

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 6/2005
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

RA Markus Rübenstahl Mag. iur. und RAin H. Milena Piel, Karlsruhe – **Die Nichtöffentlichkeit verfahrensbeendender Absprachen als absoluter Revisionsgrund i. S. der §§ 338 Nr. 6 StPO, 169 GVG**

Die Ausgabe umfasst 4 Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- EGMR ***Buck v. Deutschland* – Unverhältnismäßiger Einsatz von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei der Aufklärung von Verkehrsordnungswidrigkeiten**
- BVerfG **Anforderungen an den Tatsachenvortrag nach § 344 Abs. 2 Satz StPO**
- BGH **Strafrechtliche Beurteilung von sexuell motiviertem Kannibalismus (BGHSt)**
- BGH **Charakterliche Ungeeignetheit bei Taten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs (BGHSt GS)**
- BGH **Nachträgliche Sicherungsverwahrung bei Therapieabbruch (BGHSt)**
- BGH **Unerlaubter Aufenthalt nach dem AuslG als verwaltungsakzessorischer Straftatbestand (BGHSt)**
- BGH **Auslegung des § 356a StPO**

Diese Ausgabe umfasst 57 Entscheidungen.

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).

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

6. Jahrgang, Juni 2005, Ausgabe **6**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

418. EGMR Nr. 41604/98 – Urteil vom 28. April 2005 (Buck v. Germany)

Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung (Einsatz von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei der Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten; Verhältnismäßigkeit: Darlegungslast der Vertragsstaaten und Prüfungskriterien bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen; Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit); Rechtsschutz gegen Grundrechtseingriffe trotz prozessualer Überholung. Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 GG; Art. 19 IV GG; § 103 StPO; § 105 StPO

1. Ein Eingriff ist nur dann im Sinne des Art. 8 Abs. 2 EMRK notwendig, wenn er einem dringenden sozialen Bedürfnis dient und zu diesem Zweck verhältnismäßig ist. Bei der Beurteilung, ob ein Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist, ist den Vertragsstaaten der EMRK ein Beurteilungsspielraum einzuräumen. Die von Art. 8 Abs. 2 EMRK zugelassenen Ausnahmen sind jedoch eng auszulegen und das Bedürfnis zu ihrer Anwendung muss für den vorliegenden Einzelfall überzeugend dargetan werden.

2. Durchsuchungen und Beschlagnahmen kommen bei bestimmten Straftaten als zulässige Maßnahmen zur Erlangung von Sachbeweisen in Betracht. Der Gerichtshof prüft hier, ob die zur Rechtfertigung angeführten Gründe relevant und stichhaltig sind und ob

sie das Verhältnismäßigkeitserfordernis wahren. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit muss erstens gesichert sein, dass die relevante Gesetzgebung und die diesbezügliche Praxis zum Schutz der Betroffenen adäquate und effektive Schutzinstrumente gegen Missbrauch vorhalten. Zweitens berücksichtigt der Gerichtshof die besonderen Umstände jedes einzelnen Falles, um für den konkret vorliegenden Einzelfall zu entscheiden, ob der vorliegende Eingriff im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig war. Bei den hiervon durch den Gerichtshof einbezogenen Kriterien handelt es sich – unter anderem – um die Schwere der von Durchsuchung und Beschlagnahme betroffenen Straftat, der Art und Weise, wie die entsprechende Anordnung erfolgt ist, im Besonderen zu dieser Zeit weiteres vorhandenes Beweismaterial, der Inhalt und der Umfang der Anordnung, die Natur der durchsuchten Räumlichkeiten und die Schutzinstrumente, die eingesetzt worden sind, um das Ausmaß der Maßnahme angemessen zu halten, sowie das Ausmaß möglicher Auswirkungen auf das Ansehen der von der Durchsuchung betroffenen Person.

3. Zum Einzelfall einer Verletzung, die insbesondere auf Grund der verfolgten geringfügigen Ordnungswidrigkeit, die von einem anderen als dem von Durchsuchung und Beschlagnahme Betroffenen begangen worden sein soll, und auf Grund der Ausdehnung auf die Privatwohnung anzunehmen ist.

4. Der Begriff Wohnung im Sinne des Art. 8 EMRK umfasst nicht nur die private Wohnung im engeren Sinne. Die Wohnung im Sinne des Art. 8 EMRK ist so auszulegen, dass sie auch die Räumlichkeiten eines von einer Privatperson betriebenen Unternehmens und von juristischen Personen umfasst.

417. BVerfG 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 25. Januar 2005 (BGH/LG Verden)

Recht auf ein faires Verfahren (Waffengleichheit; unterschiedliche Behandlung der Revisionen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft und Hauptverhandlung in der Revision; gegenläufige Revisionen); Rechtsstaatsprinzip und rechtliches Gehör (Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz); strafprozessuale Revision (Darlegungsobliegenheiten bei der Verfahrensrüge: Vortrag bei der nicht verlesenen Urkunde, keine anderweitige Einführung in die Hauptverhandlung, Inbegriff der Hauptverhandlung, kein Vortrag zu Vorgängen ohne unmittelbaren Zusammenhang zur Beweisgewinnung in der Hauptverhandlung); Hinweispflicht; Willkürverbot.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 265 StPO; § 261 StPO; § 300 StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Es ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden, wenn das Revisionsgericht für eine den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügende Rüge der Verwertung des Inhalts einer in der Hauptverhandlung nicht verlesenen Urkunde (§ 261 StPO) regelmäßig den Vortrag fordert, dass der Urkundeninhalt auch nicht in sonstiger prozessordnungsgemäßer Weise in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist. (BVerfG)

2. Hingegen überspannt das Revisionsgericht die Zulässigkeitsanforderungen, wenn es die Mitteilung von Tatsachen fordert, denen kein über den Revisionsvortrag hinausgehender Bedeutungsgehalt zukommt, weil sie etwa mit dem Vorgang der Beweisgewinnung in der Hauptverhandlung in keinem unmittelbaren Zusammenhang stehen. (BVerfG)

3. Die aus dem Rechtsstaatsprinzip abzuleitende Rechtsschutzgarantie gewährleistet nicht nur, dass überhaupt ein Rechtsweg zu den Gerichten offen steht. Ebenso wie Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG, dessen Anwendungsbereich auf die vollziehende öffentliche Gewalt beschränkt ist (vgl. BVerfGE 107, 395, 403 ff.), garantiert sie vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes (vgl. BVerfGE 94, 166, 226; stRspr). Die Rechtsschutzgarantie umfasst das Recht auf Zugang zu den Gerichten, eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstands sowie eine verbindliche Entscheidung durch den Richter (vgl. BVerfGE 54, 277, 291; 85, 337, 345). Die Effektivität des Rechtsschutzes wird in erster Linie von den Prozessordnungen gesichert (vgl. BVerfGE 94, 166, 213). Dabei kann der Gesetzgeber auch Regelungen treffen, die für ein Rechtsschutzbegehren besondere formelle Voraussetzungen aufstellen (vgl. BVerfGE 88, 118, 123 f.; 101, 397, 408). (Bearbeiter)

4. Die Rechtsschutzgarantie gilt nicht nur für den ersten Zugang zum Gericht, sondern für die Ausgestaltung des gesamten Verfahrens (vgl. BVerfGE 40, 272, 275; 88, 118, 125). Sie gewährleistet zwar keinen Anspruch auf einen Instanzenzug (vgl. BVerfGE 92, 365, 410; stRspr). Wird dieser von den Prozessordnungen aber eröffnet, dann gebietet Art. 19 Abs. 4 GG wirksamen Rechtsschutz in allen von der Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl. BVerfGE 104, 220, 232 m.w.N.). (Bearbeiter)

421. BVerfG 2 BvR 332/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2005 (AG Mönchengladbach/LG Mönchengladbach/OLG Düsseldorf)

Voraussetzungen von Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bei jugendlichen Beschuldigten; prozessuale Erledigung (zeitlich letzte Haftentscheidung als Grundlage für den Vollzug der Untersuchungshaft; Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses trotz Erledigung); Garantie des gesetzlichen Richters (Verletzung durch die Judikative; an abstrakten Kriterien orientierte, im vorhinein getroffene Zuständigkeitsentscheidung; kein grundlegendes Verkennen von Inhalt und Reichweite der Garantie); „Jugendermittlungsrichter“.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 EMRK; § 112 StPO; § 125 Abs. 1 StPO; § 162 Abs. 1 StPO; § 34 Abs. 1 JGG; § 37 JGG; § 41 JGG; § 72 Abs. 6 JGG; § 102 JGG; § 120 GVG

1. Die Verfahrensgarantie des gesetzlichen Richters erfordert, dass im einzelnen durch gesetzliche Regelung und gerichtliche Geschäftsverteilung bestimmt werden muss, wer im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG „gesetzlicher“ Richter ist. Zugleich besteht ein Verbot, von Regelungen, die der Bestimmung des gesetzlichen Richters dienen, abzuweichen (BVerfGE 95, 322, 327 m.w.N.).

2. Nicht jede fehlerhafte Anwendung normativer Zuständigkeitsregeln, stellt zugleich auch eine Verfassungsverletzung dar. Wäre dies anders, würde die Anwendung einfachen Rechts auf die Ebene des Verfassungsrechts gehoben. Ein Verfassungsverstoß ist bei Zuständigkeitsentscheidungen der Judikative nur dann gegeben, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm willkürlich erfolgt oder offensichtlich unhaltbar ist, ferner wenn die Gerichte bei ihrer Entscheidung Inhalt und Reichweite des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennen (BVerfGE 82, 286, 299 m.w.N.). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG bietet nur Schutz gegen Willkür, nicht hingegen gegen Irrtum.

3. Es bleibt offen, ob und inwieweit durch § 34 Abs. 1 JGG angesichts der bestehenden gesetzlichen Ausnahmeregelungen und eines fehlenden gesetzlichen Verbots des „Jugendermittlungsrichters“, zwingend eine gerichtliche Geschäftsverteilung ausgeschlossen ist, bei der ein Richter ausschließlich mit jugendrichterlichen Tätigkeiten im Ermittlungsverfahren betraut wird.

4. Ausnahmsweise besteht das Rechtsschutzbedürfnis trotz des Eintritts prozessualer Überholung im Verfassungsbeschwerde-Verfahren in denjenigen Fällen fort, in

denen andernfalls die Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage von grundsätzlicher Bedeutung unterbliebe und der gerügte Grundrechtseingriff besonders belastend wirken würde, wenn eine Wiederholung der angegriffe-

nen Maßnahme zu besorgen wäre oder wenn die gegenstandslose Maßnahme den Beschwerdeführer auch weiterhin beeinträchtigte.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

443. BGH 5 StR 147/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Berlin)

Versagung der Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei Alkoholisierung (Alkoholkrankheit: Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens).

§ 21 StGB; § 49 StGB

Bei der Entscheidung, ob dem Angeklagten eine Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gewährt wird, können im Rahmen der gebotenen Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Gesichtspunkte zwar

auch einem alkoholkranken Straftäter schulderhöhende Verhaltensweisen angelastet werden, die den grundsätzlich schuld mindernden Gesichtspunkt einer erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit aufwiegen (vgl. BGH aaO S. 3352; BGHR StGB § 21 Strafraumenverschiebung 29). Voraussetzung ist jedoch nicht nur die Vorhersehbarkeit, sondern auch die Vermeidbarkeit entsprechenden Verhaltens (vgl. BGH NJW 2004, 3350, 3351). Gerade dem Alkoholkranken kann deshalb jedenfalls sein Alkoholkonsum in aller Regel nicht ohne weiteres schulderhöhend vorgeworfen werden.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

458. BGH 2 StR 310/04 - Urteil vom 22. April 2005 (Landgericht Kassel)

BGHSt; Kannibalismus („Kannibale von Rothenburg“); Mord (Befriedigung des Geschlechtstriebes; Tötung zur Ermöglichung einer anderen Straftat); Tötung auf Verlangen (Bestimmen zur Tötung; handlungsleitendes Motiv); Beweiswürdigung (Verstoß gegen Denkgesetze; Zirkelschluss); entlastende Einlassung des Angeklagten (Unwiderleglichkeit; Zweifelssatz); Störung der Totenruhe (geschütztes, unbedeutendes Rechtsgut; Pietätsgefühl der Allgemeinheit; postmortaler Persönlichkeitsschutz; Dispositionsmöglichkeit des Tatopfers; Einwilligung; Einverständnis; Menschenwürde; Paternalismus).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 211 StGB; § 216 StGB; § 261 StPO; § 168 StGB; § 131 StGB; § 184 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO

1. Das Mordmerkmal „zur Befriedigung des Geschlechtstriebes“ liegt auch dann vor, wenn der Täter diese Befriedigung erst bei der späteren Betrachtung der Bild-Ton-Aufzeichnung (Video) vom Tötungsakt und dem Umgang mit der Leiche finden will. (BGHSt)

2. Rechtsgut des § 168 Abs. 1 StGB ist nicht nur der postmortale Persönlichkeitsschutz des Toten, sondern auch das Pietätsgefühl der Allgemeinheit. Das Einverständnis des Tatopfers in beschimpfenden Unfug an seiner Leiche ist deshalb nicht geeignet, die Strafbarkeit entfallen zu lassen. (BGHSt)

3. „Bestimmen“ i. S. der Privilegierung der Tötung auf Verlangen (§ 216 Abs. 1 StGB) setzt mehr voraus als die bloße Einwilligung des Opfers in seine Tötung. Es muss vielmehr im Täter den Entschluss zur Tat hervorrufen. Denn die außerordentliche Strafmilderung des § 216 StGB ist nur dann zu rechtfertigen, wenn das „Bestimmen“ durch das Opfer auch tatsächlich handlungsleitend war. (Bearbeiter)

4. Die Beweiswürdigung ist u.a. dann rechtsfehlerhaft, wenn ein Verstoß gegen Denkgesetze vorliegt, z.B. indem etwas vorausgesetzt wird, was es erst zu beweisen gilt (Zirkelschluss). (Bearbeiter)

5. Entlastende Angaben eines Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine (ausreichenden) Beweise gibt, darf der Richter nicht ohne weiteres als unwiderlegt seinem Urteil zugrunde legen. Er muss sich vielmehr aufgrund einer Gesamtwürdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme seine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Einlassung bilden. (Bearbeiter)

6. Sind mehrere Rechtsgüter - die einen einwilligungsfähig, die anderen nicht - durch eine Strafnorm geschützt, so kann ein Einverständnis allenfalls dann die Tatbestandsmäßigkeit bzw. eine Einwilligung allenfalls dann die Rechtswidrigkeit entfallen lassen, wenn das nicht einwilligungsfähige Rechtsgut so unbedeutend erscheint,

dass es außer Betracht bleiben kann (vgl. BGHSt 5, 66, 68). (Bearbeiter)

7. Die Würde des Menschen verbietet es, ihn einer Behandlung auszusetzen, die seine Subjektsqualität prinzipiell in Frage stellt. Menschenwürde in diesem Sinne ist nicht nur die individuelle Würde der jeweiligen Person, sondern die Würde des Menschen als Gattungswesen (BVerfGE 87, 209, 228). Im Bewußtsein der Allgemeinheit stellt aber das Schlachten eines Menschen vor laufender Kamera, womöglich gar, um Material für spätere sexuelle Handlungen zu gewinnen, eine menschenunwürdige Behandlung dar, die die Würde des Menschen als Gattungswesen missachtet. (Bearbeiter)

461. BGH 2 StR 524/04 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Aachen)

Intertemporales Strafrecht (Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Strafnorm); milderes Recht; Menschenhandel (Einwirken); Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 180b StGB; § 232 StGB

1. Nicht jede Form der Beeinflussung erfüllt das Tatbestandsmerkmal „Einwirken“ des Menschenhandels (§ 180 b Abs. 2 Nr. 2 StGB). Vielmehr ist unter „Einwirken“ eine intensive Einflussnahme zu verstehen, die über eine bloße entsprechende unmittelbare psychische Beeinflussung hinausgeht, also mit einer gewissen Hartnäckigkeit geschieht. Als Mittel kommen wiederholtes Drängen, Überreden, Versprechungen, Wecken von Neugier, Einsatz der Autorität, Täuschung, Einschüchterung, Drohung oder auch Gewaltanwendung in Betracht.

2. Die Tatbestandsalternative des „dazu Bringens“ setzt nicht die für ein „Einwirken“ erforderliche Hartnäckigkeit voraus; vielmehr reicht hier ein schlichtes Angebot oder die Vermittlung an einen Prostitutionsbetrieb.

433. BGH 4 StR 9/05 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (LG Paderborn)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage des Opfers; äußere Umstände; Ausnutzung einer Behandlungssituation); sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Widerstandsunfähigkeit).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 179 StGB

1. Eine schutzlose Lage liegt vor, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maße verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist; dies ist regelmäßig der Fall, wenn das Opfer sich dem überlegenen Täter allein gegenüber sieht und auf fremde Helfer nicht rechnen kann, wobei es allerdings eines gänzlichen Beseitigens jeglicher Verteidigungsmöglichkeiten nicht bedarf (st. Rspr.; BGHSt 44, 228, 231 f.; 45, 253, 256; BGHR StGB § 177 Abs. 1 schutzlose Lage 7).

2. Eine auf äußeren Umständen beruhende schutzlose Lage ergibt sich nicht allein daraus, dass der Angeklagte als Therapeut eine Behandlungssituation zu einem sexuellen Übergriff missbraucht hat. Vielmehr müssen auch

in einem solchen Fall regelmäßig weitere Umstände hinzutreten, die das Tatopfer daran hindern, sich dieser Situation durch Flucht zu entziehen (vgl. BGHR § 177 Abs. 1 schutzlose Lage 5 und 7).

3. Soll sich eine schutzlose Lage des Opfers auch aus in der Person des Täters liegenden Umständen ergeben, sind an die Feststellung der schutzlosen Lage erhöhte Anforderungen zu stellen. Erforderlich ist, dass das Opfer Widerstandshandlungen gegenüber dem Täter unterlässt, weil es anderenfalls zumindest Körperverletzungshandlungen durch den Täter befürchtet (BGH NStZ 2003, 533, 534).

427. BGH 1 StR 123/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Traunstein)

Schwerer Fall des Diebstahls (falscher Schlüssel: keine Anwendung auf abhanden gekommene Schlüssel; Überwindung einer Schutzvorrichtung: fehlende wesentliche Erschwerung; mögliche Annahme eines unbenannten schweren Falles); angemessene Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe.

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

1. Ein echter Schlüssel wird durch seinen bestimmungswidrigen Gebrauch durch Dritte erst dann zu einem falschen Schlüssel im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB, wenn der Berechtigte dem Schlüssel die Bestimmung zur ordnungsgemäßen Öffnung des Raumes entzogen hat. Dies ist in der Regel nur der Fall, wenn er zum Zeitpunkt der Verwendung des Schlüssels durch den Täter das Abhandenkommen des Schlüssels bereits bemerkt hatte (BGHR StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Schlüssel, falscher 2; BGHSt 21, 189).

2. Für die Anwendung des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB ist es Voraussetzung, dass die Sache durch eine (andere) Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert ist. Daran fehlt es, wenn die Vorrichtung die Wegnahme nicht wesentlich erschwert. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Schlüssel im Schloss steckt, daneben liegt oder sonst leicht erreichbar ist.

432. BGH 4 StR 82/05 – Beschluss vom 7. April 2005 (LG Paderborn)

Strafverfolgungsverjährung; Beweiswürdigung (mangelhafte Feststellungen: Tatkonkretisierung bei Serienstraf-taten, Sexualdelikten).

§ 78 StGB; § 176 StGB; § 200 StPO

Um eine bestimmte Anzahl von Straftaten einer im wesentlichen gleichförmig verlaufenden Serie festzustellen, muss der Tatrichter darlegen, aus welchen Gründen er die Überzeugung gerade von dieser Mindestzahl von Straftaten gewonnen hat (vgl. BGHR StGB § 176 Serienstraf-taten 8). Zwar dürfen in Fällen, in denen dem Angeklagten eine Vielzahl erst nach Jahren aufgedeckter sexueller Übergriffe zur Last gelegt wird, an die Individualisierung der einzelnen Missbrauchshandlungen nach Tatzeit und Geschehensablauf keine überspannten Anforderungen gestellt werden. Andererseits aber darf

eine unzureichende Konkretisierung auch nicht dazu führen, dass der Angeklagte in seinen Verteidigungsmöglichkeiten unangemessen beschränkt wird (vgl. BGHSt 42, 107 f. m.w.N.; BGHR StGB § 176 Serienstraftaten 7).

452. BGH 2 StR 111/05 - Beschluss vom 8. April 2005 (LG Limburg)

Erpresserischer Menschenraub (funktionaler Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Erpressung).

§ 239a StGB

Der Zweck der gesetzlichen Regelung des erpresserischen Menschenraubs (§ 239a Abs. 1 StGB) besteht darin, das Sichbemächtigen des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann. Daher erfordert die Tatbestandserfüllung zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung einen funktionalen und zeitlichen Zusammenhang.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

473. BGH GSSt 2/04 - Beschluss vom 27. April 2005 (LG Essen; LG Detmold)

Divergenzvorlage; Entziehung der Fahrerlaubnis; Sicherheit des Straßenverkehrs; allgemeine Kriminalitätsbekämpfung; Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen (Wertung aufgrund konkreter Umstände; Vorleben des Täters; Prognose; eigene Sachkunde des Tatrichters; Beweisanträge; Aufklärungspflicht); Prognoseentscheidung.

§ 69 Abs. 1 StGB; § 132 GVG; § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 3 Abs. 1 StVG

1. § 69 StGB bezweckt den Schutz der Sicherheit des Straßenverkehrs. Die Entziehung der Fahrerlaubnis wegen charakterlicher Ungeeignetheit bei Taten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs (§ 69 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 StGB) setzt daher voraus, dass die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen. (BGHSt)

2. § 69 StGB dient nicht der allgemeinen Kriminalitätsbekämpfung und hat mithin nicht den Zweck, den Missbrauch der Fahrerlaubnis zu verhindern, wenn sich dieser - ohne Verkehrssicherheitsbelange in irgendeiner Weise zu berühren - ausschließlich auf andere Rechtsgüter nachteilig auswirkt. Allgemeiner Rechtsgüterschutz kann allenfalls ein wünschenswerter Nebeneffekt sein, ist jedoch nicht Ziel von § 69 StGB. (Bearbeiter)

3. Der Strafrichter nimmt bei Anwendung des § 69 StGB der Sache nach die Ordnungsaufgabe der Fahrerlaubnisbehörde wahr. Deshalb ist für die Auslegung des Begriffs der Ungeeignetheit in § 69 StGB der Zweck der Vorschrift des § 3 Abs. 1 StVG über die Entziehung der Fahrerlaubnis beachtlich, der darin besteht, die Allgemeinheit vor Kraftfahrzeugführern zu schützen, die für andere Verkehrsteilnehmer eine Gefahr bilden. (Bearbeiter)

4. Der Tatrichter muss sich für die Entziehung der Fahrerlaubnis bei einer Zusammenhangstat die Überzeugung verschaffen, dass der Täter bereit ist, sich zur Erreichung seiner kriminellen Ziele über die im Verkehr gebotene

Sorgfalt und Rücksichtnahme hinwegzusetzen. Dies ist anhand konkreter Umstände festzustellen, die sich aus der Tat unter Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit ergeben. Dabei sind auch Umstände aus dem Vorleben des Täters oder seiner Tatvorbereitung in die Beurteilung einzubeziehen, sofern sich daraus tragfähige Schlüsse auf eine mögliche Gefährdung der Verkehrssicherheit im Zusammenhang mit der Anlasstat ziehen lassen. Dafür kann es genügen, dass der Täter im Zusammenhang mit der Tat naheliegend mit einer Situation gerechnet hat oder rechnen musste, in der es zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Verkehrs kommen konnte. (Bearbeiter)

5. Eine Prognose, dass der Täter mit Wahrscheinlichkeit auch künftig Zusammenhangstaten begehen und dabei tatsächlich die Sicherheit des Straßenverkehrs beeinträchtigen werde, ist nicht zu verlangen. (Bearbeiter)

6. Auch ein Täter, der durch die Begehung schwerwiegender oder wiederholter Straftaten zweifellos charakterliche Mängel offenbart hat, stellt nicht zwangsläufig zugleich eine Gefahr für die Verkehrssicherheit dar. So liegt dies bei der bloßen Nutzung eines Kraftfahrzeugs zur Suche nach Tatobjekten oder Tatopfern ebenso wenig nahe wie in den Fällen, in denen der Täter im Fahrzeug Rauschgift, Diebesgut oder Schmuggelware lediglich möglichst unauffällig transportiert. (Bearbeiter)

7. Indem das Gesetz den Tatrichter bei der Prüfung, ob verkehrssicherheitsrelevante charakterliche Mängel des Täters zutage getreten sind, auf die ohnehin von ihm zur Schuld- und Straffrage aufzuklärenden und zu bewertenden Umstände „aus der Tat“ verweist, weist es ihm für die Fahreignungsbeurteilung grundsätzlich auch die eigene Sachkunde (§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO) zu. Deshalb können etwaige Beweisanträge auf sachverständige Begutachtung zur charakterlichen Fahreignung regelmäßig mit dieser Begründung zurückgewiesen werden. (Bearbeiter)

423. BGH 1 StR 37/05 – Urteil vom 11. Mai 2005 (LG Bayreuth)

BGHSt; nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Beurteilung eines Therapieabbruchs; Anforde-

rungen an die Darlegung mangelnder Therapiewilligkeit; erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit; individuelle Prognose; erforderlicher Hand zu erheblichen Straftaten; neue Tatsachen im Sinne des § 66b StGB); Anforderung an die Begutachtung gemäß § 275a Abs. 4 Satz 1 StPO (keine zwingende Begutachtung durch zwei Fachärzte mit psychiatrischer Ausbildung und Erfahrung).

Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 66b Abs. 1 StGB; § 66 StGB; § 275a Abs. 4 StPO

1. Die Verweigerung oder der Abbruch einer Therapie können zwar grundsätzlich neue Tatsachen sein, die erst nach der Verurteilung und vor Ende des Vollzuges erkennbar werden und auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit hinweisen, reichen aber für sich allein nicht aus, eine nachträgliche Sicherungsverwahrung anzuordnen. (BGHSt)

2. Die Prüfung des Merkmals des Hanges zu erheblichen Straftaten (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist auch im Rahmen der Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht entbehrlich. (BGHSt)

3. Aus § 275a Abs. 4 Satz 1 StPO ergibt sich nicht zwingend, dass mit der Begutachtung jeweils zwei Fachärzte mit psychiatrischer Ausbildung und Erfahrung beauftragt werden müssen. (BGHSt)

4. Umstände, die für den ersten Tatrichter erkennbar waren, scheiden als neue Tatsachen im Sinne des § 66b StGB aus. Durch deren Nichtberücksichtigung entstandene Rechtsfehler können durch die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht korrigiert werden. Die Möglichkeit der nachträglichen Anordnung der Sicherungsverwahrung zielt auch nicht darauf ab, die Frage einer späteren Unterbringung länger als bisher offen zu halten. (Bearbeiter)

5. Im Rahmen der Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und ergänzend seiner Entwicklung während des Strafvollzugs verbietet sich eine abstrakte, auf statistische Wahrscheinlichkeiten gestützte Prognoseentscheidung (vgl. BVerfGE 109, 190, 242). Auch wenn bestimmte Persönlichkeitsstörungen von vornherein ein hohes Rückfallrisiko beinhalten, entbindet dies nicht von einer individuellen Gefährlichkeitsprognose. (Bearbeiter)

434. BGH 4 StR 95/05 – Beschluss vom 5. April 2005 (LG Bielefeld)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern (Rechtsgut der ungestörten Gesamtentwicklung des Kindes; besondere Strafmilderung bei Tatbegehung in einem Liebesverhältnis); Strafzumessung (Berücksichtigung generalpräventiver Erwägungen).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 46 StGB

Zwar können generalpräventive Erwägungen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch bei der Bestimmung der Höhe der Strafe im Rahmen der Schuld zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 Generalprävention 4). Der Tatrichter darf aber die Strafe aus Gründen der Abschreckung potentieller Täter nur dann höher bestimmen, als sie sonst ausgefallen wäre, wenn eine gemeinschaftsgefährliche Zunahme solcher oder ähnlicher Taten, wie sie zur Aburteilung stehen, festgestellt worden ist (vgl. BGHR aaO Generalprävention 7 m.w.N.). Dabei ist nicht in erster Linie auf den Deliktstyp als solchen abzustellen, weil damit der Strafgrund als solcher gegen den Angeklagten gewendet würde, was unter dem Gesichtspunkt des Doppelverwertungsverbots des § 46 Abs. 3 StGB Bedenken begegnet. Vielmehr ist auf die jeweiligen konkreten Umstände, die das Tatbild kennzeichnen, Bedacht zu nehmen. Hat die Tat hiernach Ausnahmecharakter, so lässt dies generalpräventive Erwägungen eher nicht zu.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

460. BGH 2 StR 518/03 - Beschluss vom 28. April 2005

Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Revisionsrechtszug (entscheidungserheblicher Verstoß). § 356a StPO; § 33a StPO

§ 356a StPO sieht bei Gehörsverletzungen in der Revisionsinstanz den Eintritt in das Nachverfahren nur bei „entscheidungserheblichen“ Verstößen vor. Solche liegen nur dann vor, wenn und soweit sich eine unterbliebene Anhörung auf das Ergebnis der Revisionsentscheidung ausgewirkt hat. Davon ist nicht auszugehen, hätte der Betroffene nichts anderes als bereits geschehen vorgetragen, sich also nicht anders verteidigen können. Gleiches gilt, sofern aus anderen Gründen auszuschließen ist, dass das Revisionsgericht bei ordnungsgemäßer Anhörung anders entschieden hätte.

447. BGH 2 StR 46/05 - Beschluss vom 22. April 2005 (LG Trier)

Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung; Rechtsfehler); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 22 StPO; § 23 StPO; § 148 a Abs. 2 Satz 1 StPO

Die Mitwirkung eines Richters an einer früheren Entscheidung führt im Strafverfahren nur nach Maßgabe der §§ 22 Nr. 4, 23, 148 a Abs. 2 Satz 1 StPO zu seinem Ausschluss kraft Gesetzes. Darüber hinaus stellt die richterliche Vortätigkeit weder einen Ausschlussgrund dar, noch vermag sie als solche die Befangenheit eines Richters zu begründen (vgl. BGHSt 21, 334, 341). Auch Rechtsfehler bei einer Vorentscheidung können für sich genommen eine Ablehnung nicht rechtfertigen, es sei

denn, sie wären so grob, dass sie den Anschein von Willkür erweckten.

444. BGH 5 StR 586/04 – Beschluss vom 19. April 2005 (LG Chemnitz)

Absprachebedingter Rechtsmittelverzicht (Grundsätze des Großen Senats; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: keine Verhinderung bei Unkenntnis; Verteidigerzurechnung).

§ 44 StPO; § 302 StPO

In der Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

459. BGH 2 StR 457/04 - Urteil vom 27. April 2005 (LG Darmstadt)

BGHSt; unerlaubter Aufenthalt; verwaltungsakzessorischer Tatbestand; Aufenthaltsgenehmigung (Tatbestandswirkung); Visum; intertemporales Strafrecht (milderes Recht; Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs); Schengener Durchführungsübereinkommen (Positivstaaten; Negativstaaten); Bestimmtheitsgrundsatz. § 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6 AuslG; § 92 a Abs. 1 AuslG; § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG; § 96 Abs. 1 AufenthG; § 2 Abs. 1 und 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Bei der Prüfung, ob ein strafbares Verhalten im Sinne der §§ 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6, 92 a Abs. 1 AuslG bzw. der §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3, 96 Abs. 1 AufenthG vorliegt, gebietet es das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, allein auf eine formell wirksame Einreise- oder Aufenthaltsgenehmigung (Visum) abzustellen. Ausländerrechtlichen Erlaubnissen kommt daher in den verwaltungsakzessorischen Tatbeständen des Ausländergesetzes und des Aufenthaltsgesetzes Tatbestandswirkung zu. (BGHSt)

2. Das Bestimmtheitsgebot verlangt für Straftatbestände, die das Fehlen einer verwaltungsrechtlichen Erlaubnis vorsehen, einen eindeutigen Auslegungsmaßstab in Bezug auf ihre verwaltungsrechtlichen Vorgaben. Deshalb muss eine nach verwaltungsrechtlichen Vorschriften wirksam erteilte Aufenthaltsgenehmigung im Strafrecht grundsätzlich Tatbestandswirkung entfalten, auch wenn sie rechtsmissbräuchlich erlangt wurde. Etwas anders kann nur dort gelten, wo das Gesetz durch Täuschung, Drohung oder Bestechung erlangten Erlaubnissen die Wirksamkeit abspricht. (Bearbeiter)

3. Ändert sich der persönliche Anwendungsbereich eines Straftatbestands, so dass der Angeklagte nicht mehr zu dem mit Strafe bedrohten Personenkreis zählt, während der Gebotsgehalt der Norm im übrigen unverändert bleibt, so gilt § 2 Abs. 3 StGB nicht, so dass bereits begangene Verstöße des Angeklagten verfolgbar bleiben. (Bearbeiter)

429. BGH 4 StR 13/05 – Beschluss vom 12. April 2005 (LG Bielefeld)

Täterschaftlich begangenes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Geltung allgemeiner Beteiligungsgrundsätze). § 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

Ob die Beteiligung an einem unerlaubten Handeltreiben mit oder einer unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln als Mittäterschaft oder als Beihilfe zu werten ist, beurteilt sich nach den allgemeinen Grundsätzen über diese Beteiligungsformen. Wesentliche Anhaltspunkte für diese Beurteilung können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Beteiligten abhängen (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2000, 482; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Einfuhr 21). Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 58 m.w.N. und Einfuhr 21). Mittäterschaft kommt hingegen vor allem in Betracht, wenn der Beteiligte in der Rolle eines gleichberechtigten Partners an der Tat mitgewirkt hat (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 39).

467. BGH 2 ARs 84/05 / 2 AR 64/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (AG Rottenburg)

Jugendstrafe; Vollstreckungsleiter; Vollstreckungsleitung (Abgabe). § 85 JGG

Der Vollstreckungsleiter nach § 85 Abs. 2 JGG bleibt trotz einer Übertragung der Vollstreckung gemäß § 85 Abs. 5 JGG „Herr des Verfahrens“, denn die Abgabe nach § 85 Abs. 5 JGG ist nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung stets widerruflich. Daher hat der Vollstreckungsleiter gemäß § 85 Abs. 2 JGG das Recht, aber auch die Pflicht, bei Änderung der Verhältnisse seine Entscheidung nachzuprüfen und, wenn erforderlich, die Übertragung rückgängig zu machen und ein anderes Gericht mit den weiteren Aufgaben zu betrauen.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Die Nichtöffentlichkeit verfahrensbeendender Absprachen als absoluter Revisionsgrund i. S. der §§ 338 Nr. 6 StPO, 169 GVG

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19. August 2004 - 3 StR 380/03 = HRRS 2004 Nr. 816.¹

Von Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl** Mag. iur. und Rechtsanwältin **H. Milena Piel**, Karlsruhe

In der strafrechtlichen Literatur und Rechtsprechung ist es grundsätzlich unstrittig, dass verfahrensbeendende Absprachen, die im Stadium der Hauptverhandlung stattfinden und nicht - zumindest - in diese eingeführt werden, unter dem Gesichtspunkt der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (§ 169 GVG) rechtlich bedenklich sind. Auch der BGH hat sich bereits mehrfach in diesem Sinne geäußert; keine dieser Entscheidungen enthielt indes tragende Erwägungen zum Öffentlichkeitsgrundsatz. Insofern wurde bisher nicht verbindlich festgestellt, dass, soweit in der Nichteinführung der Absprache in die Hauptverhandlung ein Verstoß gegen § 169 GVG gesehen werden muß, dies auch zur Konsequenz des § 338 Nr. 6 StPO führen würde. Das Urteil des 3. Strafsenats vom 19. August 2004 – welches jedenfalls einen absoluten Revisionsgrund verneint – bietet Anlass, das gesamte Problemfeld unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH zu erörtern.

I. Grundsätzliches zum Öffentlichkeitsgrundsatz

1. Gewährleistung der Öffentlichkeit des Strafverfahrens

Die Öffentlichkeit des Strafverfahrens wird nicht ausdrücklich im Grundgesetz gewährleistet; dennoch ist der im Gerichtsverfassungsrecht enthaltene Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen nach der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG ohne Weiteres als vom Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gewährleistet anzusehen². Neben dem rechtsstaatlichen Aspekt des Öffentlichkeitsgebots ist auch der Aspekt der Garantie kontrollierender demokratischer Teilhabe von verfassungsrechtlicher Bedeutung. Beide Aspekte werden unter dem Grundgesetz vom Rechtsstaatsprinzip erfaßt und

sind wesentlich für die Demokratie³. Die reduktionistische frühere Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Öffentlichkeit mündlicher Verhandlungen kein Verfassungssatz, sondern lediglich eine Prozessmaxime für bestimmte Verfahrensarten sei, der sich auch die strafprozessuale Literatur ganz überwiegend angeschlossen hatte⁴, kann indes nach der aktuellen und eindeutigen Stellungnahme des BVerfG keine Gültigkeit mehr beanspruchen. Der BGH selbst hat dies bisher nicht rezipiert: es handle sich um eine grundlegende Einrichtung des Rechtsstaates und eine zentrale Prozessmaxime für alle Hauptverhandlungen in Strafsachen⁵. Den verfassungsrechtlichen Rang des Öffentlichkeitsgrundsatzes hat der BGH nie eindeutig anerkannt. Die Verfassungsgrundsätze des Rechtsstaates und der Demokratie bedürfen näherer Ausformung durch Gesetz. Der Gesetzgeber muss bei der Ausgestaltung unterschiedliche, auch entgegenstehende Interessen berücksichtigen. Daher gilt der Verfassungsgrundsatz der Verfahrensöffentlichkeit nicht unbegrenzt oder ausnahmslos; sein Anwendungsbereich wird vielmehr – gesetzlich – durch andere Interessen von Verfassungsrang begrenzt⁶.

Auf einfachgesetzlicher Ebene schreibt § 169 Satz 1 GVG für die gesamte ordentliche Gerichtsbarkeit vor, dass die *Verhandlung vor dem erkennenden Gericht*, einschließlich der Verkündung von Urteilen und Beschlüssen, öffentlich sein muß. § 338 Nr. 6 StPO schreibt im Anschluss daran für das Strafverfahren vor, dass ein Urteil, das aufgrund einer *mündlichen Verhandlung* ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt wurden, stets als auf einer Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen ist. Damit erhalten - bestimmte - Verstöße gegen die Öffentlichkeitsmaxime einfachrechtlich den Charakter eines absoluten Revisionsgrundes. Auch Art. 6 Abs. 1 Europäische

³ BVerfG a.a.O. Rdnr. 70.

⁴ LR/Wickern GVG vor § 169 Rdnr. 6; Meyer-Goßner GVG § 169 Rdnr. 1; Pfeiffer GVG § 169 Rdnr. 1; KK/Diemer GVG § 169 Rdnr. 1; GVG Katholnigg § 169 Rdnr. 1; GVG Kissel § 169 Rdnr. 4.

⁵ BGHSt 22, 297, 301; BGH MDR 1980, 273; Meurer JR 1990, 391

⁶ Vgl. BVerfGE 4, 74, 94; 70, 324, 358; BVerfG NJW 2001, 1633, 1635: Zu den entgegenstehenden Belangen gehören das Persönlichkeitsrecht der am Verfahren Beteiligten (Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG), u. U. der Anspruch der Beteiligten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG; zu ihm vgl. BVerfGE 57, 250, 274 f.; 89, 120 129) sowie die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege, insbesondere die ungestörte Wahrheits- und Rechtsfindung (dazu vgl. BVerfGE 33, 367, 382 f.; 77, 65, 76). Das Gerichtsverfassungsrecht berücksichtige diese gegenläufige Belange durch Ausnahmen von dem Grundsatz der Öffentlichkeit, die allgemein bestehen oder im Einzelfall vorgesehen werden können (vgl. § 169 Satz 2, §§ 170 ff. GVG, § 48 JGG; BVerfGE 15, 303, 307 = NJW 1963, 757; vgl. auch BVerfG NSiZ 1987, 419 f.).

¹ Vorgesehen für BGHSt. = BGH StV 2004, 639

² BVerfG, Urt. vom 24.1.2001 - 1 BvR 2623/95, 1 BvR 622/99, Rdnr. 69 = BVerfG NJW 2001, 1633, 1635

Menschenrechtskonvention (EMRK) normiert den Grundsatz, dass vor einem Gericht öffentlich verhandelt und das Urteil öffentlich verkündet werden muß.⁷

2. Entstehung und Bedeutung der Öffentlichkeitsmaxime

Der Grundsatz der Öffentlichkeit mündlicher Gerichtsverhandlungen basiert in Deutschland auf einer langen Tradition, die ihre Wurzeln in der Zeit der Aufklärung hat⁸. Die Forderung nach öffentlichen Gerichtsverfahren war damals eine Reaktion auf die allgemein übliche Geheim- und Kabinettsjustiz der absolutistischen Fürsten⁹. Die Öffentlichkeitsmaxime wurde in Deutschland besonders durch *Anselm von Feuerbach* geprägt und propagiert¹⁰. Er sah die historische Legitimation darin, dass die unmittelbare Beobachtung der Verfahrensabläufe durch eine grundsätzlich uneingeschränkte, allgemeine Öffentlichkeit geeignet sei, die Justiz zu kontrollieren und sowohl gerichtliche Willkür wie eine unzulässige Einwirkung der Exekutive auf das Gericht zu verhindern. Die Transparenz der gerichtlichen Vorgänge, welche durch die Öffentlichkeit erreicht werde, schrecke vor Mißbräuchen ab¹¹, im Ergebnis würden daher materiell unrichtige Entscheidungen und ein rechtsstaatswidriges Verfahren unmöglich. Diese Begründung hat heute nach Ansicht von Teilen der Literatur an Bedeutung verloren¹². Schon zu Zeiten Feuerbachs wurde es als Recht des Volkes empfunden, von den Geschehnissen im Verlauf einer Gerichtsverhandlung Kenntnis zu nehmen und die durch die Gerichte handelnde Staatsgewalt einer Kontrolle in Gestalt des Einblicks der Öffentlichkeit zu unterziehen¹³. Heute steht *faktisch* unstrittig die indirekte Information der Öffentlichkeit durch die (Massen-)Medien über das Wirken der Strafjustiz im Vordergrund; das Informationsinteresse beinhaltet danach mittelbar auch, dass die Rechtsprechung in die Rechtsgemeinschaft hinein wirken kann und das Recht - im Sinne der positiven generale Prävention bzw. Integrationsprävention - lebendig erhält¹⁴.

Das BVerfG¹⁵ hat demgegenüber zu Recht erst kürzlich erneut die *rechtlich* bedeutsamere rechtsstaatliche Komponente der Gerichtsöffentlichkeit betont: Sie zielen darauf, die Einhaltung des formellen und materiellen Rechts zu gewährleisten und zu diesem Zwecke Einblick in die

Funktionsweise der Rechtsordnung zu ermöglichen. Es solle insbesondere darauf hingewirkt werden, dass die Handelnden nicht in dem Gefühl, "*unter sich zu sein*", Verfahrensgarantien unbeachtet lassen, oder wesentliche tatsächliche und rechtliche Gesichtspunkte zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens übergehen. Ob das Verhalten der Verfahrensbeteiligten angemessen sei, insbesondere welche Wortwahl oder Lautstärke, welche Geduld oder Straffung, welche Nachsicht oder Formstrenge des Richters der jeweiligen Verfahrenssituation gerecht werde, lasse sich auch - möglicherweise sogar am besten - durch anwesende Dritte beurteilen¹⁶. Die Gerichtsöffentlichkeit soll in Gestalt einer Verfahrensgarantie dem Schutz der an der Verhandlung Beteiligten, insbesondere der Angeklagten im Strafverfahren, gegen eine der öffentlichen Kontrolle entzogene Geheimjustiz dienen. Die Information über das Verfahrensgeschehen sei dem Grunde nach Voraussetzung, um Verfahrensgechtigkeit gewährleisten zu können¹⁷.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) interpretiert den Zweck der von der Konvention gewährleisteten Öffentlichkeit dahin, dass dadurch nicht nur vor einer geheimen, jeder öffentlichen Kontrolle entzogene Justiz geschützt, sondern außerdem die Transparenz der Rechtsprechung, das Vertrauen in die Gerichte und die Verfahrensfairness sichergestellt werden soll; daneben diene der Öffentlichkeitsgrundsatz auch dem Informationsanspruch des Bürgers¹⁸. Es ist darin kein wesentlicher Unterschied zur Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts zu erkennen.

Auch nach Auffassung des BGH schließlich soll der Öffentlichkeitsgrundsatz unmittelbar bewirken, dass sich die Rechtsprechung in aller Öffentlichkeit und nicht hinter verschlossenen Türen abspielt¹⁹. Der BGH erkennt an, dass die Verfahrensöffentlichkeit grundsätzlich im Dienst der Wahrheitserforschung steht und die öffentliche Hauptverhandlung geeignet ist, zu verhindern, dass sachfremde, das Licht der Öffentlichkeit scheuende Umstände auf das Gericht und damit auf das Urteil Einfluss gewinnen²⁰. Darüber hinaus komme dem Grundsatz ein eigener, von dem Grundsatz der Wahrheitsfindung unabhängiger Wert zu. Der BGH betont gelegentlich die integrative Funktion der Verfahrensöffentlichkeit. Diese solle das Vertrauen der Allgemeinheit und des einzelnen in die Objektivität der Rechtspflege stärken²¹.

3. Gewährleistungsumfang

Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist - für das Strafverfahren - nach h. M. in § 169 GVG als Öffentlichkeit im Raum der Gerichtsverhandlung während der Hauptverhandlung (6. Abschnitt, §§ 226-275 StPO) vom Aufruf der Sache (§ 243 Abs. 1 Satz 1 StPO) bis zum Abschluss

⁷ Vgl. im Einzelnen Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 707-719; EMRK Komm./Peukert, 2. Auflage (1996), Art. 6 Rdnrn. 117 ff; Int. Komm. zur EMRK/Miehsler/Vogler Art. 6 Rdnrn. 331 ff.

⁸ Rohde, Die Öffentlichkeit im Strafprozess, 1972, S. 50 ff; Stutz, Zurückdrängung des Öffentlichkeitsprinzips zugunsten der Privatsphäre im Strafverfahren, 1992, S. 5 ff.

⁹ KK/Diemer GVG § 169 Rdnr. 1

¹⁰ vgl. von Feuerbach, Betrachtungen über die Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, 1821, Neudruck 1969, Bd. 1

¹¹ Schilken S. 155.

¹² Meyer-Goßner GVG § 169 Rdnr. 1 mwN

¹³ von Feuerbach, a.a.O., S. 180

¹⁴ Scherer ZaöRV 39, 81; Meyer-Goßner a. a. O.

¹⁵ BVerfG, Urteil vom 24.1.2001 - 1 BvR 2623/95, 1 BvR 622/99 = BVerfG NJW 2001, 1633 ff

¹⁶ BVerfG a.a.O. Rdnr. 74 = BVerfG NJW 2001, 1633, 1635

¹⁷ BVerfG a.a.O. Rdnr. 71

¹⁸ Zusammenfassend Esser, a.a.O. S. 707 mit Nachweisen zur Rechtsprechung des EGMR.

¹⁹ BGHSt 9, 280, 281; BGHSt 21, 73.

²⁰ BGHSt 9, 280, 282.

²¹ BGHSt 21, 74.

der Urteilsverkündung (§ 260 Abs. 1 StPO) vorgesehen²²: So hieß es schon in dem 1874 vorgelegten Entwurf eines Gerichtsverfassungsgesetzes, dass jedermann aus dem Publikum Zutritt zu den Gerichtssälen haben soll, in denen die Gerichte Recht sprechen²³. Die *Öffentlichkeit* der Hauptverhandlung im Sinne des § 169 GVG besteht nach ganz herrschender Meinung darin, dass jedermann ohne Rücksicht auf seine Gesinnung oder sein Zugehörigkeit zu einer bestimmten Bevölkerungsgruppe sich ohne besondere Schwierigkeit Kenntnis von Ort und Zeit einer Verhandlung verschaffen kann,²⁴ und dass ihm der Zutritt zum Ort der Verhandlung eröffnet wird²⁵, nicht aber, dass er alle Vorgänge im Sitzungssaal - optisch und/oder akustisch - wahrnehmen können muss²⁶. Unstrittig dienen § 169 GVG, § 338 Nr. 6 StPO primär dem Interesse der Allgemeinheit an der Öffentlichkeit des Verfahrens und stehen deshalb nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten²⁷. Von jeher hat sich die Rechtsprechung mehr mit spezifischen Einschränkungsmöglichkeiten als mit einer abstrakten Definition des Gewährleistungsumfangs beschäftigt. An dieser Stelle sind die gesetzlich vorgesehenen Ausnahmen und Gründe für den (zeitweiligen) Ausschluss der Öffentlichkeit nicht im Detail erörterungsbedürftig²⁸. Jedoch ist in diesem Zusammenhang interessant, dass der BGH in einer Reihe von Entscheidungen nicht jede während des Ausschlusses der Öffentlichkeit entfaltete Aktivität der Verfahrensbeteiligten, die nicht von dem im Gerichtsbeschluss genannten Ausschließungsgrund gemäß der §§ 171a - 172 GVG umfasst war, für eine Verletzung des § 169 Satz 1 GVG gehalten hat. Aus dem Wortlaut der Normen lässt sich indessen keine Einschränkung ablesen. Laut BGH ist jedoch vor dem Hintergrund des Normzwecks (Kontrolle des Verfahrensganges und der staatlichen Rechtspflege) zu beachten, dass etwa Verhandlungen über Ablehnungsanträge, Fragen der Untersuchungshaft und über den Ausschluss des Verteidigers nach den einschlägigen gesetzlichen Regelungen nicht öffentlich erfolgen müssen; deswegen können derartige Vorgänge, soweit sie anfallen, auch während des Ausschlusses der Öffentlichkeit erledigt werden²⁹. Die Rechtsprechung hat

es weiter - ohne Kritik hervorzurufen - unter Berücksichtigung des Gedankens der faktischen Unmöglichkeit im Hinblick auf § 169 GVG für unproblematisch gehalten, dass dem Zutritt von Zuschauern zu der Hauptverhandlung durch die Kapazität des Sitzungssaals oder sonstige tatsächliche oder rechtliche Gegebenheiten Grenzen gesetzt wird³⁰. Schließlich hat der BGH zur Verhinderung von Störungen und zur Gewährleistung der Sicherheit im Gerichtsgebäude gewisse Beschränkungen der Öffentlichkeit durch sitzungspolizeiliche Maßnahmen des Vorsitzenden oder solche des Gerichtspräsidenten aufgrund seines Hausrechts grundsätzlich zugelassen³¹.

