LG Köln)**

Beweiswürdigung (Zeugenbeweis: mangelnde Aussagekonstanz, Glaubwürdigkeit, erwiesene Belastungstendenz, einseitige Interpretation von Angaben); Aufklärungspflicht (Wahrunterstellung); Vergewaltigung.

§ 261 StPO; § 244 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

**322. BGH 2 StR 444/04 - Beschluss vom 9. März 2005 (LG Wiesbaden)**

Anhörungsfrage (Mitteilung und Glaubhaftmachung des Zeitpunkts der Kenntniserlangung).

§ 356a StPO

**323. BGH 2 StR 459/04 - Beschluss vom 23. März 2005 (LG Trier)**

Steuerungsfähigkeit (Urteilsgründe; Anknüpfungstatsachen); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 267 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**324. BGH 2 StR 468/04 - Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Bonn)**

Mord (Verdeckungsabsicht); Hinweispflicht (besondere Schwere der Schuld); faires Verfahren und rechtliches Gehör (Überraschungsentscheidung); Überzeugungsbildung (alternative Sachverhaltsfeststellungen).

§ 211 StGB; § 265 StPO; § 261 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

**325. BGH 2 StR 487/04 - Urteil vom 16. März 2005 (LG Köln)**

Zweifelssatz (Beweisregel; Entscheidungsregel); Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung.

Art. 6 Abs. 2 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO

Der Zweifelssatz ist keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente der Beweiswürdigung und Indiztatsachen ist er grundsätzlich nicht anzuwenden (st. Rspr.).

**326. BGH 2 StR 492/04 - Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Koblenz)**

Milderes Recht (StGB; StGB-DDR; Vergewaltigung); Verjährung; Unterbrechung.

§ 2 StGB; Art. 315 Abs. 1 EGStGB; Art. 315 a Abs. 1 Satz 3 1. Halbsatz EGStGB; § 121 Abs. 2 Nr. 1 StGB-DDR; § 177 Abs. 1 StGB a. F.; § 148 Abs. 1 StGB-DDR; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 78 c Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StGB

**327. BGH 2 StR 537/04 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Frankfurt)**

Landfriedensbruch (Subsidiarität; besonders schwerer Fall; Qualifikation; Strafzumessungsregel).

§ 125 StGB; § 125a StGB

**328. BGH 2 StR 544/04 - Beschluss vom 9. März 2005 (LG Bonn)**

Schuldumfang (Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenzen); Gesamtstrafenbildung.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

**329. BGH 2 StR 552/04 - Beschluss vom 4. März 2005 (LG Frankfurt)**

Herabsetzung einer Einzelstrafe; Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe.

§ 354 Abs. 1a und 1b StPO

**330. BGH 2 ARs 16/05 2 AR 18/05 - Beschluss vom 23. März 2005**

Bindungswirkung einer Verweisung in das Bußgeldverfahren (analoge Anwendung der §§ 17 bis 17b GVG).

§ 17a GVG



**331. BGH 2 ARs 85/05 / 2 AR 60/05 - Beschluss vom 23. März 2005**

Besonderer Vollstreckungsleiter; Übernahme der Vollstreckungsleitung.  
§ 85 Abs. 2, Abs. 5 JGG

**332. BGH 2 ARs 416/04 / 2 AR 276/04 - Beschluss vom 17. März 2005 (OLG Düsseldorf)**

Nachholung rechtlichen Gehörs (zuständiges Gericht).  
§ 33a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**333. BGH 3 StR 22/05 - Beschluss vom 8. März 2005 (LG Mönchengladbach)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; hinreichende Aussicht auf einen Therapieerfolg)  
§ 55 StGB; § 64 StGB

**334. BGH 3 StR 25/05 - Beschluss vom 15. März 2005 (LG Oldenburg)**

Zulässigkeit der Revision des Nebenklägers (Beschwer; Änderung des Schuldspruchs; Revisionsrüge; zum Anschluss berechtigte Straftat).  
§ 400 StPO

**335. BGH 3 StR 3/05 - Beschluss vom 10. Februar 2005 (LG Oldenburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zweifelsatz; sichere Feststellung der wenigstens verminderten Schuldfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose).  
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**336. BGH 3 StR 5/05 - Beschluss vom 15. März 2005 (LG Oldenburg)**

