

# HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 9/2005  
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

*Karsten Gaede*, Hamburg/Zürich – **Absoluter Revisionsgrund und Besorgnis der Befangenheit bei Überdehnung des § 26a StPO durch den Richter in eigener Sache**

S. 319

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

- BVerfG Verletzung des gesetzlichen Richters durch Überdehnung des § 26a StPO
- BVerfG Kein Wiederaufleben eines Haftbefehls nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand
- EGMR *Storck v. Deutschland* – Konventionskonforme Auslegung bei der Unterbringung in der Psychiatrie nach deutschem Recht
- BGH Absoluter Revisionsgrund bei willkürlicher Überdehnung des § 26a StPO (BGHSt)
- BGH Kein § 338 Nr. 3 StPO nach Überdehnung des § 26a StPO ohne Willkür oder grundlegende Verkennung des Art. 101 I 2 GG (BGHR)
- BGH Tatbestandliche Vermögensverfügung bei einem durch Täuschung erreichten Abschluss eines „0190er-Nummernvertrages“ (BGHSt)
- BGH Vereinbarung einer Ordnungswidrigkeit kein Vorteil im Sinne der Bestechungsdelikte
- BGH Nachträgliche Sicherungsverwahrung nach zwischenzeitlicher Entlassung (BGHSt)
- BGH Keine Einbeziehung rechtskräftiger Einzelstrafen, wenn sie bereits in einem noch nicht rechtskräftigen Urteil einbezogen worden sind (BGHSt)
- BGH Erneute Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (BGHSt)
- BGH Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung hinsichtlich Art. 54 SDÜ

### SCHRIFTLLEITUNG

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); RA Markus Rügenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmayer, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 80 Entscheidungen.

# HRRS HRR-Strafrecht

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

**Karsten Gaede**  
c/o RA Dr. 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* (Univ. Erlangen); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden); 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, September 2005, Ausgabe

9

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 632. EGMR Nr. 61603/00 – Urteil vom 16. Juni 2005 (Storck v. Deutschland)

Konventionskonforme Auslegung des deutschen (Zivil-)Rechts (wirksamkeitsverpflichtete Auslegung); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Freiheit der Person; Schutzpflichten; erzwungene Unterbringung in einer privaten Klinik für Psychiatrie; Verantwortlichkeit des Staates; Rechtmäßigkeit einer Freiheitsentziehung); Recht auf Achtung des Privatlebens; Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (Verjährungsbeginn); Entschädigung; faires Verfahren im Arzthaftungsprozess (Beweiserleichterungen; Waffengleichheit); redaktioneller Hinweis.

Art. 5 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 41 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; § 852 BGB

1. Die Vertragsstaaten einschließlich ihrer Gerichte sind verpflichtet, nationales Recht im Sinne der von der EMRK geschützten Menschenrechte auszulegen und anzuwenden. Dabei ist zu beachten, dass die EMRK darauf abzielt, Rechte zu gewährleisten, die nicht nur theoretisch oder illusorisch bleiben, sondern praktikierbar und wirksam sind.

2. Eine Person wird dann nicht ihre Freiheit im Sinne des Art. 5 I EMRK entzogen, wenn sie der ihr wider-

fahrenden Behandlung wirksam zugestimmt hat. Das Recht auf Freiheit gemäß Art. 5 EMRK ist aber zu bedeutsam, als dass eine vorgeblich psychiatrisch behandlungsbedürftige Person allein deshalb den Schutz des Rechts verlieren könnte, weil sie sich zunächst der Unterbringung gebeugt hat. Versucht eine in einer privaten Psychiatrieklinik inhaftierte Person zu fliehen, kann nicht mehr von ihrer Zustimmung zur Unterbringung ausgegangen werden.

3. Zu den möglichen Gründe für die Zurechnung einer unfreiwilligen Unterbringung in einer privaten Psychiatrieklinik zum Staat.

4. Die Vertragsstaaten sind nach Art. 5 Abs. 1 EMRK verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die schutzbedürftigen Personen einen effektiven Schutz vor unrechtmäßigen Freiheitsentziehungen bieten. Dieser Schutz umfasst angemessene Maßnahmen, die Freiheitsentziehungen verhindern, von denen die staatlichen Behörden wissen oder von denen sie hätten wissen können. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, private Psychiatrieeinrichtungen regelmäßig und kompetent zu überwachen und zu kontrollieren. Die Existenz von Strafdrohungen allein macht die Überwachung nicht entbehrlich.

5. Ein Staat kann sich seiner Verpflichtungen nach der EMRK nicht vollständig entledigen, indem er sie privaten Einrichtungen oder Personen überträgt. Die Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten ist gegeben, wenn die Verletzung eines von der EMRK gewährten Rechts oder einer von ihr gewährten Freiheit das Ergebnis einer Missachtung der Verpflichtungen darstellt, welche die Staaten gemäß Art. 1 EMRK übernommen haben, um jene Rechte und Freiheiten jedermann innerhalb ihrer Jurisdiktion zu sichern. Art. 2 und Art. 8 EMRK verlangen dem Vertragsstaat nicht nur ab, sich aktiver Eingriffe in die danach gewährten Rechte und Freiheiten zu enthalten, sondern sie verlangen auch, dass der Vertragsstaat Schritte unternimmt, um einen Schutz gegen Beeinträchtigungen zu bieten, die von staatlichen Stellen oder von Privatbürgern ausgehen.

**710. BVerfG 2 BvR 625/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2005 (BGH/LG Köln)**  
Rechtliches Gehör; gesetzlicher Richter (gesetzliche Zuständigkeitsordnung; materieller Gewährleistungsgehalt; Neutralität und Distanz; Verbot der echten Entscheidung in eigener Sache); Prüfung eines Ablehnungsgesuches nach § 26a StPO (Befangenheit; formelle Prüfung; enge Auslegung; keine Tauglichkeitsprüfung; keine inhaltliche Prüfung; keine Ablehnung wegen „offensichtlicher Unbegründetheit“); revisionsgerichtliche Kontrolle (keine hypothetische Begründetheitsprüfung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Da § 26 a StPO nur echte Formalentscheidungen ermöglichen oder einen offensichtlichen Missbrauch des Ablehnungsrechts verhindern will, ist er eng auszulegen. In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, wird es nahe liegen, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden. Auf Fälle „offensichtlicher Unbegründetheit“ des Ablehnungsgesuchs darf das vereinfachte Ablehnungsverfahren wegen des sonst vorliegenden Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht ausgedehnt werden.

2. Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, wenn das Revisionsgericht auch in den Fällen, in denen ein Ablehnungsgesuch willkürlich und unter Verletzung des grundrechtsgleichen Anspruchs des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden ist, lediglich prüft, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache erfolgreich gewesen wäre. Das Revisionsgericht hat in solchen Fällen nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs zu entscheiden, sondern vielmehr darüber, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26 a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung des von § 26 a StPO gesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und an das Tatgericht zurückzuverweisen, damit dieses in der Zusammen-

setzung des § 27 StPO über das Ablehnungsgesuch entscheidet.

3. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes gleich steht. Im Rahmen der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs ist das Gericht allerdings in besonderem Maße verpflichtet, das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen, da es andernfalls leicht dem Vorwurf ausgesetzt sein kann, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten. Überschreitet das Gericht die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies die Besorgnis der Befangenheit begründen.

4. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet dem Einzelnen das Recht auf den gesetzlichen Richter. Ziel der Verfassungsgarantie ist es, der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorzubeugen, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte (vgl. BVerfGE 17, 294, 299; 95, 322, 327). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, eine klare und abstrakt-generelle Zuständigkeitsordnung zu schaffen, die für jeden denkbaren Streitfall im Voraus den Richter bezeichnet, der für die Entscheidung zuständig ist. Die Gerichte sind bei der ihnen obliegenden Anwendung der vom Gesetzgeber geschaffenen Zuständigkeitsordnung verpflichtet, dem Gewährleistungsgehalt und der Schutzwirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG angemessen Rechnung zu tragen.

5. Nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auch einen materiellen Gewährleistungsgehalt. Die Verfassungsnorm garantiert, dass der Rechtssuchende im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet (vgl. BVerfGE 10, 200, 213 f.; 89, 28, 36). Diese materiellen Anforderungen verpflichten den Gesetzgeber dazu, Regelungen vorzusehen, die es ermöglichen, einen Richter, der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet, von der Ausübung seines Amtes auszuschließen.

6. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind durch ein Gericht jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286, 299). Dies kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

**708. BVerfG 2 BvR 1357/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. August 2005 (OLG Düsseldorf/LG Duisburg)**

Freiheit der Person (Gesetzesvorbehalt; keine richterliche Rechtsfortbildung; kein Gewohnheitsrecht); kein „Wiederaufleben“ eines Haftbefehls durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Entlassung aus der Untersuchungshaft durch einstweilige Anordnung des BVerfG.

Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; § 112 StPO; § 114 StPO; § 44 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; § 32 Abs. 1 BVerfGG

1. Der Verschärfung des schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehaltes durch Art. 104 Abs. 1 GG, der noch unterstützt wird durch die Formalgarantien des Art. 104 Abs. 2 GG, ist zu entnehmen, dass es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt (vgl. BVerfGE 29, 183, 195 f.). Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln. Aus diesem Grunde scheidet auch Gewohnheitsrecht oder eine richterliche Rechtsfortbildung als „gesetzliche Grundlage“ aus. Nur der Gesetzgeber soll nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG darüber entscheiden, in welchen Fällen Freiheitsentziehungen zulässig sein sollen (vgl. BVerfGE 29, 183, 196).

2. Mit der Zielsetzung des Art. 104 Abs. 1 GG ist ein wie auch immer geartetes „Wiederaufleben“ eines bereits durch ein rechtskräftiges Urteil gegenstandslos gewordenen Haftbefehls im Wege haftrichterlicher Rechtsfortbildung unvereinbar, selbst wenn die Rechtskraft des Urteils durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durchbrochen wird. Ein einmal gegenstandslos gewordener Haftbefehl bleibt gegenstandslos.

3. Wenn der Gesetzgeber für den Fall der Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens der Frist für die Einlegung der Revision ein „Wiederaufleben“ eines bereits gegenstandslos gewordenen Haftbefehls will, so muss er dies vor dem Hintergrund der durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelten Gewährleistungen - ungeachtet der gegen ein solches Vorhaben bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken - gesetzlich anordnen. Dem Richter jedenfalls ist eine solche Rechtsfortbildung von vornherein verwehrt.

**704. BVerfG 2 BvR 497/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2005 (Kammergericht/LG Berlin/AG Tiergarten)**

Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (nur teilweise Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren); Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Besitz kinderpornographischer Schriften; kriminalistische Erfahrung); Beschlagnahme (keine Freigabe von beweiserheblichen Datenträgern mit Kanzleidaten); Durchsicht (Dateien; Computeranlage; Zuordnung der Daten nach ihrer Verfahrensrelevanz; automatisierte Überprüfung der Festplatte; "PERKEO-Report"); gesetzlicher Richter; Richterablehnung (Glaubhaftmachung; offenkundige Tatsachen); Umgehung der Vertreterkammer durch willkürliche Verwerfung nach § 26a StPO; Beschluss (rechtliches Gehör; Wartepflicht; Heilung); Prüfung durch das Beschwerdegericht.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO

1. Dem Gewicht des schwerwiegenden Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten.

2. Bei einer Kanzleiräume betreffenden Durchsuchung, insbesondere der dortigen Computeranlage, ist der hiermit verbundenen Gefahr eines Zugriffs auf verfahrenserhebliche, auch objektiv-rechtlich geschützte und vertrauliche Daten von Mandanten in erster Linie im Verfahren der Durchsicht gemäß § 110 StPO Rechnung zu tragen. Hierbei muss die Gewinnung überschießender und vertraulicher, für das Verfahren aber bedeutungsloser Informationen im Rahmen des Vertretbaren vermieden werden. Eine Zuordnung der Daten nach ihrer Verfahrensrelevanz kann unter Umständen mit Hilfe geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme gelingen.

3. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen; er garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substanziellen Anspruch auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle (vgl. BVerfGE 35, 382, 401 f.; 101, 397, 407). Legt ein Gericht den Verfahrensgegenstand in einer Weise aus, die das vom Betroffenen erkennbar verfolgte Rechtsschutzziel ganz oder in wesentlichen Teilen außer Betracht lässt, so liegt darin eine Rechtswegverkürzung, die den Rechtsschutzanspruch des Betroffenen nach Art. 19 Abs. 4 GG verletzt (BVerfG NJW 2002, 2699, 2700).

4. Allein der Umstand, dass sich auf sichergestellten Datenträgern auch Kanzleidata befinden, gebietet von Verfassungs wegen keine Freigabe der Beweismittel. Von Bedeutung ist hierbei, dass sich neben den unter Umständen auf den Datenträgern abgelegten Kanzleidaten auch andere, gegebenenfalls verfahrenserhebliche Daten auf den sichergestellten Datenträgern befinden. Zudem gibt es – mit Ausnahme der Evidenz – keine Pflicht zur ungeprüften Herausgabe von Gegenständen, welche angeblich nicht verfahrenserheblich sind oder die einem Beweisverwertungsverbot unterfallen sollen.

5. Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, wenn das Beschwerdegericht auch in den Fällen, in denen Ablehnungsgesuche willkürlich im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden sind, lediglich prüft, ob die Ablehnungsgesuche in der Sache erfolgreich gewesen wären. Das Beschwerdegericht hat in Fällen wie dem hier zu entscheidenden nicht über die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs, sondern vielmehr darüber zu entscheiden, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26 a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Bei einer willkürlichen Überschreitung

des von § 26 a StPO gesteckten Rahmens hat das Beschwerdegericht die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen, damit dieses in der Zusammensetzung des § 27 StPO über das Ablehnungsgesuch entscheidet.

6. Nicht jede fehlerhafte Anwendung der Zuständigkeitsregeln und die Handhabung des Ablehnungsrechts im Einzelfall, stellt auch eine „Entziehung“ des gesetzlichen Richters dar. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn die Auslegung einer Zuständigkeitsnorm oder ihre Handhabung im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt (vgl. BVerfGE 82, 286, 299). Dies kann nur anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

7. Beruht das konkrete Ablehnungsgesuch ausschließlich und ohne weiteres erkennbar auf tatsächlichen Umständen, welche aktenkundig oder gerichtsbeamtet sind, so bedarf es keiner Glaubhaftmachung.

8. Die Rechtskraft der Verwerfung des Ablehnungsgesuchs bewirkt eine Heilung des Verstoßes gegen das Wartegebot des § 29 Abs. 1 StPO.

**709. BVerfG 2 BvR 283/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Juli 2005 (OLG Frankfurt/Main)**

Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit des Verfolgtten ergangenen Strafurteils; rechtliches Gehör; unverzichtbarer Bestand der öffentlichen Ordnung (ordre public; Zusicherung; faires Verfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 2 IRG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 EMRK; § 77 IRG; § 33a StPO

1. Nach deutschem Verfassungsrecht gehört es zu den elementaren Anforderungen des Rechtsstaats, dass niemand zum bloßen Gegenstand eines ihn betreffenden staatlichen Verfahrens gemacht werden darf. Daraus ergibt sich insbesondere für das Strafverfahren das zwingende Gebot, dass der Beschuldigte im Rahmen der von der Verfahrensordnung aufgestellten, angemessenen Regeln die Möglichkeit haben und auch tatsächlich ausüben können muss, auf das Verfahren einzuwirken, sich persönlich zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu äußern, entlastende Umstände vorzutragen und deren umfassende und erschöpfende Nachprüfung und gegebenenfalls auch Berücksichtigung zu erreichen (vgl. BVerfGE 41, 246, 249; 63, 332, 337 f.).

2. Der wesentliche Kern dieser Gewährleistungen gehört von Verfassungs wegen zum unverzichtbaren Bestand der deutschen öffentlichen Ordnung, wie auch zum völkerrechtlichen Mindeststandard, der über Art. 25 GG einen Bestandteil des in der Bundesrepublik Deutschland innerstaatlich geltenden Rechts bildet (vgl. BVerfGE 63, 332, 338).

3. Eine Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit des Verfolgtten ergangenen Strafurteils ist von Verfassungs wegen unzulässig, sofern der Verfolgte weder über die Tatsache der Durchführung und des Abschlusses des betreffenden Verfahrens in irgendeiner Weise unterrichtet war, noch ihm eine tatsächlich wirksame Möglichkeit eröffnet ist, sich nach Erlangung dieser Kenntnis nachträglich rechtliches Gehör zu verschaffen und sich wirksam zu verteidigen (vgl. BVerfGE 63, 332, 338).

**706. BVerfG 2 BvR 866/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Hamburg)**

Fernmeldegeheimnis; Telekommunikationsüberwachung (Beweisverwertungsverbot bei Zufallsfunden; Verwertung von rechtmäßig erlangten Zufallserkenntnissen über die Begehung von Nichtkatalogtaten für weitere Ermittlungen; Fernwirkung); Verletzung spezifischen Verfassungsrechts und Willkür.

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 100 a StPO

Die Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, wonach Zufallserkenntnisse über eine Nichtkatalogtat aus einer rechtmäßig durchgeführten Maßnahme gemäß § 100a StPO zwar nicht als Beweismittel verwertet werden können, aber Grundlage weiterer Ermittlungen in einem anderen gegen den Beschuldigten geführten Verfahren wegen dieser Nichtkatalogtat sein dürfen, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

**707. BVerfG 2 BvR 157/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2005 (BGH/LG Oldenburg)**

Rechtsstaatsprinzip; Beschleunigungsgebot (ausreichende Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung; Abwägung; Gesamtdauer des Verfahrens; Schwere des Tatvorwurfs; Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes; Belastung des Betroffenen; keine Unterschreitung der Einsatzstrafe); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Mitteilung von Revisionsvorbereitungen; Mitteilung von unberücksichtigten justizbedingten Verzögerungen);

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; § 54 StGB

1. Das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes fordert die angemessene Beschleunigung des Strafverfahrens. Eine von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortende erhebliche Verzögerung verletzt den Beschuldigten in seinem Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren (vgl. BVerfGE 63, 45, 69).

2. Die Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zwingt die Strafverfolgungsbehörden dazu, sie bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu berücksichtigen. Diese haben im Falle eines mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht in Einklang stehenden überlangen Verfahrens zu prüfen, ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen darf. Belastende Folgen staatlich

verschuldeter Verzögerung sind von den Strafverfolgungsbehörden von Verfassungen wegen ebenso zu berücksichtigen wie die Umstände, die den Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot begründet haben (vgl. BVerfGK 2, 239, 247 m.w.N.).

3. Ein Verfassungsverstoß liegt nicht vor, wenn ein

Fachgericht welches nur noch eine Gesamtstrafe festzusetzen hatte, unter Würdigung der sonstigen zu Gunsten des Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte zunächst eine fiktive Strafe für den Fall nicht gegebener Verfahrensverzögerungen bildet, welche es sodann wegen der festgestellten Verstöße gegen das Beschleunigungsgebot beträchtlich herabsetzt.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

##### 673. BGH 1 StR 503/04 – Urteil vom 14. Juni 2005 (LG Regensburg)

BGHSt; Rücktritt des Anstifters bei objektiv fehlgeschlagenem aber vermeintlich gelungenem Bestimmungsvorhaben (ernsthaftes Bemühen: Gefahrbeseitigung aus subjektiver Sicht; Freiwilligkeit); versuchte Anstiftung zum Verbrechen.

§ 31 Abs. 2 Alt. 1 StGB; § 24 StGB

1. Glaubt der Anstifter, sein objektiv fehlgeschlagener Bestimmungsvorhaben sei gelungen, so richtet sich sein

Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 Abs. 2 Alt. 1 StGB. Ein ernsthaftes Bemühen, den Erfolg zu verhindern, liegt nur vor, wenn der Anstifter alle Kräfte anspannt, um den vermeintlichen Tatentschluss des präsumtiven Täters rückgängig zu machen, und er dadurch die aus seiner Sicht bestehende Gefahr beseitigt, dass der Angestiftete die Tat begeht. (BGHSt)

2. Wird ein nicht offen ermittelnder Polizeibeamter als präsumtiver Täter bestimmt, ist der Bestimmungsvorhaben objektiv fehlgeschlagen. (Bearbeiter)

#### 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

##### 689. BGH 4 StR 559/04 – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Frankenthal)

BGHSt; Betrug (tatbestandliche Vermögensverfügung bei einem durch Täuschung erreichten Abschluss eines „0190er-Nummernvertrages“; Dreiecksbetrug; Rechtsverhältnisse bei Mehrwertdiensten); mittelbare Falschbearbeitung; Computerbetrug (Erschleichen von EC-Karten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 271 StGB; § 263a StGB

1. Zur tatbestandlichen Vermögensverfügung bei einem durch Täuschung erreichten Abschluss eines „0190er-Nummernvertrages“. (BGHSt)

2. Eine tatbestandsmäßige Vermögensverfügung setzt voraus, dass sie unmittelbar in das Vermögen des Geschädigten mindernd eingreift (h.A.; BGHSt 14, 170). Wenn der Getäuschte nicht selbst der Geschädigte ist, so kann der für den Betrug erforderliche ursächliche Zusammenhang zwischen der Verfügung des Getäuschten und der Vermögensbeeinträchtigung des Geschädigten nur dann vorliegen, wenn schon im Augenblick der Verfügung des Getäuschten durch sie unmittelbar das Vermögen des Geschädigten eine Einbuße erleidet. An dem Unmittelbarkeitserfordernis der Vermögensverfügung

fehlt es, wenn der Getäuschte dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbständige deliktische Schritte herbeizuführen. (Bearbeiter)

3. Der Tatbestand des § 263 a StGB in der hier allein in Betracht zu ziehenden Tatvariante der unbefugten Verwendung von Daten erfasst die Verwendung gefälschter, manipulierter oder mittels verbotener Eigenmacht erlangter Karten aber nur durch einen Nichtberechtigten (BGHSt 47, 160, 162 m.w.N.). „Berechtigter“ Inhaber von EC-Karten ist auch derjenige, der die Überlassung der Karte unter Täuschung über seine Identität vom Kartenaussteller erlangt hat (BGHSt 47 aaO). Danach scheidet eine Strafbarkeit nach § 263 a StGB auch dann aus, wenn der solchermaßen „berechtigte“ Karteninhaber die Karte einem anderen überlässt und dieser die Karte abredewidrig nutzt (so für Mobiltelefonkarten BGH StV 2004, 488 = wistra 2004, 299). (Bearbeiter)

##### 688. BGH 4 StR 549/04 – Urteil vom 7. Juli 2005 (LG Halle)

BGHR; Vorteil im Sinne der Bestechungstatbestände (Vorteilsannahme; Vereinbarung der Begehung einer Ordnungswidrigkeit und einvernehmliche Verhängung

eines Bußgeldes); Tat im prozessualen Sinne (getrennt mögliche Würdigung von Unrechts- und Schuldgehalt zweier Tathandlungen).