Der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO liegt vor, wenn die Verhandlung entgegen § 169 Satz 1 GVG nicht öffentlich geführt worden ist, obwohl das Gesetz einen Ausschluss nicht erlaubt (§§ 171a - 173, 175, 177 GVG, §§ 48, 109 JGG) und die Revision nicht gemäß § 171b GVG, 336 Satz 2 StPO ausgeschlossen ist. Dabei soll es nach der Rechtsprechung genügen, dass einzelnen Personen - sofern sie als Repräsentanten der Öffentlichkeit anzusehen sind - in einer dem Gesetz nicht entsprechenden Weise der Zutritt versagt wurde³². Weiterhin wurde die Verhandlung nach herrschender Meinung dann nicht öffentlich geführt, wenn das Gericht (unnötigerweise) an einem Ort verhandelt hat, der fremdem Hausrecht unterstand, so dass nicht jeder zu der Verhandlung Zugang hatte; oder wenn das interessierte Publikum nicht ohne weiteres erkennen konnte, ob oder wo eine öffentliche Verhandlung stattgefunden hat³³.

§ 338 Nr. 6 StPO erhebt die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens jedoch nach ständiger Rspr. nur dann zum absoluten Revisionsgrund, wenn der Vorsitzende oder das Gericht den Verstoß zu vertreten haben, das heißt, diese bei Anwendung einer angemessenen Sorgfalt und Umsicht den Verstoß hätten bemerken und Abhilfe schaffen können, weil nur dann die Beschränkung der Öffentlichkeit eine Gefahr für die Objektivität der Rechtsprechung indiziert³⁴. Auch eine

²² Meyer-Goßner unterscheidet innerhalb der Hauptverhandlung zusätzlich das Verhandeln bzw. die Verhandlung im engeren Sinn, die erst nach den in § 243 Abs. 1 bis 3 StPO bezeichneten förmlichen Vorgängen beginnt und vor der Urteilsbegründung endet (vgl. Meyer-Goßner § 226 Rdnr. 2); diese Unterscheidung erlangt aber für die Geltung des Öffentlichkeitsgrundsatzes offensichtlich keine Bedeutung (vgl. § 169 Satz 2 GVG).

²³ Vgl. Hahn, Die gesamten Materialien zu dem Gerichtsverfassungsgesetz und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 27. Januar 1877, 1879, S. 173; Meyer-Goßner GVG § 169 Rdnr. 1; OLG Koblenz VRS 61, 270.

²⁴ BGH DAR 1981,195; BayObLG GA 1970, 242; OLG Köln VRS 66, 209.

²⁵ BVerfG NJW 2002, 814; BGHSt 21, 72, 73, ständige Rechtsprechung.

²⁶ Vgl. BGH NStZ 1991, 122.

²⁷ LR/Hanack § 338 Rdnr. 103

²⁸ Insbesondere §§ 1 Abs. 2, 48 Abs. 1 und 2 JGG; §§ 171a - 172 GVG.

²⁹ BGHR StPO § 338 Nr. 6 Öffentlichkeit 2, 3 und 4; vgl. bereits RGSt 21, 250, 251; RGSt 58, 286, 288

³⁰ BGHSt 5, 75; BGHSt 21, 72; BGHSt 27, 13 BGHSt 21, 72, 73; BGHSt 40, 191, 192; BGH NJW 1979, 770; BayObLG GA 1970, 242; OLG Köln NStZ-RR 1999, 335; bei Hauptverhandlungen in privaten Räumlichkeiten sind Einschränkungen aufgrund des Hausrechts hinzunehmen, vgl. BGH NStZ 1981, 311; BGH NStZ 1994, 498; BGH NStZ-RR 2000, 366).

³¹ BGHSt 24, 72, 73; BGHSt 27, 13, 15; BGHSt 29, 258, 259. Welche Maßnahmen im Einzelfall zulässig sind, ist nach pflichtgemäßem Ermessen unter Abwägung des Grades und Ausmaßes der drohenden Gefahr von Störungen einerseits und der Wichtigkeit des Öffentlichkeitsgrundsatzes andererseits zu beurteilen, vgl. KK/Diemer GVG § 169 Rdnr. 10 m. w. N.; BGH NStZ 1999, 426; BGH NStZ 1989, 467; BGH NStZ 1993, 450; Dahs GA 1976, 356; Beulke Strafverfahrensrecht Rdnr. 400; Roxin, Strafverfahrensrecht § 45, Rdnr. 19; LR/Hanack § 138 Rdnr. 113/114.

³² OLG Karlsruhe NJW 1977, 311; ähnlich BGHSt, 3,388; BGHSt 17, 205; BGHSt 18, 180.

³³ BGH NJW 1979, 770; BGHSt 40, 191; BGH NJW 1995, 3333; OLG Celle StV 1987,288;.

³⁴ RGSt 43, 189; BGHSt 21, 72; BGHSt 22, 297, 300; BGH NStZ 1995, 143; BayObLG MDR 1994, 1235; Hilger NStZ 1983, 341; aA mit beachtlichen Gründen - die Rechte des potentiellen Zuhörers sind obj. und subj. verletzt, das öffentli-

klare Verletzung der Vorschriften über die Verfahrensöffentlichkeit stellt nach jüngerer Rechtsprechung des BGH *nur dann* einen absoluten Revisionsgrund dar, wenn nicht bereits denkgesetzlich ausgeschlossen ist, dass das Urteil auf dem Verstoß beruht³⁵. Überdies liegt nach herrschender Meinung nur einen *relativen Revisionsgrund* vor, wenn öffentlich verhandelt wurde, obwohl die Öffentlichkeit kraft Gesetzes ausgeschlossen war; allein die unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit führt zu einem absoluten Revisionsgrund, nicht aber deren unzulässige Erweiterung³⁶.

II. Öffentlichkeitsgrundsatz und Absprachen in der bisherigen Rspr.

Bisher hat kein Senat des Bundesgerichtshofs seine Entscheidung darauf gestützt, dass bereits die fehlende Öffentlichkeit bei Vorgesprächen für eine verfahrensbeendende Absprache oder - entgegen den Vorgaben von BGHSt 43, 195 ff – die unterbliebene Einführung und Protokollierung in der Hauptverhandlung einen Verstoß gegen § 169 GVG darstelle und entsprechend gemäß § 338 Nr. 6 StPO – oder zumindest § 337 StPO – revisibel sei. In der Rechtsprechung aller Senate des Bundesgerichtshofs gibt es hingegen obiter dicta zu dieser Frage (siehe dazu unten II.2.-4.).

1. Formale Betrachtungsweise (Kammer des 1. Senats des BVerfG, 5. Strafsenat)

In einer früheren Kammerentscheidung³⁷, bei der allerdings nicht klar ist, ob spezifisch die Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes gerügt wurde, hat das BVerfG in einer außerhalb der Hauptverhandlung getroffenen Absprache keine Verletzung des Rechtsstaatsprinzips gesehen. Prüfungsmaßstab war hier das Recht des Angeklagten auf ein faïres, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz). Die Entscheidung betont maßgeblich die Notwendigkeit der Ermittlung des wahren Sachverhalts in der Hauptverhandlung, sowie die Verwirklichung des materiellen Schuldprinzips. Keine Rolle für die Entscheidung spielten hingegen das Recht der Allgemeinheit auf Teilnahme am Verfahren und der Gedanke der Kontrolle der Gerich-

che Vertrauen in die Justiz gefährdet - Dahs GA 1976, 353, 356 ff; Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozeß, 6. Aufl. (2000), Rdnr. 198; Kohlmann JA 1981, 582; Roxin, StrafprozessR, § 4 5 C 1.

³⁵ Vgl. etwa BGH NJW 1996, 138, wenn während des Ausschlusses der Öffentlichkeit ein Hinweis nach § 265 StPO zu einem später nach § 154a StPO ausgeschiedenen Tatteil gegeben wird.

³⁶ BGHSt 10, 206; BGHSt 23, 85; BGHSt 23, 178; so schon RGSt 1, 324; 652; RGSt 4, 286; Meyer-Goßner § 338 Rdnr. 47; KK/Kuckein § 138 Rdnr. 84; bzgl. § 169 Satz 2 GVG anders LR/Hanack § 338 Rdnr. 105 ff; anderer Auffassung auch Roxin JZ 1968, 805; Festschrift für Peters S. 404; NStZ 1989, 377; Eberhard Schmidt NJW 1968, 804; Beulke Strafprozessrecht Rdnr. 576. Dies soll hier - mangels Relevanz für die Absprachenproblematik - nicht vertieft werden.

³⁷ Beschl. vom 27. Januar 1987 - 2 BvR 1133/86 = NStZ 1987, 419.

te durch die Allgemeinheit. Lediglich am Rande fand Art. 3 Abs. 1 GG in Form des allgemeinen Willkürverbots als weiterer Prüfungsmaßstab Erwähnung. Diese ersichtlich fallbezogene und nicht grundsätzlich angelegte Rechtsprechung dürfte jedoch nach dem Urteil des BVerfG³⁸ zur Fernsehübertragung von Hauptverhandlungen überholt sein, weil danach gerade auch das Öffentlichkeitsprinzip zum Kontrollmaßstab des Art. 20 Abs. 3 GG gehört (s.o.).

Der 5. Strafsenat hat in einer Entscheidung³⁹, die zeitlich vor BGHSt 43, 195 ff liegt, ausgeführt, dass in einem Gespräch, welches der Vorsitzende mit den Verteidigern außerhalb der Hauptverhandlung geführt hatte, ohne die Staatsanwaltschaft zu beteiligen, kein Verstoß gegen § 169 GVG zu sehen sei. In dem konkreten Gespräch hatte der Vorsitzende erläutert, dass für den Fall, dass die Angeklagten ein kurzes Geständnis abgeben würden, eine bestimmte von ihm genannte Strafen verhängt würde. Dem 5. Strafsenat zufolge ist darin kein Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz zu sehen, weil sich dieser nur auf die Vorgänge in der Hauptverhandlung im Sinne der §§ 226 - 275 StPO beziehe⁴⁰. Überdies bewertete der Senat die Erklärung des Vorsitzenden als reine Wissenserklärung und ging deshalb nicht von einer bindenden Absprache aus. Eine solche hätte er nur angenommen, wenn durch die Mitteilung des Ergebnisses einer Zwischenberatung des Gerichts ein besonderer Vertrauenstatbestand geschaffen worden wäre. Inwieweit diese kategorische Aussage noch Geltung beansprucht ist unsicher⁴¹.

2. Substantielle Betrachtungsweise (4. Strafsenat)

Der 4. Strafsenat hat in seiner Entscheidung in BGHSt 43, 195 ff. - in nicht tragenden⁴² Ausführungen - Verfahrensgrundsätze für Absprachen aufgestellt. Er formulierte eindeutig, dass verbindliche Absprachen, die außerhalb der Hauptverhandlung getroffen und nicht in dieser - hinsichtlich des Inhalts der Gespräche und des Ergebnisses - offen gelegt werden, gegen § 169 GVG verstoßen⁴³. Zur Begründung verweist der 4. Strafsenat auf den -

³⁸ BVerfG a.a.O.

³⁹ BGHSt 42, 46 ff. = BGH NJW 1996, 1763 = BGH NStZ 1996, 448.

⁴⁰ In der Literatur in diesem Sinne Jähnke, in: Absprachen im Strafprozeß - ein Handel mit der Gerechtigkeit? (1987), S. 151; Peter Cramer, FS f Rebmann (1989), S. 149; Baumann, NStZ 1987, 157, 158.

⁴¹ Der 5. Strafsenat hat sich zwischenzeitlich einmal in allgemeiner Form die Maßstäbe der Grundsatzentscheidung des 4. Strafsenats zueigen gemacht. Danach habe eine Absprache in wesentlichen Punkten den von der Rechtsprechung aufgestellten Verfahrensgrundsätzen widersprochen, weil diese ersichtlich nicht in der Hauptverhandlung stattgefunden habe, BGHSt 45, 51 ff = BGH NJW 1999, 2449 = BGH StV 1999, 412.

⁴² Die fragliche Urteilsabsprache hatte vollständig in öffentlicher Hauptverhandlung stattgefunden, vgl. BGHSt 43, 195, 196.

⁴³ BGHSt 43, 195, 205 f; in der Literatur zuvor bereits Schmidt-Hieber StV 1986, 355 f; Widmaier StV 1986, 357, 359; Hanack StV 1987, 500, 503; Schäfer DRiZ 1989, 294.

allgemein anerkannten (s. o.) - Zweck des Öffentlichkeitsgrundsatzes: Dieser wolle das Informationsinteresse der Allgemeinheit und die Kontrolle der Justiz gewährleisten und dadurch das Vertrauen in die Rechtsprechung fördern. Werde eine Absprache aus der öffentlichen Hauptverhandlung hinaus verlagert, so werde die Hauptverhandlung zur bloßen Fassade, die jeden Einblick der Öffentlichkeit in die Grundlagen des Urteils verhindere. Weiter gewährleiste die Öffentlichkeit auch die notwendige Einbeziehung aller Verfahrensbeteiligten. Der *Senat* äußert sich hingegen nicht explizit dazu, ob die Nichteinführung einer Urteilsabsprache auch zu einem absoluten Revisionsgrund gem. § 338 Nr. 6 StPO führen kann.

3. Unklare bisherige Position der übrigen Strafsenate

Die übrigen Senate des Bundesgerichtshofs haben nicht explizit Stellung bezogen. Jedenfalls wurde anerkannt, dass heimliche bzw. vertrauliche Absprachen, gar unter Ausschluss eines Teils der Prozessbeteiligten, eine *Umgehung* des Öffentlichkeitsgrundsatzes darstellen⁴⁴ und von daher bedenklich sind. Eine Unterrichtung der Verfahrensbeteiligten über die außerhalb der Verhandlung geführten Gespräche sei deshalb grundsätzlich erforderlich⁴⁵, jedenfalls wenn die Absprache bindenden Charakter bekommen solle⁴⁶, da nach der Rechtsprechung aller Strafsenate – im Anschluß an BGHSt 43, 195 ff - deren Protokollierung notwendig ist.

4. Das Urteil des 3. Strafsenats vom 19. August 2004

Der 3. *Strafsenat* hat sich nunmehr – wohl tragend – dahin geäußert, dass die Nichteinführung von Urteilsabsprachen, die außerhalb der Hauptverhandlung getroffen und entgegen den Vorgaben von BGHSt 43, 195 nicht in die Verhandlung eingeführt wurden, jedenfalls nicht „den Öffentlichkeitsgrundsatz im Sinne des § 338 Nr. 6 StPO“⁴⁷ verletzt, weil die Öffentlichkeit im Sinne der vom 5. Strafsenat zutreffend gegebenen, am Wortlaut des

⁴⁴ BGHSt 37, 298, 304; die Revision der Staatsanwaltschaft hatte mit einer Rüge nach § 338 Nr. 3 StPO Erfolg.

⁴⁵ BGHSt 37, 99, 103.

⁴⁶ BGH StV 1999, 407; BGH NStZ 2001, 555; BGH StV 2001, 554; BGH, Beschl. vom 5. August 2003 - 3 StR 231/03 geht sogar noch weiter und verlangt die Offenlegung von Gesprächen, bzgl. derer der Vorsitzende davon ausging, man habe noch keine Einigung über Umfang des Geständnisses und das Ausmaß der Belastung des Angeklagten erzielt, um eine Klarstellung herbeizuführen; der Senat fordert insoweit ein Vorgehen des Verteidigers nach § 238 Abs. 2 StPO; dies jedoch nur deshalb, weil sich der Angeklagte auf den von ihm so verstandenen Inhalt der Absprachen berufen wollte.

⁴⁷ Der 3. Strafsenat war laut mündlicher Urteilsbegründung des Vorsitzenden nach kollegialer Konsultation der (jetzigen) Mitglieder des 4. Strafsenats der Auffassung, dieser Senat habe in BGHSt 43, 195 ff nicht den Öffentlichkeitsgrundsatz im streng strafprozessual-rechtsdogmatischen Sinn der §§ 338 Nr. 6 StPO, 169 GVG i. V. m. §§ 226 ff StPO gemeint, sondern nicht durch die Vorschriften über die Öffentlichkeit im Sinne des § 338 Nr. 6 StPO abgesicherte Leitidee der Transparenz der Hauptverhandlung, vgl. BGH StV 2004, 639.

Gesetzes (§§ 226 bis 275 StPO) orientierten, engen Definition nicht verletzt ist, wenn die beanstandete Absprache gerade außerhalb der Hauptverhandlung stattgefunden hat. Das könne zwar zur Unwirksamkeit der Absprache führen oder von der an den Vorgesprächen nicht beteiligten Seite zum Gegenstand von Ablehnungsgesuchen gemacht werden. Ein solcher Verstoß rechtfertige jedoch selbst unter dem Gesichtspunkt des Einflusses, den eine Verständigung auf das weitere Verfahren „haben darf“ (!) nicht die Subsumtion unter § 338 Nr. 6 StPO; denn das Gericht bleibe stets verpflichtet, die Richtigkeit des Geständnisses zu überprüfen, eine zutreffende rechtliche Würdigung vorzunehmen und ungeachtet einer Höchststrafenvereinbarung später ein materiell-rechtlich zutreffendes und unter Berücksichtigung aller Umstände vertretbares Urteil zu fällen. Vergleichbare Vorgänge – etwa die Erteilung eines richterlichen Hinweises außerhalb der Hauptverhandlung entgegen § 265 StPO oder die Beweisaufnahme entgegen § 261 StPO – begründeten ebenfalls nur die spezifischen Gesetzesverstöße, ohne dass der absolute Revisionsgrund der Verletzung der Öffentlichkeit eingreife⁴⁸.

5. Weitergehende Position der Literatur

Stimmen in der Literatur⁴⁹ haben von jeher den Anwendungsbereich des § 169 Satz 1 GVG nicht von der richterlichen Zuordnung eines Vorgangs zu den Verfahrensabschnitten, sondern allein von der Sache selbst abhängig gemacht; für das Strafverfahren sei daher der Inbegriff der Verhandlung im Sinne des § 261 StPO maßgeblich. Was wegen des Unmittelbarkeitsprinzips in der Hauptverhandlung stattfinden muss, müsse gleichfalls der Kontrolle der Öffentlichkeit unterworfen werden, so dass es zu einem Gleichlaufen der Anwendungsbereiche der §§ 261 StPO und 169 GVG komme⁵⁰. Im Unterschied zur Ansicht des 4. *Strafsenats* wird hier eine nachträgliche Offenlegung der Absprache, insbesondere bloß des Ergebnisses, als nicht ausreichend angesehen. Der Aushandlungsvorgang selbst sei ebenso wichtig wie dessen Ergebnis, auch ersterer müsse deshalb der Kontrolle der Öffentlichkeit unterliegen. Das Gebot der Überprüfbarkeit aller für das Urteil wesentlichen Verfahrensabschnitte schließe es aus, nur deren Ergebnis einzuführen. Ohne Kenntnis der Hintergründe bleibe den Zuhörern verborgen, was die Beteiligten zu diesem Schritt bewogen habe⁵¹. Allein durch Beobachten der Absprachekommunikation, welche bei Absprachen regelmäßig die Beweisaufnahme substituieren, könne geklärt werden, ob nicht nur das Ergebnis, sondern auch der Weg dorthin angemessen angelaufen sei⁵². Die Informationsbasis der Öffentlichkeit müsse dieselbe sein, wie die des Gerichts bei der Entscheidungsfindung⁵³. Nicht zuletzt deshalb, weil

⁴⁸ Zu alledem BGH StV 2004, 639.

⁴⁹ Schünemann, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag München 1990, S. B 88 ff.; Rönnau, Die Absprache im Strafprozess (1990), S. 165 ff.; Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung (1993), S. 154 ff.

⁵⁰ Schünemann a. a. O. B 89; Siolek, a. a. O., S. 159.

⁵¹ Siolek a. a. O. S. 158.

⁵² Schünemann a. a. O. B 88/89.

⁵³ Rönnau a. a. O. S. 167.

der Beweiswert eines Geständnisses und dessen Gewicht für die Strafzumessung von der Art des Zustandekommens abhängen, müsse der Vorgang, wenn er vom Gericht gesteuert werde, als Teil der Hauptverhandlung unter der Kontrolle der Öffentlichkeit ablaufen⁵⁴.

6. Stellungnahme

Nach der hier vertretenen Auffassung ist der in BGHSt 43, 195 ff unvollständig zum Ausdruck gekommene Grundsatz, dass Urteile auf der Basis von Urteilsabsprachen, die nicht zumindest mit vollständigem Inhalt und mit Angaben zu ihrem Zustandekommen in die Hauptverhandlung eingeführt (und protokolliert) werden, gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG) verstoßen, dahingehend zu ergänzen und zu präzisieren, dass aus einem derartigen Verstoß regelmäßig der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO folgt.

a) Mangelnde Praktikabilität und fehlendes rechtliches Erfordernis einer weitergehenden Öffentlichkeit bzw. Offenlegung der Absprache

Der weitergehenden Auffassung in der Literatur, nach der der gesamte Absprachevorgang in der Hauptverhandlung stattfinden soll⁵⁵ bzw. dort zu wiederholen – gewissermaßen nachzuspielen – sei, kann nicht zugestimmt werden. Das direkt in der Hauptverhandlung stattfindende Verständigungsgespräch, welches in eine protokollierte Absprache über eine Höchststrafe mündet, würde zwar in optimaler Weise dem Informations- und Kontrollbedürfnis der Öffentlichkeit Rechnung tragen. Andererseits kann sich diese Rechtsauffassung, nur auf eine erweiternde, den Wortlaut des § 169 GVG transzendierende teleologische Auslegung im Zusammenhang mit den gesetzlich nicht geregelten Urteilsabsprachen stützen (s. u.). Soweit es vor dem Hintergrund des extralegalen Charakters der grundsätzlich außerhalb der Hauptverhandlung ausgehandelten Urteilsabsprachen zur Sicherung des Normzwecks des § 169 GVG unbedingt erforderlich ist, kann die Öffentlichkeit der Absprachen verlangt werden. Deren komplette Durchführung in der Hauptverhandlung oder die nachträgliche Einführung sämtlicher Verständigungsgespräche ist indes – verglichen mit dem Informationsstand in einer streitigen Hauptverhandlung – weder zur Information der Saalöffentlichkeit noch zur Gewährleistung der medial vermittelten Kontrolle der Justiz notwendig. Auch unabhängig von Absprachesachverhalten erfährt die Öffentlichkeit von einem beträchtlichen Teil der maßgeblichen Vorgänge für die Entscheidungsfindung nichts. Es kann daher keine Rede davon sein, dass die Entscheidungsgrundlage des Gerichts der Saalöffentlichkeit in vollem Umfang bekannt sein müsse⁵⁶.