Beihilfe durch Unterlassen (Ingerenz; konkrete Möglichkeit der Verhinderung des Erfolges); Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung (nur mögliche Schlüsse); Umfang der Aufhebung bei Tateinheit.  
§ 13 StGB; § 27 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 353 Abs. 1 StPO

**337. BGH 3 StR 7/05 - Beschluss vom 8. März 2005 (LG Hannover)**

Vorwegvollzug; zusätzliches Strafübel; Zweidrittelzeitpunkt.  
§ 67 StGB

**338. BGH 3 StR 39/05 - Beschluss vom 17. März 2005 (LG Oldenburg)**

Teilrechtskraft; Beschleunigungsgrundsatz; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Aussetzung der Hauptverhandlung; Zurückverweisung); angemessene Rechtsfolge (Rechtsfolgenentscheidung durch das Revisionsgericht); Strafzumessung (schwerer Raub; Tatmodalitäten; Tatfolgen); Inbegriff der Hauptverhandlung (Einführung rechtskräftig festgestellter Tatumstände; mündliche Erörterung); redaktioneller Hinweis.

§ 354 Abs. 1 a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 250 StGB; § 261 StPO

**339. BGH 3 StR 42/05 - Beschluss vom 5. April 2005 (LG Wuppertal)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Ergänzung einer unzulässigen Verfahrensrüge (Mitteilung eines Gerichtsbeschlusses).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO; § 244 StPO

**340. BGH 3 StR 47/05 - Beschluss vom 22. März 2005 (LG Lübeck)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.  
§ 55 StGB

**341. BGH 3 StR 51/05 - Beschluss vom 20. April 2005 (LG Kleve)**

Aufklärungspflicht (Zurückweisung eines Beweisantrags; Wahrunterstellung); Beruhen.  
§ 244 StPO; § 337 StPO

**342. BGH 3 StR 59/05 - Beschluss vom 22. März 2005 (LG Lüneburg)**

Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; vermeidbarer Verbotsirrtum; erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit; Beschwer.  
§ 267 Abs. 1 StPO; vor § 296 StPO; § 17 StGB; § 21 StGB

**343. BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 13. Januar 2005**

Vorlagebeschluss; Divergenzvorlage; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kataloglösung; Einigung zwischen Händler und Lieferant); Schuldgrundsatz; Bestimmtheitsgrundsatz; Versuch (unmittelbares Ansetzen); Rücktritt; redaktioneller Hinweis.  
§ 132 Abs. 2 GVG; § 29 BtMG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**344. BGH 3 StR 71/05 - Beschluss vom 24. März 2005 (LG Lüneburg)**

Hang zum Betäubungsmittelmissbrauch (Neigung; physische Abhängigkeit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Aussicht auf Therapieerfolg; Therapiebereitschaft).  
§ 64 StGB

**345. BGH 3 StR 77/05 - Beschluss vom 22. März 2005 (LG Kleve)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Zurückverweisung durch das Revisionsgericht; kaum verständliche Rechtsfehler).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK

**346. BGH 3 StR 80/05 - Beschluss vom 5. April 2005 (LG Hannover)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufrechterhaltung des Strafausspruchs (Beruhen; Angemessenheit).  
§ 337 StPO; § 354 Abs. 1a StPO

**347. BGH 3 StR 81/05 - Beschluss vom 22. März 2005 (LG Kleve)**

Bindung an die Rücknahme der Revision.  
§ 302 StPO

**348. BGH 3 StR 86/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Lüneburg)**

Beweiswürdigung in den Urteilsgründen (Dokumentation der Beweisaufnahme).  
§ 267 Abs. 1 StPO

**349. BGH 3 StR 93/05 - Beschluss vom 5. April 2005 (LG Krefeld)**

Tateinheit (Klammerwirkung eines ähnlich schweren Dauerdelikts: Besitz, Verschaffen); kinderpornografische Darstellungen (Besitz; Verschaffen).  
§ 52 StGB; § 184 Abs. 5 StGB aF