§ 331 StGB; § 332 StGB; § 264 StPO

1. Die Vereinbarung der Begehung einer Ordnungswidrigkeit, die „einvernehmlich“ zur Verhängung eines Bußgeldes führt, ist grundsätzlich kein Vorteil im Sinne der Bestechungstatbestände. (BGHR)

2. Zur Begehung des § 331 StGB und auch des § 332 StGB ist erforderlich, dass der Vorteil dem Empfänger mit Blick auf seine dienstliche Tätigkeit zugute kommen soll, dass er nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der Beteiligten seinen Grund gerade in der Dienstausbübung hat (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 15, 239 ff.; 39, 45, 46). (Bearbeiter)

**637. BGH 2 StR 131/05 - Urteil vom 15. Juli 2005 (LG Darmstadt)**

Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (Ausschluss des Angeklagten wegen Gefahr für Leib und Leben eines Zeugen); Anordnung der Telefonüberwachung (Verdacht); auslandsspezifische Hilflosigkeit (Darlegung; Beweiswürdigung); milderes Recht; Tatzeitrecht; Tateinheit (Klammerwirkung der Zuhälterei; Zusammentreffen in einem Handlungsteil).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 172 Nr. 1 a VVG; § 100a StPO; § 180 b Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 2 Abs. 3 StGB; § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; 52 StGB

1. Auslandsspezifische Hilflosigkeit gem. § 180 b Abs. 2 Nr. 1 StGB aF setzt voraus, dass die betroffene Person aufgrund der spezifischen Schwierigkeiten des Auslandsaufenthalts nach ihren persönlichen Fähigkeiten nicht oder nur wesentlich eingeschränkt in der Lage ist, sich dem Verlangen nach sexueller Betätigung zu widersetzen. Maßgebliche Entscheidungskriterien sind u.a. die Deutschkenntnisse, die Verfügungsmöglichkeit über Barmittel, das Maß der Überwachung durch den und das Ausmaß der persönlichen Abhängigkeit von dem Täter sowie die Möglichkeit, die Bundesrepublik wieder zu verlassen.

2. Ausbeutung gem. § 181 a Abs. 1 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn dem Opfer ein erheblicher Teil der Einnahmen entzogen wird und dies zu einer gravierenden Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit führt, die geeignet ist, dem Opfer die Lösung aus der Prostitution zu erschweren.

3. Das Dauerdelikt der Zuhälterei kann mehrere Handlungen zum Nachteil verschiedener Frauen zur Tateinheit verklammern, wenn von demselben Täter zeitgleich auf mehrere Geschädigte in demselben Bordell eingewirkt wird oder wenn mehrere Frauen sukzessiv betroffen sind (BGHSt 48, 314, 322).

4. Eine tateinheitliche Bewertung mehrerer zum Nachteil verschiedener Frauen begangener Straftaten des Menschenhandels kommt auch in Betracht, wenn die Ausführungshandlungen des § 180 b StGB aF gegenüber mehre-

ren Geschädigten teilentzogen sind (BGH 3 StR 290/99 - Beschluss vom 25. August 1999; BGH 2 StR 473/03 - Urteil vom 17. März 2004). Denn bei § 180 b Abs. 2 Nr. 1 und 2, 1. Alt. StGB - Einwirken mit dem Ziel der Prostitutionsausübung - handelt es sich um ein Unternehmensdelikt, das mit dem Beginn des Einwirkens bereits vollendet und spätestens mit dem Beginn der Prostitutionsausübung beendet ist. Daher müssen sich die der Prostitutionsausübung vorgeschalteten Einwirkungshandlungen zeitlich überschneiden.

**665. BGH 1 StR 65/05 – Urteil vom 12. Juli 2005 (LG Ellwangen)**

Wissentliche schwere Körperverletzung (Anforderungen an den subjektiven Tatbestand: Irrelevanz einer reinen Hoffnung auf das Ausbleiben schwerwiegender Folgen; Unterernährung von Kindern; Garantenstellung der Eltern: rechtzeitige Einschaltung von Ärzten; Abgrenzung von Tun und Unterlassen; Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes bzw. der Wissentlichkeit insbesondere bei Wahrnehmung des Schweigerechts: Einbeziehung der belegten Interessenlage, keine Unterstellung gegenteiliger Hoffnungen).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 225 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 13 StGB; Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Zur Erfüllung des Tatbestandes der schweren Körperverletzung reicht es aus, dass der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht. Haben die Angeklagten schwerwiegende Folgen als sicher vorausgesehen, ist es ohne Bedeutung, dass sie auf deren Ausbleiben und darauf hofften, dass sich der Gesundheitszustand des Opfers wieder von selbst bessere. Derjenige, der die Handlung bzw. das Unterlassen will, will auch das, was er als sichere Folge ansieht.

2. Macht ein Angeklagter von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht haben, ist die Feststellung sogenannter innerer Tatsachen – auch hinsichtlich der Motive für sein Handeln – nur durch Rückschlüsse möglich (BGH NJW 1991, 2094 m.w.Nachw.). Neben objektiven Umständen können auch Erkenntnisse zur Interessenlage von Angeklagten ein wichtiger Anhaltspunkt für innere Tatsachen sein (BGH NSTz 2004, 35).

3. Es ist – auch bei schweigenden Angeklagten – aus keinem rechtlichen Gesichtspunkt geboten, zugunsten der Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (BGH NJW 2002, 2188, 2189 m.w.Nachw.).

4. Die Rechtsprechung stellt bei der Abgrenzung von aktivem Tun oder Unterlassen auf den Schwerpunkt des Vorwurfs ab (BGHSt 6, 46, 59; 40, 257).

**693. BGH 5 StR 156/05 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Zwickau)**

(Vorbereiten der) Verbreitung pornographischer Schriften; Überzeugungsbildung (tatrichterliche Vermutung; Feststellungen).

§ 184 Abs. 1 Nrn. 6 und 8 StGB; § 261 StPO

Nach § 184 Abs. 1 Nr. 8 StGB macht sich strafbar, wer pornographische Schriften unter anderem herstellt, um sie im Sinne der Nr. 6 zu verwenden. Objektive Voraussetzung der Strafbarkeit ist demnach, dass der Täter bei der Herstellung pornographischer Schriften in der Absicht handelt, die Schriften an einen anderen gelangen zu

lassen, ohne von diesem hierzu aufgefordert worden zu sein. Das Merkmal des Gelangenlassens bedeutet, dass die Schrift derart in den Verfügungsbereich eines anderen gelangt, dass dieser Kenntnis von dem Inhalt der Schrift nehmen kann. Danach ist der Tatbestand regelmäßig erst erfüllt, wenn jemand an dem Material Gewissam erlangt hat.

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### 636. BGH 2 StR 9/05 – Urteil vom 1. Juli 2005 (LG Wiesbaden)

Entscheidung über die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Zeitpunkt der Anordnung; Zeitpunkt der Mitteilung; Rechtsmittel; Erkennbarkeit von Tatsachen); Rückwirkungsverbot; Recht auf Freiheit und Sicherheit [redaktioneller Hinweis].

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

1. Die nachträgliche Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung scheidet nicht allein deswegen aus, weil der Verurteilte nach vollständiger Verbüßung der Freiheitsstrafe aus dem Ausgangsurteil wieder auf freien Fuß gelangt ist. Erforderlich ist in diesem Fall aber, dass dem Verurteilten zuvor mitgeteilt wurde, dass die Staatsanwaltschaft prüft, ob eine nachträgliche Anordnung der Maßregel in Betracht kommt und der entsprechende Maßregelantrag der Staatsanwaltschaft vor der Haftentlassung gestellt wurde. (BGHSt)

2. Die Revision ist auch dann das statthafte Rechtsmittel gegen eine Entscheidung über die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung, wenn das Landgericht unter Verstoß gegen § 275 a StPO nicht durch Urteil, sondern ohne Hauptverhandlung durch Beschluss entschieden hat. (BGHSt)

3. Tatsachen im Sinne von § 66b Abs. 1 StGB sind nur solche, die nach der letzten Verhandlung in der Tatsacheninstanz und vor Ende des Vollzugs der verhängten Freiheitsstrafe erkennbar geworden sind. Umstände, die für den ersten Tatrichter erkennbar waren, scheiden daher als neue Tatsachen aus (vgl. BGH 1 StR 37/05 - Urteil vom 11. Mai 2005). Die Tatsachen brauchen jedoch nicht zwingend erst in dieser Zeit entstanden zu sein. (Bearbeiter)

### 634. BGH 2 StR 120/05 – Urteil vom 8. Juli 2005 (LG Marburg)

BGHSt; Gesamtstrafenbildung; vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Verhältnis zur Sicherungsverwahrung; Hang; Gefährlichkeitsprognose); ne bis in idem (Strafklageverbrauch; Doppelbestrafungsverbot); Rückwirkungsverbot; Vertrauensschutz.

§ 55 Abs. 1 StGB; § 66 a Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB

1. Es ist nicht zulässig, Einzelstrafen, die schon zur Bildung einer Gesamtstrafe in einem noch nicht rechtskräftigen anderen Urteil gedient haben, in eine weitere Gesamtstrafe einzubeziehen, auch wenn sie für sich genommen rechtskräftig sind. (BGHSt)

2. Der Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung setzt die Feststellung eines Hangs i.S.v. § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB voraus. Lediglich die Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit muss nicht mit hinreichender Sicherheit feststellbar sein. (BGHSt)

3. § 66 a StGB und § 66 StGB stehen in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander. Erst wenn die für § 66 StGB erforderliche Gefährlichkeit des Täters für die Allgemeinheit nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, kommt eine Vorbehaltsanordnung nach § 66 a StGB in Betracht. (BGHSt)

4. Die Annahme eines Hangs zu erheblichen Straftaten im Sinne von § 66 StGB setzt die Feststellung eines eingeschliffenen inneren Zustands voraus, der den Täter immer wieder neue Straftaten begehen lässt (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 1). (Bearbeiter)

5. Hangtätoreigenschaft und Gefährlichkeit für die Allgemeinheit sind keine identischen Merkmale. Der Hang ist nur ein wesentliches Kriterium der Gefährlichkeitsprognose. Als „eingeschliffenes Verhaltensmuster“ bezeichnet er einen aufgrund umfassender Vergangenheitsbetrachtung festgestellten gegenwärtigen Zustand. Die Gefährlichkeitsprognose schätzt die Wahrscheinlichkeit dafür ein, ob sich der Täter in Zukunft trotz seines Hanges erheblicher Straftaten enthalten kann oder nicht. (Bearbeiter).

### 655. BGH 3 StR 216/05 - Beschluss vom 14. Juli 2005 (LG Wuppertal)

BGHSt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erneute Anordnung; Auswirkungen auf den Maßregelvollzug; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).

§ 63 StGB

1. Zur erneuten Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, wenn sich der Angeklagte oder Beschuldigte zum Zeitpunkt der Entscheidung bereits aufgrund eines früheren Urteils im Vollzug dieser Maßregel befindet. (BGHSt)

2. Die wiederholte Anordnung der Unterbringung eines Angeklagten bzw. Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus ist zulässig, wenn dass erneute Erkenntnis Auswirkungen auf Ausgestaltung oder Dauer des Maßregelvollzuges haben kann. Steht dagegen nicht zu erwarten, dass der Maßregelvollzug durch die erneute Anordnung der Unterbringung in maßgeblicher Weise beeinflusst würde, so ist diese zur Besserung und Sicherung des Beschuldigten nicht geeignet und erforderlich, so dass sie nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterbleiben muss. (Bearbeiter)

**681. BGH 4 StR 184/05 – Urteil vom 19. Juli 2005 (LG Saarbrücken)**

Erörterungsmängel bei der Ablehnung einer Sicherungsverwahrung (Zeitpunkt und Grundlagen der Gefährlichkeitsprognose); unwirksame Beschränkung des Rechtsmittels auf die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung (Zusammenhang von Haftdauer und Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

Grundlage der Gefährlichkeitsprognose sind ausschließlich die Verhältnisse zur Zeit der Hauptverhandlung, nicht der Entlassung aus der sich anschließenden Strafhafte. Denkbare, aber nur erhoffte positive Veränderungen und Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug bleiben der obligatorischen Prüfung vor dessen Ende, ob der Zweck der Maßregel die Unterbringung noch erfordert (§ 67 c Abs. 1 StGB), vorbehalten. Nur wenn in der Hauptverhandlung festgestellt wird, dass die unter den bisherigen Lebensverhältnissen an sich gegebene Gefährlichkeit nach dem Strafvollzug nicht mehr bestehen werde oder dass sie durch weniger einschneidende und sicher ausführbare Maßnahmen behoben werden kann, ist die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung ausgeschlossen.

**692. BGH 5 StR 140/05 – Urteil vom 16. Juni 2005 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (grundsätzlich keine analoge Anwendung auf die Spielsucht; verminderter Schuldfähigkeit); Mittäterschaft.

§ 64 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

1. Pathologisches Spielen oder Spielsucht stellt für sich genommen keine die Schuldfähigkeit erheblich einschränkende oder ausschließende krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Abartigkeit dar

(BGH NJW 2005, 230, 231 zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt). Nur wenn die Spielsucht zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen führt oder der Täter bei Beschaffungstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat, kann ausnahmsweise eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit anzunehmen sein (BGH aaO S. 231 f.; BGH NSTZ 2005, 281, 282).

2. Eine analoge Anwendung des § 64 StGB auf den Fall der Spielsucht kommt nicht in Betracht (vgl. BGH NJW 2005, 230, 231). Dies gilt nicht nur, wenn die Analogie zur Vermeidung schwerer wiegender Maßregeln im Ergebnis dem Angeklagten zugute kommen soll, sondern erst recht, wenn sie sich zu Lasten des Angeklagten auswirken würde.

**698. BGH 5 StR 227/05 – Beschluss vom 12. Juli 2005 (LG Berlin)**

Gesamtstrafenbildung (Entfallen der Zäsurwirkung bei der Geldstrafe).

§ 55 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

Die Zäsurwirkung einer auf Geldstrafe lautenden Verurteilung entfällt nicht allein deswegen, weil auf Geldstrafe nach § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB gesondert erkannt werden soll (vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 9). Nur dann, wenn eine Verurteilung durch Vollstreckung der erkannten Strafe erledigt ist, entfaltet sie keine Zäsurwirkung mehr (vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 3).

**661. BGH 1 StR 149/05 – Urteil vom 29. Juni 2005 (LG München)**

Strafzumessung (gerechter Schuldausgleich; Revisibilität; gesteigerte Darlegungspflichten bei Strafen an der unteren und oberen Grenze des Zulässigen; Untersuchungshaft).

§ 46 StGB; § 54 StGB

Ein Eingriff des Revisionsgerichts in die tatrichterliche Strafzumessung ist in der Regel nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen (BGHSt 34, 345, 349). Diese Grundsätze gelten auch für die Bildung der Gesamtstrafe (BGHR StGB § 54 Abs. 1 Bemessung 5). An die Begründung der Strafhöhe sind allerdings umso größere Anforderungen zu stellen, je mehr sich die Strafe der unteren oder oberen Grenze des Zulässigen nähert. So ist auch die Gesamtstrafenbildung dann eingehend zu begründen, wenn die Einsatzstrafe nur geringfügig überschritten wird (BGHSt 24, 268, 271).

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

#### 700. BGH 5 StR 180/05 – Beschluss vom 10. August 2005 (LG Hamburg)

BGHSt; gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Verbot, Richter in eigener Sache zu sein; mit Unrecht verworfenes Ablehnungsgesuch; Verwerfung als unzulässig; Vorbefassung; Willkür; Rechtsmissbrauch); rechtliches Gehör (Recht auf ein faires Verfahren); Divergenzvorlage (Überholung anderer Senatsentscheidungen durch eine Kammerentscheidung des BVerfG); redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 132 Abs. 2 GVG; § 31 Abs. 1 BVerfGG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 28 Abs. 2 StPO

1. Ein Ablehnungsgesuch ist auch dann im Sinne von § 338 Nr. 3 StPO „mit Unrecht verworfen“, wenn die unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beschlossene Verwerfung gemäß § 26a StPO als unzulässig auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht; auf die sachliche Berechtigung der Ablehnungsgründe kommt es in diesem Fall nicht an (Abkehr von BGHSt 23, 265; im Anschluss an BVerfG [Kammer], Beschluss vom 2. Juni 2005 – 2 BvR 625 und 638/01). (BGHSt)

2. Die Anwendung von § 26a StPO darf nicht dazu führen, dass der abgelehnte Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird. Werden die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO in sachlich nicht nachvollziehbarer Weise dahingehend ausgelegt, dass das Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters in der Sache auf seine Begründetheit überprüft wird, entzieht dies dem Beschuldigten im Ablehnungsverfahren seinen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG). Zugleich kann ein solches Vorgehen den Anspruch des Beschuldigten auf Wahrung rechtlichen Gehörs verletzen (vgl. jeweils BVerfG HRRS 2005 Nr. 710). (Bearbeiter)

3. Willkür im obigen Sinne liegt vor, wenn die Entscheidung des Gerichts auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht und daher in der Sache offensichtlich unhaltbar ist. Ob ein Fall der Willkür oder einer Rechtsanwendung vorliegt, bei der das Gericht Bedeutung und Tragweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) grundlegend verkennt, kann nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. (Bearbeiter)

4. Grundsätzlich ist die Gleichsetzung eines Ablehnungsgesuchs, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, mit einem Ablehnungsgesuch ohne Angabe eines Ablehnungsgrundes (§ 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StPO) unbedenklich (BVerfG

HRRS 2005 Nr. 710). Entscheidend für die Abgrenzung zu „offensichtlich unbegründeten“ Ablehnungsgesuchen, die nach § 27 StPO zu behandeln sind (BGH StraFo 2004, 238; BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 9), ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist. (Bearbeiter)

5. Nach diesen Kriterien unbedenklich ist die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs nach § 26a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO, das lediglich damit begründet wird, der Richter sei an einer Vorentscheidung zu Lasten des Angeklagten beteiligt gewesen. Anders verhält es sich allerdings beim Hinzutreten besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen sowie die übrigen genannten Aspekte hinausgehen. (Bearbeiter)

6. Unabhängig hiervon bleibt dem Richter in jedem Fall die Möglichkeit unbenommen, die Verwerfung des Befangenheitsgesuchs auf § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO zu stützen, wenn mit haltloser Begründung versucht wird, das Institut der Richterablehnung als Druckmittel zur Durchsetzung genehmer oder Verhinderung unangenehmer Entscheidungen zu missbrauchen; gerade die völlige Abwegigkeit der Ablehnungsgründe kann die Sachfremdheit des angebrachten Gesuchs im Sinne von § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO deutlich machen (vgl. BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 7). (Bearbeiter)

#### 711. BGH 3 StR 446/04 – Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Krefeld)

BGHR; Besorgnis der Befangenheit; gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Verbot des Richters in eigener Sache; mit Unrecht verworfenes Ablehnungsgesuch; verfahrensfremde Ablehnungsgesuche; Verwerfung als unzulässig; Willkür; Rechtsmissbrauch; absoluter Revisionsgrund); faires Verfahren (unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Hinzuziehung eines Dolmetschers); Protokollierung (Kompetenz des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten; Diktat von Wertungen); redaktioneller Hinweis. Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. e EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26 a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 1 und 2 StPO; § 187 GVG

1. Zur Anwendung von § 26 a StPO und ihrer revisionsgerichtlichen Kontrolle nach der Entscheidung des BVerfG vom 2. Juni 2005 (2 BvR 625/01 und 2 BvR 638/01). (BGHR)

2. Ein Ablehnungsgesuch ist weiterhin nicht allein schon dann „mit Unrecht verworfen“ im Sinne des § 338 Nr. 3 StPO, wenn es rechtsfehlerhaft als unzulässig behandelt worden ist, solange die Verwerfung nicht willkürlich oder in grundlegender Verkennung der Anforderungen

des Art. 101 I 2 GG getroffen worden ist. Maßgeblich ist vielmehr, ob es tatsächlich sachlich gerechtfertigt gewesen wäre und ihm hätte stattgegeben werden müssen. (Bearbeiter)

