

Publikationen

Wiss. Mit. **Sascha Ziemann**, Universität Frankfurt a.M. – **Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet der Wiederaufnahme in Strafsachen** S. 401

Karsten Gaede, Hamburg – **Die Vorlage des 1. Strafsenats zur Rügeverkümmern: Vorsichtige Förmlichkeit des Gesetzes und effiziente Rechtsfortbildung** S. 409

Dr. RA in wiss. Mit. Dr. **Kamila Matthies** LL.M. und RA wiss. Mit. **Denis Matthies**, Frankfurt Oder – „**Hände weg von der StPO!**“ S. 415

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR (*Sapunarescu v. Deutschland*) **Einschränkung des Konfrontationsrechts wegen der Bedrohung von Zeugen**

BVerfG **Beschleunigungsgebot in Haftsachen bei Veränderungen der Geschäftsverteilung**

BVerfG **Rechtsschutz bei lockerungsbezogenen Elementen des Vollzugsplans**

BGH (Fall El Motassadeq II) **Rügepräklusion beim Auskunftsverweigerungsrecht und Anforderungen an die Beihilfe (BGHSt)**

BGH **Keine Kompensation nach rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung bei Verhängung von Jugendstrafe wegen schädlicher Neigungen**

BGH **Unterbrechungsfrist von elf Tagen in § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO als Ordnungsvorschrift**

BGH **Abwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung: ausnahmsweiser Ausschluss des absoluten Revisionsgrundes**

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

BGH **Wirkung der Entsendebescheinigung E 101 im Strafverfahren (BGHSt)**

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

BGH **Unerlaubtes Handeltreiben mit Pilzen und Wortlautgrenze**

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

BGH **Täterschaft und Teilnahme bei Steuerhinterziehung**

Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 105 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche
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:

Prof. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Luzern); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

7. Jahrg., Dezember 2006, Ausgabe

12

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

946. EGMR (Nr. 22007/03) – Entscheidung der fünften Kammer vom 11. September 2006 (*Sapunarescu v. Germany*)

Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere Konfrontationsrecht bei Belastungszeugen und Entlastungszeugen (Gesamtbetrachtung; gesperrte Zeugen: Informanten, V-Leute, Ergänzungsfragen, V-Mann-Führer; verhältnismäßige Einschränkungen bei Drohungen des Angeklagten und „counterbalancing“; wesentliche Bedeutung einer Zeugenaussage; Sperrerklärung: Schutz von Leben und Gesundheit; Beleg von Tatprovokationen und Einstufung als Verfahrenshindernis oder Strafzumessungsgrund); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 EMRK; § 96 StPO analog

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf Aussagen beruht, die von einer Person gemacht worden sind, hinsichtlich derer der Angeklagte weder während der Ermittlungsphase noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte grundsätzlich in einem Ausmaß

beschränkt, das mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist.

2. Zu einem Einzelfall, in dem die Rechtseinschränkung auf einer Bedrohung des Zeugen durch den Angeklagten beruht und eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation behauptet wird.

891. BVerfG 2 BvR 1815/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Oktober 2006 (OLG Bamberg/AG Würzburg)

Beschleunigungsgebot in Haftsachen (organisatorische Vorkehrungen bei Änderung der Geschäftsverteilung; Begründungspflichten bei Haftfortdauerentscheidungen: Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsdisproportionalität); Freiheit der Person (Abwägung zwischen Freiheits- und Strafverfolgungsinteresse); Fortdauer der Untersuchungshaft.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 121 Abs. 1 StPO

1. Das Präsidium ist bei einem Ausscheiden eines Richters aus dem Dienst zwar nicht darauf beschränkt, lediglich die frei gewordene Stelle zu besetzen, es muss aber

bei einer Änderung der Geschäftsverteilung u.A. darauf zu achten, dass für die effektive Weiterbearbeitung der bereits terminierten Haftsachen Sorge getragen wird.

2. Auf Grund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 i.V.m. Art. 104 GG) muss das Verfahren der Haftprüfung und Haftbeschwerde so ausgestaltet sein, dass nicht die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition besteht (vgl. hierzu BVerfGE 53, 30, 65). Dem ist durch eine verfahrensrechtliche Kompensation (vgl. BVerfGE 17, 108, 117 ff.; 46, 325, 334 f.) des mit dem Freiheitsentzug verbundenen Grundrechtseingriffs, namentlich durch erhöhte Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 f.). Die mit Haftsachen betrauten Gerichte haben sich bei der zu treffenden Entscheidung über die Fortdauer der Untersuchungshaft mit deren Voraussetzungen eingehend auseinander zu setzen und diese entsprechend zu begründen. In der Regel sind in jedem Beschluss über die Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft aktuelle Ausführungen zu dem weiteren Vorliegen ihrer Voraussetzungen, zur Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit geboten (stRspr.). Diese Ausführungen müssen in Inhalt und Umfang eine Überprüfung des Abwägungsergebnisses am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht nur für den Betroffenen selbst, sondern auch für das die Anordnung treffende Fachgericht im Rahmen einer Eigenkontrolle gewährleisten und in sich schlüssig und nachvollziehbar sein (stRspr.).

890. BVerfG 2 BvR 1383/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juli 2006 (KG Berlin/LG Berlin)

Anfechtung der Feststellung zur Nichteignung für Vollzugslockerungen; effektiver Rechtsschutz (Begriff der Maßnahme bei § 109 StVollzG; lockerungsbezogene Elemente des Vollzugsplanes; kein Erfordernis vorheriger Beantragung von Vollzugslockerungen; Zuweisung in eine Wohn- und Behandlungsgruppe; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse: Feststellung, Wiederholungsgefahr); Persönlichkeitsrecht des Gefangenen (Strafvollzugsziel der Resozialisierung).

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 109 StVollzG; § 7 StVollzG

1. Der Begriff der Maßnahme zur Regelung einzelner Angelegenheiten im Sinne des § 109 StVollzG ist im Lichte der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auszulegen. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Handeln oder Unterlassen der Justizvollzugsanstalt eine regelnde Maßnahme im Sinne des § 109 StVollzG darstellt, kommt es darauf an, ob die Möglichkeit besteht, dass dieses Handeln oder Unterlassen Rechte des Gefangenen verletzt.

2. Lockerungsbezogene Elemente des Vollzugsplans können unter den Begriff der anfechtbaren Maßnahme i.S.d. § 109 StVollzG fallen. Dies gilt nicht nur dann,

wenn der Vollzugsplan erstmalig aufgestellt wird, sondern auch dann wenn neue Behandlungsmaßnahmen oder maßnahmebezogenen Negativplanungen in den Plan aufgenommen werden. Eine Maßnahme liegt aber auch dann vor, wenn bisherige Inhalte hinsichtlich der jeweiligen Behandlungsmaßnahme auf Grundlage erneuter Prüfung fortgeschrieben werden oder eine erneute Prüfung bei der Fortschreibung erforderlich gewesen wäre.

3. Die grundsätzlich gegebene Möglichkeit eine Rechtsverletzung durch lockerungsbezogene Lücken oder Inhalte des Vollzugsplans geltend zu machen, besteht unabhängig davon, ob der Gefangene zuvor Lockerungen beantragt hat.

4. Das Strafvollzugsgesetz hat die Funktion, die objektive und subjektive Rechtsstellung des Gefangenen gesetzlich festzulegen (vgl. BVerfGE 33, 1, 10 f.; 45, 187, 239). Das grundrechtlich gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete Persönlichkeitsrecht des Gefangenen gebietet, den Strafvollzug auf das Ziel der Resozialisierung auszurichten (BVerfGE 96, 100, 115; 98, 169, 200).

5. Auf die Einhaltung der den Vollzugsplan betreffenden gesetzlichen Bestimmungen hat der Gefangene, der Funktion des Strafvollzugsgesetzes entsprechend, einen einklagbaren Anspruch (stRspr.).

892. BVerfG 2 BvR 2132/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. September 2006 (OLG Nürnberg/LG Regensburg/JVA Straubing)

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vollzugsplanung im Strafvollzug (Resozialisierung; lebenslange Freiheitsstrafe); Vollzugsplan (Inhalte; zukünftige Behandlungsansätze); Vollzugskonferenz (Unzulässigkeit eines schriftlichen Verfahrens; Aktenkundigkeit der Durchführung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 7 Abs. 2 StVollzG; § 159 StVollzG

1. Der Vollzugsplan, zu dessen Aufstellung und kontinuierlicher Fortschreibung § 7 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 StVollzG die Vollzugsbehörde verpflichtet, ist zentrales Element eines am Resozialisierungsziel ausgerichteten Vollzuges. Der Vollzug von Freiheitsstrafen ist nicht nur kraft einfachen Gesetzesrechts, sondern von Verfassungs wegen auf das Ziel der Resozialisierung verpflichtet (vgl. BVerfGE 35, 202, 235 f.; 98, 169, 200). Der Plan hat daher – auch bei Verurteilten mit lebenslänglicher Freiheitsstrafe – auf die Entwicklung des Gefangenen und die in Betracht kommenden Behandlungsansätze in zureichender, Orientierung ermöglichender Weise einzugehen. Eine Vollzugsplanung, die diesbezügliche Mindestanforderungen nicht erfüllt, genügt auch den grundrechtlichen Anforderungen nicht.

2. Das Strafvollzugsgesetz fordert für die Aufstellung des Vollzugsplans, dass der Anstaltsleiter hierzu und zur Überprüfung des Vollzugsplans Konferenzen mit den an der Behandlung maßgeblich Beteiligten durchführt (§ 159 StVollzG). Diese dürfen nicht durch ein ausschließ-

lich schriftliches, auf den Austausch entsprechender Aktenvermerke beschränktes Verfahren ersetzt werden.

3. Der Vollzugsplan muss erkennen lassen, dass neben einer Beurteilung des bisherigen Behandlungsverlaufs auch eine Auseinandersetzung mit den zukünftig erforderlichen Maßnahmen stattgefunden hat. Hierzu sind wenigstens in groben Zügen die tragenden Gründe darzustellen, welche die Anstalt zur Befürwortung oder zur Verwerfung bestimmter Maßnahmen veranlasst haben.

4. Zeit, Ort und Teilnehmer sowie der wesentliche Inhalt der Vollzugsplankonferenz sind aktenkundig zu machen. Dabei kann dahinstehen, ob es der Anfertigung eines gesonderten Konferenzprotokolls bedarf; jedenfalls müssen die für den Gefangenen einsehbaren Unterlagen eine hinreichende Auseinandersetzung mit der Person des Betroffenen im Rahmen der seiner Vollzugsplanung gewidmeten Konferenz erkennen lassen.

893. BVerfG 2 BvR 30/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (OLG München/LG Augsburg/JVA Kaisheim)

Schuldgrundsatz bei Disziplinarsanktionen; gerichtliche Überprüfung von Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug (zureichende Sachverhaltsaufklärung; keine Auswechslung der Gründe durch das Gericht); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 120 StVollzG; § 33a StPO

1. Der Schuldgrundsatz verbietet es, eine Tat ohne Schuld des Täters strafend oder strafähnlich zu ahnden (vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 86, 288, 313). Die Verhängung einer Disziplinarmaßnahme auf der Grundlage eines bloßen Verdachts stellt einen Verstoß gegen den Schuldgrundsatz dar. Disziplinarmaßnahmen dürfen nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei geklärt ist, ob ein schuldhafter Pflichtverstoß überhaupt vorliegt (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Februar 2004 - 2 BvR 1709/02 -, BVerfGK 2, 318, 323 f.). Hinreichender Tat-sachenfeststellungen bedarf es auch für die gebotene Prüfung, ob die verhängten Sanktionen insgesamt

schuldangemessen und auch sonst verhältnismäßig sind (vgl. BVerfG StV 1994, 263).

2. Die fachgerichtliche Überprüfung grundrechtseingreifender Maßnahmen kann die rechtsstaatlich gebotene Beachtung des geltenden Rechts und den effektiven Schutz der berührten materiellen Rechte nur gewährleisten, wenn sie auf zureichender Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts beruht (vgl. BVerfGE 101, 275, 294 f.). Dies gilt auch für die gerichtliche Überprüfung eingreifender Maßnahmen im Strafvollzug. Der bloße Verweis des erkennenden Richters auf seine langjährigen Erfahrungen als Richter einer Strafvollstreckungskammer genügt dem nicht.

3. Das Gericht darf Rechtmäßigkeit einer angegriffenen Disziplinarmaßnahme nicht unter Auswechslung der von der Anstalt angeführten Gründe für die angenommene Pflichtwidrigkeit des sanktionierten Verhaltens bestätigen, sondern hat die Maßnahme auf der Grundlage des von der Anstalt erhobenen Vorwurfes zu prüfen.

894. BVerfG 2 BvR 473/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Oktober 2006 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart/AG Stuttgart)

Vorführungshaftbefehl (Anordnungsvoraussetzung; Terminverschiebung); Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeit; Subsidiarität des Vorführungshaftbefehls).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 230 Abs. 2 StPO

1. Ein Eingriff in die persönliche Freiheit kann nur vorgenommen werden, wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und auf rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann. Dieser Grundsatz gilt auch für den Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO.

2. Als Mittel, die Anwesenheit des Angeklagten in einem neuen Verhandlungstermin sicherzustellen, sieht § 230 Abs. 2 StPO in erster Linie die Anordnung der Vorführung vor. Erst in zweiter Linie kann der stärker in die persönliche Freiheit eingreifende Haftbefehl in Frage kommen.

3. Einem Termin, dessen Stattfinden nicht bekannt ist, kann man nicht unentschuldig fernbleiben.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

927. BGH 3 StR 139/06 – Urteil vom 16. November 2006 (Hanseatisches OLG)

BGHSt; Fall Motassadeq (11. September); Rügepräklusion (Entscheidung des Gerichts; sachleitende Anord-

nung des Vorsitzenden; Beurteilungsspielraum; Ermessen); Auskunftsverweigerungsrecht; Beihilfe (objektive Förderung der Haupttat; Kausalität; Gefahrerhöhung; Bedeutung des Gehilfenbeitrags; Vorsatz; Unrechtsdi-

mension); Mord (niedriger Beweggrund; Heimtücke).
§ 55 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 129a StGB; § 211 StGB; § 27 StGB

4. Nach § 27 Abs. 1 StGB macht sich als Gehilfe strafbar, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe leistet. Nach ständiger Rechtsprechung (etwa BGHSt 46, 107, 109 = BGH 5 StR 624/99 - Urteil vom 1. August 2000; BGH NSTz 2004, 499, 500 = BGH 4 StR 533/03 - Urteil vom 18. März 2004) ist als Hilfeleistung in diesem Sinne grundsätzlich jede Handlung anzusehen, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert. Dass sie für den Eintritt dieses Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich. Des weiteren kommt es auf das Gewicht des tatfördernden Beitrags für dessen Einstufung als Hilfeleistung grundsätzlich nicht an; dieses ist allein für die Strafzumessung relevant. (Bearbeiter)

985. BGH 5 StR 70/06 – Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Bonn)

Bestechlichkeit (besonders schwerer Fall; Begriff des Ermessens); Amtsträger (Rhein-Sieg-Kreis; maßgeblicher Zeitpunkt des Tatzeitrechts).
§ 332 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 2 Abs. 1 StGB

1. Für die Frage der Amtsträgereigenschaft kommt es auf das Tatzeitrecht und nicht auf das im Zeitpunkt der ersten Anstellung als Geschäftsführer geltende Recht an. Die Amtsträgerstellung muss nur im Tatzeitpunkt begründet sein.

2. Amtsträger im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB ist, wer dazu bestellt ist, bei einer Behörde oder sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrzunehmen. Auch als juristische Personen des Privatrechts organisierte Einrichtungen und Unternehmen der öffentlichen Hand können als „sonstige Stellen“ den Behörden gleichzustellen sein, wenn bei ihnen Merkmale vorliegen, die eine Gleichstellung rechtfertigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie

bei ihrer Tätigkeit öffentliche Aufgaben wahrnehmen und dabei derart staatlicher bzw. kommunaler Steuerung unterliegen, dass sie bei einer Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale als „verlängerter Arm“ des Staates erscheinen (vgl. BGHSt 49, 214, 219; BGHSt 50, 299, 303; je m.w.N.).

3. Ein Ermessen im Sinne von § 332 Abs. 3 Nr. 2 StGB meint nach der Systematik und dem Sinn und Zweck der Vorschrift lediglich das Vorhandensein mehrerer rechtmäßiger Entscheidungsvarianten, unter denen der Amtsträger die Wahl hat, nicht ein Ermessen im strikt verwaltungsrechtlichen Sinne.

989. BGH 5 StR 386/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Berlin)

Bandenmäßiger und gewerbsmäßiger Betrug (unzureichende Feststellungen zur Tatbegehung auf Grund einer Bandenabrede und zur Bandenabrede selbst; gesonderte Mittäterschaftszurechnung); gesonderte Beurteilung von Tateinheit und Tatmehrheit für jeden Mittäter für jede einzelne Tat.

§ 263 Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, wenn an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter beteiligt sind, vielmehr für jeden Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist dabei der Umfang des Tatbeitrags.

2. Hat ein Mittäter, der an der unmittelbaren Ausführung der Taten nicht beteiligt ist, einen alle Einzeldelikte fördernden Tatbeitrag bereits im Vorfeld erbracht, werden ihm diejenigen Taten der anderen Mittäter als tateinheitlich begangen zugerechnet, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die Mittäter die ihnen zurechenbaren Taten gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Belang (BGH NSTz-RR 2003, 265, 267; wistra 2001, 336, 337).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

973. BGH 4 StR 340/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Detmold)

Strafvereitelung (Selbstbegünstigungsprivileg); uneidliche Falschaussage; Aussagenotstand (Erörterungsman- gel).

§ 258 Abs. 5 StGB; § 153 StGB; § 157 StGB

Dass die Absicht, die Gefahr einer Bestrafung von sich abzuwenden, der einzige oder wesentliche Beweggrund

für die falsche Aussage war, setzt § 157 StGB nicht voraus (vgl. BGHR StGB § 157 Abs. 1 Selbstbegünstigung 1 m.w.N.). Ebenso wenig wird § 157 StGB dadurch ausgeschlossen, dass der Angeklagte den Aussagenotstand durch seine falschen Angaben in einer früheren Vernehmung schuldhaft herbeigeführt hat (vgl. BGHSt 8, 301, 318 f.; BGH StV 1995, 249 m.w.N.).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

931. BGH 3 StR 326/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (OLG Naumburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kompensation bei aus erzieherischen Gründen verhängter Jugendstrafe).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 18 Abs. 2 JGG

Eine über die Feststellung einer rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung hinausgehende Kompensation des Konventionsverstößes zugunsten des Angeklagten in Form eines bezifferten Abschlags von der – sonst zu verhängenden – Jugendstrafe kommt nicht in Betracht, wenn die Verhängung von Jugendstrafe auch wegen schädlicher Neigungen erforderlich ist und die Strafe allein nach erzieherischen Erfordernissen bemessen wird.

916. BGH 2 StR 450/06 - Beschluss vom 8. November 2006 (LG Mühlhausen)

Strafzumessung (allgemeine Milderungsgründe; vertypte Milderungsgründe).

§ 46 StGB; § 49 StGB; § 50 StGB

Beim Zusammentreffen allgemeiner Milderungsgründe und vertypter Milderungsgründe ist zunächst zu prüfen, ob die allgemeinen Milderungsgründe allein zur Annahme eines minder schweren Falls führen, da die vertypten Milderungsgründe dann für eine Strafrahmenermilderung nach § 49 StGB nicht verbraucht sind.

962. BGH 1 StR 483/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Amberg)

Nachträgliche Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (keine neuen Umstände; Bewertung von ubiquitärem Vollzugsverhalten).

§ 66a StGB

1. Nach § 66a Abs. 2 Satz 2 StGB ist die endgültige Sicherungsverwahrung anzuordnen, wenn die Gesamtwürdigung des Verurteilten, seiner Taten und seiner Entwicklung während des Strafvollzugs ergibt, dass von ihm erhebliche Straftaten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden. Voraussetzung ist daher die prognostizierte Gefahr schwerwiegender Delikte gegen die Person; nicht erfasst sind Vermögensdelikte. Die Berücksichtigung des Verhaltens des Verurteilten im Strafvollzug soll dabei vor allem seine Entwicklung in einer Behandlung als gewichtigen Prognosefaktor erfassen, wobei weitere prognoserelevante Gesichtspunkte z.B. aggressive Handlungen gegen Strafvollzugsbedienstete oder Mitgefängene, Straftaten oder subkulturelle Aktivitäten im Vollzug,

Drohungen oder andere Äußerungen sein können, die auf eine Rückkehr in kriminelle Subkulturen und eine Wiederaufnahme insbesondere von Gewalt- oder Sexualkriminalität hindeuten.

2. Ubiquitäre und vollzugstypische Verhaltensweisen können nicht ohne weitere Feststellungen nicht als Hinweis auf eine erhebliche Gefährlichkeit eines Verurteilten gewertet werden (vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 23. August 2006 - 2 BvR 226/06 - Rdn. 32).

909. BGH 2 StR 346/06 - Beschluss vom 20. Oktober 2006 (LG Frankfurt)

Strafzumessung (Gesamtstrafenbildung; starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Darlegung; Urteilsgründe); Zurückverweisung (Beschlussverfahren; neue Hauptverhandlung).

§ 354 Abs. 1 b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB; § 54 StGB

1. Eine ganz erhebliche Erhöhung der Einsatzstrafe bei der Gesamtstrafenbildung – etwa von neun Monaten auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren – erfordert eine eingehende Begründung, die sich nicht auf formelhafte Ausführungen beschränken darf, auch wenn die Gesamtstrafe aus einer sehr großen Zahl von Einzelstrafen zu bilden ist.

2. In Fällen, in denen dem Tatgericht bei der Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe echte Zumessungsfehler unterlaufen sind, ist das Beschlussverfahren gem. §§ 460, 462 StPO in der Regel ungeeignet, sodass nicht gem. § 354 Abs. 1b StPO zu entscheiden, sondern eine neue Hauptverhandlung anzuordnen ist.

983. BGH 5 StR 316/06 – Urteil vom 25. Oktober 2006 (LG Zwickau)

Rechtsfehlerhafte Prüfung der Sicherungsverwahrung (gesteigerte sexuelle Triebhaftigkeit; Abweichung von der Begutachtung durch den Sachverständigen: eigene Sachkunde, Darlegungspflicht; Symptomtaten und Gelegenheitstaten; Aufhebung des Strafausspruchs im Zusammenhang).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB

Die Anwendung des § 66 StGB ist unter dem Gesichtspunkt des Gelegenheitscharakters der Tat lediglich dann ausgeschlossen, wenn eine äußere Tatsituation oder Augenblickserregung die Tat allein verursacht hat (vgl. BGH MDR 1980, 326, 327; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 7). Zum Begriff der Gelegenheitstat.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

927. BGH 3 StR 139/06 – Urteil vom 16. November 2006 (Hanseatisches OLG)

BGHSt; Fall Motassadeq (11. September); Rügepräklusion (Entscheidung des Gerichts; sachleitende Anordnung des Vorsitzenden; Beurteilungsspielraum; Ermessen); Auskunftsverweigerungsrecht; Beihilfe (objektive Förderung der Haupttat; Kausalität; Gefahrerhöhung; Bedeutung des Gehilfenbeitrags; Vorsatz; Unrechtsdimension); Mord (niedriger Beweggrund; Heimtücke).
§ 55 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 129a StGB; § 211 StGB; § 27 StGB

1. Liegt einer sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zugrunde, die ihm einen Beurteilungsspielraum oder Ermessen eröffnet, so kann ein Verfahrensbeteiligter die Revisionsrüge, die Maßnahme habe die Grenzen des Beurteilungsspielraums bzw. Ermessens überschritten, grundsätzlich nur dann zulässig erheben, wenn er in der Hauptverhandlung von dem Rechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht hat. (BGHSt)

2. Hat der Vorsitzende einem Zeugen unter Verletzung seines Beurteilungsspielraums zu Unrecht ein Auskunftsverweigerungsrecht gemäß § 55 StPO zugebilligt, so kann ein Verfahrensbeteiligter eine Verfahrensrüge hierauf demgemäß im Allgemeinen nur dann stützen, wenn er in der Hauptverhandlung die Entscheidung als unzulässig beanstandet hat. (BGHSt)

3. Dies gilt jedenfalls für den verteidigten Angeklagten, da der Verteidiger um den Rechtsbehelf nach § 238 Abs. 2 StPO weiß; ob diese Maßstäbe auch für den unverteidigten Angeklagten gelten, lässt der Senat offen. (Bearbeiter)

986. BGH 5 StR 349/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Hamburg)

BGHR; besondere Unterbrechungsfrist von elf Tagen (Konzentrationsmaxime; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; nicht reversible Ordnungsvorschrift; ausnahmsweiser Ausschluss des Beruhens).
§ 229 Abs. 1 StPO; § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass die besondere Unterbrechungsfrist von elf Tagen in § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO, anders als die neue Dreiwochenfrist in § 229 Abs. 1 StPO, nunmehr nur noch als nicht reversible Ordnungsvorschrift anzusehen ist. (BGHR)

2. Ein Ausschluss des Beruhens bei der geltend gemachten Verletzung der besonderen Unterbrechungsfrist von elf Tagen in § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO ist möglich, die abschließende Urteilsberatung (am 3. März 2006) sicher innerhalb der Frist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO stattge-

funden hat (vgl. RGSt 57, 422, 423; BGH StV 1982, 4, 5; 2006, 516). (Bearbeiter)

974. BGH 4 StR 353/06 – Beschluss vom 26. September 2006 (LG Stralsund)

Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (unberechtigte Abwesenheit; absoluter Revisionsgrund: Ausnahmefallgruppen; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung); Verzicht eines Zeugen auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO nach qualifizierter Belehrung (Protokollierungspflicht).
§ 171b Abs. 1 GVG; § 247 Satz 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Die Verhandlung über die Entlassung gehört nicht mehr zur Vernehmung, sondern ist ein selbständiger Verfahrensabschnitt und grundsätzlich auch ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (st. Rspr.). Der Angeklagte, dessen Entfernung aus dem Sitzungssaal während der Vernehmung eines Zeugen durch das Gericht angeordnet worden ist, muss daher zur Verhandlung über die Entlassung des Zeugen wieder zugelassen werden.

2. Ein Ausnahmefall, in dem trotz vorschriftswidriger Abwesenheit des Angeklagten während der Verhandlung über die Entlassung der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht eingreift, kann vorliegen, wenn ausnahmsweise schon denkgesetzlich jegliches Beruhen des Urteils auf der bloßen Abwesenheit des Angeklagten während der Entscheidung über die Entlassung der Zeugin auszuschließen ist.

3. Der Senat lässt offen, ob ein solcher Ausnahmefall dann anzunehmen wäre, wenn die Zeugin unter Berufung auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht „schlicht“ jegliche Angaben, die sich auf die Sache beziehen, unterlassen hätte. Ebenso lässt er offen, ob ein Ausnahmefall vorliegt, wenn ein Zeuge nach BGHSt 45, 203 seinen Verzicht auf das Verwertungsverbot von sich aus und ohne weitere Angaben erklärt.

4. Ein Zeuge, der trotz Zeugnisverweigerung die Verwertung seiner bei nicht richterlichen Vernehmungen gemachten Angaben gestattet, ist über die Folgen seines Verzichts auf das sonst bestehende Verwertungsverbot ausdrücklich zu belehren (BGHSt 45, 203, 208). Diese „qualifizierte“ Belehrung ist - nicht anders als die „qualifizierte“ Rechtsmittelbelehrung nach einer Urteilsabsprache (BGHSt - GSS - 50, 40) - eine wesentliche Förmlichkeit und deshalb nach den allgemeinen Grundsätzen zu protokollieren (§ 273 Abs. 1 StPO).

907. BGH 2 StR 334/06 - Beschluss vom 27. Oktober 2006 (LG Limburg)

Zeugnisverweigerungsrecht; umfassendes Verwertungsverbot (Aussage gegenüber Sachverständigem; Zusatztat-

sache); Entscheidung des Gerichts (Zwischenrechtsbehelf; Rüge; Beschluss; keine Präklusion durch Widerspruchslösung).

§ 252 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

1. § 252 StPO enthält nicht nur ein Verlesungs-, sondern ein Verwertungsverbot, das nach der berechtigten Zeugnisverweigerung auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage, insbesondere die Vernehmung von Verhörspersonen, ausschließt (vgl. BGHSt 46, 189, 192 = BGH 2 StR 354/00 - Urteil vom 3. November 2000; BGHSt 45, 203, 205 = BGH 4 StR 189/99 - Urteil vom 23. September 1999).

2. Mitteilungen eines gemäß § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen über Zusatztatsachen, zu denen regelmäßig auch die Tatschilderung eines auf seine Glaubwürdigkeit zu begutachtenden Zeugen gehört, stehen einer Aussage im Sinne des § 252 StPO gleich (BGHSt 46, 189, 192 = BGH 2 StR 354/00 - Urteil vom 3. November 2000). Dies gilt auch dann, wenn der oder die Sachverständige außerhalb des anhängigen Strafverfahrens - etwa in einem Zivilrechtsstreit oder auch in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit - tätig geworden ist (vgl. BGHSt 36, 384, 387 f. = BGH 1 StR 693/89 - Urteil vom 20. März 1990; BGH NStZ 1998, 629 = BGH 3 StR 686/97 - Urteil vom 25. März 1998).