**350. BGH 3 StR 103/05 - Beschluss vom 5. April 2005 (LG Duisburg)**

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

**351. BGH 3 StR 233/04 - Urteil vom 10. März 2005 (KG Berlin)**

BGHSt; Fall „Landser“; kriminelle Vereinigung (Rädelsführer); öffentliche Aufforderung zu Straftaten; effektive Verteidigung (unüberwachte Kommunikation mit dem Mandanten); fair trial; faires Verfahren (Ermittlungen im Freibeweisverfahren; Bekanntwerden des Verteidigungskonzepts); Telefonüberwachung (Mandantengespräche; Abbruch der Überwachung; inhaltliche Auswertung zufällig mitgeschnittener Gespräche); öffentliche Aufforderung zu Straftaten (hinreichend konkrete Aufforderung); Volksverhetzung.  
§ 129 StGB; § 111 StGB; § 100 a Satz 1 und 2 StPO; § 148 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 100 h Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 StPO; 111 StGB; § 130 StGB

**352. BGH 3 StR 245/04 - Urteil vom 10. März 2005 (LG Dortmund)**

Unterstützen des organisatorischen Zusammenhalts eines verbotenen Vereins (Verteilen von Zeitungen); angemessene Rechtsfolge.  
§ 20 Abs. 1 Nr. 1 VereinsG; § 354 Abs. 1a StPO

**353. BGH 3 StR 347/04 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Krefeld)**

Verfahrensverbindung (Entscheidung über die sachliche Zuständigkeit); Kostenentscheidung (geringer Erfolg des Rechtsmittels).  
§ 13 StPO; § 4 Abs. 2 StPO; § 473 StPO

**354. BGH 5 StR 592/04 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Hamburg)**

Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Schmuggel; besonderes persönliches Merkmal der Gewerbsmäßigkeit und des bandenmäßigen Handelns; Berechnungsdarstellung; neutrale berufstypische Handlungen: Angelegenheit der Förderung eines erkennbar tatgeneigten Täters); Strafzumessung (keine Strafschärfung auf Grund zulässigen Verteidigungsverhaltens).  
§ 373 AO; § 370 AO; § 27 StGB; § 28 Abs. 2 StGB

**355. BGH 3 StR 402/04 - Urteil vom 24. März 2005 (LG Hannover)**

Totschlag (Abgrenzung von Tötungsvorsatz und Körperverletzungsvorsatz; Beweiswürdigung; bedingter Vorsatz; offensichtlich lebensgefährliche Handlungen; Hemmschwelle zur Tötung); Beweiswürdigung; Urteilsgründe.  
§ 15 StGB; § 212 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

Ein Täter handelt mit bedingtem Tötungsvorsatz, wenn er den Eintritt des Todes als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt und ihn billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen mit ihm abfindet. Dabei stellt die offensichtliche Lebensgefährlichkeit einer Handlung für den Nachweis einen Umstand von erheblichem Gewicht dar, so dass bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen der subjektive Tatbestand eines Tötungsdelikts sehr nahe liegt. Angesichts der hohen Hemmschwelle bei Tötungsdelikten bedarf die Frage der Billigung des Todes indes einer Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, in die auch die psychische Verfassung des Täters bei der Tatbegehung sowie seine Motive mit einzubeziehen sind.

**356. BGH 3 StR 452/04 - Beschluss vom 8. Februar 2005 (LG Lüneburg)**

Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit bei Verfahrensabsprachen (Äußerungen in Vorgesprächen; Vorrang der Vorschriften über die Richterablehnung vor einer Rüge der Verletzung des fairen Verfahrens; verbotene Vernehmungsmethoden).  
§ 24 StPO; § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**357. BGH 3 StR 490/04 - Urteil vom 24. März 2005 (LG Kleve)**

Totschlag (lebenslange Freiheitsstrafe); Strafzumessung (Berücksichtigung besonderer Härten für den Täter infolge seiner eigenen Tat).  
§ 212 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

**358. BGH 1 StR 25/05 – Beschluss vom 19. April 2005 (LG Waldshut)**

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

**359. BGH 1 StR 40/05 – Beschluss vom 18. Februar 2005 (LG Nürnberg)**

Aufklärungspflicht hinsichtlich des Schadensumfangs (Aufklärungsrüge).  
§ 266 StGB; § 46 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**360. BGH 1 StR 43/05 – Beschluss vom 16. März 2005 (LG Stuttgart)**

Gesetzlicher Richter (Zuständigkeit; Willkür; besondere Bedeutung der Sache; Opferrechtsreformgesetz; Beurteilungszeitpunkt).  
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 338 Nr. 4 StPO; § 74 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 237 StPO