3. Grundsätzlich kann auch die Verhandlungsführung des Vorsitzenden Anlass zu Misstrauen in seine Unvoreingenommenheit geben. Zwar wird dazu im Allgemeinen ein schlichter Fehler oder ein bloßer Irrtum nicht ausreichen. Jedenfalls bei grob rechtsfehlerhafter oder unsachlicher Vorgehensweise kann ein Ablehnungsgesuch aber Erfolg haben. Dementsprechend wird in aller Regel ein Gesuch, das an eine objektiv rechtsfehlerhafte, insbesondere prozessordnungswidrige Zwischenentscheidung oder eine solche Maßnahme der Verhandlungsleitung anknüpft, nicht als völlig ungeeignet und deshalb unzulässig im Sinne von § 26 a Abs. 1 Nr. 2 StPO zurückgewiesen werden können. (Bearbeiter)

4. Maßnahmen der Verhandlungsleitung, die ohne nähere Prüfung und losgelöst von den Umständen des Einzelfalls als prozessordnungsgemäß anzusehen sind, können bei verständiger Würdigung von vornherein kein Grund sein, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Vorsitzenden zu hegen. Ein darauf gestütztes Ablehnungsgesuch ist deshalb wegen völliger Ungeeignetheit des vorgebrachten Grundes nach § 26 a Nr. 2 1. Alt. StPO zurückzuweisen. (Bearbeiter)

5. Unabhängig von der in den Einzelheiten umstrittenen Frage, ob und in welchem Umfang der Vorsitzende den Urkundsbeamten anweisen kann, eine aus seiner Sicht unnötige Protokollierung zu unterlassen, ist der Vorsitzende zweifelsfrei befugt einzuschreiten, wenn ein Dritter versucht, seine eigene (zudem tendenziöse) Bewertung von Verfahrensvorgängen ins Protokoll zu diktieren. (Bearbeiter)

6. Die Hinzuziehung eines Dolmetschers ist nach § 187 Abs. 1 GVG nur für den Beschuldigten vorgesehen, der der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtig ist. Die Gewährleistungen aus Art. 6 Abs. 3 Buchst. b MRK und Art. 14 Abs. 3 Buchst. f IPBPR gehen darüber nicht hinaus. Wer die Gerichtssprache ausreichend versteht, eine Verhandlung in ihr aber ablehnt, hat keinen Anspruch auf einen Dolmetscher. (Bearbeiter)

### 633. BGH 2 StR 118/05 – Beschluss vom 8. Juni 2005 (LG Bonn)

Befangenheitsantrag (Stellung in der Hauptverhandlung; unangemessene Reaktion eines Richters auf berechtigte Anliegen eines Verteidigers bzw. der Verteidigung; faires Verfahren; Spannungen zwischen Verteidiger und dem Gericht; Rechtsmissbrauch); Recht auf einen gesetzlichen Richter.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Es steht dem Angeklagten frei zu entscheiden, ob er ein Befangenheitsgesuch in der Hauptverhandlung vorbringen oder zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären will. Es gehört zu den grundlegenden Rechten eines

Angeklagten, in der Hauptverhandlung sachdienliche Anträge zu seiner Verteidigung zu stellen. Hierzu gehört auch das Recht, Befangenheitsgesuche zu stellen. Es ist zwar im Rahmen der Sachleitung des Vorsitzenden auszuüben, kann dem Angeklagten aber nicht durch Verweis auf die Möglichkeit, ein Befangenheitsgesuch zu Protokoll der Geschäftsstelle erklären zu können, gänzlich genommen werden.

2. Bloße Verfahrensverstöße oder unzutreffende Rechtsansichten begründen in der Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit. Anders ist es aber, wenn ein in Verteidigungsrechte des Angeklagten eingreifendes Verhalten des Richters einer gesetzlichen Grundlage entbehrt oder wenn ein Richter auf berechtigte Anliegen eines Verteidigers unangemessen reagiert. Auf die subjektive Überzeugung des Richters von seiner Unparteilichkeit kommt es nicht an.

### 660. BGH 3 StR 368/02 – Urteil vom 28. Juli 2005 (LG Lüneburg)

Angemessene Herabsetzung der Strafe (Entscheidung durch Urteil; Anwesenheit des Angeklagten in der Revisionshauptverhandlung); Strafzumessung durch das Revisionsgericht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO; § 349 Abs. 5 StPO

1. Im Verfahren über die angemessene Herabsetzung der Strafe gem. § 354 Abs. 1 a Satz 2 StPO entscheidet das Revisionsgericht aufgrund einer Hauptverhandlung durch Urteil, denn diese Verfahrensweise ist durch § 349 Abs. 5 StPO vorgeschrieben (insoweit Aufgabe der Senatsbeschlüsse vom 22. Dezember 2004 - 3 StR 403/04 - und vom 20. April 2005 - 3 StR 95/05).

2. Auch im Verfahren über die angemessene Herabsetzung der Strafe gem. § 354 Abs. 1 a Satz 2 StPO ist die Anwesenheit des Angeklagten in der Revisionshauptverhandlung nicht stets erforderlich. Denn es ist eine Frage des Einzelfalls, ob seine Anwesenheit für dieses Verfahren notwendig ist, etwa weil es in besonderem Maße auf den persönlichen Eindruck vom Beschwerdeführer ankommt, oder ob die Feststellungen des Urteils eine ausreichende Grundlage für die Herabsetzung der Strafe auf eine angemessene Höhe bieten.

### 670. BGH 1 StR 227/05 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Bayreuth)

Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorwurfs des Auftragsmordes (Glaubhaftigkeitsanalyse; allgemeine Glaubwürdigkeit); Straftat im Sinne des § 30 StGB; Wertungswidersprüche bei gekreuzten Mordmerkmalen (mögliche Sperrwirkung einer Mindeststrafe).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 30 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 261 StPO

1. Stehen mehrere Möglichkeiten im Raum, von denen keine zwingend ausgeschlossen ist, aber auch keine nahe liegt, ist der Tatrichter zwar nicht gehindert, die für den Angeklagten ungünstigere Möglichkeit zu bejahen (§ 261 StPO); er muss jedoch erkennbar erwägen, dass diese

Möglichkeit auch nicht wesentlich näherliegend erscheint als die als fernliegend verworfene Möglichkeit, die für den Angeklagten günstiger gewesen wäre (vgl. BGH StraFo 2005, 161).

2. Bei der Einschätzung der Glaubhaftigkeit einer Aussage auch auf Grund einer generellen Persönlichkeitsbeurteilung ist es erforderlich, möglicherweise gegenläufige Gesichtspunkte erkennbar zu erörtern.

3. Hinsichtlich der rechtlichen Einordnung einer geplanten Tat ist nicht auf den Anstifter abzustellen; es kommt vielmehr darauf an, ob die Tat des Täters Mord wäre und ob dem Anstifter die hierfür maßgeblichen Umstände bewusst sind (vgl. BGH NJW 2005, 996 f., BGHR StGB § 30 Abs. 1 Satz 2 Strafraumen 1 jew. m. w. N.).

**669. BGH 1 StR 222/05 – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Ravensburg)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist (mangelnde Aufklärung über die Notwendigkeit, die Revisionsbegründungsschrift in deutscher Sprache abzufassen; ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung).  
§ 35a StPO; § 44 Satz 2 StPO

Zu einer ordnungsgemäßen Rechtsmittelbelehrung i. S. von § 35a StPO gehört auch der Hinweis, dass die schriftliche Rechtsmitteleinlegung in deutscher Sprache erfolgen muss. Dies begründet für den Angeklagten den Anspruch auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 44 Satz 2 StPO; vgl. BGHSt 30, 182, 185).

**680. BGH 4 StR 164/05 – Beschluss vom 19. Juli 2005 (LG Siegen)**

Beweisantragsrecht (unzulässige Wahrunterstellung; Erwiesenheit; unzulässige Einschränkung oder Veränderung der Beweisbehauptung).  
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Eine Wahrunterstellung kommt nicht in Betracht kommt, wenn die Sachaufklärung vorrangig ist (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 32 m.N.). Dies ist der Fall, wenn die Beweisbehauptung wegen ungeklärter Umstände für eine Sachbehandlung durch Wahrunterstellung ungeeignet ist (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 10, 32). Können nicht feststehende Umstände, die von der Beweisbehauptung nicht umfasst werden, über die Tragweite einer als wahr unterstellten Tatsache entscheiden, darf eine dem Angeklagten günstige Schlussfolgerung nicht allein mit der Begründung abgelehnt werden, mit Rücksicht auf solche Umstände sei eine andere Schlussfolgerung möglich.

**668. BGH 1 StR 208/05 – Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Hechingen)**

Unterbliebene Dolmetschervereidigung (fehlende Bezugnahme auf einen allgemeinen Eid; Ausschluss des Beruhens).  
§ 189 Abs. 2 GVG; § 357 StPO

Es liegt fern, dass eine allgemein vereidigte Dolmetscherin, die jahrelang offensichtlich beanstandungsfrei bei Gericht übersetzt und sich immer wieder auf ihren allgemein geleisteten Eid berufen hat, sich ihrer Verpflichtung im vorliegenden Einzelfall, in dem ihre Berufung auf den allgemein geleisteten Eid offenbar versehentlich unterblieben ist, nicht bewusst war und deshalb unrichtig übersetzt hat (vgl. auch BGH NSTZ 1998, 204).

**645. BGH 2 StR 504/04 - Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Kassel)**

Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; Widerspruchsfreiheit der Feststellungen); Hehlerei (Untreue als Vortat); Revision der Staatsanwaltschaft (Verwerfung als offensichtlich unbegründet).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 259 StGB; § 266 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

1. Die Anwendung des Zweifelssatzes kann dazu führen, dass in ein und demselben Urteil von mehreren Fallgestaltungen auszugehen ist, die einander sogar ausschließen können, weil bei jedem Angeklagten jeweils von der ihm günstigsten Möglichkeit auszugehen ist.

2. Auch Untreue kann eine rechtswidrige Vortat der Hehlerei sein.

3. Auch die Revision der Staatsanwaltschaft kann im Beschlussweg gemäß § 349 Abs. 2 StPO verworfen werden, wenn die Staatsanwaltschaft bei dem Revisionsgericht und das Revisionsgericht unabhängig voneinander zu dem Ergebnis kommen, dass sie offensichtlich unbegründet ist.

**667. BGH 1 StR 184/05 – Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG München)**

Vorläufige Einstellung nach § 154 StPO (Verfahrenshindernis; ordentliche Wiederaufnahme auch nach Verweisung an ein anderes Gericht).  
§ 154 Abs. 2 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für den Wiederaufnahmebeschluss nach § 154 Abs. 5 StPO zwar allein das Gericht zuständig, das die vorläufige Einstellung ausgesprochen hat. Dieser Grundsatz greift aber nur dann ein, wenn zunächst das Amtsgericht eine vorläufige Einstellung vorgenommen, dann jedoch das Verfahren im übrigen an das Landgericht verwiesen und dieses die eingestellten Verfahrensteile wieder aufgenommen hat. Im Fall einer umfassenden Verweisung hat auch das aktuelle Tatgericht die Befugnis, nach § 154 Abs. 5 StPO zu entscheiden.

**650. BGH 3 StR 184/05 - Beschluss vom 5. Juli 2005 (LG Kiel)**

Urteilsgründe (persönlicher Werdegang des Angeklagten).  
§ 267 Abs. 3 StPO

Die Feststellungen zur Person des Angeklagten sind kein

Selbstzweck. Sie sind nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO in die Urteilsgründe nur in dem Umfang aufzunehmen, in dem sie von bestimmendem Einfluss auf die Straffrage und den übrigen Rechtsfolgenausspruch sind.

**654. BGH 3 StR 36/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Düsseldorf)**

Abfassung der Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (Verantwortung für die Schrift als Ganzes; Logorrhöe); Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Angabe der Verfahrenstatsachen); Untreue (Tateinheit; Tatmehrheit).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 345 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Gemäß § 345 Abs. 2 StPO muss die Revisionsbegründung, wenn sie nicht zu Protokoll der Geschäftsstelle

abgegeben wird, durch eine vom Verteidiger oder einem Rechtsanwalt unterzeichnete Schrift erfolgen. Diese Schrift hat er grundsätzlich selbst zu verfassen, zumindest an ihr gestaltend mitzuwirken. Dabei darf kein Zweifel daran bestehen, dass der Rechtsanwalt die volle Verantwortung für den Inhalt der gesamten Schrift übernommen hat (BGH NStZ 2000, 211; BVerfGE 64, 135, 152).

2. Auch wenn den Täter der Untreue eine Treupflicht gegenüber einer Mehrzahl von Treugebern trifft und er diese gegenüber allen verletzt, so hängt die Zahl der materiell-rechtlichen Handlungen und damit der Taten gem. §§ 52, 53 StGB nicht von der Anzahl der Verletzten, sondern von der Zahl der Verletzungshandlungen ab. Regelmäßig wird ein einheitlicher Teilakt – etwa eine allen gegenüber einheitliche, auf Verschleierung angelegte Buchführung – zur Annahme von Tateinheit führen.

## IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**703. BGH 5 StR 342/04 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Augsburg)**

Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung hinsichtlich des Strafklageverbrauchs nach Art. 54 SDÜ (Begriffe „bereits vollstreckt“, „gerade vollstreckt“ und dieselbe Tat; Steuerhhelei; Einfluss des Europäischen Haftbefehls; Urteil in Abwesenheit); Begriffe strafprozessualen Tat nach dem SDÜ.

Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 EU; § 1 Abs. 2 EuGH-G; Art. 54 SDÜ; § 374 AO

**678. BGH 4 StR 22/05 – Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Stralsund)**

Einheitsjugendstrafe (Anordnung der Nichtanrechnung der einstweiligen Unterbringung des Angeklagten in der Wohngruppe eines Kinderheims; andere Freiheitsentziehung aus erzieherischen Gründen).

§ 31 JGG; § 52a Satz 2 JGG

1. Die Nichtanrechnung der Untersuchungshaft oder einer anderen Freiheitsentziehung „aus erzieherischen Gründen“ kommt grundsätzlich nur in den Fällen in Betracht, in denen bei deren Anrechnung aus zeitlichen Gründen keine ausreichende erzieherische Wirkung durch die Vollstreckung der Jugendstrafe mehr gewährleistet ist (BGH NStZ 1996, 233).

2. Ebenso wie der Untersuchungshaft kommt auch der sonstigen freiheitsentziehenden Maßnahme auch im JGG vorrangig der Zweck der Sicherung der Durchführung des Verfahrens zu. Dies bedeutet, dass zwar eine bereits durch die Freiheitsentziehung beim Angeklagten eingetretene erzieherische Wirkung die Festsetzung einer niedrigeren Jugendstrafe rechtfertigen kann (vgl. § 18 Abs. 2 JGG), nicht jedoch, dass das Ausbleiben einer solchen Wirkung zur Nichtanrechnung der Freiheitsentziehung auf die verhängte Jugendstrafe führen darf. Vielmehr ist die Jugendstrafe so zu bemessen, dass sich

auch bei Anrechnung der erlittenen Freiheitsentziehung ihre erzieherische Wirkung noch entfalten kann (vgl. BGH NStZ 1996, 233; BGHSt 37, 75, 77).

**691. BGH 5 StR 192/05 – Beschluss vom 1. Juli 2005 (LG Zwickau)**

Strafschärfung aus generalpräventiven Gründen beim Handeltreiben in nicht geringer Menge (Wertungsfehler); ungewöhnlich hohe Divergenz zwischen Einsatzstrafe und Gesamtstrafe.

§ 46 StGB; § 29a BtMG; § 53 StGB

1. Eine Strafschärfung aus generalpräventiven Gründen kann nur im Rahmen der schuldangemessenen Strafe in Betracht kommen. Bereits in der erhöhten Strafdrohung des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG sind generalpräventive Erwägungen des Gesetzgebers zum Ausdruck gekommen sind, die nicht nochmals zur Strafschärfung herangezogen werden dürfen (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 Generalprävention 5).

2. Eine ungewöhnlich hohe Divergenz zwischen Einsatzstrafe und Gesamtstrafe bedarf einer eingehenden Begründung.

**644. BGH 2 StR 360/04 - Urteil vom 3. August 2005 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe: Interesse am Taterfolg, gleichberechtigter Partner, Tatherrschaft).

§ 30a BtMG; 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 29 GÜG

1. Die Belieferung mit Grundstoffen zur Herstellung von Betäubungsmitteln begründet grundsätzlich noch keinen Verstoß gegen das Betäubungsmittelgesetz (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 39; BGHSt 47, 134, 136).

2. Der Händler von Grundstoffen zur Herstellung von Betäubungsmitteln kann je nach Tatinteresse und Tatherrschaft Mittäter des Betäubungsmittelhändlers oder Teilnehmer an dessen Tat sein. Arbeitsteilige Mittäterschaft beim Handelreiben mit Betäubungsmitteln kommt aber nur dann in Betracht, wenn auch festgestellt werden kann, dass der Lieferant mit Täterwillen im Zusammenwirken mit den übrigen Beteiligten aufgrund eines gemeinsamen Tatplans seinen Tatbeitrag zum Handelreiben mit Betäubungsmitteln durch die Beschaffung des Grundstoffs erbrachte (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handelreiben 37). Dabei muss er zu dem eigentlichen Betäubungsmittel-Umsatzgeschäft ein hinreichend enges Verhältnis haben.

3. Für die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und Beihilfe ist maßgebend, welcher Art der Tatbeitrag ist und mit welcher Willensrichtung er geleistet wird. Eine ganz untergeordnete Tätigkeit deutet darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist. Für die Willensrichtung kommt es darauf an, ob der Tatbeitrag als bloße Förderung fremden Tuns oder als eigene von Täterwillen getragene Hand-

lung erscheint. Dabei sind alle Umstände zu berücksichtigen, die der Täter sich bei seiner zur Tatverwirklichung beitragen den Tätigkeit vorgestellt hat. Wesentliche Anhaltspunkte dafür sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und der Wille des Täters, Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich zu bestimmen. Mittäterschaft kommt vor allem in Betracht, wenn der Beteiligte in der Rolle eines gleichberechtigten Partners mitgewirkt hat (BGHR StGB § 27 Abs. 1 Handelreiben 1; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handelreiben 37, 39).

4. Zwar kann auch die eigennützige Förderung fremder Umsatzgeschäfte mit Betäubungsmitteln - also ohne mittäterschaftliche Beteiligung - den Tatbestand des Handelreibens mit Betäubungsmitteln erfüllen (vgl. BGHSt 34, 124, 125; 29, 239, 240; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handelreiben 37, 39). Doch ist dafür regelmäßige Voraussetzung, dass der Täter mit den Betäubungsmitteln selbst befasst ist, etwa als Kurier, oder unmittelbar in das Rauschgiftgeschäft eingebunden ist.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Absoluter Revisionsgrund und Besorgnis der Befangenheit bei Überdehnung des § 26a StPO durch den Richter in eigener Sache

HRRS-Praxishinweis und zugleich Besprechung der Entscheidungen BVerfG 2 BvR 625/01 (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. vom 2. Juni 2005 (= BVerfG HRRS 2005 Nr. 710); BGH 5 StR 180/05, Beschl. vom 10. August 2005 (= BGH HRRS 2005 Nr. 700) und BGH 3 StR 446/04, Beschl. vom 14. Juni 2005 (= BGH HRRS 2005 Nr. 711).

Von **Karsten Gaede**, Hamburg/Zürich.\*

Nicht nur *Immanuel Kant* war in besonderem Maße darauf bedacht, den Richter in eigener Sache mittels einer durchdachten Rechtsphilosophie aus der Rechtsordnung fern zu halten. Sein Ausschluss galt ihm als Strukturprinzip, dessen Beherzigung für vernünftig bestimmte und gerechte Rechtsmaßstäbe grundlegend ist.<sup>1</sup> Auch die

angloamerikanische Tradition formuliert traditionell den Grundsatz *nemo iudex in causa sua*,<sup>2</sup> den auch der EGMR bereits im letzten Jahr für Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hervorgehoben hat.<sup>3</sup> Nunmehr haben auch die dritte Kammer des Zweiten Senats des BVerfG und der 5. Strafsenat in eben diesem Sinne die deutsche Garantie des gesetzlichen Richters gestärkt, indem sie einer extensiven Gleichsetzung von vermeintlich zwingend unbegründeten Befangenheitsgesuchen mit unzulässigen Befangenheitsgesuchen gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO entgegen getreten sind, die Entscheidungen durch den Richter in eigener Sache herbeiführt.<sup>4</sup>

Der vorliegende Beitrag fasst die in gut zwei Monaten erfolgte Rechtsprechungsentwicklung mit den wesentlichen Aussagen und Begründungen der jüngeren Entscheidungen zusammen (I-III.). Die konkreten Folgen der vom BGH vollzogenen Rechtsprechungsänderung werden hervorgehoben, wobei auch auf kritische Folgefragen hinzuweisen ist, die insbesondere mit Blick auf eine jüngere einschlägige Entscheidung des 3. Strafsenats zu

des Rechts nehmen, beispielhaft Metaphysik der Sitten, Anm. A (am Ende) zum vermeintlichen Widerstandsrecht (Original 1797/1798, hier zitiert nach der Akademie-Textausgabe, Band VI, S. 201 ff.); vgl. auch im Kontext des Menschenrechtsschutzes *Dworkin*, *Rights taken seriously* (1977), S. 142 ff., 148.

<sup>2</sup> Vgl. etwa *Jackson*, *Natural Justice*, 2. Aufl. (1979), S. 26 ff.; *Sprack*, *Emmins on Criminal Procedure*, 9. Aufl. (2002), S. 468; *Dörr*, *Faires Verfahren* (1984), S. 51 f.