BGHSt 43, 195 ff widerspricht zu Recht – im Hinblick auf das Rechtsgespräch⁵⁷ und die Fühlungsname zwischen den Verfahrensbeteiligten⁵⁸ – dem Postulat, in der Hauptverhandlung müsse alles offen gelegt werden bzw. die Verständigungsgespräche müssten komplett dort stattfinden. Das ist schon deshalb nicht zwingend, weil vor der Hauptverhandlung zulässige Verständigungsgespräche auch zur Sachentscheidung – man denke etwa an solche, die von § 153a StPO vorausgesetzt werden – selbstverständlich ohne Öffentlichkeit stattfinden dürfen (und müssen). Absprachegespräche auch nach Beginn und außerhalb der Hauptverhandlung sind deshalb – und weil es schlicht keine Vorschrift gibt, die sie verböte – grundsätzlich zulässig⁵⁹, ohne dass die tatsächlich⁶⁰ nicht zu einer bindend vereinbarten Urteilsabsprache führenden Gespräche als solche eingeführt werden müssten. Zulässige Themen für solche Gespräche sind unstrittig alle denkbaren Fragen des Verfahrensablaufs, einschließlich der (teilweisen) Verfahrensbeendigung nach den §§ 153 II, 153a II, 154, 154a StPO, sowie eine Einigung über sachgerechte weitere Antragsstellung und Beweisaufnahme⁶¹. Sogar die Einleitung von Verständigungsgesprächen „über eine zügige Erledigung der... Verfahren“ außerhalb der Hauptverhandlung scheint nicht einmal nach Auffassung des 3. Strafsenats grundsätzlich ausgeschlossen⁶². Wenn aber all dies unstrittig zulässig ist, wird man auch unverbindliche Verhandlungen über die konkret zu erwartende strafmildernde Wirkung eines (Teil-) Geständnisses des Angeklagten zulassen müssen, zumal Verfahrensbeschränkungen nach den §§ 154, 154a StPO – die unstrittig Absprachegegenstand sein können – in der Praxis nicht selten einer Strafmilderung gleichkommen oder jedenfalls in einem untrennbaren Verhältnis zur Gesamtstrafverurteilung stehen⁶³. Auch Gespräche

lage des Schuldspruchs vor der Urteilsverkündung zu erkennen. Sie bleibt über den Stand des Verfahrens im Dunkeln. Auch Befangenheitsgesuche gem. § 24 Abs. 2 StPO gegen erkennende Richter können während der laufenden Hauptverhandlung ohne weiteres schriftlich bei der Geschäftsstelle des Gerichts gestellt werden (§ 26 Abs. 1 Satz 1 StPO); die Saalöffentlichkeit erfährt hiervon allenfalls durch die Verkündung des Gerichtsbeschlusses gem. § 28 StPO; soweit außerhalb der Hauptverhandlung ein völlig anderer Spruchkörper entscheidet (§ 27 Abs. 2 und 3 StPO), kommt auch eine bloße Zustellung an die Prozeßbeteiligten in Betracht (§ 35 Abs. 2 StPO).

⁵⁷ Vgl. BVerfG - Kammer - NJW 1987, 2662; BGHSt 42, 47 f; BGHSt 43, 212, 215; BGH StV 2001, 556

⁵⁸ BGH, Beschl. vom 4. Mai 1977 - 3 StR 93/77; BGH NStZ 1985, 36, 37; BGH StV 1988, 417, 418 m.w.N.

⁵⁹ BGH StV 1984, 449; BGH StV 1988, 417; BGH StV 1989, 336.

⁶⁰ Anders der Sachverhalt bei BGHSt 37, 298 ff insb. 303/304: „nach außen hin unverbindlich“.

⁶¹ So auch der zu diesem Zeitpunkt die Zulässigkeit von Urteilsabsprachen grundsätzlich in Frage stellende 3. Strafsenat: BGHSt 37, 298, 305.

⁶² Vgl. BGHSt 37, 98, 103; s. a. Siolek a. a. O. S. 155/156; Böttcher/Widmaier JR 1991, 353, 356; Zschockel NStZ 1991, 305, 309.

⁶³ Vgl. Böttcher/Widmaier a. a. O. S. 356: Die Staatsanwaltschaft hatte insofern in der Regel Vorstellungen; eine Einstellung ist für sie eigentlich nur möglich, wenn das Gericht zu erkennen gibt, wie sich voraussichtlich die Straferwartung bei einer Stoffbeschränkung im Vergleich zu der Straferwartung

⁵⁴ Schünemann, Gutachten B zum 58. Deutschen Juristentag München 1990, S. B 88 ff.

⁵⁵ Rönnau, Die Absprache im Strafprozess (1990), S. 169; Schünemann, a.a.O.

⁵⁶ Es ist etwa ohne weiteres möglich, zentrale Urkunden, auf deren Inhalt die Verurteilung des Angeklagten beruht, im Selbstleseverfahren (§ 249 Abs. 2 StPO) einzuführen. In diesem Fall hat die Saalöffentlichkeit keinerlei Möglichkeit, die Grund-

über eine Einstellung gegen Auflagen (§ 153a II StPO) kommen inhaltlich der Urteilsabsprache nahe. Zudem haben nach den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, Gespräche außerhalb der Hauptverhandlung nicht einmal die begrenzte, in BGHSt 43, 195 ff postulierte, rechtliche Bindungswirkung, solange das Gericht nicht in einer Zwischenberatung den Abspracheinhalt gebilligt hat und dieser in der Hauptverhandlung eröffnet und protokolliert wurde⁶⁴. Solange die Gespräche aber für sich betrachtet unverbindlich und ohne rechtliche Konsequenzen sind⁶⁵, besteht kein essentielles Informationsbedürfnis der Saalöffentlichkeit, welches die ausweitende Auslegung der §§ 169 GVG, 338 Nr. 6 StPO rechtfertigen könnte. Praktische Gründe werden überdies stets - außer in ganz einfach gelagerten Fällen - verhindern, dass der vollständige Verlauf von außerhalb der Hauptverhandlung geführten Gesprächen nachträglich in die Hauptverhandlung eingeführt werden können.

Gegen die Führung der kompletten Verständigungsgespräche in der Hauptverhandlung spricht die im Regelfall gleich zu Beginn erwartete - zumindest konkludent geäußerte - grundsätzliche Erklärung der Verteidigung, dass der Angeklagte zumindest zu Teilen des Anklagevorwurfs eine geständige Einlassung machen werde, wenn die Strafe einen bestimmten Umfang nicht überschreite. Dass eine solche Bereitschaft der Verteidigung u. U. bestehen könnte - was einer effektiven Freispruchsverteidigung praktisch bereits den Boden entzieht - geht für die Prozessbeteiligten in der Regel bereits daraus hervor, dass der Verteidiger sich solche Vorschläge anhört. Wenn solche Gespräche in öffentlicher Verhandlung stattfinden müssten, würde sich der Angeklagte - auch wenn die Gespräche durch den Verteidiger geführt werden - einer Vorverurteilung durch die Saalöffentlichkeit aussetzen, ohne dass zu diesem Zeitpunkt eine wie auch immer geartete Sicherheit bestünde, dass es zu einer Absprache kommt und diese umgesetzt wird. Gesprächsbeiträge des Angeklagten, gegebenenfalls auch Äußerungen, die der Verteidiger in seinem Einverständnis abgibt, würden überdies im Falle des Scheiterns der Verständigungsbemühungen, der Beweiswürdigung des Gerichts (§ 261 StPO) unterliegen, da sie als Äußerungen der Prozeßbeteiligten zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehören. Naturgemäß würden sie Indizien zur Verurteilung liefern. Da der BGH bisher nicht einmal im Falle eines Geständnisses, welches auf einer fehlgeschlagenen Absprache beruht, ein Beweisverwertungsverbot anerkennt, dürfte er dies in Bezug auf Äußerungen, denen noch keine Absprache zugrunde liegt, erst recht nicht

ohne Stoffbeschränkung verhalten wird; dabei kann auch die Frage des Geständnisses häufig nicht außen vor bleiben: Aus der Sicht der Staatsanwaltschaft dürfte es für die Anwendung der §§ 154, 154a StPO auch darauf ankommen, welche Auswirkungen sie auf den Verlauf der Hauptverhandlung bzw. des Verfahrens hat; dies hängt wesentlich vom Einlassungsverhalten des Angeklagten ab.

⁶⁴ BVerfG StV 2000, 3; BGH, Urt. v. 28. Mai 1998 - 4 StR 17/98; BGH NJW 1998, 3654; BGH StV 2001, 554; BGH NJW 2003, 1404; BGHR StPO vor § 1/aires Verfahren Vereinbarung 14; BGH, Beschl. v. 5. August 2003 - 3 StR 231/03.

⁶⁵ Vgl. insb. BGH StV 2001, 554.

tun⁶⁶. Unabhängig davon, ob das Gericht formal - etwa auch im Rahmen der Urteilsgründe - auf die im Rahmen von gescheiterten Verständigungsgesprächen öffentlich angedeutete Geständnisbereitschaft zurückgreift, mag hier jedenfalls die öffentliche Begründung eines mangels Beweisen freisprechenden Urteils (§ 173 Abs. 1 GVG) besonders schwer fallen⁶⁷. Überdies kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die - über unverbindliche Sondierungsgespräche normalerweise zunächst nicht unterrichteten - Schöffen derartige Verteidigeräußerungen mit zur Grundlage ihrer Sachentscheidung in der Schuldfrage machen, selbst wenn ihnen seitens der Berufsrichter signalisiert worden ist, das sei rechtlich nicht akzeptabel. Durch die Berichterstattung über das Verfahren in den Medien, insbesondere in Rundfunk und Fernsehen würde die Gefahr einer Vorverurteilung durch die Öffentlichkeit potenziert⁶⁸. Je eingehender die öffentliche Erörterung von Umständen aus der persönlichen Sphäre im Rahmen der Absprache erfolgt - die in der Hauptverhandlung unter Umständen auch unter dem Gesichtspunkt der §§ 244 Abs. 2, 261 StPO⁶⁹ nicht in derselben Breite erforderlich ist - desto größer ist auch die Gefährdung der Resozialisierung des Angeklagten⁷⁰.

Eine Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes kann schon begrifflich nicht vorliegen, wenn noch unverbindliche Gespräche bzw. Verhandlungen, die auf eine konsensuale Erledigung des Verfahrens abzielen, gar nicht in der Hauptverhandlung hätten stattfinden können, weil diese, unmittelbar nach dem Eröffnungsbeschluß, noch nicht begonnen hat. Gerade in umfangreichen Verfahren ist die Anbahnung einer in der Hauptverhandlung zu schließenden Vereinbarung im Rahmen der Terminierungsgespräche nicht ganz selten⁷¹. In diesem Zusam-

⁶⁶Vgl. BGHSt 42, 191 ff; BGH NJW 2004, 1396; Meyer-Goßner, Einl. 119g m.w.N. Für ein Verwertungsverbot bei Verletzung von Verfahrensrechten des Angeklagten Kuckein, FS f Meyer-Goßner, S. 71; vgl. Köbel NSTZ 2003, 232.

⁶⁷ Weitergehend hält Widmaier, StV 1986, 357, 359, einen Freispruch auch nach inoffiziell nur durch den Verteidiger angedeuteter Geständnisbereitschaft praktisch für ausgeschlossen; eine derartige Haltung der Gerichte mag zwar menschlich verständlich sein, hätte jedoch rechtlich keinerlei Grundlage.

⁶⁸ vgl. LR/Wickern GVG vor § 169 Rdnr. 12, 13, 16 ff.

⁶⁹ Es werden im Rahmen der Gespräche häufig von Seiten des Angeklagten oder von Seiten der Justiz, tatsächliche Umstände benannt, Einschätzungen zur Sach- und Rechtslage geäußert, Bedingungen gestellt, Vorschläge gemacht und Handlungsalternativen aufgezeigt werden, die weil sie sich als unzutreffend bzw. nicht beweisbar herausstellen, keinen Konsens der Beteiligten finden, rechtlich oder tatsächlich nicht umsetzbar sind, keinen Eingang in die Urteilsabsprache finden. Sie bleiben gewissermaßen „moot“ und gehören auch nicht in das auf die Verständigung aufbauende Urteil. Dennoch können die diesbezüglichen vertraulichen Äußerungen geeignet sein, ein - möglicherweise völlig unzutreffendes - das Ansehen des Angeklagten schmälernendes Bild hervorzurufen.

⁷⁰ LR/Wickern GVG vor § 169 Rdnr. 12.

⁷¹ Vgl. den Sachverhalt von BGHSt 37, 298 ff; Böttcher/Widmaier JR 1991, 353; andererseits wird es sich aus Verteidigersicht unter Umständen anbieten, zunächst streitig zu verhandeln, um die eigene Verhandlungsposition nicht zu früh zu schwächen und dem Gericht zu signalisieren, daß die Überführung des Angeklagten in „streitiger“ Hauptverhandlung

menhang besteht wegen der häufig starken Belastung und der notwendigen effektiven Zeitplanung der Spruchkörper durchaus ein sachliches Bedürfnis, schon zu einem möglichst frühen Zeitpunkt die ungefähren vorläufigen Standpunkte von Staatsanwaltschaft, Verteidigung und Gericht auszuloten. Gerade in Wirtschaftsstrafverfahren, bei denen bereits im Ermittlungsverfahren intensiv verteidigt wird, findet die Hauptverhandlung zumeist nicht in luftleerem Raum statt, sondern schließt sich an Rechtsgespräche, dem Austausch der beiderseitigen Vorstellungen bzgl. des Verfahrensergebnisses und möglicherweise auch an einen vorläufigen (Teil-)Konsens an. In solche Gespräche muss man das erkennende Gericht – im Hinblick auf denkbare Verfahrensbeschränkungen, Verfahrensabtrennungen, Terminierungen etc. – einbeziehen können, ohne dass dies zu einer Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes führt.

b) Nichtöffentlichkeit von Absprachen als absoluter Revisionsgrund?

Vor dem Hintergrund des Urteils des 4. Strafsenats, dessen Grundsätze bisher von allen Strafsenaten akzeptiert wurden, erscheint ein absoluter Revisionsgrund bei Nichteinführung einer bindenden Urteilsabsprache nahezu zwingend, jedenfalls wenn man gedanklich den Entstehungszusammenhang und die Einbettung der dort getroffenen Ausführungen zum Öffentlichkeitsgrundsatz berücksichtigt: Es handelt sich bei BGHSt 43, 195 ff um das erste höchstrichterliche Judikat, das ausdrücklich und grundsätzlich anerkennt, dass Urteilsabsprachen – nach dem Muster Geständnis gegen milde Strafe – mit dem geltenden Verfahrensrecht vereinbar sind⁷². Diese "Konzession an die Verfahrenswirklichkeit"⁷³ verband der 4. Strafsenat jedoch mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass das deutsche Strafverfahrensrecht grundsätzlich vergleichsfeindlich ausgestaltet sei⁷⁴ und nutzte das Urteil, um – großteils im Wege des obiter dictum – Kriterien für Absprachen aufzustellen, deren Beachtung zur Rechtmäßigkeit führen kann⁷⁵. Dieser Sichtweise haben sich alle

allenfalls nach ausgedehnter Beweisaufnahme unter Beweis-schwierigkeiten mit dem entsprechenden Revisionsrisiko möglich sein wird; vielfach wird das Gericht nur dann den Beitrag des Angeklagten zur Verfahrensabkürzung und –vereinfachung und zur Herstellung des Rechtsfriedens, der auch in einem „abgesprochenen“ Geständnis liegt, zu würdigen wissen; vgl. Widmaier StV 1986, 357, 358.

⁷² Vgl. Pfister, DRiZ 2004, 178, 180; Weigend, in: 50 Jahre BGH - Festgabe aus der Wissenschaft (2000), Bd. IV, S. 1011, 1022 ff.

⁷³ Weigend a. a. O. S. 1022; vgl. auch Jahnke ZRP 2001, 574, 575; Pfister a. a. O. S. 180.

⁷⁴ BGHSt 43, 195, 203; vgl. auch Pfister DRiZ 2004, 178, 179.

⁷⁵ Der 4. Strafsenat betont, dass die Verständigung jeweils in ihrer konkreten Ausgestaltung an den unverzichtbaren Prinzipien des Verfahrensrechts und des materiellen Strafrechts zu messen ist und sowohl hinsichtlich ihres Zustandekommens als auch bezüglich ihres Inhalts diesen Grundsätzen genügen muss; diese Grundsätze formuliert er sodann als Ausdruck des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten allgemeinen Rechts des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren in den Ausprägungen, die es in den Verfahrensgrundsätzen des Strafprozessrechts gefunden habe; BGHSt 43, 195, 203/204.

anderen Strafsenate angeschlossen⁷⁶. Es handelt sich um Mindestbedingungen. Über diesen Rahmen hinausgehende Formen der Verständigung sind deshalb in aller Regel nicht mit geltendem Recht vereinbar⁷⁷.

Der BGH hatte bereits vor BGHSt 43, 195 ff mehrfach festgestellt, dass nicht bindende, eine Verständigung lediglich anbahnende Gespräche bzw. Rechtsgespräche, die reine Wissenserklärungen des Gerichts über die zu erwartende Strafe beinhalten, auch außerhalb der Hauptverhandlung zwischen (einzelnen) Richtern und (einzelnen) Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nicht zu beanstanden seien⁷⁸; hieran war der 4. Strafsenat zumindest faktisch gebunden.

Vor diesem Hintergrund erscheinen die Vorgaben des 4. Strafsenats zur Offenlegung der Absprache als erreichbares und zugleich absolutes Minimum an Verfahrensöffentlichkeit. Der 4. Strafsenat war sich bei seinem Urteil sicherlich bewusst, dass Geschehnisse, die formal außerhalb der Hauptverhandlung stattfinden, nach unstrittiger Auffassung nicht zum Regelungsgegenstand der §§ 169, 338 Nr. 6 StPO gehören. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Senat den Sachverhalt präzise umschreibt – Hinausverlagerung der Absprache aus der öffentlichen Hauptverhandlung, nicht etwa Entfernung der Zuschauer – und im Übrigen seine Rechtsauffassung mit substantiellen Erwägungen zum Sinn und Zweck des Öffentlichkeitsprinzips unterlegt⁷⁹. Damit steht u. E. fest, dass sich der Senat für Absprachensachverhalte bewusst von einer rein formalen Betrachtungsweise entfernt (oder sich höchst missverständlich geäußert) hat.

Der 3. Strafsenat ignoriert in seiner neuen Entscheidung, dass eine Urteilsabsprache, die sieben Jahre nach der unmissverständlichen (und insoweit unstrittigen) Grundsatzentscheidung BGHSt 43, 195 nicht zur Gänze in die Hauptverhandlung eingeführt wird, im Regelfall nicht bloß aus Unsicherheit, Saumseligkeit oder Gleichgültigkeit der Verfahrensbeteiligten, der Kenntnis der Verfahrensöffentlichkeit entzogen wird: Es ist unter Richtern, Staatsanwälten und Strafverteidigern bekannt, dass eine Verständigung nach dem Muster Geständnis gegen milde Strafe gerade dann völlig unbedenklich ist,

⁷⁶ BGH StV 1999, 407 [1. Strafsenat]; BGH NSTZ 1999, 571 [5. Strafsenat]; BGHSt 45, 312, 313; BGH StV 2001, 554 [2. Strafsenat]; BGH StV 2003, 544 [3. Strafsenat]; vgl. auch Pfister a.a.O., S. 180.

⁷⁷ Pfister a.a.O. S. 180/181; Kuckein, in: Festschr. für Meyer-Göfner (2001), S. 64/65; Kuckein/Pfister, in: BGH-Festschrift (2000), S. 641, 651 ff; vgl. auch Kintzi, JR 1998, 249, 250; Kintzi, Festschrift für Hanack (1999), S. 177 ff; dass die Verfahrenswirklichkeit vielfach (noch) anders aussehen mag (vgl. Schmitt, GA 2001, 411 ff) kann in einem Rechtsstaat und insbesondere vor dem Hintergrund der richterlichen Bindung an Gesetz und Recht (Art. 97 Grundgesetz) eigentlich nicht ernsthaft als Gegenargument taugen.

⁷⁸ BGHSt 38, 102, 104; vgl. auch BGH NJW 2000, 965 [2. Strafsenat]; BGHSt 42, 46, 47 ff [5. Strafsenat]; beide Senate scheinen eine derartige Vorgehensweise nicht nur für unbedenklich, sondern unter Umständen sogar für tunlich zu erachten; vgl. auch - zurückhaltender - BGHSt 43, 195, 203.

⁷⁹ BGHSt 43, 195, 205.

wenn sie in der Hauptverhandlung zumindest offen gelegt wird. Die meisten Verteidiger wissen, dass sie sich auf die Vereinbarung nur berufen können, wenn diese in der Hauptverhandlung protokolliert wurde; Richter und Staatsanwälte wissen, dass die Protokollierung sie – auch in der Revision - vor der Unterstellung schützt, sie hätten eine materiell rechtswidrige Absprache getroffen⁸⁰.

Ein vernünftiger Grund für die Nichtoffenlegung zumindest des vollständigen Ergebnisses einer Absprache kann daher heute allein darin gesehen werden, dass die Absprache zumindest aus der Sicht der Beteiligten den gesetzlichen – durch den BGH konkretisierten – Vorgaben nicht entspricht. Es liegt schon deshalb nahe, daß in der überwiegenden Zahl der Fälle, in denen tatsächlich dem Öffentlichkeitsgebot zuwider verfahren wurde, gerade solche inhaltlich rechtswidrigen Absprachen betroffen sind. Aus Sicht von Verteidigern und Angeklagten werden häufig Regelungen angestrebt, die nach der Rechtsprechung des BGH nicht zum Gegenstand einer Verständigung der Prozessbeteiligten gemacht werden dürfen⁸¹:

(1) So hat der BGH – weil die Entscheidung auf Tatsachen basieren und sich an den erzieherischen Bedürfnissen orientieren soll – schon lange die Vereinbarung der Anwendung von Jugendstrafrecht auf Heranwachsende gem. § 105 Abs. 1 JGG ausgeschlossen. Natürlich wird ein engagierter Verteidiger, dem die Systematik des JGG häufig weniger wichtig sein dürfte als eine schnelle Tatabklärung⁸², wenn er auf Seiten des Gerichts eine Verständigungsbereitschaft erkennt, eine entsprechende Absprache⁸³ treffen, um dem Mandanten die tiefgreifenden und vielfachen Vorteile⁸⁴ der – sachlich unberechtigten – Anwendung von Jugendstrafrecht zu sichern.

⁸⁰ Etwa eine schuldunangemessen milde Strafe in Aussicht gestellt, Vereinbarungen über Maßregeln der Besserung und Sicherung oder die Anwendung der Jugendstrafe getroffen.

⁸¹ Vgl. Kintzi, Festschrift für Hanack (1999), S. 177, 180/181; Baumann NStZ 1987, 158.

⁸² In diesem Zusammenhang kann zum Beispiel gelegentlich beobachtet werden, dass von mehreren heranwachsenden Angeklagten nur derjenige die Rechtswohlthat des § 105 Abs. 1 JGG erhält, der „umfassend zur Sache aussagt“ das heißt die Mitangeklagten belastet.

⁸³ Selbstverständlich wird es sich im Nachhinein und für Dritte – insbesondere das Revisionsgericht – allenfalls um eine vorläufige, nicht bindend gemeinte Prognose des erkennenden Gerichts auf der Basis des Inbegriffs der bisher durchgeführten Hauptverhandlung bzw. nach Aktenlage handeln.

⁸⁴ Insbesondere ist hier an die mildereren einheitlichen (§ 31 JGG) Sanktionen, insbesondere Auflagen und Weisungen (§§ 9-16 JGG), die vielfach geringere Dauer der Jugendstrafe nach Maßgabe des Erziehungsbedürfnisses (§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 2 JGG) mit der entsprechenden Höchststrafe (§ 105 Abs. 3 JGG) sowie deren einschränkende Voraussetzungen und Möglichkeit der Aussetzung der Verhängung der Jugendstrafe (§ 27 JGG), die einheitliche Strafe (§ 31 JGG). Hinzu kommt insbesondere die Möglichkeit der frühzeitigen Strafrestaussetzung zur Bewährung (§ 88 JGG).

(2) Ähnliches gilt für die abgesprochene Nichtverhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, insbesondere der Sicherungsverwahrung⁸⁵.

(3) Von besonderer Bedeutung für den Angeklagten, nicht aber für das erkennende Gericht, ist die Gestaltung von Strafvollstreckung und Strafvollzug, insbesondere der Zeitpunkt der Strafrestaussetzung, Ort und Umfeld des Vollzugs, die Vollzugsformen (offener oder geschlossener Vollzug) und die Verfügbarkeit von Vollzugslockerungen (insbesondere Freigang) sowie die allgemeine Gestaltung des Vollzugs. All dies darf nach der Rechtsprechung des BGH nicht zum Objekt einer Urteilsabsprache werden.

(4) Selbstverständlich ist auch die Vereinbarung des anzuwendenden – möglichst milden – Strafgesetzes unzulässig⁸⁶; es ist jedoch zumindest verblüffend, dass gelegentlich offen zu Tage liegende Qualifikationstatbestände etwa im Rahmen der §§ 177, 250 StGB übersehen werden. Häufiger wird dasselbe Ziel wohl über §§ 154, 154a StPO oder über ein „hermetisches“ Geständnis und den Verzicht auf jede weitere Beweisaufnahme erreicht.

