

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 7/2005
6. Jahrgang

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

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

Publikationen

RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Tatrichterliche Notwehr gegen Missbrauch des Beweisantragsrechts?** (Anm. zum BGH 5 StR 129/05 = BGH HRRS 2005 Nr. 543). S. 233

Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale), New Haven – **„Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht ist wirksam, ist unwirksam, ist wirksam“** (Anm. zu BGH GSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310). S. 235

RA Dr. *Christina Koch*, Berlin – **Zur Wirksamkeit eines absprachebedingten Rechtsmittelverzichts und deren Auswirkungen im Hinblick auf die Wiedereinsetzung** (Anm. zum BGH GSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310). S. 245

Wiss. Ass. *Karsten Gaede*, Hamburg/Zürich – **HRRS-Praxishinweis: Vollendung und Versuch beim Handeltreiben – Zur „kleinen Vorlage“ des dritten Strafsenats** (zugleich Anm. zu BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 – Beschluss vom 13.1.2005 = BGH HRRS 2005 Nr. 343) S. 250

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR **Öcalan v. Türkei – Faires Verfahren und Todesstrafe**

BVerfG **Beschlagnahme und Kopie des Datenbestandes einer Rechtsanwaltskanzlei**

BGH **Missbrauchsabwehr und Verfahrensbeschleunigung beim Beweisantragsrecht**

BGH **Zeugnisverweigerungsrecht eines Notars und seines Gehilfen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 53a StPO bei amtspflicht- und gesetzeswidriger Umsetzung eines dem Notar erteilten Auftrags und Geldwäschegesetz (BGHSt)**

BGH **Erhebliche Umstände im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB**

BGH **Aufklärungspflicht bei der Vernehmung von Auslandszeugen (Fall Mzoudi)**

BGH **Keine Steuerbefreiung ohne Nachweis einer inngemeinschaftlichen Lieferung**

BGH **Ausnahmecharakter der numerischen Kompensation bei der Strafzumessung**

Diese Ausgabe umfasst 76 Entscheidungen.

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden / 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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

6. Jahrgang, Juli 2005, Ausgabe

7

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

549. BVerfG 2 BvR 1027/02 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. April 2005 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Beschlagnahme und Kopie des gesamten Datenbestandes einer Rechtsanwaltskanzlei und Steuerberatungsgesellschaft; allgemeine Handlungsfreiheit (wirtschaftliche Entfaltung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Bestimmung des Verwendungszwecks bereichsspezifisch und präzise; Normenklarheit; Zweckbindung); kein Eingriff in die Berufsfreiheit (Schutzbereich; unmittelbar auf die Berufstätigkeit bezogen; objektiv berufsregelnde Tendenz); Verhältnismäßigkeit (staatliches Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung; Abwägung mit Interessen betroffener Dritter; Beeinträchtigung beruflicher Tätigkeit; freie Advokatur; Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt; Recht auf ein faires Verfahren); Begrenzung des Zugriffs auf Daten durch Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung (Auswertung der Struktur eines Datenbestands; Nutzung geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme; Zufallsfunde); Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung; datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch der StPO (keine Gefährdung des Untersuchungszwecks; kein Entgegenstehen überwiegender schutzwürdiger Interessen Dritter; Gefährdung nur durch die Informationsübermittlung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 12 GG; Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 110 StPO; § 97 StPO; §

53 StPO; § 108 StPO; § 489 StPO; § 483 StPO; § 19 BDSG

1. Die Strafprozessordnung erlaubt die Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und hierauf gespeicherten Daten als Beweisgegenstände im Strafverfahren. (BVerfG)

2. Bei Durchsichtung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten muss der Zugriff auf für das Verfahren bedeutungslose Informationen im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden. (BVerfG)

3. Zumindest bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen ist ein Beweisverwertungsverbot als Folge einer fehlerhaften Durchsichtung und Beschlagnahme von Datenträgern und darauf vorhandenen Daten geboten. (BVerfG)

4. Die Zulässigkeit der Beschlagnahme des Datenbestands einer Rechtsanwaltskanzlei oder Steuerberatungsgesellschaft ist am Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG zu messen. (Bearbeiter)

5. Art. 2 Abs. 1 GG schützt nicht nur den Kernbereich der Persönlichkeit. Erfasst ist vielmehr jedes menschliche Verhalten. Da nach der Art der geschützten Tätigkeit

nicht differenziert wird, sind von Art. 2 Abs. 1 GG auch wirtschaftliche (vgl. BVerfGE 10, 89, 99) und berufliche Tätigkeiten erfasst. Geschützt werden natürliche und juristische Personen sowie Personenmehrheiten (vgl. BVerfGE 10, 89, 99; 23, 12, 30). (Bearbeiter)

6. Die Beschlagnahme oder Maßnahmen nach § 110 StPO, die nur mittelbar aus der Durchsichtung der Wohn- und Geschäftsräume folgen, unterfallen nicht mehr dem Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG (vgl. Beschlüsse der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 30. Januar 2002 - 2 BvR 2248/00 -, NStZ 2002, S. 377 und vom 28. April 2003 - 2 BvR 358/03 -, BVerfGK 1, 126, 133). Insoweit bildet Art. 2 Abs. 1 GG den maßgebenden Schutzbereich, wenn und soweit nicht andere Spezialgrundrechte vorgehen. (Bearbeiter)

7. Die freie Entfaltung der Persönlichkeit setzt unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung und Weitergabe seiner persönlichen Daten voraus. Dieser Schutz ist von dem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG umfasst. Das Grundrecht gewährleistet insoweit die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (vgl. BVerfGE 65, 1, 43). Das Grundrecht dient dabei über das hinaus, was es unmittelbar gewährleistet, auch dem Schutz vor einem Einschüchterungseffekt, der entstehen und zu Beeinträchtigungen bei der Ausübung anderer Grundrechte führen kann, wenn für den Einzelnen nicht mehr erkennbar ist, wer was wann und bei welcher Gelegenheit über ihn weiß. Die Freiheit des Einzelnen, aus eigener Selbstbestimmung zu planen und zu entscheiden, kann dadurch wesentlich gehemmt werden. (Bearbeiter)

8. Beschränkungen des Art. 2 Abs. 1 GG bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen klar und für den Bürger erkennbar ergeben und die damit dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entspricht. §§ 94 ff. StPO genügen diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen hinsichtlich der Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den hierauf gespeicherten Daten. (Bearbeiter)

9. Die Sicherstellung und Beschlagnahme der Datenträger und der darauf gespeicherten Daten muss nicht nur zur Verfolgung des gesetzlichen Strafverfolgungszwecks Erfolg versprechend sein. Vor allem muss gerade die zu überprüfende Zwangsmaßnahme zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein; dies ist nicht der Fall, wenn andere, weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen. Schließlich muss der jeweilige Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen (vgl. BVerfGE 96, 44, 51). (Bearbeiter)

10. Der Zugriff auf den gesamten Datenbestand ist nicht erforderlich, wenn die Sicherung der beweiserheblichen

Daten auf eine andere, die Betroffenen weniger belastende Weise ebenso gut erreicht werden kann. (Bearbeiter)

11. Die Beschlagnahme sämtlicher Daten oder der gesamten Datenverarbeitungsanlage darf nicht pauschal damit begründet werden, dass eine etwaige Datenverschleierung nicht ausgeschlossen werden könne. Insoweit bedarf es vielmehr einzelfallbezogener Erwägungen. (Bearbeiter)

12. Wenn den Strafverfolgungsbehörden im Verfahren der Durchsicht unter zumutbaren Bedingungen eine materielle Zuordnung der verfahrenserheblichen Daten einerseits oder eine Löschung der verfahrensunerheblichen Daten beziehungsweise deren Rückgabe an den Berechtigten andererseits nicht möglich ist, steht der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit der Maßnahme einer Beschlagnahme des gesamten Datenbestands nicht entgegen. Es muss dann aber im jeweiligen Einzelfall geprüft werden, ob der umfassende Datenzugriff dem Übermaßverbot Rechnung trägt. (Bearbeiter)

13. Zwar ist die Regelung eines Anwesenheitsrechts des Inhabers der durchzusehenden Papiere und Daten in § 110 Abs. 3 StPO a.F. durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24. August 2004 (BGBl I S. 2198) ersatzlos gestrichen worden, gleichwohl kann es zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs im Einzelfall geboten sein, den Inhaber des jeweiligen Datenbestands in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit sichergestellter Daten einzubeziehen. (Bearbeiter)

474. EGMR Nr. 46221/99 – Urteil vom 12. Mai 2005 (Öcalan v. Türkei No. 2, Große Kammer)

Recht auf Freiheit und Sicherheit (Freiheit der Person; rechtmäßige Freiheitsentziehung; effektives Haftprüfungsverfahren; unverzügliche Vorführung; Eingriff; völkerrechtswidrige Entführung); Geltung der EMRK bei der Rechtshilfe; Recht auf ein faires Verfahren (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts bei Militärgerichten; eindeutiger Verzicht; Recht auf effektive und wirksame Verteidigung; Vorbereitung; Akteneinsicht des Beschuldigten und des Verteidigers; freier Verkehr mit dem Anwalt); Todesstrafe (in Friedenszeiten; De-facto-Abschaffung; Verhängung und Vollstreckung nur nach fairem Verfahren; unmenschliche Behandlung); Auslegung und Rechtsfortbildung.

Art. 2 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 137 StPO; § 147 StPO

1. Die Verhängung einer Todesstrafe, die in Friedenszeiten nicht in einem fairen Verfahren gemäß Art. 6 EMRK begründet worden ist, stellt eine unmenschliche Behandlung dar und verletzt Art. 3 EMRK.

2. Die EMRK steht Rechtshilfe nicht per se entgegen, solange diese keine in ihr garantierten Rechte verletzt. Eine Freiheitsentziehung, die ein Konventionsstaat auf

dem Territorium eines anderen Staates vollzieht, stellt einen Eingriff in Art. 5 EMRK dar. Auch eine atypische Auslieferung widerspricht der Konvention jedoch nicht ohne weiteres.

3. Auch wenn die Untersuchung terroristischer Straftaten die Strafverfolgungsbehörden vor besondere Probleme stellt, befreit sie dies nicht von der Beachtung und der effektiven Kontrolle gemäß Art. 5 EMRK.

4. Unter dem Gesichtspunkt der von Art. 6 EMRK garantierten Waffengleichheit hat jede Partei das Recht, ihre Sicht des Falles hinreichend unter Bedingungen darzulegen, die sie nicht gegenüber der anderen Partei benachteiligen. Dabei kommt es auch auf den Eindruck einer Benachteiligung an.

475. BVerfG 2 BvR 1378/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2005 (LG Köln/AG Leverkusen)

Dinglicher Arrest im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Tatbegehung als Organ einer Gesellschaft; Voraussetzungen des Arrestes gegen die juristische Person); prozeduraler Grundrechtsschutz (Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens; Richtervorbehalt); eigenverantwortliche richterliche Prüfung (auf den Einzelfall bezogenen Ausführungen; eigenständige Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen einer Arrestanordnung); Verhältnismäßigkeit (Missachtung der Eingriffsvoraussetzungen in besonders drastischer Weise; fehlerhafte Entscheidungsformel).

Art. 14 Abs. 1 GG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73 a Abs. 1 StGB; § 111b Abs. 2 StPO; § 111d StPO; § 111e Abs. 1 StPO; § 162 StPO

1. Der dingliche Arrest und die auf seiner Grundlage ergehende Pfändung (§§ 111 d, 111 f StPO) sind als staatlicher Zugriff auf das Vermögen am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zu messen.

2. Wird durch die Sicherungsmaßnahme nahezu das gesamte Vermögen der Verfügungsbefugnis des Betroffenen entzogen, so fordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besonders sorgfältige Prüfung und eine eingehende Darlegung der maßgeblichen tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der Anordnung (Beschluss der 3.

Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juni 2004, WM 2004, 1378, 1379 f.). Es kann jedoch auch ein weniger umfassender Zugriff auf das Vermögen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit scheitern, wenn die Eingriffsvoraussetzungen in besonders drastischer Weise missachtet wurden.

3. Nicht nur die entsprechenden Normen des Prozessrechts, sondern auch der Schutz des Grundrechts aus Art. 14 Abs. 1 GG verlangen vom Ermittlungsrichter und dem Rechtsmittelgericht, dass sie die tatsächlichen Grundlagen einer Arrestanordnung selbst ermitteln und ihre rechtliche Auffassung unabhängig von der Exekutive gewinnen und begründen. Es müssen die eigene richterliche Prüfung der Voraussetzungen des Eingriffs und die umfassende Abwägung zur Feststellung seiner Angemessenheit mit auf den Einzelfall bezogenen Ausführungen dargelegt werden. Schematisch vorgenommene Anordnungen oder formelhafte Bemerkungen in den Beschlussgründen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht (vgl. BVerfGE 15, 275, 282; Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Juni 2004, WM 2004, 1378, 1380).

4. Zur Begründung einer Verfallsanordnung oder einer Sicherungsmaßnahme zur Rückgewinnungshilfe gegen einen als Organ einer juristischen Person handelnden Täter bedarf es einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, ob dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz geführt hat. Eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung spricht dafür nicht. Vielmehr bedarf es einer Darlegung der besonderen, den Zugriff auf das Vermögen des Täters rechtfertigenden Umstände.

5. Wird der Vermögensvorteil aus einer Straftat eines als Organ handelnden Täters von der Gesellschaft vereinahmt, so kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass der wirtschaftliche Wert der Geschäftsanteile im Privatvermögen des Täters mit jeder Zahlung oder jeder zurückgewiesenen Forderung steigt oder dass sich der Zufluss auf die Höhe einer späteren Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen jedenfalls auswirkt. In solchen Fällen sind die Verfallsanordnung und die sie sichernden Maßnahmen gegen die Gesellschaft zu richten.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

518. BGH 1 StR 30/05 – Urteil vom 10. Mai 2005 (LG Tübingen)

Rechtsfolgenlösung beim Mord (BGHSt 30, 105; Heimtücke und Eifersucht; Herkunft und überwertige Idee; außergewöhnliche Umstände, aufgrund derer die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint; Selbstjustiz; maßgebliche deutsche Wertvorstellungen; niedrige Beweggründe).

§ 211 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG

1. Auf die vom Großen Senat für Strafsachen im Wege verfassungskonformer Rechtsanwendung eröffnete Möglichkeit, anstatt der an sich verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine Strafe aus dem in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestimmten Strafraumen zuzumessen, darf nicht voreilig ausgewichen werden (BGH NStZ 2005, 154; NStZ 2003, 482; 484). Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemilderter Schuld unverhältnismäßig wäre (vgl. BGH NStZ 1982, 69).

2. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen (BGH NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3). Der Beschluss des Großen Senats für Strafsachen hat nichts daran geändert, dass im Regelfall für eine heimtückisch begangene Tötung auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen ist. Durch die Entscheidung wurde nicht allgemein ein Sonderstrafrahmen für minder schwere Fälle eingeführt.

531. BGH 4 StR 89/05 – Beschluss vom 21. April 2005 (LG Halle)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Begründung der Widerstandsfähigkeit bei geistiger Behinderung; Abgrenzung von einem Zustand der auf Unreife beruhenden eingeschränkten Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung im Sinne des § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB); Beweiswürdigung bei sexuellem Missbrauch eines Jugendlichen (Genese der Aussage).

§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

1. Widerstandsunfähig im Sinne des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist, wer aus den dort genannten Gründen keinen zur Abwehr ausreichenden Widerstand bilden, äußern oder durchsetzen kann. Dabei genügt, dass das Opfer nur vorübergehend widerstandsunfähig ist. Als Ursache einer solchen Unfähigkeit kommen nicht nur geistig-seelische Erkrankungen sondern auch sonstige geistig-seelische Beeinträchtigungen in Betracht, die sich etwa aus einem Zusammentreffen einer besonderen Persönlichkeitsstruk-

tur des Opfers und seiner Beeinträchtigung durch die Tatsituation ergeben (BGHR StGB § 179 Abs. 1 Widerstandsunfähigkeit 1).

2. Die bloße Feststellung einer geistigen Behinderung allein genügt für die Annahme von Widerstandsunfähigkeit aber nicht (BGH NStZ 2003, 602). Der Tatrichter hat vielmehr – gegebenenfalls mit Hilfe eines Sachverständigen – auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung, in die auch das aktuelle Tatgeschehen einzubeziehen ist, die geistig-seelische Verfassung des Opfers und deren Auswirkung auf das Opferverhalten zu prüfen, wobei für die Beurteilung der relevanten geistig-seelischen Beeinträchtigung die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Frage der Bewusstseinsstörung und seelischen Abartigkeit eines Täters entsprechend anwendbar sind (BGHSt 36, 145, 147).

513. BGH 3 StR 425/04 – Urteil vom 10. Mai 2005 (LG Mönchengladbach)

Ausspähen von Daten; Computerbetrug (gewerbsmäßiges Handeln); Urteilsformel; Teilfreispruch (Konkurrenzen); Einziehung (Ermessen).

§ 202a StGB; § 263a StGB; § 74 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 152 a Abs. 3 StGB aF; § 260 Abs. 4 StPO

1. Der Inhaber einer EC-Karte ist nicht Berechtigter an den in dem Magnetstreifen der Karte gespeicherten Daten. Er ist daher auch nicht in der Lage, wirksam den Strafantrag gemäß § 205 Abs. 1 StGB zu stellen.

2. Ein Teilfreispruch kommt nicht in Betracht, wenn ein erwiesener Sachverhalt nur eine andere konkurrenzrechtliche Bewertung als in der Anklage angenommen erfährt, denn in einem solchen Fall wird der gesamte Verfahrensgegenstand durch die Verurteilung erschöpfend erledigt. Hingegen ist der Angeklagte teilweise freizusprechen, wenn sich die Verurteilung nur auf einen Tag aus einem angeklagten mehrtägigen Tatzeitraum bezieht.

534. BGH 4 StR 447/04 – Beschluss vom 26. April 2005 (LG Bochum)

Geldfälschung (Sichverschaffen; Mittäterschaft); Beihilfe zum versuchten Inverkehrbringen (Versuch bei Übergabe an V-Männer).

§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 27 StGB; § 22 StGB

1. Ein Sichverschaffen im Sinne des § 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt aber über eine faktische Verfügungsgewalt hinaus voraus, dass der Täter das Falschgeld mit dem Willen zur eigenständigen Verfügung annimmt (vgl. BGHSt 44, 62, 64; BGH NStZ 2000, 530; StV 2003, 331).

2. Die Übergabe des Falschgeldes an einen Empfänger, bei dem es sich in Wahrheit um einen dabei in amtlicher Eigenschaft tätigen Polizeibeamten handelt, verhindert

die Vollendung der Tat, weil das Falschgeld auf diese Weise unmittelbar in amtlichen Gewahrsam und nicht in Umlauf gelangt (vgl. BGHSt 34, 108, 109; BGH NStZ 2000, 530).

3. § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt voraus, dass der Täter solches Falschgeld als echt in Verkehr bringt, das er unter den Voraussetzungen der Nummern 1 oder 2 des § 146 Abs. 1 StGB nachgemacht, verfälscht oder sich verschafft hat (vgl. BGH NStZ 1997, 80).

4. Mittäter des Sichverschaffens von Falschgeld (§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB) kann nur derjenige sein, der das Falschgeld in eigenen (Mit-)Gewahrsam oder auf andere Weise mit dem Willen zu eigenständiger Verfügung in seine (Mit-)Verfügungsgewalt bringt (vgl. BGHSt 44, 62 f.).

529. BGH 4 StR 64/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Paderborn)

Mittäterschaftlich begangene gewerbsmäßige Hehlerei (Sich verschaffen: Vollendung beim Unterfall des An-

kaufens; selbständige Tat; Schätzung des Schadensumfangs).

§ 259 StGB; § 260 StGB; § 52 StGB

1. Der Tatbestand der Hehlerei in der hier vorliegenden Begehungsform des Ankaufens als einem Unterfall des Sichverschaffens setzt nur voraus, dass der Hehler die Sache zu eigener tatsächlicher Herrschaft und Verfügungsgewalt vom Vortäter dergestalt erwirbt, dass dieser jede Möglichkeit verliert, auf die Sache einzuwirken (BGHSt 27, 160, 163). Überträgt der Vortäter die Sache an eine Mehrheit von Personen, so genügt es, wenn diese untereinander Mitverfügungsbefugnis erlangen (BGHSt 35, 172, 175).

2. Damit ist die Hehlerei in der Form des Ankaufens vollendet. Erwirbt ein Hehler jeweils mehrere aus einer oder aus verschiedenen Vortaten stammende Sachen in einem Akt, liegt nur eine Hehlerei vor.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

500. BGH 3 StR 109/05 - Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Aurich)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Aufklärungshilfe (numerische Kompensation als Ausnahmefall); Tatprovokation.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 31 Abs. 1 BtMG

Die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfahrensverzögerung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK geforderte numerische Kompensation (NStZ 1997, 591), die später auch auf Fälle tatprovokierenden Verhaltens von „Lockspitzeln“ übertragen worden ist (BGHSt 45, 321), ist im Strafzumessungsrecht ein Fremdkörper, der auf diese genannten Ausnahmefälle beschränkt bleiben und nicht auf alle anderen Strafmilderungs- und Strafschwerungsgründe ausgedehnt werden sollte.

526. BGH 4 StR 155/03 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Essen)

Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifischer Zusammenhang; zu erwartende Risikosituation; Offenlassen nach § 354 Abs. 1 StPO analog).

§ 69 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis wegen charakterlicher Ungeeignetheit setzt bei Taten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs voraus, dass die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen.

2. Für diese Prognose könnte es genügen, dass der Angeklagte im Zusammenhang mit den Anlasstaten nahelie-

gend mit einer Situation gerechnet hat oder rechnen musste, in der es zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Verkehrs kommen konnte, wobei auch sein in der einbezogenen Vorverurteilung gezeigtes Verhalten (riskante Fluchtfahrt aus Angst vor Entdeckung) zu berücksichtigen wäre.

541. BGH 5 StR 86/05 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Berlin)

Revisibilität der Strafzumessung (minder schwerer Fall; unmögliche Erwähnung eines jeden Umstandes); schwerer Raub.

§ 46 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 267 StPO

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts in diese Einzelakte der Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. Dagegen ist eine ins einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ausgeschlossen (BGHSt 34, 345, 349).

2. Das gilt auch insoweit, als die tatrichterliche Annahme oder Verneinung eines minder schweren Falles zur revisionsgerichtlichen Prüfung steht. Die vom Tatrichter vorgenommene Wertung ist vom Revisionsgericht nur begrenzt nachprüfbar. Weist sie keinen Rechtsfehler auf,

ist sie auch dann zu respektieren, wenn eine andere Entscheidung möglich gewesen wäre oder vielleicht sogar näher gelegen hätte (BGHR StGB vor § 1 minder schwerer Fall Gesamtwürdigung, fehlerfreie 1 m.w.N.).

3. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Daraus, dass ein für die Strafzumessung bedeutsamer Umstand nicht ausdrücklich angeführt worden ist, kann nicht ohne weiteres geschlossen werden, der Tatrichter habe ihn überhaupt nicht gesehen oder nicht gewertet (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 24, 268; BGHR StGB § 46 Abs. 2 Tatumstände 17).

486. BGH 2 StR 405/04 - Urteil vom 1. Juni 2005 (LG Marburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Verfahrensbeschränkung; Teileinstellung; Strafzumessung (Urteilsgründe; Darstellung).

§ 29a BtMG; 154 StPO; § 154a StPO; § 46 StGB; § 267 StPO

Eine erschöpfende Aufzählung aller Gesichtspunkte, die bei der Strafzumessung und der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung zu berücksichtigen sind, kann vom Tatrichter nicht verlangt werden (vgl. hingegen BGH 3 StR 494/03 - Urteil vom 1. Juli 2004 zu den Erörterungspflichten bei der Entscheidung über die besondere Schwere der Schuld beim Mord).

517. BGH 1 StR 154/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Augsburg)

Abfassung der Urteilsformel (entbehrliche Aufnahme der Tatbegehungsform; Ermessen des Gerichts); Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch ohne Depravation und erhebliche Persönlichkeitsstörung).

§ 64 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 5 StPO

Ein Hang, berauschende Mittel „im Übermaß“ zu sich zu nehmen, bedeutet, dass der Täter Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt wird. Eine Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch ohne Depravation und erhebliche Persönlichkeitsstörung reicht daher nicht aus (Senat NStZ-RR 2003, 106; Senat NStZ-RR 2004, 39; Senat NStZ 2002, 384 [385]; Senat NStZ 2004, 494, jeweils m.w.N.).

503. BGH 3 StR 123/05 - Beschluss vom 2. Juni 2005 (LG Oldenburg)

Aufrechterhaltung von Einziehungsentscheidungen (Erledigung); Gesamtstrafenbildung (Serientaten).

§ 74 StGB; § 74e StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

Wird ein rechtskräftiges Urteil, in dem eine Einziehungsanordnung ausgesprochen wurde, in ein neues Urteil einbezogen, so bedarf es keiner Aufrechterhaltung der Einziehungsentscheidung. Die Einziehung ist erledigt, sobald das Eigentum an den betreffenden Gegenständen mit der Rechtskraft des einbezogenen Urteils nach § 74 e StGB auf den Staat übergegangen ist (BGHR StGB § 55 Abs. 2 Aufrechterhalten 8).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

543. BGH 5 StR 129/05 – Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Hamburg)

BGHR; Fristsetzung zur Außerkraftsetzung des § 246 Abs. 1 StPO und des § 246 Abs. 6 StPO nach extremer Verzögerung der Verhandlung und zur Prozessverschleppung gestellten Beweisanträgen (Beweisantragsrecht; rechtsmissbräuchliches Verteidigerverhalten; Bescheidung durch Gerichtsbeschluss bei vorheriger Information über die angewendeten Gründe; Beweisanregung; faires Verfahren; Missbrauchsverbot; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Beschleunigungsgebot; legitime Verteidigeraufgaben; Präklusion; Hilfsbeweis Antrag; funktionsfähige Strafrechtspflege; Beruhen); Anforderungen an die Vortragspflicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bei Großverfahren (Monatsfrist); Recht auf das letzte Wort (ausgeschlossener Angeklagter; von vornherein untauglicher Versuch der Rechtsgewährung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO; § 246 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 258 StPO; § 231b StPO

1. Wurde eine Hauptverhandlung extrem verzögert, namentlich durch zum Zweck der Prozessverschleppung gestellte Beweisanträge, ist zur Verhinderung weiterer

Verfahrensverzögerung die prozessuale Möglichkeit in Betracht zu ziehen, den Verfahrensbeteiligten eine Frist zu setzen und nach deren Ablauf gestellte Beweisanträge grundsätzlich nicht mehr durch gesonderten Gerichtsbeschluss, sondern erst in den Urteilsgründen zu bescheiden. (BGHR)

2. Folgende Verfahrensweise hält der Senat für erwägenswert: Es wird den Verfahrensbeteiligten eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und – mit eingehender Begründung – die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen; hernach überprüft das Gericht die Anträge, ohne sie allerdings jeweils durch Gerichtsbeschluss nochmals gesondert individuell zu bescheiden, und zwar vornehmlich unter Aufklärungsgesichtspunkten, zudem bescheidet es sie wie Hilfsbeweisanträge in den Urteilsgründen; hierbei ist dann freilich der Ablehnungsgrund der Verschleppungsabsicht nicht ausgeschlossen. (Bearbeiter)

3. Die Wahrnehmung legitimer Verteidigungsaufgaben besteht sowohl darin, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil zu schützen, als auch in dem Schutz des Angeklagten vor einem prozessordnungswidrigen Urteil

(vgl. BGH NStZ 2005, 341). Nicht davon umfasst ist ein Verhalten, mit dem vorrangig die Verhinderung eines Verfahrensabschlusses in angemessener Zeit durch die massive Beeinträchtigung von Verfahrensherrschaft und Arbeitsfähigkeit des Strafgerichts betrieben wird. (Bearbeiter)

4. Die Anforderungen an die Vortragspflicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sind bei mehrjährigen umfangreichen Verfahren im Lichte der nicht verlängerbaren Monatsfrist nach § 345 Abs. 1 StPO nachsichtiger zu beurteilen. (Bearbeiter)

5. Dem deutschen Strafprozessrecht ist eine Präklusion im Beweisantragsrecht grundsätzlich fremd (vgl. BGH StraFo 2005, 249). Das Gericht ist gemäß § 246 Abs. 1 StPO grundsätzlich verpflichtet, bis zum Beginn der Urteilsverkündung Beweisanträge entgegenzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHSt 16, 389, 391; 21, 118, 123 f.; BGHR StPO § 238 Abs. 2 Beweisantrag 1). (Bearbeiter)

6. Das Gericht ist nicht befugt, der Verteidigung schlechthin und von vornherein die Stellung prozessual zulässiger Anträge zu verbieten (BGHSt 38, 111, 114). (Bearbeiter)

7. Zwar muss auch bei einem wegen ordnungswidrigen Benehmens nach § 231b StPO ausgeschlossenen Angeklagten in aller Regel der Versuch gemacht werden, ihn für die Gewährung des letzten Worts wieder hinzuzuziehen. Ein von vornherein aussichtslos erscheinender Versuch ist im Hinblick auf die Ordnung der Verhandlung und das Ansehen des Gerichts indes nicht erforderlich (BGHSt 9, 77, 81). Die tatrichterliche Prognose der Aussichtslosigkeit eines erneuten Zulassungsversuchs ist vom Revisionsgericht jedenfalls dann hinzunehmen, wenn das Gericht die widerstreitenden Interessen anhand sämtlicher Umstände des Einzelfalls sorgfältig und nachvollziehbar abgewogen hat. (Bearbeiter)

524. BGH 1 StR 326/04 – Urteil vom 7. April 2005 (LG Stuttgart)

BGHSt; Zeugnisverweigerungsrecht eines Notars und seines Gehilfen amtspflicht- und gesetzeswidriger Umsetzung eines dem Notar erteilten Auftrags (Einschränkung durch die Anzeigepflicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GwG; mangelnde Entbindung durch den Notar); Vertrauensschutz im Strafverfahrensrecht (Rückwirkung; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 53a StPO; § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GwG).