3. Soweit die Rechtsprechung ausnahmsweise die Vernehmung der Richter zulässt, die an der früheren Vernehmung mitgewirkt haben (BGHSt 2, 99; BGHSt 27, 231), kann diese Ausnahme auf die Befragung durch die Sachverständige, die einer richterlichen Vernehmung nicht gleichgesetzt werden kann, keine Anwendung finden (BGHSt 13, 1, 4).

4. Einen Verstoß gegen § 252 StPO darf der Angeklagte auch dann rügen, wenn er selbst oder sein Verteidiger der Verwertung nicht widersprochen hat, da im Rahmen des § 252 StPO eine etwaige Einwilligung der Verfahrensbeteiligten unbeachtlich ist.

5. Eine Präklusion der Rüge wegen Verzichts auf den in § 238 Abs. 2 StPO vorgesehenen Zwischenrechtsbehelf scheidet bei Eingriffen in die Entscheidungsfreiheit eines Zeugen aus.

928. BGH 3 StR 277/06 - Urteil vom 7. September 2006 (LG Düsseldorf)

Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Zeitpunkt; letztes Wort); verweigerte Entgegennahme eines Beweisantrags; Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier: Täterschaft, Beihilfe).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 25 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 52 StGB; § 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

1. Der Senat lässt offen, ob und nach welchen Maßstäben eine einschränkende Auslegung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO (Unzulässigkeit einer Richterablehnung wegen

Besorgnis der Befangenheit nach dem letzten Wort des Angeklagten) geboten sein kann, um unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden, wenn zwar eine Voreingenommenheit deutlich zu Tage getreten ist, die Ablehnungsgründe aber erst nach dem letzten Wort entstanden oder bekannt geworden sind. (Bearbeiter)

2. Es ist grundsätzlich nicht zulässig, einen Verteidiger, der nach Urteilsberatung, aber vor der Urteilsverkündung einen Beweisantrag stellen will, nicht zu Wort kommen zu lassen und ihn dadurch an der Stellung des Antrages zu hindern; zur Ausnahme vgl. BGH 5 StR 129/05 - Beschluss vom 14. Juni 2005 = BGH HRRS 2005 Nr. 543 m. krit. Anm. Ventzke HRRS 2005, 233. (Bearbeiter)

971. BGH 4 StR 335/06 – Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Saarbrücken)

Heimtückemord (konkrete Hinweispflicht; faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; § 211 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1 StPO

1. Wenn auch § 265 StPO keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält, in welcher Weise ein Angeklagter auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts hinzuweisen ist, ergibt sich doch aus dem Zweck der Vorschrift, den Angeklagten vor Überraschungen zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, sich gegenüber dem neuen Vorwurf zu verteidigen, dass der Hinweis so gehalten sein muss, dass er es dem Angeklagten und seinem Verteidiger ermöglicht, die Verteidigung auf den neuen rechtlichen Gesichtspunkt einzurichten (BGHSt 13, 320, 323 f.; BGH MDR 1991, 1025).

2. Nennt ein Strafgesetz mehrere gleichwertig nebeneinander stehende Begehungsweisen, so ist der Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO nur dann ausreichend, wenn er angibt, welche Begehungsform nach Auffassung des Gerichts – und nicht nur etwa von Verfahrensbeteiligten (vgl. BGHSt 19, 141; 23, 95, 98; BGH NStZ 1998, 529, 530) – im gegebenen Fall in Betracht kommt (BGHSt 2, 371, 373; 23, 95; 25, 287). Das gilt – nach ständiger Rechtsprechung – sowohl bei einem Übergang von bestimmten Mordmerkmalen zu anderen (vgl. BGHSt 23, 95) als auch in dem Fall, dass die zugelassene Anklage überhaupt kein Mordmerkmal nennt (vgl. BGH StV 1998, 583; NStZ 1998, 529, 530; 2005, 111, 112).

944. BGH 1 StR 180/06 – Urteil vom 16. Oktober 2006 (LG Mannheim)

Rechtsfehlerhafter Freispruch (Beweiswürdigung; Erörterungsmangel: nahe liegende Schlussfolgerung in einem wieder aufgenommenen Totschlagsverfahren); Zulässigkeit der Inbegriffsrüge bei Vortrag in der Sachrüge.

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 359 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Ein Rechtsfehler kann aber auch darin liegen, dass eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen wurde, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen könnten. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu

Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (vgl. BGH NJW 2005, 1727; NStZ-RR 2005, 147, 148).

2. Mit der Verfahrensbeschwerde kann geltend gemacht werden, dass eine verlesene Urkunde oder Erklärung unvollständig oder unrichtig im Urteil gewürdigt worden sei (BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 30). Dass der Beschwerdeführer seine Beanstandung im Zusammenhang mit seinen Darlegungen zur Sachrüge und ohne ausdrücklichen Hinweis auf § 261 StPO vorgetragen hat, ist unerheblich. Ein Irrtum in der Bezeichnung der Rüge als Sach- oder Verfahrensrüge ist unschädlich, vorausgesetzt, dass der Inhalt der Begründungsschrift deutlich erkennen lässt, welche Rüge gemeint ist. Entscheidend ist die wirkliche rechtliche Bedeutung des Revisionsangriffs, wie er dem Sinn und Zweck des Revisionsvorbringens zu entnehmen ist; eine Bezeichnung der verletzten Gesetzesvorschrift ist nicht erforderlich (vgl. BGHSt 19, 273, 275, 279).

967. BGH 1 StR 503/06 – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Kempten)

Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge bei der Verletzung des Äußerungsrechts nach Beweiserhebungen (Bericht der Jugendgerichtshilfe; Vortrag zum Beruhen); Nichtanwesenheit der geladenen Jugendgerichtshilfe; Hinweispflicht; Anregung einer Revisionsgegnerklärung der Staatsanwaltschaft.
§ 257 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 265 StPO; § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO; Nr. 162 Abs. 2 RiStBV

Dem Verteidiger ist die Befugnis, sich nach einer Beweiserhebung zu äußern nur auf Verlangen einzuräumen, § 257 Abs. 2 StPO. Dementsprechend muss derjenige, der eine Verletzung dieses Rechts rügen will, vortragen, dass er sich zu Wort gemeldet habe, um eine solche Erklärung abzugeben, ihm dies aber verwehrt worden sei. Ebenso ist vorzutragen, dass der als Voraussetzung für eine derartige Verfahrensrüge in der Regel erforderliche Gerichtsbeschluss (§ 238 Abs. 2 StPO) eingeholt wurde und warum, vor allem im Hinblick auf die Schlussausführungen (§ 258 Abs. 1 StPO), die behauptete Verletzung von § 257 Abs. 2 StPO auf das Urteil irgend einen Einfluss gehabt haben könnte.

936. BGH 3 StR 370/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Verden)

Telefonüberwachung (Verwertbarkeit; Anordnung; Tatverdacht; Verfahrensrüge; Darlegungsanforderungen);

Anrechnungsmaßstab für im Ausland erlittene Freiheitsentziehung (Niederlande; 1:1).

§ 100a StPO; § 100b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 51 Abs. 4 StGB

Ist eine Anordnung zur Überwachung der Telekommunikation (§§ 100a, 100b StPO) im Rahmen desselben Verfahrens ergangen wie das mit der Revision angegriffene Urteil, so muss die Begründung der Verfahrensrüge, mit der die Rechtswidrigkeit der Anordnung geltend gemacht wird, gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO diejenigen Verfahrenstatsachen mitteilen, aus denen sich die Rechtswidrigkeit ergeben soll (Abgrenzung zu BGH 3 StR 122/02 - Beschluss vom 1. 8. 2002 = BGHSt 47, 362: Anordnung in einem anderen Ermittlungsverfahren).

912. BGH 2 StR 417/06 - Beschluss vom 31. Oktober 2006 (LG Köln)

Indizienbeweis (Beweiswürdigung; Darlegung; Urteilsgründe); Schätzung (Grundlage; eigene Sachkunde; Kriterien).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Bei der Würdigung indizieller Beweisergebnisse ist es in der Regel erforderlich, in den Urteilsgründen die tatsächlichen Anknüpfungspunkte der Würdigung so mitzuteilen, dass dem Revisionsgericht eine Überprüfung möglich ist.

2. Beruhen Feststellungen auf Schätzungen, so müssen deren Grundlagen mitgeteilt werden. Des erfordert insbesondere die Angabe, aufgrund welcher Sachkunde und anhand welcher Kriterien die Beurteilung stattgefunden hat.

3. Den Angeklagten belastende Schlussfolgerungen dürfen nicht auf Vermutungen oder bloße Möglichkeiten gestützt werden.

982. BGH 5 StR 303/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Hamburg)

Keine wechselseitige Überbürdung von Auslagen (beiderseits erfolglose Rechtsmittel von Angeklagten und Nebenklägern).

§ 473 Abs. 1 Satz 3 StPO

Bei beiderseits erfolglosen Rechtsmitteln von Angeklagten und Nebenklägern findet eine wechselseitige Überbürdung von Auslagen nicht statt (BGHR StPO § 473 Abs. 1 Satz 3 Auslagenerstattung 1).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

948. BGH 1 StR 44/06 – Urteil vom 24. Oktober 2006 (LG München I)

BGHSt; keine Durchführung eines Strafverfahrens wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen bei erteilter Entsendebescheinigung E 101 solange die erteil-

te Bescheinigung nicht zurückgenommen ist (Bindungswirkung für deutsche Organe der Strafrechtspflege; sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht; Vorrang des Gemeinschaftsrechts); Vorlagepflicht (acte clair-Doktrin).

§ 266a Abs. 1 und 2 StGB; § 5 Abs. 1 SGB IV; § 6 SGB IV; Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag; Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag

1. Eine von einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union erteilte Entsendebescheinigung (E 101) bindet auch die deutschen Organe der Strafrechtspflege. (BGHSt)

2. Die Durchführung eines Strafverfahrens wegen Vorhaltens von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266a Abs. 1 StGB) ist ebenso gehindert wie eine Strafverfolgung in Zusammenhang mit Erklärungen gegenüber den Behörden des Entsendestaates zur Erlangung der E 101-Bescheinigung jedenfalls solange die erteilte Bescheinigung nicht zurückgenommen ist. (BGHSt)

3. Die Bindungswirkung entfällt nicht, wenn in Rede steht, dass die Entsendebescheinigung durch Manipulation erschlichen worden ist. (Bearbeiter)

4. Zur Natur des § 266a StGB als sozialrechtsakzessorische Strafvorschrift und als Unterlassungsdelikt. (Bearbeiter)

5. Es kann dahinstehen, ob § 266a StGB allein die Nichtabführung von Beiträgen aufgrund einer inländischen Sozialversicherungspflicht betrifft oder aufgrund der Verknüpfung der europäischen Sozialsysteme auch das gesamteuropäische Beitragsaufkommen schützt. (Bearbeiter)

954. BGH 1 StR 384/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Bamberg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Pflanzen oder Pflanzenteile im Sinne der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG; psilocybin- und psilocinhaltige Pilze; Gesetzlichkeitsprinzip: Bestimmtheitsgrundsatz, Analogieverbot, Wortlautgrenze, Alltagsverständnis).

§ 29 BtMG; Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG

1. Pilze werden von dem Pflanzenbegriff im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 BtMG und der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG in den vom 1. Februar 1998 bis 17. März 2005 geltenden Fassungen erfasst.

2. Als spezielle Ausformung des Willkürverbots für die Strafgerichtsbarkeit verpflichtet das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (BVerfGE 71, 108, 114; 73, 206, 234; 75, 329, 340 f.; 78, 374, 381 f.; BVerfG NJW 2005, 2140, 2141). Dieser strenge Gesetzesvorbehalt garantiert, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (BVerfGE 47, 109, 120; 71, 108, 114; 105, 135, 153; BVerfG NJW 2005, 2140, 2141). Dies dient dem Schutz des Normadressaten, der in der Lage sein muss, anhand

der gesetzlichen Regelung vorzusehen, ob ein Verhalten strafbar ist; in Grenzfällen muss für ihn wenigstens das Risiko einer Bestrafung erkennbar sein (BVerfGE 71, 108, 115; BVerfG NJW 2001, 1848, 1849). Hieraus folgt das Verbot strafbegründender oder -schärfender Analogie nach Art. 103 Abs. 2 GG, § 1 StGB (BVerfGE 14, 174, 185; 26, 41, 42; 64, 389, 393 f.). Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Auslegung, wobei dieser aus der Sicht des Normadressaten – also grundsätzlich nach dem allgemeinen Sprachverständnis der Gegenwart – zu bestimmen ist (BVerfGE 71, 108, 115; 92, 1, 12; NJW 2001, 1848, 1849; 2005, 2140, 2141).

981. BGH 5 StR 164/06 – Urteil vom 7. November 2006 (LG Kaiserslautern)

Steuerhinterziehung (Fall 1. FC Kaiserslautern; Sonderzahlungen an Fußballprofis: verdeckte Lohnzahlungen; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe); Strafzumessung (Spielraum des Tatrichters); Beweisanspruch auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Unerreichbarkeit); Scheingeschäft nach § 41 AO; Hilfsbeweisanspruch (Bedeutungslosigkeit).

§ 370 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 41 Abs. 2 AO; § 244 Abs. 6 StPO

1. Anders als bei Steuerhinterziehung durch Unterlassen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Nr. 1 Täter 4) kann Mittäter einer Steuerhinterziehung in der hier verwirklichten Begehensvariante (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) auch derjenige sein, den selbst keine steuerlichen Pflichten treffen, der aber als Dritter zugunsten des Steuerpflichtigen handelt (st. Rspr.; vgl. BGHSt 38, 37, 41; BGHR aaO; BGH NSStZ 1986, 463). Bei Steuerhinterziehung durch aktives Tun ist deshalb in jedem Einzelfall zu prüfen, wer in welchem Umfang an der Abgabe unrichtiger Steuererklärungen mitgewirkt hat. Nicht allein ausschlaggebend ist, wer für die Erfüllung der steuerlichen Erklärungspflichten verantwortlich ist.

2. Ein Beweismittel ist dann unerreichbar im Sinne der vorgenannten Vorschrift, wenn alle Bemühungen des Gerichts, die der Bedeutung und dem Wert des Beweismittels entsprechen, zu dessen Beibringung erfolglos geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen. Ein im Ausland lebender Zeuge, dessen Erscheinen nicht erzwungen werden kann, ist selbst ohne förmliche Ladung als unerreichbar anzusehen, wenn er sich definitiv weigert, vor dem erkennenden Gericht auszusagen (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Unerreichbarkeit 20).

3. Ein Scheingeschäft im Sinne von § 41 Abs. 2 AO liegt vor, wenn beide Parteien sich einig sind, dass die mit den Willenserklärungen an sich verbundenen Rechtsfolgen tatsächlich nicht eintreten sollen und damit das Erklärte in Wirklichkeit nicht gewollt ist. Entscheidend ist dabei, ob die Beteiligten zur Erreichung des erstrebten Erfolges, hier der Vermeidung der Lohnsteuerlasten, ein Scheingeschäft für genügend oder ein ernst gemeintes Rechtsge-

schäft für erforderlich erachtet haben. Die Beurteilung, ob ein Geschäft nur zum Schein abgeschlossen wurde, obliegt dabei grundsätzlich dem Tatrichter. Lässt das Urteil erkennen, dass der Tatrichter die wesentlichen für und gegen ein Scheingeschäft sprechenden Umstände im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt und in eine Gesamtwürdigung einbezogen hat, so dass die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht nur eine Annahme oder bloße Vermutung ist, ist dies vom Revisionsgericht hinzunehmen (BGHR AO § 41 Abs. 2 Scheinhandlung 3 = wistra 2002, 221, 223 – „Yeboah“).

953. BGH 1 StR 377/06 – Beschluss vom 10. Oktober 2006 (LG Augsburg)

Beweiswürdigung (Erörterungsmangel); vollendetes Handeltreiben in nicht geringer Menge (Verhandlungen; Vorfeldhandlungen; Konkretisierung von Tat und Käuferseite); Verabredung zu einem Verbrechen und Rücktritt; Härteausgleich; angemessene Rechtsfolge.
§ 261 StPO; § 30a BtMG; § 30 StGB; § 31 StGB; § 354 Abs. 1a StPO; § 46 StGB; § 55 StGB

1. Zwar ist der Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln schon dann erfüllt, wenn der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potentiellen Verkäufer eintritt (BGHSt 50, 252 - Großer Senat -). Hierfür ist indes ein Kontakt mit einem (potentiellen) Verkäufer erforderlich. In einem solchen Fall liegt auch dann noch kein Handeltreiben vor, wenn die Beteiligten auf der (potentiellen) Käuferseite ihr Verhalten für den Fall der

Aufnahme und des Erfolges der geplanten Verhandlungen mit einem (potentiellen) Verkäufer schon abgestimmt haben.

2. Weiß der Zurücktretende, dass die Tat ohne ihn gar nicht begangen werden kann, genügt für einen Rücktritt nach § 31 Abs. 1 Nr. 3 StGB bloßes Untätigbleiben.

941. BGH 3 StR 388/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Kiel)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Umtausch von Betäubungsmitteln; Tateinheit); Beihilfe (Konkurrenzen bei mehreren Handlungen zur Unterstützung derselben Haupttat).
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

1. Wird eine zum Weiterverkauf erworbene Rauschgiftmenge in eine andere Menge umgetauscht, etwa weil die zunächst gelieferte Qualität nicht den Erwartungen entspricht, so sind auch die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware auf die Abwicklung ein und desselben Rauschgiftgeschäftes gerichtet.

2. Ist beim Haupttäter nur eine Tat im Rechtssinne gegeben, zu der ein Gehilfe mehrere Unterstützungsleistungen erbracht hat, so ist auch der Gehilfe nur einer Tat schuldig, da mehrfache Beihilfehandlungen zu einer Haupttat wegen des Grundsatzes der Akzessorietät nur eine (Beihilfe-)Tat darstellen (vgl. BGH 4 StR 162/99 – Beschluss vom 11. Mai 1999).

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Aktuelle Entwicklungen auf dem Gebiet der Wiederaufnahme in Strafsachen

Zugleich Rezension zu: *Klaus Marxen / Frank Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen*, 2. Aufl. Heidelberg 2006.*

Von wiss. Mitarb. **Sascha Ziemann**, Universität Frankfurt am Main.

I. Zur Situation der zu Unrecht Verurteilten

Nicht nur aus der Politik ist bekannt, dass es Menschen und Schicksale gibt, die keine Lobby haben. Zu dieser Gruppe zählen auch die zu Unrecht Verurteilten. Das Strafverfahren findet irgendwann einen rechtskräftigen Abschluss und muss es natürlich auch finden, selbst auf

die Gefahr hin, dass ein „Schuldiger“ freigesprochen oder ein „Unschuldiger“ verurteilt worden ist¹. Zur Korrektur in Rechtskraft erwachsener Fehlurteile steht als außerordentlicher Rechtsbehelf das Wiederaufnahmeverfahren bereit (§§ 359 ff. StPO), das in Ausnahmefällen und aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens gestattet (zu Gunsten des Verurteilten großzügiger als zu Ungunsten eines Freigesprochenen²). Wiederaufnahmeanträge haben jedoch nur eine niedrige Erfolgsquote. Zu einem großen Teil ist dies der durchgängig

¹ Zu den Ursachen von Fehlurteilen s. nur *Peters*, Fehlerquellen im Strafprozeß. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, 3 Bde., 1970–1974. – Zu Strategien des Umgangs mit Fehlverurteilungsrisiken s. *Erb*, Zur „Legitimation“ von Fehlverurteilungsrisiken, in: Hanack (Hrsg.), FS f. Peter Rieß z. 70. Geburtstag, 2002, S. 77–92.

² Zur ungünstigen Wiederaufnahme s. *M/T*, 2006, Rn. 292 ff. sowie jüngst *Loos*, Überzogener Schutz des Angeklagten bei der ungünstigen Wiederaufnahme im Strafverfahren? In: Amelung u.a. (Hrsg.), FS f. Hans-Ludwig Schreiber z. 70. Geburtstag, 2003, S. 277–287.

* Reihe: Praxis der Strafverteidigung, Bd. 17), kart., 221 S., ISBN 3-8114-2320-7, € 39,- (im folgenden abgekürzt „*M/T*“).

restriktiven Haltung der Gerichte geschuldet³. Zu einem nicht geringen Teil aber auch der Komplexität des Wiederaufnahmeverfahrens, das sich in vielen Punkten deutlich vom Rechtsmittelverfahren unterscheidet. Unerlässlich für eine erfolgreiche Wiederaufnahme ist daher ein engagierter Strafverteidiger, der neben Berufserfahrung und Sachkunde über einen starken Durchhaltewillen verfügt⁴. Es ist bezeichnend, dass das Wiederaufnahmerecht im Jahr 2004 von der journalistischen „Initiative Nachrichtenaufklärung“ auf die Top10-Liste der „am meisten vernachlässigten Themen und Nachrichten“ gesetzt wurde⁵. Die Situation ist in der Tat „höchst unbefriedigend“, wie die *Verfasser* des hier zu besprechenden Buches „Die Wiederaufnahme in Strafsachen“ schreiben (*M/T*, Rn. 1) – und die *Verfasser* haben sich nichts weniger als die „Veränderung der Rechtsanwendungspraxis“ auf die Fahnen geschrieben (*M/T*, Rn. 3).

II. Zur Neuauflage von „Marxen/Tiemann, Die Wiederaufnahme in Strafsachen (2006)“

Das nunmehr in zweiter Auflage (2006) vorliegende Gemeinschaftswerk von *Klaus Marxen* (Strafrechtslehrer an der Berliner Humboldt-Universität und Richter am Kammergericht) und *Frank Tiemann* (Vorsitzender Richter am LG Potsdam) ist ein moderner Klassiker des Wiederaufnahmerechts. Im Umfang ist das Buch nur unwesentlich angewachsen (um 10 Prozent auf nunmehr 221 Seiten). Gleichwohl verlangte das Alter der Vorauflage (1993) nach einer vollständigen Überarbeitung des Handbuchs. Als *redaktionelle Neuerungen* sind zwei Abschnitte anzuzeigen: die Kommentierung des 1998⁶ neu geschaffenen Wiederaufnahmegrundes nach § 359 Nr. 6 StPO für die Wiederaufnahme bei Verstößen gegen die EMRK (*M/T*, Rn. 272 ff.)⁷ sowie ein Abschnitt über die Entschädigung des Verurteilten nach erfolgreicher Wiederaufnahme des Verfahrens nach StrEG⁸ (*M/T*, Rn. 554 ff.). Die Gesetzeslage im Wiederaufnahmerecht

³ Hierzu bereits *Alsberg*, Justizirrtum und Wiederaufnahme, Hamburg 1913.

⁴ Zur Praxis des Strafverteidigers in der Wiederaufnahme *Strate*, Der Verteidiger in der Wiederaufnahme, in: StV 1999, S. 228–235; *Stern*, Zur Verteidigung des Verurteilten in der Wiederaufnahme, in: NSStZ 1993, S. 409–414.

⁵ Vgl. >www.nachrichtenaufklaerung.de< unter dem Titel „Zu hohe Hürden für Wiederaufnahmeverfahren“. – Zu Chancen und Risiken der Presseberichterstattung im Bereich des Wiederaufnahmeverfahrens s. *Hamm*, Große Strafprozesse und die Macht der Medien. Eine Vorlesungsreihe im Wintersemester 1995/96, 1997, S. 108 ff.; *Tillmanns*, Urteilssponsoring - Gefahr für den fair trial? In: ZRP 1999, S. 339–345 (beide anhand der Verfahren *Monika Böttcher/Weimar* u. *Vera Brühne*). Speziell zum Strafverfahren *Böttcher/Weimar* s. *Zwiehoff* (Hrsg.), Er oder sie? Der Strafprozeß *Böttcher/Weimar*. Prozeßberichte 1987 bis 1999 von Gisela Friedrichsen u. Gerhard Mauz, 2001.

⁶ Ges. zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahrens v. 09.07.1998, BGBl. I 1998, S. 1802.

⁷ Zu § 359 Nr. 6 StPO s. *unten III.4*.

⁸ Ges. über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen v. 08.03.1971 (BGBl. I 1971, S. 157); zuletzt geändert d. Ges. v. 13.12.2001 (BGBl. I 3574, S. 3577), abgedruckt im Anhang von *Meyer-Gofner*, StPO, 48. Aufl. 2005, Anhang A 5.

ist mit Ausnahme des erwähnten § 359 Nr. 6 StPO unverändert; der breit angelegte Reformversuch seitens der SPD-Fraktion 1996 scheiterte⁹, die Fortführung der Reform wurde auf ungewisse Zeit vertagt. Die Mehrheit der neuen Literatur bildeten Neukomentierungen (AK, HK, LR, SK, KK, KMR)¹⁰. Die neuere Rechtsprechung ist im Vergleich zu anderen strafprozessualen Teilgebieten einigermaßen übersichtlich: Wichtig, weil äußerst selten, sind einige Entscheidungen des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet des Wiederaufnahmerechts¹¹. Erwähnenswert sind zudem einige Entscheidungen der Oberlandesgerichte¹² sowie zwei Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts¹³.

III. Aktuelle Entwicklungen und Problemfälle

Zur Besprechung im Einzelnen seien einige aktuelle Entwicklungen des Wiederaufnahmerechts herausgegriffen und unter Verarbeitung neuerer Rechtsprechung kritisch gewürdigt.¹⁴

⁹ Gesetzentwurf v. 29.01.1996 (BT-Drucks. 13/3594): Gescheiterte Erweiterung der Wiederaufnahme zugunsten (unter Einführung des Wesentlichkeitsprinzips bei der Strafmaßwiederaufnahme) und Beschränkung der Wiederaufnahme zu Ungunsten auf § 211 und § 220a StGB a.F. – Hierzu *M/T*, 2006, Rn. 92.

¹⁰ „AK“: Alternativ-Kommentar (*Loos*, Bd. 3, 1996), „HK“: Heidelberger Kommentar (*Krehl*, 3. Aufl. 2001), „LR“: Löwe/Rosenberg (*Gössel*, 25. Aufl. 1997), „SK“: Systematischer Kommentar (*Frister/Deiters*, Stand: Dez. 2002, Jan. 2003), „KK“: Karlsruher Kommentar (*Schmidt*, 5. Aufl. 2003), „KMR“: Kleinknecht/Müller/Reitberger (*Eschelbach*, Stand: März 2003).

¹¹ BGH, Beschl. v. 20.12.2002 = BGHSt 48, 153 („Schuld-spruchänderung“; dazu *unten III.1*); BGH, Beschl. v. 28.11.1996 = BGHSt 42, 314; 42, 324 („MfS-Agenten“; s. *unten III.5*).

¹² OLG Köln, Beschl. v. 18.02.2005 („Wiederaufnahme trotz Rehabilitation nach NS-AufhG“; s. *unten III.2*); OLG Stuttgart, Beschl. v. 09.07.2003 („Geltendmachung außergewöhnlicher Umstände beim Heimtücke-Mord“; dazu *unten III.3*); OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2004 („Wiederaufnahme bei durch den EuGH festgestelltem Verstößen gegen Gemeinschaftsrecht, § 359 Nr. 6 StPO“; s. *unten III.4*); sowie Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte zur „Wiederaufnahme von Strafurteilen im Anschluss an die Sitzblockade-Entscheidung des BVerfG, § 79 I BVerfGG“ (s. *unten III.5*).

¹³ BVerfG, Beschl. v. 26.02.2002 („Wiederaufnahme der Zweite-Reihe-Rechtsprechung des BGH zu § 240 StGB, § 79 I BVerfGG“; s. *unten III.5*).

¹⁴ Weitere, hier nicht näher behandelte Problemfälle sind z.B. die „Wiederaufnahme bei Beschlüssen“ (*M/T*, 2006, Rn. 29 ff.) oder die Frage einer „erweiterten Darlegungspflicht bei Widerruf eines Geständnisses“ (*M/T*, Rn. 242 f., hierzu jüngst *Hellebrand*, Geständniswiderruf und Wiederaufnahmeverfahren – Gedanken zu Urteilsabsprachen unter dem Aspekt des Wiederaufnahmerechts, in: NSStZ 2004, S. 413–420).

1. Wiederaufnahme zur Schuldspruchänderung (BGH v. 20.12.2002)

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2002¹⁵ (vgl. *M/T*, Rn. 70, 108 ff.) gestattete der BGH die teilweise Wiederaufnahme propter falsa zur Änderung eines tateinheitlichen Schuldspruchs, obwohl diese aufgrund der absoluten Strafandrohung der beiden angegriffenen rechtskräftigen Verurteilungen – Völkermord in Tateinheit mit Mord in 30 Fällen – schon von vornherein nichts am Strafausspruch ändern konnte (sog. „Schuldspruchänderung“).