**361. BGH 1 StR 55/05 – Beschluss vom 16. März 2005 (LG Heidelberg)**

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts als unbegründet.  
§ 346 StPO

**362. BGH 1 StR 67/05 – Beschluss vom 30. März 2005 (LG Bamberg)**

Zeugenvereidigung nach dem Justizmodernisierungsgesetz und Sachleitungsbefugnis des Vorsitzenden (Rügevoraussetzung des Beschlusses).  
§ 59 Abs. 1 StPO n.F.; § 238 StPO

**363. BGH 1 StR 82/05 – Beschluss vom 17. März 2005 (LG Kempten)**

Ermäßigung des erhöhten Mindestmaßes einer Freiheitsstrafe bei Betäubungsmittelhandel; angemessene Gesamtstrafe im Sinne von § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO n.F. (Ausgleich des Rechtsfehlers durch schematische Milde rung).  
§ 29a Abs. 1 BtMG; § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 49 Abs. 2 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO n.F.; § 21 StGB

**364. BGH 1 StR 105/05 – Beschluss vom 6. April 2005 (LG Traunstein)**

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

**365. BGH 1 StR 139/04 – Beschluss vom 30. März 2005**

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

**366. BGH 1 StR 299/04 – Beschluss vom 21. März 2005 (LG Mannheim)**

Unterlassene Festsetzung von Einzelstrafen (Nachholung; Verschlechterungsverbot).  
§ 53 StGB; § 54 StGB; § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO

**367. BGH 1 StR 498/04 – Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Baden-Baden)**

BGHR; Achtung der menschlichen Würde eines Zeugen im Rahmen der vorrangigen Verpflichtung zur Wahrheitsermittlung (Beweiserhebungen zum Privatleben und zum Intimleben nur nach sorgfältiger Prüfung ihrer Unerlässlichkeit; Berücksichtigung bei der Leitung eines Sachverständigen; Aussagetüchtigkeit; Konzentration auf die Aussageanalyse versus Analyse des Leumunds bzw. der allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen); faires Verfahren und Recht auf Achtung des Privatlebens; Revisibilität der Gewährung von Akteneinsicht für die Nebenklägerin (Kenntnisnahme von Aktenteilen durch weitere Zeugen; Beweisverwertungsverbot; Beweiswürdigung); Strafzumessung (rechtsfeindliches Verteidigungsverhalten).  
Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 46 StGB; § 68a StPO; § 77 StPO; § 241 Abs. 2 StPO; 244 Abs. 2 bis 4 StPO; § 406e Abs. 2 Satz 2 StPO

**368. BGH 1 StR 91/04 – Urteil vom 15. Februar 2005 (LG Memmingen)**

Beweiswürdigung (Wiedererkennung auf Grund einer sequentiellen Videowahlgegenüberstellung); Aufklärungspflicht (Einholung eines anthropologischen Identitätsgutachtens: Eignung des Materials von Raumüberwachungskameras und anzuwendende Grundsätze; Rekonstruktionsverbot); schwere räuberische Erpressung.  
§ 261 StPO; § 244 Abs. 4 StPO; § 253 StGB; § 255 StGB

**369. BGH 1 StR 93/05 – Beschluss vom 5. April 2005 (LG Mosbach)**

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

**370. BGH 1 StR 547/04 – Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG München)**

Absehen von der Aufhebung eines Strafausspruches gemäß § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO; Beschaffung gefälschter Zahlungskarten (besonderes persönliches Merkmal bei § 152a Abs. 2 StGB: keine Anwendbarkeit auf den Gehilfen; zulässige Strafschärfung nach allgemeinen Grundsätzen).  
§ 28 Abs. 2 StGB; § 152a Abs. 2 StGB a. F.; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO

**371. BGH 1 StR 549/04 – Beschluss vom 27. Januar 2005 (LG Würzburg)**

Tenorierung bei einer Entscheidung über einen weitergehenden Schmerzensgeld und Zinsforderungsanspruch der Nebenklage (Opferrechtsreformgesetz).  
§ 267 StPO; § 406 Abs. 1 Satz 3 StPO