Mithin besteht ein beträchtliches Kontrollbedürfnis. Zu Recht hat deshalb der 4. Strafsenat die Zulässigkeit der Urteilsabsprache - bewusst oder unbewusst - in den Zusammenhang einer erweiternden Auslegung der §§ 169 GVG, 338 Nr. 6 StPO bzw. der analogen Anwendung des § 169 GVG gestellt. Eine analoge Anwendung von Verfahrensvorschriften ist im Zusammenhang mit der gesetzesfremden Absprachenpraxis nicht fernliegend. Die dagegen zu erhebenden methodisch-dogmatischen Bedenken sind letztlich nicht gerechtfertigt. Dies zeigt auch die vom 4. Strafsenat gleichzeitig postulierte und inhaltlich damit zusammenhängende Pflicht, das Ergebnis der Absprache in die Sitzungsniederschrift aufzunehmen⁸⁷. Es lässt sich nur schwer behaupten, dass die Protokollierungspflicht bezüglich einer zunächst außerhalb der Hauptverhandlung getroffenen Absprache bereits aus der herkömmlichen Auslegung der §§ 272, 273 StPO folge; vielmehr hat der 4. Strafsenat die Absprache durch den Zwang ihrer Einführung erst zum Bestandteil der Hauptverhandlung und somit zur wesentlichen Förmlichkeit gemacht; ein überzeugenden Akt richterlicher Rechtsfortbildung. Darüber hinaus bedarf nach der neueren Rechtsprechung auch eine Abweichung von dem protokollierten Inhalt der Absprache aufgrund einer Änderung der Tatsachengrundlage oder der rechtlichen Würdigung des Gerichts eines nur durch Protokoll nachweisbaren Hinweises im Sinne des § 265 Abs. 1, 2 StPO. Auch insofern ist der BGH rechtsfortbildend tätig geworden. Zur Vermeidung einer planwidrigen Regelungslücke⁸⁸ und zur Gewährleistung der rechtsstaatlich erforder-

⁸⁵ Eine Absprache darüber ist laut BGH sogar im Falle einer Ermessensentscheidung verboten (§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 1 StGB), Beschl. vom 8. Februar 2005 - 3 StR 452/04, S. 4 m. w. N.; BGH NStZ-RR 2005, 39.

⁸⁶ Beschl. vom 8. Februar 2005 - 3 StR 452/04, S. 4 m. w. N.

⁸⁷ BGHSt 43, 195, 205 f.

⁸⁸ Angesichts der zitierten Ausführungen von BGHSt 43, 195 und der ganz überwiegenden Literaturlauffassung kann kaum

derlichen Transparenz und Kontrolle bei Urteilsabsprachen ist der Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG) entsprechend auf deren bindende Vereinbarung durch die Verfahrensbeteiligten während des Hauptverfahrens anzuwenden, egal in welchem Rahmen und in welcher Form die Vereinbarung erfolgt.

Die nur an Wortlaut und Systematik des überlieferten Strafprozessrechts orientierte Auslegung des § 169 GVG wird letztlich rechtsstaatlichen Erfordernissen nicht gerecht, denn sonst hätten es die Verfahrensbeteiligten selbst in der Hand, zu bestimmen, was Teil der Hauptverhandlung ist und was nicht. Der Anwendungsbereich des § 169 GVG darf jedoch nicht – abgesehen von den gesetzlich vorgesehenen Beschränkungsmöglichkeiten – von der richterlichen Deklaration eines Vorgangs als Teil der Hauptverhandlung abhängen⁸⁹. Ansonsten läge es in der Macht des Vorsitzenden, all diejenigen Bestandteile der Hauptverhandlung, die nicht schon aufgrund von § 261 StPO dem Urteil im Schuldspruch und Rechtsfolgenausspruch zugrunde zu legen sind, somit alles, was nicht Beweisaufnahme im engeren Sinne ist, aus der öffentlichen Hauptverhandlung und dem Sitzungssaal auszulagern und in seinem Dienstzimmer stattfinden zu lassen. Für die Öffentlichkeit verbliebe ein unverständlicher Torso von Verfahrensabläufen, dessen Unvollständigkeit jede Kontrolle durch die Öffentlichkeit vereiteln würde.

Der Senat begründet seine Entscheidung indessen damit, dass auch andere Urteile, denen Vorgänge mit urteilstragender Bedeutung außerhalb der Hauptverhandlung zu Grunde liegen (etwa ein privater Augenschein des Richters oder ein erforderlicher richterlicher Hinweis zu Rechtslage per Telefon), lediglich unter dem Gesichtspunkt des § 261 StPO rechtsfehlerhaft sind, auch wenn die Saalöffentlichkeit gleichermaßen nicht teilnehmen konnte. Mit einem Ausschluss der Öffentlichkeit sei dies nicht gleichzusetzen. Darüber hinaus sei die Bedeutung der Absprache für den weiteren Verlauf des Verfahrens und die Sachentscheidung nicht derart überragend, dass diesbezüglich ein qualitativer Unterschied zu anderen prozessual erheblichen Vorgängen gemacht werden könne: Gerade nach den in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Vorgaben von BGHSt 43, 195 ändere sich durch die Absprache am weiteren Verlauf der Hauptverhandlung – insbesondere an der zum Tatnachweis erforderliche Beweisaufnahme – nichts. Vielmehr müsse die weitere Hauptverhandlung entsprechend den Prozess-

zweifelhaft sein, dass es sich bei den Urteilsabsprachen um prozessuale Handlungen handelt, die in der historischen StPO keine Grundlage haben. Das Gesetz schweigt zu diesem Thema bis heute. Andererseits ist der Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgrundsatzes im Gesetz zwar scheinbar klar geregelt; jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die Sacheentscheidung aufgrund der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung im formalen Sinn (§§ 225 ff StPO) fällt. Die höchstrichterliche Anerkennung einer Urteilsabsprache mit (relativer) rechtlicher und (praktisch) faktischer Bindungswirkung für das Instanzgericht führt deshalb im Hinblick auf § 169 GVG zur Entstehung einer verdeckten Regelungslücke.

⁸⁹ Siolek, Verständigung in der Hauptverhandlung (1993), S. 155

grundsätzen und sonstigen Verfahrensvorschriften durchgeführt werden. Direkt auf der Absprache könne und dürfe das Urteil mithin gerade nicht beruhen, ein qualitativer Unterschied zu einzelnen Beweiserhebungen außerhalb der mündlichen Hauptverhandlung könne (bzw. dürfe) nicht bestehen.

Die vom 3. Senat vorgebrachten Argumente gegen das Vorliegen einer Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes überzeugen nicht. So steht der richterliche Hinweis auf die Veränderung der Rechtslage, den der Richter nicht in der Hauptverhandlung sondern lediglich telefonisch gibt, in keinerlei Zusammenhang mit dem Öffentlichkeitsgrundsatz. Die Hinweispflicht beruht auf der Sicherung der umfassenden Verteidigung des Angeklagten und dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs⁹⁰. Bei Verletzung dieser Pflicht ist das Verfahrensrecht verletzt. Der Grundsatz der Öffentlichkeit ist nicht tangiert, es besteht kein *besonderes* Informationsinteresse der Öffentlichkeit daran, welche weiteren Strafnormen der Richter zur Beurteilung des verhandelten Sachverhalts heranzuziehen gedenkt.

Das weitere Argument, auch wenn der Richter einen privaten Augenschein durchführe und diesen nicht in die Hauptverhandlung einführe, gleichwohl jedoch das Urteil auf diesen gründe, sei der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht verletzt (wohl aber das Verfahrensrecht gem. § 261 StPO) lässt ebenfalls keine Rückschlüsse auf die Behandlung verfahrensbeendender Absprachen zu. Für den privaten Augenschein des Richters mag das vom 3. Strafsenat in Bezug auf verfahrensbeendende Absprachen vortragene Argument Geltung erlangen: Der (private) Augenschein ist nur in Ausnahmefällen für das Urteil so erheblich, dass die Öffentlichkeit durch dessen Vorenthaltung beeinträchtigt wäre; das Beispiel wirkt konstruiert. Ohnehin kann die Saalöffentlichkeit nicht alle Beweisstücke in gleichem Umfang wie das Gericht in Augenschein nehmen. Der BGH geht überdies in ständiger Rspr. davon aus, dass die Öffentlichkeit gerade bei (auswärtigen) Augenscheinsterminen nicht zwingend Zutritt erhalten muss, etwa, wenn der Inhaber des Hausrechts trotz der Bitte des Vorsitzenden den Zutritt nur den Prozessbeteiligten gestattet (s.o.). Absprachen im Richterzimmer o. ä. unter Beteiligung aller Prozessbeteiligten stehen demgegenüber viel eher der Fallgruppe des *gezielten und vom Gericht gewollten* Verlegens der Verhandlung an einen Ort außerhalb des für die Öffentlichkeit betretbaren Bereichs nahe, gerade wenn eine Verhandlungsunterbrechung nur zur Durchführung der Absprache außerhalb der Hauptverhandlung veranlasst wird. In den Verlagerungsfällen ging der BGH jedoch wiederholt von einem Verstoß gegen § 338 Nr. 6 StPO aus⁹¹.

Das Argument des 3. Strafsenats, die Verständigung außerhalb der Strafverhandlung sei nicht so erheblich, *„dass von einer weiteren Hauptverhandlung praktisch nicht mehr gesprochen werden kann und der Verfahrensabschluss in der Absprachen zu sehen ist“*, daher sei der

⁹⁰ Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 265, Rn. 2-5 m.w.N.

⁹¹ Vgl. die Nachweise in Fn. 33.

Einfluss einer Absprache auf das Verfahren nicht groß genug, um einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz zu begründen, vermag mit Bezug auf verfahrensbeendende Absprachen nicht zu überzeugen. Der BGH schließt aus den in BGHSt 43, 195 ff. aufgestellten Grundsätzen (nach denen das Gericht auch nach einer Absprache *verpflichtet* bleibt, die Richtigkeit des Geständnisses zu überprüfen, die zutreffende rechtliche Würdigung vorzunehmen und ein vertretbares und materiell-rechtlich zutreffendes Urteil zu treffen) darauf, dass die Absprache *tatsächlich* keinen erheblichen Einfluss auf das Prozessgeschehen habe. Mit dieser Argumentation wird jedoch das Urteil des 4. Strafsenates ad absurdum geführt. Dieser hatte die vorgenannten Grundsätze gerade deswegen aufgestellt, weil zu befürchten war, das vom Angeklagten im Rahmen einer Absprache abgegebene Geständnis werde „ohne weiteres dem Schuldpruch zugrunde gelegt, ohne dass sich das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt“⁹². Gerade wenn entgegen der klaren Vorgabe von BGHSt 43, 195 ff die Absprache auch im Ergebnis der Saalöffentlichkeit verheimlicht wird, liegt der Schluss nahe, dass sich Gericht und Prozessbeteiligte die Absprache auch im Übrigen – nicht nur formal, sondern auch substantiell – *nicht* gesetzeskonform gestaltet haben. Der schon für sich genommen methodisch fragwürdige Schluss vom Normativen (Regeln von BGHSt 43, 195 ff) auf das Faktische (dementsprechende Gestaltung der Absprache im Übrigen) wirkt hier geradezu naiv.

Die Befürchtung, es habe kein „*faïres, rechtsstaatliches Verfahren*“ stattgefunden, wenn ein Urteil auf einer Absprache basiert, ohne dass diese in die Hauptverhandlung einbezogen und der Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht wurde, hat durch den Zeitablauf und die weitgehende Durchsetzung der „Grundregeln“ für Absprachen seit dem Urteil der 4. Strafkammer keineswegs an Bedeutung verloren. Vielmehr ist eine Kontrolle der Justiz durch die Öffentlichkeit und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung der Gerichte nur dann gewährleistet, wenn die wesentlichen Verfahrensabläufe in der Gerichtsverhandlung selbst stattfinden.

Wird hingegen eine Absprache, auf die das Gericht letztlich – und somit entgegen der für Absprachen festgesetzten Grundsätze des 4. Senats - sein Urteil stützt, aus der Hauptverhandlung hinausverlagert und in dieser nicht offengelegt, dann „*wird die Hauptverhandlung zur bloßen Fassade, die jeglichen Einblick der Öffentlichkeit in die dem Urteil zugrunde liegenden Umstände verschleiert*“⁹³. Die Annahme, der Einfluß einer Absprache sei

nicht erheblich, weil das Gericht weiter dem Gebot der Wahrheitsfindung verpflichtet bleibe und nicht sich aufdrängende Beweiswürdigungen unterlassen dürfe, ist in den Fällen gerechtfertigt, in denen das Gericht die Grundsätze aus BGHSt 43, 195 ff. *vollumfänglich beachtet* hat. Ist dies jedoch nicht der Fall, und hat das Gericht das Urteil auf ein absprachegemäßes Geständnis bzw. eine Absprache gestützt, die im Verfahren nicht öffentlich gemacht wurde, dann beruht das Urteil zumindest teilweise auf Tatsachen, die sich „hinter verschlossenen Türen“ abgespielt haben. Ein solches Urteil ist in ganz erheblicher Weise geeignet, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Rechtsprechung zu beeinträchtigen. Es wird schon aufgrund der geheimgehaltenen Absprache, die ohne weiteres durch Einbeziehung in die Hauptverhandlung zu einer rechtmäßigen hätte werden können, den Eindruck der „Mauschelei“ in der Öffentlichkeit erwecken.

Insofern liegt *besonders* in nichtöffentlichen Absprachen eine große Gefahr für das Rechtsstaatsprinzip und das Informationsinteresse der Allgemeinheit im Rahmen des Strafprozesses. Dieser Gefahr kann nur dadurch begegnet werden, dass der *erheblichen* Bedeutung von Absprachen auch im Rahmen der Revision Rechnung getragen wird. Nichtöffentliche Absprachen stellen einen Verstoß gegen den Grundsatz der Öffentlichkeit im Strafverfahren dar, § 169 GVG entsprechend. Eine Ausnahme von § 338 Nr. 6 StPO, nach dem ein absoluter Revisionsgrund ohne weiteres dann vorliegt, wenn die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt sind, kann und darf gerade im Zusammenhang mit einer nichtöffentlichen Absprache nicht gemacht werden.

Voraussetzung für einen Verstoß gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz nach § 169 GVG und entsprechend für das Vorliegen des absoluten Revisionsgrundes gem. § 338 Nr. 6 StPO ist natürlich, dass überhaupt eine *verbindliche Absprache* getroffen wurde. Ist dies nicht der Fall, und haben jeweils nur Vorgespräche stattgefunden, die nicht in der Zusicherung einer bestimmten Höchststrafe, sondern lediglich in einer Wissenserklärung des Gerichts mündeten, dann kann der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht verletzt sein. Dass sich in der Praxis die Abgrenzung zwischen Wissenserklärung und Zusicherung schwierig gestalten mag, liegt in der Natur der Sache. Es liegt jedoch hier in den Händen des engagierten Strafverteidigers, sich über die Verbindlichkeit der richterlichen Aussage zu versichern und sodann auf die Einbeziehung der Absprache in die Hauptverhandlung und deren Protokollierung hinzuwirken, bevor der Angeklagte das in der Absprache angekündigte Geständnis ablegt.

⁹² BGHSt 43, 204

⁹³ BGHSt 43, 205

Prozessdokumentation

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

- Prozesserklärung von Rechtsanwalt Dr. Gerhard Strate vom 11.5.2005 zum Verfahrensgang (angesprochen in der Hauptverhandlung am 8.6.2005)

- Anordnung des Vorsitzenden der Strafkammer zur Behandlung der bereits gestellten Beweisanträge (verkündet in der Hauptverhandlung am 8.6.2005)
- Anordnung des Vorsitzenden der Strafkammer zur Gestattung der weiteren Anwesenheit von Clifford-Chance-Anwälten im Gerichtssaal (verkündet in der Hauptverhandlung am 8.6.2005)
- Beschluss der Strafkammer zur Bestätigung dieser Anordnung (verkündet in der Hauptverhandlung am 8.6.2005)

Zum Kölner „Visa-Verfahren“ zur Ausstellung von Reisepassvisen wurde auf die freundliche Einsendung

von Herrn Rechtsanwalt *Udo Vetter*, Köln, folgender lesenswerter

- **Antrag auf Ablösung eines Oberstaatsanwalts (OStA Bülles)**

aufgenommen. Das gesamte Kölner „Visa-Verfahren“ können Sie unter der von Herrn RA *Udo Vetter* herausgegebenen Homepage <http://www.prozessinfo.de> weiter verfolgen.

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

Schrifttum

Eckardt von Bubnoff, **Der Europäische Haftbefehl. Auslieferung und Neuerungen des Gemeinschaftsinstruments. Ein Leitfaden für die Praxis.** 2005. XI, 144 Seiten. 27,- EURO. ISBN 3-8114-7345-X (Recht in der Praxis) C. F. Müller.

Das zu rezensierende Werk ist die erste Buchveröffentlichung (vgl. aber Seitz NStZ 2004, 547) zum am 24. August 2004 in der Bundesrepublik in Kraft getretenen Recht des Europäischen Haftbefehls (Europäisches Haftbefehlgesetz – EuHbG, das im wesentlichen in Art. 1 die Einfügung eines achten Teils zum Europäischen Haftbefehl in das Internationale Rechtshilfegesetz (IRG), §§ 78-83i IRG, sowie Änderungen anderer Vorschriften dieses Gesetzes enthält). Der Autor ist als ehemaliger Vorsitzender Richter eines OLG-Strafsenats mit einem Arbeitsschwerpunkt im Bereich der internationalen Rechtshilfe mit der Thematik besonders vertraut. Es gelingt ihm in verständlicher, systematischer und kompakter Weise darzustellen, wie die neuen Regelungen in das komplexe Regelwerk des bestehenden Auslieferungsrechts einzuordnen sind und inwieweit sie dieses verändern. Positiv hervorzuheben ist auch, dass der Autor die Rechtsprechung zu den ersten Anwendungsfällen des Europäischen Haftbefehls gewissermaßen bis zur letzten Minute (Stand der Bearbeitung dürfte Februar 2005 zu sein) berücksichtigt hat, einschließlich der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2004 (StV 2005, 29). Insofern befindet sich der Autor allerdings in der unangenehmen Situation, dass er diese zwar noch einbeziehen konnte, aber naturgemäß auf die sehr knappe Begründung dieser vorläufigen Entscheidung verwiesen ist, die Bedenken des Bundesverfassungsgerichts nicht nur gegen Verfahrensweise im Einzelfall, sondern wohl zumindest auch gegen die Umsetzung des Rahmenbeschlusses in deutsches Recht andeutet. Bedauerlicherweise konnte er weder den Inhalt der mündlichen Verhandlung vom 13./14. April 2005 vor dem Bundesverfassungsgericht, noch die nach wie vor

ausstehende Sachentscheidung berücksichtigen, die das Recht des Europäischen Haftbefehls voraussichtlich nachhaltig beeinflussen - und mit Wahrscheinlichkeit ändern - wird. Es ist daher nicht unwahrscheinlich, dass - ganz ohne Verschulden des Autors - bereits in wenigen Monaten eine Überarbeitung des Bandes auf der Basis der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nötig sein wird.

Zum Inhalt: Es ist erwähnenswert, dass der Band nicht etwa nur den neuen achten Teil des IRG zum Europäischen Haftbefehl erörtert, sondern das zuvor bestehende und für Nichtmitgliedstaaten der EU fortgeltende Auslieferungsrecht nicht vernachlässigt; der Untertitel „*Auslieferung und Neuerungen des Gemeinschaftsinstruments*“ ist insofern Programm. Dementsprechend enthält der ausführliche Anhang (S. 87-144) neben einem Sachverzeichnis die wesentlichen Rechtsquellen des in Deutschland geltenden Auslieferungsrechts, nämlich das Europäische Haftbefehlgesetz (EuHbG), den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl, das (übrige) IRG, auszugsweise das europäische Auslieferungsübereinkommen (Auszug), das Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜ) und das EU-Auslieferungsübereinkommen vom 27. September 1996. Nach der Einführung (A) werden in einem ersten Hauptteil (B) die aufgeführten unterschiedlichen Rechtsgrundlagen einer Auslieferung erläutert, wobei der Autor besonderen Wert darauf legt, das systematische Verhältnis der Rechtsgrundlagen zueinander (IRG für den vertragslosen Rechtshilfeverkehr, Auslieferungsübereinkommen des Europarats, Schengener Durchführungsübereinkommen [SDÜ], EU-Zwillings-Übereinkommen von 1995 und 1996 zur Auslieferung), insbesondere deren Anwendungshierarchie zu klären, nämlich i. d. R. vom auslieferungsfreundlicheren anwendbaren Recht zum weniger auslieferungsfreundlichen Regime (S. 3-12). Hervorzuheben sind etwa die überzeugenden Ausführungen zur Unzulässigkeit eines Rückgriffs auf auslieferungsfreundlichere Vertragsnormen oder Gesetzesnormen im Anwendungsbereich des Europäischen Haftbefehls (S. 9/10)

bei den sogenannten Fluchtfällen - wenn sich der Verfolgte im Rahmen der in mehreren europäischen Ländern zulässigen Abwesenheitsverfahren durch Flucht einer Ladung im ersuchten Staat entzieht - weil nach § 83 Nr. 3 IRG die sichere Kenntnis des Verhandlungstermins vorausgesetzt ist (vgl. OLG Karlsruhe StV 2004, 548; 2005, 30), dies aber nach dem Europäischen Rechtshilfeübereinkommen nicht der Fall war; dieselbe Frage stellt sich für Anwendungsfälle des neuen § 80 Abs. 3 IRG, der für bestimmte Gruppen von in Deutschland besonders verwurzelten Ausländern dieselben Auslieferungsvoraussetzungen schafft wie für deutsche Staatsangehörige (§ 80 Abs. 1 und 2 IRG). Zu Recht betont der Autor im Hinblick auf den gesetzlichen Vorrang der Regelungen über den Europäischen Haftbefehl (§ 1 Abs. 4 IRG), dass die hilfswise Anwendbarkeit der vertraglichen Regelungen nicht in Betracht kommt, wenn die Vorschriften des achten Teils für ihren Anwendungsbereich ausschließliche Beachtung beanspruchen, was bei den auf Individualinteressen bezogenen Gewährleistungen der Fall sei; das ungeschriebene Günstigkeitsprinzip muss gegenüber der klaren gesetzlichen Regelung zurücktreten.

Im zweiten Hauptteil (C) wird recht ausführlich (S. 12-45) das bisherige, vorwiegend im europäischen Raum geltende, Auslieferungsrecht (Wesen und Zweck der Auslieferung, Auslieferungsverfahren, gerichtliche Prüfung der Strafverfolgungskompetenz und des Schuldverdachts, nötige Sachverhaltskonkretisierung, Auslieferungsvoraussetzungen und Auslieferungshindernisse) dargestellt. Es gelingt dem Autor hier insbesondere, den angesichts der immer auslieferungsfreundlicheren EU- und Europarats-Konventionen im europäischen Raum fortschreitenden Bedeutungsverlust der klassischen Auslieferungsvoraussetzungen – Gegenseitigkeitsprinzip, Prinzip beiderseitiger Strafbarkeit und Verfolgbarkeit, Bagatellprinzip, Spezialitätsbindung – plastisch zu schildern (S. 26-33). Im Rahmen dieser Erläuterungen geht der Autor immer wieder auf die neue Rechtslage nach dem Europäischen Haftbefehlsgesetz ein, so dass die Veränderungen deutlich hervortreten. Bei der Darstellung der Auslieferungshindernisse verdient - angesichts der Ereignisse in Guantanamo, Abu Ghraib, Afghanistan und anderswo - die Stellungnahme des Autors nachdrückliche Zustimmung, es befremde, dass drohende Folter - wozu er in wünschenswerter Klarheit „*stress position, hooding, deprivation of sleep, subjection to noise*“ zählt - im Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbefehl nicht als zwingendes Auslieferungshindernis angesehen wird, sondern lediglich in einem vorangestellten Erwägungsgrund Erwähnung findet (S. 43). Im deutschen Recht sollte durch § 73 Satz 2 IRG i. V. m. Art. 6 EUV (der den europäischen *ordre public* enthält bzw. darauf verweist (EMRK)) die (Fort-)Geltung u. a. dieses unabdingbaren Prinzips gesichert sein (vgl. S. 72/73). Im folgenden Abschnitt (D) beschreibt der Autor insbesondere die EU-Rahmengesetzgebung (Rahmenbeschlüsse) als zentrale Steuerungsinstrumente im Rahmen der Europäischen Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Inneren und der Justiz (3. Säule der EU), insbesondere die Umsetzungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, sowie die Ausgestaltung des Rahmenbeschlusses zum Europäischen Haftbe-

fehl (S. 45 ff). Es folgen eine kurze Abhandlung des im Rahmen der 3. Säule ebenfalls zentralen Prinzips der gegenseitigen Anerkennung im Hinblick auf den Europäischen Haftbefehl (S. 50), sowie interessante Anmerkungen zur (angestrebten) Verkehrsfähigkeit von Beweismitteln und Beweisresultaten auf europäischer Ebene (S. 51-54), ohne dass letzteres hier von der Thematik zwingend geboten gewesen wäre.