Der zugrundeliegende Sachverhalt beschäftigte sich mit der vom BGH¹⁶ im Grundsatz bestätigten rechtskräftigen Verurteilung eines bosnischen Serben wegen Völkermordes in Tateinheit mit Mord in 30 Fällen zu lebenslanger Freiheitsstrafe und besonderer Schuldschwere¹⁷. Das Tatgericht OLG Düsseldorf hatte es als erwiesen angesehen, dass der Beschwerdeführer in erheblichem Maße bei sog. „ethnischen Säuberungen“ in Bosnien beteiligt war, bei denen im Jahre 1992 30 Personen der muslimischen Bevölkerungsgruppe getötet worden waren. In der Wiederaufnahme des rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens machte der Beschwerdeführer geltend, dass die Verurteilung wegen Völkermordes in Tateinheit mit Mord in 20 (von insgesamt 30) Fällen aufgrund einer falschen Zeugenaussage i.S.v. § 359 Nr. 2 StPO zustande gekommen sei und daher insoweit eine Wiederaufnahme zuzulassen sei. Während das OLG Düsseldorf den Wiederaufnahmeantrag ablehnte, gab der 3. Senat des BGH im Jahr 2002 der gegen die Ablehnung erhobenen Beschwerde statt und ließ eine Wiederaufnahme zu. Nach Meinung des Senats stehe einer „Schuldspruchänderung“ weder das allgemeine Verbot der Strafmaßwiederaufnahme aus § 363 Abs. 1 entgegen¹⁸, noch stehe es generell in Widerspruch zu Systematik und Wertstruktur des Wiederaufnahmerechts¹⁹. Die Bedeutung der ungewohnt wiederaufnahmefreundlichen Entscheidung des BGH für die Weiterentwicklung des Wiederaufnahmerechts ist angesichts der atypischen Fallkonstellation noch nicht abzusehen (ebenso *M/T*, Rn. 111 f.). So ist zunächst ungeklärt, inwieweit der BGH mit der Schuldspruchänderung ein neues Wiederaufnahmeziel geschaffen hat oder schaffen wollte. *Marxen/Tiemann* bejahen dies (*M/T*, Rn. 70, 108 ff.) und widmen der Schuldspruchänderung einen eigenen Abschnitt als „speziell zulässiges

Antragsziel“ (*M/T*, Rn. 108 ff.)²⁰. Dabei verzichten sie jedoch darauf, das neue Wiederaufnahmeziel in den Kanon der bisher zulässigen Wiederaufnahmeziele dogmatisch einzuordnen. Sieht man einmal vom Notbehelf der prozessualen Selbständigkeit ab, dessen sich der BGH bedient, zeigt sich die Schuldspruchänderung *der Sache nach* als eine Teil-Freisprechung von tateinheitlicher Verurteilung²¹. Nur unter diesem Gesichtspunkt lässt sich eine anschlussfähige wiederaufnahmerechtliche Lösung finden. Der Wertcharakter des Konflikts ist damit freilich nicht in Frage gestellt²². *Marxen/Tiemann* ziehen hier zur Lösung dieses Wertkonflikts zutreffend die nach Einzelfallgesichtspunkten zu bestimmende „Unerträglichkeit“ einer Aufrechterhaltung der unrichtigen Entscheidung heran (*M/T*, Rn. 109).²³ Die *Verfasser* bejahen sie für den vorliegenden Fall, da der unrichtige Schuldspruch den Verurteilten „in besonders schwerem Maße“ belaste (*M/T*, Rn. 110)²⁴. Einer Verallgemeinerungsfähigkeit stehen *Marxen/Tiemann* gleichwohl zu Recht skeptisch gegenüber (*M/T*, Rn. 111 f. u. die Fußn. 203, 205)²⁵, zumal in den meisten Fällen nicht nur eine bloße Änderung des Schuldspruchs, sondern zugleich eine Änderung des Strafausspruchs erstrebt wird (*M/T*, Rn. 112). Inwieweit die neuerdings in der Literatur hervorgehobene eigenständige Bedeutung des Schuldspruchs²⁶ gegenüber Strafe und Strafausspruch daran etwas zu ändern vermag, bleibt abzuwarten.

2. Rehabilitation durch Wiederaufnahme (BVerfG v. 8. März 2006)

Weitgehend ungeklärt ist zudem, inwieweit das Wiederaufnahmerecht etwas zur Rehabilitation des zu Unrecht Verurteilten beitragen kann²⁷. Die vom BGH mit der „Schuldspruchänderung“ zwecks Rehabilitierung eingeschlagene wiederaufnahmefreundliche Linie hat sich in der neueren Rechtsprechung nicht fortsetzen können (s.

²⁰ Im Gegensatz zu den „allgemein-zulässigen Antragszielen“ (Freisprechung, Strafmilderung, Maßregelentscheidung), s. *M/T*, 2006, Rn. 24 ff.

²¹ *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 411 f.

²² Hierzu *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 413 ff.

²³ Ebenso *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 414 f.

²⁴ Zust. *SK-Frister/Deiters*, (Fn. 10), § 363, Rn. 17; A.A. *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 414.

²⁵ Zurückhaltend *SK-Frister/Deiters*, (Fn. 10), § 363, Rn. 17; s. auch *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 414 f.; anders wohl *Loos*, (Fn. 15), NSz 2003, S. 681.

²⁶ Wichtige Vorarbeiten bei *Schork*, Ausgesprochen schuldig. Dogmatische und metadogmatische Untersuchungen zum Schuldspruch, 2004.

²⁷ Bei *Marxen/Tiemann* finden sich nur wenige allgemeine Hinweise zum Rehabilitationsinteresse im Wiederaufnahmerecht (*M/T*, 2006, Rn. 16 f.); gleichwohl bildet das Rehabilitationsinteresse ein wichtiges Argumentationstopos der *Verf.* (z.B. beim Problem der Verjährung: „Das Recht auf Rehabilitierung verjährt nicht“ [*M/T*, Rn. 17]). – Zum Rehabilitationsgedanken im Wiederaufnahmerecht s. jetzt ausführlich *Ziemann*, Zum Rehabilitationsgedanken im Wiederaufnahmerecht, in: Institut für Kriminalwissenschaften u. Rechtsphilosophie Frankfurt am Main (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007, S. 661–680; für das Rechtsmittelrecht *Krack*, Rehabilitierung des Beschuldigten im Strafverfahren, 2002.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 20.12.2002 – StB 15/02 = BGHSt 48, 153, NJW 2003, 1261, NSz 2003, 678 m. Anm. *Loos*, JR 2003, 515 m. Anm. *Gössel* („Schuldspruchänderung“). Ausführlich *Ziemann*, Die „Schuldspruchänderung“ im Wiederaufnahmerecht. Zugleich Besprechung von BGHSt 48, 153, in: JR 2006 (H. 10), S. 409–415.

¹⁶ BGH, Urt. v. 30.04.1999 = BGHSt 45, 65, NJW 2000, 2517.

¹⁷ OLG Düsseldorf, Urt. v. 26.09.1997.

¹⁸ BGH, NJW 2003, 1261, 1261 f.; zust. *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 410.

¹⁹ BGH, NJW 2003, 1261, 1262; anders *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 413 ff. m.w.N.

oben III.1). Diese ist in Sachen Rehabilitation deutlich zurückhaltend, wie die ablehnende Entscheidung des OLG Köln²⁸ von 2005 zeigt, die im März 2006 durch eine ausführlich begründete Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes bestätigt wurde.

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes²⁹ von 2006 lag der folgende Sachverhalt zugrunde: 1944 waren in Aachen zwei Jugendliche als mutmaßliche Plünderer aufgegriffen worden und durch ein militärische Standgericht zum Tode verurteilt und erschossen worden. Nachdem ein 1952 von den Eltern eingeleitetes Ermittlungsverfahren erfolglos eingestellt worden war, stellten 2003 abermals Angehörige der beiden Hingerichteten Anträge auf Rehabilitierung. Die Staatsanwaltschaft Aachen erteilte den Antragstellern eine Bescheinigung, wonach die Todesurteile des Standgerichts von 1944 nach den Vorschriften des NS-AufhG aufgehoben worden seien. Zur Erzielung einer über die Aufhebung hinausgehenden Rehabilitierung stellten die Angehörigen beim LG Aachen einen Antrag auf Wiederaufnahme mit dem Ziel, die beiden hingerichteten Jugendlichen unter Aufhebung der Urteile freizusprechen. Das LG Aachen hat die Wiederaufnahme zugelassen, der hiergegen seitens der Staatsanwaltschaft eingelegten Beschwerde wurde vom OLG Köln³⁰ 2005 entsprochen und eine Wiederaufnahme verworfen. Die im gleichen Jahr erhobene Verfassungsbeschwerde zum BVerfG³¹ wurde 2006 durch Kammerbeschluss nicht zur Entscheidung angenommen³². Trotz der Nichtannahme hat sich die 2. Kammer des 3. Senats – ohne dazu verpflichtet zu sein³³ – ausführlich mit dem inhaltlichen Vorbringen des Beschwerdeführers auseinandergesetzt³⁴.

Das Bundesverfassungsgericht verhält sich gegenüber einer Rehabilitation durch Wiederaufnahme zurückhaltend. So hat das Gericht die Argumentation des OLG Köln bestätigt, dass mit der Urteilsaufhebung der erforderliche „Anfechtungsgegenstand“ entfallen sei und „gegen ein nicht mehr existierendes Urteil gedanklich-begrifflich“ kein Wiederaufnahmeverfahren mehr stattfinden könne³⁵. Was auf den ersten Blick formaljuristisch

wirkt, ist dogmatisch gesehen die Folge einer fehlenden allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzung der Wiederaufnahme, nämlich des statthaften Anfechtungsgegenstands³⁶. § 1 NS-AufhG führt kraft Gesetzes zur Aufhebung der Entscheidung und zur endgültigen Einstellung des zugrundeliegenden Verfahrens³⁷. Da nach §§ 359, 362 StPO nur „rechtskräftige Urteile“ im Wege der Wiederaufnahme angefochten werden können, fehlt es insoweit – wie das BVerfG richtig bemerkt – an einem statthaften Anfechtungsgegenstand, wodurch ein Wiederaufnahmeantrag unzulässig ist.

Weniger formal erscheint dagegen das Argument des Bundesverfassungsgerichtes, dass das mit dem Strafurteil verbundene sozial-ethische Unwerturteil durch die Beseitigung der Standgerichtsurteile nach dem NS-AufhG öffentlich aufgehoben worden sei³⁸ und insoweit einem Rehabilitierungsinteresse der Betroffenen aus verfassungsrechtlicher Sicht hinreichend Genüge getan sei.³⁹ Die „Nichteinräumung der Chance, freigesprochen zu werden“, müsse als „Wille des Gesetzgebers hingenommen werden“.⁴⁰ Dem Gesetzgeber komme von Verfassungs wegen ein weiter Gestaltungsraum zu, der erst dann pflichtwidrig ausgestaltet werde, „wenn die gesetzlichen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich“ zur Erreichung des Schutzziels sind⁴¹. Wie oben bereits ausgeführt, führt § 1 NS-AufhG nicht nur zur *formell-rechtlich* rehabilitierenden Beseitigung des Strafurteils, sondern durch die Beseitigung des sozial-ethischen Unwerturteils auch zu einer *materiell-rechtlichen* Rehabilitation⁴². Durch diese „volle Rehabilitation“ (so das BVerfG⁴³) ist auch dem Vorbringen des Beschwerdeführers die Grundlage entzogen, zwecks *materiell-rechtlicher* Rehabilitation eine Freisprechung im Wege der Wiederaufnahme zu verlangen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für eine pauschale Aufhebung von NS-Strafurteilen kraft Gesetzes und gegen eine Einzelfallprüfung, etwa im Wege der Wiederaufnahme entschieden.⁴⁴ Dass es sich dabei um eine „Schlußstrichlösung“ handelt, die mitunter dem Einzelfall nicht immer gerecht wird, wurde allseits in Kauf genommen⁴⁵ und lässt sich wohl aus justizpraktischen

²⁸ OLG Köln, Beschl. v. 18.02.2005 – 2 Ws 540/04 = NSTz-RR 2006, 61 (nur LS) („Wiederaufnahme trotz Rehabilitation nach NS-AufhG“); abrufbar im Internet über >www.justiz.nrw.de<.

²⁹ BVerfG, Beschl. v. 08.03.2006 – 2 BvR 486/05 (2. Kammer des 2. Senats) [Nichtannahmebeschluss], zit. nach Absatznummern, >www.bundesverfassungsgericht.de<.

³⁰ S. die Nachw. in Fn. 28.

³¹ S. die Nachw. in Fn. 29.

³² § 93a II BVerfGG. – Zur Bedeutung von Nichtannahmeentscheidungen der Kammern des BVerfG s. *Uerpmann*, Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung, in: Badura (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Bd. 1, S. 673–693. Ausgewählte Kammerentscheidungen werden seit neuestem bei C.F. Müller veröffentlicht (hrsg. vom Verein der Richter des BVerfG, 2004 ff.).

³³ Vgl. § 93d I S. 3 BVerfGG. Die Kammer verfolgt damit offenbar das Ziel, die Akzeptanz der Nichtannahme beim Rechtssuchenden zu gewährleisten.

³⁴ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 37–114.

³⁵ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 40 f.; so schon OLG Köln (Fn. 30), Abs.-Nr. 43.

³⁶ Hierzu KK-Schmidt, (Fn. 10), Vor § 359 Rn. 10 ff.; *M/T*, 2006, Rn. 20 ff. – Umstritten ist allerdings die Wiederaufnahme gegen rechtskräftige Beschlüsse, s. hierzu *M/T*, 2006, Rn. 29 ff.

³⁷ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 90. Beseitigt wird zudem das mit dem Strafurteil verbundene sozialethische Unwerturteil (BVerfG [Fn. 29], Abs.-Nr. 86). Zur Frage, inwieweit der Verurteilte statt dessen oder darüber hinaus einen Anspruch auf Freisprechung im Wege der Wiederaufnahme hat, s. sogleich.

³⁸ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 91.

³⁹ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 104.

⁴⁰ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 79; ebenso OLG Köln (Fn. 30), Abs.-Nr. 70.

⁴¹ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 84.

⁴² BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 90. – Zu den verschiedenen Arten von Rehabilitation s. *Ziemann* (Fn. 27), S. 663 ff.

⁴³ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 111.

⁴⁴ S. etwa die Begr. des Entwurfs bei BT-Drucks. 13/10013, S. 6. Hierzu BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 91 ff.

⁴⁵ So wurde das mit großer Mehrheit verabschiedete NS-AufhG v. 1998 durchweg als ein Fortschritt in der Wiedergutmachung nationalsozialistischer Unrechts in Deutschland begrüßt (s.

Gründen⁴⁶ und mit Blick auf den weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers nicht kritisieren⁴⁷. Zumal man darüber hinaus an der Geeignetheit des Wiederaufnahmeverfahrens zu der erstrebten Rehabilitation zweifeln kann.⁴⁸ Das Wiederaufnahmeverfahren hat beispielsweise den Nachteil, dass es nach § 370 Abs. 2 StPO grundsätzlich zu einer Erneuerung der Hauptverhandlung führt.⁴⁹ Und diese ist 60 Jahre nach dem Ende des NS-Regimes mit etlichen Schwierigkeiten verbunden: Verlorene od. unvollständige Gerichtsakten, schwierige Beweislage⁵⁰. Ausnahmen mag es allenfalls in den seltenen Fällen geben, in denen die günstige Beweissituation Anlass zu einer sofortigen Freisprechung ohne neue Hauptverhandlung gibt (§ 371 Abs. 2 StPO) gibt.⁵¹ Allerdings setzt die sofortige Freisprechung die Zustimmung der Staatsanwaltschaft voraus, die nach Nr. 171 Abs. 1 S. 2 RiStBV⁵² nur ausnahmsweise erteilt wird (etwa wenn die „Unschuld klar zutage tritt“ oder wenn eine Erneuerung der Hauptverhandlung „wegen der besonderen Umstände des Falles unzweckmäßig ist“⁵³). Dass diese Anweisungen zu restriktiv sind und das Rehabilitationsinteresse des Verurteilten nicht genügend beachten, liegt auf der Hand⁵⁴, zumal nach Nr. 171 Abs. 2 RiStBV auch zu berücksichtigen ist, dass der Verurteilte ein »berechtigtes Interesse daran hat, dass seine Ehre in öffentlicher Verhandlung wiederhergestellt wird.« Hieraus sollte zumindest folgen, dass das Gericht den Verurteilten vor einer Erneuerung der Hauptverhandlung hört⁵⁵. Der abschlägigen Entscheidung des BVerfG

Rudolph, Die vergessenen Opfer der NS-Justiz, in: NJW 1999, S. 102–104).

⁴⁶ Nach der Schätzung der Berliner Justizsenatorin *Peschel-Gutzeit* aus dem Jahr 1997 – d.h. vor der Einführung des NS-AufhG 1998 – sollen allein in Berlin etwa 200.000 NS-Unrechtsurteile in Kraft gewesen sein. Zit. nach *Vogl*, Stückwerk und Verdrängung: Wiedergutmachung nationalsozialistischen Strafjustizrechts in Deutschland, 1997, S. 217 m. Fußn. 452.

⁴⁷ Umso wichtiger wird in diesen Fällen eine rehabilitierende Presseberichterstattung. – Im vorliegenden Fall hatte der Generalstaatsanwalt in Köln die „völlige Rehabilitation“ der hingerichteten Jugendlichen sowohl durch eine Presseerklärung gegenüber der Öffentlichkeit als auch durch ein persönliches Schreiben an die Angehörigen hervorgehoben. Einzelheiten bei BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 16 ff.

⁴⁸ S. BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 96 f.; ebenso *Vogl*, (Fn. 46), 1997, S. 198.

⁴⁹ So auch allg. *Nettersheim*, Die Aufhebung von Unrechtsurteilen der NS-Strafjustiz. Ein langes Kapitel der Vergangenheitsbewältigung, in: FS Rieß (Fn. 1), 2002, S. 933–949, S. 938.

⁵⁰ BVerfG (Fn. 29), Abs.-Nr. 101 f.; ebenso *Nettersheim*, (Fn. 49), FS Rieß, 2002, S. 944. – Mal abgesehen von der allzu häufigen Zurückhaltung der Wiederaufnahmegerichte bei der Rehabilitation von Opfern der NS-Justiz, s. hierzu *Vogl*, (Fn. 46), 1997, S. 198 ff.

⁵¹ Zu den Voraussetzungen *M/T*, 2006, Rn. 440 ff.

⁵² Abgedruckt im Anhang zu *Meyer-Gößner*, (Fn. 8), A 15.

⁵³ Nr. 171 Abs. 2 RiStBV.

⁵⁴ Ebenso *M/T*, 2006, Rn. 447.

⁵⁵ So richtig *M/T*, 2006, Rn. 447; *KK-Schmidt*, (Fn. 10), § 371 Rn. 5. Eine Zustimmung des Verurteilten wird man insoweit nicht voraussetzen müssen (*KK-Schmidt*, aaO.; *Meyer-Gößner*, (Fn. 8), § 371 Rn. 9). Inwieweit die Erneuerung der Hauptverhandlung auch gegen den Willen des Verurteilten geschehen

ist daher inhaltlich zuzustimmen. Die Aufhebung der Standgerichtsurteile kraft Gesetzes rehabilitiert die Hingerichteten sowohl *formell*-rechtlich als auch *materiell*-rechtlich. Ein Wiederaufnahmeverfahren ist damit weder formal zulässig noch inhaltlich begründet.

3. Wiederaufnahme zur Änderung des Strafmaßes (§ 363 StPO und OLG Stuttgart v. 09.07.2003)

Ein seit langem diskutiertes Problem ist die Wiederaufnahme mit dem Ziel einer Strafmilderung (sog. „Strafmaßwiederaufnahme“, vgl. *M/T*, Rn. 86 ff.⁵⁶). Eine Wiederaufnahme mit dem Ziel einer Strafmilderung ist nur zulässig, wenn der Antragsteller die Anwendung eines „anderen Strafgesetzes“ abstrebt. Begehrt er dagegen eine Entscheidung aufgrund desselben Strafgesetzes, ist dies unzulässig (vgl. § 363 Abs. 1 StPO). Zur Konkretisierung des „anderen Strafgesetzes“ bedient sich die h.M. der Unterscheidung zwischen benannten und unbenannten strafscharfenden und strafmildernden Strafänderungsgründen.⁵⁷ Allein tatbestandlich vertypete, „benannte Strafänderungsgründe“ (wie z.B. § 23 Abs. 2 od. § 27 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB) rechtfertigen eine Wiederaufnahme⁵⁸ (mit Ausnahme der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB, vgl. § 363 Abs. 2 StPO). Lediglich als Strafzumessungsgesichtspunkte ausgestaltete „unbenannte Strafänderungsgründe“ (wie z.B. der „besonders schwere Fall“ nach § 212 Abs. 2 StGB od. der „minder schwere Fall“ bei § 249 Abs. 2 StGB) rechtfertigen dagegen keine Wiederaufnahme; Einzelheiten sind freilich umstritten⁵⁹. *Marxen/Tiemann* halten die – so eben referierten – bisherigen Systematisierungsansätze der h.M. für „untauglich“ und erheben die Forderung, dass „die Strafmaß-Wiederaufnahme (...) auf neue Grundlagen gestellt werden (muss).“ (*M/T*, Rn. 87⁶⁰). So dürfe die Wiederaufnahme nicht von der oft zufälligen Entscheidung des Gesetzgebers abhängig gemacht werden, einen Strafänderungsgrund tatbestandlich zu vertypen oder – in steigender Tendenz – unvertypet zu lassen und nur als Strafzumessungsgesichtspunkt auszugestalten (*M/T*, Rn. 88)⁶¹. Gerade das Vordringen der Regelbei-

kann, ist umstritten (abl. *M/T*, 2006, aaO.; zust. *SK-Frister/Deiters*, [Fn. 10], § 371 Rn. 11).

⁵⁶ Hierzu schon die Voraufgabe *M/T*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 1. Aufl. 1993, Rn. 66; *Marxen/Tiemann*, Die Korrektur des Rechtsfolgenausspruchs im Wege der Wiederaufnahme, in: StV 1992, S. 534–537, S. 535 f.

⁵⁷ S. nur *Meyer-Gößner*, (Fn. 8), § 363, Rn. 3 ff.

⁵⁸ *Lackner/Kühl*, StGB, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 7.

⁵⁹ Aktueller Überblick über die Kasuistik bei *KMR-Eschelbach*, (Fn. 10), § 363 Rn. 28 ff. Problematisch sind vor allem die benannten od. unbenannten besonders schweren Fälle (Regelbeispiele, z.B. § 243 StGB) [vgl. *M/T*, 2006, Rn. 86 ff.]. Hierzu jüngst *Rieß*, Zur Wiederaufnahmefähigkeit bei Verurteilungen auf Grund der Anwendung von Regelbeispielen, in: Dölling/Erb (Hrsg.), FS f. Karl Heinz Gössel z. 70. Geburtstag, 2002, S. 657–668; *KMR-Eschelbach*, (Fn. 10), § 363 Rn. 30 ff.

⁶⁰ S. schon die Vorauflage *M/T*, (Fn. 56), 1993, Rn. 87; sowie *Marxen/Tiemann*, (Fn. 56), StV 1992, S. 535. Für eine Neuordnung stimmen auch *SK-Frister/Deiters*, (Fn. 10), § 363 Rn. 13; *KMR-Eschelbach*, (Fn. 10), § 363 Rn. 35.

⁶¹ So schon *Marxen/Tiemann*, (Fn. 56), StV 1992, S. 535 I.Sp.

spielsmethode sprengt nach Meinung der Verfasser endgültig das Schema der „Unterteilung nach benannten und unbenannten Strafänderungsgründen“ (M/T, Rn. 87)⁶². Der von Marxen/Tiemann vertretene Lösungsvorschlag stellt die Strafmaßwiederaufnahme in der Tat auf eine neue Grundlage. Zunächst wiederholen sie ihre schon in der Voraufgabe geäußerten Bedenken zur Verfassungswidrigkeit des § 363 Abs. 1 StPO (M/T, Rn. 89).⁶³ Die Verfasser wörtlich „Ein Gesetz, das – wie auch immer es angewendet wird – nur zur Folge haben kann, dass wesentlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden, verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG.“ (M/T, Rn. 89 a.E.). Brauchbar sei allein das – der Sache nach zutreffende – Motiv des Gesetzgebers, die Wiederaufnahme für den Bereich der Strafzumessung nicht uneingeschränkt zu gestatten (M/T, Rn. 90). Als Folge votieren sie für die Einführung des „Wesentlichkeitsprinzips“ als Abgrenzungskriterium für die Strafmaßwiederaufnahme (M/T, Rn. 90), d.h. „ein Strafmilderungsgrund (...) wird nur dann zulässig geltend gemacht, wenn im Einzelfall mit einer *wesentlich milderen Strafzumessungsentscheidung* zu rechnen ist.“ (M/T, Rn. 90)⁶⁴ Die vorgeschlagene Lösung klingt auf den ersten Blick plausibel, trägt aber den entscheidenden Makel, dass sie nicht mit der Gesetzeslage in Einklang zu bringen ist⁶⁵. Die Regelung des § 363 Abs. 1 StPO ist durch den Gesetzgeber – insoweit eindeutig – gerade nicht nach dem Wesentlichkeitsprinzip ausgestaltet worden⁶⁶. Anders als etwa bei der Maßregelwiederaufnahme nach § 359 Nr. 5 StPO arbeitet § 363 Abs. 1 über „formell-generalisierende“ Kriterien und nicht über „materiell-individualisierende“ Kriterien.⁶⁷ Es mag gute Gründe geben für eine Einführung des Wesentlichkeitsprinzips *de lege ferenda*⁶⁸; *de lege lata* aber muss § 363 Abs. 1 StPO der Ausgangspunkt jeder dogmatischen Lösung sein⁶⁹. Dass durch das Erfor-

dernis des „anderen Gesetzes“ „formell-generalisierende“ Kriterien zur Anwendung kommen, ist der richtige Ansatzpunkt der durch die h.M. vorgenommenen Unterscheidung zwischen benannten und unbenannten Strafänderungsgründen. Die Entscheidung darüber, ob ein vom Bewertungsakt des Tatrichters „objektivierter Ansatz“⁷⁰ vorliegt, ist eine Frage der Reichweite des richterlichen Entscheidungs- und Bewertungsspielraums. Dass hier generell ein Trend zu einer zunehmenden Kontrolldichte von Strafzumessungsentscheidungen zu verzeichnen ist (M/T, Rn. 88)⁷¹, ist richtig, präjudiziert aber nicht deren wiederaufnahmerechtliche Behandlung⁷². Das von Frister/Deiters⁷³ vorgeschlagene Kriterium der Strafraumenverschiebung könnte weiterhelfen, verlangt aber mit Blick auf den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Normierung von Strafraumenverschiebungen weitergehende Anstrengungen.

Zum Schluss ein Blick auf die *neuere Rechtsprechung* auf dem Gebiet der Strafmaßwiederaufnahme. Besondere Beachtung verdient hier die Entscheidung des OLG Stuttgart⁷⁴ aus dem Jahr 2003 (Fall „Pizzabäcker“⁷⁵). Zum Sachverhalt: Die Beschwerdeführerin war vom Tatgericht wegen heimtückischen und gemeinschaftlich begangenen Mordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilt worden. Das Gericht hatte es erwiesen angesehen, dass die Ehefrau ihren Geliebten mit der Ermordung ihres Ehemanns beauftragt hat. Entgegen der ursprünglichen Planung engagierte der Liebhaber jedoch keinen Auftragskiller, sondern lockte den Ehemann, einen Pizzeriabetreiber, durch eine fingierte Pizzabestellung an den Tatort und tötete diesen aus dem Hinterhalt mit zwei Kopfschüssen. In der Wiederaufnahme vor dem LG Heilbronn machte die Verurteilte geltend, ein über Jahre

⁶² Zur Regelbeispielstechnik jüngst *Eisele*, Die Regelbeispielmethode im Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Tatbestand, 2004 (leider ohne Ausführungen zum Wiederaufnahmerecht).

⁶³ So bereits in der Voraufgabe M/T, (Fn. 56), 1993, Rn. 89.

⁶⁴ Hervorheb. im Orig.; so schon M/T in der Voraufgabe, (Fn. 56), 1993, Rn. 90; ebenso der gescheiterte Gesetzentwurf v. 1996, s. *oben* Fn. 9.

⁶⁵ Mal abgesehen von der Frage der praktischen Einlösbarkeit des „Wesentlichkeitsprinzips“ auf dem hochkomplexen Gebiet der Strafzumessung. Desgleichen *Rieß*, (Fn. 59), FS Gössel, 2002, S. 667 Fußn. 68. S. gleichwohl die Konkretisierungsvorschläge bei M/T, 2006, Rn. 91.

⁶⁶ Zur Entstehungsgeschichte des § 363 I StPO (des früheren § 403 RStPO) s. *Ziemann*, (Fn. 15), JR 2006, S. 410 mit Fußn. 18 bis 21.

⁶⁷ Zu dieser Unterscheidung *Meyer*, Wiederaufnahmereform. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zur Reform des Rechts der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1977, S. 140 ff.

⁶⁸ Neben M/T etwa *Wasserburg*, Zur Notwendigkeit einer Reform der Wiederaufnahme des Strafverfahrens, in: ZRP 1997, S. 412–416, S. 415 r.Sp.; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl. 1985, S. 677.

⁶⁹ § 363 I StPO für nicht verfassungsmäßig zu erklären, ist nicht überzeugend und wenig aussichtsreich. Dies gilt umso mehr, als das BVerfG schon die – der Sache nach stärker zu kritisierende – Regelung des § 363 II StPO (Ausschluss der Wiederaufnahme zur Geltendmachung von verminderter Schuldfähigkeit, § 21 StGB) für verfassungsgemäß gehalten hat (BVerfGE 5, 22

= NJW 1956, 1026). Kritisch zu § 363 II StPO: M/T, 2006, Rn. 98; ebenso KMR-*Eschelbach*, (Fn. 10), § 363 Rn. 41 f.; SK-Frister/Deiters, (Fn. 10), § 363 Rn. 21 f.; *Peters*, (Fn. 68), S. 677.

⁷⁰ *Rieß*, (Fn. 65), FS Gössel, 2002, S. 664 f.