<sup>3</sup> Vgl. m.w.N. *Kyprianou v. ZYP*, 27.1.2004, §§ 34 ff., HRRS 2004 Nr. 237.

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2005 Nr. 710, 704; BGH HRRS 2005 Nr. 700.

\* Herrn RA *Arne Timmermann*, Hamburg, danke ich herzlich für die zügige Einsendung der hier besprochenen Entscheidung BGH HRRS 2005 Nr. 700. Für eine Durchsicht des Beitrages gilt mein herzlicher Dank jeweils Herrn RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg und Herrn *Ulf Buermeyer*, Berlin.

<sup>1</sup> Vgl. aus den Schriften *Kants*, welche die Unparteilichkeit der Vernunft zum Ausgangspunkt tragfähiger Bestimmungen auch

stellen sind (IV). Abschließend wird die Entwicklung prinzipiell zustimmend gewürdigt, obgleich jene Rechtsprechung in dieser ersten Stellungnahme auch dazu kritisch zu hinterfragen ist, ob sie Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK bereits gerecht wird. Ob die Reaktion des BGH tatsächlich in größerem Umfang dazu führen wird, dass der Richter in eigener Sache der Rechtsordnung fremd bleibt, wird erst der weitere Umgang mit dem Ablehnungsrecht zeigen.

## I. Einführung: Die frühere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Hintergrund der zu besprechenden Entscheidungen ist die Regelung der Ablehnung von Gerichtspersonen nach den §§ 22 ff. StPO. Das hiernach vorgesehene Ablehnungsverfahren ermöglicht es dem Gericht ausnahmsweise, ein Ablehnungsgesuch umgehend selbst unter Mitwirkung des betroffenen Richters gemäß §§ 26a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO zu verwerfen, wenn ein Grund für die Ablehnung nicht angegeben wird. Dies stellt eine Abweichung insbesondere von § 27 StPO dar, nach dem über Ablehnungsgesuche grundsätzlich ohne Beteiligung des von ihnen betroffenen Richters zu entscheiden ist und der gegebenenfalls auch eine Verlagerung der Entscheidungskompetenz über das ursprüngliche Tatgericht hinaus erforderlich macht.<sup>5</sup>

Nach der bislang vom BGH sanktionierten Praxis wurde § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO weit ausgelegt: Ist eine angegebene Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet, steht dies dem Fehlen einer Begründung im Sinne von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO gleich, so dass das Verfahren nach § 27 StPO entbehrlich wird.<sup>6</sup> Revisionsrechtlich vertrat der BGH darüber hinaus, dass die fehlerhafte Ablehnung eines Ablehnungsgesuchs als unzulässig gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO für sich genommen keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO eröffnet: Das Revisionsgericht muss auch in diesen Fällen nach Beschwerdegrundsätzen prüfen, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache begründet war oder nicht.<sup>7</sup>

Jene Praxis war bereits durch eine Kammerentscheidung des BVerfG vom 9. Juli 2004 in Frage gestellt worden, welche der BGH-Judikatur eine mögliche Überschreitung verfassungsrechtlicher Vorgaben attestierte.<sup>8</sup> Der 5. Strafsenat sah noch am 9. November keinen Grund, seine Rechtsprechung zu ändern; er wies allerdings bereits in

<sup>5</sup> Vgl. zur Auslegung des § 27 StPO statt vieler *Meyer-Gofner*, StPO, 48. Aufl. (2005), § 27 Rn. 2 ff.

<sup>6</sup> Vgl. etwa BGH HRRS 2005 Nr. 700 und BGH 1 StR 410/00, Beschl. v. 10.5.2001 = NStZ-RR 2002, 66.

<sup>7</sup> Vgl. zusf. BGH HRRS 2005 Nr. 700; BGHSt 18, 200 ff. m.w.N.; 23, 265, 266 f.; BGHR StPO § 26a, Unzulässigkeit 10 = BGH HRRS 2004 Nr. 359; bestätigend nun BGH HRRS 2005 Nr. 711; zweifelnd aber bereits der 1. Strafsenat in BGHSt 44, 26, 29.

<sup>8</sup> Vgl. BVerfG [Kammer] StraFo 2005, 109 f. Es handelte sich um ein Verfassungsbeschwerdeverfahren, das auch gegen diese Rechtsprechung gerichtet war und in dem die Kammer eine einstweilige Anordnung erließ.

Kenntnis der Kammerentscheidung darauf hin, dass eine Revision, welche die Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO auf Befangenheitsanträge mit sachlichem Gehalt rügt, auch infolge fehlender dienstlicher Erklärungen wegen der eingeschränkten Tatsachengrundlage „dazu nötigen“ könne, den im Befangenheitsgesuch anwaltlich als richtig versicherten Vortrag der Revisionsentscheidung zugrunde zulegen.<sup>9</sup>

## II. Partielle Verwerfung durch die Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts

Nun hat die dritte Kammer des Zweiten Senats des BVerfG in ihrer Entscheidung vom 2. Juni 2005 festgestellt, dass die bisherige Rechtsprechung des BGH zu den §§ 26a, 338 Nr. 3 StPO unzureichend ist, da sie unter Umständen sowohl mit dem gesetzlichen Richter als auch mit dem rechtlichen Gehör unvereinbar ist und damit Verfassungsrecht verletzt.<sup>10</sup>

Die Kammer wiederholt eingangs, dass Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG der Gefahr einer möglichen Einflussnahme auf den Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung vorbeugen will, die durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter eröffnet sein könnte. Überdies gewährleistet Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, dass der Rechtssuchende auch im Einzelfall vor einem Richter steht, der unabhängig und unparteilich ist und der die Gewähr für Neutralität und Distanz gegenüber den Verfahrensbeteiligten bietet. Die materiellen Anforderungen der Verfassungsgarantie verpflichten den Gesetzgeber dazu, Regelungen vorzusehen, die es ermöglichen, einen Richter von der Ausübung seines Amtes auszuschließen, der im Einzelfall nicht die Gewähr der Unparteilichkeit bietet.

Derartige Regelungen enthält die StPO in den §§ 22 ff. StPO. Die Verfassungsrichter sehen nun in der differenzierten Zuständigkeitsregelung der §§ 26a, 27 StPO einen prinzipiell verfassungskonform gelungenen Ausgleich zwischen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und einem zügigen und effizienten Verfahren. Die Mitwirkung des abgelehnten Richters bei der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs oder über die Frage seiner missbräuchlichen Anbringung gemäß § 26 a StPO verhindert ein aufwändiges und zeitraubendes Ablehnungsverfahren unter Hinzuziehung von Vertretern in Fällen gänzlich untauglicher oder rechtsmissbräuchlicher Ablehnungsgesuche. Die Kammer setzt dabei aber voraus, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 26a StPO so streng gewahrt werden, dass die Prüfung nach § 26a StPO keine Beurteilung des eigenen Verhaltens des abgelehnten Richters voraussetzt und deshalb keine echte Entscheidung in eigener Sache ist. Folglich ermöglicht §

<sup>9</sup> Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 67 und 628, wobei die Auffassung nur in der letzteren Entscheidung offenbar entscheidungserheblich war; vgl. nun auch den entsprechenden Hinweis in BGH HRRS 2005 Nr. 700.

<sup>10</sup> Vgl. zum Folgenden jeweils BVerfG HRRS 2005 Nr. 710; im Anschluss auch BVerfG HRRS 2005 Nr. 704.

26a StPO *nur dann* verfassungsrechtlich unbedenkliche Verwerfungen von Ablehnungsgesuchen, wenn er eng auf „echte Formalentscheidungen“ beschränkt bleibt. Die Zuständigkeitsregelung des § 27 Abs. 1 StPO trage dem Umstand Rechnung, so die Kammer weiter, dass es „nach der Natur der Sache an der völligen inneren Unbefangenheit und Unparteilichkeit eines Richters fehlen wird, wenn er über die vorgetragene Gründe für seine angebliche Befangenheit selbst entscheiden müsste“. <sup>11</sup> In Fällen, in denen die Frage der Unzulässigkeit nicht klar und eindeutig zu beantworten ist, liegt es für die Kammer daher nahe, das Regelverfahren nach § 27 StPO zu wählen, um jeden Anschein einer Entscheidung in eigener Sache zu vermeiden. <sup>12</sup> Ausgeschlossen ist es, das vereinfachte Verfahren des § 26a StPO auf Fälle „offensichtlicher Unbegründetheit“ auszudehnen.

Jene Maßstäbe führen die Kammer nun dazu, die bisherige Rechtsprechung auch des BGH partiell zu verwerfen: Zwar sei der rechtliche Ausgangspunkt, dass ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet sei, einem begründungslosen Ablehnungsgesuch gleich stehe, als solcher verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, *wenn* die Unbegründetheit ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls beurteilt werden könne. Die Kammer verpflichtet die Tatgerichte aber in besonderem Maße darauf, bei der Anwendung dieses Prüfungsmaßstabs das Ablehnungsgesuch seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen und gegebenenfalls wohlwollend auszulegen. Andernfalls könne es leicht dem Vorwurf ausgesetzt sein, tatsächlich im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten. Überschreitet das Gericht die ihm gezogenen Grenzen, so kann dies die Besorgnis der Befangenheit begründen. <sup>13</sup> Die Kammer bejaht letzteres für die ihm unterbreiteten Verwerfungen nach § 26a StPO. Sie betont insbesondere, dass die Gerichte insoweit auch den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verkürzen dürfen, indem sie von der konkret erhobenen Rüge abweichen, namentlich eine eigene abweichende Erinnerung über das Verfahrensgeschehen zugrunde legen und sodann eine inhaltliche Beurteilung anstellen. <sup>14</sup> Gerade jene Praxis selbst stelle einen Grund zur Besorgnis der Befangenheit dar. In solchen Fällen sei von Willkür auszugehen und der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

Da der BGH in dem von der Kammer zu prüfenden Verfahren die willkürliche, das rechtliche Gehör missachtende Behandlung der Ablehnungsgesuche nicht zum Anlass genommen hat, die dagegen zulässig erhobenen Verfah-

rensügen nach § 338 Nr. 3 StPO durchgreifen zu lassen, wird auch die Rechtsprechung des BGH partiell als verfassungswidrig verworfen: Der BGH habe der Ausstrahlungswirkung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht hinreichend Rechnung getragen, indem er nicht erkennbar <sup>15</sup> geprüft hat, ob die hier unter Verletzung verfassungsrechtlicher Mindestgarantien behandelten Befangenheitsgesuche der Sache nach das vom Beschwerdeführer gehegte Misstrauen in die Unparteilichkeit der Mitglieder der Strafkammer rechtfertigen. Als Basis dieser Grundrechtsverletzung durch den BGH macht die Kammer dessen Rechtsprechung zur Auslegung des absoluten Revisionsgrundes des § 338 Nr. 3 StPO aus, nach der ein verfehlt als unzulässig verworfenes Ablehnungsgesuch nur „mit Unrecht verworfen“ sei, wenn es auch tatsächlich begründet gewesen ist. <sup>16</sup>

Die Kammer des BVerfG verwirft diese Rechtsprechung nicht umfassend, weist aber auf eine früher auch vom Reichsgericht vertretene Gegenauffassung <sup>17</sup> sowie auf die Gefahren einer regelmäßigen Umgehung des prinzipiell vorgesehenen Ablehnungsverfahrens hin. Jedenfalls im vorliegenden Fall hätte es dem BGH als dem zuständigen Fachgericht nach Auffassung der Kammer obliegen, die im Ablehnungsverfahren erfolgten Verfassungsverstöße durch die Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen zu beheben. Mit Blick auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sei es verfassungsrechtlich jedenfalls nicht hinzunehmen, wenn das Revisionsgericht auch in den Fällen, in denen ein Ablehnungsgesuch willkürlich und unter Verletzung des grundrechtsgleichen Anspruchs des Angeklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs im Ablehnungsverfahren als unzulässig verworfen worden ist, lediglich prüft, ob das Ablehnungsgesuch in der Sache erfolgreich gewesen wäre. Das Revisionsgericht habe vielmehr darüber zu entscheiden, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Jedenfalls bei einer willkürlichen Überschreitung des von § 26a StPO gesteckten Rahmens hat das Revisionsgericht damit, so die Kammer des BVerfG wörtlich, „die angegriffenen Entscheidungen aufzuheben und an das Tatgericht zurückzuverweisen, damit dieses in der Zusammensetzung des § 27 StPO über das Ablehnungsgesuch entscheidet.“

### III. Die Umsetzung durch den 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs

Zwei Monate nach der Kammerentscheidung hat der 5. Strafsenat nun entschieden, dass die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung Anlass gibt, die Rechtsprechung zu § 338 Nr. 3 StPO zu revidieren. Der 5. Strafsenat stellt

<sup>11</sup> Mit Verweis auf BGH, Urteil vom 30. Juni 1955 – 4 StR 178/55 -, zitiert nach BGH, NJW 1984, 1907, 1909.

<sup>12</sup> Vgl. auch HK-Lemke, 3. Aufl. (2001), § 26 a Rn. 4; LR-Wendisch, 25. Aufl. (1996), § 26 a Rn. 5 ff.

<sup>13</sup> Entsprechendes hatte auch der 2. Strafsenat des BGH in seiner Stellungnahme ausgeführt. Vgl. auch BGHSt 37, 99, 106.

<sup>14</sup> Vgl. dazu näher die durchaus für die Praxis beispielgebenden Erörterungen in der Kammerentscheidung. Siehe auch weiter exemplifizierend BVerfG HRRS 2005 Nr. 704.

<sup>15</sup> Es handelte sich um einen Beschluss nach § 349 II StPO.

<sup>16</sup> Das Gericht versäumt es nicht, auch das Herrschen jener Auffassung im Schrifttum zu vermerken und verweist z.B. auf Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 6. Aufl. (2001), Rn. 161; KK-Kuckein, 5. Aufl. (2003), § 338 Rn. 59; Meyer-Göfner (Fn. 5), § 338 Rn. 28.

<sup>17</sup> Vgl. RGSt 49, 9, 12 m.w.N.; so auch noch BGH bei Dallinger MDR 1955, 271.

seiner für BGHSt vorgesehenen Entscheidung folgenden Leitsatz als Ergebnis dieser Überprüfung voran:<sup>18</sup>

Ein Ablehnungsgesuch ist auch dann im Sinne von § 338 Nr. 3 StPO „mit Unrecht verworfen“, wenn die unter Mitwirkung des abgelehnten Richters beschlossene Verwerfung gemäß § 26a StPO als unzulässig auf einer willkürlichen oder die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennenden Rechtsanwendung beruht; auf die sachliche Berechtigung der Ablehnungsgründe kommt es in diesem Fall nicht an (Abkehr von BGHSt 23, 265; im Anschluss an BVerfG [Kammer], Beschluss vom 2. Juni 2005 – 2 BvR 625 und 638/01). (BGHSt)

Der 5. Strafsenat hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine besonders ausgeprägte Form richterlicher Vorbefassung Anlass zur Besorgnis der Befangenheit geben sollte. Ein Richter wurde abgelehnt, weil er in einem vorangegangenen Verfahren gegen einen anderen Angeklagten unter anderem wegen weiterer Vergewaltigungen desselben Opfers mitgewirkt hatte: Der Richter habe aufgrund der Angaben der in beiden Verfahren als Hauptbelastungszeugin auftretenden Geschädigten Feststellungen zu dem Vorwurf des hiesigen Verfahrens – einer zuvor verübten Vergewaltigung – getroffen, die nach Auffassung der Verteidigung in jenem Verfahren nicht zwingend erforderlich gewesen wären. Aufgrund des Ausmaßes der vorangegangenen Festlegung zum Tatgeschehen sowie zur Glaubwürdigkeit der Zeugin gebe es für den Angeklagten begründeten Anlass, an der Unparteilichkeit des Richters zu zweifeln. Die Feststellungen im vorangegangenen Verfahren zum Tatvorwurf im hiesigen Verfahren stünden weder notwendig noch untrennbar mit den zuvor verhandelten Vorwürfen gegen den damaligen Angeklagten in Zusammenhang, so dass ein Sonderfall vorliege, der ausnahmsweise die Ablehnung wegen Vorbefassung rechtfertige.

Der 5. Strafsenat vermochte sich dieser Argumentation zur Begründung des Ablehnungsgrundes nicht anzuschließen, sieht sie jedenfalls nicht als nahe liegend an. Der Senat stützt die Aufhebung jedoch auf den Umstand, dass die Verwerfung des entsprechenden Ablehnungsgesuchs im Verfahren nach § 26a StPO erfolgt ist. Die bislang anders lautende Rechtsprechung des BGH sieht er – ohne dass eine Divergenzvorlage geboten sei<sup>19</sup> – in ihrem vollen Umfang als durch die Kammerentscheidung des Zweiten Senats des BVerfG überholt an, die er entsprechend ausführt.<sup>20</sup> Der 5. Strafsenat folgert aus ihr, dass sich das Revisionsgericht dann, wenn ein Ablehnungsgesuch unter Mitwirkung des abgelehnten Richters als unzulässig verworfen worden ist, nicht darauf be-

schränken darf, die hypothetische Begründetheit des Ablehnungsgesuchs nach Beschwerdegrundsätzen zu prüfen; vielmehr müsse das Revisionsgericht zunächst darüber entscheiden, ob die Grenzen der Vorschrift des § 26a StPO, die den gesetzlichen Richter gewährleistet, eingehalten wurden. Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des § 26a StPO hat das Revisionsgericht das angefochtene Urteil auf eine zulässige Rüge hin aufzuheben und die Sache an das Tatgericht zurückzuverweisen. Die hierfür erforderliche Willkür liegt – im Anschluss an Ausführungen der Kammer – vor, wenn die Entscheidung des Gerichts auf einem Fall grober Missachtung oder grober Fehlanwendung des Gesetzesrechts beruht und daher in der Sache offensichtlich unhaltbar ist. Ebenso zu behandeln ist der Fall, dass das Gericht bei der Rechtsanwendung Bedeutung und Tragweite des von der Verfassung garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) grundlegend verkennt. Ob ein solcher Fall vorliegt, kann nur anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Konkret bleibt danach die *Gleichsetzung* eines Ablehnungsgesuchs, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung eines Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet ist, mit einem begründungslosen Ablehnungsgesuch *erhalten*. Entscheidend für die Abgrenzung zu „offensichtlich unbegründeten“ Ablehnungsgesuchen, die von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht erfasst und damit nach § 27 StPO zu behandeln sind, ist die Frage, ob das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist. Dabei ist die Auslegung des Ablehnungsgesuchs darauf auszurichten, es in seinem Inhalt vollständig zu erfassen, um nicht im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten. Bleiben bei der Abgrenzung Zweifel, ist einem Vorgehen nach § 27 StPO der Vorzug zu geben.

Für die im Fall einschlägige Frage der Vorbefassung gilt damit folgendes: *Grundsätzlich* ist die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs nach § 26a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO weiterhin unbedenklich, das lediglich damit begründet wird, der Richter sei an einer Vorentscheidung zu Lasten des Angeklagten beteiligt gewesen. Da eine solche Beteiligung an Vorentscheidungen im nämlichen und in anderen damit zusammenhängenden Verfahren von Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsrecht ausdrücklich vorgesehen und vorausgesetzt wird, kann die Vorbefassung als solche die Besorgnis der Befangenheit nicht begründen, soweit keine gesetzlichen Ausschließungstatbestände vorliegen.<sup>21</sup> Wird das Ablehnungsgesuch allein auf die Vorbefassung als solche gestützt, kann dieses ohne inhaltliche Prüfung als unzulässig nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO verworfen werden. *Ausnahmsweise anders* verhält es sich beim Vortrag besonderer Umstände, die über die Tatsache bloßer Vor-

<sup>18</sup> Vgl. zum Folgenden BGH HRRS 2005 Nr. 700; siehe auch bereits Pfeiffer, 5. Aufl. (2005), § 338 Nr. 13.

<sup>19</sup> Der Senat vertritt den Standpunkt, dass auch eine Kammerentscheidung des BVerfG die Divergenzvorlage infolge entgegenstehender Entscheidungen des BGH entbehrlich werden lasse und verweist hierzu insbesondere auf §§ 93c Abs. 1 Satz 2, 31 Abs. 1 BVerfGG und BVerfG NJW 1991, 2821.

<sup>20</sup> Vgl. hier schon den Abschnitt II.

<sup>21</sup> Siehe dazu BGHR StPO § 338 Nr. 3 Strafkammer 1: vgl. noch weitergehender Rabe NSTZ 1996, 369.

befassung hinausgehen. Dies kann etwa der Fall sein, wenn Äußerungen in früheren Urteilen nach der Sachlage unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über einen der jetzigen Angeklagten enthalten oder wenn ein Richter sich bei einer Vorentscheidung in sonst unsachlicher Weise zum Nachteil des Angeklagten geäußert hat.<sup>22</sup>

Der Senat versäumt es allerdings nicht, eingrenzend auf Folgendes hinzuweisen: Erstens darf auch hinsichtlich der hinzutretenden besonderen Umstände die Besorgnis der Befangenheit nur aus vorgetragene(n) Tatsachen abgeleitet werden.<sup>23</sup> Zweitens bleibt es dem Tatrichter in jedem Fall unbenommen, ein Befangenheitsgesuch nach § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO zu verwerfen, wenn mit haltloser Begründung versucht wird, das Institut der Richterablehnung als Druckmittel zur Durchsetzung genehmer oder Verhinderung unangenehmer Entscheidungen zu missbrauchen.