1. Zeugnisverweigerungsrecht eines Notars und seines Gehilfen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 53a StPO bei amtspflicht- und gesetzeswidriger Umsetzung eines dem Notar erteilten Auftrags. (BGHSt)

2. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO wird durch die Anzeigepflicht des § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GwG eingeschränkt. (BGHSt)

3. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO steht Notaren und Rechtsanwälten auch dann zu, wenn die Art und Weise der Auftragsdurchführung amtspflicht- und gesetzeswidrig war. Die bei Geldwäsche seit dem 15. August 2002 auch für Notare bestehende Anzeigepflicht gemäß § 11 GwG betrifft zuvor abgeschlossene Vorgänge nicht. (Bearbeiter)

4. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO bezieht sich auf Tatsachen, die einer der dort genannten Personen bei der Berufsausübung anvertraut oder bekannt geworden sind, die im unmittelbaren oder in einem inneren Zusammenhang mit ihr stehen. Dies ist weit auszulegen (BGH MDR 1978, 281; vgl. auch EGMR Urteil vom 25. März 1998 Kopp ./ Schweiz - 13/1997/797/1000, StV 1998, 683). (Bearbeiter)

5. Die Grenzen des Zeugnisverweigerungsrechts sind nur bei solchen Vorgängen überschritten, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der geschützten beruflichen Tätigkeit stehen, bei Handlungen und Wahrnehmungen lediglich bei Gelegenheit der Erledigung des Auftrags ohne zumindest inneren Bezug zur berufsbezogenen Arbeit. (Bearbeiter)

6. Das Vertrauen in den Fortbestand verfahrensrechtlicher Regelungen ist von Verfassungen wegen weniger geschützt als das Vertrauen in die Aufrechterhaltung materieller Rechtspositionen, denn das Verfahrensrecht enthält nicht selten nur bloße ordnungsrechtliche, technische Prozessführungsregeln. Es gewährt andererseits aber auch Rechtspositionen, die in ihrer Schutzwürdigkeit materiell-rechtlichen Gewährleistungen vergleichbar sind. Im Einzelfall können deshalb verfahrensrechtliche Regelungen ihrer Bedeutung und ihres Gewichts wegen in gleichem Maße schutzwürdig sein wie Positionen des materiellen Rechts (BVerfGE 87, 48, 63). (Bearbeiter)

7. Unter § 53a StPO fallen auch gelegentlich oder auch nur einmalig – gefälligkeitshalber ohne Dienstverpflichtung – mithelfende Familienmitglieder, sofern deren Tätigkeit Bezug zur geschützten Betätigung des Hauptgeheimnisträgers hat, wie Aktensortieren im Gegensatz zu Putzarbeiten. Darauf, ob der als Bürogehilfe beschäftigte Zeuge als berufsmäßig tätiger Gehilfe im Sinne von § 203 Abs. 3 StGB handelte, kommt es bei § 53a StPO nicht an. Entscheidend ist, dass der Berufshelfer ausschließlich aufgrund seiner Tätigkeit zum Zweck der Unterstützung des Hauptgeheimnisträgers bei dessen beruflicher Arbeit in das Vertrauensverhältnis zwischen dem Berufsgeheimnisträger mit dem, der sich dessen Dienste bedient, einbezogen ist. (Bearbeiter)

512. BGH 3 StR 269/04 - Urteil vom 9. Juni 2005 (HansOLG)

Fall Mzoudi; 11. September; Aufklärungsrüge (Begründungsanforderungen; Zulässigkeit); Aufklärungspflicht bei der Ladung von Auslandszeugen (Verbot der Beweisantizipation; Ermessensentscheidung; besondere Beweisbedeutung; Ermessensreduktion); Zweifelsatz (Beweisregel; Entscheidungsregel; Indiztatsache; Beru-

hen); Freispruch (Urteilsgründe).

§ 211 StGB; § 129a StGB; § 27 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

1. Bei der Prüfung, ob die Aufklärungspflicht die Ladung eines benannten Auslandszeugen gebietet, sind das Gewicht der Strafsache, die Bedeutung und der Beweiswert des Beweismittels vor dem Hintergrund des bisherigen Beweisergebnisses, der zeitliche und organisatorische Aufwand der etwaigen Beweisaufnahme und die damit verbundenen Nachteile durch die Verzögerung des Verfahrens unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegeneinander abzuwägen. In diesem Rahmen ist der Tatrichter von dem sonst geltenden Verbot der Beweisantizipation befreit. Er darf daher bei seiner Entscheidung prognostisch berücksichtigen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu würdigen wären.

2. Das Revisionsgericht ist darauf beschränkt, die Ermessensentscheidung des Tatrichters im Sinne von § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO auf Rechtsfehler zu überprüfen, und kann daher nicht etwa dessen rechtlich nicht zu beanstandende Ermessensentscheidung durch seine gegebenenfalls abweichende Einschätzung ersetzen. Die Erwägungen, mit denen der Tatrichter seine Einschätzung begründet, dass die Vernehmung eines Auslandszeugen zur Erforschung der Wahrheit nicht erforderlich sei, müssen tragfähig und nachvollziehbar, jedoch nicht unbedingt zwingend sein.

3. Selbst eine potentiell besonders große Bedeutung des Beweismittels hat nicht zur Folge, dass das dem Tatrichter durch § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO eingeräumte Ermessen bei der Beurteilung der in Rede stehenden Beweisanträge von vornherein auf Null reduziert wäre und es den benannten Zeugen notwendig zu vernehmen hätte.

4. Der Zweifelssatz ist eine Entscheidungsregel, die das Gericht erst dann zu befolgen hat, wenn es nach abgeschlossener Beweiswürdigung nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch unmittelbar entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Auf einzelne Elemente im Rahmen der erst vorzunehmenden Beweiswürdigung ist er hingegen grundsätzlich nicht anzuwenden, jedenfalls nicht auf entlastende Indiztatsachen. Ist eine derartige Indiztatsache nicht aufzuklären, so hat dies daher nicht zur Folge, dass sie zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre. Vielmehr ist sie mit der verbleibenden Ungewissheit in die Gesamtwürdigung des für die unmittelbar entscheidungserhebliche Tatsache gewonnenen Beweisergebnisses einzustellen.

5. Auf nicht zweifelsfrei festgestellte belastende Indizien darf - auch in der Summe (BGH bei Dallinger MDR 1969, 194) - ein Urteil nicht gestützt, sie dürfen zu dessen Begründung nicht einmal ergänzend herangezogen werden (BGH JR 1954, 468). Danach ist es dem Tatrichter auch verwehrt zu erörtern, wie sich das zweifelhaft

gebliebene Belastungsindiz in das sonstige Beweisergebnis einfügt, oder gar zu prüfen, ob der zweifelhaft gebliebene indizielle Sachverhalt für sich - im Rahmen der angeklagten Tat (§ 264 Abs. 1 StPO) - auf von der Anklage abweichender tatsächlicher Grundlage eine Verurteilung tragen könnte.

6. Insbesondere bei einem Freispruch aus subjektiven Gründen ist es nicht in allen Fällen erforderlich, den äußeren Tatbestand umfassend aufzuklären und festzustellen, sofern nur die Urteilsgründe die tatsächlichen oder rechtlichen Überlegungen soweit verdeutlichen, dass sie umfassender revisionsgerichtlicher Prüfung offen stehen. Allerdings darf kein objektiver Umstand offen bleiben, der Rückschlüsse auf den Wissensstand bzw. die Vorstellungen des Angeklagten und damit auf die subjektive Tatseite zulassen würde.

7. Die Würdigung der Beweise ist vom Gesetz dem Tatrichter übertragen (§ 261 StPO). Das Revisionsgericht ist demgegenüber auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweiswürdigung des Tatrichters mit Rechtsfehlern behaftet ist, etwa weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht in Einklang steht oder an die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten überzogene Anforderungen stellt. Dies gilt unabhängig von der Bedeutung und dem Gewicht des strafrechtlichen Vorwurfs des jeweiligen Verfahrens, denn diese vermögen eine unterschiedliche Handhabung der Grundsätze revisionsgerichtlicher Rechtsprüfung nicht zu rechtfertigen.

520. BGH 1 StR 158/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Stuttgart)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht bei reinem Motivirrtum; unwirksamer Rechtsmittelverzicht, der Bestandteil einer vorherigen Urteilsabsprache ohne qualifizierte Belehrung war; keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Unkenntnis über Rechtsprechung des BGH; Recht auf ein faires Verfahren.

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

In der Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Wirksamkeit des abgesprochenen Rechtsmittelverzichts (einschließlich des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen) liegt keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO.

523. BGH 1 StR 198/05 – Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Passau)

Antragsauslegung: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (eigenes Verschulden nach Rechtsmittelbelehrung; außergewöhnliche Fälle).

§ 300 StPO; § 44 Abs. 1 StPO

1. Wer eine ihm vom Gericht erteilte Rechtsmittelbelehrung nicht „mitkriegt“, handelt regelmäßig nicht ohne eigenes Verschulden, wenn er die Frist, über die er belehrt wurde, nicht einhält.

2. Das Vorbringen der Angeklagten, sie sei wegen des Urteils „am Boden zerstört“ gewesen, ändert daran nichts. Rechtsmittelbelehrung wird regelmäßig unmittelbar im Anschluss an eine Urteilsverkündung erteilt. Ob ungewöhnliche Ausnahmefälle vorstellbar sind, in denen sich allein aus dem Verfahrensablauf in Verbindung mit dem konkreten Inhalt des Urteils etwas anderes ergeben kann, kann offen bleiben.

483. BGH 2 StR 160/05 - Beschluss vom 13. Mai 2005 (LG Aachen)

Steuerungsfähigkeit bei Alkoholkonsum (verminderte;

völlig aufgehobene; BAK; Nachtrunk; Alkoholgewöhnung); Überzeugungsbildung (Grundlage in den Feststellungen; bloße Vermutung); Änderung eines Sachverständigengutachtens in der Hauptverhandlung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 21 StGB; § 261 StPO; § 72 StPO; § 64 StGB

Zwar kann die abschließende Beurteilung eines Sachverständigen in der Hauptverhandlung von seinem vorbereitenden Gutachten abweichen. Dann müssen sich jedoch in der Hauptverhandlung weitere Aspekte ergeben haben, die diese Abweichung begründen können.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

536. BGH 5 StR 36/05 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Stuttgart)

BGHR; Steuerhinterziehung (fehlender Nachweises einer innergemeinschaftlichen Lieferung bei Gefährdung des Steueraufkommens in einem anderen Mitgliedstaat der EU; richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Strafrechts und Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; rechtsgutsbezogene Auslegung; redaktioneller Hinweis). § 4 Nr. 1 lit. b UStG; § 6a Abs. 3 UStG; § 370 Abs. 1 AO; Art. 6 II EUV

1. Das Fehlen eines Nachweises einer innergemeinschaftlichen Lieferung führt jedenfalls dann nicht zu einer Steuerbefreiung, wenn dadurch das Steueraufkommen in einem anderen Mitgliedstaat der EU gefährdet wird. (BGHR)

2. Bei der richtlinienkonformen Auslegung im Strafrecht ist der auch gemeinschaftsrechtlich geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. (Bearbeiter)

548. BGH 5 StR 283/04 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Berlin)

BGHR; erhebliche Umstände im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB (Bedeutung für einen durchschnittlichen Anleger nach den Erwartungen des Kapitalmarkts; Vorsatz); Betrugsvorsatz bei Kreditgewährungen (Eventualvorsatz); Vortragspflicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (Zulässigkeit der Verfahrensrüge der Staatsanwaltschaft; selektives Vorgehen bei möglicherweise entlastenden Unterlagen); Beweiswürdigung. § 264a Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO

1. Erhebliche Umstände im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB sind nur solche Gesichtspunkte, die nach Art des Geschäfts für einen durchschnittlichen Anleger von Bedeutung sein können; maßgeblich sind dabei die Erwartungen des Kapitalmarkts. (BGHR)

2. Die Erheblichkeit eines anlagerelevanten Umstands ist ein normatives Tatbestandsmerkmal, bezüglich dessen ein Täter nicht nur die tatsächlichen Umstände kennen, sondern zugleich die rechtliche Wertung der Erheblichkeit nachvollziehen muss, um vorsätzlich zu handeln. (Bearbeiter)

3. Bei komplexen Entscheidungsprozessen kann gerade im Zusammenhang mit Kreditgewährungen bei der Prüfung der insoweit allein in Betracht kommenden Vorsatzform des „dolus eventualis“ nicht allein auf die Wahrscheinlichkeit eines Erfolgesintritts abgestellt werden. Maßgeblich ist vielmehr eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls, bei denen insbesondere die Motive und die Interessenlage der Angeklagten zu beachten sind (BGHSt 46, 30, 34 f.; 48, 331, 346 ff.). (Bearbeiter)

501. BGH 3 StR 112/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handelntreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln; Feststellung von Teilmengen (Eigenverbrauch; Weiterverkauf). § 29 BtMG; § 29a BtMG

Die rechtliche Einordnung von Betäubungsmittelerwerbsvorgängen mit unterschiedlicher Zweckbestimmung – teilweise Weiterveräußerung, teilweiser Eigenverbrauch – richtet sich nach den jeweiligen Einzelmengen, so dass die Teilmengen und ihre Wirkstoffgehalte – notfalls unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung – festzustellen sind. Denn bei einer nicht geringen Handelsmenge liegt Handelntreiben mit einer nicht geringen Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG vor. Ist auch die restliche Eigenverbrauchsmenge nicht gering, ist Tateinheit mit Besitz einer nicht geringen Menge nach § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG gegeben, bei einer darunterliegenden Eigenverbrauchsmenge dagegen Tateinheit mit Erwerb nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Tatrichterliche Notwehr gegen Mißbrauch des Beweisantragsrechts?

Anmerkung zum Beschluss BGH 5 StR 129/05 vom 14. Juni 2005 = BGH HRRS 2005 Nr. 543 (in diesem Heft).

Von Rechtsanwalt **Klaus-Ulrich Ventzke**, Hamburg

„Die Möglichkeiten der Strafjustiz müssen aber auf Dauer an ihre Grenzen stoßen, wenn die Verteidigung in Strafverfahren, wie der Senat zunehmend beobachtet, zwar formal korrekt und im Rahmen des Ständerechts (gemeint wohl: Berufsrechts) geführt wird, sich aber dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsfindung in einem prozeßordnungsgemäßen Verfahren, nicht mehr verpflichtet fühlt und die weiten und äußersten Möglichkeiten des Strafprozeßordnung in einer Weise nutzt, die mit der Wahrnehmung ihrer Aufgabe, den Angeklagten vor einem materiellen Fehlurteil oder (auch nur) einem prozeßordnungswidrigen Verfahren zu schützen, nicht mehr zu erklären ist.“

Mit diesen „Beobachtungen“ konfrontiert der 3. Strafsenat des **BGH** den Leser eines im Verfahren gem. § 349 Abs. 2 StPO ergangenen Beschlusses (3 StR 445/04 vom 25.1.2005, S. 3 = HRRS 2005 Nr. 162; meine Hervorhebung). Dem dortigen Verteidiger warf er u.a. vor, mit „völlig lebensfremd(en) und schlechterdings nicht mehr nachvollziehbar(en)“ Anträgen und Erklärungen zu einer „auch mit Blick auf die Interessen des Angeklagten nicht veranlaßten Aufblähung des Verfahrens“ beigetragen zu haben.

Zu derartigen, offenkundig der Spannungsabfuhr dienenden („wie der Senat zunehmend beobachtet“) Unmutsäußerungen und Verteidigerbeschimpfungen haben sich (Revisions-)Richter immer wieder einmal hinreißen lassen. Damit hat die Verteidigung zu leben gelernt. Unerfreulich und gefährlich wird es, wenn das Ressentiment mit der Intention, mißbräuchlichem Verteidigungsverhalten entgegenzutreten, entscheidungsrelevant zu werden droht.

1. Bisher galt **BGHSt** 38, 111 als *der* diesbezügliche revisionsgerichtliche Sündenfall, eine Entscheidung, die freilich zum Teil verkürzt rezipiert wurde (vgl. hierzu **Fahl**, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß, 2004, S. 495 ff.): Das Beweisantragsrecht wurde dem dortigen Angeklagten nicht vollständig genommen, vielmehr wurden seine Beweisanträge „nur“ entgegengenommen, sofern sie über seinen Verteidiger gestellt wurden, „um eine rechtliche Kontrolle darüber stattfinden zu lassen, ob es sich um sachdienliche Anträge handelte“ (**BGH** a.a.O. S. 114). Der 4. Strafsenat betonte aber ausdrücklich den überlieferten Grundsatz, „daß das Gericht nicht befugt ist, der Verteidigung schlechthin und von vornherein die Stel-

lung von prozessual zulässigen Anträgen zu verbieten“ (a.a.O. S. 114). Letztlich kam diese Entscheidung als fast paternalistisch anmutende Maßnahme der gerichtlichen Qualitätssicherung des Verteidigungsverhaltens daher.

2. Eine hiervon inspirierte, in den Dienst der Mißbrauchsabwehr gestellte Gestaltung der tatrichterlichen Beweisaufnahme trifft die Subjektstellung des Angeklagten. *Beweisrechtlich* werden von ihr zudem vor allem zwei Grundsätze berührt:

- Das beweisanzugsrechtliche Präklusionsverbot des § 246 Abs.1 StPO. Anknüpfungspunkt derartiger Maßnahmen ist jeweils zumindest auch der Zeitpunkt, zu dem die inkriminierten Anträge gestellt wurden.
- Das beweisanzugsrechtliche Verbot der antizipierenden Beweiswürdigung. Jedenfalls unterschwellig wird den Anträgen die Einschätzung entgegengehalten, daß die Verdachtslage „eigentlich“ tatrichterlich längst unanfechtbar geklärt, das objektiv gebotene Beweisprogramm abgearbeitet sei.

Deutlich wird dieser Kontext an drei Entscheidungen des 5. Strafsenats des **BGH** aus diesem Jahr, die - allerdings an frühere Rechtsprechungstendenzen (vgl. dazu schon **Wohlert** StV 1997, 570 ff. zu 5 StR 58/97 vom 12.6.1997) dieses Senats anknüpfende - Argumentationsmuster enthalten, die beweisrechtlich nicht unbedenklich sind:

In 5 StR 76/05 (vom 31.5.2005, S. 2/3 = HRRS 2005 Nr. 540) machte der Senat die Unbegründetheit einer Aufklärungsrüge offenkundig auch daran fest, daß die Verteidigung das Landgericht erst am 24. Hauptverhandlungstag mit einem Antrag auf Vernehmung des Verfassers eines bereits am 3. Hauptverhandlungstag verlesenen Gutachtens befaßte, dem es auch aufgrund der bis zum 34. Hauptverhandlungstag durchgeführten Beweisaufnahme und der am 35. Hauptverhandlungstag erfolgten Einlassung eines Angeklagten nicht hätte nachgehen müssen. Diese penible Nachzeichnung der dogmatisch eigentlich eher irrelevanten Prozeßchronologie dient zuvörderst rhetorischen Zwecken: Sie macht dem Senat den Weg frei, um dem Tatrichter eine „besonders dichte, auf eine Vielzahl von Sach- und Personalbeweisen gestützte Beweisführung“ (S. 4) zu bescheinigen.

Auf derselben beweisrechtlichen Linie lag bereits 5 StR 515/04 (vom 16.3.2005, S. 4). Hier erwog der Senat, bei der Anwendung der erwähnten Grundsätze (von **BGHSt** 38, 111) sei im zu entscheidenden Fall zu bedenken, daß die vom Tatrichter nicht entgegengenommenen Beweisanträge des Angeklagten „keine neuen Ansätze der Verteidigung (offenbarten) und das nach umfassender Sachaufklärung besonders sichere Beweisergebnis der Wirtschaftskammer nicht in Frage (stellten).“

3. Mit Spannung durfte man deshalb darauf warten, wie gerade der zuständige Leipziger Strafsenat des **BGH** denjenigen Beschluß der Großen Strafkammer 23 des **Landgerichts Hamburg** (StraFo 2004, 170 mit Anm. **Durth/Meyer-Lohkamp**) vom 28.11.2002 behandeln würde, der folgenden Tenor hatte:

„Den Prozeßbeteiligten wird Gelegenheit gegeben, bis spätestens Donnerstag, den 9.1.2003, 12 Uhr, Anträge zu stellen. Nach diesem Zeitpunkt werden vorbehaltlich eines früheren Schlusses der Beweisaufnahme Anträge, die die Erhebung von Beweisen betreffen, nicht mehr entgegengenommen.“

Dieser - wie **BGHSt 38**, 111 auf ein „allgemeines Mißbrauchsverbot“ gestützte - Beschluß hatte in Verbindung mit weiteren ihn präzisierenden Kammerbeschlüssen folgende Konsequenzen für die Gestaltung der tatgerichtlichen Beweisaufnahme nach Verstreichen des Ausschußtermins:

- Die Stellung von Hilfsbeweisanträge blieb von ihm unberührt.
- Unbedingte Beweisanträge würden als Beweisanregungen behandelt und gemäß § 244 Abs.2 StPO erledigt.
- Eine Bescheidung der Beweisanträge erfolgte erst in den Urteilsgründen, und zwar auch unter Anwendung des Ablehnungsgrundes der Prozeßverschleppungsabsicht.

Der **BGH** hat in 5 StR 129/05 (vom 14.6.2005, S. 6 f.), der dritten einschlägigen Entscheidung, den Beschwerdeführern durchaus zugestanden, daß diese tatrichterliche Verfahrensweise mit dem Wortlaut der beweisantragsrechtlichen Normen (§§ 244 Abs. 6, 246 Abs. 1 StPO) nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen sei, und ausdrücklich die Grundsätze von **BGHSt 38**, 111 in Erinnerung gerufen (a.a.O S. 7).

Hier - so interpretiert der Senat (a.a.O. S. 7/8) die landgerichtliche Verfahrensweise - habe der Tatrichter freilich „das Recht des Angeklagten auf die Stellung von Beweisanträgen als solches nicht beschnitten“. Vielmehr habe die Kammer „lediglich die weitere Bescheidung von Beweisanträgen in der Hauptverhandlung abgelehnt und diese der Urteilsbegründung vorbehalten“ (S. 7). Zugleich sei aber durch den nicht zu beanstandenden Beschluß der sonst jeweils gebotene antragsbezogene Beschluß gemäß § 244 Abs. 6 StPO „gleichsam ´vor die Klammer gezogen“ (a.a.O. S. 8) worden.

4. Neuland (vgl. hierzu **Kudlich HRRS 2005**, 10 ff.) betritt der Beschluß (S. 8/9), soweit er sich bemüht, diese Bewertung von der Frage des Rechtsmißbrauchs abzukoppeln und scheinbar zu objektivieren:

„Jenseits der Frage eines Mißbrauchs von Verfahrensrechten, die wesentlich von der jeweiligen inneren Einstellung des Betroffenen abhängt und bei verschiedenen Verfahrensbeteiligten unterschiedlich beurteilt werden kann, ist nach monate-, gar jahrelanger Verhandlungsdauer über das vom Gericht selbst bestimmte Beweisprogramm hinaus, namentlich bei lang andauernder Untersuchungshaft von Angeklagten, nach einer verfahrensrechtlich vertretbaren Möglichkeit zu suchen, die Hauptverhandlung - allerdings unter fortdauernder Wahrung unverzichtbarer Verteidigungsinteressen - zu einem Abschluß

zu bringen. (...) Je länger ein Verfahren dauert, desto größer wird das legitime Interesse daran, es in absehbarer Zeit einer abschließenden Urteilsfindung zuzuführen, sofern nicht sachliche Gründe eine Verhandlung über Monate oder gar Jahre hin unerlässlich machen.“

„Scheinbar objektiviert“ deshalb, weil irgendwelche das tatrichterliche Prozedieren potentiell lenkenden, gar normativ hergeleiteten Kriterien nicht mitgeteilt werden. Zugespitzt formuliert: Wann soll nach Meinung des Senats Feindstrafprozeßrecht zur Anwendung gelangen dürfen? Der Senat hält ganz lapidar „in extrem gelagerten Fällen“ (S. 9) folgendes Modell „im Wege verfassungskonventionkonformer (!) Einschränkung von § 244 Abs. 6 StPO für erwägenswert“ (S. 9), wobei er (S. 9) - auch dies ist wenigstens atmosphärisch aufschlußreich - zur Begründung ausdrücklich auf die strukturell ähnlich, nämlich ebenfalls u.a. mit der anderenfalls drohenden Justizüberlastung argumentierende „Deal“-Entscheidung des Großen Senats (**BGH**, GSSSt 1/04 vom 3.3.2005) Bezug nimmt:

- Den Beteiligten wird eine Frist zur Entgegennahme von Beweisanträgen gesetzt und mit eingehender Begründung „die pauschale Ablehnung nach Fristablauf gestellter Anträge wegen Verschleppungsabsicht vorab beschlossen“ (S. 9).

- Gleichwohl gestellte Anträge werden „vornehmlich (?) unter Aufklärungsgesichtspunkten“ (S. 9) gewürdigt, ohne sie erneut zu bescheiden.

- Die Anträge werden im Urteil wie Hilfsbeweisanträge erledigt (S. 9).

- Wenn zuvor Beschlüsse gemäß § 244 Abs. 6 StPO auf den Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppungsabsicht gestützt worden sind, darf hierbei entgegen der bisherigen Rechtsprechung (S. 7 m. w. N.) auch dieser Ablehnungsgrund zur Anwendung gelangen (S. 9/10).

Der Senat ist überzeugt, daß aufgrund der Beweislage und des Ganges des Verfahrens, insbesondere der Einlassung der Angeklagten, hier ein solcher „Extremfall“ vorlag (S. 10), der - in einer Art prozessualer Notwehr - eine tatrichterliche Verletzung von § 244 Abs. 6 StPO legitimierte. Zudem sei - so konstatiert das Revisionsgericht - „auch kein für sich sachlich nachvollziehbares berechtigtes Interesse der Verfahrensbeteiligten an einer Antragstellung nach Ablauf der ihnen gesetzten Frist ersichtlich“ (S. 10).

In der Sache beruht die Verwerfung der Revision indes nicht auf dieser „Auslegung“ des § 244 Abs. 6 StPO, da der Senat im Übereinstimmung mit dem Generalbundesanwalt meinte, wegen des ihm insoweit nicht tragfähig erscheinenden Revisionsvorbringens den Beruhenszusammenhang i.S.d. §§ 337 Abs. 1, 338 Nr. 8 StPO zwischen den gerügten Verstößen gegen § 244 Abs. 6 StPO und dem Urteil sicher ausschließen zu können (S. 11). Denn - und damit schließt sich der Kreis zu der Argumentation der beiden weiteren Senatsentscheidungen aus diesem Jahr - entscheidend sei folgendes:

„Die erst im Urteil beschiedenen Anträge offenbaren sämtlich keine neuen Ansätze der Verteidigung und stellen auch das nach umfassender Sachaufklärung gewonnene sichere Beweisergebnis des Schwurgerichts nicht in Frage (...). Soweit die hierzu angebrachten Beanstandungen überhaupt zulässige Beweisanträge betreffen, handelt es sich bei den erst im Urteil beschiedenen, nach Ablauf der gesetzten Frist eingereichten Beweisanträgen um solche, mit denen die Frage der Glaubwürdigkeit als problematisch angesehener Beweispersonen weiter, aber in keinem Fall mit durchgreifend neuen Ansätzen, in Zweifel gezogen werden sollte.“ (S. 11)

Abschließend appelliert der Senat (S. 11/12) - in diesen (kriminalpolitischen) Zeiten eher überraschend - unter Hinweis auf länger zurückliegende Veröffentlichungen an der Entscheidung beteiligter Senatsmitglieder an den Gesetzgeber, die Einführung einer „zurückhaltenden“ (S. 12) beweisanzugsrechtlichen Präklusionsnorm zu prüfen, die - wie z.B. §§ 222 b, 238 Abs. 2 StPO, aber auch die Widerspruchslösung, bekanntlich auch eine Schöpfung dieses Senats, belegen - nicht systemfremd wäre.

5. Zieht man ein vorläufiges und vorsichtiges **Resümee**, so ergibt sich folgendes Bild: Formal handelt es sich um ein obiter dictum, auf das sich kein Tatgericht ohne weiteres, d.h. ohne ein revisionsrechtliches Risiko einzugehen, berufen kann. *Insoweit* ist Gelassenheit angezeigt, und das aus Justizkantinen kolportierte Frohlocken könnte sich als voreilig erweisen. Befremdlich sind hingegen der methodische Ansatz und das prinzipielle Verständnis des Strafprozesses, die die eben nicht nur der Erledigung selbstwidersprüchlichen Verteidigungsverhaltens in einem konkreten Einzelfall (so z.B. **BGH**, 5 StR 440/04 vom 16.6.2005, S. 6 ff.) dienende, sondern grundsätzliche Fragen abhandelnde Entscheidung prägen:

- Mit der „verfassungs- und konventionskonformen“ Einschränkung der Verbürgung des § 244 Abs. 6 StPO und dem Hinweis auf den Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen werden Schutzrechte des Bürgers (zum strikt individualrechtlichen Charakter etwa des Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK vgl. m.w.N. Gaede wistra 2004, 166, 168, 170)

„Der vereinbarte Rechtsmittelverzicht ist wirksam, ist unwirksam, ist wirksam“

Anmerkung zum Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 03. März 2005 GSSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310.

Von Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), New Haven*

I. Einleitung

Fast sechs Jahre sind vergangen, seit der 4. Senat erstmals einen Rechtsmittelverzicht, den der Angeklagte vorab im Rahmen einer Absprache zugesagt hatte, für

gegen diesen gekehrt, indem sie zur extralegalen Beschneidung von Verteidigungsrechten herhalten sollen.