⁷¹ Für das Revisionsrecht s. *Barton*, Kennzeichen u. Effekte der modernen Revisionsrechtsprechung. Führt die Materialisierung des Strafrechts auf den Weg nach Pappenheim? In: StV 2004, S. 332–340; s. auch schon *Peters*, Der Wandel im Revisionsrecht, in: Hassenpflug (Hrsg.), FS f. Karl Schäfer z. 80. Geburtstag, 1980, S. 137–153.

⁷² Für strukturelle Anleihen aus dem Revisionsrecht *Rieß*, Möglichkeiten u. Grenzen einer Reform des Rechts der Wiederaufnahme im Strafverfahren, NSTZ 1994, S. 153–159, S. 155 f.

⁷³ SK-Frister/Deiters, (Fn. 10), § 363 Rn. 14 ff.; ebenso KMR-*Eschelbach*, (Fn. 10), § 363 Rn. 35. Kritik von M/T, 2006, Rn. 88 u. Fußn. 161 auf S. 31, *Marxen/Tiemann*, (Fn. 56), StV 1992, S. 535 r.Sp.

⁷⁴ OLG Stuttgart, Beschl. v. 09.07.2003 – 4 Ws 95/03 (Fall „Pizzabäcker“); zit. nach JURIS und Absatznummern (Abs.-Nr.). Die Beschwerdeführerin ist im Februar 2004 begnadigt worden.

⁷⁵ Der Fall hatte eine große Medienöffentlichkeit. Anlass war eine vom WDR im April 2003 unter dem Titel „Fenster zur Freiheit – Hoffnung für eine Lebenslängliche“ gesendete Dokumentation aus der Sicht der Verurteilten, die „bundesweit zu einer Welle der Solidarisierung mit der Beschwerdeführerin“ geführt hat (so die Pressemitteilung des OLG Stuttgart v. 15.07.2003).

andauerndes Ehemartyrium durchlitten zu haben, das die Annahme „außergewöhnlicher Umstände“ im Sinne der Rechtsprechung des Großen Senats des BGH⁷⁶ rechtfertigt. Das Wiederaufnahmegesetz hat die Wiederaufnahme abgelehnt, die hiergegen beim OLG Stuttgart erhobene Beschwerde wurde verworfen.

Zur Begründung der abgelehnten Wiederaufnahme führte das OLG Stuttgart aus: Die übergesetzliche Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB durch den Großen Senat des BGH, die in direkter Anwendung eine Wiederaufnahme gestattet, sei mangels gesetzlicher Regelung des minder schweren Falls für § 211 StGB rein rechtstechnisch⁷⁷ zu verstehen und könne im vorliegenden Fall einem benannten Strafmilderungsgrund nicht gleichgestellt werden⁷⁸. Dadurch dass „außergewöhnliche Umstände“ sich erst aufgrund einer „umfassenden Gesamtwürdigung des Tatgeschehens und der zur Tat hinführenden Umstände ergäben“⁷⁹), seien diese vielmehr unbenannten Strafmilderungsgründen gleichzustellen⁸⁰. Aufgrund dieser Nähe zu den unbenannten Strafmilderungsgründen sei eine Wiederaufnahme analog § 363 Abs. 1 StPO ausgeschlossen⁸¹.

4. Wiederaufnahme bei EMRK-Verstößen (§ 359 Nr. 6 StPO)

Der 1998⁸² neu geschaffene Wiederaufnahmegrund des § 359 Nr. 6 StPO ermöglicht die Wiederaufnahme bei Verstößen gegen die EMRK, insofern sie zuvor durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR⁸³) festgestellt worden sind (M/T, Rn. 272 ff.)⁸⁴. Es gibt vereinzelte Bestrebungen, den Anwendungsbereich des § 359 Nr. 6 StPO auf solche Fälle auszudehnen, in denen es um durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) festgestellte Verstöße gegen sonstiges Gemeinschaftsrecht geht.⁸⁵ In einer Entscheidung von 2004 hat

⁷⁶ Im Anschluss an BGH (GS), Beschl. v. 19.05.1981 – GSSt 1/81 = BGHSt 30, 105; NJW 1981, 1965.

⁷⁷ OLG Stuttgart, (Fn. 74), Abs.-Nr. 21. – Zur sog. „Rechtsfolgenlösung“ des BGH s. nur Neumann, in: Nomos-Kommentar zum StGB, 2. Aufl. 2005, Vor § 211 Rn. 148 f.

⁷⁸ OLG Stuttgart, (Fn. 74), Abs.-Nr. 15.

⁷⁹ OLG Stuttgart, (Fn. 74), Abs.-Nr. 18 (im Anschluss an BGH, NSStZ 1995, 231).

⁸⁰ OLG Stuttgart, (Fn. 74), Abs.-Nr. 19. Im Ergeb. ebenso OLG Bamberg, Beschl. v. 25.01.1982 (= NJW 1982, 1714), die allerdings die qualitative und quantitative Nähe zur Strafmilderung aufgrund verminderter Schuldfähigkeit annehmen und daher die Wiederaufnahme analog § 363 II StPO ablehnen (abl. KMR-Eschelbach, [Fn. 10], § 363 Rn. 43).

⁸¹ OLG Stuttgart, (Fn. 74), Abs.-Nr. 10 u. 19.

⁸² S. die Hinw. oben Fn. 6.

⁸³ Zum Beispiel im Wege einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK, die der deutschen Verfassungsbeschwerde vergleichbar ist.

⁸⁴ Zu den Voraussetzungen des § 359 Nr. 6 StPO s. nur KK-Schmidt, (Fn. 10), § 359 Rn. 38 ff.

⁸⁵ Abl. M/T, 2006, Rn. 275; HK-Krehl, (Fn. 10), § 359, Rn. 32; *de lege ferenda* für eine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf Urteile des EuGH SK-Frister/Deiters, (Fn. 10), § 359 Rn. 88.

das OLG Karlsruhe⁸⁶ diesen Bestrebungen eine Absage erteilt, insofern es sich um eine Vorabentscheidung des EuGH über die Auslegung einer Richtlinie (Art. 234 EGV) handelt.⁸⁷ Eine andere Position vertritt das LG Ravensbrück⁸⁸, das zur Korrektur „offensichtlicher“ Konventionsverstöße eine analoge Anwendung in Betracht zieht.⁸⁹ In Übereinstimmung mit Marxen/Tiemann ist dies schon mit Blick auf den insoweit eindeutigen Willen des Gesetzgebers⁹⁰ abzulehnen, trotz des Grundsatzes der konventionsfreundlichen Ausgestaltung des innerstaatlichen Rechts die Wiederaufnahme nicht für „schlechthin jede Konventionsverletzung“ zuzulassen (M/T, Rn. 275).

5. Wiederaufnahme bei Verfassungswidrigkeit von Normen oder Auslegungen (§ 79 I BVerfGG)

§ 79 Abs. 1 BVerfGG enthält einen eigenständigen Wiederaufnahmegrund, der die Wiederaufnahme gegenüber Strafurteilen gestattet, die auf einer vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz oder nichtig erklärten Rechtsnorm (Alt. 1 und 2) oder einer verfassungswidrigen Auslegung einer Norm beruhen (Alt. 3) [s. M/T, Rn. 511 ff.]⁹¹. Marxen/Tiemann sehen eine „Tendenz zu einer eher großzügigen Anwendung“ des § 79 I BVerfGG (M/T, Rn. 520). Als Beleg führen sie eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1996 an⁹². Dort ging es um die nachträgliche Geltendmachung des vom BVerfG⁹³ für MfS(= Stasi)Agenten entwickelten verfassungsrechtlichen Strafmilderungsgrundes im Wege der Wiederaufnahme. Nach dem BGH soll die Wiederaufnahme analog § 79 Abs. 1 Alt. 3 BVerfGG „in den seltenen Fällen“ möglich sein, „in denen der Tatrichter diesen Strafmilderungsgrund auch der Sache nach entweder überhaupt nicht berücksichtigt oder in seiner generellen Tragweite grundsätzlich verkannt hat“⁹⁴.

Neben dieser Entscheidung gibt es weitere, die an dieser Stelle kurz dargestellt werden: Im Grundsatz zugelassen⁹⁵ wird eine Wiederaufnahme nach § 79 Abs. 1 Alt. 3

⁸⁶ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2004 – 3 Ws 182/04 (= Justiz 2005, 21).

⁸⁷ Ebenso Meyer-Göfner, (Fn. 8), § 359 Rn. 52.

⁸⁸ LG Ravensbrück, Beschl. v. 04.09.2000 (= NSStZ-RR 2001, 115).

⁸⁹ Abl. M/T, 2006, Rn. 275; SK-Frister/Deiters, (Fn. 8), § 359 Rn. 75; Meyer-Göfner, (Fn. 8), § 359 Rn. 52; KK-Schmidt, (Fn. 10), § 359 Rn. 39.

⁹⁰ BT-Drucks. 13/10333, S. 4.

⁹¹ Gute Übersicht zu § 79 I BVerfGG bei KK-Schmidt, (Fn. 10), Vor § 359 Rn. 16 ff.

⁹² BGH, Beschl. v. 28.11.1996 – StB 12/96 und StB 13/96 („MfS-Agenten“, BGHSt 42, 314 = NSStZ 1997, 140; BGHSt 42, 324 = NSStZ 1997, 142 mit Anm. Dehn).

⁹³ BVerfGE 92, 277 = NJW 1995, 1811.

⁹⁴ BGH, NSStZ 1997, 142 (LS). Zust. SK-Frister/Deiters, (Fn. 10), § 359 Rn. 83.

⁹⁵ OLG Koblenz, Beschl. v. 14.08.1997 (= NSStZ-RR 1998, 44); LG Trier, Beschl. v. 18.11.1996 (= NSStZ-RR 1997, 174); OLG Koblenz, Beschl. v. 14.08.1997 (= NSStZ-RR 1998, 44); OLG Frankfurt, Beschl. v. 12.07.1996 (Die Wiederaufnahme schei-

BVerfGG in der Frage der Wiederaufnahme von Strafurteilen im Anschluß an die Sitzblockade-Entscheidung des BVerfG⁹⁶. Allerdings scheiterte die Wiederaufnahme in der Praxis zum Teil daran, dass die Gerichte sich auf die sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH⁹⁷ berufen⁹⁸. Danach sei zwar eine erweiternde Auslegung des Gewaltbegriffs in § 240 Abs. 1 StGB im Zusammenhang mit Sitzblockaden verfassungswidrig (Art. 103 Abs. 2 GG), daraus folge aber nicht zugleich, dass Sitzblockaden *generell* keine gewaltsamen Nötigungen mehr sein könnten. Insbesondere sei bei den im Rahmen der Kolonnenbildung entstehenden Hindernisse von einem nicht nur psychischen Zwang auf die an der Weiterfahrt gehinderten Fahrzeugführern auszugehen⁹⁹. Die „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ des BGH selbst rechtfertige allerdings nach einer Entscheidung des BVerfG¹⁰⁰ von 2002 keine Wiederaufnahme nach § 79 Abs. 1 BVerfGG. Der Wiederaufnahmegrund gem. § 79 Abs. 1 BVerfGG verlange die „verbindliche Verwerfung einer nicht verfassungskonformen Auslegung“, welche im Fall der sog. „Zweite-Reihe-Rechtsprechung“ „bisher nicht vom BVerfG für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden“ sei¹⁰¹. Die vereinzelt Vorstöße im Schrifttum¹⁰², den Anwendungsbereich des § 79 Abs. 1 BVerfGG auch auf Verstöße gegen sonstiges – primäres oder sekundäres – Gemeinschaftsrecht zu erweitern¹⁰³,

terte in casu am nicht statthaften Wiederaufnahmegegenstand „Beschluss“, s. *oben III.1*).

⁹⁶ BVerfG v. 10.01.1995 = BVerfGE 92, 1 ff., NJW 1995, 1141 („Sitzblockade“). Zur Wiederaufnahmeproblematik im Anschluss an diese Entscheidung s. *Grafshof*, Auswirkungen der neuen Sitzblockade-Entscheidung des BVerfG – Wiederaufnahme aller bisherigen Verfahren oder nur der nach der ersten verfassungsgerichtlichen Entscheidung ergangenen Strafurteile? NJW 1995, S. 3085–3090 [der eine Wiederaufnahme bei Verstößen gegen Art. 103 II GG ablehnt]; und die Erwiderung von *Angerer/Stumpf*, NJW 1996, S. 2216.

⁹⁷ BGH, Beschl. v. 20.07.1995 – 1 StR 126/95 (= NJW 1995, 2643).

⁹⁸ OLG München, Beschl. v. 20.11.1996 (= StraFo 1997, 46); KG Berlin, Beschl. v. 25.06.1997 – 1 AR 589/97, 3 Ws 291/97 u.a.; KG Berlin, Beschl. v. 28.05.1997 (= NStZ-RR 1998, 11).

⁹⁹ BGH, NJW 1995, S. 2643 (2643).

¹⁰⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.02.2002 – 2 BvR 175/97 u.a. [Nichtannahmebeschluss], 3. Kammer des 2. Senats (= NJW 2002, 2308).

¹⁰¹ BVerfG, NJW 2002, S. 2308 (2309).

¹⁰² *Jokisch*, Gemeinschaftsrecht und Strafverfahren. Die Überlagerung des deutschen Strafprozessrechts durch das europäische Gemeinschaftsrecht; dargestellt anhand ausgewählter Problemfälle, 2000, S. 225 ff.; *Satzger*, Die Europäisierung des Strafrechts. Eine Untersuchung zum Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das deutsche Strafrecht, 2001, S. 670 ff.

¹⁰³ In doppelter Erweiterung der neu geschaffenen Regelung in § 359 Nr. 6 StPO: Zum einen über einen Verstoß gegen die EMRK hinaus: durch die Ausweitung auf primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht (vgl. *Satzger*, [Fn. 102], 2001, S. 682). Zum anderen unabhängig von einer Feststellung des Verstoßes durch den EGMR: durch Einbeziehung von Entscheidungen des EuGH (Einzelheiten bei *Satzger*, a.a.O., S. 682 f.). – Der Gesetzentwurf der SPD-Fraktion von 1996 hatte ursprünglich ebenfalls den Vorschlag einer Wiederaufnahme für Verstöße gegen sonstiges Gemeinschaftsrecht enthalten, der aber im Fortgang des parlamentarischen Verfahrens

hat das OLG Karlsruhe¹⁰⁴ im Jahr 2004 unter Hinweis auf die bereits fehlende planwidrige Regelungslücke zurückgewiesen. *Marxen/Tiemann* begrüßen die Entscheidung und lehnen sowohl die analoge Anwendung auf Verstöße gegen die EMRK ohne vorherige Feststellung durch den EGMR¹⁰⁵ als auch auf Verstöße gegen sonstiges EU-Recht ab (vgl. *M/T*, Rn. 275¹⁰⁶).

IV. Fazit

Das Handbuch von *Marxen/Tiemann* gehört in die Hand eines jeden, der sich professionell mit dem Wiederaufnahmerecht beschäftigen möchte. Dem Strafverteidiger bieten *Marxen/Tiemann* einen umfassenden Überblick über die komplexe Materie des Wiederaufnahmerechts. Die Praxisnähe des Buches bezeugen detaillierte Verfahrenshinweise sowie ein lehrreiches Kapitel 3 über die „Vorbereitung eines Wiederaufnahmeantrags zugunsten des Verurteilten“ (*M/T*, S. 141 ff.). Auch ein vertieftes wissenschaftliches Interesse wird durch die systematische Darstellung und den umfangreichen Fußnotenapparat bestens bedient. Überaus nützlich und hervorzuheben ist an dieser Stelle der beigegebene Apparat (insbes. Paragraphenregister, Stichwortverzeichnis). Der „*Marxen/Tiemann*“ bewährt sich damit auch in der Neuauflage als ein moderner Klassiker des Wiederaufnahmerechts und sei wärmstens zur Anschaffung empfohlen.

wieder zurückgezogen wurde (s. den Hinw. in BT-Drucks. 13/10333, S. 4; Einzelheiten bei *Jokisch*, [Fn. 102], 2000, S. 215 ff.). Durchgesetzt hat sich durch die Einführung des § 359 Nr. 6 letztlich nur die durch den EuGH festgestellte Konventionswidrigkeit.

¹⁰⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 09.08.2004 (= Justiz 2005, 21); s. auch *oben III.4* (zu § 359 Nr. 6 StPO).

¹⁰⁵ So aber *Satzger*, (Fn. 102), S. 682 f.

¹⁰⁶ Anders *Jokisch*, (Fn. 102), 2000, S. 226 f.; *Satzger*, (Fn. 102), 2001, S. 681 ff.

Die Vorlage des 1. Strafsenats zur Rügeverkümmern: Vorsichtige Förmlichkeit des Gesetzes und effiziente Rechtsfortbildung

HRRS-Praxishinweis zur aktuellen Diskussion um die Rügeverkümmern und ihren ersten absehbaren Konsequenzen; zugleich Besprechung von **BGH HRRS 2006 Nr. 858** (BGH 1 StR 466/05, Beschl. vom 23. August 2006).

Von **Karsten Gaede**, Hamburg.*

Der Vorlagebeschluss des 1. Strafsenats zur rügevernichtenden Protokollberichtigung (hier so genannte Rügeverkümmern) liegt vor. Die vorherige Diskussion¹ wurde in der HRRS bereits durch *Krawczyk* aufbereitet.² Dieser Beitrag möchte nun zeigen, was die Vorlage selbst an Neuem aufweist und welche Tendenzen ihr bereits entnommen werden können (vgl. I. und II.). Darüber hinaus soll das Verbot der Rügeverkümmern erneut erörtert werden, zumal die Vorlage einerseits maßgebliche Argumente nicht aufgreift oder nicht ausschöpft, andererseits Argumente kritikwürdig verwendet (vgl. III.). Sollte das Verbot der Rügeverkümmern fallen, wird für den Ansatz der neueren Rechtsprechung die Anerkennung eines *wirksamen* Beschwerdeverfahrens vorgeschlagen (vgl. IV.).

I. Der Vorlagebeschluss vor dem Hintergrund des Anfrageverfahrens

Nachdem das Schrifttum überwiegend und insbesondere der 4. Strafsenat³ die vom 1. Strafsenat beabsichtigte Rechtsprechungsaufgabe zurückgewiesen hatten, wäre es nicht überraschend gewesen, wenn der 1. Strafsenat sein Ziel zwar beibehalten, den Vorlagebeschluss hingegen in seiner Argumentation überarbeitet hätte. Nunmehr hat der 1. Strafsenat jedoch eine Vorlage publiziert, die zunächst bis in die Wortlaute hinein weitgehend den Anfragebeschluss wiederholt.⁴ Der Senat demonstriert, dass er seiner Argumentation unverminderte Überzeugungskraft beimisst. Erst im Anschluss an diesen ersten Teil der Vorlage handelt er den Antwortbeschluss des 4. Strafsenats ab. Der seit Geltung der StPO in ständiger Rechtsprechung maßgeblichen⁵ Schutzbedürftigkeit des Be-

schwerdeführers widmet er im Ergebnis weiter nur wenige Worte,⁶ mit denen er diese schlicht nicht zu erkennen vermag und auch ihre gesetzliche Anknüpfung verneint. Seine eigene Argumentation stützt der 1. Strafsenat bekanntlich vor allem auf die – für ihn dominierende – Wahrheitsbindung des Revisionsgerichts und auf den Beschleunigungsgrundsatz.⁷ Zu folgenden Punkten hat der 1. Strafsenat jedoch hervorhebenswerte neue Ausführungen getroffen:

Der 1. Strafsenat verwehrt sich gegen Bemerkungen des 4. Strafsenates, mit denen dieser die Entscheidungserheblichkeit der Vorlage in Frage gestellt hat.⁸ Der Senat betont, dass die Beruhensprüfung einzig Sache des nicht willkürlich vorliegenden Senats sei. Erörtert wird darüber hinaus die vom 4. Strafsenat aufgeworfene und nun vom 1. Strafsenat verneinte Folgefrage, ob nach einer Rügeverkümmern eine erneute Urteilszustellung erforderlich wird. Gegen das Argument des 4. Strafsenats, der Gesetzgeber habe mittelbar die relative Unwirksamkeit einer Protokollberichtigung im strafrechtlichen Revisionsverfahren festgeschrieben, indem er von einer aus anderen Verfahren bekannten Regelung abgesehen habe, wendet sich der Senat mit dem Hinweis darauf, dass das Strafverfahren kein kontradiktorisches Parteiverfahren darstelle. Eine gewohnheitsrechtliche Anerkennung der Rechtsprechung zur Rügeverkümmern vermag der Senat nicht zu erkennen. Das von *Jahn/Widmaier* vorgeschlagene eng zu umgrenzende Freibeweisverfahren verwirft der Senat im Anschluss an *Fezer* und den 2. Strafsenat als nicht zu konturieren.⁹

Seinem früheren Argument, die Rechtsprechungsänderung dämme die Erfolgsaussichten unwahrer Verfahrensrügen ein, stellt der 1. Strafsenat nun zwar den Hinweis auf die jüngst erfolgte Anwendung des Missbrauchsverbots auf bewusst unwahre Verfahrensrügen an die Seite.¹⁰ Bemerkenswerter Weise betont er aber trotz der jüngsten Unzulässigkeitsentscheidung des 3. Strafsenats zum wiederholten Male, dass die Zulassung der Rügeverkümmern „im Gegensatz zur Unzulässigkeit einer unwahren Verfahrensrüge“ ... „der einzige zweifelsfrei mit der formellen Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO zu vereinbarende Weg“ sei (!), „um einer derartigen Rüge den Erfolg zu verwehren“. Diese bereits im

kümmern *zur StPO* in rechtsstaatlicher Zeit niemals aufgegeben war.

⁶ Dies kritisiert schon zum Anfragebeschluss treffend *Fezer* StV 2006, 290 f.: „oberflächlich und nachlässig“, dessen im Juni 2006 publizierten kritischen Ausführungen der Strafsenat indes laut seinem Beschluss vom 23. August 2006 auch (noch) nicht zur Kenntnis genommen hat. Wie *Fezer* nun *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 353.

⁷ Vgl. zum Ganzen also wiederholend den besprochenen Vorlagebeschluss BGH HRRS 2006 Nr. 858, der weitere Argumente des 1. Strafsenats aufführt.

⁸ Vgl. dazu und zu weiteren Ausführungen des 4. Strafsenats BGH HRRS 2006 Nr. 545.

⁹ So schon BGH HRRS 2006 Nr. 513 im Anschluss an *Fezer* gegen *Jahn/Widmaier* JR 2006, 166, 169 f.

¹⁰ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 713 m. Bespr. *Kudlich* HRRS 2007 Heft 1.

* Für eine kritische Durchsicht des Beitrages danke ich herzlich Herrn Dr. *Sören Braun*, LL. M. (Cape Town), Hamburg.

¹ Vgl. *Jahn/Widmaier* JR 2006, 166 ff.; *Fezer* StV 2006, 290 ff.; zuvor auch *Park* StV 2005, 257 ff.; zust. aber *Lampe* NSTZ 2006, 366 ff.

² Vgl. *Krawczyk* HRRS 2006, 344 ff.

³ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 545.

⁴ Vgl. zu diesem BGH HRRS 2006 Nr. 185.

⁵ So wie der Senat selbst die Entscheidung RGSt GS 70, 241 ff. letztlich außen vor lässt, die eine Ausnahmezeit begründete, muss man letztlich konstatieren, dass das Verbot der Rügever-

Schrifttum kritisierte¹¹ Entscheidung des 3. Strafsenats dürfte so kaum zur Befriedung des Streits um die Rügeverkümmerung beitragen, zumal sich auch der 3. Strafsenat selbst für eine Rechtsprechungsänderung ausgesprochen hat.¹²

Besonders beachtlich sind Passagen, in denen der Senat hilfswise Ausführungen des 4. Strafsenats zur Umsetzung eines etwaigen Rechtsprechungswandels aufgreift. Der 4. Strafsenat hatte für diesen Fall gefordert, dass die Verfahrensbeteiligten vor einer Protokollberichtigung gehört werden müssten. Darüber hinaus will er die Berichtigungsmöglichkeit bzw. die umfassende Geltung der Berichtigung davon abhängig machen, dass ihr keiner der Verfahrensbeteiligten substantiiert (also etwa durch anwaltliche Versicherung oder dienstliche Erklärung) widerspricht. Dem stimmt der 1. Strafsenat bezüglich der Anhörungspflicht bei „substantziellen Berichtigungen“ nun zu, so dass hierüber für rügevernichtende und damit auch substantziell bedeutsame Berichtigungen zwischen den Senaten Einheit herrschen dürfte. Dagegen widerspricht der 1. Strafsenat einem Recht der Verfahrensbeteiligten zum substantiierten Widerspruch „entschieden“. Ansonsten erkennt der Senat den Kerneinwand gegen sein Vorhaben weiter in einem unbegründeten Misstrauen gegenüber vorsätzlichen Falschbeurkundungen. Er hält es für völlig ausgeschlossen, dass Vorsitzender und Urkundsbeamter, dann, wenn bei der vorherigen Anhörung einer oder mehrere der anderen Verfahrensbeteiligten widersprechen, gleichwohl ohne sichere Erinnerung oder gar wider besseres Wissen das Protokoll berichtigen.

II. Praktisch bedeutsame Tendenzen

Nachdem sich letztlich drei Strafsenate für die Zulässigkeit der Rügeverkümmerung ausgesprochen haben, während sich nur ein Strafsenat geschlossen gegen die Änderung gestellt hat, mag man die äußeren Zeichen in Richtung einer Rechtsprechungsänderung deuten.¹³ Für die Praxis bedeutet die Vorlage jedenfalls, dass die Rechtsprechungsänderung mit der Abfassung eines Vorlagebeschlusses eine weitere Hürde genommen hat und dass ihr Eintreten nun doch ernsthaft möglich ist. Vor diesem Hintergrund ist schon heute zu bedenken, was sich für diesen Fall andeutet: Nach den höchstrichterlichen Maßgaben wird die rügevernichtende Protokollberichtigung nur nach einer Anhörung aller Verfahrensbeteiligten und damit insbesondere der Verteidigung zulässig sein.¹⁴ Zwar ist bislang ungewiss, ob die Protokollberichtigung weiter wie bisher außer Betracht zu bleiben hat, wenn keine vorherige Anhörung und/oder keine nachträgliche

Anhörung in geeigneter Form eröffnet worden ist. Gleichwohl dürfte es schon zur Vermeidung solcher Fragen von Vorteil sein, wenn die Praxis die gebotene Anhörung *bereits heute* beachtet, damit weder unnötig Urteile gefährdet, noch nunmehr anerkannte Teilhaberechte verkürzt werden.

Dass allerdings auch eine „Widerspruchslösung mit Substantiierungsvorbehalt“ am Ende des Vorlageverfahrens stehen wird,¹⁵ kann kaum prognostiziert werden. Die Befugnis zum Widerspruch würde praktisch das Verbot der Rügeverkümmerung weitgehend aufrechterhalten, zumal wohl nicht zwingend eine sichere Erinnerung behauptet werden müsste, um eine substantiierte Infragestellung der Protokollberichtigung zu bejahen. Ein Revisionsführer, der heute eine Rüge auch nach einer Protokollberichtigung aufrechterhält, dürfte ihr oftmals auch widersprechen. Die Frage nach der unwahren Verfahrensrüge würde sich in der Tat auch hier zentral stellen, was derzeit dazu führen dürfte, dass diesem Vorschlag kaum Durchsetzungschancen beschieden sind.

Nimmt man daher zunächst an, dass die neue Rechtsprechung allein zu einem Anhörungsrecht führt, wird es aus Sicht der Verteidigung besonders darauf ankommen, was Verteidiger aus diesem Anhörungsrecht praktisch zu machen wissen. Will der Verteidiger die Rüge bewahren, muss er den Urkundspersonen zumindest genügend konkrete Zweifel an ihrer Erinnerung vermitteln können, auf Grund derer diese sodann von der etwaigen Protokollberichtigung absehen. Soll dies gelingen, kann und muss vor dem Hintergrund absehbar zunehmender Protokollberichtigungen der Rat *Ventzkes* auch hier aufgegriffen werden,¹⁶ dass sich Verteidiger für die zunehmenden Freibeweiserhebungen über Verfahrensvorgänge eine bessere Ausgangsposition verschaffen sollten, indem sie auch Verfahrensvorgänge dokumentieren. Wenn die Tendenz schon dahin geht, vermehrt auf die späte Erinnerung von Verfahrensdetails und nicht mehr auf das unmittelbar während ihres Geschehens Protokollierte abzustellen, müssen die Verteidiger Strategien einsetzen, die ihnen zu den oftmals betroffenen Routinevorgängen eine „substantiierte Erinnerung“ ermöglichen.

III. Entscheidende Gesichtspunkte des Streits um das Verbot der Rügeverkümmerung

Schaut man in jüngere Abhandlungen zur Rügeverkümmerung, scheint alles gesagt: Alles Wesentliche soll ausgetauscht sein. Wer dennoch an der Diskussion teilnimmt steht unter dem Verdacht, er wolle nur den Zustand ändern, dass noch nicht jeder alles gesagt habe. Die folgenden Ausführungen sollen auch nicht alle Aspekte wiederholen, die bis heute in die Diskussion eingeführt

¹¹ Vgl. Auch vor diesem Hintergrund demnächst krit. *Kudlich* HRRS 2007, Heft 1 und *Gaede* StraFO 2007, Heft 1. Vgl. auch bereits *Mikolajczyk* ZIS 2006, 541 ff. und – in der genaueren Aussage aber unentschieden – *Widmaier* NJW 2006, 3587 f.