In dem ihm zur Entscheidung unterbreiteten Fall selbst anerkennt der 5. Strafsenat, dass die Verteidigung ein substantiiertes Ablehnungsgesuch vorgetragen hatte, mit dem sie zur Vorbefassung hinzutretende besondere Umstände aufgeworfen hat. Der Senat sah diese besonderen Umstände in nicht zweifelsfrei erforderlichen Festlegungen zum Tatbeitrag des Revisionsführers im vorangegangenen Verfahren und darin, dass es in beiden Verfahren entscheidend um die Frage der Glaubwürdigkeit der Hauptbelastungszeugin ging. Beide Aspekte zusammen hätten eine inhaltliche Prüfung erfordert, ob diese Umstände ausnahmsweise geeignet sind, eine Besorgnis der Befangenheit wegen Vorbefassung zu begründen. Die dennoch erfolgte Verwerfung als unzulässig verkennt nach Auffassung des Senats die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend. Bei einem solchen Verfassungsverstoß obliegt es dem Revisionsgericht, den Verstoß durch Aufhebung der angegriffenen Entscheidungen zu beheben. Dabei meint der Senat, die Kammer des Zweiten Senats angesichts ihrer missverständlichen Formulierung darüber belehren zu müssen, dass nach der Systematik des Revisionsrechts eine Aufhebung und Zurückverweisung nicht isoliert in der Weise möglich sei, dass lediglich erneut über das Ablehnungsgesuch in der Besetzung des § 27 StPO entschieden werde; vielmehr sei § 338 Nr. 3 StPO mit der Folge der Urteilsaufhebung anzuwenden.<sup>24</sup>

#### IV. Praktische Konsequenzen der Rechtsprechungsänderung im Licht einer weiteren Entscheidung des 3. Strafsenats

##### 1. Der konkrete Umfang der Rechtsprechungsänderung

Bemüht man sich, nüchtern das tatsächliche Ausmaß der hiermit erfolgten Rechtsprechungsänderung im Vergleich

<sup>22</sup> Vgl. BGH HRRS 2005 Nr. 700 m.w.N.

<sup>23</sup> Der Senat verweist etwa auf BGH StV 1996, 355 und BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 2.

<sup>24</sup> Mit Verweis auf *Meyer-Gößner* (Fn. 5), § 338 Rn. 28.

zum vormals vorherrschenden Auslegungsstand zu erfassen, erscheint folgendes besonders bedeutsam:

a) Die Tatgerichte sind nunmehr mit verfassungsrechtlichem Hintergrund verpflichtet, bei der Gleichsetzung rechtlich zwingend ungeeigneter Begründungen mit fehlenden Begründungen im Zweifel davon auszugehen, dass ein sachlich für den Einzelfall zu erörterndes und damit nach § 27 StPO zu behandelndes Ablehnungsgesuch vorliegt: § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO ist eng zu interpretieren, damit er keine Entscheidung durch den Richter in eigener Sache ermöglicht. Hierbei darf ein Ablehnungsgesuch nicht in Verkennung des rechtlichen Gehörs „verkrümmt werden“, indem das Tatgericht den Vortrag der Verteidigung nur zum Teil zur Kenntnis nimmt oder nach seiner anderen Erinnerung in Abrede stellt.

b) Für die konkrete Frage, ob auf Vorbefassung gestützte Ablehnungsanträge nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig verworfen werden können oder nach § 27 StPO zu behandeln sind, kommt es entscheidend darauf an, ob der Antragsteller über die Vorbefassung hinaus besondere Umstände glaubhaft macht, die eine inhaltliche Prüfung erfordern.

c) Wird § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO entgegen dieser Vorgaben angewendet, ist nunmehr *dann und nur dann* eine Anwendung des absoluten Revisionsgrundes § 338 Nr. 3 StPO durch ein Revisionsgericht zu erwarten, wenn die rechtsfehlerhafte Anwendung des § 26a StPO willkürlich ist oder sonst die Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG *grundlegend* verkennt. Soll der absolute Revisionsgrund tatsächlich greifen, um den Richter in eigener Sache auszuschließen, muss folglich *neben* der belegten rechtsfehlerhaften Überdehnung des § 26a StPO als solcher

- Willkür oder eine grundlegende Verkennung des gesetzlichen Richters belegt werden, was wiederum
- allein nach Maßgabe des Einzelfalles möglich bzw. zu beurteilen sein soll.

Überdies bleibt zu bedenken, dass der BGH die Anwendung des § 26a I Nr. 3 StPO den Tatgerichten wenn nicht anempfohlen so aber doch kaum unbedacht und zufällig zur Prüfung auch in den hier berührten Problemkonstellationen in Erinnerung gerufen hat.

Wenn der 5. Strafsenat damit auch eine Abkehr von BGHSt 23, 265 durchaus vollzogen hat, muss man so doch festhalten, dass der konkrete Umfang der mithin erweiterten Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO als Gegenmittel gegen das von der Kammer des BVerfG wahrgenommene Übel des Richters in eigener Sache von Fragen abhängig ist, die insbesondere dem Revisionsgericht auch weiterhin einen erheblichen Spielraum zur praktischen Aufrechterhaltung der Konsequenzen von BGHSt 23, 265 lassen: Nicht jede Überdehnung des § 26a StPO führt zur Aufhebung des Urteils, sondern lediglich eine solche, die keine Anknüpfung an § 26a I Nr. 3 StPO findet *und* vom Revisionsgericht im Einzelfall für willkürlich oder verfassungsrechtlich grundlegend ver-

fehlt erklärt wird, soll im Anschluss an die Kammerentscheidung zur Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO führen.

## 2. Betrachtung im Lichte der jüngsten Entscheidung des 3. Strafsenats

Dieser Hinweis auf die Hintertüren, aus denen der Richter in eigener Sache nach der Rechtsprechung des 5. Strafsenats entweichen können soll, ohne mit einer Urteilsaufhebung konfrontiert zu werden, ist um so mehr geboten, wenn man auch den jüngsten, thematisch einschlägigen Beschluss des 3. Strafsenats einbezieht, der am 14. Juni 2005 ergangen und zur Aufnahme in BGHR vorsehen ist:<sup>25</sup>

Der 3. Strafsenat wurde hier mit der Fallgruppe möglicherweise rechtsfehlerhafter Vorgehensweisen des Vorsitzenden konfrontiert, die dem Angeklagten Grund geben, sich um dessen Befangenheit zu besorgen. Auch der 3. Strafsenat pflichtet der Kammer darin bei, dass § 26a StPO eng auszulegen und dass insbesondere bei Willkür nunmehr auch eine Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO geboten sei. Der 3. Strafsenat vertritt hingegen, dass es eine enge Auslegung des § 26a StPO nicht ausschließe, ein Ablehnungsgesuch nach § 26 a Nr. 2 StPO zu verwerfen, wenn es sich auf Maßnahmen der Verhandlungsleitung stützt, die ohne nähere Prüfung und losgelöst von den Umständen des Einzelfalls als prozessordnungsgemäß anzusehen sind: Sie können bei verständiger Würdigung von vornherein kein Grund sein, Misstrauen in die Unparteilichkeit des Vorsitzenden zu hegen.

Während er hierauf seine Entscheidung stützt, erklärt der Senat obiter bestimmt, dass eine Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO nicht über die Ratio hinaus geboten sei, welche die Kammerentscheidung vorgegeben habe: Ein Ablehnungsgesuch sei weiterhin nicht schon dann im Sinne des § 338 Nr. 3 StPO „mit Unrecht verworfen“, wenn es rechtsfehlerhaft als unzulässig behandelt worden ist, solange die Verwerfung nicht willkürlich oder in grundlegender Verkennung der Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erfolgt ist. Maßgeblich sei vielmehr, ob das Gesuch tatsächlich sachlich gerechtfertigt gewesen wäre und ihm hätte stattgegeben werden müssen. Auf die Willkür und die grundlegende Verkennung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG soll dabei konstitutiv deshalb abzustellen sein, weil das Gericht zum Verfahren nach § 26a StPO verpflichtet ist, wenn eine der genannten Voraussetzungen des § 26a Abs. 1 StPO vorliegt.<sup>26</sup> Dementsprechend seien Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG und sein materieller Gewährleistungsgehalt durch eine Entscheidung, die – trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 26a StPO – im Verfahren nach § 27 StPO, also ohne den abgelehnten Richter ergeht, in gleicher Weise berührt wie umgekehrt eine Entscheidung, die zu Unrecht nach § 26a StPO unter seiner Mitwirkung getroffen wird, was etwa mit dem Blick auf Neben- und Adhäsionskläger deutlich werde. Vor diesem Hintergrund, „nämlich der Tatsache, dass von der richterlichen Beurteilung des

Ablehnungsgesuchs als zulässig oder unzulässig die Zusammensetzung der Richterbank abhängt und jede falsche Entscheidung – gleichgültig in welche Richtung – möglicherweise das Prinzip des gesetzlichen Richters berührt,“ könne „der Maßstab für die Anwendung des § 338 Nr. 3 StPO – wie auch sonst, wenn die Zuständigkeit eines Gerichts durch richterliche Entscheidung festgelegt wird – nur derjenige der Willkür sein.“

Auch der 3. Strafsenat versäumt nicht, auf die mögliche Anwendbarkeit des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO hinzuweisen: Kommt die Verwerfung des Ablehnungsgesuchs nach dieser Norm in Betracht, so kann die Problematik des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO offen bleiben.

Nimmt man beide Senatsentscheidungen zusammen, bleibt festzuhalten: Der fachgerichtlich geschehene Rechtsprechungswandel bleibt aus revisionsrechtlicher Sicht auf Fälle der Willkür und der grundlegenden Missachtungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt, die nicht schon in einem rechtsfehlerhaften Vorgehen liegt und von den Revisionsgerichten im Einzelfall festgestellt wird. Überdies gehen Senate des BGH offenbar davon aus, dass das vereinfachte Verfahren in Konstellationen, die nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO verfassungsrechtlich problematisch sind, in nicht unbedeutendem Umfang über § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO verfassungsrechtlich unproblematisch anwendbar sein kann.

## V. Würdigung des vollzogenen Rechtsprechungswandels

Die von der dritten Kammer des Zweiten Senats angestrebene und nun auch durch den BGH vollzogene Rechtsprechungsänderung ist zu begrüßen. Das vom Gesetzgeber zum Ausgangspunkt genommene Prinzip, den Richter in eigener Sache bei verfassungsrechtlich gebotenen Ablehnungsverfahren zu vermeiden, trägt die Kammerentscheidung. Dem keineswegs zu verkennenden praktischen Bedarf nach einem vereinfachten Vorgehen im Fall zwingend unsubstantiiertes Ablehnungsgesuche ist auch durch die Kammer des Zweiten Senats Rechnung getragen worden, indem sie das vereinfachte Verfahren und auch die Gleichsetzungsoption nicht als solche verworfen hat. Für die geforderte strikte Wahrung der Vereinfachungsvoraussetzungen muss man sich vor Augen führen, wie wenig konkretisierende Anhaltspunkte der kaum zu verwerfende aber eben auch vage bleibende normativierte Maßstab für die Besorgnis der Befangenheit nach § 24 II StPO bietet. Abgestellt wird auf den gedachten „verständigen“ bzw. „geistig gesunden“ Angeklagten,<sup>27</sup> der überdies letzten Endes revisionsrechtlich durch ein Gericht abschließend materialisiert wird, das in dieser Konstellation ein verurteilendes Urteil über den konkret die Befangenheit behauptenden Angeklagten in den Händen hält. Geht man davon aus, dass eine Normativierung der Besorgnis unvermeidlich ist und man mit dem vagen Maßstab weitgehend leben muss, darf die Vagheit des

<sup>25</sup> Vgl. zum Folgenden BGH HRRS 2005 Nr. 711.

<sup>26</sup> Der Senat verweist hier z.B. auf BGH NSTz 1982, 291, 292; Meyer-Göfner (Fn. 5), § 26 a Rn. 2.

<sup>27</sup> Vgl. dazu etwa BGHSt 21, 334, 341; Meyer-Göfner (Fn. 5), § 24 Rn. 8; krit. zum Ganzen etwa Strate, Festgabe Koch, S. 261 ff.

Maßstabes gerade dann nicht vergessen werden, wenn man die formalen Prinzipien zu prüfen hat, die jenen Maßstab einhegen und bereits strukturell vor Befangenheit schützen sollen. Es muss so um so mehr als besorgniserregend angesehen werden, wenn sich Tatgerichte inklusive der abgelehnten Richter anschicken, nicht einmal mehr andere Richter über die Frage entscheiden lassen zu wollen, ob denn ein Ablehnungsgesuch einmal von einem verständigen Angeklagten gestellt sein könnte. Das Strukturprinzip, den Richter in eigener Sache nicht zu dulden, erweist seine Bedeutung als eine nicht nur formale Bestimmung gerade in diesem Kontext: Es überführt denjenigen Richter der begründeten Besorgnis der Befangenheit, der sich selbstgewiss bereits sicher ist, dass die Verteidigung doch nur offensichtlich sinnlose Befangenheitsgesuche stellen könne, und der sich daher befähigt sieht, insbesondere zugunsten des Angeklagten bestehende Strukturprinzipien zu unterlaufen. Mit der Kammer des Zweiten Senats des BVerfG und insofern auch mit dem 2. Strafsenat ist daher davon auszugehen, dass in jenen Konstellationen gerade eigenständig ein Ablehnungsgrund begründet wird, den das Revisionsgericht auf eine zulässige Verfahrensrüge hin auch prüfen muss.<sup>28</sup> Hierfür muss man sich klar machen, dass das so betroffene Ablehnungsverfahren selbst gerade verfassungsrechtlich geboten ist und folglich kein lässliches Prozessinstitut darstellt, mit dem man es nicht so genau nehmen muss, solange im übrigen Verfahren kein selbstständig hinreichender Ablehnungsgrund greift und eine vom (partiell) angefochtenen Tatgericht niedergeschriebene, überzeugend wirkende Urteilsbegründung vorliegt. Sieht man die Dinge so, ist schon mit der alten Rechtsprechung ein Revisionsgrund nach § 338 Nr. 3 StPO insofern anzunehmen, als der von ihr bezweckte Schutz der materiellen Unparteilichkeit bei der Überdehnung des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO bereits eingreift.<sup>29</sup>

Zu vermerken bleibt jedoch, dass der BGH offenbar auch nicht gewillt ist, einen Schritt über das hinaus zu gehen, was ihm die dritte Kammer des Zweiten Senats des BVerfG bereits unmissverständlich vorgeschrieben hat. Es sind abschließend drei erste Kritikpunkte zu benennen, denen sich die weitere Rechtsprechung zum Richter in eigener Sache stellen müssen. Gerade im Licht der praktisch weiter verbleibenden Hürden, um einen Richter in eigener Sache über die Revisibilität seines Tuns davon abzuhalten, seine eigene Person und sodann den Tatvorwurf – nun unter der Hypothese eines vorherigen, aus seiner Sicht infamen Befangenheitsgesuchs

<sup>28</sup> Zu fragen bliebe aber, ob nicht für einen solchen Fall ein weiteres Ablehnungsgesuch eben mit dem Grund der verfehlten Verwerfung nach § 26a StPO auch im Sinne der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde zu fordern wäre. Würde sodann die Revision mit einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge auf jenes weitere, materiell verfehlt verworfene Ablehnungsgesuch gestützt werden, läge bereits nach alter Rechtsprechung ein unstrittiger Anwendungsfall des § 338 Nr. 3 StPO vor, da nunmehr schlicht eine materiell begründete Ablehnung vorläge.

<sup>29</sup> Vgl. zu dieser dominierenden Sichtweise zusf. BVerfG HRRS 2005 Nr. 710 und etwa BGHSt 18, 200, 202 f.; Meyer-Göfner (Fn. 5), § 338 Rn. 28.

gegen ihn<sup>30</sup> – zu beurteilen, ist diese Kritik trotz der prinzipiell begrüßenswerten Rechtsprechungsentwicklung geboten.

### 1. Verkürzung des absoluten Revisionsgrundes auf den verfassungsgerichtlichen Prüfungsmaßstab

Liest man unbefangen den Leitsatz der BGHSt-Entscheidung des 5. Strafsenats, könnte man den ersten Eindruck gewinnen, der BGH habe auf die Anregung des BVerfG hin die absoluten Revisionsgründe „wieder entdeckt“. Tatsächlich aber wäre es verfehlt, einen solchen Umschwung zu vermelden. Die Sprache, nach der tatrichterliche Verfahrensfehler das Revisionsgericht zur Aufhebung „nötigen“<sup>31</sup> können, „nur“ weil gesetzlich, verfassungsrechtlich und menschenrechtlich gewährte Verfahrensrechte nicht ersichtlich gewahrt worden sind, dürfte weiter die revisionsgerichtliche Diktion<sup>32</sup> und die entsprechende Denkweise prägen. Vor allem Fezer hat demonstriert, dass der Pragmatismus der Revisionsgerichte verfahrensgesetzlich begründete Urteilsaufhebungen zu beschränken sucht, während er sich an anderen Stellen erweiterte Zugriffe auf den Tatrichter herausarbeitet,<sup>33</sup> um letztlich eine flexibel erscheinende Ergebnisgerechtigkeit zum Leitmaßstab nehmen zu können.

Auch der jetzige Anschluss an die Kammer lässt sich allein mit der Normenhierarchie bzw. mit dem BVerfGG erklären. Er ist kein Ausdruck einer neuen Zuneigung zu einer nicht nur vom Ergebnis her gedachten Gerechtigkeit, die auch die Verfahrensgerechtigkeit für sich neu entdeckt, wie sie noch das Reichsgericht bei seiner früheren Auslegung des § 338 Nr. 3 StPO vor Augen hatte, wenn es Aufhebungen, wie heutige Revisionsrichter wohl formulieren würden, „allein deshalb“ vornahm, weil anderenfalls das dem Angeklagten *durch seine Richter widerfahrene* Verfahrensunrecht nicht zu beseitigen sei.<sup>34</sup> Man muss nüchtern konstatieren, dass der BGH gewillt ist, allein das verfassungsgerichtliche Vorgegebene zu tun: Geändert wird die Rechtsprechung dann und weil die Kammer die Überdehnung des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO als Anwendungsfall der Willkür und der grundlegenden Verkennung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ausgemacht hat und folglich die Entscheidungen des BGH in diesem Kontext und Umfang einer Überprüfung durch das BVerfG zugänglich geworden sind.

Wenn der 3. Strafsenat nunmehr bereits zwölf Tage nach der Anregung der Kammer, die Rechtsprechung zu § 338 Nr. 3 StPO zu überdenken, mit einem Obiter Dictum (!)

<sup>30</sup> Statt vieler zur ganz regelmäßig anzunehmenden „Verstimmung“ des im Ergebnis zu unrecht abgelehnten Richters vgl. *Burhoff*, Handbuch der strafrechtlichen Hauptverhandlung, 4. Aufl. (2003), Rn. 5.

<sup>31</sup> Vgl. so BGH HRRS 2005 Nr. 67.

<sup>32</sup> Vgl. freilich die in der Diktion das Ablehnungsrecht wertschätzende Entscheidung BGH HRRS 2005 Nr. 633 des 2. Strafsenats.

<sup>33</sup> Siehe statt vieler Fezer, Pragmatismus und Formalismus in der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung, FS-Hanack (1999), S. 331 ff.

<sup>34</sup> Vgl. RGSt 49, 9, 12 m.w.N.

kommentiert, dass abseits von Willkür und der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts alles beim Alten bleiben sollte, muss dies jedenfalls als bedenklich vermerkt werden. Zunächst überzeugt es wenig, wie der 3. Strafsenat die Einforderung einer solchen qualifizierten Rechtsverletzung konsequenzialistisch damit zu begründen, dass das vereinfachte Verfahren nach § 26a StPO auch einmal rechtsfehlerhaft zugunsten des Regelverfahrens verworfen worden sein könnte. Hiergegen lässt sich zunächst einwenden, dass der Ansatz der Kammer in der Vermeidung des Richters in eigener Sache liegt, der hier gerade vermieden bliebe und dass hier ein von der Kammer anerkannter Grund zur Besorgnis der Befangenheit gerade ebenso wie eine weitere Verletzung des gesetzlichen Richters nicht auf der Hand liegt. Jedenfalls erscheinen hier Differenzierungen nicht ausgeschlossen.

Darüber hinaus aber bleibt zu fragen: Warum eigentlich nicht? Warum soll ein Urteil, dem ein Rechtsfehler hinsichtlich einer *Verfassungsrecht* einfachrechtlich *umsetzenden Norm* vorausgegangen ist und der bei der sensiblen Frage nach der Besorgnis der Befangenheit erfolgt, eigentlich nicht die Dignität besitzen, eine Urteilsaufhebung zu veranlassen? Man kann dem ökonomische Gründe und die heute praktizierte Geringschätzung der absoluten Revisionsgründe zugunsten der materiellen Ergebniserichtigkeit entgegen halten. Man kann auch aus Sicht des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK hinterfragen, ob einem Staat infolge derartiger Aufhebungen nicht eine Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung anzulasten wäre.<sup>35</sup> Warum es aber deutsche Gerichte nötig haben sollten, durch einen Evidenzvorbehalt des Revisionsgerichts davor geschützt zu werden, bei Missachtungen des Verfahrensrechts im Einzugsbereich von absoluten Revisionsgründen Aufhebungen zu erfahren, wenn absolute Revisionsgründe tatsächlich als solche behandelt werden, lässt sich nicht begründen.