- Der Hinweis auf „berechtigte Verteidigungsinteressen“ löst eine an Verfahrensrechten und -pflichten orientierte Auslegung strafprozessualer Normen ab und öffnet bloßer billigkeitsorientierter Abwägerei Tür und Tor.

- Die Betonung der Bedeutsamkeit der tatrichterlichen Bestimmung des Umfangs der Sachaufklärung, aber auch der Hinweis auf das bereits erzielte sichere Beweisergebnis als revisionsrechtliche Beurteilungsgrundlage - diese Argumentationsfigur durchzieht alle erörterten Entscheidungen - lassen eine Geringschätzung von Partizipationsrechten des Angeklagten, aber auch des Verbots antizipierender Beweiswürdigung besorgen.

- Wie sich dieser scheinobjektivierte Ansatz mit dem stets hochgehaltenen Dogma des revisionsrechtlichen „Rekonstruktionsverbots“ (vgl. hierzu **Wilhelm** ZStW 2005, 143 ff.) vereinbart, bleibt dunkel.

Ist die unlängst von **Fezer** (in: Festschrift für **Ulrich Weber**, 2004, S. 475/480 ff.) in Erinnerung gerufene strafverfahrensrechtliche Selbstverständlichkeit nicht mehr vermittelbar, daß im rechtsstaatlichen Strafverfahren mit einem derartigen (unbestreitbar vorhandenen und gewiß für *alle* von seiner forensischen Realisierung Betroffenen lästigen) Mißbrauchspotential wohl oder übel gelebt werden muß, da der Strafprozeßkultur anderenfalls Schlimmeres, nämlich die die Rechtssicherheit gravierend beeinträchtigende Auflösung zentraler Formen der forensischen Interaktion, droht (vgl. auch **Wohlens** GA 2005, 11/12 ff.)? Das hatte ein sich als pragmatisch definierendes, in letzter Konsequenz aber autoritäres Strafprozeßrechtsverständnis (vgl. hierzu anschaulich **Waltós**, in: Festschrift für **Albin Eser**, 2005, S. 143 ff.) freilich noch nie eingesehen.

unwirksam erklärte.¹ Man erinnert sich an die Kritik, die sich dieser Senat gefallen lassen musste, weil er nach Auffassung vieler durch Bezugnahme auf die besonderen Umstände des Einzelfalles ein - angesichts entgegenstehender Rechtsprechung des 1. und 2. Senats schon damals fälliges - Anfrageverfahren gem. § 132 III GVG zur Sicherung einheitlicher Rechtsprechung gezielt vermeiden habe.² Anfrage- und Vorlageverfahren sind nunmehr auf Initiative des 3. Senat durchgeführt worden. Ob der nunmehr ergangene Beschluss des Großen Senats aber die seit 1999 in ihn gesetzten Erwartungen erfüllt hat,

* Der Autor ist derzeit als Visiting Scholar an der Yale Law School tätig.

¹ BGHSt 45, 227.

² Weigend StV 2000, 63f.; Satzger JuS 2000, 1157, 1160; Bömeke, Rechtsfolgen fehlgeschlagener Absprachen im deutschen und englischen Recht, 2001, S. 132.

erscheint fraglich.³ Nach der ständigen Rspr. des *BGH* war ein Rechtsmittelverzicht bisher unwiderruflich und unanfechtbar.⁴ Für den Rechtsmittelverzicht, dem eine verfahrensbeendende Absprache voran gegangen ist, soll nunmehr das genaue Gegenteil gelten: Der Rechtsmittelverzicht ist unwirksam, wenn er auf eine Urteilsabsprache gleich welcher Art folgt. Allerdings soll dies dann nicht der Fall sein, wenn der Rechtsmittelberechtigte durch das Gericht qualifiziert dahin gehend belehrt wurde, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei ist, Rechtsmittel einzulegen.

Der Große Senat versucht also, den Teufel mit dem Belzebub auszutreiben. Er legt das rechtliche Schicksal des Rechtsmittelverzichts in die Hände gerade derjenigen Prozessbeteiligten, deren prozessuales Verhalten den Rechtsmittelverzicht eigentlich der Unwirksamkeit anheim fallen lassen soll. Der Beitrag zeichnet in einem ersten Schritt die Argumentationslinien des Großen Senats nach. Eine kritische Auseinandersetzung folgt sodann im zweiten, wobei der Schwerpunkt auf der dogmatischen Tragfähigkeit der Begründung, dass ein Rechtsmittelverzicht, dem eine Absprache voranging, unwirksam ist sowie der Eignung der qualifizierten Rechtsmittelbelehrung als prozessuales Instrument zur Beseitigung der Unwirksamkeit liegen wird. Zuvor soll allerdings zur Erleichterung des Verständnisses nochmals in aller Kürze der Gang des Anfrage- und Vorlageverfahrens in Erinnerung gebracht werden.

II. Das Anfrage- und Vorlageverfahren

Ausgangspunkt waren zwei Revisionen, in denen der 3. Senat sich veranlasst sah, vorab die Wirksamkeit eines Rechtsmittelverzichts zu prüfen, der im Zusammenhang mit einer Absprache im Strafverfahren erfolgt war.⁵ Während der Rechtsmittelverzicht im ersten Fall (3 StR 415/02) unzulässiger Weise in der Absprache vereinbart wurde, wirkte das Gericht im zweiten Fall (3 StR 368/02) lediglich auf diesen hin. Um zu verhindern, dass missbräuchliche Praktiken in der Absprachepaxis der revisionsgerichtlichen Kontrolle gezielt entzogen werden, beabsichtigt der Senat sowohl den vereinbarten Rechtsmittelverzicht für unwirksam zu erachten, als auch jegliches Hinwirken des Gerichts auf einen Rechtsmittelverzicht zu untersagen.⁶ An der Annahme der Unwirksamkeit sah sich der 3. Senat zumindest im ersten Fall durch die entgegenstehende Rechtsprechung des 1., 2. und 5. Senats gehindert, woraufhin er ein Anfrageverfahren gem. § 132 III 1 GVG durchgeführt hat.⁷ Während der 1.

und 2. Senat es bei ihrer Beurteilung des abgesprochenen Rechtsmittelverzicht als wirksam belassen und dem 3. Senat überdies ein recht heterogenes Bündel an Gegenargumenten vorgehalten haben,⁸ hat der 5. Senat seine Rechtsprechung aufgegeben und dem Anfragebeschluss - wie auch der 4. Senat - zugestimmt.⁹

Aufgrund der fortbestehenden Divergenz hat sich der 3. Senat gezwungen gesehen, nunmehr gem. §§ 132 II, IV¹⁰ GVG dem Großen Senat für Strafsachen anzurufen. Da der 2. Senat in seiner Antwort zudem die seit *BGHSt* 43, 195 geltende Rechtsprechung, dass die Vereinbarung eines Rechtsmittelverzichts als solche im Rahmen einer Absprache unzulässig sei, in Frage gestellt hat¹¹, ist der 3. Senat darüber hinaus veranlasst worden, auch diese grundlegende Vorfrage einzubeziehen. Durch seinen Vorlagebeschluss vom 15.6.2004 hat er dem Großen Senat sodann folgende Rechtsfragen vorgelegt:¹²

- (1) Ist es zulässig, im Rahmen einer Urteilsabsprache zu vereinbaren, dass auf ein Rechtsmittel verzichtet wird?
- (2) Ist es zulässig, dass das Gericht im Rahmen einer Urteilsabsprache darauf hinwirkt, dass ein Rechtsmittelverzicht erklärt wird, indem es diesen ausdrücklich anspricht oder befürwortet?
- (3) Ist die Erklärung des Angeklagten, auf Rechtsmittel zu verzichten, wirksam, wenn ihr eine Urteilsabsprache vorausgegangen ist, in der unzulässigerweise ein Rechtsmittelverzicht versprochen worden ist oder bei der das Gericht, ohne sich ihn im Rahmen der Absprache unzulässigerweise versprechen zu lassen, lediglich auf diesen hingewirkt hat?

III. Die Entscheidung des Großen Senats

Die Beantwortung der vorgelegten Rechtsfragen durch den Großen Senat erfolgte mit Beschluss vom 5.3.2005¹³:

⁸ *BGH* NSTz 2004, 164 (1. Senat); *BGH* NJW 2004, 1336f. (2. Senat); eine knappe Darstellung des Disputs findet sich bei *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2488. Dem 3. Senat gelingt in seinem Vorlagebeschluss die Widerlegung der stärksten Gegenargumente, siehe *BGH* NJW 2004, 2536, 2539; kritisch bezüglich der Überzeugungskraft der von 1. und 2. Senat vorgetragene Einwände mit beachtlicher Argumentation auch *Gaede/Rübenstahl*, HRRS, 2004, 342, 344-347, 352f. Anzumerken bleibt, dass zahlreiche Probleme, deren Auftreten 1. und 2. Senat auf Grund der beabsichtigten Änderung der Rechtsprechung befürchten, zum einen schon jetzt und unabhängig von einer potentiellen Rechtsprechungsänderung bestehen und sich zum anderen ohne Weiteres durch eine fundierte allgemeine Dogmatik zur Willensmangelproblematik beim Rechtsmittelverzicht lösen lassen sollten.

⁹ *BGH* NJW 2004, 1335 (5. Senat); *BGH* 4 Ars 32/03, Beschluss v. 25. November 2003 (4. Senat). Dies dürfte zu einer vorentscheidenden Änderung der Mehrheitsverhältnisse im Großen Senat geführt haben.

¹⁰ 1., 2. und 4. Senat hatten angeregt, den Großen Senat auch wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtsfragen anzurufen, *BGH* NJW 2004, 2536.

¹¹ *BGH* NJW 2004, 1356.

¹² *BGH* NJW 2004, 2536.

¹³ *BGH* GSSt 1/04, Bl. 2.

³ *Gaede/Rübenstahl*, HRRS 2004, 342, 352 hatten bereits zuvor argumentiert, dass ein Kompromiss, der die Einführung einer qualifizierten Belehrung zur Folge hat, den Aufwand von Anfrage- und Vorlageverfahren nicht gelohnt hätte.

⁴ *BGHSt* 10, 245, 247; *BGH* GA 68, 86; *wistra* 92, 309, 310; *NStZ* 96, 202; *NStZ-RR* 2002, 101.

⁵ Hinsichtlich der genauen Sachverhalte sei auf den Anfragebeschluss verwiesen, *BGH* StV 2003, 544.

⁶ *BGH* StV 2003, 544.

⁷ Für eine knappe Darstellung der Innendivergenz siehe *Meyer* StV 2004, 23, 24.

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

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

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

1. Verlauf der Entscheidung

Der Große Senat beginnt seine Ausführungen mit der Vorfrage, ob Urteilsabsprachen generell zulässig sind.¹⁴ Er nutzt die Gelegenheit, *BGHSt* 43, 195 zu bestätigen und in geringem Umfang zu konkretisieren.¹⁵ Den entwickelten Mindestanforderungen an Absprachen im Strafverfahren wird so nachträglich höchste Verbindlichkeit verliehen. Der Große Senat umreißt skizzenartig den rechtlichen status quo und geht dabei auch auf die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung ein.¹⁶ Zugleich werden Fragestellungen herausgearbeitet, die gerade nicht zufriedenstellend gelöst werden können, solange es an einem geregelten Verständigungsverfahren als solchem fehlt, aus denen allgemeine Maßstäbe für die Lösung dieser Rechtsfragen abgeleitet werden können.¹⁷ In diesem Zusammenhang verdeutlicht der Große Senat, dass er drängenden Handlungsbedarf auf Seiten der Legislative sieht, was am Ende des Beschlusses nochmals durch einen ausdrücklichen Appell bekräftigt wird.¹⁸

Auf dieser Grundlage wendet sich der Große Senat sodann den eigentlichen Vorlagefragen zu. Er folgert daraus, dass Urteilsabsprachen nur im vorher dargelegten Rahmen zulässig seien, dass die Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts sowie ein Hinwirken auf diesen unzulässig sein müsse. An einem Rechtsmittelverzicht bestünden auch keine legitimen Interessen. Die Urteils-

absprache dürfe nicht stillschweigend als informelles Verfahren und unter dem Deckmantel der Unkontrollierbarkeit neben der eigentlichen Hauptverhandlung eingeführt werden.¹⁹ Es bestünden sonst nachhaltige Gefahren für die Rechtskultur sowie die effektive Wahrung unverzichtbarer Anliegen eines rechtsstaatlich geführten Strafverfahrens. Es müsse die effektive Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen erhalten bleiben.²⁰ Zudem werde der Autorität des Gerichts Schaden zugefügt, da ernsthaft zu besorgen sei, dass das Gericht es bei Sachverhaltsermittlung und Strafzumessung aufgrund der ausgeschlossenen Kontrolle an der notwendigen Sorgfalt fehlen lasse.²¹ Aus diesem Grunde müsse sogar unzulässig sein, an jedweden Zustandekommen einer Absprache als solcher mitzuwirken, soweit ihr Gegenstand auch einen Rechtsmittelverzicht enthalte. Das Gericht dürfe sich nicht aktiv an Gesprächen über einen Rechtsmittelverzicht beteiligen, wobei der Terminus aktive Beteiligung im Folgenden konkretisiert wird. Untersagt sind nicht nur ansprechen, befürworten, und verlangen, sondern jedwede Äußerungen, die objektiv als Kundgabe gerichtlichen Interesses oder der Vorteilhaftigkeit des Verzichts verstanden werden könnte.²²

Sodann wendet sich der Große Senat der Kernfrage zu, wie es um die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bestellt ist, sollte ihm eine Verletzung dieser Regeln vorangegangen sein. Er setzt bei der Interpretation von § 302 I 1 StPO an und stellt daraufhin die grundsätzliche Wirksamkeit des erklärten Rechtsmittelverzichts fest. Allgemeine Ausführungen zu Natur und Wirkung des Rechtsmittelverzichts folgen, bevor der Große Senat schließlich knapp die Rechtsprechung des BGH zu den besonderen Ausnahmen von dieser Regel referiert.²³

Nur aufgrund schwerwiegender Willensmängel bei der Erklärung des Rechtsmittelverzichts oder wegen der Art und Weise seines Zustandekommens könne die Wirksamkeit versagt werden. Der vorab zugesagte Rechtsmittelverzichts sei insofern nicht bereits deshalb unwirksam, weil er unzulässig als Bestandteil einer Absprache vereinbart wurde. Es handle sich um unterschiedliche Prozesshandlungen, die verschiedene Verfahrensabschnitte betreffen. Der Rechtsmittelberechtigte könne ohne rechtliche Bindung an seine vorherige Zusage über die Wahrnehmung der Rechtsmittelbefugnis disponieren. Allerdings genügten die gesetzlich vorgesehenen Korrekture zum Schutz vor übereilten Entscheidungen, namentlich §§ 35a, 273 III 3 StPO, nicht, um dem Rechtsmittelbe-

¹⁴ *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 13. Obgleich sich die Strafsenate scheinbar ohne größere Differenzen an *BGHSt* 43, 195 zu orientieren schienen, hatte der 2. Senat fast beiläufig angemerkt, dass im Gesamtsenat unterschiedliche Grundauffassungen zur Zulässigkeit von Absprachen bestehen, *BGH* NJW 2004, 1336, 1337.

¹⁵ Z. B. im Hinblick auf die sog. „Sanktionsschere“ oder das Geständnis „zu Lasten Dritter“, vgl. *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 15, 16.

¹⁶ Diese hält der Große Senat für gewahrt, *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 17, wobei an die ergänzenden Ausführungen des 3. Senats im Vorlagebeschluss angeknüpft wird, vgl. *BGH* NJW 2004, 2536, 2357f.

¹⁷ Insbesondere werden die Fragen der Bindungswirkung von Zusagen und der Verwertbarkeit des „vorgeleisteten Geständnisses“ genannt, *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 17, 18.

¹⁸ *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 24, 34f.

¹⁹ *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 24.

²⁰ Der Große Senat gesteht allerdings ein, dass ein rechtliches Interesse an der Überprüfung bei einwandfreier Absprache nicht häufig anzutreffen sein wird, *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 26.

²¹ *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 25.

²² Eine Frage nach einem Rechtsmittelverzicht unmittelbar nach Urteilsverkündung, wie vom 5. Senat für nicht sachwidrig gehalten, vgl. *BGH* NJW 2004, 1335, ist danach nicht mehr möglich.

²³ *BGH* GSSSt 1/04, Bl. 27.

rechtigten seine unvermindert fortbestehende Rechtsmittelbefugnis zu verdeutlichen.²⁴

Aus den erörterten rechtlichen Gesichtspunkten und praktischen Gegebenheiten schließt der Große Senat, dass es unerlässlich für die effektive Durchsetzung der Anliegen ist, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden, den daraufhin später erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam zu erachten.²⁵

Ferner erstreckt der Senat diese Rechtsfolge aufgrund einer Abwägung zwischen dem Anliegen des fairen Verfahrens und der Rechtssicherheit auf alle Fälle, in denen überhaupt eine Urteilsabsprache erfolgt war.²⁶ Dies gebiete auch die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten. Im Interesse der Rechtssicherheit könne dies aber nicht absolut gelten. Die Unwirksamkeit entfalle, wenn dem Rechtsmittelberechtigten eine qualifizierte Belehrung bezüglich seiner Freiheit, ungeachtet der Absprache auf Rechtsmittel zu verzichten, erteilt wird.²⁷ Eine solche sei von nun an bei jeder Urteilsabsprache, und zwar unabhängig von einer Vorabzusage, zu erteilen und als wesentliche Förmlichkeit zu protokollieren.²⁸ Infolge einer solchen Belehrung sieht der Große Senat sichergestellt, dass der Betroffene trotz getroffener Absprache und der Empfehlung seines Verteidigers in seiner Entscheidung frei ist. Es liege allerdings in der Verantwortung der Tatrichter, dieses Korrektiv zur Sicherung der Willensfreiheit des Rechtsmittelberechtigten effektiv auszugestalten und nicht zur bloßen Formalität verkommen zu lassen. Eine infolgedessen in voller Kenntnis von Bedeutung und Tragweite des Verzichts abgegebene Erklärung sei wirksam und unwiderruflich.²⁹

Bei unterbliebener Belehrung kann der Berechtigte andererseits noch bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist Rechtsmittel einlegen. Nach Fristablauf bleibt nur die Möglichkeit der Wiedereinsetzung, bezüglich derer der Große Senat ausführt, dass die gesetzliche Vermutung des § 44 S. 2 StPO nicht die qualifizierte Belehrung umfasst. Vielmehr müsse der Antragsteller glaubhaft ma-

chen, aufgrund unstatthafter Einwirkungen vom Beschreiten des Rechtsweges abgebracht worden zu sein. Diese Glaubhaftmachung sei jedoch keine Selbstverständlichkeit, da der Betroffene häufig mit dem gefundenen Ergebnis zufrieden gewesen sei und lediglich später ein Motivwechsel erfolgt wäre.³⁰

Der Große Senat schließt die Begründung mit rechtspolitischen Ausführungen. Die derzeitige Absprachenpraxis entwickle sich in Richtung einer quasivertraglichen Vereinbarung und befinde sich damit im Widerspruch zu dem strafprozessualen Leitbild der materiellen Wahrheit. Systemimmanente Korrekturen oder systemkonforme Integrationen seien daher nur bedingt möglich und erschwerten die Lösung zahlreicher aufgeworfener Rechtsfragen im Zusammenhang mit Absprachen, da die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung erreicht seien.³¹ Die Gestaltung solch grundsätzlicher Fragen gehöre zu den Aufgaben des Gesetzgebers. Der Große Senat appelliert daher am Ende seiner Ausführungen an den Gesetzgeber, sich endlich umfassend legislativ mit der Zulässigkeit von Absprachen im Strafverfahren auseinander zu setzen.

2. Eigene Anmerkungen zum Beschluss des Großen Senats

Vor allem der rechtspolitische Teil der Ausführungen verdient in seiner Direktheit Zustimmung. Die Fortbildung des Rechts gehört zu den anerkannten Aufgaben der obersten Gerichte,³² da sie regelmäßig nur so die ihnen vom Grundgesetz auferlegte Pflicht erfüllen können, jeden vor sie gebrachten Rechtsstreit sachgerecht zu entscheiden.³³ Zutreffend streicht der Senat aber insofern Grenzen seiner schöpferischen Rechtsfindungsmöglichkeiten heraus, die infolge der rechtsstaatlichen Gesetzesbindung der Rechtsprechung bestehen. Dadurch wird dem Gesetzgeber nicht nur – nochmals – der Regelungsbedarf vor Augen geführt, sondern auch dessen Umfang verdeutlicht. Den Ausführungen des Großen Senats ist zu entnehmen, dass die derzeitigen Reformwürfe nicht ausreichend sein können, um eine Vielzahl der aktuell auftretenden Sachfragen, vor allem solche die mit sog. gescheiterten Absprachen verbunden sind, einer tragfähigen Lösung zuzuführen.³⁴ Unterstellt man die grundsätzliche Erforderlichkeit konsensualer Elemente im Strafverfahren, so kann es nur begrüßt werden, wenn der Senat zur Abhilfe die Einführung ebensolcher Verfahrenselemente anmahnt.³⁵ Zutreffend stellt der Senat fest,

²⁴ BGH GSt 1/04, Bl. 29. Der Große Senat führt in diesem Zusammenhang auch aus, dass es dem Rechtsmittelberechtigten schwer fallen kann, von der Zusage Abstand zu nehmen. Empfehlungen des Verteidigers und Vorleistung des Geständnisses könnten einen „Zugzwang“ erzeugen.

²⁵ BGH GSt 1/04, Bl. 30; bereits der 3. Senat hatte in seinem Vorlagebeschluss in Ergänzung zu seinen Ausführungen im Anfrageverfahren deutlich gemacht, dass wegen der zentralen Bedeutung des Verbots, die Konsequenz aus einem Verstoß nur die Unwirksamkeit sein könne, BGH NJW 2004, 2536, 2538.

²⁶ BGH GSt 1/04, Bl. 30.

²⁷ Die Einführung eines solchen Instruments war sowohl vom 3. Senat als auch vom 2. Senat zuvor abgelehnt worden, siehe BGH NJW 2004, 2536, 2539; NJW 2004, 1336, 1337. 5. Senat und 4. Senat hatte hingegen angedeutet, darin eine denkbare Lösung des Wirksamkeitsproblems zu sehen, BGH NJW 2004, 1335 (5. Senat); BGHSt 45, 227, 233 (4. Senat).

²⁸ BGH GSt 1/04, Bl. 31.

²⁹ BGH GSt 1/04, Bl. 32.

³⁰ BGH GSt 1/04, Bl. 33 – Auch Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von der bisherigen Rechtsprechung sowie dieses Beschlusses berechtigten nicht zur Wiedereinsetzung; so ebenfalls jüngst der 5. Senat in 5 StR 586/04.

³¹ BGH GSt 1/04, Bl. 34.

³² Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz, Kommentar, 3. Aufl., 2001, § 132 Rn. 37.

³³ BVerfGE 84, 212, 226.

³⁴ Siehe zu den geplanten Neuregelungen www.stpo-reform.de. Nach wie vor erschöpfen sich die Reformpläne weitgehend in der Implementierung der richterrechtlichen Verfahrensregeln.

³⁵ Satzger/Höltkemeier, NJW 2004, 2487, 2490, sprechen daher von einer „großen Lösung“. Eine ganz andere Frage ist, in welchen Grenzen dies möglich ist, vgl. dazu z. B. Weßlau,

dass die verfassungsrechtlichen und systematischen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung weiter gehende Rechtsschöpfungen als „Ersatzgesetzgeber“ auf Grund der notorischen Inaktivität der Legislative nicht mehr zulassen. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, ein System zu schaffen, in welches sich verfahrensbeendende Absprachen friktionslos einfügen.³⁶ Die normersetzende Heranziehung des fair trial-Grundsatzes auf Rechtsanwendungsebene, wie durch *BGHSt* 43, 195 vorgeführt, ist von vornherein auf die Erfüllung systemimmanenter Kontroll- und Berichtigungsfunktionen beschränkt.³⁷ Eine Rechtsfortbildung durch Richterrecht ist nur *intra ius*, d. h. im Rahmen der zwingenden prozessualen Grundstrukturen, möglich. Von Lückenfüllung kann daher nicht mehr gesprochen werden, wenn das prozessuale System selbst verändert wird. Die Rechtsprechung stößt hier in der Tat an die Grenzen ihrer verfassungsgemäßen Aufgabenzuweisung.³⁸

Gänzlich im Rahmen der Aufgaben der Judikative liegt aber die Entwicklung dogmatisch tragfähiger Regeln zur Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts. Dem wird der BGH erneut nicht gerecht. Trotz einzelner Befunde, die im Ergebnis durchaus Zustimmung verdienen, ist die Entscheidung dogmatisch ein Rückschritt gegenüber dem Anfragebeschluss. Durch Einführung der qualifizierten Belehrung werden schließlich auch diese zustimmungswürdigen Befunde nivelliert, da hier ein prozessuales Instrument legitimiert wurde, dass es den Verfahrensbe-

ZStW 116 (2004), 150, 164-171, die wohl nur geringen Spielraum für die Integration eines konsensualen Verfahrensmodells sieht; zu Recht sehr skeptisch auch *Duttge* ZStW 115 (2003), 539 ff.

³⁶ Meyer, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren, 2003, S. 389.

³⁷ SK/StPO-Rogall, vor § 133 Rn 102.

³⁸ Ob diese Grenze erst jetzt erreicht wurde, mag allerdings nach wie vor bezweifelt werden, siehe u.a. Kritik von *Noak*, StV 2002, 445, 446, *Weigend*, BGH-FG, 2001, S. 1011, 1016, und *Schünemann*, FS Rieß, 2002, S. 525, 536. Gleichwohl ist diese Problematik bereits vielfach und ausführlich erörtert worden. Sie soll hier nicht erneut vertieft diskutiert werden. Zu den konkreten Ausführungen des *BGH* ist aber zumindest anzumerken, dass die gewählte Bezugnahme auf die Rechtsprechung des *BVerfG* auf tönernen Füßen steht. Die Entscheidungen, denen die Zitate entnommen wurden, behandelten die Anwendung ganz konkreter materiell zivilrechtlicher Vorschriften. Im ersten Fall wurde die Frage des Ersatzes immaterieller Schäden bei Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entschieden, während es im zweiten Fall um die analoge Anwendung des § 569a Abs. 2 S.1 BGB a.F. auf nichteheliche Lebenspartner als „andere Familienangehörige“ ging. Das *BVerfG* hat zudem ausdrücklich erklärt, dass es keine Formel für alle Rechtsgebiete gibt, um die Grenzen der Rechtsfortbildung zu bestimmen, und seine Entscheidung ausdrücklich auf das Gebiet des Privatrechts beschränkt, *BVerfGE* 34, 269, 288. Ob dessen Ausführungen sich insofern auf eine Situation übertragen lassen, in denen das gesamte Verfahrenssystem in einem anderen Rechtsgebiet neuausgerichtet werden soll, muss kritisch beurteilt werden. Das Gericht darf jedenfalls nicht anstelle einer Gesetz gewordenen Regelung eine andere treffen, von der nicht feststeht, ob der Gesetzgeber sie gewollt hat oder gewollt hätte, *Katholnigg*, Strafrechtsverfassungsrecht, 1990, § 1 Rn. 6.

teiligten ermöglicht, den Rechtsmittelverzicht als Element einer Absprache zu erhalten und die missbräuchliche Umgehung der Verfahrensregeln für Absprachen effektiv gegen Kontrolle und Sanktionen abzuschirmen. Dazu sei im Einzelnen Folgendes ausgeführt.

a) Zur Zulässigkeit der Vorabzusage

Veranlasst durch die geäußerten Zweifel des 2. Senats, sah sich der Große Senat zunächst gezwungen, die Zulässigkeit einer Vorabzusage zu erörtern.³⁹ Unter Aufbietung der schon zuvor in der BGH-Rechtsprechung diesbezüglich etablierten Argumente wird die Unzulässigkeit überzeugend dargelegt.⁴⁰ Die Erstreckung dieser Bewertung auf Fälle des bloßen Hinwirkens verdient in Begründung wie Ergebnis ebenfalls Zustimmung, da alle Gesichtspunkte die sich gegen die Zulässigkeit der Vorabzusage anführen lassen auch hinsichtlich des bloßen Hinwirkens gelten.⁴¹ Zur Erschwerung von Umgehungsstrategien in der Praxis sollte dabei der Begriff der aktiven Beteiligung nicht nur verbale, sondern auch konkludente Äußerungen jeder Art umfassen. In diesem Zusammenhang erklärt sich dann auch, warum nach dem Großen Senat für das Gericht sogar unzulässig ist, an jedwedem Zustandekommen einer Absprache als solcher mitzuwirken, soweit ihr Gegenstand auch einen Rechtsmittelverzicht enthält.⁴² Würde sich das beteiligte Gericht nämlich ausdrücklich auf die zulässigen Inhalte zurückziehen, könnte die Bereitschaft, überhaupt eine Absprache in diesem Umfeld einzugehen, leicht als Duldung weiter gehender Abreden zwischen den Rechtsmittelberechtigten verstanden werden.

Der Große Senat sieht allerdings auch den Ausweg, den die Praxis hier voraussichtlich suchen wird: eine diskrete Abrede zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung. Den Rechtsmittelberechtigten sei es nämlich unbenommen, ohne das Gericht Gespräche über die Einlegung des Rechtsmittels zu führen. Das ist aber so nicht richtig. Die Staatsanwaltschaft ist ein Recht und Gesetz verpflichtetes Rechtspflegeorgan, vgl. § 150 GVG,⁴³ und wie das Gericht rechtlich angehalten, das Verbot der Vorabzusage zu beachten.⁴⁴ Ein Hinwirken der StA auf den Rechtsmittelverzicht würde regelmäßig als objektive Irreleitung durch staatliche Strafverfolgungsbehörden zur Unwirksamkeit des Verzichts führen.⁴⁵ Zudem ist die Rechtsmit-

³⁹ Über die Motive des 2. Senats mag dabei spekuliert werden. Angesichts der Heftigkeit der Debatte erscheint nicht ausgeschlossen, dass der Einwand der Obstruktion oder Schaffung von Verhandlungsmasse gedient haben könnte.