¹² Siehe dazu und auch zur möglichen Motivation des Beschlusses *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 351 f.

¹³ So bedauernd auch *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 352, 356.

¹⁴ Vgl. insgesamt BGH HRRS 2006 Nr. 513, 545 und nun 858, auch schon *Detter* StraFo 2004, 329, 333. Vgl. auch § 164 II ZPO.

¹⁵ Für ernsthaft erwägenswert hält sie mit dem 4. Strafsenat indes *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 356.

¹⁶ Vgl. *Ventzke* StV 2004, 300, 301; für den Fall der Rügeverkümmerung hebt dies beispielgebend auch bereits hervor *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 356 f.

worden sind.¹⁷ Die nunmehr als Diskussionsgrundlage dienende Vorlage greift jedoch trotz der vorhandenen Abhandlungen maßgebliche Argumente gar nicht oder nicht erschöpfend auf. Zum Teil gebraucht sie Argumente in kritikwürdiger Form. Im Ganzen lohnt es, zu zentralen Gesichtspunkten der Diskussion zu zeigen, dass das Verbot der Rügeverkümmerng noch heute begründet ist. Vier Erwägungen seien hierzu angestellt:

1. Das Verbot der Rügeverkümmerng als Ausprägung der Gesetzeslage

Der 1. Strafsenat betont, dass das Verbot der rügevernichtenden Protokollberichtigung eine letztlich nicht aus einem Gesetz abzuleitende Kreation der Rechtsprechung sei, die folglich auch von dieser zurückgenommen werden könne.¹⁸ Zudem besage die StPO zur Zulässigkeit der Protokollberichtigung überhaupt nichts. Diese Sichtweise vermag jedoch nur den zu überzeugen, der vergisst, dass es sich bei der *zugrunde gelegten* zeitlich unbegrenzten (!) Protokollberichtigung selbst in jedem Fall um eine Kreation der Rechtsprechung handelt.¹⁹ Sie steht ihrerseits in einem Spannungsverhältnis zu § 274 StPO und zum seit jeher formalisierten Revisionsrecht einschließlich seiner Bestimmungen zur Verfahrensrüge.²⁰ Berichtigungen des Protokolls sind kaum zufällig in anderen Prozessordnungen stets geregelt. Sie sind am Maßstab des formorientierten Revisionsrechts auch in der StPO jedenfalls dann regelungsbedürftig, wenn sie – wie bei der Rügeverkümmerng der Fall – belastende Wirkungen zeitigen sollen. So nimmt es nicht wunder, dass sich die kreierte Protokollberichtigung in dem für ihre Zulassung auch nach Darstellung des 1. Strafsenats entscheidenden Urteil des Reichsgerichts erklärtermaßen nur deshalb durchsetzte, weil sie im konkreten Fall *nicht* zu einer Rügeverkümmerng führte.²¹ Die Anerkennung der Protokollberichtigung unter Verzicht auf eine Regelung rechtfertigt sich so nach der noch herrschenden Judikatur bislang gerade auch dadurch, dass die Rechtsprechung dem Problem die entscheidende Spitze genommen hatte, indem sie eine belastende Wirkung der Berichtigung mit dem Verbot der Rügeverkümmerng ausgeschlossen hat. Die Fragen nach der Protokollberichtigung und nach der Rügeverkümmerng als möglicher Wirkung der Protokollberichtigung sind also in Wirklichkeit eng verbunden. Für eine belastend wirkende Protokollberichtigung (= die Rügeverkümmerng) wurde vom Reichsgericht dagegen ein von ihm nicht gefundener „bestimmter Anhalt“ und damit – ganz im Sinne des heute geltenden *strafprozessualen* Gesetzesvorbehalts²² –

ein regelndes Gesetz gefordert, das *bis heute!* nicht gegeben wurde.²³ Mit anderen Worten: *Rügevernichtend wirkende* Protokollberichtigungen wurden verworfen, weil derartige Berichtigungen mit dem geltenden formalisierten Revisionsrecht und damit *mit dem Gesetz* nicht vereinbart werden konnten. Damit aber ist das Verbot der Rügeverkümmerng tatsächlich nichts anderes als eine Ableitung aus dem Gesetz, welche die Grenze markiert, die rechtsfortbildend anerkannte Protokollberichtigungen selbst nicht überschreiten dürfen.

Diese Sichtweise findet durch den Blick auf andere deutsche Prozessordnungen gesetzgeberische Bestätigung: In ihnen *wurde* die Zulässigkeit des berichtigten Protokolls gesetzlich festgeschrieben, mithin auch der „Anhalt“ für die belastende Wirkung der Berichtigungen geschaffen.²⁴ Dass – wie der 1. Strafsenat meint – der Gesetzgeber diese Regelung für den Strafprozess unterlassen haben sollte, weil der Strafprozess kein Parteiprozess ist, wird durch nichts und auch nicht durch die Materialien belegt.²⁵ Es drängt sich vielmehr auf, dass der Gesetzgeber den vorgefundenen strafprozessualen status quo *nicht* antasten wollte, der sich *gerade durch das Verbot der Rügeverkümmerng* und so durch eine relative Wirkungslosigkeit der Berichtigung von den Vorschriften zur unbeschränkten Protokollberichtigung *unterschied*, die er in andere Verfahrensordnungen eingeführt hat. Zudem befremdet das Gegenargument eher, als dass es zu überzeugen vermag: Der 1. Strafsenat scheint auch sagen zu wollen, dass ein Umkehrschluss aus der gesetzgeberischen Nichtregelung in der StPO schon deshalb nicht erfolgen könne, weil die geregelten Verfahren anders als das Strafverfahren kontradiktorische Verfahren seien. Nur, soll das wirklich bedeuten, dass im Strafverfahren, der Grundlage für Strafe und dem klassischen Ort formstrenger Prozessgesetze,²⁶ wegen dieses Unterschieds eine sogar geringere Formsensibilität des Gesetzgebers zu unterstellen sein soll? Dass Deutschland kein Parteiverfahren im Strafverfahren verfolgt, ist auch Ausdruck der erkannten Ernsthaftigkeit dieses Verfahrens, das man Parteien *allein* nicht überantworten wollte, was eher für *strengere* Formen als für größere Rechtsprechungsfreiheiten im Vergleich zu „Parteiprozessordnun-

gung gemäß Art. 6 EMRK, Duncker & Humblot (2007), S. 310 ff. und 718 ff.

²³ Vgl. RGSt 43, 1, 9, eine Rechtsprechung, auf der RGSt 19, 367, 370 in der Sache aufbaute. Dazu, dass das Protokollrecht selbst Teil der Justizförmigkeit ist, vgl. *Park* StraFo 2004, 335, 341.

²⁴ Vgl. so schon den 4. Strafsenat in BGH HRRS 2006 Nr. 545.

²⁵ Vgl. insoweit nichtssagend BRDrucks. 551/74 S. 63 f.; BT-Drucks. 7/2769 S. 10 f., 15.

²⁶ Siehe im Zusammenhang etwa auch *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 355 f. Legendär etwa das Wort von den „schützenden Formen“, vgl. *Zachariä*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens (1846), S. 84 f., 93, 123 ff. Zur Bedeutung von Form und Gesetz im fairen Verfahren nach Art. 6 EMRK vgl. m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 310 ff., 414 ff., 663 ff., 669 ff. und 718 ff. Zur Betonung der Waffengleichheit im dt. Strafverfahren schon des 19. Jh. kann bei *Vargha*, Die Vertheidigung in Strafsachen (1879, Neudruck 1979), S. 298 ff. Erhellendes aufgefunden werden; m.w.N. auch *Egon Müller* NJW 1976, 1063, 1064.

¹⁷ Vgl. umfassend bereits *Krawczyk* HRRS 2006, 344 ff.

¹⁸ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 185 und Nr. 858; so auch apodiktisch *Lampe* NStZ 2006, 366, 367.

¹⁹ Vgl. nur betont *Fezer* StV 2006, 290, 291 f.

²⁰ Vgl. etwa noch ablehnend RGSt 8, 141, 142 f.; 17, 346, 348; für die Berichtigung nach Rügeerhebung auch schon RGSt 2, 76, 77. Siehe aber auch früh RGSt 3, 47.

²¹ Siehe RGSt 19, 367, 369 f. und später z.B. auch RGSt 57, 394, 396.

²² Vgl. *Kudlich*, Strafprozess und allgemeines Missbrauchsverbot (1998), S. 126 ff., 363 f.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidi-

gen“ spricht. Nimmt man hinzu, dass Strafverfahren heute zugunsten der Verteidigung *auch* kontradiktorisch und waffengleich gestaltet sein müssen, ganz egal ob national ein Parteiverfahren vorliegt,²⁷ ist das Gegenargument des Senats zurückzuweisen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die beabsichtigte zeitlich unbegrenzte Protokollberichtigung nicht die Anwartschaft des Beschwerdeführers vernichten darf, die aus dem – unberichtigten gesetzmäßigen – Protokoll in Verbindung mit dem genutzten Recht zur Verfahrensrüge sowie den Maßgaben der §§ 338, 337 StPO resultiert. Ohne eine gesetzliche Grundlage für eine belastende Protokollberichtigung verstößt die rügevernichtende Protokollberichtigung gegen das aktuelle Prozessgesetz. Es würde eine Rechtsprechung das keine Ausnahme vorsehende Gesetz zulasten des Angeklagten einschränken, indem man einer Protokollberichtigung den Vorzug gibt, welcher der Gesetzgeber niemals die Beweiskraft des § 274 StPO zugewiesen hat.

2. Strukturelle Irrtumsgefahren versus „diffuses Misstrauen“

Der 1. Strafsenat sieht weiter ein ungerechtfertigtes Misstrauen gegenüber den Urkundspersonen als Leitgedanke des Verbots der Rügeverkümmern. Noch im Anfragebeschluss hatte der 1. Strafsenat erstaunlich undifferenziert die Sorge der bisher ständigen Rechtsprechung verworfen, indem er schlicht auf den subjektiven Sachverhalt abhob, dass sich die Berichtenden ihrer Erinnerung ja sicher seien und seien müssten.²⁸ Nun fügt er hinzu, dass die Gegenseite selbst unter Berufung auf die drohende „psychologische Falle“ der angegriffenen Urkundspersonen weiter nur den abwegigen Vorwurf einer gemeinschaftlichen, vorsätzlichen Falschbeurkundung in den Händen halte.

Schon ganz allgemein ist man – da es scheinbar verdrängt wird – geneigt, daran zu erinnern, dass eine Erinnerung noch so sicher, dennoch aber falsch sein kann. Die mit der Größe der Wahrheit geführte Argumentation des 1. Strafsenats kommt nicht umhin, die Wahrheit erst überzeugend zu belegen, bevor sie mit ihr unwiderlegbar argumentieren kann.²⁹ Die übereinstimmende Bekundung, eine Erinnerung sei sicher, mag bei Justizangehörigen besonderes und großes Gewicht haben, zumal sie

schon auf Grund ihrer Verpflichtungen zur Reflektion von Zweifeln stets gehalten sind. Die mitgeteilte Sicherheit der Bekundungen soll nun aber gleichsam als unumstößlicher Wahrheitsbeweis genommen werden, auf Grund dessen man einen von jedem unpraktischen Zweifel befreiten „Streit für die Wahrheit“ aufnimmt. Dies muss doch vor dem Hintergrund eines im Zweifel gerade verblassenden Beweismittels erstaunen,³⁰ zumal die bekundete Sicherheit von Erinnerungen sonst tendenziell als Indiz gesehen wird, das nicht unbedingt zur Wahrheit führen muss.³¹ Den Umstand, dass Erinnerungen mit zunehmender Zeit gerade bei Routinevorgängen falsch sein können, kann die übereinstimmend bekundete Sicherheit nicht allumfassend ausräumen, zumal exakt die beteiligten Personen mit einer Falschprotokollierung bewiesen hätten, dass sie sich über die betroffene Förmlichkeit schon einmal – übereinstimmend – geirrt haben.

Im Besonderen ist dem Senat auch einzuwenden, dass er den Einwand der bisherigen h.M. verkürzt hat, um ihm das Angriffspotential zu nehmen: Der 1. Strafsenat antwortet, dass die subjektiv („bewusst“) falsche Erinnerung ein unerhörter Vorsatzvorwurf sei, während der 4. Strafsenat die *objektiv* falsche Erinnerung als Problem benannt hat. Eine Urkundsperson, die sich die Frage stellt, ob ihre vom Protokoll abweichende Erinnerung sicher genug ist, wird tatsächlich redlich und nicht grundlos darauf vertrauen können, dass ihre Erinnerung letztlich richtig ist. Sie wird sich zum Beispiel sagen, dass die Verhandlungen stets ordnungsgemäß verlaufen und nur ein Versehen bei der Niederschrift vorliegen kann, schließlich an diesen Fall auch glauben. Es braucht keinen bösen Willen, um durch Überlagerungseffekte und durch das anderenfalls drohende Ärgernis einer unzutreffend wiederholten Hauptverhandlung subjektiv den objektiv möglicherweise falschen Eindruck zu gewinnen, man erinnere sich an die Beachtung der wesentlichen Verfahrensförmlichkeit sicher genug. Man kann von einer *unbewussten* Neigung ausgehen, Fehler möglichst auszuschließen und zur sicheren Erinnerung zu tendieren. Regelmäßig hat die Urkundsperson Anknüpfungspunkte, die ihr ihre Erinnerung belastbar und damit als hinreichend sicher erscheinen lassen. Dies gilt zumal dann, wenn eine Urkundsperson mit ihrer als sicher erklärten Erinnerung der zweiten eine Brücke baut, ihre eigene Erinnerung in guter Absicht als sicher zu beurteilen. Wenn aber Urkundspersonen tatsächlich nicht ohne nachvollziehbaren Grund darauf vertrauen, sie erinnerten sich richtig an die Beachtung der wesentlichen Förmlichkeit, wenn sie also eine falsche Angabe nicht billigend in

²⁷ Siehe etwa Dowsett v. GB, Rep. 2003-VII, §§ 41 ff.; Kamasinski v. AUT, Serie A, Nr. 168, § 102; Brandstetter v. AUT, Serie A, Nr. 211, § 66; Borgers v. Belgien, Serie A, Nr. 214-A, §§ 24, 28; Belziuk v. PL, Rep. 1998-II, §§ 37 ff.; zur Waffengleichheit des Art. 6 EMRK vertiefend m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 301 ff., 305 ff. und 641 ff.

²⁸ Verkürzend auch Lampe NSTz 2006, 366, 367 f., der meint, es gehe nur um ausgesprochenen Missbrauch durch die Urkundspersonen. Dazu dass es schon immer weniger um vorsätzlich falsche Berichtigungen ging, vgl. neben dem folgenden Text BGHSt 2, 125, 128 sowie Krawczyk HRRS 2006, 344, 346.

²⁹ Zur Zirkularität des Ansatzes des 1. Strafsenats vgl. schon BGH HRRS 2006 Nr. 545 und Krawczyk HRRS 2006, 344, 351, 353 f. Früher auch schon prägnant BGHSt 2, 125, 128.

³⁰ Die mit zunehmender Zeit nachlassende und durch regelmäßige Annahmen ersetzte Erinnerung betonten schon RGSt 43, 1, 5; OGHSt 1, 277, 281; BGHSt 2, 125, 128; BGH HRRS 2006 Nr. 545; Jahn/Widmaier JR 2006, 166 f.; Krawczyk HRRS 2006, 344, 353; Tepperwien, Meyer-Goßner-Festschr., S. 595, 605 ff.; Park StV 2005, 257, 259. Zur vernachlässigten „Irrtumslehre“ Widmaier/Nack MAH Strafverteidigung § 33 Rn. 30 ff.

³¹ Vgl. nur Widmaier/Nack MAH Strafverteidigung § 33 Rn. 15, zum Irrtum Rn. 30 ff. Siehe auch die Enttäuschung über den 1. Strafsenat bei Krawczyk HRRS 2006, 344, 353 f., die – da noch immer nur der Missbrauchsvorsatz abgehandelt wird – auch nach dem Vorlagebeschluss verbleiben dürfte.

Kauf nehmen, liegt noch kein Vorsatz vor. Zuzugestehen ist dem 1. Strafsenat in diesem Zusammenhang aber, dass Berichtigungen nach substantiierten „Gegenerinnerungen“ tatsächlich selten erfolgen dürften: Gerade *durch die beabsichtigte Rechtsprechungsänderung* wird für die sich erinnernde Urkundsperson, auf die nun viele Beteiligte ihre Blicke richten, eine *erhebliche Konflikt- bzw. Drucksituation geschaffen*, in der sie zum einen ihre eigene Parteilichkeit,³² zum anderen aber auch die eigene unnötige Vorsicht vor ihrer Erinnerung und damit eine entbehrliche Urteilsaufhebung fürchten dürfte. Dies wird oft den Ausschlag gegen die Berichtigung geben.

3. Der Ausschluss des (zu) schlechten Scheins durch vorbeugende Formen

Die prognostizierte eher geringe Zahl drohender Falschberichtigungen spricht aber nicht entscheidend gegen das Verbot der Rügeverkümmern, wenn man ein Argument einbezieht, das heute „keine Konjunktur mehr hat“ und so leider bislang keine wesentliche Rolle spielt.³³ Gemeint ist der Gedanke, dass verfahrensrechtliche Formen zum Teil deshalb so streng sind und entsprechend streng ausgelegt werden, weil schon bestimmte schädliche Eindrücke oder Gefahren zugunsten eines rechtsstaatlich gewonnenen und daher unangreifbaren Urteils vermieden sein sollen: Selbst wenn bestimmte Verfahrensrechte nicht der Substanz nach verletzt worden sein *mögen* oder wenn das Urteil nicht auf ihnen beruht, können Recht und Gesetz gebieten, die verfahrensrechtliche Anomalie dennoch nicht zu übersehen, sondern vorbeugend als zu sanktionierendes Übel ernst zu nehmen. So gibt es etwa noch heute nach dem Gesetz absolute Revisionsgründe und ebenso gibt es bis heute das Verbot der Rügeverkümmern. Denn was leistet dieses heute als ineffizient beargwöhnte Verbot? Es schließt einen beachtlichen Zweifel aus, der sich aus der nachträglichen Protokollberichtigung *strukturell* ergibt und er trägt damit zur Legitimität des letztlich gefällten Strafurteils bei: Mit dem Verbot der Rügeverkümmern wird verhindert, dass nachvollziehbare Zweifel an der ohne geregeltes Verfahren durchgeführten Protokollberichtigung verbleiben, die anderenfalls verbleiben dürften, wenn die Protokollberichtigung ein bereits konkret vor dem Erfolg stehendes Aufhebungsrecht unter der tätigen Mitwirkung derjenigen vernichtete, deren Hände Arbeit mit der Aufhebung vernichtet wäre.³⁴

³² Vgl. Jahn/Widmaier JR 2006, 166, 167 ff.

³³ Siehe aber doch schon kurz BGH HRRS 2006 Nr. 545: „Nach der gesetzlichen Regelung in § 274 StPO soll zudem schon dem Anschein von Manipulationen der Boden entzogen werden.“ Auch im Ansatz Dettner StraFo 2004, 329, 332: „gewisser Rechtfertigungszwang der Urkundspersonen“.

³⁴ Derartige Formen und Beteiligungsrechte werden etwa von Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 4. Aufl., S. 114 ff., 103 f. als Absorption von Zweifeln beschrieben, die für ein als legitim empfundenen Verfahrensergebnis konstitutiv ist; vgl. dazu und insbesondere zum Gesichtspunkt der normativ zu erwartenden Akzeptanz des Verfahrensergebnisses m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 363 ff., 370 ff., 403 ff.

So wie bei der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Gerichts nachvollziehbare Zweifel und *nicht die wahrhaftige! Befangenheit* die tragfähige Urteilsfindung durch die betroffenen Richter hindern, ist der mit dem Entzug der Rüge in gleichsam eigener Sache einhergehende belastende Schein ein Grund zur Vorsicht. Solange der Gesetzgeber, der nicht einmal die Protokollberichtigung selbst eingeführt hat, keine gesetzliche Anordnung trifft, diesen Zweifel nunmehr zu ignorieren oder durch ein anderes gesetzliches Verfahren auszuschließen, verdient die bislang gewährte Vorsicht der Erhaltung. Einfach vor der Sondersituation der bereits erhobenen und vormalig begründeten Verfahrensrüge die Augen zu verschließen³⁵ und schon das Problem mit dem Verweis auf die objektive Wahrheit bzw. auf die objektive Gerechtigkeit überhaupt nicht mehr sehen zu wollen, stünde der Justiz nicht gut zu Gesicht. Gerade weil der Beschwerdeführer im Ergebnis auf subjektive Erinnerungen verwiesen wird, die ihm sicher geglaubte Rechte nehmen, sollte der sichtbar beachteten Form weiter die Achtung geschenkt werden, die sie in fairen Verfahren vor allem bei der hier betroffenen Waffengleichheit³⁶ verdient.³⁷

Das Streben nach Effizienz und letztlich auch nach einem Stück mehr an „objektiver Wahrheit“ ist demgegenüber zwar nachvollziehbar, weil so *auch* Urteile aufzuheben sind, bei denen tatsächlich nur das Protokoll fehlerhaft sein mag.³⁸ Ohne gesetzliche Regelung, die hilft, den schlechten Schein anders auszuräumen, ist dem aber *de lege lata* nicht nachzugeben, zumal die Rechtsprechungsänderung die „objektive Wahrheit“ – anders als sie es vorgibt – nicht garantieren könnte. Um dem berechtigten Kern der Vorlage Rechnung zu tragen, könnte und sollte vielmehr der Gesetzgeber tätig werden und beide Anliegen verbessert in neuer Form berücksichtigen: Soweit er nicht allgemein ein nach der Revisionseinlegung anlaufendes befristetes Beanstandungsverfahren schaffen will,³⁹ könnte er die nachträgliche Protokollberichtigung einführen, dabei aber die gebotene Sensibilität für die eigentümliche Sonderlage der erhobenen Verfahrensrüge durch ein Anhörungsverfahren vor einem bislang unbe-

³⁵ Treffend beschrieben wird sie hingegen noch bei RGSt 43, 1, 6 ff.

³⁶ Dazu, dass das Argument der Waffengleichheit traditionell bedeutsam war, vgl. OGHSt 1, 277, 280 und Krawczyk HRRS 2006, 344, 345 f. Zur Maßgeblichkeit äußerer Formen und Eindrücke bei der Waffengleichheit in der Rechtsprechung des EGMR vgl. etwa m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 305 ff. und 641 ff.

³⁷ Vgl. in diesem Sinne auch das berühmte Wort aus dem englischen Prozessrecht „*It is not merely of some importance, but is of fundamental importance that justice should not only be done but should manifestly and undoubtedly be seen to be done.*“, so LJ Hewart in R. v. Sussex Justices, ex parte McCarthy (1924) K.B. 256, 259; zum EGMR siehe Piersack v. Belgien, Serie A, Nr. 53, § 30; Delcourt v. Belgien, Serie A, Nr. 11, § 31; m.w.N. zum Ganzen Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 215 ff. und 403 ff.

³⁸ Siehe Fezer StV 2006, 290, 291, der aufzeigt, dass beide Auffassungen das jeweilige Gegenanliegen bislang nicht voll zu berücksichtigen wissen; vgl. auch das Verständnis bei Jahn/Widmaier JR 2006, 166, 170.

³⁹ Vgl. für dieses Fezer StV 2006, 290, 292.

teiligten Richter versinnbildlichen. Dieser Richter hätte bei einem Widerspruch gegen die Berichtigung über deren Berechtigung zu entscheiden. Gewinnt er die Überzeugung, dass tatsächlich ein Versehen und keine versäumte Verfahrensförmlichkeit vorliegt, kann zum einen eine Berichtigung erfolgen und so oft ein weiteres Verfahren vermieden werden. Zum anderen hätte der verurteilende Staat hinreichend demonstriert, dass er die Zweifel an der Berechtigung der nachträglichen Protokollberichtigung sichtbar ernst genommen und als letztlich im Einzelfall illegitim erwiesen hat.

4. Das „Argument“ der Verfahrensbeschleunigung

Sucht man nach Neuem, welches den heutigen Trend hin zur Aufgabe des Verbots der Rügeverkümmern erklärt, stößt man neben der allgemeinen Effizienzorientierung der Justiz einzig auf das „Argument“ des zu Kompensationen zwingenden Beschleunigungsgrundsatzes, mit dem in Deutschland kurzerhand das Individualgrundrecht des Angeklagten auf Verfahrensbeschleunigung traditionell mit benannt zu werden pflegt. Dieses „Argument“ wurde als das einzig Neue der heutigen Diskussion identifiziert,⁴⁰ ist aber vom Großen Senat für Strafsachen für die Rügeverkümmern bereits im Jahr 1936 gebraucht worden, als man zur Verkürzung subjektiver Rechte zugunsten eines „objektiven Rechtsdenkens“ besonders neigte.⁴¹ Mit Recht wurde nun schon darauf verwiesen, dass das Individualrecht auf Verfahrensbeschleunigung⁴² auch heute nicht dazu dienen darf, dem Angeklagten andere Verfahrensrechte nach Verfassungs- und oder einfachrechtlichem Strafprozessrecht zu nehmen.⁴³ Wie es der 4. Strafsenat – ohne jede Reaktion in der Vorlage – ausgedrückt hat, findet der Beschleunigungsgrundsatz „dort seine Grenze, wo das insgesamt ausgewogene – gerade auch dem Schutz des Angeklagten dienende – Rechtsmittelrecht der Rechtskraft der Entscheidung entgegensteht“.⁴⁴

Dieser Kritik ist nur beizupflichten, denn es könnte kaum noch als Argument gelten, wenn man dem Angeklagten ein Recht schlicht verwehren wollte, weil der Angeklagte sonst aus einem weiteren verfassungsmäßigen Menschenrecht Ansprüche herleiten dürfte. Der Senat argumentiert aber tatsächlich differenzierter und meint, dass der Beschleunigungsgrundsatz gerade das Gewicht der Wahrheitsorientierung erhöhe. Es sei mit anderen Worten wichtiger, die Wahrheit zum Zuge kommen zu lassen,

⁴⁰ So *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 352.

⁴¹ Vgl. RGSt 70, 241, 242, freilich ohne den Hintergrund der anderenfalls „drohenden“ Strafzumessungskompensation. Für den damaligen „Kampf gegen das subjektive Recht“ vgl. nur *Larenz*, in: Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft, S. 225 ff., 227 ff., Zitat S. 258 f.

⁴² Zur primär individualrechtlichen Natur nach dem GG vgl. BVerfG NSTZ 2006, 680 f., für die EMRK siehe *Gaede* wistra 2004, 166, 168 m.w.N.

⁴³ Vgl. *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 353 f. m.w.N.; *Jahn/Widmaier* JR 2006, 166, 170.

⁴⁴ Vgl. BGH HRRS 2006 Nr. 545, mit Verweis auf BGH StV 2006, 237, 238 f.; 241 f.

um somit anderenfalls unvermeidbare Verletzungen des Beschleunigungsgrundsatzes infolge justizbedingter Verfahrensfehler auch tatsächlich zu vermeiden. Selbst wenn man die Argumentation so nicht als erstaunliche Verkürzung der Rechte des Art. 6 EMRK begreift, überzeugt sie aber nicht. Zum einen muss man wiederum die Entscheidung des Rechtsinhabers achten, der gerade nicht gegen, sondern für die Verfahrensverlängerung entgegen der Protokollberichtigung eintritt. Zum anderen erscheint es vorschnell, das Recht auf Verfahrensbeschleunigung in der vorliegenden Konstellation ohne weiteres als stets verletzt anzusehen. Die Berufung des Beschwerdeführers auf das Verbot der Rügeverkümmern gegenüber einer Protokollberichtigung könnte durchaus als Sonderfall betrachtet werden, in dem keine Verfahrensverzögerung angenommen wird, die *dem Staat anzulasten wäre*.⁴⁵ Die originär verfassungs- und menschenrechtlich zu beurteilende Frage könnte bei einer nicht willkürlich erfolgten Berichtigung durchaus so gesehen werden, dass eine Zurechnung der entstandenen Verfahrensverlängerung zum Staat ausgeschlossen ist, was aber – wie die Beurteilung der erfolgreichen Revisoren bei Art. 6 I 1 EMRK allgemein – noch näherer Prüfung bedarf. Da das Recht auf Verfahrensbeschleunigung auch *eigenständig neben* dem Recht auf ein faires Verfahren steht und als solches selbständig zu prüfen und auszulegen ist,⁴⁶ muss das Verbot der Rügeverkümmern als Ausprägung der Verfahrensfairness jedenfalls nicht zugleich zwingend auch zu einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung führen.

IV. Kompensationen nach der Zulassung der Rügeverkümmern

Nach den vorherigen Ausführungen ist es vorzugswürdig, das Verbot der Rügeverkümmern fortbestehen zu lassen. Ohne ein gesetzlich geregeltes Berichtigungsverfahren, das die belastende Rügeverkümmern gestattet und die strukturelle Problematik einer „Berichtigung in eigener Sache“ entschärft, dürfen Aufhebungsrechte nicht entzogen werden.