Mit der abermals bei § 338 StPO Einzug haltenden Differenzierung nach einer gleichsam verfassungsrechtlich qualifizierten Verletzung des Verfahrensrechts wird ein Kriterium konstitutiv, das selbst nicht als konkretisiert oder bestimmt gelten kann.<sup>36</sup> Entscheiden soll im Anschluss an die Kammer der Einzelfall und damit die Evidenz in den Augen der Revisionsrichter, die vielleicht nahe bei einer verdeckten Beruhensprüfung zu finden sein dürfte. Auf das – für den BGH maßgebliche – Verfahrensgesetz kommt es hingegen konstitutiv nicht mehr an. Fortgeführt wird die Tendenz, absolute Revisionsgründe wenn möglich eng zu begreifen. Dabei ist die Anleihe beim Prüfungsmaßstab, den sich das BVerfG mit der Willkür und der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts gegeben hat, alles andere als selbsterklärend: Die Beschränkung auf Willkür und auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dient dem BVerfG dazu, die einfachrechtlichen Kompetenzen der Fachgerichtsbarkeit zu achten und sich selbst von einer Superrevisi-

onsinstanz abzugrenzen. Wie es insbesondere *Sowada* für den gesetzlichen Richter herausgearbeitet hat, können eben diese Fach- bzw. Revisionsgerichte nicht einfach jene verminderte Kontrolldichte als einfachrechtliche Maßstabsvorgabe umdeuten und übernehmen, obschon der Maßstab ursprünglich gerade vom einfachen Recht abgrenzen soll, das *die Fachgerichte uneingeschränkt* anzuwenden haben.<sup>37</sup> Die Revisionsgerichte sind nicht nur dazu da, sich gegenüber der verbleibenden Kontrolldichte des BVerfG zu schützen. Das Reichsgericht etwa kannte nicht einmal ein BVerfG über sich. Vielleicht ist es auch deshalb gar nicht erst auf den Gedanken gekommen, absolute Revisionsgründe mit einer spezifischen Verfassungsverletzung gleichzuschalten und daher auch nicht der vor allem bei § 338 StPO zu beobachtenden Tendenz verfallen, Verletzungen einfachrechtlicher Normen nicht mehr als das erkennen zu können, was sie sind: staatliche Rechtsverletzungen, die nicht nur dann vom Recht missbilligt sind, wenn sie nicht auch noch *zusätzlich* verfassungsgerichtlich greifbare Verfassungsverstöße ausmachen.

## 2. Problematischer Verweis auf § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO

Auch die von beiden Strafsenaten gegebenen Hinweise auf § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO sind bemerkens- und anmerkungswert. Dass § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO einen sinnvollen Anwendungsbereich haben kann, ist hier nicht pauschal in Abrede zu stellen. Probleme des Rechtsmissbrauchs als nicht existent zu leugnen, ist ebenso unklug, wie die verbreitete Praxis, hinter jedem unbequemen Verteidigungsantrag Missbrauch zu argwöhnen.<sup>38</sup> Dass nun aber das höchste deutsche Fachgericht vor dem Angesicht einer § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO offenbar überdehrenden Praxis die schützende Hand über die Tatrichter hält, indem es dazu aufruft, die problematische Norm des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht zu übersehen, spricht abermals eher für eine Betonung der „Wehrhaftigkeit deutscher Gerichte“ in der Auseinandersetzung mit „Konfliktverteidigern“ als für eine auch in der Sache mitgetragene Umsetzung verfahrensgesetzlicher und verfassungsrechtlicher Vorgaben. Während das in seiner Veröffentlichungs- und Annahmepaxis alles andere als zufällig vorgehende BVerfG die Praxis der Tatrichter zu § 26a StPO offenbar nun als verfassungsrechtlich problematisch erkennt und kaum ohne Anlass darüber räsoniert, ob die enge Auffassung des BGH zu § 338 Nr. 3 StPO nicht vollumfassend für den Fall verfassungsrechtlich zu verwerfen sein könnte, dass die Gerichte geradezu systematisch in Fällen offensichtlicher Unbegründetheit eines Ablehnungsantrags bewusst und damit im Grunde bereits willkürlich in das Verfahren nach § 26a StPO

<sup>37</sup> Vgl. m.w.N. *Sowada* (Fn. 36), S. 213 ff., 232 f., dort auch zu Versuchen einer nicht nur auf die Funktionalität des BVerfG abhebenden Begründung.

<sup>38</sup> Vgl. statt vieler in diesem Sinne grundlegend *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Missbrauchsverbot (1998), passim, S. 371; zur gebotenen Sorge, dass unter dem Stichwort des Missbrauchs praktisch unbequeme Verteidigung diszipliniert werden könnte, vgl. etwa *Rüping* JZ 1997, 865, 868 und *Ventzke* HRRS 2005, 233 ff.

<sup>35</sup> Vgl. zum Streitstand hinsichtlich der Behandlung von staatlichen Verfahrensfehlern, die mehrere Instanzen erforderlich machen, die Nachweise bei *Gaede* wistra 2004, 166, 174.

<sup>36</sup> Zur Kritik der Willkürformel vgl. m.w.N. *Sowada*, Der gesetzliche Richter im Strafverfahren (2002), S. 216 ff.

ausweichen,<sup>39</sup> weil der begangene Rechtsverstoß im Revisionsrechtszug regelmäßig folgenlos bleibt, sieht sich der BGH veranlasst, die Prüfung anzuregen, ob sich bei offensichtlich unbegründeten Befangenheitsgesuchen nicht auch regelmäßig verfahrensfremde Ziele oder Prozessverschleppung tragfähig behaupten lassen.<sup>40</sup>

Jedenfalls so viel lässt sich in einer ersten Reaktion dazu sagen: Es kann keine Lösung sein, den Tatrichtern zu raten, vor dem Hintergrund der auch *verfassungsrechtlich* hoch streitigen Problematik des Rechtsmissbrauchs<sup>41</sup> öfter das Glatteis der Behauptung verfahrensfremder Ziele und einer ausschließlich bestehenden Verschleppungsabsicht zu betreten. Glaubt man unbefangen dem deutschen Strafprozesskommentar schlechthin, kommt etwa ein Fall, in dem allein eine Verschleppung offensichtlich bezweckt ist, in der Praxis kaum (belegbar) vor.<sup>42</sup> Die Exzeptionalität und der Vorwurfscharakter des mit § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO behaupteten Rechtsmissbrauchs sprechen dafür, gerade auch diese Norm an substantielle Voraussetzungen zu binden.<sup>43</sup> Die Kammer des Zweiten Senats hat gerade betont, dass Ablehnungsgesuche nicht verkürzt beurteilt werden dürfen.<sup>44</sup> Da Ablehnungsverfahren verfassungsrechtlich geboten sind, liegt es nahe, § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO kaum anders als § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO nicht allein einfachrechtlich zu betrachten, sondern in seiner Reichweite verfassungsrechtlich eng zu bestimmen: Der Richter, der den bedenklichen und mehrdeutigen Hinweis der beiden Strafsenate als Aufforderung begreift, auf § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO auszuweichen und sodann nicht § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO sondern § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO überdehnt,<sup>45</sup> ist ein alter Bekannter und verfassungsrechtlich inakzeptabel – er bleibt ein Richter in eigener Sache.

### 3. Problematische Bestimmung der rechtlich zwingenden Ungeeignetheit und der Besorgnis der Befangenheit im Licht des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

<sup>39</sup> Vgl. auch bereits BGH HRRS 2004 Nr. 357.

<sup>40</sup> Vgl. aber auch den 2. Strafsenat – BGH HRRS 2004 Nr. 357: keine Gleichsetzung eines offensichtlich unbegründeten Ablehnungsgesuchs des Angeklagten mit seiner Unzulässigkeit; *Frister* StV 1997, 150, 151 f.; siehe aber zum gleichen Senat auch BGHR StPO § 26a, Unzulässigkeit 10 = BGH HRRS 2004 Nr. 359.

<sup>41</sup> Vgl. neben der Arbeit von *Kudlich* (Fn. 38) auch die dem Rechtsmissbrauch als dogmatischem Ansatz positiv gegenüber stehende Abhandlung von *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozeß (2003).

<sup>42</sup> Vgl. m.w.N. *Meyer-Göfner* (Fn. 5), § 26a Rn. 5 und 6; auch etwa *HK-Lemke* (Fn. 12), § 26 a Rn. 10; *KK-Pfeiffer* (Fn. 16), § 26a Rn. 4 und *LR-Wendisch* (Fn. 12), § 26 a Rn. 21 (auch Rn. 23 zu den verfahrensfremden Zwecken): Einsatz wohl nur in außergewöhnlichen Prozessen; *Frister* StV 1997, 150, 151.

<sup>43</sup> Vgl. auch *LR-Wendisch* (Fn. 12), § 26a Rn. 4, 7: größte Bedenken gerade gegen § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO.

<sup>44</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2005 Nr. 710.

<sup>45</sup> Vgl. insoweit auch den Sachverhalt etwa bei BGHSt 23, 265, 266 f. Vgl. auch BVerfG [Kammer] HRRS 2005 Nr. 704: Einforderung einer substantiierten Begründung, wenn § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO angewendet werden soll; dazu auch *LR-Wendisch* (Fn. 12), § 26 a Rn. 19.

Schließlich darf die primäre Erörterung der §§ 338 Nr. 3, 26a StPO auch nicht den Blick darauf verstellen, dass die Karriere zwingend ungeeigneter und damit § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO gleichzustellender Ablehnungsgesuche ihren Ursprung auch in einer jedenfalls zurückhaltenden Befürwortung der Besorgnis der Befangenheit findet. Gewiss kann nicht schlicht unvermittelt nach der Auffassung des betroffenen Angeklagten gefragt werden. Gerade aber dann, wenn man den Fall des 5. Strafsenats betrachtet, darf gezweifelt werden, ob hier nicht ein Folgeproblem zu lösen war, das überhaupt erst durch eine verfehlte Engführung der Besorgnis der Befangenheit nach § 24 Abs. 2 StPO entstanden ist.

Eine umfassende Erörterung kann hier nicht mehr erfolgen. Es soll aber gerade für den Fall der Vorbefassung daran erinnert werden, dass durchaus Anlass dazu bestünde, die Frage nach der Besorgnis der Befangenheit nicht mit dem Ausgangspunkt zu stellen, dass ihre Verwerfung all zu selbstverständlich ist. Hierzu könnte man gelangen, wenn man – anders als es der BGH in der Regel praktiziert – auch spürbar und sichtbar Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK einbezieht. Nicht nur Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG gewährt den gesetzlichen Richter im Sinne eines unabhängigen und unparteilichen Richters im Einzelfall. Auch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gewährt denselben. Dabei lehnt auch der EGMR den Richter in eigener Sache ab.<sup>46</sup> Ebenso fordert er Ablehnungsmöglichkeiten und die angemessene Prüfung erhobener Ablehnungsgründe.<sup>47</sup> Wie der EGMR etwa auch in der *Storck*-Entscheidung in diesem Heft ausführt, sind die nationalen Gerichte auch Deutschlands verpflichtet, nationales Recht im Lichte der Garantien der EMRK zu interpretieren.<sup>48</sup>

Gesteht man die Selbstverständlichkeit ein, dass der BGH nicht verpflichtet sein kann, ohne jeden Anlass stets die Vereinbarkeit mit der EMRK als Formalität in seinen Entscheidungen festzuhalten, so ist doch eben für die Frage der Vorbefassung festzuhalten, dass es hier Anlass gibt, über die deutsche Prozessordnung hinaus zu blicken: Gerade weil Art. 6 EMRK keine konkrete Prozessordnung vorschreibt, nimmt die dortige Gewährleistung die Problematik der Vorbefassung nicht sogleich aus dem Blickwinkel *einer* national geregelten Prozessordnung als unproblematische Selbstverständlichkeit hin. Sie erkennt die Vorbefassung vielmehr im Wissen um andere Möglichkeiten der Prozessorganisation als durchaus für den Angeklagten zunächst bedenkliche prozes-

<sup>46</sup> Vgl. *Kyprianou v. ZYP*, 27.1.2004, §§ 34 ff., HRRS 2004 Nr. 237 m.w.N.

<sup>47</sup> Vgl. etwa *H. v. B.*, Nr. 127-B, § 53; *Le Compte u.a. v. B.*, Nr. 43, §§ 31, 58; auch zu möglichen zeitlichen Einschränkungen *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht (2002), S. 593 ff. Vgl. auch zur Pflicht, entsprechenden Einwänden tatsächlich nachzugehen *Remli v. FRA*, Rep. 1996-II, §§ 47 f.; *Clayton/Tomlinson*, The Law of Human Rights (2001), Rn. 11.227; *Esser* aaO, S. 559 ff.

<sup>48</sup> Vgl. *Storck v. Deutschland* HRRS 2005 Nr. 632; zur konventionskonformen Auslegung im Übrigen vgl. *Weigend* StV 2000, 384 ff. und *Gaede* wistra 2004, 166, 167 m.w.N.

suale Fügung.<sup>49</sup> Einen ungeschriebenen Vorbehalt für Vertragsstaaten, sich Konventionserfordernissen allein durch den Verweis auf ein bestimmtes Prozesssystem oder entgegenstehendes nationales Recht entziehen zu können, gibt es in hinsichtlich Art. 6 EMRK mitnichten.<sup>50</sup> Dabei nimmt freilich auch der EGMR „*legimate doubts*“ des Angeklagten als Pendant zur Besorgnis der Befangenheit nach der StPO keineswegs in jedem Fall der Vorbefassung an; vielmehr stellt auch er auf den

<sup>49</sup> Vgl. etwa nur Hauschildt v. DAN, Nr. 154, § 49. Vgl. auch m.w.N. die Darstellung bei *Burhoff* (Fn. 30), Rn. 34, der in seinem Handbuch zur Hauptverhandlung bereits herausstellt, dass es einen Unterschied zwischen der innerstaatlichen allgemeinen Meinung und dem Ansatz des EGMR gibt.

<sup>50</sup> Dieses Argument bedürfte gewiss weiterer Ausführung, die jedoch der Dissertation vorbehalten bleiben sollen, welche der Verfasser im September 2005 über das faire Verfahren des Art. 6 EMRK an der Universität Zürich eingereicht hat. Vgl. bisweilen beispielhaft zum Recht auf Verfahrensbeschleunigung *Kitov v. BL*, 3.4.2003, § 73: „*the Court reiterates that the enjoyment of the right of every accused person to a trial within a reasonable time ... must be secured by the authorities through all appropriate means, including change of practice or legislative amendments if necessary.*“ sowie den Präsidenten des EGMR *Wildhaber*, *Der Spiegel*, 47/2004, S. 50: „Wenn sie [eine staatliche Regelung] gegen die EMRK verstößt, muss sie geändert werden.“

Umfang und die Art der Vorbefassung im Einzelfall ab.<sup>51</sup> Wenn der EGMR auch durchaus Beurteilungsspielräume nationaler Instanzen anerkennt, reduziert er seine Prüfung dabei doch nicht von vornherein auf Verfehlungen des Konventionsmaßstabes, die *zusätzlich* einem Willkürvorwurf ausgesetzt sind. Der EGMR kann damit zumindest wie das BVerfG auf fachgerichtliche Entscheidungen Zugriff nehmen, die eine Vorbefassung praktisch nahezu niemals mehr für die Besorgnis der Befangenheit genügen lassen. Dies legt es nahe, schon bei der Prüfung der Besorgnis der Befangenheit „verständiger Angeklagter“ die Bedeutung des gesetzlichen Richters nicht gering zu schätzen und diese nicht erst bei der Abgrenzung von § 26a und 27 StPO wieder zu entdecken. Gerade im Umfeld des vorbefassten und dann auch noch über sich selbst richtenden Richters sollte man dies auch tatsächlich tun.

<sup>51</sup> Zur differenzierten Fallgruppe der Vorbefassung vgl. Hauschildt v. DAN, Nr. 154, §§ 48 ff.; Fey v. AUT, Nr. 255-A, §§ 28, 30 ff.: Umfang und Art der Einschaltung entscheidend; *Bulut v. AUT*, Rep. 1996-II, §§ 33 ff.; *Thomann v. SWI*, Rep. 1996-III, §§ 33 ff.; *Villiger*, Handbuch EMRK, 2. Aufl. (1999), Rn. 420; *Emmerson/Ashworth*, *Human Rights and Criminal Procedure* (2001), Rn. 14-74 ff.; *Esser* (Fn. 47), S. 570 ff.

## Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingelaufen, durch die Einsendung von Dokumentationsvor-

schlägen zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

## Schrifttum

**Hendrik Schneider, Kann die Einübung in Normanerkennung die Strafrechtsdogmatik leiten? Eine Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus**, Verlag Duncker & Humblot (Schriften zum Strafrecht Heft 162), Berlin 2004, 380 S., br., 89,90 EUR.

Keine andere strafrechtstheoretische Frage ist in den letzten drei Jahrzehnten so ausgiebig diskutiert worden wie jene nach dem Nutzen und Nachteil des Funktionalismus für das Strafrecht. Über weite Strecken hat allerdings die Qualität der Auseinandersetzung mit ihrem Umfang nicht Schritt gehalten. Mißverständnisse, Unterstellungen und pauschale Verdammungsurteile finden sich buchstäblich auf Schritt und Tritt. Dieses unübersichtliche Terrain zu bereinigen ist deshalb die erste Aufgabe im Rahmen einer „Kritik des strafrechtlichen Funktionalismus“, wie *Hendrik Schneider* sie im Untertitel seiner Mainzer Habilitationsschrift ankündigt. Der Kritiker muß mit anderen Worten zunächst klarstellen, was er unter „Funktionalismus“ versteht, und er muß

sodann nachweisen, daß dieses Verständnis demjenigen der von ihm zu „Funktionalisten“ erklärten Autoren entspricht.

Der ersten dieser beiden Aufgaben widmet *Schneider* sich bereits auf den einleitenden Seiten seines Werkes. Er konstatiert, daß es *den* Funktionalismus als einheitliches Konzept in der Strafrechtswissenschaft nicht gibt und unterscheidet daraufhin in Anlehnung an den Soziologen *Helmut Schelsky* zwischen einer systemfunktionalen und einer personfunktionalen Handhabung des Strafrechts. Systemfunktional sei eine solche Auslegung der strafrechtlichen Begriffe, die sich vorrangig an dem Ziel der Erhaltung des Systems Gesellschaft orientiere. Eine personfunktionale Begriffsbildung sei hingegen dadurch gekennzeichnet, daß sie an der Person des Straftäters und dem Ausmaß seiner Verantwortlichkeit für die begangene Tat ausgerichtet sei. *Schneider* selbst bekennt sich zu einer personfunktionalen Auslegung des Strafrechts. Den systemfunktionalen Ansatz, den er insbesondere in der Lehre von *Jakobs* durchgeführt sieht, macht er zum Gegenstand massiver Kritik. Der systemfunktionale Ansatz

führe erstens zu einer weitgehenden Schutzlosigkeit der Individuen vor dem staatlichen Zugriff und sei deshalb verfassungsrechtlich bedenklich. Zweitens – und darauf legt *Schneider* das Schwergewicht seiner Ausführungen – sei dieser Ansatz auch unter dem Gesichtspunkt der Systemstabilisierung dysfunktional. Er laufe darauf hinaus, eine latente Funktion der Strafrechtsdogmatik zu einer manifesten Funktion umzuwandeln. Eine solche Strategie aber sei zum Scheitern verurteilt, weil die latente Funktion der Einübung in Normanerkennung nur dann wirksam sei, wenn der Bevölkerung die zugrunde liegenden Mechanismen verborgen blieben. „Ist erst einmal bekannt, daß das Gerichtsverfahren und das Urteil nur zu dem Zweck dienen, an dem Täter ein Exempel zu statuieren und nicht ihm persönlich einen Schuldvorwurf zu machen, so führt dies demnach möglicherweise zu einer vollständigen Erosion der Strafrechtspflege und diese würde auch als Mechanismus der Einübung in Normanerkennung ihre gesellschaftliche Bedeutung verlieren.“

Sonderlich neu sind diese Kritikpunkte nicht. Die Erhebung verfassungsrechtlicher Bedenken gehört seit eh und je zum harten Kern der Einwände gegen den strafrechtlichen Funktionalismus; und den Vorwurf eines durch die Umwandlung latenter in manifeste Funktionen bewirkten unzulässigen „Blicks hinter die Kulissen“ hat *Schneiders* Lehrer *Michael Bock* bereits vor fast fünfzehn Jahren erhoben (ZStW 103 [1991], 636 ff.). Nun diskreditiert die Wiederholung bekannter Vorwürfe als solche eine Arbeit nicht, wenngleich man sich von einer Habilitationsschrift etwas mehr Originalität erhoffen würde. Aber trifft die erhobene Kritik überhaupt die Position, gegen die sie sich richtet, oder „widerlegt“ sie lediglich einen von dem betreffenden Kritiker zuvor selbst zusammengezimmerten Strohmann? Für *Schneiders* Darlegungen, insbesondere für seine Auseinandersetzung mit *Jakobs*, gilt leider weitgehend das letztere.