⁴⁰ Vgl. z. B. *BGHSt* 43, 195; *BGH* NJW2004, 2536, 2538.

⁴¹ Zustimmend auch *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342, 345f. unter Ausleuchtung der psychischen Konsequenzen des Hinwirkens für den Angeklagten.

⁴² Ohnehin stellte sich für das Gericht hier ein praktisches Problem, da der künftige Abspracheinhalt *ex ante* prognostiziert werden müsste.

⁴³ *BGHSt* 24, 170, 171; *Meyer-Gofßner*, GVG vor § 141 Rn. 7.

⁴⁴ Sie soll sogar gerade über die Einhaltung der Rechts wachen, siehe *Meyer-Gofßner*, GVG vor § 141 Rn. 8.

⁴⁵ Siehe *Meyer*, Fn. 36, S. 332f.

telbefugnis und ihre Wahrnehmung für die Staatsanwaltschaft ganz anders ausgestaltet als für eine Partei.⁴⁶

Ferner kann das Gericht sich auch nicht selbst aus der Verantwortung für die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens entlassen. Es ist der von der Verfassung berufene Hüter des Prozessordnungsmäßigkeits des Verfahrens. Selbst beim US-amerikanischen „plea bargaining“, an dem sich das Gericht aufgrund des adversatorischen Charakters des dort herrschenden Strafverfahrensmodells nicht beteiligen darf, ist den Parteien keine freie Hand gewährt. Im Rahmen eines plea colloquy - für das Bundesstrafverfahren in § 11 der Federal Rules of Criminal Procedure geregelt⁴⁷ - hat das Gericht die Legalität des plea zu prüfen und auch Willensmängel aufzuspüren.⁴⁸ Hierzulande muss das Gericht umso mehr dazu angehalten sein, möglichen nicht offen gelegten Abreden auf den Grund zu gehen und Willensmängel durch gezielte Nachfragen aufzuspüren und zu beheben.⁴⁹ Indirekt erkennt der Große Senat diese Notwendigkeit ebenfalls an, indem er die qualifizierte Belehrung zum zwingenden Verfahrensbestandteil macht, wenn eine Absprache erfolgt. Ist das Gericht an der Vorabzusage nicht beteiligt, wäre eine nachfolgende Belehrung auch nicht notwendig mit dem Makel der Formalität behaftet.

Im Kontext der Gesamtentscheidung ist dies allerdings nur ein Nebenschauplatz. Von umso größerer Relevanz ist, dass die Aspekte, mit denen die Unzulässigkeit der Vorabzusage begründet wurde, nunmehr auch die Begründung für die Unwirksamkeit des später erklärten Rechtsmittelverzichts liefern sollen.

b) Zur Unwirksamkeit des vereinbarten Rechtsmittelverzichts

Der Große Senat setzt zwar zunächst bei der Interpretation von § 302 I 1 StPO an und referiert dann kurzkommentarartig allerlei zur Prozesshandlung des Rechtsmittelverzichts, doch schließt er „im Hinblick auf die erörterten rechtlichen Gesichtspunkten und praktischen Gegebenheiten“, dass es unerlässlich für die effektive Durchsetzung der Anliegen ist, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden, den daraufhin später erklärten Rechtsmittelverzicht für unwirksam zu erachten.⁵⁰ De facto begründet der Große Senat damit eine materielle Mindestvoraussetzung für die Wirksamkeit eines

Rechtsmittelverzichts, wie sie schon vom 3. Senat angedacht wurde.⁵¹ Als Kehrseite stehen die zuvor erörterten Gesichtspunkte der ausnahmsweise eintretenden Unwirksamkeit aufgrund schwerwiegender Willensmängel und des Schutzes vor übereilten Entscheidungen dadurch aber in keinem unmittelbaren Zusammenhang mehr mit dem Grund, welcher die Unzulässigkeit der Vorabzusage trägt. Vielmehr verkehrt der Große Senat seine allgemeine Aussage, dass der vorab zugesagte Rechtsmittelverzicht nicht bereits deshalb unwirksam sei, weil er unzulässig als Bestandteil einer Absprache vereinbart wurde, in ihr Gegenteil. Er soll gerade deshalb unwirksam sein. Nur so ließen sich die verfolgten Anliegen, namentlich effektive Wahrung unverzichtbarer Anliegen eines rechtsstaatlich geführten Strafverfahrens, schuldangemessenes Strafen, Schutz der Rechtskultur, Wahrung von Würde und Autorität des Gerichts, notwendige Sorgfalt bei der Ermittlung des Sachverhalts,⁵² effektiv durchsetzen. Aufgrund dieser Argumentationsführung kommt der potentiellen Willensbeeinflussung, aus der die Unwirksamkeit ebenfalls hätte abgeleitet werden können, keine tragende Bedeutung mehr zu.⁵³ Dies hat erhebliche Folgen für die Eignung der qualifizierten Belehrung als Mittel zur Sicherung der Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts. Auf diese wird noch zurückzukommen sein.

Zunächst muss aber der Blick auf eine weitere dramatische Änderung der bisherigen Rechtsprechung gelenkt werden, die der Große Senat mit einem knappen Absatz begründet glaubt: Die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Verzichts wird auf alle Fälle erstreckt, in denen überhaupt eine Absprache stattfand. Damit wird das bisherige Regel-Ausnahme-Verhältnis, wonach der erklärte Rechtsmittelverzicht grundsätzlich wirksam ist, für Absprachen umgekehrt: Der erklärte Rechtsmittelverzicht ist grundsätzlich unwirksam, wenn er einer verfahrensbedingenden Verständigung im Strafverfahren nachfolgt. Zur Begründung dieser Umwälzung, die nicht einmal der absprachekritische 3. Senat angedacht hatte, wird auf eine Abwägung zwischen dem Anliegen des fairen Verfahrens und der Rechtssicherheit rekurriert.⁵⁴ Bei allem gebotenen Respekt muss man sich aber fragen, wo diese Abwägung so plötzlich und unvermittelt herkommt und wie es um ihre dogmatische Legitimität im Zusammenhang mit der zu behandelnden Problematik steht.

Nach ganz h. M. kann ein Rechtsmittelverzicht nur ausnahmsweise unwirksam sein, wenn überwiegenden Gründen der Gerechtigkeit der Vorrang gegenüber der Rechtssicherheit einzuräumen ist.⁵⁵ Das Gebot materieller Gerechtigkeit ist im Wege verfassungskonformer, das Gesetz ergänzender oder umbildender Rechtsfortbildung

⁴⁶ Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, 1994, S. 278-286; siehe gerade auch im Zusammenhang mit der Erklärung eines vereinbarten Rechtsmittelverzichts durch die Staatsanwaltschaft *Gaede/Rübenstahl*, HRRS 2004, 342, 358f.

⁴⁷ Ähnliche Regelungen finden sich in den Prozessordnungen vieler Einzelstaaten.

⁴⁸ *Saltzburg/Capra*, American Criminal Procedure, 7th ed., 2004, 1066f., 1081-1083.

⁴⁹ Grundlage dafür wäre die gerichtliche Fürsorgepflicht, vgl. dazu *BGHSt* 25, 325, 330; *SK/StPO-Rogall*, Vor § 133 Rn 115.

⁵⁰ *BGH GSt* 1/04, Bl. 30 – Der Zeitpunkt der Erklärung spielt dabei nach Auffassung des Senats keine Rolle.

⁵¹ Siehe *BGH StV* 2003, 544, 546.

⁵² Siehe *BGH GSt* 1/04, Bl. 24f.

⁵³ Die Begründung lässt sich auch nicht als Integration von Willensmängelproblematik und abstrakter, normativierter Wirksamkeitsvoraussetzung verstehen, wie sie z. B. von *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342, 348 angedacht wurde.

⁵⁴ *BGH GSt* 1/04, Bl. 30.

⁵⁵ *BGHSt* 17, 14, 18; vgl. auch *BGH wistra* 94, 30 m.w.N.

zu verwirklichen.⁵⁶ Eine Norm, die selbst bei eklatanten Verstößen gegen allgemeine Gerechtigkeitsvorstellungen daraus resultierenden Willensmängeln die Beachtlichkeit versagt, muss demnach korrigiert werden.⁵⁷ Soll ein Fundamentalprinzip wie die Gerechtigkeit aber als unmittelbar wirkender Rechtsgrundsatz gelten, so kann dies nur funktionieren, wenn man diesen Rechtsgrundsatz hinreichend konkretisieren und nachprüfbar machen kann.⁵⁸ Unterstellte man hier, dass der Große Senat zumindest äußerlich an diese hergebrachten Grundsätze anknüpfen wollte und das „Anliegen des fairen Verfahrens“ daher als Ausdruck und Konkretisierung materieller Gerechtigkeit zu verstehen ist, bestünde dennoch Anlass zur Kritik:

Zwar hat das *BVerfG* den Grundsatz des fairen Verfahrens zu einer prägenden Prozessmaxime für das Strafverfahren erhoben,⁵⁹ doch sind Geltungsgrund, dogmatische Bedeutung und Funktionsweise nicht abschließend geklärt.⁶⁰ Es ist methodisch nur eingeschränkt möglich, aus dem Fairnessprinzip konkrete Ergebnisse zur Lösung von Einzelfragen abzuleiten.⁶¹ Das Fairnessprinzip enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote, sondern bedarf behutsamer Konkretisierung.⁶² Der *BGH* warnt selbst vor einer ausufernden Anwendung, die eine Lockerung der Bindung an das positive Recht und eine unsichere Rechtsanwendung bewirken kann.⁶³ Will man also unmittelbare Wirkungen herleiten und Einbußen an Rechtssicherheit vermeiden, bedarf es einer sorgfältigen Konkretisierung für den jeweiligen Anwendungsfall. Der *BGH* macht sich diese Mühe nicht. Weder nennt er die Einzelgesichtspunkte des fairen Verfahrens, die für die Situation des Rechtsmittelverzichts einschlägig sein könnten, noch begründet er sein Abwägungsergebnis – abgesehen von dem Hinweis auf Beweisschwierigkeiten – überhaupt.⁶⁴

Im Zusammenhang der Entscheidung mag dies zumindest für den Großen Senat zu verschmerzen sein, denn er hat das Serum gegen die Wirkung dieser fundamentalen Änderung der bisherigen Rechtsprechung bereits parat: die qualifizierte Rechtsmittelbelehrung. Im Interesse der

⁵⁶ *Ossenbühl* DÖV 72, 25, 34; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 7. Auflage, 1999, S. 11.

⁵⁷ So ausdrücklich für erhebliche Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht *BGH* wistra 94, 30 m.w.N.

⁵⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, 1991, S. 490.

⁵⁹ LR-*Rieß*, Einl. Abschn. H Rn 99; *Marczak*, Das Fairnessgebot im Prozess unter besonderer Berücksichtigung des Strafprozesses, 2000, S. 80.

⁶⁰ LR-*Rieß*, Einl. Abschn. H Rn 100; SK/StPO-*Rogall*, § 133 Rn 102 ff.; *Sinner*, Der Vertragsgedanke im Strafprozess, 1999, S. 125, 126.

⁶¹ LR-*Rieß*, Einl. Abschn. H Rn 103.

⁶² *BVerfGE* 57, 250, 276; 63, 45, 61.

⁶³ *BGHSt* 40, 211, 217f.

⁶⁴ Wie eine solche Konkretisierung aussehen könnte, habe ich an anderer Stelle darzulegen versucht, *Meyer*, Fn. 36, S. 96ff.

Rechtssicherheit könne die Unwirksamkeitsfolge nämlich nicht absolut gelten.⁶⁵

c) Zur Eignung der qualifizierten Belehrung

Nach Auffassung der Großen Senats entfallt die Unwirksamkeitsfolge, wenn dem Rechtsmittelberechtigten eine qualifizierte Belehrung bezüglich seiner Freiheit, ungeachtet der Absprache auf Rechtsmittel zu verzichten, erteilt wird.⁶⁶ Folgt man aufmerksam der Begründung des Großen Senats, beruht die Unwirksamkeit aber gerade nicht auf der potentiellen, unzulässigen Willensbeeinflussung des Rechtsmittelberechtigten, sondern eben auf der effektiven Durchsetzung der Anliegen, die mit der Annahme der Unzulässigkeit einer gerichtlichen Mitwirkung an Absprachen über einen Verzicht auf die Rechtsmitteleinlegung verfolgt werden.⁶⁷ Es bleibt daher unklar, wie die Sicherstellung der Willensfreiheit des Rechtsmittelberechtigten etwas am Verdikt der Unwirksamkeit ändern soll. Das Vorhandensein materieller Mindestvoraussetzungen für die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, namentlich die Absenz einer Vorabzusage oder eines Hinwirkens zur Wahrung - u.a. - der Rechtskultur, Würde und Autorität des Gerichts sowie der notwendigen Sorgfalt bei der Ermittlung des Sachverhalts, kann die qualifizierte Belehrung nicht herbeiführen. Alles andere wäre eine Fiktion.

Selbst wenn aber die Entscheidung ausschließlich auf die Willensmängelproblematik gestützt worden wäre, wie sowohl vom 3., 4. und 5. Senat angedacht als auch vorherrschend im Schrifttum vertreten,⁶⁸ wäre die qualifizierte Belehrung gleichwohl nur ein äußerst begrenzt taugliches Mittel zur Wahrung der Entscheidungsauto-

⁶⁵ Man fragt sich allerdings, wieso dies so sein muss, denn wegen der Weite der Neuregelung ist ein Höchstmaß an Rechtssicherheit gerade gewährleistet: Der Rechtsmittelverzicht kann bei Absprachen rechtlich schlicht nicht mehr vorkommen. Ein derartiger Paternalismus gibt natürlich seinerseits Anlass zum Widerspruch, doch ist dies nicht Thema des Beitrags.

⁶⁶ Dies macht vor allem die vom 2. Senat als kaum möglich beschriebene Motivforschung für den Verzicht entbehrlich, *BGH* NJW 2004, 1336.

⁶⁷ Wegen der offensichtlichen Friktionen mit der vorangehenden Begründung der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei Absprachen kann das Abstellen auf die qualifizierte Belehrung auch nicht als eine Normativierung der Frage, ob tatsächlich ein Willensmangel vorliegt, verstanden werden. Dies entspricht einer Idee von *Rieß*, welche dieser zur Bewältigung von Kausalitätsproblemen entwickelt hatte, um zum Nachweis des „Beruhens“ auf einen vorwiegend an objektiven Kriterien orientierten, normativ begründeten Zusammenhang abzustellen zu können, *Rieß*, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 645, 652, 655; zustimmend *Bömeke*, Fn. 2, S. 135. Dieser Ansatz würde einen Bogen zwischen den beiden Argumentationssträngen des 3. Senats aus seinem Anfragebeschluss schlagen und neben der Klärung des Willensmangel zugleich eine neue abstrakte Wirksamkeitsvoraussetzung für den Rechtsmittelverzicht schaffen. Gleichwohl begegneten einer solchen Ansicht, dieselben Bedenken gegen die Eignung der qualifizierten Belehrung, wie sie unten vorgetragen werden.

⁶⁸ *BGHSt* 45, 227, 231; *BGH* NJW 2004, 2536, 2538; *BGH* NJW 2004, 1335

nomie des Rechtsmittelberechtigten. Eine Einschätzung, dass alle Probleme bezüglich der Willensfreiheit des Angeklagten mit ihr auszuräumen wären, scheint zu optimistisch.

Die qualifizierte Belehrung wurde im strafprozessualen Schrifttum und in der Rechtsprechung bisher primär in Verbindung mit der Fortwirkung einer Beeinträchtigung der Aussagefreiheit gem. §§ 136, 136a StPO erwähnt.⁶⁹ Sie findet auch nach Verstößen gegen die Belehrungspflicht bezüglich des Rechts auf Verteidigerkonsultation und des Aussageverweigerungsrechts, § 136 I StPO Anwendung.⁷⁰ Die qualifizierte Belehrung stellt insofern sicher, dass derartige Rechtsverletzungen keine Auswirkungen auf spätere erneute Vernehmungen mehr zeitigen.⁷¹ Ihr Inhalt setzt sich aus mehreren Elementen zusammen. Der Beschuldigte muss vor Beginn der erneuten Vernehmung nicht nur über seine Rechte belehrt werden, sondern auch darauf hingewiesen werden, dass seine frühere Aussage auf Grund des Verstoßes unverwertbar ist.⁷² Dem Angeklagten muss bewusst gemacht werden, dass er von seinen Rechten ohne prozessuale Nachteile Gebrauch machen und seine Entscheidung völlig neu treffen kann.⁷³ Eine qualifizierte Belehrung muss demnach stets im Zusammenhang mit dem konkret vorliegenden Willensmangel oder staatlich verursachten Autonomiedefizit gesehen werden.

Wollte man die qualifizierte Belehrung als generelle Voraussetzung zur Heilung von Verfahrensverstößen auf andere Konstellationen als Vernehmungen erstrecken, so bedarf es der Prüfung, ob die neue Fallgruppe ähnliche Parameter aufweist wie die etablierten. Bezüglich des Rechtsmittelverzichts ist es nun in der Tat so, dass in der Vorabzusage als Verfahrensfehler der Auslöser eines Willensmangels gesehen wird. Dies ist die Irreleitung über die rechtliche Zulässigkeit und Bindungswirkung der Verzichtszusage, welche nach Ansicht vieler noch zum Zeitpunkt der späteren Verzichtserklärung fortwirkt.⁷⁴ Prima facie erscheint die Anwendung der qualifizierten Belehrung zur Beseitigung der Fortwirkung und zur Neutralisierung dieses Verfahrensfehlers daher durchaus plausibel, soweit sie klarstellt, dass keine rechtliche Bindungswirkung besteht und die Erklärung des Rechtsmittelverzichts dem Rechtsmittelberechtigten frei

steht.⁷⁵ Dies ist nach der vom Großen Senat vorgeschlagenen Lösung der Fall. Trotz Beseitigung des Irrtums über rechtliche Bindungswirkung und Zulässigkeit der Vorabzusage muss aber angezweifelt werden, dass die qualifizierte Belehrung ferner geeignet ist, den faktischen Erwartungsdruck, der durch die Vorabzusage entstanden ist, nachträglich zu mindern.⁷⁶

Auch bei Wissen um die fortbestehende Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung verbleibt ein faktischer Druck auf dem Angeklagten, da die Abwicklung der Absprache bereits weit fortgeschritten sind. Der Große Senat erkennt dieses Problem dem Grunde nach auch selbst, spricht es aber nicht im Rahmen der qualifizierten Belehrung, sondern bereits zuvor im Zusammenhang mit der Herleitung der Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts an. Der Angeklagte stehe danach unter „Zugzwang“, wenn er seine Vorleistung, regelmäßig das Geständnis, bereits erbracht und der Absprache auf Empfehlung seines Verteidigers zugestimmt hat.⁷⁷ Ferner werde der Verteidiger dem Angeklagten häufig bedeuten, dass ein Verzicht in seinem wohlverstandenen Interesse sei. Es möge dem Angeklagten daher schwerfallen, von seiner Vorabzusage wieder abzurücken.⁷⁸ Hinreichende Korrektive zum Schutz der Entscheidungsfreiheit nach Urteilsverkündung enthalte die StPO nach Meinung des Großen Senats nicht. Sofern der Große Senat aber später das von ihm ergänzend gewählte Korrektiv der qualifizierten Belehrung erörtert, tauchen die vorgenannten faktischen Probleme nicht mehr auf. Eine Überprüfung, ob die qualifizierte Belehrung geeignet ist, den vom Senat selbst geäußerten Bedenken Rechnung zu tragen, erfolgt nicht.

Das mag seinen Grund haben, denn bei genauerem Hinsehen ist die qualifizierte Belehrung nicht geeignet, auch die faktischen Zwänge hinreichend zu neutralisieren.⁷⁹ Die qualifizierte Belehrung bringt den Angeklagten vielmehr in eine paradoxe Situation.⁸⁰ Dasselbe Gericht, das rechtswidrig auf eine Vereinbarung des Rechtsmittelverzichts hingewirkt hat, offenbart dem Angeklagten nun, dass dies unzulässig und er daher in seiner Entscheidung frei sei.⁸¹ Dies wird den Angeklagten als Rechtslaien regelmäßig überfordern,⁸² zumal die übrigen Absprachebeteiligten inklusive des Verteidigers wie

⁶⁹ Zur Figur der qualifizierten Belehrung und ihrer Funktion siehe grundlegend *Geppert*, GS Meyer, 1990, S. 93ff. vgl. auch *BGH StV* 95, 450; *BGH StV* 96, 360; *LR-Hanack*, § 136a Rn 65.

⁷⁰ *LR-Hanack*, § 136 Rn 74; *Beulke* NSStZ 96, 257, 261; *Geppert*, GS Meyer, 1990, S. 93, 101ff.

⁷¹ *G. Fezer* JZ 89, 348; *Neuhaus* NSStZ 97, 312, 314.

⁷² *Geppert*, GS Meyer, 1990, S. 93, 94f.; *BGH StV* 96, 360 (5.Senat); ähnlich *BGH StV* 88, 45 (3.Senat).

⁷³ *LR-Hanack*, § 136 a Rn 65 sowie § 136 Rn 74; vgl. *KK-Boujong*, § 136 Rn 29.

⁷⁴ *Rieß*, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 645, 656 - motivierende Kraft kann zumindest nicht ausgeschlossen werden; *Satzger* JuS 2000, 1157, 1160; *Bömeke*, Fn. 2, S. 134; *Meyer*, Fn. 36, S. 331ff.

⁷⁵ Zudem müsste man sich fragen, ob in Anlehnung an die anerkannten Fälle der qualifizierten Belehrung nicht ebenfalls Klarheit darüber zu schaffen wäre, dass bei Zuwiderhandlung gegen die Vorabzusage keinerlei Sanktionierung droht.

⁷⁶ *Bömeke*, Fn. 2, S. 135.

⁷⁷ *BGH GSSt* 1/04, Bl. 29

⁷⁸ *BGH GSSt* 1/04, Bl. 29.

⁷⁹ Nicht gesagt ist damit aber, dass der Rechtsmittelverzicht zwingend unwirksam ist, siehe dazu *Meyer*, Fn. 36, S.344.

⁸⁰ *Bömeke* spricht von einem "für den Angeklagten nur schwer verständlichen Widerspruch", Fn. 2, S. 135.

⁸¹ *Meyer*, Fn. 36; S. 343; *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342, 351.

⁸² Von einer Neutralisierung der Willensbeeinträchtigung könne nach Auffassung von *Satzger/Höltkemeier*, NJW 2004, 2487, 2489, kaum die Rede sein. *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den BGH, 2004, spricht von einem bloßen Formalismus, S. 233f.

zuvor vereinbart fortfahren werden. *Gaede/Rübenstahl* führen völlig zutreffend aus, dass von einem durchschnittlich intelligenten und durchschnittlich verteidigten Angeklagten keine Entscheidung erwartet werden kann, die alle beteiligten Juristen vor den Kopf stoßen muss.⁸³ Der Rechtsmittelberechtigte kann seine Entscheidung gerade nicht völlig neu treffen, wie dies durch die qualifizierte Belehrung in ihrem ursprünglichen Anwendungsbereich ermöglicht wird. Es findet keine Auswechslung der Verfahrenssituation statt. Vielmehr stehen sich dieselben Beteiligten gegenüber, häufig ohne zeitliche Zäsur. Wie *Satzger/Höltkemeier* richtig bemerken, kann einer qualifizierten Belehrung in diesem Kontext nur Alibifunktion zukommen.⁸⁴ Der Große Senat merkt insofern lediglich mit einem Satz an, dass es in der Verantwortung der Tatrichter stehe, dass dieses Korrektiv der qualifizierten Belehrung nicht etwa als nur formelhafte, tatsächlich nicht ernstgemeinte Prozesshandlung ausgestaltet wird.⁸⁵

Letztlich ist damit eine qualifizierte Belehrung plus X erforderlich, da es sich nicht um die qualifizierte Belehrung in ihrer klassischen Form handelt. Neben der Belehrung muss durch Verhalten des Gerichts auch die wahrgenommene Widersprüchlichkeit der Belehrung beseitigt werden. Genaue Ratschläge, wie das geschehen soll, gibt der Große Senat nicht, obgleich es Aufgabe der obergerichtlichen Rechtsprechung ist, im Rahmen des Möglichen sicherzustellen, dass von ihr aufgestellte Verfahrensregeln auch beachtet werden.⁸⁶ Er überlässt die Ausarbeitung von Maßstäben vielmehr den betroffenen Tatrichtern, die ihre Eignung und Bereitschaft zur Effektivierung höchstrichterlicher Verfahrensregeln ja bereits zuvor eindrucksvoll unter Beweis gestellt haben.

Es ist somit bereits absehbar, dass sich Folgestreitigkeit darüber entspinnen werden, ob eine erfolgte Belehrung

⁸³ *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342, 351.

⁸⁴ *Satzger/Höltkemeier* NJW 2004, 2487, 2489. Gleichwohl sehen diese die Notwendigkeit eines alternativen Lösungsansatzes, da die Folge genereller Unwirksamkeit nicht praxistauglich sei. Verständigungen würden in die Heimlichkeit gedrängt und der Angeklagte umso schutzloser. Soweit aber als eigener Vorschlag die Vorabzusage unter Wahrung rechtlicher Mindeststandards erlaubt werden soll, stellt sich bei aller Notwendigkeit praxistauglicher Lösungen doch die Frage, warum vor der unzulässig agierenden Praxis kapituliert werden soll. Die Botschaft dieser Lösung wäre, dass letztlich gerade die hartnäckigsten und erfindungsreichsten Rechtsverletzer mit der Legitimation ihrer Praktiken belohnt würden. Schließlich hegen die Verfasser selbst Zweifel, ob bei Zulassung der Vorabzusage die übrigen rechtsstaatlichen Minimalforderungen fortan überhaupt gewahrt würden. Soweit dies nicht vollständig der Fall wäre, erwiese sich dieser Ansatz als ebenso schädlich wie die qualifizierte Belehrung. M.E. scheint daher eher umgekehrt die Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts der einzig praxistaugliche Weg, um *BGHSt* 43, 195 Schlagkraft zu verleihen.

⁸⁵ Zumindest eine eindeutige Belehrung sehen *Bömeke*, Fn. 2, S. 135, und wohl auch *Rieß*, FS Meyer-Goßner, 2001, S. 645, 655f., als ausreichend zur Neutralisierung der motivierenden Kraft der unzulässigen Absprache an.

⁸⁶ So noch der 3. Senat im Vorlagebeschluss, *BGH* NJW 2004, 2536, 2539.

hinreichend war. Da der Große Senat keinerlei Maßstäbe liefert, ist eine Vielzahl einzelfallspezifischer Auseinandersetzungen, die dann zumeist im Rahmen eines Wiedereinsetzungsverfahrens zu klären wären, und die Entstehung einer umfangreichen Kasuistik vorprogrammiert. Von seinem Ziel, durch die qualifizierte Belehrung ein Mehr an Rechtssicherheit zu schaffen, entfernt sich der Senat dadurch.

Effektive Wirkung entfalten könnte die qualifizierte Belehrung wohl nur in dem Bereich, der über den Abwendungsbereich, der schon vom 4. Senat in *BGHSt* 45,227 angedacht wurde, hinausgeht.⁸⁷ Ohne eingehende Begründung wird die Belehrungspflicht nämlich auf alle Fälle erweitert, in denen eine verfahrensbeendende Verständigung erfolgte.⁸⁸ Wie bereits oben knapp ausgeführt, kann eine solche Belehrung tatsächlich die Entscheidungsautonomie des Angeklagten schützen, soweit das Gericht nicht an der Vorabzusage beteiligt war. Die Belehrungspflicht gründet sich dann aber auf die gerichtliche Fürsorgepflicht und dient nicht mehr primär der Beseitigung der Fortwirkung eines Verfahrensfehlers.⁸⁹

Probleme werden aber auch in dieser Konstellation deutlich, soweit man nicht bei der isolierten Betrachtung der Vorabzusage stehen bleibt, sondern diese im Gesamtzusammenhang der Absprache begreift und nach deren verschiedenen Inhalten differenziert.⁹⁰ Die Entscheidungssituation und die Einflussfaktoren auf die Autonomie des Rechtsmittelberechtigten sind nämlich weitaus komplexer, als dies zunächst scheint. Im Zeitpunkt der Rechtsmittelentscheidung können noch weitere beachtliche faktische Beeinträchtigungen der Willensbildungsfreiheit bestehen. Insbesondere soweit die zugesagten Leistungen von staatlicher Seite zu diesem Zeitpunkt

⁸⁷ *Bömeke*, Fn. 2, S. 134, 135, vertrat bereits in seiner Reaktion auf *BGHSt* 45, 277, dass eine qualifizierte Belehrung in Absprachefällen generell angemessen ist, um dem Angeklagten zu verdeutlichen, dass eine Verständigung nicht eo ipso von einer revisionsrechtlichen Kontrolle präkludiert ist. Das Gericht sollte den Angeklagten deutlicher als nach einem streitigen Verfahren auf die Rechtsmittelmöglichkeit hinweisen.

⁸⁸ Diese Erweiterung federt die Unschärfe des Begriffs des „Hinwirkens“ ab, die vom 1. Senat, *BGH* NStZ 2004, 164, 165, kritisiert worden war, da keinerlei Streitigkeiten über die Notwendigkeit der Belehrung entstehen können sowie bei erfolgter Belehrung keine vertiefte Auseinandersetzung mit potentiellen Einwirkungshandlungen des Gerichts erfolgen muss.

⁸⁹ Das Vorliegen einer Absprache typisiert die Hilfsbedürftigkeit des Angeklagten, welche die Fürsorgepflicht des Gerichts zur Wahrung autonomen, selbstbestimmten Handelns seitens des Angeklagten auslöst. Vgl. zum maßgeblichen Grund für die Forderung nach einer qualifizierten Belehrung in ihrem klassischen Anwendungsbereich *Geppert*, GS Meyer, 1990, S. 93, 105, 118.