Schließlich wird im folgenden Hauptteil (F, S. 54-83) das Recht des Europäischen Haftbefehls gemäß dem achten Teil des IRG systematisch gegliedert, übersichtlich und verständlich erläutert. Vertiefte rechtsdogmatische Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen erfolgen nur insoweit, als deren Auslegung ohne weiteres als schwierig oder deren Anwendung als rechtlich problematisch anzusehen ist, was zur Stringenz der Abhandlung beiträgt. Von Bubnoff beginnt seine Darstellung der Rechtslage mit der Schilderung der Umsetzung des Rahmenbeschlusses (S. 54-63); für den Praktiker ist hier neben anderem der Abdruck des (einheitlichen) Formulars für den Europäischen Haftbefehl von Interesse (S. 58 ff). Anschließend wendet er sich kritisch der konzeptionellen Abweichung des deutschen Gesetzgebers von der Konzeption des Rahmenbeschlusses zu (S. 63/64): Formal bemängelt er bereits die Einordnung des Rechtes des Europäischen Haftbefehls in das IRG, weil dies dessen vom Rahmenbeschlusses vorgegebenen andersartigem Rechtscharakter kaum entspreche. Wie ein roter Faden durchzieht das Werk die Auffassung des Autors (vgl. auch S. 45 ff, 79, 81), die Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (ABl. EG 2002 Nr. L 190, S. 1 ff.) kranke daran, dass der deutsche Gesetzgeber sich trotz der eindeutigen Formulierung des Rahmenbeschlusses, der eine nur justizielle, einstufige Abwicklung des Europäischen Haftbefehls – „*eines eigenständigen aliud mit europäischer Rechtsqualität*“ – fordere (vgl. Art. 6 und 7 des Rahmenbeschlusses), nicht habe vom traditionell geltenden (und bisher im IRG kodifizierten) Prinzip der Zweistufigkeit trennen können, nach dem zu der bejahenden Entscheidung des Oberlandesgerichts, mit der die Auslieferung für zulässig erklärt wird, eine Bewilligung der Auslieferung durch das Bundesjustizministeriums (im Einvernehmen mit dem Bundesaußenministerium) hinzutreten muss, wobei auch von (außen-)politischen Gesichtspunkten beeinflusste Ermessensentscheidungen durch das Gesetz angelegt sind (vgl. § 83b IRG). Dies sei vom Rahmenbeschluss so nicht vorgesehen. Der Autor sieht darin einen klaren Verstoß nicht nur gegen den Wortlaut des Rahmenbeschlusses, sondern auch gegen dessen Geist, weil die angestrebte Einfachheit und Effizienz des Verfahrens durch die zweistufige Prüfung erheblich verringert werde. Überdies spreche daraus ein institutionalisiertes Misstrauen des deutschen Gesetzgebers gegen die Strafrechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten, das im Prozess der zunehmenden Integration der Europäischen Union auch im Bereich der strafrechtlichen Angelegenheiten, der praktisch gegenseitiges Vertrauen und die Anerkennung mitgliedstaatlicher Entscheidungen (und Beweisresultate) erfordere, nicht in diesem

Maße handlungsleitend werde dürfe (vgl. S. 63 f). Problematisch sei auch, dass die ministerielle Ermessensentscheidung zu den fakultativen Bewilligungshindernissen des § 83 b IRG wegen der Unanfechtbarkeit der Bewilligungsentscheidung (§ 74 b IRG) keiner gerichtlichen Überprüfung zugänglich seien, obwohl es sich teilweise (vgl. § 83 b Nr. 4 IRG) um individualschützende Rechtspositionen des Verfolgten handele (S. 77 ff). Dies mutet in der Tat verfassungsrechtlich bedenklich an (Art. 19 Abs. 4 GG). Der Autor geht auch kritisch auf die einschränkenden Regelungen zum Prinzip der beiderseitigen Strafbarkeit ein, d. h. auf die sogenannte Positivliste (Art. 2 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses), die eine Auslieferungsverbindlichkeit für solche Handlungen indiziert, die nach dem Recht des ersuchenden Staates einer der in der Positivliste umschriebenen Deliktgruppen zuzuordnen sind (S. 67 ff); der Autor sieht zu Recht bei einigen Deliktgruppen (etwa „Betrugsdelikte“) offensichtliche Bestimmtheitsmängel. Grenzen der Hinnehmbarkeit dieser Unbestimmtheit der Deliktgruppen bei konkreter und abstrakter Straflosigkeit des inkriminierten Verhaltens im ersuchten Staat setze jedoch nur der europäische *ordre public* (§ 73 Satz 2 IRG), so das anzunehmen ist, dass - wie der Autor meint - eine irgendwie nachvollziehbare Begründung des ersuchenden Staates, das tatbestandliche Verhalten sei nach seiner Rechtsordnung einer einschlägigen Deliktgruppe zuzuordnen, der Annahme eines Auslieferungshindernisse entgegenstehen wird. Besonders problematisch ist dies offensichtlich in Bereichen, in denen das materielle Recht der Mitgliedstaaten stark von - naturgemäß divergierenden - weltanschaulich geprägten Wertungen bestimmt ist, wie etwa im Grenzbereich der zur Positivliste gehörigen Deliktgruppe der vorsätzlichen Tötungsdelikte (man denke an [Beteiligung an] Suizid, Euthanasie und Abtreibung). Auch hier bietet § 73 Satz 2 IRG nicht erkennbar eine zufriedenstellende Lösung an. Der Autor wendet sich jedoch ausdrücklich dagegen (vgl. auch Seitz NSTZ 2004, 548), in derartigen Fällen durch eine auf ad hoc begonnene Ermittlungen folgende Einstellungsentscheidung einer deutschen Staatsanwaltschaft (vgl. § 83 b Nr. 2 IRG) gezielt ein fakultatives Bewilligungshindernis zur Umgehung des Europäischen Haftbefehls zu schaffen. Im Rahmen seiner Ausführungen zum Auslieferungshindernis der anderweitig erfolgten Strafverfolgung („ne bis in idem“, § 83 Nr. 1 IRG) legt der Autor überzeugend dar, dass der Inhalt der Vorschrift dem des Schengener Doppelbestrafungsverbots (Art. 54 SDÜ) entspricht, mithin auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hierzu einschlägig ist (vgl. EuGH NSTZ 2003, 332 f). Er zieht daraus zu Recht die Schlussfolgerung, dass auch staatsanwaltschaftliche Verfahrenserledigungen außerhalb der Hauptverhandlung selbst ohne gerichtliche Mitwirkung zum Auslieferungshindernis führen (vgl. Rübenthal HRRS 2003, 65 ff). Es folgen Ausführungen zur eingeschränkten Akzeptanz einer Abwesenheitsverurteilung sowie zum Inhalt des Europäischen *ordre public* (§ 73 Satz 2 IRG i. V. m. Art. 6 EUV). Im Hinblick auf die Übergabe deutscher Staatsangehöriger zum Zwecke der Strafverfolgung ist das gesetzlich geforderte „Angebot“ des ersuchenden Staates, die Durchführung der Strafvollstreckung in Deutschland zu ermöglichen (§ 80 Abs. 1

IRG), in der Praxis nicht unproblematisch, wie der bereits erwähnte Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (StV 2005, 29) zeigt, mit dem die Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen nach Spanien vorläufig außer Vollzug gesetzt worden ist. Im konkreten Fall hätte die Bundesrepublik das Angebot Spaniens zur Rücküberstellung nämlich nicht annehmen können, da der Sachverhalt nach deutschem Recht allenfalls unter § 129 b StGB subsumierbar gewesen wäre, die ausländische terroristische Vereinigung allerdings zum Tatzeitpunkt noch nicht strafbar war; somit besteht in Deutschland ein Vollstreckungshindernis. Zu Recht führt der Autor aus, dass das Angebot des ersuchenden Staates nach vorläufiger Beurteilung zum Zeitpunkt der Zulässigkeitsentscheidung unter rechtlichen Gesichtspunkt als annahmefähig erscheinen muss und dass, wenn von vornherein absehbar ist, dass eine Vollstreckung in der Bundesrepublik gegen wesentliche Rechtsgrundsätze verstoßen würde, ein Ablehnungsgrund aus § 73 Satz 2 IRG zu prüfen sei (S. 75). Obwohl dem Autor der Fall des Bundesverfassungsgerichts - den er mehrfach erwähnt - bekannt war, wendet er diese Überlegungen nicht auf den Fall an. Von Bubnoff ist darin zuzustimmen, dass Art. 80 Abs. 1 IRG wegen des Ausnahmecharakters der Auslieferung deutscher Staatsangehöriger (Art. 16 Abs. 2 GG) verfassungskonform einschränkend auszulegen ist (S. 74), wenn nicht schon das Fehlen einer sichtbaren Harmonisierung von § 80 IRG mit der einschlägigen Gewährleistung (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG) verfassungswidrig ist. Der Autor hält eine Auslieferung für gerechtfertigt, wenn hinsichtlich des Tatvorwurfs konkrete sachbezogene innerstaatliche Anknüpfungspunkte im ersuchenden Unionsstaat bestehen; darin darf sich aber die verfassungskonforme Auslegung von § 80 Abs. 1 IRG meines Erachtens nicht erschöpfen, da Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG den anzulegenden Maßstab - die rechtsstaatliche Verfahrensweise - ausdrücklich vorgibt. Vertrauensschutz auch für einmal begründete individualschützende verfahrensrechtliche Positionen wird in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zum Rechtsstaatsprinzip durchaus anerkannt (vgl. BVerfGE 63, 343, 358 f). Gerade unter diesem Gesichtspunkt erscheint es zweifelhaft, einen deutschen Staatsbürger auszuliefern, für den zur Tatzeit wegen der fehlenden Strafbarkeit im Inland einer in einem Drittstaat begangenen Handlung ein Auslieferungshindernis bestand. Der Autor teilt dieser Bedenken wohl nicht, da er ein Auslieferungshindernis für den Fall, dass die deutsche Strafgewalt nicht einmal gem. § 7 Abs. 2 StGB gegeben ist, in Betracht zieht (S. 76). Zwar entspricht die Annahme, das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG) sei wegen des prozessualen Charakters der Auslieferungsentscheidung nicht verletzt, der tradierten h. M. im Auslieferungsrecht, jedoch stellt sich die Frage, ob nicht bei einer derartigen Fallgestaltung das Rechtsstaatsprinzip (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG) das zur Tatzeit bestehende Auslieferungshindernis als individualschützende Verfahrensposition gegen eine faktische Rückwirkung des Haftbefehlsgesetzes verfassungsrechtlich schützt. Die Auseinandersetzung mit der Problematik von BVerfGE StV 2005, 29 (S. 34, 68) ist auch in anderer Hinsicht nicht erschöpfend: Der Autor blendet etwa zur Gänze die der Entscheidung auch

zu Grunde liegende staatsorganisationsrechtliche Problematik aus, nämlich etwa die Frage, ob die im Rat der Europäischen Union vereinten Minister der Mitgliedsstaaten die nationalen Parlamente an die Umsetzung der Rahmenbeschlüsse rechtlich binden und binden dürfen, was etwa vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips durchaus bezweifelt werden kann und die Frage, ob der Anwendungsvorrang Europäischen Rechts unter Umständen in Frage zu stellen ist (Solange III).

Es soll ergänzend darauf hingewiesen werden, dass von Bubnoff nicht ausschließbar den Rechtscharakter der von ihm mehrfach herangezogenen Europäischen Grundrechtscharta verkennt (vgl. S. 73). Diese wurde zwar von den europäischen Staats- und Regierungschefs auf dem Gipfel von Nizza feierlich proklamiert, dies geschah jedoch bewusst ohne Rechtsbindungswillen, insbesondere ohne dass die Charta Teil der Europäischen Verträge wurde. Erst durch den Vertrag über die europäische Verfassung - der noch nicht ratifiziert ist und bei realistischer Beurteilung (siehe Frankreich und die Niederlande) in absehbarer Zeit auch nicht ratifiziert werden wird - soll die Charta der Grundrechte konstitutiver Bestandteil der Europäischen Verträge werden. Im übrigen kann sie allenfalls als - wenig verbindlicher - Maßstab dafür gelten, inwieweit nach Auffassung des Europäischen Rates Grundrechtspositionen der Unionsbürger bereits jetzt nach den unterschiedlichsten Normen des Europarechts (in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs) geschützt sind, ohne dass insoweit auf europäischer Ebene jedoch zwingend subjektiv-öffentliche Rechte bestehen. Es kann daher zur Zeit nicht davon die Rede sein, dass die Auslegung der - nicht rechtsverbindlichen - „Grundrechte“ im Wege der Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof geklärt werden könnte, wie der Autor anscheinend meint. Der europäische Gerichtshof zieht die Grundrechtscharta auch dort als Auslegungshilfe nicht heran, wo es thematisch nahe läge (vgl. für Art. 50 Grundrechtscharta zum Doppelbestrafungsverbot: EuGH NJW 2005, 1337). Es ist daher beträchtliche Skepsis gegenüber der Annahme des Autors angebracht, der Europäische Gerichtshof würde die Wesensgehaltsgarantie, das Übermaßverbot, die Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sowie die Verfahrensgrundrechte *als im Rahmen dieser Grundrechte manifestierte Schranken rechtsstaatlichen Strafens* und deshalb als Teil des Europäischen ordre public (vgl. § 73 Satz 2 IRG) ansehen.

Zwar ist es erklärtermaßen *auch* Zielsetzung des Bandes, Ansätze für eine sinnvolle Gestaltung der anwaltliche Vertretung aufzuzeigen (S. V), es ist jedoch nicht zu übersehen, dass das Buch aus der Perspektive eines rechtsdogmatisch interessierten *Justizjuristen* geschrieben ist, der rechtliche Probleme im Bereich des Rahmenbeschlusses oder des Haftbefehlsgesetzes naturgemäß nicht als Verteidigungschancen wahrnimmt (und sich daraus ergebende Verteidigungsstrategien skizziert), sondern Lösungsvorschläge - wenn überhaupt - aus der Sicht des an einer effizienten Strafverfolgung interessierten Richters macht. Eine Handlungsanleitung für den Beistand des Verfolgten lässt sich dem Buch mithin nicht entnehmen, dennoch ist es auch für den Rechtsanwalt

eine anregende Lektüre, da jedenfalls die in der (weiteren) Anwendung des Europäischen Haftbefehlsgesetzes zu erwartenden Probleme und Zweifelsfälle diskutiert werden. Insgesamt ist das Buch als eine für alle Rechtspraktiker nützliche problemorientierte Einführung in das Recht des Europäischen Haftbefehls zu empfehlen. Die Lektüre lohnt sich.

Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl**, mag. iur., Karlsruhe

Florian Engert, Einheitstäter oder getrennte Behandlung von Täter und Teilnehmer? Die Wege des österreichischen und deutschen Strafrechts. Peter Lang, Frankfurt am Main u.a. 2005, 197 S., br. € 39,00.

Der Einheitstäter feiert seine Renaissance. Nachdem *Volk* in der 2001 erschienenen Festschrift für Roxin „Tendenzen zur Einheitstäterschaft“ ausmachte und treffend „Die verborgene Macht des Einheitstäterbegriffs“ aufzeigte (*Volk*, Roxin-FS., S. 563 ff.), erschien im darauf folgenden Jahr die umfängliche und vorzügliche Dissertation von *Hamdorf*, die sich in rechtsvergleichender Sicht mit dem deutschen Beteiligungssystem und den Einheitstätersystemen in Skandinavien und Österreich beschäftigte (*Hamdorf*, Beteiligungsmodelle im Strafrecht. Ein Vergleich von Teilnahme- und Einheitstätersystemen in Skandinavien, Österreich und Deutschland, Freiburg i.Br. 2002). Mit der Arbeit von *Engert*, mit der er im Jahr 2004 in Augsburg promoviert worden ist, erscheint nun also die dritte aktuelle Untersuchung zu der vermeintlich einzigen Alternative zu dem in Deutschland geltenden differenzierenden Beteiligungsformensystem; einer Alternative, die - jetzt muss man sagen: bislang - nicht mehr ernsthaft in Betracht gezogen worden war. Das der Auffassung vom Einheitstäter zugrunde liegende naturalistische Kausalitätsverständnis veranlasste *Roxin*, in seiner umfänglichen Schrift zur „Täterschaft und Tatherrschaft“ die Unhaltbarkeit einer monistischen Täterlehre mit wenigen Worten apodiktisch festzustellen: „Ob man nun vom kausalen Ansatzpunkt her die Täterschaft von der Teilnahme nach subjektiven oder nach objektiven Gesichtspunkten abgrenzte oder ob man die ganze Unterscheidung verwarf: Heute ist die Zeit einer solchen kausalen Methode endgültig vorbei“ (*Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl. 2000, S. 6). Die in der rechtswissenschaftlichen Diskussion immer wieder vorgebrachten Einwände gegen die Einheitstäterlehre fasst er dabei auf gerade einmal einer halben Seite zusammen (a.a.O., S. 451). So sei u.a. de lege lata die Beihilfe im Strafrahmen privilegiert, die Veranlassung zu unvorsätzlicher Tat bei eigenhändigen Delikten straflos und der Versuch bei Täterschaft, Anstiftung und Beihilfe unterschiedlich geregelt. Mit dem Einheitstäterbegriff würden all diese „wohlbegründeten Differenzierungen“ aufgegeben. Der Einheitstäter, dessen Einführung nicht lediglich mit dem Hinweis auf Abgrenzungsschwierigkeiten gefordert werden dürfe, würde „eine erhebliche und rechtsstaatlich schwer vertretbare Ausweitung der Strafbarkeit mit sich bringen.“ Schließlich findet sich auch der be-

kannte Einwand der Gegner des Einheitstäterprinzips wieder, mit der Einführung eines nicht auf dogmatischer Ebene zwischen verschiedenen Formen der Beteiligung differenzierenden Systems würden all jene Gesichtspunkte, die im Beteiligungsformensystem die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme tragen, in den „gesetzesfreien Raum“ der Strafzumessung verschoben (Roxin, a.a.O., S. 451). Auch Volk mochte in seinem eingangs angesprochenen Beitrag nur mehr „einen kurzen Abschiedsblick“ ... „auf den nebligen Sumpf der Einheitstäterschaft“ werfen (Volk, Roxin-FS., S. 563).

Engert unternimmt nun freilich seinerseits nicht den groß angelegten Versuch, das Einheitstätersystem auf ein neues Fundament zu stellen. Vielmehr begnügt er sich in seiner knappen rechtsvergleichenden Schrift damit, die Situation in Deutschland mit derjenigen in Österreich zu vergleichen. Dabei liegt der Schwerpunkt der Betrachtung in der Gegenüberstellung der österreichischen und deutschen Rechtsprechung; die Auseinandersetzung im wissenschaftlichen Schrifttum, die ja in Deutschland wie in Österreich in durchaus heftiger Form geführt wird, nimmt dagegen relativ wenig Raum ein. Im Ergebnis hält Engert die österreichische Lösung für die prozessökonomischere; nur vereinzelt gerate die Einheitstäterlösung in Begründungsschwierigkeiten oder zu widersprüchlichen Ergebnissen. Im Einzelnen:

Die Arbeit besteht aus zwei größeren Teilen. In Teil A (S. 19-43) erfolgt mit der Gegenüberstellung der österreichischen (S. 20 ff.) und der deutschen (S. 37 ff.) Lösung die Darlegung der eigentlichen Problemstellung, die mit der Zusammenfassung der wesentlichen Unterschiede endet (S. 42 f.). In Teil B (S. 45-146) erfolgt sodann der eingehende Vergleich der österreichischen und deutschen Rechtsprechung, die an den Regelungen der §§ 12 öStGB (S. 46 ff.), 13 öStGB (S. 111 ff.), 14 öStGB (S. 118 ff.) und § 15 öStGB (S. 132 ff.) ausgerichtet ist und mit der knappen Erörterung der Konstellationen mehrfacher Beteiligung abschließt (S. 140 ff.). Schließlich wird das Ergebnis der Untersuchung zusammengefasst (C., S. 147 f.). Hilfreich ist der Abdruck der einschlägigen österreichischen und deutschen Regelungen im Anhang (S. 149 ff.).

Engert stellt zunächst zusammenfassend die in Österreich herrschenden Meinungsverschiedenheiten über das dort praktizierte Beteiligungssystem dar. Dabei hält er die im Anschluss an die Differenzierung von Kienapfel so bezeichnete funktionale (herrschende) Einheitstäterlehre für das Einheitstätersystem „in seiner absoluten Reinform“. Kienapfel selbst hat freilich stets das von ihm – in wenig glücklicher Terminologie – so genannte „formale Einheitstäterprinzip“ als das strengere System bezeichnet, das sich gerade dadurch auszeichnen soll, dass es nur einen einzigen undifferenzierten Täterbegriff gebe. Kienapfel formuliert ausdrücklich: „Formal‘ wollen wir ein Einheitstätersystem nennen, das jene Konsequenzen, welche der Name ‘einheitlicher‘ Täterbegriff oder ‘Einheitstäterbegriff‘ verheißt, die Vereinheitlichung aller Tatbegehungsformen, wörtlich nimmt und sich jeder begrifflich-kategorialer Differenzierung auf der Ebene

der Tatbestandsmäßigkeit entschlägt“ (Kienapfel, Erscheinungsformen der Einheitstäterschaft, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, hrsg. von Heinz Müller-Dietz, Köln 1971, S. 26). Freilich hielt selbst Kienapfel ein solches System für nicht vereinbar mit dem Bestimmtheitsgebot (ders., a.a.O., S. 29). Bekanntlich hat sich jedenfalls ein solches Einheitstäterverständnis in Österreich denn auch nicht durchgesetzt. Ein Teil der Literatur ist nun mit Kienapfel und im Anschluss an ihn der Auffassung, die österreichische Lösung sei die des „funktionalen“ Einheitstätersystems, bei dem es sich um die „betont rechtsstaatliche Variante des Einheitstätersystems“ (Kienapfel, a.a.O., S. 34) handeln soll. Dieses Prinzip kennt verschiedene Täterschaftsformen, hält diese freilich für gleichwertig und unterstellt sie sämtlich derselben Strafdrohung. Engert legt die Prämissen dieser Auffassung dar – extensiver Täterbegriff, rechtliche Gleichwertigkeit aller Täterschaftsformen, Ablehnung jeglicher Akzessorietät, größere Bedeutung der Strafzumessungsebene – und führt auch das wesentliche Argument der Vertreter der Einheitstäterlehre – Vereinfachung der Rechtsanwendung – an. Diesem Verständnis der Einheitstäterlehre stellt er sodann die Auffassungen gegenüber, die die österreichische Lösung als „akzessorisches Teilnahmesystem“ bezeichnen (d.i. insbesondere Burgstaller) und insoweit von einer „reduzierten Einheitstäterschaft“ reden, als sie den verschiedenen Tatbegehungsformen durchaus unterschiedlichen sozialen Sinngehalt beimessen wollen. Wenn diese Ansicht auf einen Unwertunterschied zwischen der im öStGB geregelten unmittelbaren Täterschaft und der Bestimmungstäterschaft einerseits und der Beitragstäterschaft andererseits abstellt (vgl. § 12 öStGB), nimmt sie freilich faktisch die Fälle der traditionell als Beihilfe bezeichneten Konstellationen aus ihrem Einheitstätermodell heraus. Das hat zu dem auf der Hand liegenden, von Engert aber offenbar nicht geteilten Vorwurf geführt, dass es sich bei der insbesondere von Burgstaller praktizierten Auslegung der §§ 12ff. öStGB um nichts anderes handele, als das bundesdeutsche akzessorische Beteiligungsformensystem (Kienapfel, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Wien 1991, E 2 Rn. 44 f.). Jedenfalls lassen sich zwei Einwände kaum von der Hand weisen. Zum einen stellt eine terminologische Differenzierung in unmittelbare Täterschaft, Bestimmungstäterschaft und Beitragstäterschaft gegenüber einem differenzierenden Beteiligungssystem keinen wirklichen Fortschritt dar. Denn wenn – wie in Österreich – an eine solche Differenzierung auch unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft werden, ist man der schwierigen Abgrenzungsarbeit in weiten Bereichen in Wahrheit nicht enthoben. Das zeigt die österreichische Rechtsprechung sehr deutlich; dass die eine oder andere Abgrenzungsfrage, wie Engert richtig erkennt, nicht oder anders auftritt, ändert an diesem Befund nichts. Zum anderen lässt sich das schon immer erhobene Bedenken, mit der Ausgliederung der „Beihilfe“ werde der Gedanke der Einheitstäterschaft praktisch aufgegeben, nur schwer entkräften.

Die moderneren Ansichten von Schmoller und Triffterer, die zumindest im Ansatz die Erkenntnisse der objektiven Zurechnungslehre für ihr Verständnis von Einheitstäter-

schaft fruchtbar machen wollen, werden von *Engert* nicht mehr eigenständig gewürdigt, was bedauerlich ist, ließen gerade diese Ansätze sich doch möglicherweise in ein modernes monistisches System integrieren.