Bereits die Ausgangsbauptung *Schneiders* geht fehl. Er moniert, die von ihm untersuchten Autoren (neben *Jakobs* sind dies noch *Frisch* und *Roxin* nebst ihren Schülern) hätten die Begriffe „Funktionalismus“ und „funktionale Methode“ nicht definiert. Zumindest für *Jakobs* trifft das nicht zu. Was dieser unter strafrechtlichem Funktionalismus versteht, hat er vielmehr an prominenter Stelle, nämlich im Einleitungssatz seines Vortrags auf der Rostocker Strafrechtslehrertagung, klargestellt: „Strafrechtlicher Funktionalismus wird hier als die Lehre begriffen, das Strafrecht sei auf die Garantie der normativen Identität, auf die Garantie der Verfassung, der Gesellschaft ausgerichtet“ (ZStW 107 [1995], 843). Auf den ersten Blick scheint diese Begriffsbestimmung der von *Schneider* zugrunde gelegten Definition weitgehend zu entsprechen. Tatsächlich besteht zwischen beiden indessen ein entscheidender Unterschied. Nach der Lesart *Schneiders* suchen die Funktionalisten mittels des Strafrechts eine sozialpsychologische Wirkung bei der rechtstreuen Bevölkerung zu erzielen – nämlich jene „Einübung in Normanerkennung“, auf die sich der Haupttitel von *Schneiders* Arbeit bezieht. *Jakobs* stellt hingegen ausdrücklich klar, daß seinem Verständnis zufolge die Strafe „nicht nur ein Mittel der Erhaltung

gesellschaftlicher Identität, sondern ... bereits diese Erhaltung selbst“ ist (aaO S. 844).

*Jakobs* zufolge stellt das Strafrecht die gestörte Normgeltung bereits dadurch wieder her, daß es dem vom Täter geäußerten Widerspruch gegen identitätsbestimmende Normen der Gesellschaft seinerseits widerspricht. Vor dem Hintergrund dieser Straftheorie müssen, wie *Jakobs* erläuternd hinzufügt, empirische Untersuchungen zur positiven Generalprävention „stets ein wenig deplaciert wirken; sie betreffen das Umfeld, scil. die individual- oder sozialpsychologischen Folgen, nicht aber den Kern der Theorie“ (aaO). Die Strafe und das Strafrecht in *Jakobs'* Weise zu verstehen bedeutet, den Bestraften als verantwortlichen Urheber seiner Tat anzuerkennen – ihn zu „ehren“, wie *Hegel* in rhetorischer Überspitzung formuliert. Nur weil man ihm die Befähigung zu einem beachtlichen Normwiderspruch zutraut, ergibt sich das Bedürfnis, seinem Tun die Strafe als normbestätigende Antwort entgegenzusetzen. Dabei kann weder von einer Instrumentalisierung des Täters noch von einer Umwandlung latenter in manifeste Funktionen die Rede sein. Anders gewendet: Die von *Jakobs* seit mehr als zehn Jahren in zahlreichen Veröffentlichungen vertretene Konzeption ist nicht weniger personfunktional als der von *Schneider* selbst befürwortete Ansatz.

Offen ist lediglich noch, was in diesem Zusammenhang genau unter „Person“ zu verstehen ist. Dies ist der – von *Schneider* indessen nicht als solcher erkannte – eigentliche Streitpunkt zwischen ihm und *Jakobs*. Eine ausdrückliche Persondefinition sucht der Leser bei *Schneider* vergebens. Dem Kontext seiner Äußerungen ist indessen zu entnehmen, daß er „Person“, „Individuum“ und „Mensch“ unreflektiert gleichsetzt. Demgegenüber begreift *Jakobs* im Anschluß an eine lange begriffsgeschichtliche Tradition die Person als Subjekt von Rechten und Pflichten und damit als eine genuin normative Größe. Diese Person ist stets situiert in einer konkreten Rechtsgemeinschaft, und deshalb läßt sich die normative Bedeutung ihres Verhaltens nicht unabhängig von den Wertvorstellungen ihrer jeweiligen Gesellschaft beurteilen. Nichts anderes meint *Jakobs*, wenn er (bezogen auf die Straftheorie *Hegels*) davon spricht, daß die Strafe zwar „ihrem Begriff nach absolut, aber in ihrer konkreten Ausgestaltung relativ zum jeweiligen Stand der Gesellschaft“ sei (AT 1/21). Diese Stelle, die *Schneider* als Indiz für die ungebrochene systemtheoretische Orientierung *Jakobs'* anführt, ist in Wahrheit lediglich der Ausdruck eines gesellschaftstheoretisch reflektierten Personalismus.

Auf den prononcierten Individualismus *Schneiders* läßt sich hingegen eine Strafrechtstheorie nicht gründen. Bei Lichte besehen kommt auch *Schneider* nicht ohne Einbeziehung der gesellschaftlichen Beurteilungsperspektive aus. Verräterisch sind seine Ausführungen über die „ontologische Grundsubstanz“, welche „strafrechtlichen Begriffe(n) wie Handlung, Vorsatz oder Schuld“ zugrunde liege. „Die begriffliche Umschreibung dieser ontologischen Grundsubstanz baut in einem personfunktionalen Strafrecht auf den Vorstellungen auf, die den Menschen

aus dem Leben im Alltag geläufig sind und die von ihnen selbst nachvollzogen werden können.“ Entscheidend sind demnach die Vorstellungen, die sich die Mehrheit der Gesellschaftsmitglieder von gewissen ontischen Sachverhalten macht. Ob diese Deutung ontologisch haltbar ist oder nicht – so laufen einige namhafte Hirnforscher Sturm gegen das *common sense*-Verständnis von „Schuld“, in dem sie eine den Bestraften in wissenschaftlich unhaltbarer Weise stigmatisierende Überhöhung gesellschaftlicher Sicherheitsinteressen erblicken – spielt nach der Logik von *Schneiders* Argumentation keine entscheidende Rolle. Ist *Schneider* also am Ende gar ein – Systemfunktionalist?

Das Fazit ist rasch gezogen: *Schneider* hat sein Begründungsziel nicht erreicht, weil er die von ihm bekämpfte Konzeption nicht wirklich ernstgenommen hat. Er fechtet gleichsam gegen Windmühlenflügel, *in concreto*: gegen eine Position, die in den 70er Jahren des vergangenen Jahrhunderts zwar vereinzelt vertreten worden sein mag, von der sich die heutigen Protagonisten einer normativierenden Strafrechtsdogmatik aber längst verabschiedet haben. Als Beitrag zu den aktuellen Kontroversen über strafrechtstheoretische Grundfragen ist *Schneiders* Buch deshalb nur von geringem Interesse.

Prof. Dr. **Michael Pawlik**, Univ. Regensburg, LL.M. (Cantab.).

[Anmerkung der Redaktion: Der Rezensent Pawlik hat bei dem von *Schneider* – unter anderem – behandelten und kritisierten Prof. *Jakobs* promoviert und habilitiert.]

\*\*\*

**Herbert Tröndle; Thomas Fischer: Strafbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 10, 52. Aufl., 2004, 2433 S., 66,00 €, ISBN 3-406-51731-5.**

Anzuzeigen ist eine Neuauflage des *Tröndle/Fischer*. Eine solche Besprechung kann im Grunde nur langweilen. Es ist wenig wahrscheinlich, dass ein Rezensent dieses strafrechtlichen Standardwerks schlechthin anhand der nunmehr 52. Auflage aufdeckt, dass dem heute von Prof. Dr. *Thomas Fischer* (Richter am BGH, 2. Strafsenat) fortgeführten Kommentar sein Ruf zu Unrecht vorseilt. Wenn so auch dieser Rezensent das positive Urteil über den *Tröndle/Fischer* nicht künstlich bis zum Ende der Rezension zurückhalten muss, lassen sich doch auf besondere Leistungen des Kommentars gerade auch in dieser Auflage Schlaglichter werfen, die zeigen, dass der Kommentar seinem Ruf mindestens gerecht wird:

Zunächst einmal bringt auch diese Auflage den Kommentar wie gewohnt souverän auf den aktuellen Stand (hier 1. April 2004). Dies bedingt in der 52. Auflage insbesondere die Einarbeitung des Sexualdelikte-Änderungsgesetzes sowie des 35. StÄG, welches insbesondere die §§ 152b, a StGB eingefügt bzw. neu gefasst hat. Hinsichtlich der Rechtsprechung ist etwa die Entscheidung des BVerfG vom 16. März 2004 berücksich-

tigt, welche dem erst kürzlich eingeführten § 143 StGB die Verfassungsmäßigkeit absprach. Auch die Entscheidung, mit der das BVerfG den Fachgerichten die verfassungskonforme Auslegung der Geldwäsche bezüglich der Annahme von Strafverteidigerhonoraren vorgab, ist bereits eingearbeitet. Das BVerfG widersprach hier einer verfassungs- und konventionsrechtlich nicht überzeugend begründeten Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH *in eben dieser Begründung*. *Fischer* nimmt sie zum Anlass für einen scharfen Kommentar jener Entscheidung (§ 261 Rn. 36), der jedenfalls den Rezensenten nicht umstimmt, weil die von *Fischer* aufgezeigten Ungereimtheiten der Vorsatzlösung allenfalls belegen, dass eine objektive Tatbestandslösung erforderlich ist und weniger Art. 12 GG, sondern Art. 6 I 1, III lit. c EMRK und Art. 2 I, 20 III GG die letztlich ausschlaggebenden Gesichtspunkte dafür darstellen, weshalb eine nicht verfahrensmäßig erwiesene Bemakelung von Finanzmitteln nicht ohne weiteres zur Einschränkung von Verteidigungsrechten führen kann (vgl. m.w.N. bereits *Mühlbauer* HRRS 2004, 132 ff. und *Wohlens* JZ 2004, 678 ff.).

Nicht nur bei geänderten Normen sind – neben der selbstverständlichen Einarbeitung der praktisch maßgeblichen Rechtsprechung – Überarbeitungen erfolgt. Die Neuauflage enthält Neubearbeitungen des § 63 StGB, des in jüngster Zeit in seiner Auslegung streitigen § 69 StGB und etwa der §§ 113 und 316 StGB. Auch der gesamte 8. Abschnitt des BT (Geldfälschungsdelikte), der 9. Abschnitt des BT (Aussagedelikte) sowie der 13. Abschnitt des BT (Sexualdelikte) wurden überarbeitet. Wesentliche Änderungen betreffen die Ausführungen zur Kausalität, die §§ 54, 64, 123, 249, 315b, 316a und § 356 StGB. Arbeitet man mit diesen und den anderen, bereits in Vorauflagen oftmals überarbeiteten Kommentierungen, wird dem Nutzer bewusst, wie systematisch und umfassend die Abhandlungen im *Tröndle/Fischer* mittlerweile geraten sind (vgl. auch das programmatische Vorwort zur 50. Aufl.). Sie weisen trotz des Kleindrucks und der fehlenden textentlastenden Fußnoten etwa durch vereinzelt Fettdruck und die systematische Aufteilung nach Randnummern eine hinreichende Übersichtlichkeit auf (vgl. abermals auch das Vorwort zur 50. Aufl.) und bestechen dabei durch ihre Differenziertheit. Wenn der Rezensent auch nicht jede Seite des Kommentars und nicht jede erdenkliche Frage nachprüfen konnte, wurde er doch in keinem Fall bei der Arbeit mit dem Kommentar enttäuscht, sondern beim Nachschlagen einzelner Fragen jeweils schnell fündig. Im Gegenteil fällt mehr und mehr auf, dass die Erläuterungen des Praktikerkommentars zu wichtigeren Fragen gerade in den Händen *Fischers* oftmals die Qualität von *prägnanten Lehrbuchdarstellungen* annehmen, was etwa die Darstellungen zum Raub und zur Strafzumessung zu belegen vermögen. Die Stellungnahmen *Fischers* zu streitigen Rechtsfragen, die nicht all zu selten früheren Auffassungen *Tröndles* widerstreiten (vgl. statt vieler Vor § 218 Rn. 10a), zeichnen sich dabei durch Bestimmtheit, oftmals durch eine gewisse Schärfe und durch die im Kurzkomentar gebotene und wohlthuende Prägnanz aus (vgl. etwa beispielhaft zur Toeben-Entscheidung des BGH § 9 Rn. 8 ff.). Sie erweisen sich in ihren Begründungen als nicht allein von Pragmatik

getragen, sondern sie demonstrieren eine dogmatische Argumentation auf der Höhe der wissenschaftlichen Diskussion. Als intimer Kenner der Rechtsprechung versäumt es *Fischer* dabei nicht selten, insbesondere auch dem Praktiker aufzuzeigen, wo die heutige höchstrichterliche Rechtsprechung uneinig und/oder auch aus praktischer Sicht bedenklich ist, so dass sie nicht unkritisch „befolgt“ werden sollte (vgl. etwa § 249 Rn. 13 ff.: als Gewalt fortwirkende Drohung; § 177 Rn. 70: besonderer Vergewaltigungsbegriff bei Prostituierten). Freilich folgt *Fischer* ganz regelmäßig der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Er setzt sich auch nicht stets näher mit der Schrifttumskritik an dieser auseinander (vgl. etwa § 244 Rn. 18 zur Bandenmitgliedschaft des Gehilfen gemäß BGHSt 47, 214 ff.; dazu z.B. abl. *Rath GA* 2003, 823 ff. und *Gaede StV* 2003, 78 ff.). Dass *Fischer* oftmals sehr pointiert und überzeugt argumentiert, steigert dabei nach dem Geschmack des Rezensenten den Gebrauchswert des Buches abermals: Die Einbeziehung des Kommentars ist so mehr als eine Pflichtübung; man ist gespannt, was *Fischer* wie zu streitigen Fragen äußert und vor allem darauf, wie er es begründet.

Hinsichtlich des wissenschaftlichen Schrifttums vermerkt *Fischer* im Vorwort etwas erstaunlich resignativ, dass er die strafrechtliche Literatur nicht mehr nur für „kaum noch“, sondern für, wie er mit kursivem Druck betont, „nicht mehr überschaubar“ erachtet. So schließt er auch nicht mehr aus, dass bisweilen auch Wichtiges übersehen worden sein kann (vgl. VI). Erstaunlich ist dies deshalb, weil *Fischer* tatsächlich nach wie vor eine beeindruckende Breite und Differenziertheit auch bei der Literaturauswahl erreicht. Die Literaturübersichten, die zum Teil auch Rezensionen zu grundlegenden Abhandlungen in Klammern vermerken (!), belegen dies unschwer. Keineswegs verschließt sich *Fischer* dabei auch jüngeren Quellen wie der HRRS, die er erfreulicherweise bereits in das Abkürzungsregister aufgenommen hat. Des exkulpierenden Hinweises im Vorwort hätte es wohl gar nicht bedurft, denn *Fischer* leistet nach wie vor eine erhebliche und bewundernswerte Durchdringung des Schrifttums, die zudem regelmäßig aktueller ist, als es in den Konkur-

renzkomentaren der Fall ist. Er darf insoweit bereits auf das Verständnis derjenigen hoffen, deren Arbeiten hier und da einmal übersehen worden sind.

Mit diesen Leistungen ist der Kommentar ein Glücksfall. Wer mit ihm und seinen Möglichkeiten umzugehen weiß, hält als Praktiker ein äußerst nutzenbringendes und überzeugendes Werk in den Händen, das ihm oft schon mit dem Blick in den Kommentar allein einen tiefen Einstieg in strafrechtliche Fragestellungen eröffnet. Der Referendar erhält ein umfassendes Werk an die Hand, das ihm – soweit es die Zeit in den strafrechtlichen Rennfahrerklaturen erlaubt – wohl mehr Sachargumente mit an die Hand liefert, als es bei jedem anderen zugelassenen Prüfungskommentar in irgendeinem Fach der Fall ist und das sich als hervorragendes und insbesondere prägnantes Lehrmittel gebrauchen lässt. Schon der fortgeschrittene Student mit einem gewissen Überblick kann mit dem Kommentar bestens Wissen erwerben und festigen, das zudem bereits mit Blick auf die Praxis gewichtet wurde. Bedenkt man, dass in größeren Kommentaren mit zahlreichen Bearbeitern durchaus auch disparate Darstellungen aufzufinden sind, muss man bei der mittlerweile erreichten Differenziertheit und wissenschaftlichen Durchdringung des gleichsam über die Jahre hochgerüsteten Kommentars schon davon sprechen, dass die Bezeichnung „Kurzkomentar“ dem Tröndle/Fischer kaum mehr gerecht wird. Obschon er noch immer in die Hand zu nehmen ist, handelt es sich um einen großen Kommentar. Die Arbeit mit ihm und auch der Erwerb des im Preisleistungsverhältnis überzeugenden Kommentars sind schon dem Studenten zu empfehlen, zumal dieser so bereits für das Referendariat den Umgang mit dem Prüfungs- und Praxiskommentar erlernt. Dem Referendar und dem Praktiker braucht man all dies nicht mehr anzupfehlen, ohne dass diese Entbehrlichkeit auf einer nicht mehr hinterfragten Tradition beruhen würde: Die Qualität des Werks spricht für sich.

**Karsten Gaede, Hamburg/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.

### 632. EGMR Nr. 61603/00 – Urteil vom 16. Juni 2005 (Storck v. Deutschland)

Konventionskonforme Auslegung des deutschen (Zivil-)Rechts (wirksamkeitsverpflichtete Auslegung); Recht auf Freiheit und Sicherheit (Freiheit der Person; Schutzpflichten; erzwungene Unterbringung in einer privaten Klinik für Psychiatrie; Verantwortlichkeit des Staates; Rechtmäßigkeit einer Freiheitsentziehung); Recht auf Achtung des Privatlebens; Schadensersatzansprüche aus unerlaubter Handlung (Verjährungsbeginn); Entschädigung; faires Verfahren im Arzthaftungsprozess (Beweis-

erleichterungen; Waffengleichheit); redaktioneller Hinweis.

Art. 5 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 41 EMRK; Art. 2 Abs. 2 GG; § 852 BGB

### 633. BGH 2 StR 118/05 – Beschluss vom 8. Juni 2005 (LG Bonn)

Befangenheitsantrag (Stellung in der Hauptverhandlung; unangemessene Reaktion eines Richters auf berechtigte Anliegen eines Verteidigers bzw. der Verteidigung; faires Verfahren; Spannungen zwischen Verteidiger und

dem Gericht; Rechtsmissbrauch); Recht auf einen gesetzlichen Richter.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

**634. BGH 2 StR 120/05 – Urteil vom 8. Juli 2005 (LG Marburg)**

BGHSt; Gesamtstrafenbildung; vorbehaltene Sicherungsverwahrung (Verhältnis zur Sicherungsverwahrung; Hang; Gefährlichkeitsprognose); ne bis in idem (Strafklageverbrauch; Doppelbestrafungsverbot); Rückwirkungsverbot; Vertrauensschutz.

§ 55 Abs. 1 StGB; § 66 a Abs. 1 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 66 StGB

**635. BGH 2 StR 61/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005**

Fassungsversehen; Tenorkorrektur.

§ 260 Abs. 4 StPO; § 268 StPO

**636. BGH 2 StR 9/05 – Urteil vom 1. Juli 2005 (LG Wiesbaden)**

Entscheidung über die nachträgliche Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Zeitpunkt der Anordnung; Zeitpunkt der Mitteilung; Rechtsmittel; Erkennbarkeit von Tatsachen); Rückwirkungsverbot; Recht auf Freiheit und Sicherheit [redaktioneller Hinweis].

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

**637. BGH 2 StR 131/05 - Urteil vom 15. Juli 2005 (LG Darmstadt)**

Öffentlichkeit der Hauptverhandlung (Ausschluss des Angeklagten wegen Gefahr für Leib und Leben eines Zeugen); Anordnung der Telefonüberwachung (Verdacht); auslandsspezifische Hilflosigkeit (Darlegung; Beweiswürdigung); milderes Recht; Tatzeitrecht; Tateinheit (Klammerwirkung der Zuhälterei; Zusammentreffen in einem Handlungsteil).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 172 Nr. 1 a GVG; § 100a StPO; § 180 b Abs. 2 Nr. 1 StGB aF; § 2 Abs. 3 StGB; § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; 52 StGB

**638. BGH 2 StR 131/05 - Beschluss vom 6. Juli 2005 (LG Darmstadt)**

Konkludente Rücknahme der Revision (Begründung); Kosten des Rechtsmittels.

§ 302 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

**639. BGH 2 StR 131/05 - Beschluss vom 6. Juli 2005 (LG Darmstadt)**

Unzulässigkeit der Revision (fehlende Begründung).

§ 349 Abs. 1 StPO

**640. BGH 2 StR 131/05 - Beschluss vom 6. Juli 2005 (LG Darmstadt)**

Konkludente Rücknahme der Revision (Begründung); Kosten des Rechtsmittels.

§ 302 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

**641. BGH 2 StR 241/05 - Urteil vom 27. Juli 2005 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (nicht geringe Menge THC).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG

**642. BGH 2 StR 267/05 - Beschluss vom 20. Juli 2005 (LG Fulda)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Beschwer.

§ 349 Abs. 2 StPO; vor § 296 StPO

**643. BGH 2 StR 312/05 - Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Mühlhausen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verschulden des Fristversäumnisses; in Haft befindlicher Beschwerdeführer).

§ 44 StPO

**644. BGH 2 StR 360/04 - Urteil vom 3. August 2005 (LG Aachen)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung Mittäterschaft und Beihilfe: Interesse am Taterfolg, gleichberechtigter Partner, Tatherrschaft).

§ 30a BtMG; 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 29 GÜG

**645. BGH 2 StR 504/04 - Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Kassel)**

Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; Widerspruchsfreiheit der Feststellungen); Hehlerei (Untreue als Vortat); Revision der Staatsanwaltschaft (Verwerfung als offensichtlich unbegründet).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 259 StGB; § 266 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

**646. BGH 2 ARs 185/05 / 2 AR 105/05 - Beschluss vom 3. August 2005**

Abgabe des Jugendstrafverfahrens (häufige Ortswechsel).

§ 42 Abs. 3 JGG

**647. BGH 2 ARs 211/05 / 2 AR 120/05 - Beschluss vom 23. August 2005**

Sachdienlichkeit der Verfahrensverbindung.

§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

**648. BGH 2 ARs 240/05 / 2 AR 134/05 - Beschluss vom 13. Juli 2005**

Bestimmung des Vollstreckungsleiters.