⁹⁰ *Weigend* hat bereits frühzeitig ausgeführt, dass der Zusage des Rechtsmittelverzichts neben dem sonstigen Inhalt der Absprache nur unwesentliche zusätzliche Motivationswirkung zukomme. Er begrüße eine qualifizierte Belehrung zwar aus Gründen der Fairness, doch begründe ihr Fehlen nicht ohne weiteres die Unwirksamkeit des Verzichts, StV 2000, 63, 65 Fn. 18.

noch nicht erbracht sind,⁹¹ kommt der Aussicht auf die spätere Erbringung maßgeblicher Einfluss zu.⁹² Der Angeklagte weiß, dass er noch nicht alles Erforderliche getan hat, um sich die Vorteilsgewährung zu sichern und ein Unterlassen des Verzichts zwangsläufig das Ausbleiben der noch ausstehenden staatlichen „Gegenleistung“ nach sich zieht. Die Vorabzusage wäre insofern allenfalls mitursächlich für den Rechtsmittelverzicht. Diese Erkenntnis bietet allen Anlass dazu, den eigentlichen Kern des Problems in den Blick zu nehmen: den Inhalt der jeweiligen Absprache. Eine vorrangige Ausrichtung der Diskussion um die Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts am Problem der Vorabzusage ließe diesen entscheidenden Gesichtspunkt unberücksichtigt. Maßgeblicher Aspekt in dieser Situation ist die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf die Einhaltung der Absprache.⁹³ Da der notwendige Inhalt einer effektiven qualifizierten Belehrung in unmittelbarer Wechselbeziehung mit den Einflussfaktoren stehen muss, erfordert die Neutralisierung ihrer motivierenden Wirkung hier den zusätzlichen Hinweis, dass die Zusagen des Staates bezüglich künftiger Leistungen unverbindlich und unter Umständen nicht der Rechtskraft fähig oder gar rechtswidrig sind.⁹⁴

All dies ist aber gleichwohl nur ein oberflächliches Herumkurieren an den Symptomen einer unregelmäßigen Absprachepraxis. Eine wirklich kohärente Lösung der derzeitigen Probleme bei Verständigungen im Strafverfahren kann nur ausgehend von einer grundlegenden Regelung durch den Gesetzgeber erfolgen. Aus dieser ließen sich dann auch wichtige Parameter für die Behandlung des Rechtsmittelverzichts bei Absprachen gewinnen, die sodann in eine allgemeine Dogmatik zur Lösung der Willensmangelproblematik beim Rechtsmittelverzicht integriert werden könnten. Zur Entwicklung Letzterer trägt der Große Senat leider nichts bei.

IV. Fazit

Mit dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs geht eine der interessantesten und intensivsten innergerichtlichen Kontroversen in der jüngeren Geschichte des Strafprozessrechts zu Ende. Von den zahlreichen Argumenten, die in den Anfrage- und Antwortbeschlüssen ausgetauscht wurden, findet sich allerdings nicht viel in der zuvor besprochenen Entschei-

dung. Auf das reichhaltige Schrifttum wird gar nicht erst eingegangen. Der Große Senat rang ersichtlich um einen Kompromiss, so dass die Gründe wohl lediglich den Minimalkonsens widerspiegeln, auf den sich die Senate verständigen konnten. Dies mag auch erklären, warum der Senat den Ausführungen zur Vorfrage der Zulässigkeit der verfahrensbeendenden Absprache als solcher immerhin 13 Seiten widmet, während der Kerngegenstand des Vorlageverfahrens mit seinen weitreichenden Änderungen auf lediglich 10 Seiten abgehandelt wird.⁹⁵

Faktische Konsequenz des Beschlusses ist, dass dem im Zusammenhang mit einer Urteilsabsprache erklärten Rechtsmittelverzicht künftig Wirksamkeit zukommen wird. Ermöglicht wird dies durch das neu eingeführte Korrektiv der qualifizierten Belehrung. Der 3. Senat, der ausgezogen war, um Entwicklungen in der Praxis, die Grundprinzipien des Strafprozessrechts gefährden, zu korrigieren,⁹⁶ steht mit leeren Händen da. Noch im Vorlagebeschluss hatte dieser Senat herausgestellt, dass der wirksamste Schutz gegen Fehlentwicklungen bei der Urteilsabsprache darin besteht, dass sich die Beteiligten nicht sicher sein können, dass das Urteil nicht doch zur Überprüfung gestellt wird.⁹⁷ Damit ist es nun endgültig vorbei. Der Beschluss des Großen Senats gibt ihr mit der qualifizierten Belehrung ein vorzügliches Mittel zur Hand, Umgehungen der richterrechtlichen Mindestvoraussetzungen für Absprachen nunmehr prozessual zulässig gegen eine Rechtsmittelkontrolle abzusichern.⁹⁸ Leidtragender sind der Angeklagte und die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens. Der Praxis wird indessen ein höchst-richterlicher Freifahrtsschein für die Fortführung missbräuchlicher Praktiken erteilt.

Wie zuvor Widerspruchslösung, Strafzumessungslösung oder Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe wird erneut ein prozessuales Vehikel geschaffen bzw. erweitert, das schützende Formen im Strafverfahrens aufbricht und zur weiteren Erosion der Rechtsposition des Angeklagten beiträgt. Das Perfide dieser Konstruktion ist, dass sie selbst in das Gewand einer schützenden Form gekleidet daherkommt. In Wahrheit ist sie ein trojanisches Pferd, dem die Tore zur Absprachenpraxis nicht hätten geöffnet werden dürfen.

⁹¹ Damit sind u.a. Vorteilszusagen durch die staatlichen Strafverfolgungsorgane gemeint, die ihrer Natur entsprechend erst nach Eintritt der Rechtskraft gewährt werden (können). Dies sind typischerweise Nichtverfolgungszusagen der StA und Zusagen bzgl. Strafvollzug und -vollstreckung.

⁹² Weigend StV 2000, 63, 66; zuletzt Satzger/Höltkemeier NJW 2004, 2487, 2489.

⁹³ Meyer, Fn. 36, S. 346f.

⁹⁴ Der Angeklagte hat keinen Anspruch auf die Erfüllung der denkbaren nachträglichen staatlichen Leistungen. Die Nichtverfolgungszusage gem. § 154 I Nr. 1 StPO ist faktisch nur vorläufiger Natur und entfaltet keine Rechtskraft, KK-Boujong, § 154 Rn 24. Auch Beschränkungen der Strafverfolgung gem. § 154a StPO sind lediglich vorläufiger Natur, Meyer-Gößner, § 154a Rn. 19, 24. Zusagen zu Strafvollzug oder -vollstreckung sind regelmäßig rechtswidrig.

⁹⁵ So werden Bedenken des 2. und 3. Senats gegenüber einer qualifizierten Belehrung nicht kritisch gewürdigt. Mehr noch: Das Kernproblem des Zerwürfnisses zwischen den Senaten, namentlich ob eine Vorabzusage tatsächlich zu einem beachtlichen Willensmangel führt, wird gemieden, obgleich gerade hier wegen der diametral entgegengesetzten Einschätzungen der Verfahrenswirklichkeit eine Harmonisierung notwendig ist, vgl. z. B. die Beurteilung des regelmäßigen Ablaufs einer Absprache und der Aufgabenwahrnehmung des Verteidigers in deren Verlauf durch den 1. Senat, BGH NStZ 2004, 164f.

⁹⁶ BGH StV 2003, 544, 545.

⁹⁷ BGH NJW 2004, 2536, 2538 unter Anlehnung an Salditt ZStW 115 (2003), 570, 580.

⁹⁸ Ähnlich kritisch bereits Gaede/Rübenstahl HRRS 2004, 342, 351.

Es entbehrt nicht der Ironie, dass damit der parlamentarische Gesetzgeber die einzige Hoffnung bleibt, den Wildwuchs der Absprachenpraxis einzudämmen und die Entscheidungsautonomie des Angeklagten hinreichend zu sichern.⁹⁹

⁹⁹ Gem. §§ 257b II, 302 I 2 StPO-E soll ein Rechtsmittelver-

Zur Wirksamkeit eines absprachebedingten Rechtsmittelverzichts und deren Auswirkungen im Hinblick auf die Wiedereinsetzung

Anmerkung zum Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 03. März 2005 GSSSt 1/04 = BGH HRRS 2005 Nr. 310.

Von Rechtsanwältin Dr. **Christina Koch**, Berlin

I. Zulässigkeit von Rechtsmittelverzichtserklärungen

Auf ein Rechtsmittel kann unter den Voraussetzungen des § 302 Abs. 1 StPO verzichtet werden, sobald und solange ein Rechtsmittel eingelegt werden kann, also nicht vor Erlass der Entscheidung aber schon vor Bekanntgabe der Urteilsgründe.¹ Der Verzicht führt grundsätzlich² zur Unzulässigkeit sämtlicher gegen die Entscheidung möglichen Rechtsmittel und schließt in der Regel die Wiedereinsetzung aus.

II. Zulässigkeit von Absprachen

Dass Absprachen - sogenannte deals - mittlerweile Rechtswirklichkeit sind,³ zeigt sich nicht zuletzt durch das gesetzgeberische Bedürfnis, die Zulässigkeit von Absprachen und deren Grenzen zu regeln, wie aus dem Diskussionsentwurf der Bundesregierung und des Bundesjustizministeriums⁴ hervorgeht. Aber auch die StPO sieht, trotz ihrer grundsätzlich vergleichsfeindlichen Ausrichtung, vereinzelt Absprachen vor; explizit zum Beispiel in §§ 265 a, 470 S. 2 oder aber stillschweigend wie in § 153 a. Dem Adhäsions- und Privatklageverfahren sowie der Nebenklage sind Vergleiche ebenfalls nicht fremd. Es haben jedoch auch die vom Gesetz nicht vorgesehenen Absprachen - außerhalb der Hauptverhandlung, im Ermittlungsverfahren zwischen Verteidigung

¹ BGH 43, 195.

² Falls nicht ein Teilverzicht erklärt wurde oder sonstige Beschränkungen seitens des Erklärenden vorgenommen werden.

³ Salditt, ZStW 2003, 570.

⁴ Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, Bundesministerium der Justiz vom 18.02.2004

zicht unwirksam sein, wenn er Gegenstand einer vorangegangenen Verständigung war.

und Staatsanwaltschaft oder zwischen den Verfahrensbeizügten und dem Gericht - in den letzten Jahren stark zugenommen,⁵ sodass sich hier gleichsam die Frage nach deren Wirksamkeit stellt.

Das BVerfG hat Absprachen nicht für grundsätzlich unzulässig erklärt, sondern verbietet sie nur insoweit, als sie sich als „Handel mit der Gerechtigkeit“⁶ darstellen. Ihre Wirksamkeit sei daher von der Einhaltung bestimmter Grundsätze wie der in §§ 136a, 244 Abs. 2 StPO festgelegten, abhängig zu machen.⁷ So sollen Absprachen beispielsweise in der Hauptverhandlung und nicht vertraulich getroffen werden, ferner seien sie im Sitzungsprotokoll niederzulegen.⁸

Findet eine Absprache statt - sei es nun im Ermittlungs-, Vor- oder im Hauptverfahren - bietet das Gericht in der Regel die Verhängung einer milden Strafe, die Strafaussetzung zur Bewährung, die Einstellung von Nebenverfahren nach § 154 StPO oder die Anwendung des § 154 a StPO im laufenden Verfahren an. Als „Gegenleistung“ nimmt es bevorzugt einen Rechtsmittelverzicht des Angeklagten entgegen.

III. Fortbestehendes Regelungsbedürfnis für absprachebedingte Rechtsmittelverzichtserklärungen

Ob ein solcher nach Urteilsverkündung⁹ vom Angeklagten erklärter Rechtsmittelverzicht, der im Rahmen einer Absprache vereinbart wurde, Wirksamkeit erlangen könne, wurde auch unter den Strafsenaten kontrovers behandelt. Der von der Unwirksamkeit einer solchen Erklärung ausgehende 3. Senat hat im Hinblick auf die entgegenstehende Rechtsprechung des 2. Senats,¹⁰ des 1. Senats¹¹ und des 5. Strafsenats¹² angefragt, ob an dieser Rechtsprechung festgehalten werde. Während der 4. Senat und

⁵ Kleinknecht/Meyer-Goßner Einl. Rn. 119a.

⁶ NJW 1987, 2662.

⁷ NStZ 1987, 419.

⁸ NJW 2001, 2643; eine die Praxis der heimlichen deals beendende Rechtsprechungsvereinheitlichung fordernd: Meyer-Goßner, StraFo 2003, 405.

⁹ Eine zuvor abgegebene Verzichtserklärung ist ohnehin als gegenstandslos zu betrachten.

¹⁰ BGH, NJW 1997, 2691; Beschl. v. 17.7.1991 - 2 StR 230/91; Beschl. v. 25.10.2000 - 2 StR 403/00; NStZ -RR 2001, 334; Beschl. v. 4.7.2001 - 2 StR 247/01.

¹¹ BGH, NStZ 2000, 386; NStZ-RR 2002, 114.

¹² BGH, Beschl. v. 5.9.2001 - 5 StR 386/01.

der 5. Senat¹³ mitteilten, dass sie den im Anfragebeschluss bezeichneten Rechtssätzen zustimmen und die eigene Rechtsprechung nicht entgegenstehe bzw. aufgegeben werde, haben der 1. Strafsenat¹⁴ und der 2. Strafsenat¹⁵ ausgeführt, an ihrer entgegenstehenden Rechtsprechung festhalten zu wollen. Nachdem der 2. Senat die bisherige Rechtsprechung des BGH zur Unzulässigkeit eines auf einer Absprache basierenden Verzichts in Zweifel gezogen hatte, legte der 3. Senat diese Rechtsfrage als Vorlegungsfrage 1 gemäß § 132 IV GVG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung dem großen Senat vor.

Dieser hat sich¹⁶ für die Zulässigkeit eines auf einer Absprache basierenden Verzichts jedenfalls insoweit ausgesprochen, als der Angeklagte dahingehend qualifiziert belehrt wurde, dass er ungeachtet der Absprache in seiner Entscheidung frei sei, gegen das abgesprochene Urteil binnen einer Frist Rechtsmittel einzulegen. Das gelte auch dann, wenn die Absprache keinen Rechtsmittelverzicht zum Gegenstand habe. Folglich sei „der nach einer Urteilsabsprache erklärte Verzicht auf die Einlegung eines Rechtsmittels unwirksam, wenn der Angeklagte nicht qualifiziert belehrt worden ist.“

Das Problem des verständigungsbedingten Rechtsmittelverzichts wird durch die Überlastung der Strafjustiz, dem Bedürfnis nach zügiger Verfahrensbeendigung und Herbeiführung baldiger Rechtskraft auf der einen, und dem Gebot den staatlichen Strafanspruch, die Verfahrensgrundsätze und die Grundsätze der Strafbemessung nicht zur Disposition der Verfahrensbeteiligten und des Gerichts zu stellen, auf der anderen Seite umgrenzt.

1. Bedenken gegen die Wirksamkeit absprachebedingter Verzichtserklärungen

Das Zurückziehen auf Verständigungen und dem Herbeiführen derart frühzeitig hergestellter Rechtskraft ist bei der Fülle der Verfahren und insbesondere bei langwierigen z.B. wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren nachvollziehbar und kann durchaus im Interesse aller Verfahrensbeteiligten liegen. Die gegen eine Wirksamkeit von auf Absprachen basierenden Rechtsmittelverzichtserklärungen sprechenden Aspekte wiegen entgegen der Auffassung des Großen Senats aber in der Gesamtschau schwerer, sodass eine vom Gesetzgeber zu postulierende Unzulässigkeit eines solchen Verzichts, jedenfalls am Tag der Urteilsverkündung, vorzugswürdig erscheint.

Die Unwirksamkeit einer Rechtsmittelverzichtserklärung kommt beispielsweise bei schwerwiegenden Willensmängeln auf Seiten des Erklärenden¹⁷; allerdings auch

durch die Art ihres Zustandekommens, z. B. wegen unzulässiger Einwirkung mit solchen Beeinflussungsmitteln, die nicht von § 136 a StPO verboten sind,¹⁸ in Betracht. Bei einem aufgrund einer Absprache abgegebenen Verzicht gilt es besonders zu berücksichtigen, dass sich der hinsichtlich einer solchen Erklärung verhandlungsbereite Angeklagte in einer speziellen, das heißt stark beeinflussbaren Situation befindet. Er wird – die Höhe der Straferwartung stets im Blick – einen direkten oder indirekten Vorschlag des Gerichts zumeist schon deshalb annehmen, weil ihm dadurch die Furcht vor einer – unter Umständen nicht genau einschätzbaren – Straferwartung genommen wird. Uneingeschränkte Zustimmung hat in diesem Zusammenhang insbesondere der Beitrag von *Schöch* verdient, demnach ein solches „in die Enge treiben“ nur zugunsten von der StPO gebilligter Ziele hinzunehmen sei. Dabei handele es sich unter anderem um den Beschleunigungsgrundsatz und den Zeugenschutz.¹⁹ Anders verhalte es sich aber bei mit der Tat nicht verbundenen – und daher nicht schützenswerten – Umständen wie der herbeigeführten Rechtskraft.²⁰ Ein Hinwirken darauf stelle eine unzulässige Verknüpfung der Rechtsmittelbefugnis mit der Höhe der Strafe dar. Der Verzicht müsse daher als eine für die Strafzumessung sachfremde Erwägung angesehen werden.²¹

Der eventuell mit der Entscheidung des Großen Senats geebnete Weg zu einem generell großzügigeren Umgang mit Absprachen könnte schließlich zur Zulässigkeit von Vereinbarungen für jedes aus Sicht des Gerichts gewünschte Verhalten führen. Dem ist als nicht wünschenswerte Entwicklung vorzubeugen.

Die typische, den Angeklagten möglicherweise in Bedrängnis bringende Hauptverhandlungssituation ist aber noch aus weiteren Gründen zu berücksichtigen. Der Beschuldigte sieht sich gegenüber der Staatsanwaltschaft und dem Gericht in der Regel nicht als gleichberechtigter Verhandlungspartner. Daher ähnelt schon das bloße in Aussicht stellen einer Strafmilderung durch das Gericht einer Willensbeeinflussung. Von der Erklärungsfreiheit des Angeklagten kann in diesem Moment somit in der Regel nicht ausgegangen werden. Er soll sich aber seiner ohnehin auf einen schmalen Bereich eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten nicht zu einem zu frühen Zeitpunkt begeben.²² Aus Nr. 142 II S. 1 RiStBV ergibt sich bereits, dass der Angeklagte zu solch einer Entscheidung nicht gedrängt werden soll, wobei ein Verstoß dagegen nicht automatisch zur Unwirksamkeit des Verzichts führt.

Für den Angeklagten aber wird es von der Wirkung her kaum einen Unterschied machen, ob er zu einem Verzicht gedrängt wurde – wobei sich hier die Frage stellt, ob ein solches Drängen nicht unweigerlich in die Nähe der Methoden des § 136 a StPO rückt – oder ob das Gericht eine entsprechende Anregung der Staatsanwalt-

¹³ Beide BGH, NJW 2004, 1335 = StV 2004, 4.

¹⁴ BGH, NStZ 2004, 164 = StV 2004, 115.

¹⁵ BGH, NJW 2004, 1336 = StV 2004, 196.

¹⁶ Wie auch zuvor schon durch den vierten und fünften Senat vorgeschlagen: BHG StV 2004, 115, 117 f.; BGH StV 2004, 196, 197 f.

¹⁷ BVerfG, NJW 1987, 2662; BGHR StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 - Rechtsmittelverzicht 12.

¹⁸ BGHSt 45, 51 ff.

¹⁹ Schöch, NJW 2004, 3463.

²⁰ Weider, NStZ 2004, 340.

²¹ Ebenda.

²² BGH, Beschl. v. 19.10.1999 4 StR 86/99 NStZ 2000, 97.

schaft aufnimmt oder selbst eine solche gibt.²³ Das Gericht kann sich kaum dagegen verwehren, seine Stellung gegenüber den anderen Verfahrensbeteiligten zu funktionalisieren.²⁴ Ohnehin ist zu erwarten, dass die Praxis Möglichkeiten finden wird, nach außen unverbindlich, aber für den Angeklagten spürbar, auf einen Konsens hinzuwirken.²⁵

Rechtsbelehrungen, die in solchen Fällen in die Richtung gehen könnten wie „bei der Wahrnehmung durch die Verfassung garantierter Verteidigungsrechte riskiere der Beschuldigte Freiheitsentzug“ seien jedenfalls der Auffassung von Hamm zufolge mit den nach § 136a StPO verbotenen Methoden vergleichbar.²⁶

Das vorrangige - wenn nicht sogar einzige - Interesse der meisten Angeklagten ist eine geringe Strafe. Zeigt doch die Praxis, dass manche dem Plädoyer der Staatsanwaltschaft erst dann Beachtung schenken, wenn es um die Höhe des beantragten Strafmaßes geht. So wird auch das Versprechen oder in Aussicht stellen von milder oder geringer Strafe den Angeklagten zu unüberlegten Erklärungen veranlassen können und dies unabhängig davon, ob er qualifiziert oder gar nicht belehrt wird oder ob er einen auf ihn einwirkenden Verteidiger hat oder nicht. Die Freiheit des Angeklagten zur Willensentscheidung und Willensbetätigung kann daher allein schon durch die Situation eingeschränkt und somit durch die Vereinbarung eines Verzichts im Rahmen einer Verständigung in rechtsstaatlich bedenklicher Erheblichkeit beeinträchtigt werden. Ein so entstandener Verzicht ist mit derselben Berechtigung unwirksam wie jede andere unter schweren Willensmängeln zu Stande gekommene Prozessklärung.²⁷ Auch wenn nicht jede Beeinflussung zwingend zu Erklärungsmängeln führt, sollte in diesem bedeutsamen Bereich - der Angeklagte begibt sich schließlich aller weiterer Verteidigungsmöglichkeiten - die bloße Möglichkeit der Willensbeeinflussung zur generellen Unzulässigkeit solcher Erklärungen ausreichen. Dass die vom Großen Senat geforderte Belehrung, die nach einer Aufforderung zur freien Willensbildung anmutet, in der Tat zu größerer Willensfreiheit seitens des Beschuldigten führt, darf angezweifelt werden.

Ein weiterer unschöner Effekt des Belehrungsmodells ist, dass das Gericht mit der Belehrung zum Ausdruck bringen muss, dass sämtliches vorausgegangenes prozessuales Tun keinerlei Wirkung oder Bindung entfaltet. Es muss sich also befremdlicher Weise von seinem eigenen Verhalten distanzieren.²⁸

Darüber hinaus ist im Interesse des Vertrauens der Öffentlichkeit in die Justiz zu bedenken, dass sich das Gericht unter Umständen durch das Verlangen eines

Rechtsmittelverzichts in den Verdacht begibt, sich die Urteilbegründung leicht machen zu wollen, weil eine rechtliche Überprüfung dadurch ausgeschlossen wird.²⁹ Während dem Gericht hierbei eventuell die Möglichkeit des verkürzten Urteils nach § 267 IV StPO entgegen kommt, stellt das Vermeiden der Revision auch für die Staatsanwaltschaft eine Arbeitserleichterung dar.³⁰ In England ist dieser Gleichklang der Interessen des Gerichts, der Staatsanwaltschaft und unter Umständen auch des Verteidigers an einer schnellen Erledigung des Verfahrens als bedeutsames Rechtsproblem bereits bekannt.³¹ Aber auch hier wird davon gesprochen, ein solcher deal habe sogar den Zweck die revisionsrechtliche Kontrolle von Strafurteilen zu vermeiden.³² Eine solche Kontrolle kann aber erforderlich sein, um unter unklaren Umständen zustande gekommene Absprachen einer Überprüfung zuzuführen.³³ Ein Verbot von verfahrensbeendenden Absprachen soll daher gerade auch verhindern, dass es die Verfahrensbeteiligten in dem Bewusstsein, die Entscheidung werde nicht mehr überprüft, an der erforderlichen Sorgfalt bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Festlegung einer schuldangemessenen Strafe mangeln lassen.³⁴ Der wirksamste Schutz dagegen bestehe in der Unsicherheit darüber.³⁵ Im Übrigen kann davon ausgegangen werden, dass ein sach- und interessengerechtes Urteil in der Regel ohnehin nicht angefochten wird.³⁶ Und für eine formgerechte Praxis erschließt sich ein Bedürfnis nach einem Rechtsmittelverzicht ohnehin nicht.³⁷

Auch im Hinblick auf die immer wieder zu tagende trendende Diskussion um die Reduzierung der Gerichtsbarkeit um eine ganze Instanz, die mit demselben Argument der Prozessökonomie vorangetrieben wird, sollte auch hier der Unmöglichkeit der rechtlichen Überprüfung Einhalt geboten werden. Auch wenn nicht unterstellt werden kann, die Gerichte oder Staatsanwaltschaften tendierten zu Lasten des ordnungsgemäßen Verfahrens zu verfahrensbeendenden Maßnahmen, wird das Vertrauen in die Gerichtspraxis durch eine eindeutige Handhabung verstärkt bzw. wiederhergestellt.

Geht man also mit guten Gründen von der Unwirksamkeit eines vereinbarten Verzichts aus, stellt sich dann die Frage, wie festgestellt werden kann, dass ein tatsächlich abgegebener, vermeintlich nicht auf einem deal basierender Verzicht nicht doch durch eine - gegebenenfalls im Vorfeld stattgefundene - Absprache entstanden ist.³⁸

²⁹ So auch Rieß, NStZ 2000, S. 99.

³⁰ BGH, NJW 2003, 3427

³¹ Nachweise bei Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 350, Fn. 76.

³² Hamm, NJW 2004, Editorial Heft 41; ähnlich Satzger JuS 2000, 1158; Weider StV 2000, 540.

³³ Rieß, NStZ 2000, S. 99.

³⁴ BGH, Vorlagebeschluss v. 15.06.2004 - 3 StR 368/02 u. 3 StR 415/02, NJW, 2004, 2538.

³⁵ Salditt, ZStW, 2003, 580.

³⁶ So auch Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 345.

³⁷ Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 345.

³⁸ Schöch, NJW 2004, 3465.

²³ Vgl. BGH, Vorlagebeschluss v. 15.06.2004 - 3 StR 368/02 und 3 StR 415/02, NJW 2004, 2538; Erb GA 2000, 524.

²⁴ Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 346.

²⁵ Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 345.

²⁶ Hamm, NJW 2004, Editorial Heft 41.

²⁷ Beulke, Strafprozessrecht, 8. Auflage, Rn. 396a.

²⁸ Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 351.

Eine einheitliche Linie der Rechtssprechung zur Vermeidung von solchen heimlichen deals, wie auch von Meyer-Goßner gefordert,³⁹ ermöglicht der Beschluss des Großen Senats jedenfalls nicht. Zumindest sollte daher bei jeder vorausgegangenen unzulässige Absprache von einer die Erklärung zumindest mit-motivierenden Wirkung ausgegangen und der Verzicht auch dann für unwirksam gehalten werden.⁴⁰ Letztlich setzt ein solches Vorgehen aber auch die Annahme der generellen Unzulässigkeit eines Verzichts basierend auf einem deal voraus. Auch die Einhaltung der vor dem Beschluss des Großen Senats durch die Rechtsprechung entwickelten anderen Regulativen, wie das Festhalten im Protokoll oder das Erfordernis der Öffentlichkeit der Absprache unter Mitwirkung aller Beteiligten, gebieten keine andere Bewertung. Vielmehr kann der Umstand der Gegenwart aller Verfahrensbeteiligten – auch wenn es den Prinzipien der Unmittelbarkeit, Mündlichkeit und Öffentlichkeit dienen mag – für den Angeklagten selbst eher eine einschüchternde Wirkung haben. Auch die positive und negative Beweiskraft des Protokolls nach § 274 Satz 1 StPO vermag für die Einschätzung, ob die Erklärung willensmangelfrei ist oder auf einer im Vorfeld stattgefundenen heimlichen Absprache basiert, wenig herzugeben.

Gegen die Erweiterung der Zulassung von Absprachen im Allgemeinen sprechen auch die neuen Unterbrechungsvorschriften. Gemäß § 229 I, II StPO kann die Hauptverhandlung zehn bzw. dreißig Tage unterbrochen werden.⁴¹ Durch die längere Unterbrechungsmöglichkeit laufen die Gerichte und Verfahrensbeteiligten weniger Gefahr den bereits verhandelten Teil wiederholen zu müssen. Ferner ist der Vorteil der herbeigeführten Rechtskraft in Anbetracht der kurzen Fristen für die Wiedereinsetzung und die Revision nur ein geringer.

2. Alternativer Lösungsansatz – zwingende Überlegenszeit zur Abgabe einer Verzichtserklärung

Wie bis hierhin dargelegt, ist der übliche Zeitpunkt, unmittelbar nach der Urteilsverkündung, nicht prädestiniert dem Verzichtenden eine wohlüberlegte Erklärung unter Einbeziehung aller Konsequenzen abzuverlangen.⁴² Da sich der Beschuldigte bei der übereinstimmend herbeigeführten Rechtskraft aufgrund einer Absprache aller Verteidigungsmöglichkeiten begibt, wiegt dieser Eingriff in die Rechte des Angeklagten besonders schwer. Zu seinem Schutz ist es daher angezeigt, eine in einer solchen Situation abgegebene Erklärung noch mal einer Prüfung unterziehen zu können, also eine über die Unwirksamkeit der Verzichtserklärung mögliche Wiedereinsetzung zu gewährleisten.

³⁹ Meyer-Goßner, StraFo 2003, 401-406.

⁴⁰ So auch Rieß, NStZ 2000, 99.

⁴¹ Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen kann eine dreißigtägige Unterbrechung auch zwei- oder nach § 229 II S. 3 StPO dreimal erfolgen.

⁴² So auch Gaede/Rübenstahl, HRRS 2004, S. 346.