**372. BGH 1 StR 554/04 – Beschluss vom 23. Februar 2005 (LG Konstanz)**

Aufrechterhaltung der Einzelstrafen und der Gesamtstrafe gemäß § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO und § 354 Abs. 1a, 1b StPO (Angemessenheit).  
§ 354 Abs. 1a Satz 1 StPO; § 354 Abs. 1a, 1b StPO

**373. BGH 4 StR 16/05 – Beschluss vom 30. März 2005 (LG Magdeburg)**

Gesetzeskonkurrenz zwischen schwerem Raubes und versuchtem Einbruchsdiebstahl; angemessene Gesamtfreiheitsstrafe im Sinne des § 354 Abs. 1 a StPO.  
§ 250 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 354 Abs. 1 a StPO

**374. BGH 4 StR 17/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Halle)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Verwerfungskompetenz des Tatgerichts).  
§ 346 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

**375. BGH 4 StR 3/05 – Beschluss vom 10. März 2005 (LG Essen)**

Dolmetscherbestellung (fehlende Vereidigung; Belehrung); Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (wesentliche Förmlichkeit).

Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK; § 189 GVG; § 185 GVG; § 273 Abs. 1 StPO; 274 StPO

**376. BGH 4 StR 19/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Bochum)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzureichend begründete Gefährlichkeitsprognose).  
§ 63 StGB

**377. BGH 4 StR 453/04 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (LG Essen)**

Beweiswürdigung (ungenügende Feststellung für Hehle-  
rei: Vortat, rechtswidrige Besitzlage); Versicherungs-  
missbrauch; Versicherungsbetrug.  
§ 259 StGB; § 261 StPO; § 263 StGB; § 265 StGB

**378. BGH 4 StR 477/04 – Beschluss vom 15. Februar 2005**

Verwerfung eines Antrages auf Entscheidung des Revisi-  
onsgerichts als unbegründet.  
§ 346 StPO

**379. BGH 4 StR 486/04 – Beschluss vom 1. Februar 2005 (LG Leipzig)**

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegen Richter des BGH  
(Besorgnis der Befangenheit; völlig ungeeignete Begrün-  
dung); „Gehörsrüge“ gemäß § 356 a StPO; mögliche  
Rechtsprechungsänderung zur Verspätung einer Befan-  
genheitsrüge im Verfahren über eine Gegenvorstellung  
nach dem Anhörungsrügensgesetz; keine Einsicht in das  
interne Senatsheft.  
Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 26a  
Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StPO; § 356a StPO

**380. BGH 4 StR 500/04 – Urteil vom 17. Februar 2005 (LG Siegen)**

Unterlassene Beschlussentscheidung über unbedingte  
Beweisanträge (keine Präklusion im Strafverfahren;  
Wiedereintritt in die Beweisaufnahme; Abgrenzung von  
Hilfsbeweis Antrag und Hauptbeweis Antrag nach dem  
Willen des Antragstellenden).  
Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 244 Abs. 3 StPO; §  
246 Abs. 1 StPO

**381. BGH 4 StR 67/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Halle)**

Anwendung von Jugendstrafrecht oder allgemeinem  
Strafrecht; innerprozessuale Bindungswirkung (Abgren-  
zung von Tatsachen und Rechtswertungen).  
§ 105 JGG; § 358 Abs. 1 StPO

**382. BGH 4 StR 569/04 – Beschluss vom 8. März 2005 (LG Hagen)**

Verwertungsverbot nach § 51 Abs. 1 BZRG (keine er-  
weiternde Auslegung über die Verurteilung hinaus;  
Zweck der Resozialisierungsförderung; mögliche Aus-  
wirkung bei getilgten oder tilgungsreifen Verurteilungen  
hinsichtlich des Hanges bei der Sicherungsverwahrung).  
§ 51 Abs. 1 BZRG; § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**383. BGH 4 StR 573/04 – Beschluss vom 8. März 2005 (LG Halle)**

Abschließende, feststellende Entscheidung über eine  
wirksame Revisionsrücknahme durch das Revisionsger-  
icht (Zuständigkeit des iudex a quo bis zum Eingang der  
Akten beim Rechtsmittelgericht).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**384. BGH 4 StR 581/04 – Urteil vom 17. März 2005 (LG Hagen)**

Lückenhafte Beweiswürdigung (Erörterung des Wieder-  
erkennens bei eingeschränkter Täterwahrnehmung; wie-  
derholtes Wiedererkennen); Reichweite des Zweifels-  
satzes (Entscheidungsregel nicht Beweisregel; Unterstellun-  
gen zugunsten des Angeklagten).  
§ 261 StPO