Im Folgenden beleuchtet *Engert* die österreichische Rechtsprechung, der er zubilligt, in der Praxis eine tatsächliche Vereinfachung der österreichischen Beteiligungsregelung bewirkt zu haben (S. 36). In der Tat verwirft der österreichische OGH Nichtigkeitsbeschwerden gem. § 281 Abs. 1 Z. 10 öStPO als unbegründet, wenn der Täter sich gegen eine hinsichtlich der Feststellung seiner Täterschaft vermeintlich unzutreffende Subsumtion wendet (*Engert*, S. 35 ff.). Dass diese Konsequenz freilich ebenfalls nicht zwingend ist, zeigt der auch insoweit in Österreich herrschende Streit, auf den *Engert* ebenfalls kurz eingeht (S. 35 ff.). Seine Darstellung belegt freilich, dass die seit Jahrzehnten gegenüber dem Einheitstätersystem erhobenen Vorwürfe, die Abgrenzungsfragen würden in die Ebene der Strafzumessung verlagert, jedenfalls im Hinblick auf das österreichische System nicht ganz unberechtigt sind. So mag es zwar richtig sein, dass der OGH im Laufe der Jahre seine Rechtsprechung zur Mittäterschaft konkretisiert hat (i.d.S. *Engert*, S. 50 ff.). Diese Konkretisierung stellt aber lediglich eine Wegentwicklung von einer subjektiven zu einer mehr an objektiven Gesichtspunkten orientierten Abgrenzungsweise dar (vgl. *Engert*, S. 51). Damit ist aber für ein Einheitstätersystem überhaupt nichts gewonnen; im Gegenteil muss die österreichische Rechtsprechung nach wie vor eine Kategorisierung der Beteiligungsbeiträge vornehmen. Die überkommene Trennung in verschiedene Beteiligungsformen wird damit in Wahrheit nicht überwunden; dass mit der Änderung der Begrifflichkeiten lediglich eine äußerliche Umetikettierung erfolgt ist, lässt sich kaum bestreiten. Dabei ist es freilich sicher richtig, wenn *Engert* (S. 54) feststellt, dass die Abgrenzung der Beteiligungsformen in Österreich an einfacheren Kriterien ausgerichtet ist als in Deutschland.

Sodann vergleicht *Engert* die Regelung des § 13 öStGB mit § 29 dStGB – erneut anhand der Gegenüberstellung der Rechtsprechung in Österreich und Deutschland – und erkennt, dass Einheitstätersystem und Beteiligungsformensystem zu denselben Ergebnissen führen (S. 111 ff., 117). Besonders erwähnenswert sind auch die Feststellungen zur Versuchsstrafbarkeit gem. § 15 öStGB. Da in Österreich die in Deutschland vorherrschende Ansicht zum regelmäßig geringeren Unwert der Beihilfe auch vom Gesetzgeber geteilt wird, ist der Beitragsversuch in § 15 Abs. 2 öStGB von der Versuchsstrafbarkeit ausgenommen. Damit – das sieht natürlich auch *Engert* (S. 133) – kommt der Abgrenzung der Beteiligungsformen aber auch auf Versuchsebene Bedeutung zu.

Am Ende seiner analytischen Darlegungen kommt *Engert* in seiner knappen Conclusio (S. 147 f.) zu dem Ergebnis, dass die österreichische Lösung gegenüber der deutschen „das Argument der Prozessökonomie“ für sich habe. In Begründungsschwierigkeiten gerate die Einheitstäterlösung nur vereinzelt, etwa im Rahmen der Strafflosigkeit des Beitragsversuches. Auch die Inkonse-

quenz des OGH, die Tatbeteiligungsformen nicht immer als gleichwertig zu beurteilen, räumt *Engert* ein. Letzteres sei etwa dann der Fall, wenn die Bestimmung eines anderen zur Begehung einer Straftat stets als strafscharfend gewertet werde (*Engert*, S. 156).

Es ist zu begrüßen, wenn die seit Jahren bestehenden Zweifel an der Tatherrschaftslehre einerseits und jeglichem differenzierenden Beteiligungsformensystem andererseits zu einer verstärkten Diskussion möglicher Alternativen führen. Dabei soll an dieser Stelle nur folgendes gesagt sein: Erstens lässt sich die Diskussion um ein kausales Tätersystem nicht auf „den“ Einheitstäter reduzieren. Im Ausland werden – etwa in Dänemark, Schweden und Norwegen – durchaus ganz unterschiedliche Einheitstätersysteme praktiziert (vgl. *Hamdorf*, a.a.O., passim). Die Reduzierung auf das Gegensatzpaar „formal“ und „funktional“ wird den theoretisch begründbaren und auch den tatsächlich praktizierten Einheitstätersystemen nicht mehr gerecht. Zweitens bleiben – dennoch – sämtliche dieser Systeme in der Sache traditionellen Differenzierungsparametern verhaftet. Damit bleiben Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen, die es nicht ratsam erscheinen lassen, ein letztlich doch nur monistisch-kausales Tätersystem mit all seinen Schwächen etwa auch in Deutschland einführen zu wollen. Wer die Bedenken *Engerts* gegenüber der in Deutschland praktizierten Täterlehre teilt, wird an diesem Punkt nicht stehen bleiben können. Notwendig ist vielmehr die Diskussion der Möglichkeit einer wirklichen Alternative zu jeder differenzierenden Beteiligungslehre. Es ist das Verdienst *Engerts*, zu der notwendigen Diskussion – vielleicht völlig – neuer Wege in der Beteiligungsdogmatik einen Anstoß gegeben zu haben. Welche Wege dies sein können, muss und sollte die zukünftige Diskussion zeigen. Vor dem Hintergrund zunehmender „Europäisierung des Strafrechts“ sollte es hierbei keine Tabus geben.

Akademischer Rat Dr. **Thomas Rotsch**, Kiel

Marcus Korte, Das Handeln auf Befehl als Strafausschließungsgrund - Die Wirkung des Befehls im Deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof, Baden-Baden, Nomos, (Nomos Universitätschriften: Düsseldorfer rechtswissenschaftliche Schriften Bd. 25), 2004, 256 Seiten, ISBN 3-8329-0546-4, 46,- Euro.

Die Dissertation von *Marcus Korte* setzt sich mit der Thematik des Handelns auf Befehl als Strafausschließungsgrund auseinander. Hierbei legt *Korte* den Schwerpunkt seiner Ausführungen zum einen auf die Wirkung des Befehls im deutschen Recht und zum anderen auf die Wirkung des Befehls im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof.

Korte wählt als Einstieg in die genannte Problematik eine Darstellung des historischen Hintergrundes der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl. Die Grundlagen des Handelns auf Befehl sieht *Korte* im Militärstrafrecht im römischen Recht. Im Anschluß an eine Darstellung des Handelns auf Befehl im römischen und germanischen Recht geht *Korte* des weiteren auf die Behandlung des Handelns auf Befehl in der Zeit des Mittelalters und des Absolutismus ein. Anzumerken bleibt, daß es für einige Leser durchaus hätte hilfreich sein können, wenn der Verfasser im Rahmen des historischen Überblicks die zitierten Grundsätze des römischen und germanischen Rechts ins Deutsche übersetzt hätte.

Zur Abrundung des historischen Überblicks zur Rechtsfigur des Handelns auf Befehl stellt *Korte* schließlich solche historischen Gerichtsentscheidungen dar, die seiner Auffassung nach als wichtiger Entwicklungsschritt im Völkerstrafrecht angesehen werden können. Zu nennen sind hier unter anderem die Leipziger Prozesse nach dem Ersten Weltkrieg sowie die Nürnberger und die Tokioter Prozesse nach dem Zweiten Weltkrieg. Im Rahmen dieser Darstellungen geht *Korte* auch auf die den Entscheidungen zugrundeliegenden Regelungen zum Handeln auf Befehl ein. Die Betrachtung der historischen Entwicklung vom römischen Recht hin zu den Regelungen des heutigen (Völker-)Strafrechts vervollständigt *Korte* schließlich dadurch, daß er in einem weiteren Kapitel seiner Arbeit die Entwicklung der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl nach Ende des Zweiten Weltkrieges bis hin zu Verabschiedung des Römischen Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs nachzeichnet. Hierbei stellt er auch die unterschiedlichen zum Handeln auf Befehl vertretenen Lehrmeinungen und die verschiedenen diesbezüglich angestrebten Kodifikationsbemühungen dar. Durch die Nachzeichnung des Weges von den Grundsätzen des römischen Rechts über die Auseinandersetzung mit der Rechtsfigur des Handelns auf Befehl in den Weltkriegen, den Kodifikationsbemühungen nach dem Zweiten Weltkrieg (u.a. in den Statuten der Internationalen Strafgerichtshöfe für das ehemalige Jugoslawien und Ruanda) bis hin zur Schaffung des Römischen Statuts für den Internationalen Strafgerichtshof wird deutlich, welche Entwicklung die Rechtsfigur des Handelns auf Befehl durchgemacht hat. *Korte* gelingt es, diese Entwicklung klar und leicht nachvollziehbar darzustellen, indem er immer wieder die in der jeweiligen Epoche zum Handeln auf Befehl vertretenen Lehrmeinungen darstellt. Der Leser wird hierdurch in die Lage versetzt, die anschließenden Ausführungen zum Handeln auf Befehl im deutschen Recht und im Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof auch vor dem Hintergrund der historischen Entwicklung nachzuvollziehen.

Im zweiten Teil seiner Arbeit geht *Korte* zunächst auf § 5 WStGB ein. Hiernach trifft einen Untergebenen, dessen rechtswidriges Verhalten den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, nur dann eine Schuld, wenn er erkennt, daß es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. Nachdem *Korte* die Norm des § 5 WStGB zunächst in den Kontext des Befehlsrechts einordnet, stellt er an-

schließend die Systematik der Vorschrift dar. Hierbei gelingt es *Korte*, einen umfassenden, leicht nachvollziehbaren und äußerst informativen Überblick über die Regelung des § 5 WStGB zu geben. Daneben gewinnt der Leser interessante Einblicke in die Befehlshierarchie des Militärs.

Zur Beantwortung der Frage, wann es für den Befehlsempfänger offensichtlich ist, daß sein Verhalten eine rechtswidrige Straftat darstellt, stellt *Korte* zunächst auf einen objektiven Beurteilungsmaßstab ab. Denn der die Strafbarkeit des Untergebenen begründende Vorwurf liegt darin, daß er nicht erkannt hat, was jeder andere in seiner Situation erkannt hätte. Diesen objektiven Maßstab ergänzt *Korte* jedoch dadurch, daß diesem ein subjektives, auf den betreffenden Untergebenen bezogenes Kriterium als Beurteilungsgrundlage zugrunde zu legen sein soll. Das individuelle Beurteilungswissen des Täters gewinnt somit nach Auffassung *Kortes* im Hinblick auf die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit des Befehls eine entscheidende Bedeutung. Unter Zugrundelegung dieser – m.E. durchaus überzeugenden – differenzierenden Betrachtungsweise geht *Korte* auf die sog. Mauer-schützenurteile des BGH ein. Hierbei kritisiert *Korte*, daß seitens des BGH nicht hinreichend berücksichtigt wurde, daß es im Rahmen der Prüfung des § 5 WStGB auf eine subjektive Bewertungsgrundlage und somit auf das individuelle Beurteilungswissen der Grenzsoldaten ankomme. Da hinsichtlich der Schuldhaftigkeit der Handlung zu hinterfragen ist, inwieweit den Täter eine individuelle Verantwortlichkeit trifft, ist es m.E. überzeugend, das individuelle Bewertungswissen des Befehlsempfängers als Beurteilungsgrundlage heranzuziehen.

Im zweiten Kapitel des zweiten Teils seiner Arbeit setzt sich *Korte* mit der Norm des Art. 33 IStGH-Statut auseinander. Hiernach schließt ein Handeln auf Befehl die Verantwortlichkeit des Befehlsempfängers grundsätzlich nicht aus, es sei denn a) der Täter war gesetzlich verpflichtet, den Anordnungen der betreffenden Regierung oder des betreffenden Vorgesetzten Folge zu leisten, b) der Täter wußte nicht, daß die Anordnung rechtswidrig ist, und c) die Anordnung war nicht offensichtlich rechtswidrig. Zu Art. 33 IStGH-Statut ist zunächst anzumerken, daß die Verantwortlichkeit des Befehlsempfängers nur in den Fällen entfallen kann, wenn jenem „lediglich“ die Begehung von Kriegsverbrechen befohlen wurde. Denn Art. 33 II IStGH-Statut stellt explizit klar, daß Anordnungen zur Begehung von Völkermord oder von Verbrechen gegen die Menschlichkeit als offensichtlich rechtswidrig anzusehen sind. Um die Normen des § 5 WStGB und des Art. 33 IStGH-Statut vergleichen zu können geht *Korte* zunächst auf die Frage ein, was unter einer Anordnung („order“) i.S.d. Art. 33 IStGH-Statut zu verstehen sei. Da das IStGH-Statut stark vom anglo-amerikanischen Recht beeinflusst wurde, greift *Korte* zur Beantwortung dieser Frage auf Rechtsprechung und Literatur des Common Law zurück. Schließlich setzt sich *Korte* mit den Voraussetzungen auseinander, deren Vorliegen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Befehlsempfängers ausschließt. Diesbzgl. kommt *Korte* zu dem Ergebnis, daß diese Voraussetzungen kumulativ vorlie-

gen müssen, damit der Befehlsempfänger nicht für die Befolgung des Befehls verantwortlich gemacht werden kann.

Das dritte Kapitel des zweiten Teils der Arbeit geht nunmehr auf die Frage ein, welche Unterschiede hinsichtlich der Bewertung des Handelns auf Befehl nach deutschem Recht und nach dem IStGH-Statut bestehen könnten. Hierbei thematisiert *Korte* zunächst, ob das Kriterium der Offensichtlichkeit i.R.d. Art. 33 IStGH-Statut (... „not manifestly unlawful“.) ein lediglich objektives oder ein (zumindest auch) subjektives Bewertungskriterium darstellt. Diesbzgl. analysiert *Korte* das sogenannte „manifest illegality principle“ der u.s.-amerikanischen Rechtsprechung, indem er sog. „leading cases“ nachzeichnet. Diese lassen zwar keine einheitlichen Kriterien zur Bestimmung der Offensichtlichkeit erkennen. Jedoch finden sich überwiegend solche Urteile, die die Frage nach der Offensichtlichkeit anhand rein objektiver Kriterien bestimmen. Da *Korte* davon ausgeht, daß die Grundzüge des anglo-amerikanischen Rechts auch die Rechtsprechung des ICC prägen werden, muß er mithin zu dem Ergebnis gelangen, daß § 5 WStGB und Art. 33 IStGH-Statut die Frage nach einem offensichtlich rechtswidrigen Befehl bzw. einer offensichtlich rechtswidrigen Anordnung anhand unterschiedlicher Kriterien beantworten. So ermöglicht die hinsichtlich der Offensichtlichkeit zumindest auch auf subjektive Kriterien abstellende Regelung des § 5 WStGB – das individuelle Bewertungswissen des Befehlsempfängers bildet die Beurteilungsgrundlage dafür, ob der erteilte Befehl als offensichtlich rechtswidrig anzusehen ist – eine systematische Einordnung eventueller Irrtümer des Befehlsempfängers in die deutsche Strafrechtsdogmatik. Im Gegensatz zu der sehr differenzierten Irrtumsdogmatik des deutschen Strafrechts unterscheidet Art. 32 IStGH-Statut lediglich zwischen dem „mistake of fact“ und dem „mistake of law“. Hierin ist wiederum eine Übernahme anglo-amerikanischer Rechtsgrundsätze zu sehen. Das Common Law erkennt die Schuldhaftigkeit des Täterverhaltens nicht als eigenständiges Verbrechensmerkmal an. Dementsprechend kann dort nicht danach differenziert werden, ob ein Irrtum des Täters die Tatbestandsmäßigkeit oder aber die Schuldhaftigkeit seines Verhaltens entfallen läßt.

Im Ergebnis führt die Anwendung der Regelungen des IStGH-Statuts (Art. 33 I i.V.m. Art. 32 IStGH-Statut) dazu, daß die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Befehlsempfängers weiter geht als dies nach deutschem Wehrstrafrecht der Fall ist. Nach Auffassung *Kortes* dürfte diese eher auf die Tat denn auf den Täter blickende strafrechtliche Kodifikation des IStGH-Statuts nicht nur der Notwendigkeit geschuldet sein, zwischen dem Rechtssystemen des Common Law und dem kontinental-europäischen Rechtssystem zu vermitteln. Vielmehr sei hier auch der Tatsache Bedeutung beizumessen, daß das IStGH-Statut ausschließlich Delikte besonderer Schwere erfaßt. Eine Normierung ausdifferenzierter Straffreistellungsgründe zugunsten der Täter könne hier kaum auf Verständnis der Öffentlichkeit oder der Opfer stoßen. Allein die Schwere der abzuurteilenden Straftaten darf

jedoch – hierin ist *Korte* uneingeschränkt zuzustimmen – nicht dazu führen, daß man von einer tätergerechten Beurteilung des fraglichen Verhaltens absieht. Es bleibt letztlich abzuwarten, inwieweit dem Internationalen Strafgerichtshof eine derartige tätergerechte Beurteilung auf Befehl begangener Taten mit dem ihm an die Hand gegebenen Regelwerk des IStGH-Statuts gelingen wird.

Im dritten Teil seiner Arbeit geht *Korte* schließlich auf die Frage der strafrechtlichen Beurteilung des Befehlsnotstands im deutschen Recht (erster Teil) und im IStGH-Statut (zweiter Teil) ein. Diesbzgl. ist wiederum anzumerken, daß die Regelungen des Art 31 I c und d IStGH-Statut (self- defence und duress) auf Grundsätze des anglo-amerikanischen Rechts zurückgreifen. Diesem ist eine Unterscheidung zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung fremd. *Korte* gelangt hierbei zu der Schlußfolgerung, daß unter Anwendung anglo-amerikanischer Rechtsgrundsätze auf Art. 31 I d IStGH-Statut eine Straflosigkeit des Befehlsempfängers, der im Befehlsnotstand handelt, als äußerst unwahrscheinlich anzusehen ist.

Zusammenfassend bleibt zu sagen, daß die Dissertation *Kortes* einen äußerst informativen und leicht verständlichen Überblick über die Regelungen zum Handeln auf Befehl im deutschen Strafrecht und im IStGH-Statut bietet. *Korte* gelingt es hierbei, dem Leser die wichtigsten Grundsätze des Common Law näherzubringen und deren Bedeutung für die Anwendung des IStGH-Statuts zu unterstreichen. Der Autor arbeitet die Unterschiede zwischen den Regelungen des WStGB und des IStGH-Statuts klar heraus. Besonders positiv ist hierbei zu bewerten, daß *Korte* die jeweiligen Konsequenzen der relevanten Normen deutlich herausarbeitet und diese einander gegenüberstellt. Der Leser wird hierdurch in die Lage versetzt, die Vor- und Nachteile der den Normen zugrundeliegenden unterschiedlichen Rechtssysteme klar zu erkennen. Ihm wird hierdurch die Möglichkeit gegeben, sich selbständig eine Meinung zum behandelten Thema zu bilden. Schließlich ist zur Arbeit *Kortes* anzumerken, daß der Autor vorhandene Lösungsansätze zur Problematik des Handelns auf Befehl durchaus kritisch bewertet. Sein eigener Lösungsansatz sowie die letztlich gezogenen Schlußfolgerungen sind überzeugend hergeleitet und dargelegt. Alles in allem ist die Arbeit *Korte* jedem zu empfehlen, der sich mit der Thematik des Handelns auf Befehl näher auseinandersetzen möchte.

Wiss. Mit. **Kirsten Schmidt**, Univ. Gießen

Patrick J. Rieck, „Substitut oder Komplement?“ **Die Videofernvernehmung von Zeugen gemäß § 247 a StPO**, Duncker & Humblot, Berlin 2003 (Schriften zum Strafrecht, Heft 139), 338 S., ISBN 3-428-11022-6, € 98,-.

Mit der Dissertationsschrift « „Substitut oder Komplement?“ Die Videofernvernehmung von Zeugen gemäß § 247 a StPO» legt der Verfasser Patrick J. Rieck eine sorgfältig aufbereitete Untersuchung der mit dem Zeugenschutzgesetz im Jahre 1998 in die Strafprozessordnung eingeführten Vorschrift des § 247 a StPO vor. In einer kritisch durchdachten Weise beschäftigt er sich mit der Thematik der audiovisuellen Simultanübertragung einer Zeugenaussage von einem anderen Ort als dem der Hauptverhandlung, wobei er das Bedürfnis für eine weitere Untersuchung des § 247 a StPO auf die „offensichtlich gegebenen Schwierigkeiten der Verfahrenspraxis im Umgang mit dem nunmehr in der StPO vorgesehenen „Videozeugen““ (S. 41) zurückführt. Aufgrund der gegebenen theoretischen wie praktischen Unsicherheiten beim Umgang mit dem Videozeugen und des – sowohl in den Gesetzesbegründungen zum Zeugenschutzgesetz als auch in den bisher zu § 247 a StPO erschienenen literarischen Stellungnahmen – bestehenden Mangels an Ausführungen zum „praktischen Fundament“ (S. 43) des § 247 a StPO und zu empirischen Erfahrungen im Umgang mit jener Vorschrift, macht es sich Rieck zur Aufgabe, jene praktischen wie theoretischen Unklarheiten aufzuzeigen und zu beseitigen (S. 42 f., 46). Unterzieht er dazu die Vorschrift des § 247 a StPO einerseits in theoretischer Hinsicht einer detaillierten dogmatischen Untersuchung, so geht er andererseits aber auch auf die praktische Seite der Videofernvernehmung ein, indem er sich mit strafjustizpraktischen Erfahrungen im Umgang mit Videokonferenztechnik (S. 117 ff.) sowie vernehmungs- und wahrnehmungspsychologischen Gesichtspunkten (S. 157 ff.) auseinandersetzt.

Die „überaus hohe(n) Bedeutung des persönlichen Beweismittels „Zeuge“ (S.26) an den Anfang stellend (S. 25 f.), geht der Verfasser im einleitenden Kapitel „Allgemeine Ausgangspunkte“ zunächst – wenn auch in recht knapper Weise – auf das Spannungsverhältnis zwischen dem Zeugenschutz, der Wahrheitsfindung im Strafverfahren und divergierenden Interessen anderer Prozessbeteiligte ein (S. 25 – 32). Bezüglich der „Verhinderung der „Flucht“ des Zeugen im Hinblick auf die Möglichkeit der Videovernehmung“ (S. 32 – 41) vermittelt er im folgenden einen Überblick über die Regelungen zum Einsatz von Videotechnik im deutschen Strafprozess gemäß §§ 58 a, 255 a, 168 e und 247 a StPO (S. 33 – 39) und stellt den Übereinkommensvorschlag des Rates der Europäischen Union vom 29.05.2000 dar (S. 39 – 41). Erst anschließend werden die „Ziele der Arbeit im Hinblick auf den Einsatz von Videotechnik im Strafprozess bei der Vernehmung von Zeugen“ (S. 41 – 46) formuliert und ein „Überblick über den Gang der Untersuchung“ (S. 46-47) gegeben.

Im zweiten Kapitel „Anwendung von Videotechnik im Hauptverfahren des deutschen Strafprozesses“ (S. 48 – 101) widmet sich der Verfasser im Anschluss an die Darstellung der „Rechtsgenese der Regelungen in der StPO zum Einsatz von Videotechnik im Gerichtssaal“ (S. 48 – 57) den „gesetzlichen Regelungen der §§ 247 a, 168 e StPO im einzelnen“ (S. 57 – 101) und untersucht hier

in detaillierter Weise die verschiedenen Anwendungsfälle für eine Videovernehmung.

An den Anfang des 3. Kapitels zum „Verhältnis des § 247 a zur unmittelbaren Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung sowie zu anderen Beweismitteln“ (S. 102 – 156) stellt Rieck die in Rechtsprechung und Literatur gegen den Einsatz des Videozeugen im Strafprozess geäußerten kritischen Einwände und Bedenken (S. 102 – 107). Diesen stellt er sodann erste strafjustizpraktische Erfahrungen im Umgang mit § 247 a StPO gegenüber, wobei er zum einen – als Fallbeispiel für fremde Erlebnisse bei Videokonferenzen – auf das „Videokonferenz-Verfahren des LG Dresden mit dem nicht-EU-Ausland“ (S. 118 – 121) und zum anderen auf „Eigene Erfahrungen bei Videokonferenzen“ (S. 121 – 133) eingeht. Die vom Verfasser – aufgrund seiner Teilnahme an und der Durchführung von eigenen Videokonferenzen (S. 122, 128) – gewonnenen Erkenntnisse zur praktischen „Funktionsweise der Videokonferenzsysteme“ (S. 122) gibt er in einem verständlich und anschaulich beschriebenen „Überblick über die verwendete Technik, die Datenübertragung und die technischen Eigenschaften“ (S. 123 – 128) wieder. Jene vom Verfasser als positiv bewerteten Erfahrungen beim Umgang mit Videokonferenztechnik (S. 128, 132) legt er sodann seiner weitergehenden Untersuchung, insbesondere bei der Prüfung des Verhältnisses des Videozeugen zu anderen Beweismitteln (S. 121, S. 45), zugrunde.