Begrüßenswert ist daher auch der Vorschlag der Strafverteidigervereinigung,⁴³ den auf einer Absprache basierenden Verzicht entweder ganz oder zumindest für den Tag der Urteilsverkündung zu verbieten.⁴⁴ Damit könnte eine nicht disponible Überlegenszeit eingeräumt werden, durch welche die oben genannten Bedenken hinsichtlich des Überraschungseffekts für den Angeklagten und die Druckausübung auf denselben ausgeräumt werden können. Auch dem Gedanken von Nr. 142 II S. 1 RiStBV, demnach eine Verzichtserklärung unmittelbar nach der Urteilsverkündung vermieden werden soll, würde dadurch Rechnung getragen. Befürchtungen wegen gegebenenfalls mangelnder Sorgfalt der Verfahrensbeteiligten könnte dadurch ebenfalls begegnet werden, da bei der Hauptverhandlung und Vorbereitung eventueller Absprachen für einen später zu erklärenden Verzicht, die auch von Salditt⁴⁵ geforderte Unsicherheit hinsichtlich einer Überprüfung bestehen bliebe.

Allerdings bleibt damit die Frage unbeantwortet, wie man informellen Absprachen zu begegnen haben wird. Der Diskussionsentwurf der Bundesregierung und des Bundesjustizministeriums, der in § 257 b Abs. 2 S. 4 ein solches Verbot von absprachebedingten Verzichtserklärungen vorsieht,⁴⁶ führt wohl lediglich zur Nicht-Protokollierung einer solchen Absprache, verhindert sie aber nicht. Sinnvoll ist in diesem Zusammenhang der Vorschlag, nach § 273 StPO nicht nur die abgesprochene Strafobergrenze, sondern auch die in Aussicht gestellte Alternativstrafe zu protokollieren.⁴⁷

IV. Folgen für die Wiedereinsetzung – auch hier Überlegensfrist als Alternative

Ist der Verzicht unwirksam, kann dies die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen unverschuldeter Fristversäumnis begründen. Wenn auch nicht Bestandteil der Vorlegungsfrage, kommt der Behandlung dieses Problems praktische Tragweite zu. Und zwar für die Wiedereinsetzung und damit auch für das diesbezügliche Verteidigerverhalten, weil vorhersehbar ist, dass erst nach Ablauf der kurzen Rechtsmitteleinlegungsfrist das Bedürfnis nach Überprüfung einer irregulären Absprache entstehen kann.⁴⁸ Hier ist das Merkmal des Wegfall des

⁴³ Auch wenn die Strafverteidigervereinigung die Regelung von sonstigen Verfahrensabsprachen grundsätzlich befürwortet.

⁴⁴ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Diskussionsentwurf der Regierungskoalition und des Bundesministeriums der Justiz zu einer Reform des Strafverfahrens vom 31.09.2004, S. 17.

⁴⁵ Salditt, ZStW 2003, 580.

⁴⁶ Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens, Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im Deutschen Bundestag, Bundesministerium der Justiz vom 18.02.2004

⁴⁷ Stellungnahme der Strafverteidigervereinigungen zum Diskussionsentwurf der Regierungskoalition und des Bundesministeriums der Justiz zu einer Reform des Strafverfahrens vom 31.09.2004, S. 17. Der Diskussionsentwurf sieht in § 273 Abs. 1 eine entsprechende auf § 257 b Abs. 2 verweisende Regelung vor.

⁴⁸ Rieß, NStZ 2000, 100.

Hindernisses gemäß § 45 I 1 StPO und die Beurteilung der Verschuldensfrage nach § 44 S. 1 StPO von zentraler Bedeutung. Voraussetzung ist natürlich, dass Wiedereinsetzung nicht bereits nach § 44 S. 2 StPO wegen mangelhafter Belehrung zu gewähren ist.

Dem Großen Senat zufolge komme § 44 S. 2 StPO jedenfalls für den Fall der unterbliebenen qualifizierten Belehrung nicht zur Anwendung. Die Vermutung gelte im Sinne der Rechtssicherheit allein für die nach § 35 a S. 1 StPO unterbliebenen Belehrung. Nur demjenigen, der ohne gesetzliche Vermutung glaubhaft machen könne (§ 45 Abs. 2 StPO), aufgrund unstatthafter Einwirkungen auf Rechtsmittel verzichtet und das Rechtsmittel folglich nicht fristgerecht eingereicht zu haben, weil er sich unverschuldet zu Unrecht daran gebunden hielt, könne nach § 44 Satz 1 StPO Wiedereinsetzung zu gewähren sein. Das sei namentlich der Fall, weil er entgegen bestehender Informationspflichten des Gerichts, gar wider besseres Wissen, vom Beschreiten eines vorhandenen, von ihm gewünschten Rechtsweges abgebracht worden sei.⁴⁹ Die Glaubhaftmachung werde in Fällen dieser Art nicht selbstverständlich gelingen. Insbesondere liege in der Unkenntnis des Angeklagten oder seines Verteidigers von bisheriger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs oder von der vorliegenden Entscheidung keine Verhinderung im Sinne des § 44 Satz 1 StPO.⁵⁰

Dem wird entgegengehalten, dass bei Vorliegen eines Dissens bzw. wenn das Gericht oder die Staatsanwaltschaft die Absprache im Nachhinein nicht erfülle, Wiedereinsetzung zugelassen werden müsse.⁵¹ Es sei in diesen Fällen davon auszugehen, dass der Angeklagte deshalb an der Fristbeachtung unverschuldet verhindert war, weil er davon ausgehen musste, dass die Absprache erfüllt werde. Auch wenn kein Rechtsmittelverzicht erklärt wurde, eröffne das dem Angeklagten die Wiedereinsetzungsmöglichkeit bei der Nichteinhaltung einer Absprache.⁵² Das Hindernis für die Fristwahrung liege darin, dass der Anfechtungsberechtigte den Verzicht zunächst für wirksam gehalten habe.⁵³ Das wird in der Regel auch bei Vorhandensein eines Verteidigers unverschuldet sein, da im Strafverfahren das Verteidigerverhalten nicht zugerechnet wird. Die Voraussetzungen des § 44 I 1 StPO könnten unter diesen Voraussetzungen leichter zu erfüllen sein als vom Großen Senat angenommen. Bezüglich der Wochenfrist des § 45 I 1 StPO muss dann geklärt werden, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

Der 4. Senat hatte den für den Angeklagten günstigen Zeitpunkt seiner eigenen Kenntnis gewählt,⁵⁴ die in der dort zugrunde liegenden Konstellation mit Zugang des Gerichtsschreibens bei der Verteidigerin angenommen

⁴⁹ Vgl. BGHSt 45, 227; 47, 238.

⁵⁰ Vgl. BGH bei Becker NSTZ-RR 2002, 66; BGH NSTZ 2004, 162.

⁵¹ So auch Satzger und Höltkemeier, NJW 2004, 2489.

⁵² Satzger und Höltkemeier, NJW 2004, 2489.

⁵³ BGH, NSTZ 1995, 556; Dencker, Willensfehler bei Rechtsmittelverzicht und Rechtsmittelzurücknahme im Strafprozess, 1972, S. 45f.

⁵⁴ BGH, NSTZ 2004, 98.

wurde. Allerdings ist der Urteilsanmerkung von Rieß⁵⁵ dahingehend zuzustimmen, dass der hier entschiedene Fall, bei dem die Absprache sich im Nachhinein als dissensbehaftet darstellte und der Rechtsmittelführer letztlich deshalb Wiedereinsetzung beantragte, weil die Absprache nicht seinen Vorstellungen von derselben entsprach, nicht der herkömmlich von § 45 I 1 StPO erfasste ist.⁵⁶

Es ist grundsätzlich einzuräumen, dass die Gewährung von Wiedereinsetzung in solchen Fällen, sowohl die Rechtssicherheit als auch die Wahrung der kurzen Rechtsmittelfristen gefährden kann. Schwerer wiegt meines Erachtens aber die Konsequenz der Nichtgewährung in Form der oben bereits dargestellten Unüberprüfbarkeit auf diesem Weg entstandener Entscheidungen. Ob mit dem Großen Senat tatsächlich davon auszugehen ist, dass eine solche Überprüfung in der Regel nicht gewünscht werde, erscheint fraglich. Gelingt es hier, abgrenzbare Fallgruppen, samt der maßgeblichen Zeitpunkte herauszuarbeiten, könnte die Wiedereinsetzung ein taugliches Kontrollinstrument der Absprachen darstellen und eine Entscheidung über deren Wirksamkeit vereinfachen.⁵⁷

Denkbar wäre hier bei Vorhandensein eines Verteidigers darauf abzustellen, dass er in Kenntnis der eventuellen Unwirksamkeit eines Verzichts binnen einer Woche auf Beantragung der Wiedereinsetzung hinwirkt. Eine diesbezüglich falsche Beratung würde dann die Anwaltshaftung auslösen. Das liefe allerdings der grundsätzlichen Unzurechenbarkeit des Anwaltverschuldens im Strafverfahren entgegen. Hat der Angeklagte keinen Anwalt muss es auf seine eigene positive Kenntnis ankommen. Diese wird in der Regel dadurch entstehen, dass ihm seitens des Gerichts Abweichungen der Vereinbarungen mitgeteilt werden.

Zu denken wäre auch an eine dem zivilrechtlichen Verfahren entsprechende Widerrufsfrist samt der damit verbundenen Möglichkeit den Rechtsmittelverzicht - untechnisch gesprochen - zu widerrufen, also nicht wirksam werden zu lassen. Allerdings ist die Nähe zum Vergleich, der im Strafverfahren eben nicht zugelassen, und Ausfluss der Dispositionsmaxime ist, eher unerwünscht bzw. ist ein „Vergleich im Gewand eines Urteils“ gerade verboten.⁵⁸

Vorzugswürdig erscheint auch hier ein Zurückgreifen auf die von der Strafverteidigervereinigung vorgeschlagene Überlegensfrist. Die Unzulässigkeit einer am Tag der Urteilsverkündung abgegebenen Verzichtserklärung vorausgesetzt, könnte dem Angeklagten eine Frist - beispielsweise von zwei Tagen - zur Verzichtserklärung eingeräumt werden. Begänne mit deren Ablauf die Wochenfrist des § 45 I StPO, bliebe es bei einer systemimmanenten kurzen Rechtsmittelfrist, die den Interessen des

⁵⁵ NSTZ, 2004, 98-100.

⁵⁶ So auch Rieß, NSTZ 2000, 100.

⁵⁷ Rieß, NSTZ 2000, 100.

⁵⁸ BVerfG, NJW 1987, 2662 = NSTZ 1987, 419.

Angeklagten dient und der Rechtssicherheit nicht im Wege steht. Hier könnte die Ansicht des Großen Senats modifiziert dergestalt zum Tragen kommen, dass das Fehlen einer qualifizierten Belehrung eben doch nach § 44 S. 2 StPO das Nichtverschulden der Fristversäumnis nach sich ziehen würde. Eine solche Belehrung müsste dem Angeklagten vor Augen führen, dass er – erklärt er im Rahmen der ihm eingeräumten Überlegungsfrist den Rechtsmittelverzicht – keine Handhabe gegen das Urteil mehr in Händen hält. Wurde er also ordnungsgemäß – qualifiziert hinsichtlich der Folgen seiner Erklärung bezüglich eines Rechtsmittels und im Hinblick auf die Wiedereinsetzung sowie über die Alternativen bei Nichterklären des Verzichts – belehrt, wäre die Wiedereinsetzung ausgeschlossen. Alles unter der Voraussetzung, dass der Tag der Urteilsverkündung aus Gründen des Beschuldigtenschutzes für den Verzicht nicht zugelassen ist. Einzige Möglichkeit für ein Wiedereinsetzungsverfahren wäre dann die fehlende Belehrung entsprechend § 44 S. 2 StPO. Damit entfielen natürlich nur das Verschuldenserfordernis. Der ursächliche Zusammenhang zwi-

schen Belehrungsmangel und Fristversäumnis bliebe auch hier erforderlich.⁵⁹

Auch der Große Senat für Strafsachen appelliert an den Gesetzgeber, die Zulässigkeit und, bejahendenfalls, die wesentlichen rechtlichen Voraussetzungen und Begrenzungen von Urteilsabsprachen gesetzlich zu regeln. Es sei primär Aufgabe des Gesetzgebers, die grundsätzlichen Fragen der Gestaltung des Strafverfahrens und damit auch die Rechtsregeln, denen die Urteilsabsprache unterworfen sein soll, festzulegen. Dabei komme ihm – auch von Verfassungswegen – ein beachtlicher Spielraum zu.⁶⁰ Bis das geschieht, existiert eine Fortbildung von Richterrecht, die für weitere Diskussion sorgen wird.

⁵⁹ Vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 44 Rn. 22.

⁶⁰ BVerfGE 57, 250, 275 f.

HRRS-Praxishinweis: Vollendung und Versuch beim Handeltreiben – Zur „kleinen Vorlage“ des dritten Strafsenats

Zugleich Anm. zu BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 – Beschluss vom 13.1.2005 = BGH HRRS 2005 Nr. 343.

Von Wiss. Ass. *Karsten Gaede*, Hamburg/Zürich*

Der dritte Strafsenat hat davon abgesehen, dem Großen Senat für Strafsachen die ursprünglich von ihm beabsichtigte umfassende Neubestimmung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln durch eine Vorlage zu unterbreiten. Er hat jedoch eine „kleine Vorlage“ beschlossen, mit der er den bisher rein subjektiven Begriff objektiv einschränken will. Diese Vorlage wird anschließend in ihren wesentlichen Aussagen und maßgeblichen Begründungen vorgestellt (I.). Sodann wird die Vorlage im Rückblick auf das vorherige Anfrageverfahren hinsichtlich ihrer Realisierungschancen eingeordnet und es werden unabhängig vom Erfolg der Vorlage wirksame Tendenzen erinnert, die schon heute für einzelfallbezogene Einschränkungen des Handeltreibens in der Praxis zu beachten sind (II.). Abschließend wird in Anknüpfung an frühere Beiträge knapp eine der Vorlage des dritten Strafsenats zustimmende Stellungnahme ausgeführt (III.).

* Für eine hilfreiche Durchsicht der Abhandlung bedanke ich mich herzlich bei Herrn *Ulf Buermeyer*, Hamburg/Berlin.

I. Der Vorlagebeschluss des dritten Strafsenats

Der dritte Strafsenat schlägt mit seiner Divergenzvorlage gemäß § 132 Abs. 2 GVG vor, dass der BGH in Zukunft wie folgt entscheiden solle:

Vollendetes Handeltreiben ist beim Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln erst mit der Einigung zwischen Händler und Lieferanten gegeben.

Hintergrund jenes Entscheidungsvorschlages ist die bisherige Rechtsprechung des BGH, nach der es für die Annahme eines vollendeten Handeltreibens ausreichen soll, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen eintritt, aber keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt.¹ Der dritte Strafsenat des BGH ist seit langem gewillt, diese aus der überaus ausgreifenden Auslegung des Handeltreibens resultierende Rechtsprechung einzuschränken.² In seinem jetzigen Vorlagebeschluss stützt sich der Senat dabei vor allem auf zwei Argumente. *Erstens* entwickelt er die Erforderlichkeit einer substantiellen Abgrenzung von Vorbereitung, Vollendung und Versuch auch für das Handeltreiben. *Zweitens* legt er dar, dass diese von der bisherigen Begriffsauslegung nicht geleistet werde(n könne) und in Orientierung an einem Gefährdungspotential im Hinblick auf einen Rauschgiftumsatz zu erfolgen habe.

¹ Vgl. nur m.w.N. den Anfragebeschluss BGH StV 2003, 501 ff. = BGH HRRS 2003, 157 f. Zur weiten Auslegung auch jüngst die Darstellung bei *Niehaus* JR 2005, 192, 193.

² Vgl. schon BGHSt 30, 277 ff. sowie den Anfragebeschluss BGH StV 2003, 501 ff.

Erstens habe der Gesetzgeber mit der Anordnung der Versuchsstrafbarkeit für das unerlaubte Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 2 BtMG) implizit auch die Vorteile angeordnet, die dem Täter aus den §§ 23, 49 Abs. 1 StGB (fakultative Milderung) und § 24 StGB (strafbefreiender Rücktritt) ggf. erwachsen. Hieraus und aus dem verfassungsrechtlichen Grundsatz schuldangemessenen, also differenzierenden Strafens folge das Gebot, die Reichweite des Tatbestands des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln so zu bestimmen, dass ein Bereich der Versuchsstrafbarkeit verbleibe und typische Vorbereitungshandlungen unterschieden werden. Die uneingeschränkte Anwendung der Definition des Handeltreibens habe jedoch dazu geführt, dass Aktivitäten, die an sich typische Versuchshandlungen darstellen, als vollendetes Handeltreiben bewertet und damit der vollen Strafdrohung der Straftatbestände des Betäubungsmittelgesetzes für Handeltreiben unterworfen würden. Ebenso sei der Anreiz, durch einen freiwilligen Rücktritt vom Versuch Strafbefreiung zu erlangen, vereitelt. Diese Konsequenzen sind für den dritten Strafsenat jedenfalls in der vorliegenden Konstellation, in der ernsthafte Verhandlungen zum Ankauf von Betäubungsmitteln geführt werden, aber noch keine Einigung mit dem Lieferanten erzielt ist, nicht mehr hinzunehmen. Hierbei sieht der dritte Strafsenat auch den Anschluss an Rechtsprechung des BGH als möglich an, nach der Handlungen, die subjektiv auf einen konkreten Rauschgiftumsatz gerichtet waren, in einzelnen Fällen dem *Vorbereitungsstadium* zugeordnet worden sind.³

Zweitens sei die Eröffnung eines angemessenen Anwendungsbereichs für die Versuchsstrafbarkeit in Fällen des Handeltreibens bei grundsätzlicher Beibehaltung der bisherigen Definition zu erreichen, indem für die Vollendung beim Handeltreiben bei wertender Betrachtung ein die Vollendung rechtfertigendes Gefährdungspotential im Hinblick auf den beabsichtigten Güterumsatz eingefordert werde. Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Feststellung, dass sich die Absichtung von Versuch und Vollendung im Bereich des Handeltreibens nicht an dem Kriterium des Ansetzens zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung orientieren könne, da nach der von der Rechtsprechung entwickelten Definition jede Tätigkeit tatbestandsmäßig ist, die mit entsprechender Tendenz erfolgt. Da die Tatbestandskonturierung bislang ausschließlich im Subjektiven durch die Merkmale „eigenständig“ und „auf Umsatz gerichtet“ erfolgt, ist eine Abgrenzung bislang unmöglich.⁴

³ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 343 und daraus etwa BGH NJW 1987, 720 f.; BGH NStZ 1996, 507. Dabei ist vom Standpunkt des Verfassers hier nur anzumerken, dass gerade diese Bezugnahmen zeigen, wie verfehlt die bisherige Rechtsprechung dogmatisch ist: Es erfolgt bei einem Versuch und Vollendung unterscheidenden Delikt die Abgrenzung des Erfolgs von der Vorbereitung, ohne die gesetzlich vorgegebene Stufe des Versuchs überhaupt zu prüfen!

⁴ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 343; zur strukturellen Unmöglichkeit der Abgrenzung schon m.w.N. Gaede HRRS 2004, 165, 169 ff.

Da die bislang unmögliche Abgrenzung aber nach der heutigen Gesetzeslage erfolgen müsse, sieht der Strafsenat eine objektive Einschränkung als unumgänglich an: Es sei eine Grenze dafür festzulegen, ab wann von einem vollendeten Handeltreiben ausgegangen werden kann. Eben diese Grenze bestimmt der Senat sodann über das „Gefährdungspotential im Hinblick auf den beabsichtigten Güterumsatz“, welches die Annahme einer Vollendung rechtfertigen muss. Der Senat erachtet ein solches Gefährdungspotential für die vorliegende Konstellation erst dann als gegeben, wenn über den Ankauf der zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmittel eine Einigung zwischen Händler und Lieferanten erreicht worden ist. Dies gelte jedenfalls für den Regelfall des Handeltreibens von Tätern, die sich zunächst Betäubungsmittel durch Ankauf beschaffen müssen, bevor sie Umsatzgeschäfte tätigen können.

II. Einordnung vor dem Hintergrund des vorherigen Anfrageverfahrens

1. Abstandnahme von einer umfassenden Neubestimmung des Begriffs

Der Senat hält mit dieser Vorlage seine Bedenken gegen die heutige Auslegung des Handeltreibens aufrecht. Er sieht mit ihr aber von seinem Ansatz zu einer umfassenden Neubestimmung des Handeltreibens ab, der in einem Katalog möglicher Handlungen bestehen sollte. Gerade dieser Katalogansatz war zuvor im Schrifttum und von den angefragten Strafsenaten als verfehelter Weg zu einer Neubestimmung kritisiert worden.⁵ Der Strafsenat plädiert nunmehr dafür, einerseits zwar weiter am bisherigen, weiten Begriff des Handeltreibens anzusetzen, diesen jedoch andererseits im Wege einer Objektivierung begrenzend abzuwandeln.

2. Zu den Chancen der Vorlage

Auch wenn sich die Chancen der Vorlage kaum annäherungsweise angeben lassen, muss man doch bemerken, dass eine Rechtsprechungsänderung von drei der fünf Strafsenate mehrheitlich abgelehnt worden ist. Der erste, zweite und fünfte Strafsenat haben erklärt, an der bisherigen Definition festhalten zu wollen, während allein der vierte Strafsenat bereit ist, die Bedenken auch strukturell mitzutragen.⁶ Nimmt man nüchtern die jüngere Abstinenz des Großen Senats für Strafsachen hinsichtlich der wissenschaftlichen Begleitung der BGH-Rechtsprechung bei der Entscheidung zum absprachenbedingten Rechtsmittelverzicht zur Kenntnis,⁷ vermag man leider das ganz überwiegend mit dogmatisch stringenten Gründen für

⁵ Vgl. nur BGH HRRS 2004 Nr. 299 mit Verweis auf *Roxin* StV 2003, 619 ff. und *Gaede* StraFO 2003, 392 ff.; vgl. heute auch *Niehaus* JR 2005, 192 ff. und *Weber* NStZ 2004, 66 ff.

⁶ Vgl. dazu BGH HRRS 2005 Nr. 343.

⁷ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 310 und etwa die Besprechungen von *Seher* JZ 2005, 364 u. 366 und *F. Meyer* HRRS 2005 in diesem Heft.

eine Einschränkung eintretende Schrifttum kaum noch als Gegengewicht aufzuführen.⁸

Zu berücksichtigen ist aber immerhin, dass die früheren ablehnenden Stellungnahmen in der Rechtsprechung mehrheitlich getroffen wurden.⁹ Der vierte Strafsenat selbst hat eine Definition vorgeschlagen, wonach mit Betäubungsmitteln Handel treibt, wer mit einem anderen Einigung über ihre Lieferung erzielt in der Absicht, aus ihrem Umsatz Gewinn zu erzielen.¹⁰ Auch in seiner Mehrheit hat der zweite Strafsenat hinzugefügt, dass der Erfassung typischer Vorbereitungs- und Versuchshandlungen als vollendetes Handeltreiben durch eine restriktive Handhabung bei der Anwendung des Begriffs in Grenzfällen Rechnung getragen werden kann. Der fünfte Strafsenat hat bemerkt, dass Teile des Senats eine Ausweitung der Versuchsstrafbarkeit zu Lasten vollendeten Handeltreibens für vorzugswürdig hielten. Diese aus Sicht der Vorlage positiven Tendenzen der ablehnenden Senate könnten sich durchaus mit der nunmehr für eine Abwandlung anstatt einer Neuauslegung streitenden Vorlage vereinbaren lassen.

Folglich erscheint es angemessen, einerseits keinerlei Prognose zu wagen. Andererseits ist aber auch festzuhalten: Die Vorlage des dritten Strafsenats ist nicht allein wegen der mehrheitlichen Ablehnung dreier Strafsenate aussichtslos, sondern ihr Ergebnis ist durchaus als offen zu betrachten. Es bleibt also – auch angesichts der möglichen Ausstrahlungswirkung jener Entscheidung für weitere Fallkonstellationen zum Handeltreiben – mit großer Spannung zu erwarten, zu welcher Entscheidung der Große Senat für Strafsachen gelangt. Vorschnell abzuschreiben ist die Vorlage in keiner Weise, so dass sie schon heute von der Praxis in nicht zu geringem Maße argumentativ Berücksichtigung finden sollte.

3. Anschlussfähige Tendenzen des Anfrageverfahrens unabhängig vom exakten Ausgang der Divergenzvorlage

Wenn auch der Erfolg bzw. das Scheitern der Vorlage damit noch ungewiss ist, bleibt bereits im Rückblick auf das vorherige Anfrageverfahren zu erinnern, welche Tendenzen unabhängig vom exakten Ausgang der Vorlage bereits zu beachten sind. Hierbei kann erneut festgehalten werden, dass die Strafsenate des BGH nun offenbar für die Fragen der Abgrenzung von Vorbereitung, Versuch und Vollendung sowie der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme hinsichtlich des Handeltreibens in besonderer Weise sensibilisiert sind.¹¹ Der Bedarf zur Abschichtung von „Grenzfällen“ ist allgemein er-

kannt worden.¹² Obgleich ein struktureller Ansatz noch ungewiss ist, kann jedenfalls in Einzelfällen mit der Bereitschaft gerechnet werden, Differenzierungen zu eröffnen, die eine weniger ausgedehnte Befürwortung der Strafbarkeit wegen vollendeten Handeltreibens bedeuten. Argumentationsansätze zur Einschränkung der Strafbarkeit können sich auf höchstrichterliche Wertungen stützen, die zuvor in dieser Form nicht zur Verfügung standen.

Nunmehr hat der dritte Strafsenat zudem auch auf frühere Ansätze des BGH hingewiesen, mit denen eher einzelfallbezogen die Auswüchse der entgrenzenden Auslegung des Handeltreibens gekappt worden sind.¹³ Es ist so zu erwarten, dass selbst dann, wenn der Große Senat für Strafsachen sich nicht zu einer dogmatisch begründeten strukturellen Einschränkung des Handeltreibens bereit finden sollte, derartige Appelle zur Suche nach Differenzierungsmöglichkeiten auch im Beschluss des Großen Senats als kleinster gemeinsamer Nenner auftauchen werden. Dementsprechend sollte bereits heute von den Tatgerichten, den Staatsanwaltschaften und Verteidigern eine entsprechende Praxis entwickelt werden.

III. Stellungnahme zur Vorlage

Der Vorlage ist zuzustimmen.¹⁴ Die Zustimmung des Verfassers ist dabei wenig verwunderlich, weil der dritte Strafsenat nun – wie auch *Niehaus*¹⁵ – nur in der Reichweite nuanciert einen Ansatz verfolgt, den der Verfasser zur Neubestimmung des Handeltreibens als Ausweg aus dem Dilemma eines untauglichen Katalogansatzes und der heutigen rein subjektiven Definition vorgeschlagen hat.¹⁶ Aus letztlich parallelen Gründen mit einer ergänzenden Argumentation über Art. 103 Abs. 2 GG und Art. 7 EMRK war der Verfasser dafür eingetreten, eine Konkretisierung des vollendeten Handeltreibens über die Orientierung an einer objektiven Umsatzgefahr vorzunehmen. Der dritte Strafsenat des BGH will nun nicht

¹² Vgl. BGH HRRS 2004 Nr. 299 und BGH HRRS 2004 Nr. 339.

¹³ Vgl. m.w.N. BGH HRRS 2005 Nr. 343.

¹⁴ Vgl. insoweit speziell zur Zurückweisung der Gegenargumente der abl. Strafsenate *Gaede* HRRS 2004, 165, 171 f.

¹⁵ Vgl. *Niehaus* JR 2005, 192, 196 f., der mit seiner Orientierung an einer Gefahrschaffung ohne konkretes Zitat an den vermittelnden Ansatz des Verfassers anschließt, ihn jedoch abmildern will. *Niehaus* bleibt dabei leider eine Erklärung schuldig, warum der Ansatz des Verfassers zu weit gehen soll (S. 196), zumal sein Ansatz tatsächlich auch kaum von der hiesigen Position abweicht, vgl. etwa zum Vermittler und zur Bedeutung des Vertragsschlusses *Gaede* StraFo 2003, 392, 396. Ebenso kann es nicht überzeugen, wenn *Niehaus* der Rechtsprechung mangels gesetzgeberischer Regelung eine freie Wertung zugesteht, die ihr (bzw. auch *Niehaus*) dann ein bestimmtes Wertpostulat hinsichtlich der zu fordernden Gefährdung ermöglichen soll; vgl. zur Ursache einer verkürzten, allein das Wortlautargument beachtenden Wahrnehmung des Bestimmtheitsgrundsatzes vgl. *Niehaus* JR 2005, 193 f. gegenüber *Gaede* HRRS 2004, 165, 168 ff.

¹⁶ Vgl. zum Folgenden zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen *Gaede* StraFo 2003, 392, 395 f. und ders. HRRS 2004, 165, 168 ff.

⁸ Zu diesem vgl. etwa umfassend *Niehaus* JR 2005, 192, 193 ff.; ergänzend *Gaede* StraFo 2003, 392 ff.

⁹ Dazu und zum Folgenden vgl. bereits m.w.N. BGH HRRS 2005 Nr. 343; *Gaede* HRRS 2004, 165, 167 f.

¹⁰ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 343.

¹¹ Vgl. BGH HRRS 2004 Nr. 299 und Nr. 339; auch *Weber* NStZ 2004, 66, 71, der schreibt, dass „niemand behaupten“ könne, die derzeitige Interpretation des Handeltreibens sei „einer Verbesserung nicht zugänglich“.

schon bei jeder eigennützigen umsatzbezogenen Tätigkeit die Vollendung annehmen, sondern objektivierend ein *Gefährdungspotential im Hinblick auf den beabsichtigten Güterumsatz* einfordern, das die Annahme der Vollendung „rechtfertigt“. ¹⁷ Er ist damit in der Sache dafür eingetreten, das vollendete Handeltreiben in Zukunft so zu definieren: *Ein vollendetes Handeltreiben ist jede eigennützige auf Umsatz gerichtete Tätigkeit, welche im Hinblick auf einen beabsichtigten Güterumsatz ein hinreichendes Gefährdungspotential herbeiführt.* Mit der hierin liegenden Orientierung an einem objektiven Gefährdungsmoment beschreitet der Senat aus der in früheren Beiträgen bereits begründeten Sicht des Verfassers den richtigen Weg, um die Problematik der subjektiv-weiten und daher entgrenzenden Auslegung auch unter Bedachtnahme auf die gesetzgeberisch intendierte umfassende Reichweite des Handeltreibens rechtsstaatlich angemessen zu bewältigen.