**385. BGH 4 StR 582/04 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (LG Bochum)**

Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe nach Wegfall von  
Einzelstrafen; Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 154 StPO

**386. BGH 4 StR 585/04 – Beschluss vom 9. März 2005 (LG Münster)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Ei-  
gennützigkeit).  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**387. BGH 4 StR 585/04 – Beschluss vom 9. März 2005 (LG Münster)**

Anordnung von Wertersatzverfall (Erörterungsmangel  
hinsichtlich der Härtefallregelung).  
§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

**388. BGH 5 StR 22/05 – Urteil vom 6. April 2005 (LG Berlin)**

Beweiswürdigung (Verletzungsvorsatz und Tötungsvor-  
satz); Urteilsgründe (Darlegung der Einlassung des An-  
geklagten); Mord (Heimtücke: Arglosigkeit und Wehrlo-  
sigkeit).  
§ 211 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO

**389. BGH 5 StR 4/05 – Beschluss vom 6. April 2005 (LG Dresden)**

Kompensation eines Verstoßes gegen das Recht auf Ver-  
fahrensbeschleunigung durch Annahme eines minder  
schweren Falles.  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2  
Abs. 1 GG; § 46 StGB

**390. BGH 5 StR 56/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Braunschweig)**

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

**391. BGH 5 StR 57/05 – Beschluss vom 17. März 2005 (LG Frankfurt)**

Unzulässige Strafschärfung infolge des Nachtatverhal-  
tens (zulässiges Verteidigungsverhalten).  
§ 46 Abs. 2 StGB; Art. 6 EMRK

**392. BGH 5 StR 68/05 – Beschluss vom 6. April 2005 (LG Berlin)**

Gewerbsmäßiges und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (Vermittlung deutscher Staatsangehöriger zur Eingehung einer Scheinehe).

§ 92b Abs. 1 AuslG

**393. BGH 5 StR 72/05 – Beschluss vom 16. März 2005 (LG Braunschweig)**

Betrug (Erklärungswert bei der Vorlage einer Post-Card; Irrtum; Divergenz zur Rechtsprechung des ersten Strafsenats; Absehen von einer Anfrage nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG).

§ 263 StGB; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

**394. BGH 5 StR 222/04 – Urteil vom 17. März 2005 (LG Hamburg)**

Vergewaltigung; sexueller Missbrauch; fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages auf die Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens (eigene Sachkunde; ausnahmsweise Erforderlichkeit bei Besonderheiten des Einzelfalles; kindliche Zeugen; Diskrepanzen im Kernbereich der Aussage).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 176 StGB; § 244 Abs. 4 StPO

**395. BGH 5 StR 313/04 – Beschluss vom 29. September 2004 (LG Görlitz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**396. BGH 5 StR 328/04 – Beschluss vom 17. März 2005 (LG Hildesheim)**

Steuerhinterziehung bei der Abgabe unrichtiger Umsatzsteuerjahreserklärungen (nemo tenetur-Grundsatz; Zwangsverbot; kein Schutz für die Begehung neuen Unrechts); verbotene Vernehmungsmethoden (Täuschungsverbot; unzulässiger Zwang); kein Recht des Beschuldigten auf Lüge.

§ 370 AO; § 393 Abs. 1 AO; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**397. BGH 5 StR 341/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Punktesachen.

§ 349 Abs. 2 StPO

**398. BGH 5 StR 73/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Berlin)**

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Überhöhung; verfehlte Relativierung des Erziehungsgedankens; Schwere der Schuld; gebotene besondere Verfahrensbeschleunigung; Beachtung der Strafrahenverschiebungen nach Erwachsenenstrafrecht).

§ 46 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 49 Abs. 1 StGB

**399. BGH 5 StR 77/05 – Beschluss vom 7. April 2005 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung nach verletzter Dokumentationspflicht hinsichtlich eines Verstoßes gegen das Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

**400. BGH 5 StR 351/04 – Beschluss vom 28. September 2004 (LG Hamburg)**

Strafzumessung (geringe Vorbestrafung; Außerachtlassung von Strafmilderungsgründen).