Der Frage nachgehend, ob und inwieweit die geäußerten Befürchtungen zutreffen, nach denen der Einsatz von Videotechnik im Strafprozess zu einer Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsprinzips führe, gelangt der Verfasser nach differenzierenden Erläuterungen des Unmittelbarkeitsprinzips (S. 133 – 153) zu dem Zwischenergebnis, dass „durch die audiovisuelle Fernvernehmung von Zeugen ... eine Beeinträchtigung des Unmittelbarkeitsprinzips in seinem formellen wie materiellen Aspekt nicht festgestellt werden“ (S. 153) kann sowie, dass es sich bei § 247 a StPO „um eine Ergänzung und keine Ausnahme des Prinzips der Unmittelbarkeit“ (S. 153) handelt.

Der Frage, ob „bei Videokonferenzen ... „Kommunikation“ im herkömmlichen Sinne möglich“ (S. 157) und ob bei diesen zudem die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen bzw. der Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage gewährleistet sei, widmet sich der Verfasser im 4. Kapitel zur „Glaubwürdigkeitsbeurteilung des Zeugen bei audiovisueller Fernvernehmung“ (S. 157 – 205). Im ersten Teil jenes Kapitels geht er auf die „Audiovisuelle Kommunikation als Ausgangspunkt der Glaubwürdigkeitsbeurteilung“ (S. 157 – 175) ein und untersucht insoweit zum einen die „Veränderungen des Kommunikationsverhaltens bei Videokonferenzen“ (S. 158 – 169) und zum anderen die „Richterliche Kommunikationsverantwortung und Kommunikationsoptimierung bei einer Videokonferenz“ (S. 169 – 175). Im folgenden zweiten Teil des Kapitels zur „Glaubwürdigkeitsbeurteilung“ (S. 175 – 205) widmet sich der Verfasser – im Anschluss an die leider etwas knapp gehaltene Darstellung der „zu-

nächst anhand der Kommunikationsverbalinformationen“ erfolgenden Glaubwürdigkeitsbeurteilung (S. 179 – 181) – in ausführlicher Weise der „Verhaltensorientierten Glaubwürdigkeitsbeurteilung“ anhand des nonverbalen Ausdrucksverhaltens des Zeugen (S. 181 – 203).

Gegenstand des 5. Kapitels ist das „Verhältnis des § 247 a zu weiteren Vorschriften sowie einzelne, damit verbundene Probleme“ (S. 206 – 269), wobei hier von Rieck verschiedene, „um § 247 a kreisende Einzelprobleme“ (S. 47) aufgegriffen werden. Dazu gehören das Verhältnis des § 247 a zu der „Entfernung des Angeklagten aus der Hauptverhandlung gem. § 247“ (S. 206 – 222), die „Videofernvernehmung und kommissarische Zeugenvernehmung gem. § 223“ (S. 222 – 242), die „Durchführung der Zeugenvernehmung durch Sachverständige als „Vernehmungsgehilfen““ (S. 243 – 249) sowie die Frage der „revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit“ von zu § 247 a getroffenen tatgerichtlichen Entscheidungen (S. 263 – 269). Da der Untersuchung von Rieck Rechtsprechung und Schrifttum bis Februar 2002 zugrunde gelegt wurden, sei im Zusammenhang mit der ebenfalls behandelten Frage der „Zulässigkeit der Abschirmungen des Zeugen?“ (S. 249 – 263) auf die nunmehr geänderte Rechtsprechung zur Zulässigkeit technischer Veränderungen bei audiovisueller Vernehmung von Verdeckten Ermittlern (BGH, Beschl. v. 26.9.2002, NJW 2003, 74 ff.) hingewiesen.

Im 6. Kapitel wird dem speziellen Problem der „Anwendung der Videotechnik bei Auslandszeugen“ (S. 270 – 302) nachgegangen, wobei sich neben „Gründe(n) und rechtliche(n) Kriterien für die Videofernvernehmung von Auslandszeugen“ (S. 270 – 281) Ausführungen zur „grenzüberschreitenden Videokonferenz gem. Art 10 Ergänzungs-Übereinkommen zum EuRhÜbk v. 29.05.2000“, zur „Mangelnde(n) Sanktionierbarkeit der Falschaussage des „Videozeugen““ (S. 289 – 297) sowie zum Verhältnis zwischen „Videofernvernehmung von Auslandszeugen und freie(m) Geleit“ (S. 297 – 302) finden.

Im 7. Kapitel (S. 303 – 308) fasst Rieck die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung sowie seine Forderungen de lege ferenda zusammen und gibt einen – leider sehr kurzen – Ausblick auf die seiner Ansicht nach zukünftig steigende Bedeutung der audiovisuellen Videofernver-

nehmung von Zeugen in der Hauptverhandlung, wobei er an die „Bereitschaft der Verfahrenspraxis ...“ appelliert, „... die „neuen Medien“ auch für den Strafprozess nutzbar zu machen“ (S. 308).

Unter erneuter Betonung des notwendig zu beachtenden empirisch-praktischen Fundaments des § 247 a StPO, für das Rieck mit seiner Arbeit einen wertvollen Beitrag geleistet hat, fordert er die Verfahrenspraxis dazu auf, „sich einen umfassenden Eindruck von den technischen Möglichkeiten heutiger Videokonferenzsysteme zu bilden“ (S. 305).

Der Anhang (S. 309 – 316) enthält „Pressemitteilungen des LG Dresden“, Angaben zu den „Annähernde(n) Kosten für Videokonferenzen in Deutschland“, „Informationen zu Videokonferenzen und Videokonferenzsystemen im Internet“ sowie Angaben zu den „Länder(n), in die Videokonferenzen etwa durch die Telekom AG geschaltet werden können“.

In kritischer Auseinandersetzung mit den in Rechtsprechung und Literatur geltend gemachten Einwänden gegen den Einsatz des Videozeugen im Strafprozess tritt Rieck in konsequenter Weise für seine Ansicht von der „Sinnhaftigkeit einer Beweisführung vermittelt „Videozeugen““ (S. 306) ein. Sein „Werben“ für den Einsatz des „Videozeugen“ im Strafprozess, welches sich wie ein roter Faden durch die gesamte Arbeit zieht, kleidet er dabei in eine klare und verständliche, jedoch nicht aufdringliche Sprache sowie in einen überwiegend gut strukturierten Untersuchungsaufbau, der das zu beachtende Zusammenspiel der theoretischen und praktischen Seite der Videofernvernehmung nach § 247 a StPO in ansprechender Weise aufzeigt und belegt. Im Sinne des von Rieck geäußerten Wunsches, wonach seine Untersuchung „Diskussionsgrundlage sein und Widerspruch herausfordern (soll)“ (S. 306), ist dieses Buch daher jedem zu empfehlen, der sich mit dem Einsatz des „Videozeugen“ als neues Medium im Strafprozess in kritischer und reflektierender Weise auseinanderzusetzen beabsichtigt.

Oberassistentin **Dr. Daniela Demko**, LL.M.Eur., Univ. Zürich

Vollständige Rechtsprechung des BGH

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

417. BVerfG 2 BvR 656/99, 2 BvR 657/99, 2 BvR 683/99 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 25. Januar 2005 (BGH/LG Verden)

Recht auf ein faires Verfahren (Waffengleichheit; unterschiedliche Behandlung der Revisionen des Angeklagten

und der Staatsanwaltschaft und Hauptverhandlung in der Revision; gegenläufige Revisionen); Rechtsstaatsprinzip und rechtliches Gehör (Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz); strafprozessuale Revision (Darlegungsobliegenheiten bei der Verfahrensrüge; Vortrag bei der nicht

verlesenen Urkunde, keine anderweitige Einführung in die Hauptverhandlung, Inbegriff der Hauptverhandlung, kein Vortrag zu Vorgängen ohne unmittelbaren Zusammenhang zur Beweisgewinnung in der Hauptverhandlung); Hinweispflicht; Willkürverbot.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 265 StPO; § 261 StPO; § 300 StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

418. EGMR Nr. 41604/98 – Urteil vom 28. April 2005 (Buck v. Germany)

Recht auf Achtung des Privatlebens und der Wohnung (Einsatz von Durchsuchungen und Beschlagnahmen bei der Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten; Verhältnismäßigkeit: Darlegungslast der Vertragsstaaten und Prüfungskriterien bei Durchsuchungen und Beschlagnahmen; Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit); Rechtsschutz gegen Grundrechtseingriffe trotz prozessualer Überholung. Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 GG; Art. 19 IV GG; § 103 StPO; § 105 StPO

419. BVerfG 2 BvR 2236/04 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 28. April 2005 (Justizbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg/OLG Hamburg)

Einstweilige Anordnung (Wiederholung); Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl. § 32 Abs. 6 Satz 2 BVerfGG

420. BVerfG 2 BvR 245/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Mai 2005 (LG Dortmund/OLG Hamm)

Grundrecht auf Eigentum; Schadenersatzansprüche des Geschädigten (Arrest; Vorrang vor der Staatskasse; Informationsvorsprung im Ermittlungsverfahren); entsprechende Anwendung des dinglichen Arrests zur Rückgewinnungshilfe auf § 111i StPO; fehlende schlüssige Darlegung der Verletzung von Grundrechten durch angegriffenen Normen oder normanwendende Entscheidungen. Art. 14 Abs. 1 GG; § 111b Abs. 2 StPO; § 111b Abs. 5 StPO; § 111d StPO; § 111i StPO

421. BVerfG 2 BvR 332/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Mai 2005 - (AG Mönchengladbach/LG Mönchengladbach/OLG Düsseldorf)

Voraussetzungen von Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft bei jugendlichen Beschuldigten; prozessuale Erledigung (zeitlich letzte Haftentscheidung als Grundlage für den Vollzug der Untersuchungshaft; Fortbestehen des Rechtsschutzbedürfnisses trotz Erledigung); Garantie des gesetzlichen Richters (Verletzung durch die Judikative; an abstrakten Kriterien orientierte, im vorhinein getroffene Zuständigkeitsentscheidung; kein grundlegendes Verkennen von Inhalt und Reichweite der Garantie); „Jugendermittlungsrichter“.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 6 EMRK; § 112 StPO; § 125 Abs. 1 StPO; § 162 Abs. 1 StPO; § 34 Abs. 1 JGG; § 37 JGG; § 41 JGG; § 72 Abs. 6 JGG; § 102 JGG; § 120 GVG

422. BVerfG 2 BvR 449/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. April 2005 (BGH/LG Lübeck)

Freiheit der Person; einstweilige Anordnung (Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe; Folgenabwägung); Anforderungen an die Darlegungsvoraussetzungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Einzelfall einer einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes, mit der die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bis zur Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt wird.

423. BGH 1 StR 37/05 – Urteil vom 11. Mai 2005 (LG Bayreuth)

BGHSt; nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung (Beurteilung eines Therapieabbruchs; Anforderungen an die Darlegung mangelnder Therapiewilligkeit; erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten für die Allgemeinheit; individuelle Prognose; erforderlicher Hand zu erheblichen Straftaten; neue Tatsachen im Sinne des § 66b StGB); Anforderung an die Begutachtung gemäß § 275a Abs. 4 Satz 1 StPO (keine zwingende Begutachtung durch zwei Fachärzte mit psychiatrischer Ausbildung und Erfahrung).

Art. 5 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 66b Abs. 1 StGB; § 66 StGB; § 275a Abs. 4 StPO

424. BGH 1 StR 60/05 – Beschluss vom 6. April 2005 (LG Stuttgart)

Ordnungsgemäß unterzeichneter Eröffnungsbeschluss (Verfahrenshindernis; Einstellung). § 203 StPO

425. BGH 1 StR 110/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Stuttgart)

Beweiswürdigung (Feststellungsgrundlage). § 261 StPO

426. BGH 1 StR 120/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Mosbach)

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

427. BGH 1 StR 123/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Traunstein)

Schwerer Fall des Diebstahls (falscher Schlüssel: keine Anwendung auf abhanden gekommene Schlüssel; Überwindung einer Schutzvorrichtung; fehlende wesentliche Erschwerung; mögliche Annahme eines unbenannten schweren Falles); angemessene Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe.

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

428. BGH 1 StR 552/04 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Ravensburg)

Wirksame Rücknahmeerklärung. § 302 Abs. 2 StPO

429. BGH 4 StR 13/05 – Beschluss vom 12. April 2005 (LG Bielefeld)

Täterschaftlich begangenes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Geltung allgemeiner Beteiligungsgrundsätze).
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

430. BGH 4 StR 76/05 – Beschluss vom 21. April 2005 (LG Bochum)

Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Vorwurf der Vergewaltigung; nähere Darlegung der von der Nebenklägerin angegebenen Gründe für ihre späte Offenbarung der von ihr behaupteten Vergewaltigungen).
§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

431. BGH 4 StR 82/05 – Beschluss vom 7. April 2005

Beistandsbestellung bei der Nebenklage (Interpretation des Verbrechens bei Gesetzesänderungen); Antragsauslegung.
§ 397 a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 300 StPO

432. BGH 4 StR 82/05 – Beschluss vom 7. April 2005 (LG Paderborn)

Strafverfolgungsverjährung; Beweiswürdigung (mangelhafte Feststellungen: Tatkonkretisierung bei Serienstraf-taten, Sexualdelikten).
§ 78 StGB; § 176 StGB; § 200 StPO

433. BGH 4 StR 9/05 – Beschluss vom 22. Februar 2005 (LG Paderborn)

Sexuelle Nötigung (schutzlose Lage des Opfers; äußere Umstände; Ausnutzung einer Behandlungssituation); sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Widerstandsunfähigkeit).
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 179 StGB

434. BGH 4 StR 95/05 – Beschluss vom 5. April 2005 (LG Bielefeld)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern (Rechtsgut der ungestörten Gesamtentwicklung des Kindes; besondere Strafmilderung bei Tatbegehung in einem Liebes-verhältnis); Strafzumessung (Berücksichtigung general-präventiver Erwägungen).
§ 176 StGB; § 176a StGB; § 46 StGB

435. BGH 4 StR 456/04 – Beschluss vom 30. März 2005

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisions-gerichts.
§ 346 Abs. 2 StPO

436. BGH 4 StR 545/04 – Beschluss vom 5. Januar 2005 (LG Neuruppin)

Entfernen vom Unfallort (Unfall; mögliche deliktische Planung der Schadensereignisses).
§ 142 StGB

437. BGH 4 StR 582/04 - Beschluss vom 12. April 2005 (LG Bochum)

Unbegründete Gegenvorstellung; Anhörungsrüge.
§ 356 a StPO; § 304 Abs. 1 Satz 1 StPO

438. BGH 5 StR 26/05 – Beschluss vom 18. April 2005 (LG Berlin)

Klarstellung von Fassungsversehen und Zählfehlern.
§ 349 Abs. 4 StPO

439. BGH 5 StR 27/05 – Beschluss vom 18. April 2005 (LG Berlin)

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

440. BGH 5 StR 61/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Potsdam)

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

441. BGH 5 StR 69/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Berlin)

Zutreffende Ablehnung eines Verfahrenshindernis bei Annahme einer konventionswidrigen Tatprovokation (Ausgleich durch Strafzumessung; Verschleierung des Einsatzes eines V-Mannes; gebotene Prüfung eines minder schweren Falles).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG; § 31 BtMG

442. BGH 5 StR 122/05 – Beschluss vom 11. Mai 2005 (LG Hamburg)

(Gewerbsmäßiges) Einschleusen von Ausländern (keine Änderung des Tatbestandes durch den Beitritt verschiedener osteuropäischer Staaten zur EU; Genehmigungspflicht; Genehmigung).
§ 92a Abs. 2 Nr. 1 AuslG; § 2 Abs. 3 StGB

443. BGH 5 StR 147/05 – Beschluss vom 20. April 2005 (LG Berlin)

Versagung der Strafraumenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB bei Alkoholisierung (Alkoholkrankheit: Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit des tatbestandlichen Verhaltens).
§ 21 StGB; § 49 StGB

444. BGH 5 StR 586/04 – Beschluss vom 19. April 2005 (LG Chemnitz)

Absprachebedingter Rechtsmittelverzicht (Grundsätze des Großen Senats; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand: keine Verhinderung bei Unkenntnis; Verteidiger-zurechnung).
§ 44 StPO; § 302 StPO

In der Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO.

445. BGH 2 StR 17/05 - Beschluss vom 28. April 2005 (LG Aachen)

Verfall (unbillige Härte); Erörterungsmangel.
§ 73c StGB

446. BGH 2 StR 45/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Erfurt)

Verfolgungsverjährung; Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs.

§ 78 StGB; § 354 StPO

447. BGH 2 StR 46/05 - Beschluss vom 22. April 2005 (LG Trier)

Besorgnis der Befangenheit (Vorbefassung; Rechtsfehler); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 22 StPO; § 23 StPO; § 148 a Abs. 2 Satz 1 StPO

448. BGH 2 StR 52/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Aachen)

Erschöpfung der Anklage; Zuständigkeit zur teilweisen Einstellung des Verfahrens im Revisionsverfahren.

§ 154 Abs. 1 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO

449. BGH 2 StR 87/05 - Beschluss vom 28. April 2005 (LG Köln)

Beschwerde; Abhilfeentscheidung; Beschluss über Strafaussetzung bei der Urteilsverkündung.

§ 306 Abs. 2 StPO; § 268a StPO

450. BGH 2 StR 92/05 - Beschluss vom 15. April 2005 (LG Erfurt)

Tenorberichtigung; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 54 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

451. BGH 2 StR 103/05 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Frankfurt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 44 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

452. BGH 2 StR 111/05 - Beschluss vom 8. April 2005 (LG Limburg)

Erpresserischer Menschenraub (funktionaler Zusammenhang zwischen Bemächtigungslage und beabsichtigter Erpressung).

§ 239a StGB

453. BGH 2 StR 124/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Köln)

Verminderte Schuldfähigkeit (Unrechtseinsicht; Vermeidbarkeit; Steuerungsfähigkeit).

§ 21 StGB

Der Täter, der trotz generell gegebener verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht gehabt hat, ist voll schuldfähig. Fehlte ihm die Einsicht in das Unrecht seiner Tat, kann § 21 StGB nur angewendet werden, wenn ihm dies vorzuwerfen ist. Kann ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden, greift § 20 StGB ein mit der Folge, dass eine Bestrafung ausscheidet (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 21, 27, 28 f.; 40, 341, 349).

454. BGH 2 StR 135/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Köln)

Strafzumessung (Beruhen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

§ 46 StGB; § 337 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

455. BGH 2 StR 151/05 - Beschluss vom 28. April 2005 (LG Frankfurt)

Rücknahme der Revision durch den Angeklagten.

§ 302 StPO

456. BGH 2 StR 165/05 - Beschluss vom 11. Mai 2005 (LG Trier)

Tateinheit (Beschwer).

§ 52 StGB; vor § 296 StPO

457. BGH 2 StR 187/05 - Beschluss vom 20. Mai 2005 (LG Kassel)

Pflichtverteidigerbestellung (Fortwirkung in der Revisionsinstanz).

§ 140 StPO

458. BGH 2 StR 310/04 - Urteil vom 22. April 2005 (Landgericht Kassel)

BGHSt; Kannibalismus („Kannibale von Rothenburg“); Mord (Befriedigung des Geschlechtstriebes; Tötung zur Ermöglichung einer anderen Straftat); Tötung auf Verlangen (Bestimmen zur Tötung; handlungsleitendes Motiv); Beweiswürdigung (Verstoß gegen Denkgesetze; Zirkelschluss); entlastende Einlassung des Angeklagten (Unwiderleglichkeit; Zweifelssatz); Störung der Totenruhe (geschütztes, unbedeutendes Rechtsgut; Pietätsgefühl der Allgemeinheit; postmortaler Persönlichkeitsschutz; Dispositionsmöglichkeit des Tatopfers; Einwilligung; Einverständnis; Menschenwürde; Paternalismus).

Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 211 StGB; § 216 StGB; § 261 StPO; § 168 StGB; § 131 StGB; § 184 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 StPO

459. BGH 2 StR 457/04 - Urteil vom 27. April 2005 (LG Darmstadt)

BGHSt; unerlaubter Aufenthalt; verwaltungsakzessorischer Tatbestand; Aufenthaltsgenehmigung (Tatbestandswirkung); Visum; intertemporales Strafrecht (milderes Recht; Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs); Schengener Durchführungsübereinkommen (Positivstaaten; Negativstaaten); Bestimmtheitsgrundsatz.

§ 92 Abs. 1 Nr. 1 und 6 AuslG; § 92 a Abs. 1 AuslG; § 95 Abs. 1 Nr. 2 und 3 AufenthG; § 96 Abs. 1 AufenthG; § 2 Abs. 1 und 3 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

460. BGH 2 StR 518/03 - Beschluss vom 28. April 2005

Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs im Revisionsrechtszug (entscheidungserheblicher Verstoß).

§ 356a StPO; § 33a StPO

461. BGH 2 StR 524/04 - Beschluss vom 7. April 2005 (LG Aachen)

Intertemporales Strafrecht (Änderung des persönlichen Anwendungsbereichs einer Strafnorm); milderes Recht; Menschenhandel (Einwirken); Menschenhandel zum

Zweck der sexuellen Ausbeutung.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 180b StGB; § 232 StGB

462. BGH 2 StR 531/04 - Beschluss vom 15. April 2005 (LG Koblenz)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 44 StPO

463. BGH 2 ARs 44/05 / 2 AR 36/05 - Beschluss vom 14. April 2005

Unanfechtbarer Beschluss eines OLG; nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 33a StPO

464. BGH 2 ARs 463/04 / 2 AR 10/05 - Beschluss vom 30. März 2005

Unzulässige Beschwerde gegen Beschluss des OLG; nachträgliche Gewährung rechtlichen Gehörs.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 33a StPO

465. BGH 2 ARs 82/05 / 2 AR 72/05 Beschluss vom 3. Mai 2005

Unanfechtbarer Beschluss über Untersuchungshaft; Staatsschutzstrafsache.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 310 StPO

466. BGH 2 ARs 83/05 2 AR 71/05 – Beschluss vom 22. April 2005 (OLG München)

Unzulässige Beschwerde; rechtliches Gehör.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

467. BGH 2 ARs 84/05 / 2 AR 64/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (AG Rottenburg)

Jugendstrafe; Vollstreckungsleiter; Vollstreckungsleitung (Abgabe).

§ 85 JGG

468. BGH 2 ARs 92/05 / 2 AR 51/05 – Beschluss vom 31. März 2005 (OLG Köln)

Unzulässige Beschwerde gegen Beschluss des OLG

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

469. BGH 3 StR 100/05 - Beschluss vom 12. April 2005 (LG Itzehoe)

Strafzumessung beim Totschlag (Doppelverwertungsverbot; „Nähe“ zur Verwirklichung eines Mordmerkmals; Angemessenheit).

§ 46 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB

470. BGH 3 StR 106/05 - Beschluss vom 20. April 2005 (LG Lüneburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Anbau von Betäubungsmitteln; Verfahrensbeschränkung auf im Erwachsenenalter begangene Straftaten (Zuständigkeit der Jugendstrafkammer); Aufklärungshilfe.

§ 154a StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 32 JGG; § 29a BtMG; § 31 BtMG

471. BGH 3 StR 453/04 - Urteil vom 7. April 2005 (LG Hannover)

Bandenmäßiger Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge; Aufklärungspflicht (Verteidigererklärungen; Absprachen); Überzeugungsbildung.

§ 30 a Abs. 1 BtMG; § 244 StPO; § 261 StPO

472. BGH 3 StR 95/05 - Beschluss vom 20. April 2005 (LG Osnabrück)

Sexueller Mißbrauch von Kindern (natürliche Handlungseinheit); Verschlechterungsverbot; Herabsetzung der Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht.

§ 176 a Abs. 1 Nr. 1 StGB aF; § 358 Abs. 2 StPO; § 265 StPO; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

473. BGH GSt 2/04 - Beschluss vom 27. April 2005 (LG Essen; LG Detmold)

Divergenzvorlage; Entziehung der Fahrerlaubnis; Sicherheit des Straßenverkehrs; allgemeine Kriminalitätsbekämpfung; Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen (Wertung aufgrund konkreter Umstände; Vorleben des Täters; Prognose; eigene Sachkunde des Tatrichters; Beweisanträge; Aufklärungspflicht); Prognoseentscheidung.

§ 69 Abs. 1 StGB; § 132 GVG; § 244 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 3 Abs. 1 StVG