Im Einzelnen ist aus der Sicht des Verfassers lediglich problematisch, dass der dritte Strafsenat offenbar bestrebt ist, der Rechtsprechung bei der Bestimmung, *wie* dieses Gefährdungspotential beschaffen sein sollte, größtmögliche Freiheit einzuräumen. ¹⁸ Wann die Rechtfertigung der Vollendung durch eine Gefährdung anzunehmen sein soll, wird nicht abstrakt umschrieben. Die Folgerungen des Senates im Einzelnen wirken so zwar im Ergebnis berechtigt, gleichwohl aber auch wie Postulate. Dass die Gefährdung in einer auch wertenden Betrachtung festzustellen ist, ist hierbei nicht das Problem. ¹⁹ Diese Wertung bedarf aber auf das anzuwendende Gesetz bezogener Kriterien, damit die Rechtsprechung nicht tatsächlich in Wirklichkeit ein unbestimmtes Gesetz dezisionistisch heilt. ²⁰ Die Kriterienbildung ist hier jedoch im Anschluss an den vom BtMG bezweckten Rechtsgüterschutz möglich. Sieht man das zum Rechtsgutsschutz bezweckte Ziel darin, unerlaubte Betäubungsmittelumsätze zu verhindern, muss die Gefährdung auf diese Umsätze bezogen werden. Es ist danach für die zu prüfende Tathandlung zu erfragen, ob diese einen konkreten Betäubungsmittelumsatz tatsächlich qualifiziert gefördert hat. Im Ergebnis wäre demnach etwa die Vermittlung von Umsatzgeschäf-

ten, die nach den konkreten Umständen zu erwarten sind, und auch die faktisch bindende Einigung zwischen Ankäufer und Lieferant regelmäßig erfasst, während zum Beispiel die Vollendung beim Ankauf durch einen *agent provocateur* mit dem Abstellen auf die gerade nicht zu erwartenden gefährlichen Umsätze begründetermaßen abzulehnen ist. ²¹

Wenn der Verfasser damit auch im Einzelnen bei der Austarierung des Gefährdungsmoments infolge seiner Bindung an den bezweckten Rechtsgüterschutz noch über den dritten Strafsenat hinausgehen würde, ist letztlich festzuhalten, dass mit der Vorlage des dritten Strafsenats ein strukturell überzeugender Weg zur Bereinigung der überdehnten Auslegung des Handeltreibens beschränkt ist. Der Vorlage ist ihr Erfolg zu wünschen, zumal nicht zu verkennen ist, dass die explizit verfassungsrechtliche und konventionsrechtliche Dimension der Problematik anderenfalls weiter ungelöst verbliebe. Der BGH sollte die Chance nutzen, seine tradierte, aber gesetzeswidrige Praxis bei der Auslegung des Handeltreibens abzustellen: Er könnte damit ein Stück Täter- bzw. Feindstrafrecht über Bord werfen, das sich in der bis heute hier praktizierten umfassenden Abstinenz gegenüber sonst unangefochten angewendeten Grundsätzen der strafrechtlichen Dogmatik demaskiert. ²²

²¹ Vgl. bereits *Gaede* StraFO 2003, 392, 396.

²² Sollten die Befürworter der täterstrafrechtlich anmutenden heutigen Auslegung (vgl. auch m.w.N. bereits *Endriß/Kinzig* NJW 2001, 3217, 3219; *Gaede* StraFo 2003, 392, 394) weiter die Oberhand behalten, sollten sie offen erklären, dass man es „nun einmal beim Betäubungsmittelhandel mit rechtsstaatlichen Kautelen und entsprechenden Differenzierungen nicht so genau nehmen könne“ und sich auf entsprechende Ansätze berufen, die ein Strafrecht auch über den Rechtsstaat hinaus für denkbar erachten, vgl. dafür *Jakobs* HRRS 2004, 88 ff.; abl. zu diesem Ansatz etwa am Beispiel der Folter bereits *Gaede*, in: *Camprubi*, Angst und Streben nach Sicherheit usw. (2004), S. 155, 175 ff.

¹⁷ Siehe BGH HRRS 2005 Nr. 343. Wenn der Verfasser hingegen von einer Gefahr bzw. von einem Erfolg spricht, ist dies nur ein scheinbarer Unterschied. Die der Handlung beizumessende besondere Eignung lässt sich dogmatisch als Erfolg betrachten. Was den – der deutschen Strafrechtsdogmatik bislang unbekannt – Begriff des „Gefährdungspotentials“ zu etwas anderem als zu einer in Anlehnung an die Eignungsdelikte definierten abstrakten Gefahr machen sollte, ist nicht ersichtlich. Vgl. zur Möglichkeit einer Erfolgsvorstellung bei Gefährdungsdelikten *Roxin* StV 1992, 517, 519; *Jescheck/Weigend*, StraFR AT, 5. Aufl. (1996), S. 263 ff.; im Kontext *Gaede* StraFo 2003, 392, 395 f.

¹⁸ Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 343: wertende Betrachtung; ebenso im Kern *Niehaus* JR 2005, 192, 196.

¹⁹ Für den Standpunkt, dass die Rechtswissenschaft ihren wertenden Charakter nicht zu leugnen hat, vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. (1995), S. 36 ff.: wertorientiertes Denken.

²⁰ Vgl. bereits m.w.N. zur Rechtsprechung des BVerfG *Gaede* StraFO 2003, 392, 395 f.; ergänzend ders. HRRS 2004, 165, 168 ff.

Prozessdokumentation

Im Rahmen unserer Prozessdokumentationen nehmen wir in dieser Ausgabe einen von Herrn **RA Horst Wesemann** (Bremen) verfassten Schriftsatz auf, mit dem eine **fehlerhafte Kammerbesetzung** gerügt wird.

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

Schrifttum

Urs Kindhäuser, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Nomos Verlag (Nomos Lehrbuch), Baden-Baden 2005, ISBN 3-8329-0840-4, 390 Seiten, 22,- Euro.

Mit dem Allgemeinen Teil des Strafrechts ist nun das letzte Werk der dreibändigen Lehrbuchreihe von *Urs Kindhäuser* zum materiellen Strafrecht in der noch jungen Reihe „Nomos Lehrbuch“ erschienen. Es ergänzt und komplettiert die beiden bereits veröffentlichten Bände zum Strafrecht, Besonderer Teil I (Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 2. Auflage 2004), und Strafrecht, Besonderer Teil II (Straftaten gegen Vermögensrechte, 4. Auflage 2004).

Nun ist kein Geheimnis, dass der strafrechtliche Markt mit Büchern zum Allgemeinen Teil reichlich gesegnet ist. Welchen Platz bzw. welche Nische eine Neuerscheinung hier einnehmen möchte, ergibt sich aus den Zielen und Anliegen des Verfassers. Im Vorwort führt *Kindhäuser* dazu aus, dass sich das Buch „als eine komprimierte, den Examensstoff abdeckende Darstellung der allgemeinen Straftatlehre [verstehe], die sich gleichermaßen zur Einführung wie auch Wiederholung eignet.“ Das Augenmerk des Verfassers gebührt somit dem Studenten, sein Werk soll der Ausbildungsliteratur angehören. Demzufolge ist es vornehmlich nach den Kriterien der Verständlichkeit und der Fähigkeit zur Stoffvermittlung zu bewerten.

Über den Inhalt eines Lehrbuchs zum Allgemeinen Teil müssen freilich nur wenige Worte verloren werden. In sieben Kapiteln auf netto 349 Seiten befasst sich *Kindhäuser* zunächst (Kapitel 1: Das Strafgesetz; Kapitel 2: Allgemeine Straftatlehre) mit den für das Verständnis des Allgemeinen Teils des Strafrechts unerlässlichen Grundlagen. Sodann werden die verschiedenen Deliktsarten erläutert, die den Studenten in den Veranstaltungen zum Allgemeinen Teil erwarten. So werden nacheinander das vorsätzliche Begehungsdelikt (einschließlich der Versuchsstrafbarkeit), das fahrlässige Begehungsdelikt und die Unterlassungsdelikte erörtert, bevor sich der Verfasser schließlich der Beteiligung und den Konkurrenzen widmet.

In dieser groben Inhaltsübersicht wird bereits deutlich, dass *Kindhäuser* – wie er selbst in seinem Vorwort er-

wähnt – viel Wert auf die „einzelnen Prüfungsschritte nach Maßgabe der Logik des Deliktsaufbaus“ legt. Auch auf den nächsten Überschriftenebenen ist demgemäß eine systematisch orientierte Unterteilung zu bemerken. Der Rückgriff auf insgesamt 48 Paragraphen und eine ungleich größere Anzahl an Überschriften auf der nächsten Gliederungsebene erlauben es dem Verfasser, beinahe jeder eigenen Rechtsfigur, jedem eigenen Prüfungspunkt bzw. jeder grundlegenden Differenzierung einen eigenen Abschnitt zu widmen. Dadurch wird dem Leser auch ohne Zuhilfenahme des erschöpfenden Stichwortverzeichnisses das gezielte Nachschlagen konkreter Probleme und Fragestellungen ermöglicht. Dem Buch wird somit nahezu ein Lexikoncharakter verliehen, der eine zügige Erarbeitung bzw. Wiederholung bestimmter Problembereiche erlaubt.

Für den Wert eines Buches, das dem Studenten den examensrelevanten Stoff eines Rechtsgebiets vermitteln soll, ist eine gelungene und handhabbare Gliederung freilich nur ein Indiz. Umso mehr von Bedeutung ist dagegen die Art und Weise, in der die notwendigen Kenntnisse aufbereitet werden. Hier ist *Kindhäuser* zunächst die Fähigkeit zu konstatieren, seinen Lesern einen anschaulichen Überblick zu jedem Kapitel zu verschaffen, indem er die einzelnen Paragraphen regelmäßig mit einer Einführung zu dem jeweiligen Bereich (oftmals in einem Gliederungspunkt „Allgemeines“, je nach Themengebiet auch „Systematik“ oder „Voraussetzungen“) beginnt. Erst nach Vermittlung und auf Basis dieses Grundlagenwissens schreitet der Verfasser sodann zu den speziellen Problembereichen bzw. einzelnen Prüfungspunkten fort. Auch hierbei zeichnet sich das Buch durch einen klaren und wortgewandten Schreibstil aus, dessen Lesbarkeit und Verständlichkeit durch die Heranziehung zahlreicher erläuternder Beispiele zusätzlich gefördert wird.

Bei der Lektüre des Werks fällt auf, dass sich *Kindhäuser* jenseits des fortlaufenden Texts in hohem Maße verschiedenster Mittel der Präsentation und Stoffvermittlung bedient. So sind häufig Aufzählungszeichen anzutreffen, die nicht nur für bloße Auflistungen als solche (z.B. der biologischen und psychologischen Kriterien der Schuldunfähigkeit, § 22 Rn. 6 f.; einzelner Rechtfertigungsgründe, § 15 Rn. 13; einzelner Ausformungen des Gesetzlichkeitsprinzips, § 3 Rn. 2), sondern auch zur Darlegung zu beachtender Differenzierungen (z.B. zur Unterscheidung von § 34 und § 35 StGB, § 17 Rn. 8 f.; zur

Abgrenzung eigenverantwortlicher Selbst- und einverständlicher Fremdgefährdung, § 12 Rn. 64 f.) bzw. einzelner Ansichten bei Meinungsstreitigkeiten (z.B. zum Nötigungsnotstand, § 17 Rn. 35 f.; zum Erfordernis des Vorliegens einer Straftat beim Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO, § 20 Rn. 3 ff.) sowie zur Schilderung von Prüfungsschemata (z.B. zu den Voraussetzungen der Einwilligung, § 12 Rn. 9 ff.; zu den Voraussetzungen der Selbsthilfe nach §§ 229 f. BGB, § 20 Rn. 12) herangezogen werden. Ebenso weist das Buch eine Vielzahl von graphischen Schaubildern (z.B. zum Notwehrexzess, § 25 Rn. 3 und 9; zu den unterschiedlichen Garantenstellungen, § 36 Rn. 24 f.), schematischen Überblicken (z.B. zur Beteiligung, § 38 Rn. 2; zu besonderen persönlichen Merkmalen, § 38 Rn. 32) sowie tabellarischen Übersichten (z.B. zum Anwendungsbereich des deutschen Strafrechts, § 4 Rn. 13; zur Irrtumslehre, § 26 Rn. 18) auf.

Kindhäuser ist insgesamt ein sicherer Umgang mit diesen Gestaltungsmöglichkeiten zu bescheinigen. Trotz der enormen und sofort in den Blick des Lesers fallenden Anzahl solcher Mittel nehmen diese nicht überhand und werden nicht zu ihrem bloßen Selbstzweck eingesetzt. Zur Veranschaulichung des Stoffs wissen insbesondere die graphischen Schaubilder zur Erläuterung verschiedener Fallgestaltungen der Kausalität (§ 10 Rn. 19, 23, 25, 30, 32 und 38) sowie zur Prüfung der Konkurrenzen (§ 44 Rn. 12 f.) beizutragen. Ebenso lobenswert ist die Gestaltung und Auswahl der heutzutage für ein Lehrbuch obligatorischen, von *Kindhäuser* allesamt erfreulich kurz und knapp gehaltenen Fälle, die durch ihre pointierte Darstellung der Verdeutlichung aufgezeigter Differenzierungen dienen.

Für den Studenten hilfreich sind nicht zuletzt eine Reihe von Prüfungsschemata (z.B. zu verschiedenen Rechtfertigungsgründen, § 16 Rn. 4, § 17 Rn. 42 und 49; zur *actio libera in causa*, § 23 Rn. 25 ff.; zum Erlaubnistatbestandsirrtum, § 29 Rn. 27) und zahlreiche Hinweise für die Erörterung von Prüfungspunkten im Gutachtenstil, die vor allem für Erstsemester wichtig sind und gerne in geschriebener Form gelesen werden (z.B. zum Handlungsbegriff, § 5 Rn. 17; zur Indizwirkung des Tatbestands für die Rechtswidrigkeit der Tat, § 8 Rn. 4; zur objektiven Zurechnung, § 11 Rn. 60 ff.). Jeder Paragraph endet schließlich mit einigen Wiederholungs- und Vertiefungsfragen, die dem Leser im Wege der kritischen Selbstprüfung ein Repetitorium der zentralen Punkte gestatten.

Des Weiteren ist positiv zu bemerken, dass *Kindhäuser* trotz seiner komprimierten Aufbereitung Zeit und Platz dafür findet, dem Leser auch interessante rechtsgeschichtliche Fakten (z.B. zur Herkunft der Tatbestandslehre, § 8 Rn. 2) und für das Verständnis hilfreiche Hintergründe (z.B. zur Legitimation von Sanktionsnormen, § 2 Rn. 8 ff.) nahe zu bringen und somit den weiterführenden Blick über den Tellerrand des reinen Examensstoffs zu gewähren. Aus der Sicht des Studenten dürfte schließlich besonders erfreulich sein, dass *Kindhäuser* bei der Darstellung von Meinungsstreitigkeiten zwar

auch eigene Ansichten darstellt, dabei aber niemals versäumt, auf die für die Klausurlösung „relevanteren“ herrschenden Auffassungen und ihre Konsequenzen für die Fallbearbeitung hinzuweisen (z.B. bei der Einordnung von Regelbeispielen, § 8 Rn. 9; bei der Notwehrprovokation, § 16 Rn. 49 Fn. 86; beim Aufbau des Fahrlässigkeitsdelikts, § 33 Rn. 75 ff.).

Wer in dem Werk von *Kindhäuser* nach den für Erstaufgaben typischen Lücken und Unstimmigkeiten sucht, wird enttäuscht werden. Dies scheint vor allem damit zusammenzuhängen, dass der nunmehr veröffentlichte Band zum Allgemeinen Teil keine Erstaufgabe im eigentlichen Sinne darstellt, sondern sich auf die gleichnamige Veröffentlichung in der Nomos-Reihe „STUD.JUR. – Grundlagenwissen“ (2. Auflage 2002) zurückführen lässt. Umso interessanter und aufschlussreicher ist daher der Vergleich des „neuen“ Lehrbuchs mit der inoffiziellen Voraufgabe.

Eine alte Weisheit besagt, dass ein Buch nicht nach seinem Einband bewertet werden darf. Gleichwohl kommen aus Sicht und nach persönlichem Geschmack des Rezensenten bereits der Wechsel zu einem leicht größeren Buchformat und die neue (statt blassgrüne nun dunkelblau-schwarze) Farbgestaltung dem Erscheinungsbild des Buches zugute. Ungleich wichtiger sind freilich die Änderungen im Innern des Buches. Während der Aufbau sich noch im Wesentlichen (zu einem neuen Abschnitt wurde dagegen die Irrtumslehre beim vorsätzlichen Begehungsdelikt zusammengefasst, §§ 26–29) an den Vorgänger von 2002 anlehnt, wurde von der bisherigen Aufbereitung des Examensstoffs in einer reinen Frage-Antwort-Form zum klassischen Lehrbuchstil gewechselt. Damit verbunden war die Notwendigkeit einer kompletten und zusammenhängenden textlichen Ausformulierung, bei deren Gelegenheit der Text eine vollständige sowie geglückte Überarbeitung erfahren hat. Hinzu treten neben dem anderen Layout der neuen Nomos Lehrbuch-Reihe die bereits ausführlich angesprochenen Gestaltungsmöglichkeiten wie ausführliche Aufzählungen, Prüfungsschemata und graphische Schaubilder. Insofern ist es verständlich und gerechtfertigt, dass der Verlag – im Gegensatz zu den beiden Bänden *Kindhäusers* zum Besonderen Teil – von einer Fortführung seiner Zählung abgesehen hat und das Buch als Neuauflage herausgibt.

Dass der Rezensent seine Begeisterung über das neue Werk von *Kindhäuser* nur schwerlich verbergen kann, bedeutet nicht, dass es nichts zu kritisieren oder auszusetzen gäbe. Vornehmlich die komprimierte Darstellung des Stoffs erscheint an mancher Stelle zu dicht, was den Studenten mehr zum Lernen als zum Verstehen anregen könnte. So geraten nach Auffassung des Rezensenten die Ausführungen zum Irrtum über den Kausalverlauf bei vermeintlich vorzeitigem Erfolgseintritt (*dolus generalis*-Problematik, § 27 Rn. 50 ff.) etwas zu kurz und wird bei der Notwehrprovokation die von der herrschenden Meinung im Ergebnis vorgenommene Unterscheidung zwischen absichtlichem und sonst vorwerfbarem Vorverhalten nicht in letzter Klarheit dargestellt (§ 16 Rn. 48 ff.). Wie diese Beispiele zeigen, beschränken sich die Kritik-

punkte aber lediglich auf Nebensächlichkeiten, namentlich rein subjektiv zu beantwortende Fragen der Schwerpunktsetzung und Ausführlichkeit im Einzelnen, über die sich bei einer bewusst komprimierten Darstellung des alles andere als umfangarmen Examensstoffs Meinungsverschiedenheiten kaum vermeiden lassen. Die Grundkonzeption des Buches und seine konkrete Umsetzung sind dagegen durchweg gelungen und vermögen vollends zu überzeugen.

Das Lehrbuch von *Kindhäuser* zum Allgemeinen Teil des Strafrechts bildet somit einen gelungenen Abschluss seiner dreibändigen Reihe zum materiellen Strafrecht. Es zeichnet sich aus durch eine komprimierte, gleichwohl verständliche Aufbereitung der examensrelevanten Kenntnisse, die in Ausarbeitung und äußerer Gestaltung konsequent an den Bedürfnissen der Studenten ausgerichtet wurde. Damit hat der Verfasser neue Maßstäbe in der strafrechtlichen Ausbildungsliteratur gesetzt. Sein Buch ist daher jedem Studenten, sei es dem Studiumsanfänger im ersten Semester oder dem kurz vor dem Examen stehenden Prüfling, uneingeschränkt zu empfehlen.

Wiss. Mitarb. Dr. **Brian Valerius**, Universität Würzburg

Marco Mansdörfer: Das Prinzip des ne bis in idem im europäischen Strafrecht, Schriften zum Strafrecht, Band 155, Duncker & Humblot, Berlin 2004, 273 Seiten, broschiert, ISBN 3-428-11486-8, 76 Euro.

Die Geltung des Grundsatzes ne bis in idem ist heute als innerstaatliche Maxime in den Strafverfahrensrechten der europäischen Staaten unumstritten. In der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland hat der Grundsatz durch Art. 103 Abs. 3 GG sogar Verfassungsrang erhalten, hat aber nach ganz herrschender Meinung immer noch allein innerstaatliche Bedeutung. Art. 103 Abs. 3 GG verhindert also nicht, dass ein Beschuldigter, nachdem er im Ausland wegen einer Tat verfolgt worden ist, in Deutschland nochmals verfolgt wird. Das geltende Recht der Bundesrepublik Deutschland sieht zwar vor, dass eine im Ausland verhängte Strafe, wenn sie vollstreckt wurde, auf die im nachfolgenden deutschen Verfahren verhängte Sanktion anzurechnen ist (§ 51 Abs. 3 StGB). Abgesehen davon, dass diese Regelung von vornherein nicht greift, wenn das ausländische Verfahren mit einer Einstellung oder einem Freispruch geendet hat, ist der Ansatz, eine im Ausland erfolgte Verurteilung nicht als abschließende Beurteilung anzuerkennen, schwerlich damit zu vereinbaren ist, dass die Staatengemeinschaft Europas nicht nur wirtschaftlich, sondern auch politisch und juristisch zu einer Einheit zusammen wachsen soll.

Wenn man, was in einer echten Rechtsgemeinschaft eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein sollte, Vertrauen in die sachgerechte Arbeit der Strafverfolgungsorgane der jeweils anderen Staaten hat, wird man sich im Übrigen auch nicht mit einer Norm begnügen dürfen, die,

wie § 153c StPO, die Anerkennung ausländischer Entscheidungen in das weitgehend freie und stets einer neuen Beurteilung zugängliche Einzelfallermessen der Strafverfolgungsbehörden stellt. Vielmehr wird man – sozusagen als Gegenstück zu der jüngst durch die Europäische Kommission propagierten Verkehrsfähigkeit von Beweismitteln – die grundsätzliche Verkehrsfähigkeit verfahrensbeendender Entscheidungen anstreben müssen (vgl. hierzu auch die Ausführungen des Generalwalts *Ruiz-Jarabo Colomer* im Rahmen seiner Schlussanträge vom 19. September 2002 in den Rechtssachen C-187/01 und C-385/01, §§ 120 ff. = EuGRZ 2002, 556, 565 f.). Mit den Art. 54 ff. SDÜ und den inhaltlich identischen Bestimmungen des EG-ne-bis-in-idem Übereinkommens sind nun tatsächlich Normen in Kraft getreten, die dem Grundsatz des ne bis in idem zumindest für einen – jeweils etwas unterschiedlich zugeschnittenen – Kernbereich europäischer Staaten transnationale Bedeutung vermitteln. Auch wenn die Auslegung dieser Normen noch Schwierigkeiten bereitet, kann doch andererseits die Bedeutung dieser Entwicklung kaum überschätzt werden.

Mit seiner von *Frisch* betreuten, im Wintersemester 2003/2004 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg im Breisgau als Dissertation angenommenen und für die Drucklegung auf den Stand von Anfang 2004 aktualisierten Abhandlung legt *Mansdörfer* eine sehr angenehm zu lesende und gleichzeitig inhaltlich höchst informative und anregende Untersuchung vor, die sowohl den einschlägigen Meinungsstand umfassend und klar analysiert als auch eine gut vertretbare eigenständige Konzeption des transnationalen ne bis in idem entwickelt.

Die Abhandlung ist in 6. Hauptabschnitte gegliedert: Im ersten Abschnitt (S. 15-52) wird der Leser zunächst in die Problematik eingeführt und dann eine rechts- und normtheoretische Grundkonzeption des Prinzips des ne bis in idem als notwendige Konsequenz des Gedankens systemorganisierter Freiheit entwickelt. Im zweiten Abschnitt (S. 53-98) werden zunächst – beginnend mit dem römischen und kanonischen Recht – die historischen Wurzeln des Prinzips und sodann dessen aktuelle Ausgestaltung in den traditionellen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (deutschsprachiger Rechtsraum, Frankreich, Benelux-Staaten, Spanien, Italien und Skandinavien) sowie in den Rechtsordnungen des common law aufgezeigt und ein erster Überblick über die Regelungen im transnationalen europäischen Recht gegeben. Auf dieser Basis wird dann im dritten Abschnitt (S. 99-134) im Einzelnen auf die Ausgestaltung des auf eine innerstaatliche Geltung beschränkten ne bis in idem durch Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK eingegangen, bevor dann im vierten und fünften Abschnitt die transnationale Wirkung des Prinzips thematisiert wird. Im vierten Abschnitt (S. 135-192) wird die horizontale transnationale Wirkung analysiert, die das Prinzip durch die Art. 54 ff. SDÜ erfahren hat. Der fünfte Abschnitt (S. 193-243) ist der vertikalen transnationalen Wirkung des Prinzips in Bezug auf Verfahren gewidmet, die parallel oder sukzessiv von den Mitgliedsstaaten und den Organen der Europäischen Gemeinschaft durchgeführt werden. Die Unter-

suchung schließt mit einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse (S. 244-251).

Gegenstand des dritten Abschnitts ist im Wesentlichen das durch Art. 4 des 7. ZP-ERMK gewährleistete supranationale Prinzip eines systemintern wirkenden ne bis in idem, das *Mansdörfer* als ein „in seinen Rechtsfolgen einer Abwägung zugängliches Menschenrecht“ interpretiert. Den Vorteil dieser Interpretation sieht er darin, dass einerseits von einem „umfassenden Verbot der Doppelverfolgung“ ausgegangen werden kann, andererseits aber die Möglichkeit besteht, den auch innerhalb des europäischen Rechtsraumes immer noch mehr oder weniger stark divergierenden „tradierten nationalen Verfahrensgestaltungen hinreichend Rechnung“ zu tragen (S. 125 f.). Beeinträchtigungen des in einem ersten Schritt umfassend interpretierten Verbots der Doppelverfolgung sollen – abgesehen von Eingriffen in den Kernbereich des Doppelverfolgungs- und -bestrafungsverbots – dann zulässig sein, wenn die jeweils betroffene nationale Rechtsordnung Instrumentarien zur Verfügung stellt, mit denen die durch das Zweitverfahren bewirkte Belastung im weiteren Verlauf des Verfahrens hinreichend kompensiert werden kann (vgl. S. 126, 128 f.).

Die in einem ersten Schritt weit ausgreifende Bestimmung des Anwendungsbereichs des Art. 4 des 7. ZP-ERMK hat ihren Ausgangspunkt in einer „einbahnig-autonomen“ Auslegung des Begriffs der strafbaren Handlung (S. 108). Erfasst sind nach *Mansdörfer* zum einen alle strafbaren Handlungen, die vom jeweiligen nationalen Recht dem Kriminalstrafrecht im formellen Sinne zugeordnet werden, zum anderen aber auch die sonstigen Sanktionen, deren Funktion – wie z.B. bei bestimmten Verwaltungssanktionen und im Recht der Ordnungswidrigkeiten – darin besteht, einen staatlichen Strafanspruch zu verwirklichen (S. 109 ff.). Im Rahmen der Bestimmung des Begriffs der Identität der Tat analysiert *Mansdörfer* zunächst die in sich nicht ohne weiteres konsistente Rechtsprechung des EGMR, die zwischen einem faktisch orientierten und einem eher normativ determinierten Tatbegriff hin und her geschwankt und sich dann – in der Entscheidung *Fischer vs. Österreich* – auf das inhaltlich immer noch weitgehend unbestimmte Kriterium festgelegt hat, wonach Tatidentität dann gegeben sein soll, wenn der Verfahrensgegenstand durch „the same essential elements“ gekennzeichnet sei (S. 114). *Mansdörfer* selbst befürwortet einen faktisch orientierten weiten Tatbegriff: Tat sei das als Einheit aufzufassende historische Geschehen, das Gegenstand des Verfahrens sei (S. 117 ff.). Als rechtskräftige Entscheidung will *Mansdörfer* grundsätzlich jede verfahrensabschließende Entscheidung anerkennen. Einschränkungen für Entscheidungen mit qualitativ beschränkter Rechtskraft sollen „im Rahmen des abschließenden Abwägungsvorgangs erfolgen, in dem aufgearbeitet werden müsste, inwieweit das Rechtssystem seine Erkenntnismittel bereits eingesetzt hat und in welchem Maße das Individuum darauf vertrauen durfte, dass keine weiteren Maßnahmen ergriffen werden“ (S. 120). Gleiches soll schließlich auch für den zeitlichen Anwendungsbereich gelten: Die Auffassung, nach der Art. 4 des 7. ZP-ERMK schon der Einleitung

eines Ermittlungsverfahrens trotz positiven Wissens um das vorhergehende Verfahren entgegen stehen soll, geht nach *Mansdörfers* zu weit, wenn man das Prinzip gleichzeitig als striktes Verbot interpretiert. Folge man dagegen der von ihm entwickelten Interpretation des Grundsatzes „als ein in seinen Rechtsfolgen einer Abwägung zugängliches Menschenrecht“, sei es möglich, „den Schutzbereich von Art. 4 7. ZPEMRK für den gesamten Geltungsbereich der EMRK schon auf das Vorverfahren auszudehnen, und zugleich den berechtigten Einwänden Rechnung zu tragen, die zunächst gegen ein solch weites Verständnis zu sprechen scheinen“ (S. 125).