§ 46 StGB

**401. BGH 5 StR 365/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG Chemnitz)**

Unzulässige Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

**402. BGH 5 StR 393/04 – Urteil vom 2. Februar 2005 (LG Neuruppin)**

Tötungsvorsatz (gefährliche Gewalthandlung; Hemmschwelle; bedingter Vorsatz; Mittäterexzess).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**403. BGH 5 StR 415/04 – Beschluss vom 27. Oktober 2004 (LG Neuruppin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**404. BGH 5 StR 441/04 – Urteil vom 6. April 2005 (LG Berlin)**

Nicht schematische Anwendung der Darstellungspflichten und Beweiswürdigung beim Freispruch (begrenzte Revisibilität; keine Überspannung der Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Zweifelsgrundsatz; unmögliche weitere Feststellungen).

§ 261 StPO; § 267 StPO

**405. BGH 5 StR 461/04 – Urteil vom 17. März 2005 (LG Aachen)**

Anforderung an die Darstellung und die Beweiswürdigung beim Freispruch vom Vorwurf der Steuerhinterziehung (Schwarzarbeit; falsche Erklärung durch Angabe von saldierten Betriebsausgaben mit verknüpften Fehlbelegen in der Pflichtbuchhaltung des Erklärenden; keine ungeprüfte Verweise auf Betriebsprüfungsberichte oder Steuerfahndungsberichte).

§ 370 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**406. BGH 5 StR 469/04 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Koblenz)**

Steuerhinterziehung (Grundsätze der Berechnungsdarstellung; Darstellungsmangel; Schätzungsgrundlagen); keine steuerbaren Vermögensmehrungen auf Grund von Untreuehandlungen.

§ 370 AO; § 2 Abs. 1 EStG; § 261 StPO

**407. BGH 5 StR 490/04 – Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Bremen)**

Unzureichende Beweiswürdigung hinsichtlich der möglichen Tatbeteiligung eines die Auskunft verweigernden Zeugen (nahe liegendes Motiv für eine Falschaussage; Alibilücke; besonders vorsichtige Beweiswürdigung); Gesamtstrafenbildung (Zäsur).

§ 261 StPO; § 55 StPO; § 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

**408. BGH 5 StR 500/04 – Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**409. BGH 5 StR 514/04 – Beschluss vom 16. März 2005 (LG München I)**

Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung weiterer Verfahrensrügen bei enttäuschter Erwartung, der Verteidiger werde Revision einlegen (rechtliches Gehör; faires Verfahren).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 44 StPO; § 46 StPO

**410. BGH 5 StR 531/04 – Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Berlin)**

Unzureichende Erörterung der Schuldfähigkeit des Angeklagten (Krankheitswert bei isoliertem Eifersuchtswahn und Verfolgungswahn; Psychose; fehlende Würdigung aller maßgeblichen Indizien).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

**411. BGH 5 StR 532/04 – Beschluss vom 7. April 2005 (LG Berlin)**

Darlegungsanforderungen bei der Verfahrensrüge (Zulässigkeit; faires Verfahren; effektiver Zugang zu Rechtsmitteln); wesentliche Beschränkung der Verteidigung (Darlegung konkreter Behinderung); Pflicht der Verteidiger zur Aufklärung des Gerichts über Missverständnisse hinsichtlich ihres Beweisantrages.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

**412. BGH 5 StR 541/04 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (LG Cottbus)**

Protokolländerung durch die Protokollführerin.  
§ 274 StPO

**413. BGH 5 StR 541/04 – Beschluss vom 17. Februar 2005 (LG Cottbus)**

Protokolländerung durch die Protokollführerin.  
§ 274 StPO

**414. BGH 5 StR 544/04 – Urteil vom 7. April 2005 (LG Chemnitz)**

(Schwerer) Sexueller Missbrauch eines Kindes; Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage; Aussagekonstanz; Lückenhaftigkeit: teilweises Glauben; Fabulierneigung; Unterscheidung von Kerngeschehen und Randgeschehen bei Sexualstraftaten: fallen gelassene weiter gehende gewichtige Beschuldigungen als Teil des Kerngeschehens).

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

**415. BGH 5 StR 581/04 – Beschluss vom 16. Februar 2005 (LG Chemnitz)**

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

**416. BGH 5 StR 588/04 (alt: 5 StR 548/03) – Beschluss vom 16. März 2005 (LG Nürnberg)**

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