Eine andere Frage ist indes, wie zu verfahren ist, wenn man anders als hier vertreten mit dem 1. Strafsenat eine weitgehende Kompetenz der Rechtsprechung bejaht, rechtsfortbildend tätig zu werden, auch wenn dies gesetzlich eingeräumte Rechte nimmt.⁴⁷ Von einem solchen Standpunkt aus betrachtet steht der sichere Fall des Verbots der Rügeverkümmern bevor, eben weil die Rechtsprechung die Belastung des Revisionsführers derzeit schlicht als Ersatzgesetzgeber zu wollen scheint. Dann aber stellt sich auch die Folgefrage, wie die Rügeverkümmern ausgestaltet sein soll. Hier ist zu hoffen, dass die Ausgestaltung des nun bedeutsameren Berichtigungsverfahrens manches von derjenigen rechtsstaatli-

⁴⁵ So vielleicht auch *Jahn/Widmaier* JR 2006, 166, 170 Fn. 48.

⁴⁶ Sie dazu m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 22), S. 223 ff.

⁴⁷ Siehe neben dem 1. Strafsenat auch BGH HRRS 2006 Nr. 713 („Rechtslage geändert“); allgemein auch BGHSt 50, 40 ff. (GS Absprachen).

chen Vorsicht in abgewandelter Form bewahrt, die man zuvor über die Rügeverkümmern walten ließ.⁴⁸ Angemessen wäre es dabei, wenn der Große Senat für Strafsachen die von ihm beanspruchte Befugnis zur Rechtsfortbildung sodann auch *gleichermaßen weit* handhabt, wenn es de lege lata um diese Folgefrage geht.

Das Anhörungsrecht ist absehbar das Mindeste, was seitens der Rechtsprechung als verfahrensrechtlicher Grundrechtsschutz zu erwarten ist. Die Verteidigung könnte die Anhörung auch durch die bereits angeregte Dokumentation von Verfahrensvorgängen im Einzelfall durchaus wirksam nutzen. Das Recht zum substantiierten Widerspruch wird indes kaum bevorstehen, da die so letztlich weithin in die Hände der Verteidigung gelegte Beurteilung weitgehend zum status quo führen dürfte, was – hat sich einmal eine Mehrheit für die Rügeverkümmern gefunden – kaum durchsetzbar sein dürfte. Darüber hinaus wird sich das hier vorgeschlagene Verfahren, in dem bestimmungsgemäß ein Richter nach einer Beweiserhebung die rügevernichtende Protokollberichtigung im Fall eines Widerspruchs konstitutiv bestätigen muss, indem er sich selbst von ihren tatsächlichen Voraussetzungen überzeugt, im Wege der Rechtsfortbildung in Reinkultur nicht schaffen lassen. Vom Standpunkt des BGH betrachtet erscheint es hingegen durchaus möglich, jedenfalls eine „echte“ Beschwerde anzuerkennen,⁴⁹ mit

⁴⁸ Siehe auch schon die Überlegungen von *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 356.

⁴⁹ Siehe schon im Ansatz *Detter* StraFo 2004, 329, 333, 335; BGH HRRS 2006 Nr. 513. Unklar aber doch in Richtung des hiesigen Vorschlags auch *Lampe* NSTZ 2006, 366, 368, der einerseits betont, die Beschwerde müsse sich auf Rechtsfragen beschränken, andererseits dann doch möchte, dass der „nach-

der man von den früheren Maßstäben bei der Beschwerde gegen Protokollberichtigungen abkehrt und zu einer wirksameren Überprüfung gelangt.⁵⁰ Das Beschwerdegericht könnte die Protokollberichtigung nicht gegen die Urkundspersonen durchsetzen, wohl aber könnte es verstärkt prüfen, ob die nachträgliche Protokollberichtigung im Einzelfall so zweifelsfrei erscheint, dass man ihrerwegen die Rügeverkümmern zulässt. Dem stünde – lässt man die Protokollberichtigung überhaupt zu – § 274 StPO letztlich nicht entgegen,⁵¹ denn eine solche Rechtsprechung würde je nach Entscheidung im Einzelfall entweder das frühere Verbot der Rügeverkümmern bedeuten, das § 274 StPO nicht widerstreitet, oder sie würde dazu führen, dass das berichtigte Protokoll gilt. Ein nach Beschwerdegrundsätzen urteilendes Gericht könnte so im Streitfall unabhängig entscheiden, ob es die belastende Protokollberichtigung als Grundlage für die Revision zulässt. Unter Umständen könnte so jedenfalls im Ansatz über die Beschwerde demonstriert werden, dass die Protokollberichtigung zugunsten der angenommenen Wahrheit zwar möglich ist, aber einer nicht gänzlich unbedeutenden Kontrolle durch Dritte unterliegt, die einen leichtfertigen Umgang mit diesem unter Umständen rügevernichtenden Rechtsinstitut ausschließt.

vollziehbare Anlass für eine Berichtigung“ und der „Verdacht einer willkürlichen Berichtigung“ überprüft werden sollten.

⁵⁰ Zu deren heutigen Schranken m.w.N. *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 352 f. m.w.N.; *Meyer-Gofßner*, StPO, 49. Aufl., § 271 Rn. 28 f.

⁵¹ Anders möglicherweise *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 352 f. m.w.N. gegen den Ansatz von *Detter*.

„Hände weg von der StPO!“*

Von RA in wiss. Mit. Dr. **Kamila Matthies LL.M.** und RA in wiss. Mit. **Denis Matthies**, Frankfurt Oder.

„Hände weg von der StPO!“¹ forderte *Scheffler* bereits 1995 unter anderem im Hinblick auf Gesetzesentwürfe der (damaligen) 12. Legislaturperiode, die mit dem Virus „Beschleunigung“ des Strafverfahrens befallen waren². Diese Forderung hat (leider) auch in der 16. Legislaturperiode nicht an Aktualität verloren. „Hände weg von der StPO!“ muss auch für den aktuellen Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 13.10.2006 zur „Effektivierung des Strafverfahrens“³ gelten.

* Dieser Beitrag ist Prof. Dr. Dr. Uwe Scheffler zum 50. Geburtstag gewidmet.

¹ Siehe schon *Scheffler*, GA 1995, 465 f.

² *Scheffler*, GA 1995, 465.

³ Vgl. BR-Drs. 660/06

1. Gesetzesentwurf des Bundesrates vom 13.10.2006

Erklärtes Ziel des Gesetzesentwurfes des Bundesrates zur „Effektivierung des Strafverfahrens“⁴ ist wieder einmal, das Strafverfahren ohne Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung und der berechtigten rechtsstaatlichen Interessen der Bürger zu beschleunigen und zu straffen.⁵ Ob die Vorschläge des Entwurfs selbst keine Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung und der berechtigten rechtsstaatlichen Interessen der Bürger zum Ziel haben, beantwortet der Entwurf explizit nicht. Dies verwundert nicht, wenn man sich einige Vorschläge und deren Begründung genauer anschaut.

a) Abschaffung des Inhaltsprotokolls im amtsgerichtlichen Verfahren

Der Entwurf schlägt die Beseitigung des Inhaltsprotokolls in der amtsgerichtlichen Hauptverhandlung vor. Der Entwurf sieht ein Bedürfnis hierfür aufgrund der durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz vom

⁴ Vgl. BR-Drs. 660/06

⁵ BR-Drs. 660/06, S. 1.

24.08.2004 vorgenommenen Änderung in § 226 StPO, wonach der Strafrichter auf die Hinzuziehung des Protokollführers verzichten kann.⁶

Die Annahme des Bedürfnisses für die Beseitigung des Inhaltsprotokolls ist paradox. Der Gesetzgeber des 1. Ersten Justizmodernisierungsgesetzes hat gerade mit der Abschaffung der zwingenden Anwesenheit des Protokollführers in der Hauptverhandlung dem Strafrichter ein Mehr an Arbeit auferlegt: eine Maßnahme, die als „nackte Personaleinsparung“⁷ kritisiert wurde.⁸ Es ist absurd, wenn der Gesetzgeber nunmehr das Bedürfnis nach der Abschaffung des Inhaltsprotokolls mit einer Situation rechtfertigt, die er selbst vor gerade einmal zwei Jahren bewusst herbeigeführt hat. Vergessen scheint die Zeit, in der ein Inhaltsprotokoll für alle Tatsacheninstanzen zu fertigen war.⁹

b) Erweiterung des Anwendungsbereichs der Annahmeerufung

Die Grenze, ab der die Berufung - um zulässig zu sein - eines Annahmebeschlusses des Vorsitzenden der Berufungskammer bedarf, soll von 15 auf 60 Tagessätze angehoben werden.¹⁰

Die durch das RpfEntlG von 1993 mit der Einfügung der Annahmeerufung geöffnete „Büchse der Pandora“ breitet ihr Unheil aus. Dass, worauf die Strafrechtswissenschaft mit Nachdruck hingewiesen hat, das Institut der Annahmeerufung rechtsdogmatisch mit der Struktur der Berufung als Rechtsmittel mit Wiederholungscharakter - „zweite Erstinstanz“ - nicht in Einklang zu bringen ist¹¹, stört den Gesetzgeber offenbar nicht. Es scheint für ihn auch in Zukunft hinnehmbar, dass sich der Vorsitzende der Berufungskammer im Rahmen der zur Zulässigkeit gehörenden Annahmeentscheidung sachlich-rechtlich mit dem Urteil des Amtsgerichts auseinander setzen muss: eine nicht zu vereinbarende Vermengung von Zulässigkeits- und Begründetheitsprüfung des Rechtsmittels der Berufung.¹² Dass für die Annahmeentscheidung (§ 313 Abs. 2 S. 1 StPO) trotz der Anknüpfung an die revisionsrechtliche Regelung des § 349 Abs. 2 StPO die prognostische Entscheidung des Einzelrichters genügt, während der Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO auf Grundlage eines feststehenden Sachverhalts die einstimmige Entscheidung eines Kollegialgerichts erfordert, ist - so Rieß¹³ - ein „legislatorischer Missgriff“. Rechtstatsächlich hat die Annahmeerufung trotz ihres derzeit begrenzten Anwendungsbereichs zu einer Reihe von Auslegungsfragen, z.B. das Verhältnis der Annahmeerufung

⁶ BR-Drs. 660/06, S. 12.

⁷ Rieß, StraFo 2006, 9.

⁸ Vgl. hierzu Sommer, StraFo 2004, 297.

⁹ Diese Pflicht bestand von 1964 bis zur Abschaffung durch das 1. StVRG 1974.

¹⁰ BR-Drs. 660/06, S. 2.

¹¹ Siehe eingehend Fezer, NStZ 1995, 265 ff.; vgl. auch Rieß, FS Kaiser, S. 1461 ff.

¹² Rieß, FS Kaiser, S. 1465.

¹³ FS Kaiser, S. 1467; siehe auch Fezer, NStZ 1995, 267 - der vom Systembruch spricht.

zur Sprungrevision betreffend, in der Rechtsprechung geführt, was zu dem beabsichtigtem Ziel des Gesetzgebers, der Entlastung der Rechtspflege in Widerspruch steht.¹⁴

c) Ausdehnung des Strafbefehlsverfahrens

Im Strafbefehlsverfahren sollen Freiheitsstrafen bis zu zwei Jahren - statt bisher nur einem Jahr -, die zur Bewährung ausgesetzt werden, verhängt werden können.¹⁵

Resistent ist somit auch dieser Entwurf gegen den dogmatischen Widerspruch, dass eine „Freiheitsstrafe auf Bewährung per Post“¹⁶ in dieser Höhe de lege lata nur ausnahmsweise aufgrund einer Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Beschuldigten ausgesetzt werden kann. Wie die Staatsanwaltschaft und das Gericht entscheiden sollen, ob die Prognosevoraussetzungen nach § 56 Abs. 2 StGB für eine Strafaussetzung zur Bewährung vorliegen, ist höchst unklar.¹⁷ Fraglich ist ohnehin schon, wie in einem solchen Verfahren die Verwirklichung präventiver Strafzwecke zu erfolgen hat. Gemäß § 56 Abs. 1 StGB wird eine Strafe zur Bewährung deshalb ausgesetzt, weil zu erwarten ist, daß der Verurteilte sich schon die Verurteilung und doch wohl auch die Hauptverhandlung zur Warnung dienen lassen hat. Rechtstatsächlich ist diese Erwartung bei einem Stück Papier, das vielleicht nicht einmal gelesen wird, kaum erfüllbar. Im Extremfall kann sogar eine Bewährung widerrufen werden bei jemandem, der seine Verurteilung nicht einmal wahrgenommen hat.¹⁸

d) Erweiterung der Rechtsfolgenkompetenz im beschleunigten Verfahren

Im beschleunigten Verfahren soll die Rechtsfolgenkompetenz von einem auf zwei Jahre erweitert werden, „um dieser besonders effizienten Verfahrensart einen breiteren Anwendungsbereich zu geben.“¹⁹

Und auch hier ist es scheinbar ohne Belang, dass aus dem Schrifttum schon vor der Verabschiedung des Verbrechensbekämpfungsgesetzes²⁰ grundsätzliche Kritik an dieser Verfahrensart - eo ipso suspect²¹ - geäußert wurde.²² Meyer-Gößner bezeichnet eine solche beschleunigte Verfahrensart auch in seiner aktuellen 49. Auflage als

¹⁴ Rieß zu Folge ist das gesetzgeberische Ziel der Entlastung der Berufungsinstanz verfehlt worden, siehe Rieß, FS Kaiser, S. 1479.

¹⁵ BT-Drs. 660/06, S. 17.

¹⁶ Scheffler, GA 1995, 460.

¹⁷ Scheffler/K. Matthies, Kriminalität im Grenzgebiet Bd. 7, S. 187 unter Bezugnahme auf Asbrock, ZRP 1992, 13.

¹⁸ Scheffler/K. Matthies, Kriminalität im Grenzgebiet Bd. 7, S. 188.

¹⁹ BT-Drs. 660/06, S. 8.

²⁰ Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994, siehe BT-Drs. 12/6853, S. 35 f.

²¹ Meyer-Gößner in LR, 23. Aufl., Vorb. § 198 Rn. 15.

²² So schon Bandisch, StV 1994, 153 ff.; Neumann, StV 1994, 273 ff.; Scheffler, NJW 1994, 2191; siehe gegen Scheffler Faupel, NJ 1999, 182.

nicht bedenkenfrei.²³ Meyer-Göfner weiter: „Im Gegensatz zum Gesetzgeber des Verbrechensbekämpfungsgesetzes wird daher in der Literatur auch die gänzliche Abschaffung dieser Verfahrensart gefordert²⁴, zumal mit einem zügig durchgeführten Normalverfahren derselbe Effekt erzielt werden kann.“²⁵

Wie hier die Möglichkeit der Ermittlung der Strafzumessungsgesichtspunkte als auch die für oder gegen eine der Strafaussetzung zur Bewährung sprechenden Aspekte durchzuführen ist, ist ebenfalls problematisch. Der Entwurf beantwortet diese Frage jedenfalls nicht. Der § 160 Abs. 2 StPO zwingt die Staatsanwaltschaft und der § 244 Abs. 2 StPO das Gericht, grundsätzlich solche Ermittlungen vorzunehmen. Für das beschleunigte Verfahren kann dieser Grundsatz offenbar ebenso vernachlässigt werden wie das grundlegende durch Art. 6 Abs. 3 EMRK gewährleistete Recht auf Verteidigung.²⁶ Dies erstaunt, denn gemäß dem Entwurf kann das Gericht in einem solchen Verfahren sogar zwei Jahre Freiheitsstrafe ohne Bewährung verhängen.

e) Erleichterte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht

Der Entwurf schlägt weiterhin die erleichterte Ablehnung eines Beweisantrages wegen Verschleppungsabsicht vor, in dem in § 244 Abs. 3 S. 2 StPO nach dem Wort „Antrag“ die Wörter „nach der freien Würdigung des Gerichts“ eingefügt werden sollen.²⁷ Aufgrund der zu streng erscheinenden revisionsgerichtlichen Anforderungen an die Begründung eines tatrichterlichen Ablehnungsbeschlusses wegen Verschleppungsabsicht, soll das Revisionsgericht auf die Prüfung beschränkt bleiben, ob der Tatrichter rechtlich einwandfrei zu seiner Überzeugung gekommen ist, dass Verschleppungsabsicht vorliegt.²⁸

Dass diese schon zum Vorentwurf eines 2. RPfEntlG in den 1990er Jahren vorgeschlagene Erleichterung der Ablehnungsmöglichkeit eines Beweisantrages wegen Prozessverschleppung von dem aus Strafrechtslehrern und Strafrechtslehrerinnen bestehenden Marburger Arbeitskreis als „Einfallstor für Willkür“²⁹ abgelehnt wurde, ist wohl in Vergessenheit geraten. Unberücksichtigt bleibt auch die nicht seltene Verführung der Tatgerichte, vermeintlich verspätete Beweisanträge wegen Prozessverschleppung abzulehnen.³⁰ Als Konsequenz daraus die Ablehnungsentscheidung weitgehend der revisionsge-

richtlichen Kontrolle zu entziehen, ist insoweit mehr als fragwürdig.³¹

f) Weitere Vorschläge

Auf die weiteren „höchst problematischen“³² Änderungsvorschläge, wie bspw. die Einführung einer Erscheinens- und Aussagepflicht von Zeugen bei der Polizei und die beabsichtigte Erschwerung des Zugangs zur Rechtsbeschwerde im Verfahren wegen einer Ordnungswidrigkeit soll hier nicht näher eingegangen werden. Bezüglich dem letztgenannten Änderungsvorschlag sei nur daran erinnert, dass sich bereits der unter 1.e) genannte Marburger Arbeitskreis gegen eine derartige Änderung aufgrund der Gefahr einer „schleichenden Erosion“ des Ordnungswidrigkeitenrechts ausgesprochen hatte.³³ Es ist zu bedenken, dass alle Fahrlässigkeitsverstöße im Straßenverkehrsbereich unter die 500 € Grenze fallen und folglich in der Regel³⁴ eine Zulassung der Rechtsbeschwerde durch das Beschwerdegericht (§ 80 OWiG) voraussetzen.

2. Ausblick

Die Änderungsvorschläge des Entwurfes des Bundesrates bestätigen auch die Befürchtung von Rieß³⁵ für die 16. Legislaturperiode, dass der Strafprozess „den Reformen ausgesetzt sein wird, die er nicht brauchen kann.“

Ob es gleichwohl mit Rieß³⁶ lohnt, sich der Hoffnung hinzugeben, „dass auch im rechtspolitischen Alltagsgeschäft rationale Argumentation vieles bewirken - und vieles verhindern kann -, mag dahingestellt bleiben. Der Gesetzgeber hat diese Hoffnung in der Vergangenheit jedenfalls nicht selten unberücksichtigt gelassen. Beispielsweise hat der Gesetzgeber mit dem 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24.08.2004³⁷ die Unterbrechungsfrist von 10 Tagen auf 3 Wochen ausgedehnt. Dies sollte nach dem Willen des Gesetzgebers zur Folge haben, dass auf zeit- und kostenintensive „Schiebeterminale“, die nach altem Recht zur Verhinderung eines völligen Neubeginns der Hauptverhandlung erforderlich gewesen wären, verzichtet werden könne.“³⁸

So hat etwa Scheffler aber schon 1995 zu früheren Gesetzesentwürfen, die eine Erweiterung der Unterbrechungsfrist vorsahen, darauf hingewiesen, dass die Erweiterung von Fristen grotesk sei.³⁹ Die durchaus verständliche menschliche Schwäche, bei Arbeitsüberlastung Fristen

²³ Meyer-Göfner Vor § 417 Rn. 3.

²⁴ Scheffler, NJW 1994, 2195; siehe Herzog, ZRP 1991, 125 – bezüglich der Rechtslage vor Inkrafttreten des Verbrechensbekämpfungsgesetzes.

²⁵ Eingehend Meyer-Göfner, GS Meurer, S. 432 ff.; siehe auch Scheffler, NJW 1994, 2195.

²⁶ Weigend, ZStW (113) 2001, S. 295; Scheffler, NJW 1994, 2195.

²⁷ BR-Drs. 660/06, S. 2.

²⁸ BR-Drs. 660/06, S. 11 f.

²⁹ ZRP 1995, 270.

³⁰ Dabs/Dabs, Die Revision im Strafprozeß, Rn. 336.

³¹ Siehe hierzu Scheffler, Kap. VII (Hauptverhandlung), in dem demnächst erscheinenden Handbuch für das Strafverfahren.

³² So Rieß, StraFo 2006, 13.

³³ ZRP 1995, 272.

³⁴ Nach dem Entwurf soll bei der Verhängung eines Fahrverbots von nicht mehr als einem Monat Dauer ebenfalls eine Rechtsbeschwerde nur bei Zulassung durch das Beschwerdegericht möglich sein, siehe BR-Drs. 660/06, S. 22.

³⁵ Rieß, StraFo 2006, 12.

³⁶ Rieß, StraFo 2006, 14.

³⁷ BGBl. I, 2198.

³⁸ BR-Drs. 378/03, S. 26.

³⁹ Scheffler, GA 1995, 462.

bis zur Höchstgrenze auszunutzen, ist auch den Richtern nicht fremd.⁴⁰

Wer diesen Einwand für überzogen hält, der wird durch eine Anmerkung des 3. Strafsenats des BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2006⁴¹ eines Besseren belehrt. Der 3. Strafsenat führt aus:

„Die Verlängerung der zulässigen Unterbrechungsfrist nach § 229 Abs. 1 StPO führt nach den Beobachtungen des Senats dazu, dass insbesondere umfangreiche Hauptverhandlungen noch länger als früher dauern. Die Zahl der Verfahren, in denen die Unterbrechungsfrist zwischen zwei Hauptverhandlungsterminen regelmäßig länger als zehn Tage beträgt und nur zweimal im Monat verhandelt wird, nimmt, was nach der Gesetzesänderung auch zu erwarten war, zu. ... diese Verlängerung ist Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, mit der § 229 StPO und damit auch die durch diese Vorschrift ausgestaltete Konzentrationsmaxime modifiziert worden sind. Dass der Gesetzgeber diese Folge nicht gewollt hat, kann daran nichts ändern. Seine Vorstellung, dass die Dreiwochenfrist nur in Ausnahmefällen in Anspruch genommen werden sollte, hat im Gesetz in keiner Weise Ausdruck gefunden.“

Darüber hinaus bieten weitere Gesetzesentwürfe Anlass zu der Sorge, dass die Hoffnung der vernünftigen Argumentation auch weiterhin unerfüllt bleiben wird.

Als Beispiel hierfür ist auf den Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Verbesserung der Bekämpfung der Jugenddelinquenz zu verweisen.⁴² Der Entwurf schlägt das (isolierte) Fahrverbot als von Straßenverkehrsdelikten losgelöstes Zuchtmittel, die Einführung eines sogenannten Einstiegsarrests, die Meldepflicht als Weisung sowie Vorführung und Haftbefehl im Vereinfachten Jugendverfahren vor.⁴³ Die Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende sollte auf Ausnahmen beschränkt sein, dann aber wenigstens die Höchststrafe auf 15 Jahre heraufgesetzt werden.⁴⁴

Einer inhaltlichen Auseinandersetzung mit den einzelnen nicht neuen Änderungsvorschlägen bedarf es nicht mehr. Scheffler hat vor dem Hintergrund des 64. Deutschen Juristentages zu der Fragestellung „Ist das deutsche Jugendstrafrecht noch zeitgemäß?“ resümiert: „Nein. Und das ist auch gut so.“⁴⁵ Wie zutreffend diese Einschätzung

war, verdeutlicht eine Stellungnahme der rot-grünen Bundesregierung zu einem Gesetzesentwurf des Bundesrates zur Bekämpfung der Jugendkriminalität in der 15. Legislaturperiode⁴⁶, der die nunmehr wieder aktuellen (alten) Änderungsvorschläge vorsah:

„Die Vorschläge des Bundesrates sind nicht neu. Sie sind teilweise schon mehrmals erfolglos Gegenstand von Gesetzgebungsverfahren gewesen (vgl. nur Bundesratsdrucksache 459/98, 449/99, 850/02, jeweils vom Bundesrat abgelehnt, sowie Bundestagsdrucksache 14/3189, vom Deutschen Bundestag in 2. Lesung abgelehnt). Die Fachöffentlichkeit steht den Vorschlägen ebenfalls ablehnend gegenüber. Der 25. Deutsche Jugendgerichtstag in Marburg im September 2001, die 2. Jugendstrafrechtsreform-Kommission der DVJJ im August 2002 und der 64. Deutsche Juristentag in Berlin im September 2002 lehnten die Änderungsvorschläge klar ab. Auch die Teilnehmer des 27. Strafverteidigtages in Leipzig im März 2003 sprachen sich zumeist gegen die Verschärfungsforderungen aus. Neue Argumente, die die bekannten Vorschläge nunmehr rechtfertigen würden, sind ebenso wenig ersichtlich wie empirische oder kriminologische Argumente. Ihre Umsetzung würde im Hinblick auf das angestrebte Ziel vielmehr kontraproduktiv wirken.“

Dass ungeachtet dessen diese Vorschläge wieder Gegenstand eines aktuellen Gesetzesentwurfes sind, grenzt - überspitzt formuliert - an Ignoranz gegenüber rationaler Argumentation der Fachöffentlichkeit.

Rieß⁴⁷ hat insoweit bereits klargestellt, dass auch im politischen Alltagsgeschäft der verantwortliche Gesetzgeber und die ihm zuarbeitende Ministerialbürokratie die rationale Argumentation als Hilfestellung empfinden sollten, derer sie bedürfen.

In Anlehnung an ein Zitat von Paul Johann Anselm von Feuerbach ist abschließend folgender Appell an den Gesetzgeber zu richten: Nicht zögern ist des Gesetzgebers Pflicht; aber eben so ist gewiss: nicht eilen; denn Eile übereilt sich, und ein eilfertiges Gesetz ist sehr oft nur ein eilendes Unrecht.⁴⁸

⁴⁶ BT-Drs. 15/1472 Anlage 2, S. 10.

⁴⁷ Rieß, StraFo 2006, 14.

⁴⁸ v. Feuerbach, Kleine Schriften vermischten Inhalts, 1833, S. 152.

⁴⁰ Vgl. hierzu auch Behm/Wesemann, StraFo 2006, 354; Neuhäus, StV 2005, 51.

⁴¹ StraFo 2006, 456 = BGH HRRS 2006 Nr. 701.

⁴² BT-Drs. 16/1027.

⁴³ BT-Drs. 16/1027, S. 1.

⁴⁴ BT-Drs. 16/1027, S. 1 f.

⁴⁵ Scheffler, NJ 2002, 452.

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Christian Jäger: Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, C.F.Mueller, Heidelberg, 2006, XII, 49 Seiten, kart., ISBN 3-811-45236-3, EUR 18,00.

I. Wirft man einen ersten spontanen Blick auf das kleine Büchlein, das aus *Jägers* Trierer Antrittsvorlesung hervorgegangen ist, so mag man spontan: „Ja“ oder „so ist es“ oder vielleicht sogar „ebenso zutreffend wie banal“ denken – es dürfte völlig unstrittig sein, dass Zurechnung und Rechtfertigung „Kategorialprinzipien“ im Strafrecht sind, und man darf bei einem Buch mit rund 40 Seiten reinem Text auch kaum erwarten, dass zu diesen beiden Prinzipien völlig neuartige Grundlegungen geleistet werden können.

Warum lohnt sich die Lektüre trotzdem? Die Antwort lautet: Weil *Jäger* sich mit einer eigentlich in der Tat nahe liegenden, gleichwohl jedoch eher selten behandelten Frage befasst, nämlich nach dem Verhältnis beider Prinzipien: Durch die (jedenfalls in der Strafrechtswissenschaft weitgehend erfolgte) Anerkennung der objektiven Zurechnung als tatbestandliches Zurechnungskorrektiv ist die erste spontane Unterscheidung zwischen der Tatbestandsmäßigkeit als mehr oder weniger „statischer“ Unrechtsbegründung und der Rechtfertigung als mehr oder weniger „dynamischer“ Unrechtsausräumung allein nicht mehr geeignet, die Unterschiede vollständig zu beschreiben. Denn obgleich „aufbaumäßig“ im Tatbestand verortet, enthält auch die objektive Zurechnung – so könnte man jedenfalls spontan meinen – einen Zurechnungsausschluss, der eher als „Unrechtsausräumung“ gedeutet werden müsste und nicht weniger dynamisch und vielgestaltig ist als die Rechtfertigungsgründe.

II. Eingerahmt von mehreren Vor- sowie ergänzenden Nachüberlegungen widmet sich *Jäger* insbesondere in drei Abschnitten seines Buches (S. 9-36) der Unterscheidung zwischen Zurechnung und Rechtfertigung samt ihrer Einordnung bzw. gegenwärtigen Handhabung im System des Verbrechensaufbaus und konkreten Folgerungen aus den von ihm entwickelten Differenzierungen:

1. Nach einer kurzen Einleitung, in der *Jäger* auf das Institut der objektiven Zurechnung als möglichen „Sprengsatz“ für die einfache Unterscheidung zwischen Unrechtsbegründung und Unrechtsausräumung eingeht, zeichnet er zunächst (S. 3 ff.) Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit als strafrechtliche Grundkategorien nach. Die Entwicklung der Tatbestandslehre wird ausgehend von *Beling* knapp skizziert und bis zur Idee der Lehre von der objektiven Zurechnung nachverfolgt, für die *Jäger* insbesondere die Fallgruppen der Risikoverringerung, des Fehlens eines rechtlich relevanten Risikos, der fehlenden Einschlägigkeit des Schutzzwecks der verletzten Norm sowie den fehlenden Pflichtwidrigkeitszusammenhang bei rechtmäßigem Alternativverhalten

benennt (S. 5 f.). Da hinter all diesen Fallgruppen nun die Grundformel von der Schaffung und Realisierung einer unerlaubten Gefahr stünden, sei es doch erstaunlich, „dass die Frage, weshalb dann nicht alle Rechtfertigungsgründe Zurechnungsausschlussgründe sind, in der Literatur nicht gestellt wird (...), obwohl sich doch das Problem geradezu aufdrängt, wie die Schaffung einer Gefahr unerlaubt sein kann, wenn das Verhalten durch einen Rechtfertigungsgrund ausdrücklich erlaubt wird“ (vgl. S. 7).