§ 85 Abs. 2 JGG

**649. BGH 3 StR 128/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Oldenburg)**

Unzulässigkeit der Verfahrensrüge (Ablehnungsgesuch; Mitteilung der dienstlichen Erklärungen der Gerichtspersonen).

§ 26a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**650. BGH 3 StR 184/05 - Beschluss vom 5. Juli 2005 (LG Kiel)**

Urteilsgründe (persönlicher Werdegang des Angeklagten).

§ 267 Abs. 3 StPO

**651. BGH 3 StR 196/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Osnabrück)**

Unterschriftsleistung durch beisitzenden Richter (Verwendung bei der Staatsanwaltschaft); Urteilsabsetzungsfrist; absoluter Revisionsgrund.  
§ 275 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

**652. BGH 3 StR 199/05 - Beschluss vom 5. Juli 2005 (LG Hannover)**

Revision der Nebenklage (Statthaftigkeit; zum Anschluss berechtigendes Delikt); Aufklärungspflicht (bedeutungsloser Hilfsbeweisantrag).  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 395 StPO; § 400 StPO

**653. BGH 3 StR 205/05 - Beschluss vom 16. August 2005 (LG Hannover)**

Rechtsmittelverzicht; verfahrensbeendende Absprache.  
§ 302 Abs. 1 StPO

**654. BGH 3 StR 36/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Düsseldorf)**

Abfassung der Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (Verantwortung für die Schrift als Ganzes; Logorrhöe); Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Angabe der Verfahrenstatsachen); Untreue (Tateinheit; Tatmehrheit).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 345 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**655. BGH 3 StR 216/05 - Beschluss vom 14. Juli 2005 (LG Wuppertal)**

BGHSt; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erneute Anordnung; Auswirkungen auf den Maßregelvollzug; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz).  
§ 63 StGB

**656. BGH 3 StR 238/05 - Beschluss vom 14. Juli 2005 (LG Wuppertal)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln; Urteilsgründe (Tatbestand; Beweiswürdigung; Indizien).  
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 267 Abs. 1 StPO

**657. BGH 3 StR 241/05 - Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Oldenburg)**

Verfolgungsverjährung; Strafzumessung.  
§ 78 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

**658. BGH 3 StR 249/05 - Beschluss vom 9. August 2005 (LG Itzehoe)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung; Beruhen.  
§ 154 StPO; § 54 StGB; § 354 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

**659. BGH 3 StR 338/04 - Urteil vom 16. Juni 2005 (LG Verden)**

Aufklärungspflicht; verfahrensbeendende Absprache (Strafrahmenobergrenze; Freispruch); Härteausgleich (Zäsurwirkung); Verfall des Wertersatzes (Bruttoprinzip).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 55 StGB; § 73a StGB

**660. BGH 3 StR 368/02 – Urteil vom 28. Juli 2005 (LG Lüneburg)**

Angemessene Herabsetzung der Strafe (Entscheidung durch Urteil; Anwesenheit des Angeklagten in der Revisionshauptverhandlung); Strafzumessung durch das Revisionsgericht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO; § 349 Abs. 5 StPO

**661. BGH 1 StR 149/05 – Urteil vom 29. Juni 2005 (LG München)**

Strafzumessung (gerechter Schuldausgleich; Revisibilität; gesteigerte Darlegungspflichten bei Strafen an der unteren und oberen Grenze des Zulässigen; Untersuchungshaft).

§ 46 StGB; § 54 StGB

**662. BGH 1 StR 170/05 – Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Mannheim)**

Verbotene Vernehmungsmethoden (Voraussetzung einer bewussten Täuschung oder Irreführung; versehentliche Rollenmanipulation); Beruhen.

Art. 3 EMRK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 136a StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**663. BGH 1 StR 177/05 – Beschluss vom 28. Juni 2005 (LG Nürnberg)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (unzulässige Willensbeeinflussung); mangelnde Kompetenz des Tatgerichts zur Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 346 StPO

Die Befugnis des Tatgerichts zur Verwerfung der Revision ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen der Beschwerdeführer die für die Einlegung und Begründung des Rechtsmittels vorgeschriebenen Formen und Fristen nicht gewahrt hat (§ 346 Abs. 1 StPO). Soweit die Revision dagegen aus einem anderen Grund als unzulässig zu verwerfen ist, steht die Befugnis hierzu allein dem Revisionsgericht zu. Dies gilt auch dann, wenn ein solcher Grund mit Mängeln der Form- und Fristeinhaltung zusammentrifft.

**664. BGH 1 StR 178/05 – Beschluss vom 28. Juni 2005 (LG Coburg)**

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

**665. BGH 1 StR 65/05 – Urteil vom 12. Juli 2005 (LG Ellwangen)**

Wissentliche schwere Körperverletzung (Anforderungen an den subjektiven Tatbestand; Irrelevanz einer reinen Hoffnung auf das Ausbleiben schwerwiegender Folgen; Unterernährung von Kindern; Garantenstellung der Eltern: rechtzeitige Einschaltung von Ärzten; Abgrenzung von Tun und Unterlassen; Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorsatzes bzw. der Wissentlichkeit insbesondere bei Wahrnehmung des Schweigerechts: Einbeziehung der belegten Interessenlage, keine Unterstellung gegenteiliger Hoffnungen).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 225 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StGB; § 13 StGB; Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**666. BGH 1 StR 84/05 - Beschluss vom 22. Juli 2005 (LG Stuttgart)**

Festsetzung einer Pauschgebühr (Revisionsverfahren).  
§ 42 Abs. 1 RVG

**667. BGH 1 StR 184/05 – Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG München)**

Vorläufige Einstellung nach § 154 StPO (Verfahrenshindernis; ordentliche Wiederaufnahme auch nach Verweisung an ein anderes Gericht).  
§ 154 Abs. 2 StPO

**668. BGH 1 StR 208/05 – Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Hechingen)**

Unterbliebene Dolmetschervereidigung (fehlende Bezugnahme auf einen allgemeinen Eid; Ausschluss des Beruhens).  
§ 189 Abs. 2 GVG; § 357 StPO

**669. BGH 1 StR 222/05 – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Ravensburg)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionseinlegungsfrist (mangelnde Aufklärung über die Notwendigkeit, die Revisionsbegründungsschrift in deutscher Sprache abzufassen; ordnungsgemäße Rechtsmittelbelehrung).  
§ 35a StPO; § 44 Satz 2 StPO

**670. BGH 1 StR 227/05 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Bayreuth)**

Beweiswürdigung hinsichtlich des Vorwurfs des Auftragsmordes (Glaubhaftigkeitsanalyse; allgemeine Glaubwürdigkeit); Straftat im Sinne des § 30 StGB; Wertungswidersprüche bei gekreuzten Mordmerkmalen (mögliche Sperrwirkung einer Mindeststrafe).  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 30 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 261 StPO

**671. BGH 1 StR 279/05 – Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Stuttgart)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (erfolglose Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; fehlende Rechtsmittelbelehrung).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**672. BGH 1 StR 491/04 – Urteil vom 15. Juni 2005 (LG Baden)**

Gegenleistung bei der Bestechung (Vorteil; Rechtsgutsschutz bei den Bestechungsdelikten und der Untreue; mangelnder konkreter Schaden).  
§ 332 StGB; § 334 StGB; § 266 StGB

**673. BGH 1 StR 503/04 – Urteil vom 14. Juni 2005 (LG Regensburg)**

BGHSt; Rücktritt des Anstifters bei objektiv fehlgeschlagenem aber vermeintlich gelungenem Bestimmungsvorhaben (ernsthafte Bemühung: Gefahrbeseitigung

aus subjektiver Sicht; Freiwilligkeit); versuchte Anstiftung zum Verbrechen.

§ 31 Abs. 2 Alt. 1 StGB; § 24 StGB

**674. BGH 4 StR 109/05 – Beschluss vom 28. Juli 2005 (LG Mannheim)**

„Nötigung im Straßenverkehr“; vorsätzliche Straßenverkehrsgefährdung (konkrete Gefährdung); Tat im prozesualen Sinne; bedingter Tötungsvorsatz (offensichtlich lebensgefährliche Tathandlung: Rammen eines ungeschützten Motorradfahrers bei hoher Geschwindigkeit).  
§ 212 StGB; § 22 StGB; § 15 StGB; § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a StGB; § 240 StGB; § 264 StPO

**675. BGH 4 StR 124/05 – Beschluss vom 16. Juni 2005 (LG Bochum)**

Strafzumessung (Berücksichtigung verjährter Taten; Vorleben); redaktioneller Hinweis.  
§ 46 StGB; § 78 StGB

**676. BGH 4 StR 124/05 – Beschluss vom 16. Juni 2005**

Gegenstandslose Anträge der Nebenklage (fortwirkende Beistandsbestellung).  
§ 397 a Abs. 1 Satz 1 StPO

**677. BGH 4 StR 134/05 – Beschluss vom 14. Juli 2005 (LG Schwerin)**

Tateinheit zwischen Mord und Freiheitsberaubung (natürliche Handlungseinheit; Klammerwirkung; Teilidentität; für die Strafzumessung unbedeutende Änderung des Konkurrenzverhältnisses).  
§ 211 StGB; § 239 Abs. 4 StGB; § 52 StGB; § 354 StPO

**678. BGH 4 StR 22/05 – Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Stralsund)**

Einheitsjugendstrafe (Anordnung der Nichtanrechnung der einstweiligen Unterbringung des Angeklagten in der Wohngruppe eines Kinderheims; andere Freiheitsentziehung aus erzieherischen Gründen).  
§ 31 JGG; § 52a Satz 2 JGG

**679. BGH 4 StR 160/05 – Beschluss vom 6. Juli 2005 (LG Rostock)**

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

**680. BGH 4 StR 164/05 – Beschluss vom 19. Juli 2005 (LG Siegen)**

Beweisantragsrecht (unzulässige Wahrunterstellung; Erwiesenheit; unzulässige Einschränkung oder Veränderung der Beweisbehauptung).  
§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

**681. BGH 4 StR 184/05 – Urteil vom 19. Juli 2005 (LG Saarbrücken)**

Erörterungsmängel bei der Ablehnung einer Sicherungsverwahrung (Zeitpunkt und Grundlagen der Gefährlichkeitsprognose); unwirksame Beschränkung des Rechtsmittels auf die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung (Zusammenhang von Haftdauer und Gefährlichkeitsprognose).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

**682. BGH 4 StR 200/05 – Beschluss vom 5. Juli 2005 (LG Essen)**

Angemessene Gesamtstrafe nach § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO; Schuldspruchänderung.  
§ 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO

**683. BGH 4 StR 211/05 – Beschluss vom 12. Juli 2005 (LG Paderborn)**

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.  
§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO

**684. BGH 4 StR 263/05 – Beschluss vom 4. August 2005 (LG Münster)**

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

**685. BGH 4 StR 271/05 – Beschluss vom 26. Juli 2005 (LG Traunstein)**

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

**686. BGH 4 StR 350/05 – Beschluss vom 11. August 2005 (LG Bielefeld)**

Urteilsgründe (einheitliche Nummerierung).  
§ 267 StPO

**687. BGH 4 StR 534/04 – Beschluss vom 9. Juni 2005 (LG Essen)**

Überzeugungsbildung (mangelnde Feststellung).  
§ 261 StPO

**688. BGH 4 StR 549/04 – Urteil vom 7. Juli 2005 (LG Halle)**

BGHR; Vorteil im Sinne der Bestechungstatbestände (Vorteilsannahme; Vereinbarung der Begehung einer Ordnungswidrigkeit und einvernehmliche Verhängung eines Bußgeldes); Tat im prozessualen Sinne (getrennt mögliche Würdigung von Unrechts- und Schuldgehalt zweier Tathandlungen).  
§ 331 StGB; § 332 StGB; § 264 StPO

**689. BGH 4 StR 559/04 – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Frankenthal)**

BGHSt; Betrug (tatbestandliche Vermögensverfügung bei einem durch Täuschung erreichten Abschluss eines „0190er-Nummernvertrages“; Dreiecksbetrug; Rechtsverhältnisse bei Mehrwertdiensten); mittelbare Falschbeurkundung; Computerbetrug (Erschleichen von EC-Karten).  
§ 263 Abs. 1 StGB; § 271 StGB; § 263a StGB

**690. BGH 5 StR 55/05 – Urteil vom 14. Juni 2005 (LG Berlin)**

Strafaussetzung zur Bewährung (mangelnde Grundlage für eine positive Prognose).  
§ 56 Abs. 1 StGB; § 35 BtMG

**691. BGH 5 StR 192/05 – Beschluss vom 1. Juli 2005 (LG Zwickau)**

Strafschärfung aus generalpräventiven Gründen beim Handeltreiben in nicht geringer Menge (Wertungsfehler); ungewöhnlich hohe Divergenz zwischen Einsatzstrafe und Gesamtstrafe.

§ 46 StGB; § 29a BtMG; § 53 StGB

**692. BGH 5 StR 140/05 – Urteil vom 16. Juni 2005 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (grundsätzlich keine analoge Anwendung auf die Spielsucht; verminderter Schuldfähigkeit); Mittäterschaft.

§ 64 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

**693. BGH 5 StR 156/05 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Zwickau)**

(Vorbereiten der) Verbreitung pornographischer Schriften; Überzeugungsbildung (tatrichterliche Vermutung; Feststellungen).

§ 184 Abs. 1 Nrn. 6 und 8 StGB; § 261 StPO

**694. BGH 5 StR 168/05 (alt: 5 StR 120/97) – Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Berlin)**

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; überlange Verfahrensdauer; auszuweisende Kompensation: Vornahme durch das Revisionsgericht); milderes Gesetz (strikte Alternativität).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 2 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**695. BGH 5 StR 202/05 – Beschluss vom 12. Juli 2005 (LG Braunschweig)**

Besondere Beachtung der Verhältnismäßigkeit bei der Entscheidung nach § 67e StGB

§ 67e StGB

**696. BGH 5 StR 78/05 – Urteil vom 15. Juni 2005 (LG Hamburg)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Konflikttat; Strafzumessung; nicht festgestellte Strafschärfungsgründe).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

**697. BGH 5 StR 583/03 – Beschluss vom 1. Juli 2005 (LG Nürnberg-Fürth)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (Behauptung eines abgepressten Rechtsmittelverzichts; Missbrauch der Untersuchungshaft; Verfahrensabsprache; Glaubhaftmachung: Widersprüche im Vortrag, den Angeklagten belastende Zweifel; qualifizierte Belehrung).

§ 44 StPO; § 112 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 45 Abs. 2 StPO

**698. BGH 5 StR 227/05 – Beschluss vom 12. Juli 2005 (LG Berlin)**

Gesamtstrafenbildung (Entfallen der Zäsurwirkung bei der Geldstrafe).

§ 55 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

**699. BGH 5 StR 242/05 – Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Frankfurt)**

Vom Angeklagten selbst verfasste Revisionsbegründung (Zurückweisung wegen mangelnder Formerfordernisse). § 345 Abs. 2 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**700. BGH 5 StR 180/05 – Beschluss vom 10. August 2005 (LG Hamburg)**

BGHSt; gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Verbot, Richter in eigener Sache zu sein; mit Unrecht verworfenes Ablehnungsgesuch; Verwerfung als unzulässig; Vorbefassung; Willkür; Rechtsmissbrauch); rechtliches Gehör (Recht auf ein faires Verfahren); Divergenzvorlage (Überholung anderer Senatsentscheidungen durch eine Kammerentscheidung des BVerfG); redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 132 Abs. 2 GVG; § 31 Abs. 1 BVerfGG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 28 Abs. 2 StPO

**701. BGH 5 StR 259/05 – Beschluss vom 13. Juli 2005 (LG Hamburg)**

Überzeugungsbildung (bloße Vermutung des Tatrichters). § 261 StPO

**702. BGH 5 StR 285/05 – Beschluss vom 27. Juli 2005 (LG Berlin)**

Strafrahmenwahl beim schweren Raub (minder schwere Fälle; Jugendstrafrecht; Wertungsfehler). § 250 Abs. 3 StGB; § 249 Abs. 2 StGB

**703. BGH 5 StR 342/04 – Beschluss vom 30. Juni 2005 (LG Augsburg)**

Vorlage an den EuGH zur Vorabentscheidung hinsichtlich des Strafklageverbrauchs nach Art. 54 SDÜ (Begriffe „bereits vollstreckt“, „gerade vollstreckt“ und dieselbe Tat; Steuerhehlerei; Einfluss des Europäischen Haftbefehls; Urteil in Abwesenheit); Begriffe strafprozessualen Tat nach dem SDÜ.

Art. 35 Abs. 2 und Abs. 3 EU; § 1 Abs. 2 EuGH-G; Art. 54 SDÜ; § 374 AO

**704. BVerfG 2 BvR 497/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2005 (Kammergericht/LG Berlin/AG Tiergarten)**

Grundrecht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes (nur teilweise Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren); Durchsuchung einer Rechtsanwaltskanzlei (Besitz kinderpornographischer Schriften; kriminalistische Erfahrung); Beschlagnahme (keine Freigabe von beweiserheblichen Datenträgern mit Kanzleidaten); Durchsicht (Dateien; Computeranlage; Zuordnung der Daten nach ihrer Verfahrensrelevanz; automatisierte Überprüfung der Festplatte; "PERKEO-Report"); gesetzlicher Richter; Richterablehnung (Glaubhaftmachung; offenkundige Tatsachen); Umgehung der Vertreterkammer durch willkürliche Verwerfung nach § 26a StPO; Beschluss (rechtliches Gehör; Wartepflicht; Heilung); Prüfung durch das Beschwerdegericht.

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 110 StPO

**705. BVerfG 1 BvQ 25/05 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 16. August 2005 (BayVG/VG Bayreuth)**

Versammlungsfreiheit; einstweilige Anordnung des BVerfG (Folgenabwägung; doppelte Negativprognose; jährliche Versammlung); Störung des öffentlichen Friedens in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise durch Verherrlichung, Billigung und Rechtfertigung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; Wunsiedel; „Gedenken an Rudolf Heß“.

Art. 8 GG; § 130 Abs. 4 StGB; § 15 Abs. 1 VersG; § 32 Abs. 1 BVerfGG

**706. BVerfG 2 BvR 866/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Juni 2005 (LG Hamburg)**

Fernmeldegeheimnis; Telekommunikationsüberwachung (Beweisverwertungsverbot bei Zufallsfunden; Verwertung von rechtmäßig erlangten Zufallserkenntnissen über die Begehung von Nichtkatalogtaten für weitere Ermittlungen; Fernwirkung); Verletzung spezifischen Verfassungsrechts und Willkür.

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 100 a StPO

**707. BVerfG 2 BvR 157/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Juni 2005 (BGH/LG Oldenburg)**

Rechtsstaatsprinzip; Beschleunigungsgebot (ausreichende Berücksichtigung bei der Gesamtstrafenbildung; Abwägung; Gesamtdauer des Verfahrens; Schwere des Tatvorwurfs; Umfang und die Schwierigkeit des Verfahrensgegenstandes; Belastung des Betroffenen; keine Unterschreitung der Einsatzstrafe); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Mitteilung von Revisionsvorbringen; Mitteilung von unberücksichtigten justizbedingten Verzögerungen);

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK; § 54 StGB

**708. BVerfG 2 BvR 1357/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. August 2005 (OLG Düsseldorf/LG Duisburg)**

Freiheit der Person (Gesetzesvorbehalt; keine richterliche Rechtsfortbildung; kein Gewohnheitsrecht); kein „Wiederaufleben“ eines Haftbefehls durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Entlassung aus der Untersuchungshaft durch einstweilige Anordnung des BVerfG.

Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; § 112 StPO; § 114 StPO; § 44 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; § 32 Abs. 1 BVerfGG

**709. BVerfG 2 BvR 283/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. Juli 2005 (OLG Frankfurt/Main)**

Auslieferung zur Vollstreckung eines ausländischen, in Abwesenheit des Verfolgten ergangenen Strafurteils; rechtliches Gehör; unverzichtbarer Bestand der öffentlichen Ordnung (ordre public; Zusicherung; faires Verfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 25 GG; § 2 IRG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 EMRK; § 77 IRG; § 33a StPO

**710. BVerfG 2 BvR 625/01 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2005 (BGH/LG Köln)**

Rechtliches Gehör; gesetzlicher Richter (gesetzliche Zuständigkeitsordnung; materieller Gewährleistungsgehalt; Neutralität und Distanz; Verbot der echten Entscheidung in eigener Sache); Prüfung eines Ablehnungsgesuches nach § 26a StPO (Befangenheit; formelle Prüfung; enge Auslegung; keine Tauglichkeitsprüfung; keine inhaltliche Prüfung; keine Ablehnung wegen „offensichtlicher Unbegründetheit“); revisionsgerichtliche Kontrolle (keine hypothetische Begründetheitsprüfung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 26a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

**711. BGH 3 StR 446/04 – Beschluss vom 14. Juni 2005 (LG Krefeld)**

BGHR; Besorgnis der Befangenheit; gesetzlicher Richter (Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Verbot des Richters in eigener Sache; mit Unrecht verworfenes Ablehnungsgesuch; verfahrensfremde Ablehnungsgesuche; Verwerfung als unzulässig; Willkür; Rechtsmissbrauch; absoluter Revisionsgrund); faires Verfahren (unabhängiges und unparteiisches Gericht gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Hinzuziehung eines Dolmetschers); Protokollierung (Kompetenz des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten; Diktat von Wertungen); redaktioneller Hinweis. Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. e EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26 a StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 24 Abs. 1 und 2 StPO; § 187 GVG