Wie bereits erwähnt, thematisiert der vierte Abschnitt die Problematik des horizontal-transnationalen Prinzips des ne bis in idem. *Mansdörfer* tritt zunächst Ansätzen entgegen, die eine zwischenstaatliche Wirkung unter pauschaler Bezugnahme auf den Gedanken der Gerechtigkeit begründen wollen oder ein „systemübergreifendes Menschenrecht“ postulieren (S. 135 ff.). Seiner Auffassung nach ergibt sich ein horizontal-transnationales Doppelverfolgungsverbot als Konsequenz eines mit einem nationalen Souveränitätsverzicht einhergehenden „systemübergreifenden Konsenses“ (S. 137).

Auf der Grundlage dieses, in der Sache weitgehend mit den eingangs erwähnten Ausführungen des Generalanwalts *Ruiz-Jarabo Colomer* kompatiblen Ansatzes analysiert *Mansdörfer* dann im Einzelnen die in diesem Zusammenhang derzeit wichtigste Norm: Art. 54 SDÜ (S. 141 ff.). Im Anschluss an eine informative Aufbereitung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur (S. 143 ff.; 149 ff.) entwickelt *Mansdörfer* seine eigene Konzeption, nach der Art. 54 SDÜ als „intergouvernementales Recht“ der Verzahnung der verschiedenen mitgliedstaatlichen Hoheitsgewalten dienen soll (S. 159 f.), wobei die Koordinierung der verschiedenen Strafhoheiten dadurch erfolgt, dass Art. 54 SDÜ ein Verbot der Strafverfolgung „im Sinne eines nachträglichen Zuständigkeitsverlusts“ begründet (S. 165). *Mansdörfer* vertritt eine den Anwendungsbereich der Norm ausweitende Interpretation, die er – insoweit wiederum mit den Ausführungen des Generalanwalts übereinstimmend – als „geradezu notwendiges Korrelat“ (S. 186) zur sich entwickelnden europäischen Strafverfolgung versteht: Tat i.S.d. Art. 54 SDÜ sei das tatsächliche Geschehen, das Gegenstand der Entscheidung des Erstverfolgerstaates gewesen sei (S. 179); als rechtskräftige Aburteilung sei jede „qualifizierte Verfahrensbeendigung“ anzuerkennen, aufgrund derer der Beschuldigte berechtigterweise auf den Ausschluss weiterer Verfolgung vertrauen dürfe (S. 166 ff.).

Im fünften Abschnitt wendet sich *Mansdörfer* den Fallgestaltungen zu, in denen Verfahren parallel oder sukzessiv von den Mitgliedsstaaten und von den Organen der Europäischen Gemeinschaft durchgeführt werden. Die Problematik des vertikal-transnationalen Verbots einer Doppelverfolgung wird seine volle Bedeutung dann erlangen, wenn den Europäischen Gemeinschaften die derzeit noch fehlende Kompetenz zum Erlass kriminalstrafrechtlicher Normen zukommt (S. 194 ff.). Die Anwendung klassischer strafrechtlicher Grundsätze ist aber

auch heute schon in dem ständig wachsenden Bereich geboten, in dem auf europäischer Ebene punitive Sanktionen angedroht und verhängt werden (S. 196 ff.). Ein Normierung des Doppelverfolgungsverbots ist auf europäischer Ebene nicht vorhanden. Auch der von *Mansdörfer* als „ansatzweise Regelung“ angesehenen Art. 90 EGKS (S. 200) bringt – insoweit vergleichbar mit § 51 Abs. 3 StGB – weniger die Anerkennung des Prinzips als vielmehr die Vorbehalte diesem gegenüber zum Ausdruck. Gleiches gilt für das von der einschlägigen Rechtsprechung praktizierte und in der VO 2988/95 normierte Anrechnungsprinzip (vgl. S. 200 ff.).

Mansdörfer legt überzeugend die Notwendigkeit und Begründbarkeit eines vertikal-transnationalen ne bis in idem dar, mit dem inhaltlich die Gewährleistungen, die im nationalen Rahmen durch Art. 4 des 7. ZP-EMRK gewährleistet werden, auf das Verhältnis der Mitgliedsstaaten zu den Europäischen Institutionen zu übertragen sind (S. 214 ff.). Er fordert zu recht eine Einbeziehung der im supranationalen Recht vorhandenen punitiven Sanktionen und das Abstellen auf einen faktisch orientierten Tatbegriff (S. 217). Problemen, die sich aufgrund der Verzahnung der nationalstaatlichen und supranationalen Rechtsordnung ergeben können, will er im Bereich des

Direktvollzugs europäischer Normen durch organisatorische Maßnahmen begegnen (S. 218 ff.), im Bereich des indirekten Vollzugs durch eine Delegation der Verantwortung auf die nationalen Hoheitsträger sowie – nachrangig – dadurch, dass bereits verhängte Sanktionen anzurechnen bzw. zu berücksichtigen sind (vgl. S. 221 ff.). Beispielhaft konkretisiert wird dieser Ansatz dann an Beispielen aus dem Wettbewerbsrecht (S. 225 ff.) und dem Agrarrecht (S. 228 ff.). Abgerundet wird der sechste Teils durch einen Ausblick auf die Normierung des Prinzips des ne bis in idem in Art. 50 der Europäischen Grundrechtscharta (S. 234-243), die *Mansdörfer* überzeugend als Übertragung des durch Art. 4 des 7. ZP-EMRK nationalstaatlich systemintern gewährleisteten Prinzips auf den supranationalen Bereich interpretiert.

Insgesamt gesehen bleibt festzuhalten, dass die Abhandlung die Geltung des Prinzips des ne bis in idem im europäischen Strafrecht in allen relevanten Facetten behandelt, einen gewichtigen Beitrag zur Durchdringung der Problematik leistet und eine Konzeption vorstellt, die im Rahmen der weiteren Diskussion Beachtung finden sollte.

Prof. Dr. **Wolfgang Wohlers**, Universität 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.

474. EGMR Nr. 46221/99 – Urteil vom 12. Mai 2005 (*Öcalan v. Türkei No. 2, Große Kammer*)

Recht auf Freiheit und Sicherheit (Freiheit der Person; rechtmäßige Freiheitsentziehung; effektives Haftprüfungsverfahren; unverzügliche Vorführung; Eingriff; völkerrechtswidrige Entführung); Geltung der EMRK bei der Rechtshilfe; Recht auf ein faires Verfahren (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts bei Militärgerichten; eindeutiger Verzicht; Recht auf effektive und wirksame Verteidigung; Vorbereitung; Akteneinsicht des Beschuldigten und des Verteidigers; freier Verkehr mit dem Anwalt); Todesstrafe (in Friedenszeiten; De-facto-Abschaffung; Verhängung und Vollstreckung nur nach fairem Verfahren; unmenschliche Behandlung); Auslegung und Rechtsfortbildung.

Art. 2 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 1 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; Art. 5 Abs. 4 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 137 StPO; § 147 StPO

475. BVerfG 2 BvR 1378/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Mai 2005 (LG Köln/AG Leverkusen)

Dinglicher Arrest im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (Tatbegehung als Organ einer Gesellschaft; Voraussetzungen des Arrestes gegen die juristische Person);

prozeduraler Grundrechtsschutz (Gestaltung des gerichtlichen Verfahrens; Richtervorbehalt); eigenverantwortliche richterliche Prüfung (auf den Einzelfall bezogenen Ausführungen; eigenständige Ermittlung der tatsächlichen Grundlagen einer Arrestanordnung); Verhältnismäßigkeit (Missachtung der Eingriffsvoraussetzungen in besonders drastischer Weise; fehlerhafte Entscheidungsformel).

Art. 14 Abs. 1 GG; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 73 a Abs. 1 StGB; § 111b Abs. 2 StPO; § 111d StPO; § 111e Abs. 1 StPO; § 162 StPO

476. BGH 2 StR 1/05 - Urteil vom 25. Mai 2005 (LG Wiesbaden)

Totschlag; Mord (Heimtücke; Habgier); Überzeugungsbildung (revisionsgerichtliche Prüfung); Urteilsgründe. § 212 StGB; § 211 StGB; § 261 StPO

Das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen ist Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht hat die Entscheidungen des Tatrichters grundsätzlich hinzunehmen und sich auf die Prüfung zu beschränken, ob die Urteilsgründe Rechtsfehler enthalten. Diese sind namentlich dann gegeben, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft, in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen die Denkgesetze oder Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit

übertriebene Anforderungen gestellt worden sind (vgl. BGHSt 29, 18, 20; BGH NStZ 1984, 180; BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 2 und ständig).

477. BGH 2 StR 109/05 - Beschluss vom 20. Mai 2005 (LG Fulda)

Tatmehrheit (unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs); räuberische Erpressung.
§ 53 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

478. BGH 2 StR 129/05 - Beschluss vom 20. Mai 2005 (LG Aachen)

Wohnungseinbruchsdiebstahl (Begriff der Wohnung: Abgrenzung zu Geschäftsräumen und zu Arbeitsräumen).
§ 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

479. BGH 2 StR 133/05 - Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Darmstadt)

Anrechnungsmaßstab für in Luxemburg erlittene Untersuchungshaft; Tenorergänzung (Anrechnungsmaßstab als absolut bestimmte Strafe).
§ 51 Abs. 4 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

480. BGH 2 StR 137/05 - Beschluss vom 20. Mai 2005 (LG Darmstadt)

Anrechnung in Spanien erlittener Untersuchungshaft (Verhältnis 1:1).
§ 51 Abs. 4 StGB

481. BGH 2 StR 82/05 - Beschluss vom 4. Mai 2005 (LG Darmstadt)

Nebenklage (Beistandsbestellung); Nebenklage gegen Jugendliche.
§ 397a StPO; § 80 Abs. 3 JGG

482. BGH 2 StR 144/05 - Beschluss vom 1. Juni 2005 (LG Koblenz)

Bewaffnetes unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).
§ 29a BtMG; § 30a BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

483. BGH 2 StR 160/05 - Beschluss vom 13. Mai 2005 (LG Aachen)

Steuerungsfähigkeit bei Alkoholkonsum (verminderte; völlig aufgehobene; BAK; Nachtrunk; Alkoholgewöhnung); Überzeugungsbildung (Grundlage in den Feststellungen; bloße Vermutung); Änderung eines Sachverständigengutachtens in der Hauptverhandlung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).
§ 21 StGB; § 261 StPO; § 72 StPO; § 64 StGB

484. BGH 2 StR 161/05 - Beschluss vom 28. April 2005 (LG Erfurt)

Erörterungsmangel (Diebstahl; Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe beim Schmierestehen).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 242 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

485. BGH 2 StR 186/05 - Beschluss vom 1. Juni 2005 (LG Darmstadt)

Unzulässige Revision (Beschwer).
§ 349 Abs. 1 StPO

486. BGH 2 StR 405/04 - Urteil vom 1. Juni 2005 (LG Marburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Verfahrensbeschränkung; Teileinstellung; Strafzumessung (Urteilsgründe; Darstellung).

§ 29a BtMG; 154 StPO; § 154a StPO; § 46 StGB; § 267 StPO

487. BGH 2 StR 454/04 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Gera)

Hehlerei (mehrere Tatgegenstände; einheitlicher Lohn; Tateinheit).

§ 259 StGB; § 52 StGB

488. BGH 2 StR 454/04 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Gera)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 55 StGB

489. BGH 2 StR 529/04 - Beschluss vom 8. Juni 2005

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

490. BGH 2 ARs 121/05 / 2 AR 76/05 - Beschluss vom 25. Mai 2005

Zuständigkeitsbestimmung (Vollstreckungsleitung; Bewährungsüberwachung).

§ 14 StPO; § 88 JGG; § 58 JGG

491. BGH 2 ARs 122/05 / 2 AR 84/05 - Beschluss vom 30. Mai 2005

Prozesskostenhilfe (Aussicht auf Erfolg); unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung des OLG.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO; § 114 ZPO

492. BGH 2 ARs 143/05 / 2 AR 65/05 - Beschluss vom 25. Mai 2005

Zuständigkeit für Nachtragsentscheidungen; Befasstsein.

§ 462 a StPO

493. BGH 2 ARs 44/05 / 2 AR 36/05 - Beschluss vom 16. Juni 2005

Offensichtliches Schreibversehen.

§ 267 StPO

494. BGH 2 ARs 182/05 / 2 AR 93/05 - Beschluss vom 30. Mai 2005

Unanfechtbarer Beschluss eines OLG als Rechtsmittelgericht.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

495. BGH 2 ARs 183/05 / 2 AR 103/05 - Beschluss vom 15. Juni 2005

Zuständigkeitsentscheidung.

§ 12 Abs. 2 StPO

496. BGH 3 StR 39/05 - Beschluss vom 17. Mai 2005 (LG Oldenburg)

Antrag auf Nachholung rechtlichen Gehörs; Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

497. BGH 3 StR 68/05 - Urteil vom 21. April 2005 (LG Verden)

Aufklärungsrüge; Beweisantrag (Rücknahme; Hinweispflicht; faires Verfahren).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 265 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

498. BGH 3 StR 83/05 - Beschluss vom 3. Mai 2005 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beschwerer.
§ 29a BtMG

499. BGH 3 StR 83/05 - Beschluss vom 3. Mai 2005 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (einmalige Einfuhr; Beihilfe; Mittäterschaft).
§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

500. BGH 3 StR 109/05 - Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Aurich)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Aufklärungshilfe (numerische Kompensation als Ausnahmefall); Tatprovokation.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 31 Abs. 1 BtMG

501. BGH 3 StR 112/05 - Beschluss vom 21. April 2005 (LG Oldenburg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln; Feststellung von Teilmengen (Eigenverbrauch; Weiterverkauf).
§ 29 BtMG; § 29a BtMG

502. BGH 3 StR 119/05 - Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Oldenburg)

Erörterungsmangel (Verfall; unbillige Härte).
§ 73 StGB; § 73c StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

503. BGH 3 StR 123/05 - Beschluss vom 2. Juni 2005 (LG Oldenburg)

Aufrechterhaltung von Einziehungsentscheidungen (Erledigung); Gesamtstrafenbildung (Serientaten).
§ 74 StGB; § 74e StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

504. BGH 3 StR 131/05 - Beschluss vom 17. Mai 2005 (LG Hildesheim)

Schlussantrag der Staatsanwaltschaft; Beruhen.
§ 258 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 337 StPO

505. BGH 3 StR 133/05 - Beschluss vom 10. Mai 2005 (LG Mönchengladbach)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Einfuhr; Bewertungseinheit); Tenor (Gewerbsmäßigkeit; Regelbeispiel).
§ 29a BtMG; § 52 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

506. BGH 3 StR 135/05 - Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Hannover)

Entscheidung des Revisionsgerichts; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 346 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 45 StPO

507. BGH 3 StR 136/05 - Beschluss vom 4. Mai 2005 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (sichere Feststellung fehlender Einsicht); verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit.
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

508. BGH 3 StR 137/05 - Beschluss vom 2. Juni 2005 (LG Aurich)

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

509. BGH 3 StR 150/05 - Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Kiel)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit).
§ 29a BtMG; § 52 StPO

510. BGH 3 StR 161/05 - Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Kleve)

Raub (Absicht rechtswidriger Zueignung; vermeintlicher Anspruch; Tatbestandsirrtum).
§ 249 StGB; § 16 Abs. 1 StGB

511. BGH 3 StR 168/05 - Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Itzehoe)

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot; Beruhen).
§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

512. BGH 3 StR 269/04 - Urteil vom 9. Juni 2005 (HansOLG)

Fall Mzoudi; 11. September; Aufklärungsrüge (Begründungsanforderungen; Zulässigkeit); Aufklärungspflicht bei der Ladung von Auslandszeugen (Verbot der Beweisantizipation; Ermessensentscheidung; besondere Beweisbedeutung; Ermessensreduktion); Zweifelssatz (Beweisregel; Entscheidungsregel; Indiztatsache; Beruhen); Freispruch (Urteilsgründe).
§ 211 StGB; § 129a StGB; § 27 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

513. BGH 3 StR 425/04 – Urteil vom 10. Mai 2005 (LG Mönchengladbach)

Ausspähen von Daten; Computerbetrug (gewerbsmäßiges Handeln); Urteilsformel; Teilfreispruch (Konkurrenzen); Einziehung (Ermessen).
§ 202a StGB; § 263a StGB; § 74 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 152 a Abs. 3 StGB aF; § 260 Abs. 4 StPO

514. BGH 1 StR 100/05 – Beschluss vom 1. Juni 2005 (LG Kempten)

Unschädliche Fehltenorierung bei vermeintlicher Beruungsverhandlung in einem erstinstanzlichen Verfahren (Überschreitung des Strafrahmens).
§ 24 Abs. 2 GVGG; § 267 StPO; § 325 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO

515. BGH 1 StR 133/05 – Beschluss vom 10. Mai 2005 (LG Mannheim)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Pflicht zur Erhebung einer Verfahrensrüge; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

516. BGH 1 StR 147/05 – Beschluss vom 12. Mai 2005 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Versehen bei der Urteilsbegründung.

§ 349 Abs. 2 StPO

517. BGH 1 StR 154/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Augsburg)

Abfassung der Urteilsformel (entbehrliche Aufnahme der Tatbegehungsform; Ermessen des Gerichts); Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang; Tendenz zum Betäubungsmittelmissbrauch ohne Depravation und erhebliche Persönlichkeitsstörung).

§ 64 StGB; § 260 Abs. 4 Satz 5 StPO

518. BGH 1 StR 30/05 – Urteil vom 10. Mai 2005 (LG Tübingen)

Rechtsfolgenlösung beim Mord (BGHSt 30, 105; Heimtücke und Eifersucht; Herkunft und überwertige Idee; außergewöhnliche Umstände, aufgrund derer die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe als unverhältnismäßig erscheint; Selbstjustiz; maßgebliche deutsche Wertvorstellungen; niedrige Beweggründe).

§ 211 StGB; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG

519. BGH 1 StR 75/05 – Beschluss vom 10. Mai 2005 (LG Augsburg)

Verfahrenseinstellung mit Rücksicht auf den Opferchutz; Verweisung nach § 354 Abs. 1 b StPO.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 354 Abs. 1b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 462a Abs. 3 StPO

520. BGH 1 StR 158/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Stuttgart)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht bei reinem Motivirrtum; unwirksamer Rechtsmittelverzicht, der Bestandteil einer vorherigen Urteilsabsprache ohne qualifizierte Belehrung war; keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Unkenntnis über Rechtsprechung des BGH; Recht auf ein faires Verfahren.

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

521. BGH 1 StR 160/05 – Beschluss vom 1. Juni 2005 (LG Deggendorf)

Inbegriff der Hauptverhandlung (Verstoß durch Verwertung nicht in das Verfahren eingeführter Tatortphotos).

§ 261 StPO

522. BGH 1 StR 183/05 – Beschluss vom 2. Juni 2005 (LG Nürnberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

523. BGH 1 StR 198/05 – Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Passau)

Antragsauslegung: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (eigenes Verschulden nach Rechtsmittelbelehrung; außergewöhnliche Fälle).

§ 300 StPO; § 44 Abs. 1 StPO

524. BGH 1 StR 326/04 – Urteil vom 7. April 2005 (LG Stuttgart)

BGHSt; Zeugnisverweigerungsrecht eines Notars und seines Gehilfen amtspflicht- und gesetzeswidriger Umsetzung eines dem Notar erteilten Auftrags (Einschränkung durch die Anzeigepflicht gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GwG; mangelnde Entbindung durch den Notar); Vertrauensschutz im Strafverfahrensrecht (Rückwirkung; Recht auf ein faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 53a StPO; § 11 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GwG).

525. BGH 4 StR 21/05 – Beschluss vom 28. April 2005 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

526. BGH 4 StR 155/03 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Essen)

Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifischer Zusammenhang; zu erwartende Risikosituation; Offenlassen nach § 354 Abs. 1 StPO analog).

§ 69 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

527. BGH 4 StR 33/05 – Beschluss vom 21. April 2005 (LG Paderborn)

Beweiswürdigung beim Vorwurf des sexuellen Missbrauchs eines Kindes und einer widerstandsunfähigen Person (Falschbelastungsmotiv; Darlegungsanforderungen bei Aussage gegen Aussage; Darlegung bei Serienstraftaten).

§ 261 StPO; § 176 StGB; § 179 StGB

528. BGH 4 StR 59/05 – Beschluss vom 12. April 2005 (LG Kaiserslautern)

Unzureichende Beweiswürdigung bei Vergewaltigung (Aussage gegen Aussage; Abweichung des wesentlichen Belastungszeugen von seiner früheren Tatschilderung in der Hauptverhandlung; fehlender Belege der Aussagekonstanz).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

Zwar beschränkt sich, da die Beweiswürdigung Sache des Tatrichters ist, die revisionsrechtliche Nachprüfung darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Eine rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung setzt aber voraus, dass sich die Urteilsgründe mit widersprüchlichen, ungenauen oder aus sonstigen Gründen nicht ohne weiteres glaubhaften Zeugenaussagen in einer für das Revisionsgericht überprüfbar Weise auseinandersetzen (vgl. BGH StV 1992, 555 m.w.N.). Demgemäß müssen die Urteilsgründe dann, wenn Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung, wie hier, allein davon abhängt, wem das Gericht Glauben schenkt, erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beein-

flussen können, in seine Überlegungen einbezogen hat (BGHSt 44, 153, 158 f.; BGH NStZ 2002, 494 m.w.N.). Weicht in solchen Fällen der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung in einem wesentlichen Punkt von seiner früheren Tatschilderung ab, so muss der Tatrichter überdies darlegen, dass insoweit keine bewusst falschen Angaben vorgelegen haben (BGHSt 44, 256).

529. BGH 4 StR 64/05 – Beschluss vom 15. März 2005 (LG Paderborn)

Mittäterschaftlich begangene gewerbsmäßige Hehlerei (Sich verschaffen: Vollendung beim Unterfall des Ankaufens; selbständige Tat; Schätzung des Schadensumfangs).

§ 259 StGB; § 260 StGB; § 52 StGB

530. BGH 4 StR 85/03 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Essen)

Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifischer Zusammenhang; zu erwartende Risikosituation; Offenlassen nach § 354 Abs. 1 StPO analog).

§ 69 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis wegen charakterlicher Ungeeignetheit setzt bei Taten im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs voraus, dass die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen.

2. Für diese Prognose könnte es genügen, dass der Angeklagte im Zusammenhang mit den Anlasstaten naheliegend mit einer Situation gerechnet hat oder rechnen musste, in der es zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Verkehrs kommen konnte, wobei auch sein in der einbezogenen Vorverurteilung gezeigtes Verhalten (riskante Fluchtfahrt aus Angst vor Entdeckung) zu berücksichtigen wäre.

531. BGH 4 StR 89/05 – Beschluss vom 21. April 2005 (LG Halle)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (Begründung der Widerstandsfähigkeit bei geistiger Behinderung; Abgrenzung von einem Zustand der auf Unreife beruhenden eingeschränkten Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung im Sinne des § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB); Beweiswürdigung bei sexuellem Missbrauch eines Jugendlichen (Genese der Aussage).

§ 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

532. BGH 4 StR 175/03 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Detmold)

Entziehung der Fahrerlaubnis (verkehrsspezifischer Zusammenhang; zu erwartende Risikosituation; Offenlassen nach § 354 Abs. 1 StPO analog).

§ 69 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Die strafgerichtliche Entziehung der Fahrerlaubnis wegen charakterlicher Ungeeignetheit setzt bei Taten im

Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs voraus, dass die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen.

2. Für diese Prognose könnte es genügen, dass der Angeklagte im Zusammenhang mit den Anlasstaten naheliegend mit einer Situation gerechnet hat oder rechnen musste, in der es zu einer Gefährdung oder Beeinträchtigung des Verkehrs kommen konnte, wobei auch sein in der einbezogenen Vorverurteilung gezeigtes Verhalten (riskante Fluchtfahrt aus Angst vor Entdeckung) zu berücksichtigen wäre.

533. BGH 4 StR 191/05 – Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Rostock)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Gesamtdauer; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung in einzelnen Verfahrensabschnitten; angemessene Strafzumessung nach § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO: entbehrliche ausdrückliche Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO

534. BGH 4 StR 447/04 – Beschluss vom 26. April 2005 (LG Bochum)

Geldfälschung (Sichverschaffen; Mittäterschaft); Beihilfe zum versuchten Inverkehrbringen (Versuch bei Übergabe an V-Männer).

§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 146 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 27 StGB; § 22 StGB

535. BGH 4 StR 524/04 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Münster)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

536. BGH 5 StR 36/05 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Stuttgart)

BGHR; Steuerhinterziehung (fehlender Nachweises einer innergemeinschaftlichen Lieferung bei Gefährdung des Steueraufkommens in einem anderen Mitgliedstaat der EU; richtlinienkonforme Auslegung des deutschen Strafrechts und Geltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes; rechtsgoodsbezogene Auslegung; redaktioneller Hinweis).

§ 4 Nr. 1 lit. b UStG; § 6a Abs. 3 UStG; § 370 Abs. 1 AO; Art. 6 II EUV

537. BGH 5 StR 66/05 – Urteil vom 10. Mai 2005 (LG Berlin)

Strafzumessung beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (gerechter Schuldausgleich bei erhebliche Menge Rauschgift; familiäres Umfeld; vollständige Sicherstellung).

§ 46 StGB; § 29a Abs. 1 BtMG

538. BGH 5 StR 106/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005

Verfahrenseinstellung bei zwischenzeitlichem Tod des Angeklagten.

§ 206a StPO

539. BGH 5 StR 92/05 – Beschluss vom 11. Mai 2005 (LG Berlin)

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

540. BGH 5 StR 76/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Hamburg)

Aufklärungspflicht (Vernehmung des Sachverständigen; Geständnis); widersprüchliche Urteilsgründe bzw. Beweiswürdigung (Ausschluss des Beruhens).
§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 337 StPO

541. BGH 5 StR 86/05 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Berlin)

Revisibilität der Strafzumessung (minder schwerer Fall; unmögliche Erwähnung eines jeden Umstandes); schwerer Raub.
§ 46 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 267 StPO

542. BGH 5 StR 86/05 – Beschluss vom 12. Mai 2005 (LG Berlin)

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

543. BGH 5 StR 129/05 – Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Hamburg)

BGHR; Fristsetzung zur Außerkraftsetzung des § 246 Abs. 1 StPO und des § 246 Abs. 6 StPO nach extremer Verzögerung der Verhandlung und zur Prozessverschleppung gestellten Beweisanträgen (Beweisantragsrecht; rechtsmissbräuchliches Verteidigerverhalten; Bescheidung durch Gerichtsbeschluss bei vorheriger Information über die angewendeten Gründe; Beweisanregung; faires Verfahren; Missbrauchsverbot; Recht auf Verfahrensbeschleunigung und Beschleunigungsgebot; legitime Verteidigeraufgaben; Präklusion; Hilfsbeweis Antrag; funktionsfähige Strafrechtspflege; Beruhen); Anforderungen an die Vortragspflicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO bei Großverfahren (Monatsfrist); Recht auf das letzte Wort (ausgeschlossener Angeklagter; von vornherein untauglicher Versuch der Rechtsgewährung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO; § 246 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO; § 337 StPO; § 258 StPO; § 231b StPO

544. BGH 5 StR 145/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Koblenz)

Kostenentscheidung nach zurückgenommener Revision.
§ 473 StPO

545. BGH 5 StR 172/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Berlin)

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

546. BGH 5 StR 174/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Braunschweig)

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

547. BGH 5 StR 182/05 – Beschluss vom 31. Mai 2005 (LG Cottbus)

Brandstiftung (Hütte; fehlende Feststellungen); Erstreckung der erfolgreichen Revision nur nach Gelegenheit zum Widerspruch (fares Verfahren; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; redaktioneller Hinweis).
§ 306 Abs. 1 Nr. 1 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 357 StPO

548. BGH 5 StR 283/04 – Urteil vom 12. Mai 2005 (LG Berlin)

BGHR; erhebliche Umstände im Sinne des § 264a Abs. 1 StGB (Bedeutung für einen durchschnittlichen Anleger nach den Erwartungen des Kapitalmarkts; Vorsatz); Betrugsvorsatz bei Kreditgewährungen (Eventualvorsatz); Vortragspflicht gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO (Zulässigkeit der Verfahrensrüge der Staatsanwaltschaft: selektives Vorgehen bei möglicherweise entlastenden Unterlagen); Beweiswürdigung.
§ 264a Abs. 1 StGB; § 263 StGB; § 15 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 261 StPO

549. BVerfG 2 BvR 1027/02 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 12. April 2005 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Beschlagnahme und Kopie des gesamten Datenbestandes einer Rechtsanwaltskanzlei und Steuerberatungsgesellschaft; allgemeine Handlungsfreiheit (wirtschaftliche Entfaltung); Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Bestimmung des Verwendungszwecks bereichsspezifisch und präzise; Normenklarheit; Zweckbindung); kein Eingriff in die Berufsfreiheit (Schutzbereich; unmittelbar auf die Berufstätigkeit bezogen; objektiv berufsregelnde Tendenz); Verhältnismäßigkeit (staatliches Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung; Abwägung mit Interessen betroffener Dritter; Beeinträchtigung beruflicher Tätigkeit; freie Advokatur; Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Mandant und Anwalt; Recht auf ein faires Verfahren); Begrenzung des Zugriffs auf Daten durch Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung (Auswertung der Struktur eines Datenbestands; Nutzung geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme; Zufallsfunde); Grundrechtsschutz durch Verfahrensgestaltung; datenschutzrechtlicher Auskunftsanspruch der StPO (keine Gefährdung des Untersuchungszwecks; kein Entgegenstehen überwiegender schutzwürdiger Interessen Dritter; Gefährdung nur durch die Informationsübermittlung).
Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 12 GG; Art. 13 GG; Art. 8 EMRK; § 94 StPO; § 110 StPO; § 97 StPO; § 53 StPO; § 108 StPO; § 489 StPO; § 483 StPO; § 19 BDSG