2. Im ersten der drei eingangs beschriebenen „Hauptteile“ widmet sich *Jäger* der „Bedeutung der Unterscheidung zwischen Zurechnung und Rechtfertigung bei der Auflösung von Wertungswidersprüchen“ (vgl. S. 9 ff.): Den ersten dieser Wertungswidersprüche sieht *Jäger* darin, dass die freiverantwortliche Selbstgefährdung nach h.L. die Zurechnung ausschließen, die Einwilligung jedoch nur ein Rechtfertigungsgrund darstellen soll, obwohl doch bei letzterer sogar der „Erfolg gewollt“ sei und daher mit Blick auf die *Erfolgszurechnung* eine noch weitere Wirkung entfaltet werden müsse als bei der bloßen *Selbstgefährdung*. Ein nächster Wertungswiderspruch bestehe innerhalb des Systems der Rechtfertigungsgründe bei der Haftung aus Unterlassen, soweit die h.M. eine Ingerenzpflicht zwar bei einem nach § 32 StGB gerechtfertigten Handeln ausschließe, bei einer bloßen Rechtfertigung nach § 34 StGB jedoch die Möglichkeit einer Ingerenz für den späteren Unterlassungstäter für möglich halte. Zuletzt weist *Jäger* auf ein Zurechnungsproblem im Zusammenhang mit der *actio illicita in causa* hin, wobei (entgegen BGH NJW 2001, 1075) von der h.L. aus Zurechnungsgründen ein Rückgriff auf eine Strafbarkeit wegen der verbotenen Ersthandlung mit dem Argument angenommen werde, „dass der Provozierte sich durch den Angriff selbst gefährde, so dass ihm die Folgen seines Angriffs selbst zurechenbar seien“. Vor diesem Hintergrund stelle sich aber die Frage, weshalb nicht jeder Angriff eine Art freiverantwortliche Selbstgefährdung und die Notwehr daher ein Zurechnungsausschlussgrund sei.

3. Gleichsam als „Herzstück“ seiner Überlegungen widmet sich *Jäger* dann der „Differenz zwischen Zurechnungsausschluss und Rechtfertigungsgrund“ und lehnt dabei zunächst eine formale Differenzierung (Bezeichnung im Gesetz als „nicht rechtswidrig“ o.ä.) ab (vgl. S. 15). Vorzuziehen sei vielmehr eine materielle Differenzierung, wobei zunächst die *Jakobs'sche* Gleichsetzung von tatbestandslosem mit sozial unauffälligem Verhalten abgelehnt wird, da auch „die den Tatbestand betreffenden Zurechnungsausschlussgründe nur im Verhaltenskontext begreifbar“ seien (vgl. S. 16 f.). Ebenfalls im Ergebnis abgelehnt wird eine in jüngerer Zeit von *Rothernfuß* entwickelte Differenzierung nach entschädigungsloser oder entschädigungspflichtiger Duldung, da „die Entschädigungspflicht als vermögensrechtliche Folge (...) über die materielle Bewertung des Rechtsgut-

seingriffs selbst nichts aussagen“ könne (vgl. S. 18). Entscheidend sei letztlich vielmehr, ob „der Grund des Erlaubnissatzes allein in der Fremdverantwortung oder gar in einem gänzlichen Fehlen von Verantwortung“ liegt (dann Tatbestandsausschluss) oder ob „der Grund der Erlaubnis (...) in den Verhältnismäßigkeitserwägungen“ liegt (vgl. S. 18 f.). *Jäger* ist insofern optimistisch, „am Ende (...) hinter allen Fallgruppen des tatbestandlichen Zurechnungsausschlusses“ den Grundgedanken „fehlender rechtlicher Verantwortlichkeit“ entdecken zu können (vgl. S. 19).

4. In seinen „konkreten Folgerungen“ (vgl. S. 21 ff.) stellt *Jäger* dann Erlaubnissätze dar, die dem Prinzip des Verantwortungsausschlusses verpflichtet sind, und stellt sie solchen gegenüber, die dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit verpflichtet sind:

a) Zur ersten Gruppe zählt *Jäger* zunächst die Einwilligung, welche er dann konsequenterweise (im Anschluss an seinen Lehrer *Roxin*) als Zurechnungsausschluss versteht (vgl. S. 22 f.); die in der jüngeren Diskussion aufgetretene Figur der „hypothetischen Einwilligung“ lehnt *Jäger* dagegen unter Rückgriff auf die von ihm entwickelten Kriterien (und m.E. jedenfalls im Ergebnis zu Recht) überhaupt ab. Ebenfalls einen generellen Tatbestandsausschluss (jenseits eventueller Nebenwirkungen, vgl. S. 28) nimmt *Jäger* auch für die behördliche Genehmigung an, da mit dieser letztlich die Verantwortung für die entsprechenden Vorgänge von der genehmigenden Behörde übernommen würde (vgl. S. 27). Ebenfalls ein tatbestandlicher Zurechnungsausschluss soll – entgegen der wohl h.L. – im Anwendungsbereich des § 241a BGB (und zwar insbesondere auch für die Sachbeschädigung) sowie bei der (von der h.M. ebenfalls als Rechtfertigungsgrund verstandenen) Pflichtenkollision vorliegen. Die vielleicht interessanteste Frage in diesem Zusammenhang wirft *Jäger* hinsichtlich der Notwehr auf (vgl. S. 31 ff.), bei welcher nach seiner Konzeption ebenfalls viel für die Annahme eines Tatbestandsausschlusses gilt, wenn man nicht die – jedenfalls beim Merkmal der Gebotenheit angestellten – Verhältnismäßigkeitserwägungen als prägend betrachtet.

b) Als Erlaubnissätze, die dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit verpflichtet sind, werden das Notstandsrecht nach § 34 StGB, das Festnahmerecht nach § 127 StPO sowie die mutmaßliche Einwilligung verstanden. Insoweit bestehen keine Abweichungen von der h.M., die all diese Institute ebenfalls als Rechtfertigungsgrund versteht.

5. Den letzten Abschnitt des Büchleins bilden einige ergänzende Überlegungen, die mit der „Ingerenzprobe als Prüfstein der Unterscheidung“ (vgl. S. 37 ff.) beginnen. *Jäger* geht hier davon aus, dass mit dem Zurechnungsausschluss auch der Ausschluss einer Unterlassungshaftung aus gefährlichem vorangegangenen Tun verknüpft sei, da hier „das Rechtsgut insgesamt schutzlos gestellt“ sei (vgl. S. 34), während die auf Rechtswidrigkeitsebene angesiedelten Rechtfertigungsgründe „sämtlich eine Ingerenzgarantenstellung“ auslösen müssten

(vgl. S. 39), da die „verhältnismäßige Schädigung des Rechtsguts“ dessen schützende Kraft in zeitlicher Hinsicht nicht unbegrenzt beeinträchtigen dürfe. Den Abschluss bilden knappe Überlegungen zur „Bedeutung der dogmatischen Kategorisierung im Lichte einer Europäisierung des Strafrechts“ (S. 41 f.) sowie abschließende Bemerkungen, in denen *Jäger* noch einmal darauf hinweist, dass auch nach seiner Unterscheidung weiterhin möglich sei, „die Notwehr als Rechtfertigungsgrund zu begreifen. Alles hängt davon ab, wie viel Verhältnismäßiges man im Notwehrrecht erblickt“.

III. *Jägers* Entwurf geht – obgleich in die Form eines kurzen, umfangmäßig kaum über einen ausführlichen Aufsatz hinausgehenden Buches gekleidet – die von ihm behandelte Problematik grundsätzlich an und bricht in seinen Ergebnissen mit manchem scheinbar gesichertem Erkenntnisstand. Dies fordert auf den ersten Blick notwendigerweise Kritik heraus, die man auch an manchen Einzelpunkten durchaus üben könnte: So bekommt man – nicht zuletzt durch die ostentative Erwägung dieses Punktes in den letzten Zeilen der Arbeit – fast den Eindruck, *Jäger* habe „Angst vor der eigenen Courage“, wenn er das von ihm gefundene und zweifelsohne „spektakulärste“ Ergebnis zur Notwehr als Tatbestandsausschlussgrund letztlich doch selbst wieder in Frage stellt und ausgesprochen weich formuliert. Dies um so mehr, als das grundsätzlich durchaus zu Recht angesprochene auch im Notwehrrecht rudimentär vorhanden „Verhältnismäßigkeitselement“ doch ersichtlich als Maßstab für die Erteilung von behördlichen Genehmigungen eine wesentlich größere Rolle spielt, während umgekehrt die Verantwortlichkeit des Angreifers für die Abwehrhandlung des Angegriffenen aufgrund der engen raumzeitlichen Nähe viel klarer ausgeprägt ist als die Verantwortlichkeit der Behörde für die aufgrund der Genehmigung erfolgende Rechtsgutsverletzung. Auch mag man sich fragen, ob das zur Garantienstellung nach einem auf eine mutmaßliche Einwilligung gestützten Verhalten gewählte Beispiel des Eindringens in die nachbarliche Wohnung wirklich überzeugend ist, da die tatbestandliche Struktur des § 123 I StGB insoweit doch eine besondere ist (was nicht zuletzt daran deutlich wird, dass die tradierte Meinung bei § 123 StGB die Möglichkeit eines tatbestandsausschließenden Einverständnisses annimmt). Zuletzt ist das Ergebnis der „Ingerenzprobe“ wohl nicht so klar, wie *Jäger* es darstellt, soweit es um das erlaubte Risiko geht. So wird auch bei einer Gefährdung durch verkehrsgerechtes Verhalten eine Ingerenz von einer ernst zu nehmenden Auffassung für möglich gehalten (vgl. nur Otto, Grundkurs AT, 6. Aufl., § 9 Rn. 81; ders., Hirsch-FS, 1999, S. 291, 303 ff.), da durch das erlaubte Risiko eben das Wiederaufleben einer Handlungspflicht bei drohender bzw. eingetretener Realisierung des Risikos gerade nicht immer ausgeschlossen ist, sondern insoweit zwischen dem erlaubten Risiko in Gestalt einer expliziten Verletzungserlaubnis und den Fällen einer nur drohenden Überforderung des Täters durch strengere Maßstäbe zu unterscheiden ist (vgl. näher *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten, 2004, S. 349 f., 412 ff.).

Nimmt man all diese Einzelkritikpunkte ernst, so drängt sich durchaus die Frage auf, ob die Unterscheidung zwischen Zurechnungsausschluss und Rechtfertigungsgrund – so sie überhaupt jenseits historischer Zufälligkeiten stringent durchführbar ist – tatsächlich (nur) auf den von *Jäger* genannten Prinzipien beruht. Aber auch wenn man diese – vorliegend ohnehin eher als aufgeworfene Fragen denn als durchdachte Gegenstatements zu verstehende – Kritik teilt, ändert dies nichts daran, dass es sich bei *Jägers* Untersuchung um eine ausgesprochen anregende Lektüre handelt, die in durchgehend klarer Sprache ein breites Spektrum klassischer strafrechtsdogmatischer Problemfelder unter einer in der Tat bisher oft vernachlässigten Perspektive beleuchtet. Für Leser, die an strafrechtsdogmatischen Fragen interessiert sind, ist die Lektüre vielfach geradezu vergnüglich. In gewisser Hinsicht in der Tradition seines Lehrers *Roxin*, dem der vorliegende Band auch gewidmet ist, befasst sich *Jäger* mit „klassischen“ strafrechtsdogmatischen Problemen und ringt um deren Durchdringung und vor allem Systematisierung gerade auch jenseits der in der heutigen Hochschullandschaft so gerne geforderten „Anwendungsbezogenheit“ und „Drittmittelfähigkeit“ des Themas und der Gedankenführung.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen-Nürnberg

Eberhard Kempf, Gabriele Jansen und Egon Müller (Hrsg.): **Verstehen und Widerstehen - Festschrift für Christian Richter II**; Nomos-Verlag, Baden-Baden, 2006, ISBN 3-8329-1916-3; 118,- Euro.

Der 65. Geburtstag von Rechtsanwalt Christian Richter II veranlasste den NOMOS-Verlag, eine Festschrift zu Ehren dieses sehr bekannten deutschen Strafverteidigers zu editieren. Entsprechend der herausragenden Stellung in der Verteidigerelite des seit 1974 tätigen Richter II, liest sich das Laudatorenverzeichnis wie das „Who is Who“ der deutschen Strafverteidigung. So konnten die Herausgeber für die Festschrift annähernd 50 Autoren gewinnen. Unter anderem erweisen beispielsweise Norbert Gatzweiler, Rainer Hamm, Kristian Kühl, Uwe Maeffert, Peter Rieß, Franz Salditt und Jürgen Welp dem Jubilar die Ehre. Alle Autoren würdigen das Lebenswerk des in der ganzen Republik bekannten und angesehenen Kölner Strafrechtlers mit fachlichen Beiträgen, dogmatischen Abhandlungen oder einfach nur mit Erinnerungen an gemeinsame Erlebnisse und persönliche Anekdoten. Dabei gelingt es dieser Festschrift außerordentlich gut, den Spannungsbogen zwischen fachlichem Anspruch und persönlichem Bezug zum Geehrten herzustellen. Bereits aus diesem Aspekt heraus empfiehlt sich die Lektüre.

Der Kollege Christian Richter II wird von den Herausgebern als unabhängiger Geist charakterisiert. Er sei im Umgang nicht einfach, stets unbestechlich und zumeist gegen den Strich denkend. Er sei der Strategie, der Schachspieler unter uns Strafverteidigern. Seine Tätig-

keitsbereiche liegen in allen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts, im Kern-Wirtschaftsstrafrecht des StGB mit Schwerpunkten im Vermögensbereich (dem Betrug, der Untreue, dem Bankrott und der Korruption) genauso wie in medizinstrafrechtlichen, Wertpapier-, Insolvenz- und Steuerstrafverfahren. Das weite Spektrum der Buchbeiträge korrespondiert mit diesen Tätigkeitsgebieten, so dass sich ein mannigfaltiges strafrechtliches Ensemble entfalten kann.

Das fast 600 Seiten starke Werk enthält z.B. Ausführungen zu den theoretischen Aspekten der Strafverteidigung, den Gründen für eine engagierte und (notfalls) konflikt-aufgeschlossen agierende Mandantenbetreuung wie auch bedenkenswerte Ansätze zum Dilemma der freien Beweiswürdigung durch Staatsanwaltschaft und Gerichte („<...> *In Deutschland werden Angeklagte regelmäßig aufgrund von Aussagen verurteilt, die man nirgends vollständig und präzise nachlesen und / oder nachhören kann. Das ist kaum zu begreifen. Das Fehlen authentischer Dokumentation lässt Sorgfalt bei der Beweiswürdigung von Grund auf nicht zu, von „besonderer“ ganz zu schweigen* .<...>“: *Uwe Maeffert*).

Nicht zu vergessen ist auch die scharfsinnige, analytische Betrachtung zur Prozessklimaforschung, in der neue Tendenzen der wirtschaftsstrafrechtlichen Verteidigungspraxis beleuchtet und kritisch hinterfragt werden. Hier vertritt Rainer Hamm die These, dass die Klimaverbesserung im Ermittlungsverfahren etwas mit der verbreiteten Praxis der Urteilsabsprache zu tun habe. Die Aussicht auf eine „konsensuale“ Hauptverhandlung sei eben nach einem kooperativ geführten Ermittlungsverfahren größer. Diese „Erosion des Verfahrensrechts durch zunehmende Entformalisierung der Verhandlungs- und Entscheidungsabläufe“ habe ihren Ursprung in der „Entgrenzung des materiellen Rechts“. Mit immer neuen abstrakten Gefährdungsdelikten poenalisiere der Gesetzgeber in bedenklicher Art ein vielfach wertneutrales und damit schutzgutfernes Verhalten. Diese Vermehrung der Zahl von Straftatbeständen habe Konsequenzen: Erstens bewirke sie eine quantitativ größere Aus- und immer weitergehende Überlastung der Justiz. Zweitens schafften „die sich immer mehr vom unmittelbaren Rechtsgüterschutz entfernenden diffusen Strafnormen einen so hohen Grad an Rechtsunsicherheit, dass die nach Art der Dispositionsmaxime den Verfahrensbeteiligten überlassene Verhandlungsmasse der Beliebigkeit und letztlich der willkürlichen Anwendung von Strafrecht überhaupt Vor-schub“ leiste.

Demgegenüber interpretiert Peter Kruse die obergerichtliche Rechtsprechung zur Verständigung im Strafprozess vor dem Hintergrund praktischen und effizienten Verteidigungsverhaltens. Obgleich es aufgrund der Verschiedenheit der Verfahrensgegenstände schwer falle, eine typisierende Bestimmung desjenigen Zeitpunktes zu unternehmen, an dem Absprachen mit der Staatsanwaltschaft letztendlich ermöglicht und verbindlich getroffen werden können, plädiert er mit gewichtigen Argumenten für die (kurze) Übergangsphase zwischen Ermittlungsverfahren und Zwischenverfahren. Neben anderen Grün-

den führt er an: „<...> I.Ü. können im Vorverfahren bereits Vollstreckungserleichterungen (offener Vollzug), Halbstrafenmöglichkeiten und zu förderst Strafmildierungsgesichtspunkte durch Offenbarung der Hintermänner, Beibringung der Beute, Einverständnis mit Schadensersatzleistungen usw. erstritten werden, die richterlichen Befugnissen (überwiegend) entzogen sind. <...>“.

Gemäß der in den Beiträgen beschriebenen fachlichen Erwartung des Jubilars an die Akteure im Strafprozeß, beschäftigen sich andere Laudatoren mit zentralen und aktuellen Problemen der Strafverteidigungsdogmatik. Als wolle er zur öffentlichen Diskussion der Bewertung der Verfahrenseinstellung im Düsseldorfer Mannesmann Prozess Stellung beziehen, zeichnet Norbert Gatzweiler ein Anforderungsprofil an Verteidiger im Wirtschaftsstrafverfahren: „<...> Gerade, weil die Anforderungen an Strafverteidiger in Wirtschaftsstrafverfahren angesichts der dargestellten Probleme noch höher geworden sind, muss innerhalb der Strafverteidiger der Kampf gegen den aufgekommenen Defätismus in den eigenen Reihen aufgenommen werden. Der Verlockung, mit erheblich reduzierter Aktenkenntnis, geringem Arbeitseinsatz und wohliger Harmonie mit der Justiz ein schwieriges Verfahren einvernehmlich zu regeln, ohne Chancen und Risiken für den Mandanten zuvor ausgelotet und in eine Gesamtstrategie eingebettet zu haben, muss mit Entschlossenheit entgegengetreten werden <...>“.

Wie eingangs beschrieben, finden sich zu guter Letzt neben diesen materiell- und verfahrensrechtlichen Fachartikeln auch ganz persönliche Erfahrungsberichte über Begegnungen und Phasen der Zusammenarbeit mit dem Jubilar. So verfasste beispielsweise Ludwig Koch II einen Beitrag mit dem Thema "RA Richter als Vorbild", Egon Müller ergänzt die Sammlung um den Beitrag „Von der Verantwortung des Verteidigers - ein Bericht II -“. Nicht zuletzt aufgrund solcher Artikel lernt der Leser Facetten der Person Christian Richter II kennen.

Die gelungene Mischung aus Fachdogmatik, praxisorientierter Analyse und persönlichen Widmungen lassen die Beiträge zu einem unverwechselbaren persönlichen Gesamtwerk verschmelzen - einem Gesamtwerk, das mit dem Schlagworten „Verstehen und Widerstehen“ eine Lebensmaxime eines aufrichtigen und hervorragenden Strafverteidiger unserer Zeit würdigt. Wer abseits von Kommentierungen, Aufsätzen und Monografien erfahren möchte, welche Hürden die Strafverteidigung aktuell zu nehmen hat, welchen falschen Verlockungen zu widerstehen ist, muss dieses Werk lesen.

Rechtsanwalt **Roman G. Weber**, LL.M. Wirtschaftsstrafrecht, Detmold, www.RomAnwalt.de

Dominik Ziegenhahn: Der Schutz der Menschenrechte bei der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen; 587 Seiten, Duncker & Humblot, Berlin 2002, ISBN 3-428-10905-8; EUR 82,00.

I. Die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen ist ein Thema von zunehmender Bedeutung. Da es von einer Vielzahl unterschiedlicher Abkommen, anwendbaren Gesetzen und Konventionen, der Europäisierung insbesondere im Rahmen der EU und auch durch den Umgang mit ausländischem Recht geprägt ist, darf das Thema etwa bei der Auslieferung auch als besonders schwierig gelten. Es kommt noch hinzu, dass die internationale Rechtshilfe eine Entwicklung durchgemacht hat und durchmacht, die sie von einem Rechtsphänomen allein zwischen Staaten zu einem Rechtsphänomen werden lässt, das auch durch Individualrechte des Betroffenen bestimmt ist. Hierfür sind vor allem die international anerkannten Menschenrechte ausschlaggebend gewesen, die angesichts nationaler „Grundrechtsexportverbote“ (vgl. dazu in krit. Auseinandersetzung mit dem Bundesverfassungsgericht *Lagodny*, in: Schomburg/Lagodny/Gleiß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Aufl., § 73 IRG Rn. 14 ff.) auch weiter entscheidend bleiben werden. Diese Entwicklung führt dazu, dass die Staaten im Dickicht der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen oftmals vor der vermeintlich gestellten Frage stehen, ob sie nun ihre Rechtshilfeverpflichtung oder ihre Menschenrechtsbindung verletzen sollen (vgl. für eine solche Konstellation etwa *OLG Stuttgart*, Beschl. des 3. Strafsenates 3 Ausl. 109/01 vom 15. April 2004). Genau vor diesem Hintergrund lohnt es, die bereits etwas ältere aber noch immer nutzenbringende völkerrechtliche Dissertation von Ziegenhahn vorzustellen und zur Hand zu nehmen, die sich als wichtige Grundlagenarbeit erweist. Sie zeichnet die Auswirkungen dieses Trends nach, um sodann aufzuzeigen, wozu die Durchdringung des Rechtshilferechts mit menschenrechtlichen Standards führen wird.

II. 1. Im ersten Teil der Arbeit stellt Ziegenhahn die Rechtsgrundlagen der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit in Strafsachen (S. 47-270) dar. Hier führt er eingangs insbesondere in die beteiligten Institutionen auf universeller und auch auf europäischer Ebene ein, wobei der Schwerpunkt – entsprechend dem praktischen Bedarf – auf den europäischen Institutionen und ihren für den Individualrechtsschutz nicht nur förderlichen Kooperationsformen liegt (Europarat, EU, Nordische Passunion, OSZE – S. 66-110). Sodann eröffnet Ziegenhahn dem Leser einen Zugang zu den mannigfaltigen multilateralen, bilateralen und innerstaatlichen Rechtsgrundlagen der Rechtshilfe, indem er diese darstellt (S. 119-178) und anschließend hilfreich systematisiert (S. 178-216). Er bietet so einen guten Überblick über die bestehenden und nicht spannungsfreien Regelungssysteme, die freilich bis in das Jahr 2006 Aktualisierungen zum Beispiel durch den Europäischen Haftbefehl erfahren haben. Gleichsam als Vorbereitung für den zweiten Teil der Arbeit erläutert Ziegenhahn im Anschluss die Rechtsstellung des Einzelnen innerhalb der strafrechtlichen Rechtshilfe (S. 217-270). Hiermit verdeutlicht er für die Auslieferung und für die sonstige Rechtshilfe die moderne und heute anerkannte Ansicht, dass die frühere „zweidimensionale Sichtweise“ – also der Blick nur auf die beteiligten Staaten – insbesondere infolge der von Ziegenhahn dargelegten Menschenrechtsquellen einer „dreidimensionalen

Sichtweise“ weichen muss, welche die eigenständige Rechtsstellung der von der Rechtshilfe Betroffenen (insbesondere also dem Verfolgten bei der Auslieferung!) auch durch Rechtsschutzmöglichkeiten anerkennt und beachtet.

2. Der zweite Teil des Werks (S. 271-521) zeigt nun auf, welche Schranken der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen aus den Menschenrechten erwachsen. Hierbei handelt es sich gerade vom deutschen Standpunkt des BVerfG, welches das besagte „Grundrechtsexportverbot“ vertritt, um praktische Fragestellungen, denn durch die Zurücknahme des nationalen Schutzes kommt es viel eher in Betracht, dass menschenrechtliche Garantien den Einzelnen weitergehend schützen und somit entscheidungserheblich werden. Ziegenhahn legt zunächst ein Fundament für die Schrankenthese, indem er überzeugend die Anwendbarkeit der Menschenrechte auf die Rechtshilfe darlegt und den Status des Einzelnen als einem „beschränkten Völkerrechtssubjekt“ begründet (S. 272-315). Nach dieser Grundlegung behandelt er eingehend die Menschenrechte des Völkergewohnheitsrechts, also auch derjenigen Völkerrechtssätze, die als Menschenrechte in Deutschland über Art. 25 GG besondere Geltungskraft erlangen (S. 316-401). Er behandelt und lehnt die vielfach vertretene Auffassung ab, nach der nur ein Mindeststandard an Menschenrechten die Rechtshilfe beschränken könne. Vielmehr finde eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts statt. Sie verleihe zwar Menschenrechten nicht stets den Charakter zwingenden Völkerrechts (*ius cogens*). Sie etabliere aber *Erga-omnes*-Normen und damit Pflichten gegenüber der Völkerrechtsgemeinschaft als Ganzer, die im Rahmen von Abwägungen Schranken der Rechtshilfe begründen könnten (siehe etwa S. 325-326, 366-401). Hierbei erörtert Ziegenhahn die oft entscheidende Frage, wann Menschenrechtseingriffe ersuchender Staaten dem um Rechtshilfe ersuchten Staat zurechenbar sind (siehe S. 349-358, auch zur EMRK S. 442-458).

Nach dem Völkergewohnheitsrecht behandelt der Autor *pro toto* die EMRK als Beispiel der Rechtshilfe-schranken, die sich aus „Menschenrechten des Vertragsrechts“ ergeben (S. 402-520). Wer verfolgt hat, dass das Garantieniveau der Konventionsmenschenrechte auch in jüngerer Zeit zunehmend gestiegen ist, den verwundert nicht, dass Ziegenhahn dabei gerade durch die EMRK als Teil des europäischen *ordre public* beträchtliche Schranken gezogen sieht, die nach seiner Darstellung weit über das Völkergewohnheitsrecht hinaus gehen. Ihren Bindungen komme die Wirkung von *ius cogens* zu. Der Autor erwartete dabei über die von ihm etwa zu Art. 2, 3, 5, 6 und 8 EMRK bereits rechtsprechungsnah dargelegten menschenrechtlichen Standards hinaus auch Steigerungen und Fortentwicklungen des Konventionsstandards. Zum Beispiel bei der streitigen und bisher verneinten Frage, ob Art. 6 EMRK auf das Auslieferungsverfahren anwendbar ist, tritt er für die Anwendung des Art. 6 EMRK ein, die er auch in Zukunft erwartet (S. 426-430), was – übertrüge man sie tatsächlich auf Art. 5 I lit. c EMRK entgegen Art. 5 I lit. f. EMRK – beträchtliche und wohl zum Teil auch heilsame Folgen für das Verfah-

renschicksal von Verfolgten hätte. Zumal Ziegenhahn so auch Fortentwicklungen der Konventionsstandards behandelt, ist es schade, dass er noch keine Gelegenheit hatte, mögliche Fortentwicklungen von Auslieferungsschranken zum Europäischen Haftbefehl zu untersuchen, die sich etwa mit Blick auf den Fortfall der beiderseitigen Strafbarkeit gemäß Art. 7 EMRK ergeben dürften (vgl. zur von Ziegenhahn schon erkannten Vernetzung von beiderseitiger Strafbarkeit und Rückwirkung den Hinweis auf S. 435). Die Darstellungen zum Auslegungsstand der Konventionsrechte sind dabei jeweils hilfreich. Zu Art. 13 EMRK scheinen sich bezüglich seiner Voraussetzungen und seiner Anwendbarkeit aber Ungenauigkeiten eingeschlichen zu haben, da diese Norm keine tatsächlich vorliegende Verletzung fordert und heute zum Teil auch auf Art. 6 EMRK Anwendung findet (vgl. S. 434 und Demko HRRS 2005, 403 ff. sowie Meyer-Ladewig, 2. Aufl. EMRK, Art. 13 Rn. 5).

3. Ziegenhahn fasst die Ergebnisse seiner Arbeit konzise zusammen (S. 522-525). Vor allem aber unterbreitet er im letzten Kapitel seiner Arbeit beachtliche rechtspolitische Vorschläge (S. 526-529). So legt er Deutschland die Hochstufung der EMRK zu Verfassungsrecht und eine Überprüfung seines Rechtshilferechts auf die Vereinbarkeit mit der EMRK nahe. Mehr noch rät er dazu, Menschenrechtsklauseln standardisiert in die Verträge über die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Strafsachen aufzunehmen. Die *Ordre public*-Klausel des § 73 S. 1 IRG soll in Bezug auf die Wahrung der für Deutschland verbindlichen Menschenrechte klarstellend angepasst werden. Dabei reichen seine Vorschläge sehr weit, werden doch etwa auch umfangreiche Verwertungsverbote und Rechtshilfeverweigerungsrechte unter Verweis auf „fundamentale Rechte“ der innerstaatlichen Rechtsordnung angeregt. Zu den Klauseln in Bezug auf die EMRK sieht Ziegenhahn Deutschland auch verpflichtet.

III. Die Arbeit von Ziegenhahn stellt sich als ein materialreiches Kompendium dar, das schon angesichts des vergleichsweise dürftigen Literaturangebots zur internationalen Rechtshilfe in Strafsachen eine große Hilfe auch aus Sicht des Praktikers sein dürfte. Beeindruckend ist auch das Ausmaß deutscher, englischer, französischer, italienischer und niederländischer Literatur, die Ziegenhahn für die Erstellung der Arbeit herangezogen, für die er auch einen Forschungsaufenthalt in Brüssel und Straßburg unternahm. Hilfreich wird auch die schweizerische und österreichische Rechtslage sowie Rechtsprechung weiterer europäischer Staaten einbezogen (vgl. etwa S. 298-303). Der Arbeit kommt das Verdienst zu, die menschenrechtliche Durchdringung der strafrechtlichen Rechtshilfe eingehend dargelegt zu haben. Es steht zu hoffen, das auch im Rahmen der zahlreichen Aktivitäten der EU auf diesem Gebiet beachtet wird, dass die internationale Rechtshilfe nicht mehr nur eine Frage darstellt, bei der sich allein die beteiligten Staaten irgendwie einigen müssen, um zu einer tragfähigen Rechtshilfepraxis zu gelangen. Auch hier muss die „dreidimensionale Sichtweise“ greifen, die jeden von Rechtshilfemaßnahmen belastend Betroffenen als Rechtsinhaber betrachtet, demgegenüber man Rechtseingriffe *nicht allein* mit dem

pauschalen Hinweis auf das Gebot internationaler Zusammenarbeit leugnen oder rechtfertigen kann. Oder, um es mit Ziegenhahn zu sagen: Die mit der zunehmend international angelegten Kriminalität gebotene „Transnationalisierung der Verbrechensbekämpfung“ muss durch

eine entsprechende „Transnationalisierung des Individualrechtsschutzes“ begleitet werden.

Karsten Gaede, Hamburg.

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.

890. BVerfG 2 BvR 1383/03 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Juli 2006 (KG Berlin/LG Berlin)

Anfechtung der Feststellung zur Nichteignung für Vollzugslockerungen; effektiver Rechtsschutz (Begriff der Maßnahme bei § 109 StVollzG; lockerungsbezogene Elemente des Vollzugsplanes; kein Erfordernis vorheriger Beantragung von Vollzugslockerungen; Zuweisung in eine Wohn- und Behandlungsgruppe; fortbestehendes Rechtsschutzinteresse: Feststellung, Wiederholungsgefahr); Persönlichkeitsrecht des Gefangenen (Strafvollzugsziel der Resozialisierung).

Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 109 StVollzG; § 7 StVollzG

891. BVerfG 2 BvR 1815/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Oktober 2006 (OLG Bamberg/AG Würzburg)

Beschleunigungsgebot in Haftsachen (organisatorische Vorkehrungen bei Änderung der Geschäftsverteilung; Begründungspflichten bei Haftfortdauerentscheidungen: Abwägungsausfall, Abwägungsdefizit, Abwägungsdisproportionalität); Freiheit der Person (Abwägung zwischen Freiheits- und Strafverfolgungsinteresse); Fortdauer der Untersuchungshaft.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 121 Abs. 1 StPO

892. BVerfG 2 BvR 2132/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. September 2006 (OLG Nürnberg/LG Regensburg/JVA Straubing)

Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Vollzugsplanung im Strafvollzug (Resozialisierung; lebenslange Freiheitsstrafe); Vollzugsplan (Inhalte; zukünftige Behandlungsansätze); Vollzugskonferenz (Unzulässigkeit eines schriftlichen Verfahrens; Aktenkundigkeit der Durchführung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 7 Abs. 2 StVollzG; § 159 StVollzG

893. BVerfG 2 BvR 30/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (OLG München/LG Augsburg/JVA Kaisheim)

Schuldgrundsatz bei Disziplinarsanktionen; gerichtliche Überprüfung von Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug (zureichende Sachverhaltsaufklärung; keine Auswechslung der Gründe durch das Gericht); Subsidiarität der

Verfassungsbeschwerde (offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 120 StVollzG; § 33a StPO

894. BVerfG 2 BvR 473/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Oktober 2006 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart/AG Stuttgart)

Vorführungshaftbefehl (Anordnungsvoraussetzung; Terminverschiebung); Freiheit der Person (Verhältnismäßigkeit; Subsidiarität des Vorführungshaftbefehls).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 230 Abs. 2 StPO

895. BGH 2 StR 152/06 - Beschluss vom 7. November 2006 (LG Aachen)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

896. BGH 2 StR 198/06 - Beschluss vom 30. August 2006 (LG Frankfurt)

Körperverletzung mit Todesfolge (objektive Zurechnung von Verursachungsbeiträgen; Dazwischentreten eines Dritten; Konkurrenz zur gefährlichen Körperverletzung; Konsumtion).

§ 227 StGB; vor § 15 StGB; § 224 StGB

897. BGH 2 StR 205/06 - Beschluss vom 16. Oktober 2006 (LG Fulda)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; teilweise Aufhebung und Zurückverweisung.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO

898. BGH 2 StR 271/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Mühlhausen)

Einstellung des Verfahrens (Anspruch auf Freispruch).

§ 154 Abs. 2 StPO

899. BGH 2 StR 276/06 - Beschluss vom 7. September 2006 (LG Koblenz)

Sexueller Missbrauch von Kindern; Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang; Darlegung; Urteilsgründe).

§ 176 StGB; § 66 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

900. BGH 2 StR 293/06 - Beschluss vom 13. Oktober 2006 (LG Wiesbaden)

Strafzumessung (Widerspruch zwischen Tenor und Urteilsgründen).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO

901. BGH 2 StR 294/06 - Urteil vom 8. November 2006 (LG Aachen)

Verhinderung an der Unterschrift des Urteils (Richter auf Probe; Verwendung bei der Staatsanwaltschaft).

§ 275 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

902. BGH 2 StR 297/06 - Beschluss vom 4. Oktober 2006 (LG Limburg)

Aufklärungspflicht (Ablehnung von Beweisanträgen; Indiztatsachen; Bedeutungslosigkeit).

§ 244 StPO

903. BGH 2 StR 300/06 - Beschluss vom 27. September 2006 (LG Bonn)

Unbegründete Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 43 StPO

904. BGH 2 StR 311/06 - Urteil vom 11. Oktober 2006 (LG Bonn)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 StGB

905. BGH 2 StR 312/06 - Urteil vom 11. Oktober 2006 (LG Trier)

Fahrlässige Tötung (Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 222 StGB; § 56 StGB

906. BGH 2 StR 316/06 - Beschluss vom 25. September 2006 (LG Bonn)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Rücktritt vom Versuch (Aufgeben).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 24 Abs. 1 StGB

907. BGH 2 StR 334/06 - Beschluss vom 27. Oktober 2006 (LG Limburg)

Zeugnisverweigerungsrecht; umfassendes Verwertungsverbot (Aussage gegenüber Sachverständigem; Zusatztatsache); Entscheidung des Gerichts (Zwischenrechtsbehelf; Rüge; Beschluss; keine Präklusion durch Widerspruchslösung).

§ 252 StPO; § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

908. BGH 2 StR 343/06 - Beschluss vom 7. September 2006 (LG Fulda)

Rechtsmittelverzicht; Verwerfung der Revision als verspätet.

§ 346 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

909. BGH 2 StR 346/06 - Beschluss vom 20. Oktober 2006 (LG Frankfurt)

Strafzumessung (Gesamtstrafenbildung; starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Darlegung; Urteilsgründe); Zurückverweisung (Beschlussverfahren; neue Hauptverhandlung).

§ 354 Abs. 1 b StPO; § 460 StPO; § 462 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB; § 54 StGB

910. BGH 2 StR 362/06 - Beschluss vom 13. Oktober 2006 (LG Köln)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Rechtsmittelziel der Verhängung einer anderen Rechtsfolge).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

911. BGH 2 StR 364/06 - Beschluss vom 20. Oktober 2006 (LG Köln)

Unzulässige Revision (isolierte Verfahrensrüge; Begründung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

912. BGH 2 StR 417/06 - Beschluss vom 31. Oktober 2006 (LG Köln)

Indizienbeweis (Beweiswürdigung; Darlegung; Urteilsgründe); Schätzung (Grundlage; eigene Sachkunde; Kriterien).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

913. BGH 2 StR 418/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006

Prozesskostenhilfe für die Nebenklage (unbegründete Revision; wirtschaftliche Voraussetzungen).

§ 397a Abs. 2 StPO

914. BGH 2 StR 425/06 - Beschluss vom 18. Oktober 2006 (LG Bad Kreuznach)

Unzulässiger Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 Abs. 2 Satz 1 StPO

915. BGH 2 StR 431/06 - Beschluss vom 27. Oktober 2006 (LG Köln)

Urteilstenor (gewerbsmäßige Hehlerei; Qualifikation).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB

916. BGH 2 StR 450/06 - Beschluss vom 8. November 2006 (LG Mühlhausen)

Strafzumessung (allgemeine Milderungsgründe; vertypete Milderungsgründe).

§ 46 StGB; § 49 StGB; § 50 StGB

917. BGH 2 StR 452/06 - Beschluss vom 13. Oktober 2006 (LG Darmstadt)

Unzulässige Revision; Rechtsmittelverzicht.

§ 341 Abs. 2 StPO; § 302 StPO

918. BGH 2 ARs 305/06 / 2 AR 149/06 - Beschluss vom 18. Oktober 2006 (Kammergericht)

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung des Bundesgerichtshofs; Anhörungsrüge.

§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 33a StPO; § 69a GKG

919. BGH 2 ARs 345/06 / 2 AR 166/06 - Beschluss vom 18. Oktober 2006 (Kammergericht)

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung des Bundesgerichtshofs; Anhörungsrüge.

§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 33a StPO; § 69a GKG

920. BGH 2 ARs 349/06 / 2 AR 193/06 - Beschluss vom 29. September 2006

Bestimmung des zuständigen Gerichts; Verweisung in der Hauptverhandlung.
§ 209a StPO; § 270 StPO

921. BGH 2 ARs 355/06 / 2 AR 208/06 - Beschluss vom 8. November 2006 (LG Cottbus)

Beschwerde gegen Entscheidung des Revisionsgerichts; Bestimmung des Gerichtsstands.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 15 StPO; § 36 ZPO

922. BGH 2 ARs 368/06 / 2 AR 219/06 - Beschluss vom 27. September 2006

Zuständigkeit für Entscheidungen infolge Strafaussetzung zur Bewährung (Kenntnis der Persönlichkeit des Verurteilten).
§ 58 JGG

923. BGH 2 ARs 403/06 / 2 AR 202/06 - Beschluss vom 29. September 2006

Unanfechtbarer Beschluss eines Oberlandesgerichts; Anhörungsrüge.
§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO; § 33a StPO

924. BGH 2 ARs 441/06 / 2 AR 260/06 - Beschluss vom 27. Oktober 2006

Heranwachsende (Abgabe der Bewährungsaufsicht an das Gericht des Aufenthaltsortes).
§ 58 Abs. 3 JGG; § 109 Abs. 2 Satz 1 JGG

925. BGH 2 ARs 443/06 / 2 AR 245/06 - Beschluss vom 7. November 2006 (Kammergericht)

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung eines Oberlandesgerichts.
§ 29 Abs. 1 Satz 1 EGGVG

926. BGH 2 ARs 463/06 / 2 AR 252/06 - Beschluss vom 7. November 2006 (Kammergericht)

Unzulässige Beschwerde gegen Entscheidung des Kammergerichts.
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

927. BGH 3 StR 139/06 – Urteil vom 16. November 2006 (Hanseatisches OLG)

BGHSt; Fall Motassadeq (11. September); Rügepräklusion (Entscheidung des Gerichts; sachleitende Anordnung des Vorsitzenden; Beurteilungsspielraum; Ermessen); Auskunftsverweigerungsrecht; Beihilfe (objektive Förderung der Haupttat; Kausalität; Gefahrerhöhung; Bedeutung des Gehilfenbeitrags; Vorsatz; Unrechtsdimension); Mord (niedriger Beweggrund; Heimtücke).
§ 55 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 129a StGB; § 211 StGB; § 27 StGB

928. BGH 3 StR 277/06 - Urteil vom 7. September 2006 (LG Düsseldorf)

Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (Zeitpunkt; letztes Wort); verweigerte Entgegennahme eines Beweisantrags; Tateinheit (Zusammentreffen in einem Handlungsteil); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier: Täterschaft, Beihilfe).
§ 24 Abs. 2 StPO; § 25 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 52

StGB; § 29a BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

929. BGH 3 StR 288/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Kiel)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Prozessökonomie (Umfang der Beweisaufnahme; knappe Ressourcen der Justiz).
§ 154 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

930. BGH 3 StR 321/06 - Beschluss vom 12. September 2006 (LG Düsseldorf)

Unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln (Transport im Körper).
§ 29 BtMG

931. BGH 3 StR 326/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (OLG Naumburg)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kompensation bei aus erzieherischen Gründen verhängter Jugendstrafe).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 18 Abs. 2 JGG

932. BGH 3 StR 339/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Oldenburg)

Schwere Brandstiftung (Versuch; Vollendung); Strafzumessung (Beruhen; Erziehungsgedanke im Jugendstrafrecht).
§ 306a StGB; § 46 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 337 StPO; § 18 Abs. 2 JGG

933. BGH 3 StR 355/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Kleve)

Strafzumessung (Bestimmungsmarkt von Betäubungsmitteln).
§ 46 Abs. 2 StGB

934. BGH 3 StR 364/06 - Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision (Verwerfung eines Befangenheitsantrags).
§ 338 Nr. 3 StPO

935. BGH 3 StR 370/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Verden)

Maßstab der Anrechnung im Ausland erlittener Untersuchungshaft (Frankreich; 1:1).
§ 51 Abs. 4 StGB

936. BGH 3 StR 370/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Verden)

Telefonüberwachung (Verwertbarkeit; Anordnung; Tatverdacht; Verfahrensrüge; Darlegungsanforderungen); Anrechnungsmaßstab für im Ausland erlittene Freiheitsentziehung (Niederlande; 1:1).
§ 100a StPO; § 100b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 51 Abs. 4 StGB

937. BGH 3 StR 371/06 - Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Osnabrück)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 2 StPO

938. BGH 3 StR 381/06 – Beschluss vom 17. Oktober 2006 (auswärtige große Jugendkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Gewerbsmäßige Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren durch eine Person über 21 Jahre; Bestimmen einer Person unter 18 Jahren zur Förderung des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln durch eine Person über 21 Jahre; Verfügungsgewalt über Betäubungsmittel (Bote).
§ 29a BtMG; § 30a BtMG

939. BGH 3 StR 384/06 - Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Düsseldorf)

Maßstab der Anrechnung im Ausland erlittener Auslieferungshaft (Niederlande; 1:1).
§ 51 Abs. 4 StGB

940. BGH 3 StR 386/06 - Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Wuppertal)

Verfall von Wertersatz (unbillige Härte; geringer Wert des Erlangten).
§ 73a StGB; § 73c StGB

941. BGH 3 StR 388/06 - Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Kiel)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Umtausch von Betäubungsmitteln; Tateinheit); Beihilfe (Konkurrenzen bei mehreren Handlungen zur Unterstützung derselben Haupttat).
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

942. BGH 3 StR 390/06 - Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Osnabrück)

Korrektur des Tenors.
§ 260 Abs. 4 StPO

943. BGH 3 StR 422/06 - Beschluss vom 14. November 2006 (LG Verden)

Unbegründete Revision; Beschwer.
§ 349 Abs. 2 StPO; vor § 296 StPO

944. BGH 1 StR 180/06 – Urteil vom 16. Oktober 2006 (LG Mannheim)

Rechtsfehlerhafter Freispruch (Beweiswürdigung; Erörterungsmangel: nahe liegende Schlussfolgerung in einem wieder aufgenommenen Totschlagsverfahren); Zulässigkeit der Inbegriffsrüge bei Vortrag in der Sachrüge.
§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 359 StPO

945. BGH 1 StR 205/06 – Beschluss vom 27. Oktober 2006

Rechtliches Gehör.
Art. 103 Abs. 1 GG

946. EGMR (Nr. 22007/03) – Entscheidung der fünften Kammer vom 11. September 2006 (Sapunarescu v. Germany)

Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere Konfrontationsrecht bei Belastungszeugen und Entlastungszeugen (Gesamtbetrachtung; gesperrte Zeugen: Informanten, V-Leute, Ergänzungsfragen, V-

Mann-Führer; verhältnismäßige Einschränkungen bei Drohungen des Angeklagten und „counterbalancing“; wesentliche Bedeutung einer Zeugenaussage; Sperrerklärung; Schutz von Leben und Gesundheit; Beleg von Tatprovokationen und Einstufung als Verfahrenshindernis oder Strafzumessungsgrund; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 EMRK; § 96 StPO analog

947. BGH 1 StR 231/06 – Beschluss vom 12. Juli 2006 (LG Augsburg)

Weiteres Sachverständigengutachten (Begründungsanforderungen an die Beweisantragsablehnung).
§ 244 Abs. 4 Satz 2 StPO

948. BGH 1 StR 44/06 – Urteil vom 24. Oktober 2006 (LG München I)

BGHSt; keine Durchführung eines Strafverfahrens wegen Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen bei erteilter Entsendebescheinigung E 101 solange die erteilte Bescheinigung nicht zurückgenommen ist (Bindungswirkung für deutsche Organe der Strafrechtspflege; sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht; Vorrang des Gemeinschaftsrechts); Vorlagepflicht (acte clair-Doktrin).
§ 266a Abs. 1 und 2 StGB; § 5 Abs. 1 SGB IV; § 6 SGB IV; Art. 249 Abs. 2 EG-Vertrag; Art. 234 Abs. 3 EG-Vertrag

949. BGH 1 StR 50/06 – Beschluss vom 6. November 2006

Rechtliches Gehör (Anhörungsrüge).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

950. BGH 1 StR 270/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006

Unbegründete Erinnerung gegen Kostenansatz.

951. BGH 1 StR 276/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Nürnberg)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

952. BGH 1 StR 330/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Heilbronn)

Absehen von lebenslanger Freiheitsstrafe bei Heranwachsenden.
§ 106 Abs. 1 JGG

953. BGH 1 StR 377/06 – Beschluss vom 10. Oktober 2006 (LG Augsburg)

Beweiswürdigung (Erörterungsmangel); vollendetes Handeltreiben in nicht geringer Menge (Verhandlungen; Vorfeldhandlungen; Konkretisierung von Tat und Käuferseite); Verabredung zu einem Verbrechen und Rücktritt; Härteausgleich; angemessene Rechtsfolge.
§ 261 StPO; § 30a BtMG; § 30 StGB; § 31 StGB; § 354 Abs. 1a StPO; § 46 StGB; § 55 StGB

954. BGH 1 StR 384/06 - Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Bamberg)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in

nicht geringer Menge (Pflanzen oder Pflanzenteile im Sinne der Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG; psilocybin- und psilocinhaltige Pilze; Gesetzlichkeitsprinzip: Bestimmtheitsgrundsatz, Analogieverbot, Wortlautgrenze, Alltagsverständnis).

§ 29 BtMG; Anlage I zu § 1 Abs. 1 BtMG

955. BGH 1 StR 408/06 – Beschluss vom 7. November 2006 (LG Augsburg)

Entfallene Beweiskraft des Sitzungsprotokolls nach dienstlicher Äußerung des Vorsitzenden.

§ 254 StPO; § 274 StPO

956. BGH 1 StR 424/06 – Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Landshut)

Verlesbare Urkunde nach § 256 StPO; wesentliche Förmlichkeit (keine Protokollierungspflicht beim Vernehmungsbehoelf).

§ 256 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 274 StPO

957. BGH 1 StR 430/06 – Beschluss vom 10. Oktober 2006 (LG Freiburg)

Besitz von Dateien mit kinderpornographischen Inhalten durch bloße Speicherung solcher Dateien im Cache-Speicher eines PC-Systems.

§ 184b Abs. 4 StGB

958. BGH 1 StR 441/06 – Urteil vom 8. November 2006 (LG Nürnberg)

Klarheit der staatsanwaltlichen Revision (Widersprüche zwischen Antrag und Begründung); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 63 StGB

959. BGH 1 StR 442/06 – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Tübingen)

Aussetzungsantrag der Verteidigung bei Zurückhaltung von Beweismitteln (anonyme Zeugen bzw. Informanten; Belastungszeugen; Sperrklärung; Wahrheitsermittlung; Verfahrensbeschleunigung; Abwägung der Erfolgchancen).

§ 265 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 96 StPO analog

960. BGH 1 StR 458/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Karlsruhe)

Entscheidung über den Gesamtstrafenausspruch nach § 354 Abs. 1b StPO.

§ 354 Abs. 1b StPO

961. BGH 1 StR 463/06 – Beschluss vom 7. November 2006 (LG Stuttgart)

Wirksame Revisionsrücknahme nach Anregung einer Verfahrensabsprache durch das Gericht (unzulässige Willensbeeinträchtigung; Kausalität).

Art. 6 EMRK; § 302 StPO

962. BGH 1 StR 483/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Amberg)

Nachträgliche Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (keine neuen Umstände; Bewertung von

ubiquitärem Vollzugsverhalten).

§ 66a StGB

963. BGH 1 StR 487/06 – Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Stuttgart)

Recht auf ein faires Verfahren (Fair-Trial-Grundsatz; Strafzumessung abweichend von zwischenzeitlich beabsichtigten Absprachen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

964. BGH 1 StR 491/06 – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Stuttgart)

Rechtsfehlerhaft mangelnde Belehrung über Zeugnisverweigerungsrecht (Ausschluss des Beruhens über Prognose des Aussageverhaltens von fünf unbelehrten Zeugen).

§ 52 Abs. 3 StPO

965. BGH 1 StR 495/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Mosbach)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

966. BGH 1 StR 501/06 – Beschluss vom 27. Oktober 2006 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

967. BGH 1 StR 503/06 – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Kempten)

Darlegungsanforderungen an die Verfahrensrüge bei der Verletzung des Äußerungsrechts nach Beweiserhebungen (Bericht der Jugendgerichtshilfe; Vortrag zum Beruhens); Nichtanwesenheit der geladenen Jugendgerichtshilfe; Hinweispflicht; Anregung einer Revisionsgegengerklärung der Staatsanwaltschaft.

§ 257 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 265 StPO; § 347 Abs. 1 Satz 2 StPO; Nr. 162 Abs. 2 RiStBV

968. BGH 1 StR 506/06 – Beschluss vom 8. November 2006 (LG Stuttgart)

Bewertungseinheit beim Betäubungsmittelhandel (Einfuhr).

§ 52 StGB; § 29 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG

969. BGH 4 StR 118/06 – Beschluss vom 24. Oktober 2006 (LG Münster)

Anhörungsruge.

§ 356 a StPO

970. BGH 4 StR 325/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Essen)

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts und unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Begründung der Revision.

§ 346 Abs. 2 StPO; § 44 StPO

971. BGH 4 StR 335/06 – Beschluss vom 17. Oktober 2006 (LG Saarbrücken)

Heimtückemord (konkrete Hinweispflicht; faires Verfahren).

Art. 6 EMRK; § 211 Abs. 2 StGB; § 265 Abs. 1 StPO

972. BGH 4 StR 338/06 – Beschluss vom 14. November 2006 (LG Saarbrücken)

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

973. BGH 4 StR 340/06 – Beschluss vom 11. Oktober 2006 (LG Detmold)

Strafvereitelung (Selbstbegünstigungsprivileg); uneidliche Falschaussage; Aussagenotstand (Erörterungsmangel).
§ 258 Abs. 5 StGB; § 153 StGB; § 157 StGB

974. BGH 4 StR 353/06 – Beschluss vom 26. September 2006 (LG Stralsund)

Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (unberechtigte Abwesenheit; absoluter Revisionsgrund; Ausnahmefallgruppen; wesentlicher Teil der Hauptverhandlung); Verzicht eines Zeugen auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO nach qualifizierter Belehrung (Protokollierungspflicht).
§ 171b Abs. 1 GVG; § 247 Satz 1 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

975. BGH 4 StR 367/06 – Beschluss vom 2. November 2006 (LG Frankfurt)

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

976. BGH 4 StR 375/06 – Beschluss vom 5. Oktober 2006 (LG Essen)

Kompetenz zur Entscheidung über die Zulässigkeit der Revision; wirksamer Rechtsmittelverzicht nach Verfahrensabsprache (qualifizierte Belehrung).
§ 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

977. BGH 4 StR 416/06 – Beschluss vom 31. Oktober 2006 (LG Detmold)

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

978. BGH 4 StR 424/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Rostock)

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

979. BGH 4 StR 430/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Bochum)

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bewertungseinheit).
§ 30 a Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

980. BGH 4 StR 453/06 – Beschluss vom 21. November 2006 (LG Detmold)

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

981. BGH 5 StR 164/06 – Urteil vom 7. November 2006 (LG Kaiserslautern)

Steuerhinterziehung (Fall 1. FC Kaiserslautern; Sonderzahlungen an Fußballprofis: verdeckte Lohnzahlungen; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe); Strafzumessung (Spielraum des Tatrichters); Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen (Unerreichbarkeit); Scheingeschäft nach § 41 AO; Hilfsbeweisantrag (Bedeutungslosigkeit).

§ 370 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 46 StGB; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 41 Abs. 2 AO; § 244 Abs. 6 StPO

982. BGH 5 StR 303/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Hamburg)

Keine wechselseitige Überbürdung von Auslagen (beiderseits erfolglose Rechtsmittel von Angeklagten und Nebenklägern).
§ 473 Abs. 1 Satz 3 StPO

983. BGH 5 StR 316/06 – Urteil vom 25. Oktober 2006 (LG Zwickau)

Rechtsfehlerhafte Prüfung der Sicherungsverwahrung (gesteigerte sexuelle Triebhaftigkeit; Abweichung von der Begutachtung durch den Sachverständigen: eigene Sachkunde, Darlegungspflicht; Symptomtaten und Gelegenheitsstaten; Aufhebung des Strafausspruchs im Zusammenhang).

§ 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; § 261 StPO; § 46 StGB

984. BGH 5 StR 338/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Stendal)

Steuerhinterziehung (unrichtige Angaben über steuerlich erhebliche Tatsachen: Geltendmachung tatsächlich nicht zustehender Vorsteuerüberhänge; Tatvorsatz: Vereinbarung nur zum Schein); Strafzumessung (Berücksichtigung einer erst später ergangenen Verurteilung; Darlegung der Motive und Ziele des Angeklagten: Rettung eines Geschäfts; Härteausgleich).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 16 Abs. 2 Satz 1 UStG; § 15 i.V.m. § 18 Abs. 1 UStG; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 55 StGB

985. BGH 5 StR 70/06 – Beschluss vom 26. Oktober 2006 (LG Bonn)

Bestechlichkeit (besonders schwerer Fall; Begriff des Ermessens); Amtsträger (Rhein-Sieg-Kreis; maßgeblicher Zeitpunkt des Tatzeitrechts).

§ 332 StGB; § 335 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 2 Abs. 1 StGB

986. BGH 5 StR 349/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Hamburg)

BGHR; besondere Unterbrechungsfrist von elf Tagen (Konzentrationsmaxime; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; nicht reversible Ordnungsvorschrift; ausnahmsweiser Ausschluss des Beruhens).

§ 229 Abs. 1 StPO; § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

987. BGH 5 StR 370/06 – Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Hamburg)

Unzureichender Ausschluss der Steuerungsfähigkeit bei Tatbegehung (anhaltende wahnhafte Störung; Stalking; Bedrohung; Nötigung).

§ 20 StGB; § 63 StGB; § 241 StGB; § 240 StGB

988. BGH 5 StR 382/06 – Beschluss vom 25. Oktober 2006 (LG Leipzig)

Anrechnung in Curacao erlittener Untersuchungshaft im Verhältnis 1:3.

§ 51 StGB

989. BGH 5 StR 386/06 – Beschluss vom 10. November 2006 (LG Berlin)

Bandenmäßiger und gewerbsmäßiger Betrug (unzureichende Feststellungen zur Tatbegehung auf Grund einer Bandenabrede und zur Bandenabrede selbst; gesonderte Mittäterschaftszurechnung); gesonderte Beurteilung von Tateinheit und Tatmehrheit für jeden Mittäter für jede einzelne Tat.

§ 263 Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

990. BGH 5 StR 420/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

991. BGH 5 StR 433/06 – Beschluss vom 7. November 2006 (LG Zwickau)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (mangelnde tragfähige Tatsachengrundlage); unerlaubtes Handeltreiben (Beihilfe).

§ 261 StPO; § 29 BtMG; § 27 StGB

992. BGH 5 StR 435/06 – Beschluss vom 7. November 2006 (LG Chemnitz)

Strafzumessung bei der Steuerhinterziehung (steuerstrafrechtlich nicht hinnehmbare Doppelbelastung im Verhältnis zwischen Körperschaft- und Einkommensteuerhinterziehung).

§ 46 StGB; § 370 AO; § 36 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 EStG a.F.

993. BGH 5 StR 453/06 – Beschluss vom 9. November 2006 (LG Potsdam)

Verfall (Bruttoprinzip).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB