

SCHRIFTLLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

(Bucerius Law School)

c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten
Gaede, Stephan Schlegel (Web-
master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Luzern); Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kle-
szewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.
Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg
i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale);
RA 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
Wohlens (Univ. Zürich)

Publikationen

Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg – **Schlechtverteidigung – Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung?** (Zugleich Besprechung) S. 402

Dr. Ingo E. Fromm – **Schweigerecht des Strafverteidigers in Gefahr?** Dokumentationsbeitrag zur Verfassungsbeschwerde 1 BVR 3069/06 S. 415

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

BVerfG **Einsatz privater Sachverständiger bei der Straftataufklärung**

BVerfG **Kein Rechtsschutz gegen Zwischenentscheidungen**

BGH **Einschränkende Auslegung der Hehlerei**

BGH **Maßgeblichkeit des Vorstellungsbildes beim Aussagenotstand**

BGHSt **Verschärfte Widerspruchslösung bei Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK**

BGHSt **Beschränkte Vollstreckungslösung bei Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK**

BGH **Rüge unwirksamer Verteidigung**

BGHSt **Abgrenzung von Aussetzung und Unterbrechung**

BGH **Besorgnis der Befangenheit und Drohung bei Eröffnung der „Sanktions-
schere“**

BGH **Bankrott als abstraktes Gefährungsdelikt**

BGH **Hinterziehung von Erbschaftssteuer und Verantwortlichkeitsverteilung zwi-
schen Steuerberater und Steuerpflichtigem**

Die Ausgabe umfasst 122 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

SCHRIFTLICHTUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
(Bucerius Law School)
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); 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); RA 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).

ISSN 1865-6277

8. Jahrgang, November 2007, Ausgabe

11

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

961. BVerfG 2 BvR 1681/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. August 2007 (LG Gießen/AG Büdingen)

Rechtsstaatsprinzip (fairer Verfahren); Unverletzlichkeit der Wohnung (Durchsuchung; richterliche Entscheidung); Hinzuziehung von Hilfspersonen zur Auswertung von ärztlichen Abrechnungsunterlagen (Unparteilichkeit; keine eigenen rechtlichen Wertungen; Höhe der Vergütung; allgemeine Ermittlungsbefugnis als gesetzliche Grundlage); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (vorheriger Antrag gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO); Geltendmachung von Verwertungsverboten im Verfassungsbeschwerdeverfahren; Nichtannahmebeschluss.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 98 Abs. 1 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

1. Es liegt kein Verstoß gegen Verfassungsrecht darin, im Rahmen des staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens

so genannte Sachverständige bei der Auswertung von ärztlichen Abrechnungsunterlagen einzusetzen.

2. Aus ihrer vom Legalitätsprinzip geprägten besonderen Stellung folgt, dass an die Anklagebehörde und die Personen, deren Hilfe sie sich bedienen, hohe Anforderungen hinsichtlich ihrer Unparteilichkeit zu stellen sind. Allein die Höhe und die Modalitäten einer Vergütung von Hilfspersonen müssen nicht zwingend dazu führen, dass die gefertigten Gutachten parteiisch wären, und damit in verfassungsrechtlich relevanter Weise Zweifel an der Objektivität der Strafverfolgung entstehen könnten.

3. Eine spezielle, über die allgemeine Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft aus § 161 Abs. 1 StPO hinausgehende gesetzliche Grundlage, die gemäß §§ 161a Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit §§ 72 ff. StPO auch die Bestellung Sachverständiger umfasst, ist für die Hinzuziehung sachkundiger Personen im Ermittlungsverfahren zur Auswertung von ärztlichen Abrechnungsunterlagen nicht erforderlich.

4. Es entspricht der in der Strafprozessordnung vorgesehenen Aufgabenteilung, dass der Richter bei seiner Entscheidung über die Anordnung einer Durchsuchung im Ermittlungsverfahren auf die bisherigen Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft zurückgreifen kann. Allein die Tatsache, dass die Vorgaben des Antrags der Staatsanwaltschaft zu großen Teilen übernommen wurden, schließt eine solche Prüfung nicht aus.

5. Das Gesetz stellt kein grundsätzliches Beschlagnahmeverbot für fehlerhafte Durchsuchungen auf, die zur Sicherstellung von Beweisgegenständen führen. Wird mit einer Verfassungsbeschwerde ein Verwertungsverbot geltend gemacht, muss der Beschwerdeführer daher substantiiert darlegen, ob ein ebenso geltend gemachter formaler Fehler bei der Durchsuchung die Beweiserlangung bei hypothetisch rechtmäßiger Vorgehensweise gehindert hätte und ob dies verfassungsrechtlich zu beanstanden wäre.

963. BVerfG 2 BvR 411/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Mai 2007 (BGH/LG Kassel)

Faires Verfahren (Konfrontationsrecht; Fragerecht; Berücksichtigung der EMRK); Ersetzung einer Vernehmung minderjähriger Zeugen durch die Vorführung einer Videoaufzeichnung (Abwägung mit Zeugenschutzinteressen; vorherige Konfrontation; widersprüchliches Aussageverhalten; zweijähriges Zuwarten); Nichtannahmebeschluss; redaktioneller Hinweis.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 255 a Abs. 2 StPO

1. Das Recht auf ein faires Verfahren gewährleistet dem Angeklagten unter anderem, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen. Bei der Bestimmung der Beteiligungsrechte des Angeklagten sind auch die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und diese konkretisierende Leitlinien der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 111, 307, 323.).

2. Für das Konfrontationsrecht gem. Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK bedeutet dies, dass dem Angeklagten die effektive Möglichkeit verschafft werden muss, einen Zeugen zu befragen und dessen Glaubwürdigkeit und Zuverlässigkeit in Frage zu stellen. Dabei liegt ein Konventionsverstoß aber nur vor, wenn diese Möglichkeit bei einer Betrachtung des Verfahrens in seiner Gesamtheit nicht gegeben war.

3. Art. 6 Abs. 3 Buchstabe d EMRK gewährleistet nicht die höchstpersönliche Ausübung des Konfrontationsrechts durch den Angeklagten. Eine Einschränkung des Fragerechts des Angeklagten kann dadurch ausgeglichen werden, dass sein Verteidiger bei der Zeugenvernehmung anwesend ist und den Zeugen befragen kann. Gegebenenfalls muss es dem Angeklagten ermöglicht werden, nach Unterrichtung über die Vernehmung erneut Fragen an den Zeugen stellen zu lassen.

4. Im Hinblick auf die Pflicht des Tatsachengerichtes zur umfassenden Wahrheitserforschung als Teil des Rechts

auf ein faires Verfahren hat das Tatgericht bei seiner Entscheidung über den Umfang der Beweisaufnahme auch Opferschutzinteressen in seine Erwägungen einzu beziehen. Überwiegen diese Interessen kann das Tatgericht von einer erneuten Konfrontation absehen.

959. BVerfG 2 BvR 1277/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2007 (LG Dortmund)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (grundsätzlicher Ausschluss gegen strafprozessuale Zwischenentscheidungen; Verfahrensverbund; Ablehnung eines Abtrennungsantrages; langdauerndes Verfahren; Nichtabsehbarkeit der Beendigung); Nichtannahmebeschluss.

§ 93a Abs. 2 BVerfGG; § 4 StPO

1. Der den Antrag auf Abtrennung eines gegen den Beschwerdeführer geführten Strafverfahrens ablehnende Beschluss ist mit der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich nicht anfechtbar. In einem solchen Fall gelten die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze zur Anfechtung von Zwischenentscheidungen.

2. Die isolierte Anfechtbarkeit einer Zwischenentscheidung kommt nur in Betracht, wenn diese einen bleibenden rechtlichen Nachteil für den Betroffenen hat, der sich später gar nicht oder nicht vollständig beheben lässt (vgl. BVerfGE 101, 106, 120 m.w. Nachw.). Dies ist namentlich dann der Fall, wenn der Betroffene etwaige durch die Zwischenentscheidung bewirkte Grundrechtsverletzungen nicht mit der Anfechtung der Endentscheidung im fachgerichtlichen Verfahren rügen kann (vgl. BVerfGE 21, 139, 143 f.) oder ihm die Verweisung auf den fachgerichtlichen Rechtsschutz nicht zuzumuten ist (vgl. BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG vom 25. 9. 2001 - 2 BvR 1152/01 -, NStZ 2002, S. 99).

960. BVerfG 2 BvR 1508/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Oktober 2007 (BGH)

Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Beschlüsse des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (Zwischenentscheidung ohne gegenwärtigen Nachteil; GSSt 1/06); Nichtannahmebeschluss.

§ 93a Abs. 2 BVerfGG; § 132 Abs. 2 StPO; § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG

Eine unmittelbar gegen eine Entscheidung des Großen Senats eines Bundesgerichts gerichtete Verfassungsbeschwerde ist unzulässig, weil dem Beschwerdeführer trotz der Bindungswirkung des Beschlusses für den erkennenden Senat (vgl. hier § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG), durch diese Entscheidung kein gegenwärtiger Nachteil entsteht (vgl. BVerfGE 31, 55, 56).

962. BVerfG 2 BvR 1824/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2007 (OLG Celle)

Begründungsanforderungen bei einer Revision (Jugendstrafverfahren; Urteil, dass lediglich Sanktionen gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG anordnet; eindeutige

Benennung des Angriffszieles; Erfordernis effektiven Rechtsschutzes); Nichtannahmebeschluss.
Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 StPO; § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG; § 16 JGG

1. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Revisionsgericht für eine zulässige Revision gegen ein jugendgerichtlich Urteile, die lediglich Sanktionen gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG anordnen, verlangt, dass der Revisionsführer sein Anfechtungsziel so eindeutig

mitteilt, dass ein unzulässiges Rechtsschutzziel auszuschließen ist.

2. Zu einer willkürfreien Annahme eines unzulässigen Angriffes auf die ausgesprochene Sanktion in einem Verfahren, in dem der Verteidiger keinen Freispruch beantragt hatte und sich die Revisionsbegründung auf nähere Ausführungen zu Angriffen gegen die Strafzumessung beschränkte.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

989. BGH 4 StR 409/07 – Beschluss vom 6. September 2007 (LG Bochum)

Erörterungsmangel bezüglich eines Rücktritts vom Versuch der Anstiftung (Rücktritt durch bloßes Aufgeben; fehlgeschlagener Versuch; Rücktrittshorizont).
§ 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 30 StGB

Für den ein Rücktritt vom Anstiftungsversuch gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB genügt aber das bloße Aufgeben der Einwirkung auf den Anderen, solange dieser noch keinen Tatentschluss gefasst hat und auch keine Gefahr entstanden ist, dass er die Tat begeht (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 289). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wäre ein Rücktritt allerdings dann ausgeschlossen, wenn der Anstiftungsversuch fehlgeschlagen war (vgl. BGHR StGB § 31 Abs. 1 Nr. 1 Bestimmungsversuch, fehlgeschlagener m.w.N.). Ein solcher fehlgeschlagener Versuch liegt aber dann nicht vor, wenn der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs – hier der Anstiftung – sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits

eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Anstiftung noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR aaO).

987. BGH 4 StR 392/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Dessau)

Vorsatz bei der Beihilfe zur Geiselnahme und zur schweren räuberischen Erpressung (Unterscheidung nach einzelnen Gesetzesverletzungen / Haupttaten).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 239b StGB; § 255 StGB; § 250 StGB

Die Strafbarkeit wegen Beihilfe setzt nicht voraus, dass der Gehilfe die konkreten Tatumstände in allen Einzelheiten kennt; es reicht vielmehr aus, dass sich sein Vorsatz auf die Ausführung einer in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Tat richtet (BGHSt 42, 135, 137). Es bedarf jedoch stets einer gesonderten Prüfung der bestehenden Anforderungen für jede einzelne Haupttat.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

935. BGH 3 StR 200/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Düsseldorf)

Hehlerei (Absatzhilfe; Hilfe im Vorfeld von Absatzbemühungen).
§ 259 StGB

1. Der Senat hält – nicht tragend – die Kritik des Schrifttums an der bisherigen sehr weiten Auslegung des Tat-

bestands der Hehlerei in der Form der Absatzhilfe seitens der Rechtsprechung für erwägenswert, wonach zur Vollendung grundsätzlich jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit genügt, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der „bemakelten“ Sache zu unterstützen.

2. Auch nach dieser bisherigen Rechtsprechung erfüllt jedoch nicht jede Unterstützung, die dem Vortäter im Vorfeld von Absatzbemühungen geleistet wird, den Tatbestand der Hehlerei. Je nach den Umständen des Einzelfalls kann es sich auch um bloße Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln, die als solche nicht strafbar ist.

3. Somit kommt es für die Abgrenzung zwischen einer - straflosen - Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer - strafbaren - versuchten oder vollendeten Absatzhilfe darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte.

977. BGH 4 StR 240/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Bochum)

Falsche uneidliche Aussage; Aussagenotstand (maßgebliches Vorstellungsbild; Absicht, dienstrechtlicher Konsequenzen von sich abzuwenden und Absicht, sich durch die Falschaussagen darüber hinaus vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen; indizielle Bedeutung ausgebliebener Auskunftsverweigerung, Annahme einer Beihilfe des Schulleiters bei mangelndem Einschreiten gegenüber einem Lehrer, der seine Schutzbefohlenen sexuell missbraucht, Garantenstellung).

§ 153 StGB; § 157 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 174 StGB; § 55 StPO; § 354 Abs. 3 StPO

1. Für die Annahme einer Zwangslage nach § 157 StGB ist allein das Vorstellungsbild des Täters, bei wahrheitsgemäßer Aussage die Bestrafung wegen eines vorausgegangenen Verhaltens befürchten zu müssen, maßgeblich. Auf das objektive Vorhandensein einer solchen Gefahr kommt es dabei nicht an. § 157 StGB ist deshalb selbst dann anwendbar, wenn der Zeuge nur irrtümlich die Gefahr gerichtlicher Bestrafung angenommen hat (vgl. BGHSt 8, 316, 317; BGH bei Detter NStZ 1990, 222).

2. Vor dem Hintergrund der rein subjektiven Zielrichtung der Vorschrift ist es keineswegs nahe liegend, dass ein Zeuge, der sich im Falle einer wahrheitsgemäßen Aussage begründet oder nur irrtümlich strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sieht, dieser Zwangslage dadurch zu entgehen versucht, dass er sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StGB beruft. Vielmehr kommt ebenso in Betracht, dass dieser Zeuge bei seiner Vernehmung von der Vorstellung geleitet wird, schon durch das Gebrauchmachen vom Auskunftsverweigerungsrecht sein früheres - aus seiner Sicht strafrechtlich relevantes - Fehlverhalten einzugestehen, und deshalb zum Mittel der Falschaussage greift. Dies gilt erst recht mit Blick auf § 56 StPO.

3. Dem Schulleiter obliegt eine Garantenpflicht zum Schutz der ihm anvertrauten Schüler. Diese verpflichtet ihn, die Schüler im Schulbetrieb vor gesundheitlichen Schäden zu bewahren (vgl. BGH VersR 1955, 742, 743; OLG Köln NJW 1986, 1947, 1948). Er ist insoweit verpflichtet, zumutbare Maßnahmen zur Verhinderung weiterer sexueller Übergriffe zu treffen, die aus dem

Lehrerkollegium heraus zuvor vorgefallen sind (vgl. BGHSt 43, 82, 87; BGH bei Holtz MDR 1982, 626; BGH MDR 1984, 274).

975. BGH 4 StR 239/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Bochum)

Falsche uneidliche Aussage; Aussagenotstand (maßgebliches Vorstellungsbild; Absicht, dienstrechtlicher Konsequenzen von sich abzuwenden und Absicht, sich durch die Falschaussagen darüber hinaus vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen; indizielle Bedeutung ausgebliebener Auskunftsverweigerung).

§ 153 StGB; § 157 StGB; § 55 StPO

1. Für die Annahme einer Zwangslage nach § 157 StGB ist allein das Vorstellungsbild des Täters, bei wahrheitsgemäßer Aussage die Bestrafung wegen eines vorausgegangenen Verhaltens befürchten zu müssen, maßgeblich. Auf das objektive Vorhandensein einer solchen Gefahr kommt es dabei nicht an. § 157 StGB ist deshalb selbst dann anwendbar, wenn der Zeuge nur irrtümlich die Gefahr gerichtlicher Bestrafung angenommen hat (vgl. BGHSt 8, 316, 317; BGH bei Detter NStZ 1990, 222).

2. Vor dem Hintergrund der rein subjektiven Zielrichtung der Vorschrift ist es keineswegs nahe liegend, dass ein Zeuge, der sich im Falle einer wahrheitsgemäßen Aussage begründet oder nur irrtümlich strafrechtlicher Verfolgung ausgesetzt sieht, dieser Zwangslage dadurch zu entgehen versucht, dass er sich auf sein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StGB beruft. Vielmehr kommt ebenso in Betracht, dass dieser Zeuge bei seiner Vernehmung von der Vorstellung geleitet wird, schon durch das Gebrauchmachen vom Auskunftsverweigerungsrecht sein früheres - aus seiner Sicht strafrechtlich relevantes - Fehlverhalten einzugestehen, und deshalb zum Mittel der Falschaussage greift. Dies gilt erst recht mit Blick auf § 56 StPO.

953. BGH 3 StR 384/07 - Beschluss vom 1. Oktober 2007 (LG Bückeburg)

Diebstahl (Beendigung; gefestigter Gewahrsam); Beihilfe.

§ 27 StGB; § 242 StGB

Ein Diebstahl ist beendet, wenn der Dieb den Gewahrsam an den entwendeten Gegenständen nach den Umständen des Einzelfalls gefestigt und gesichert hat. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn sich das Diebesgut nicht mehr im unmittelbaren Herrschaftsbereich des Berechtigten befindet, direkte Eingriffsmöglichkeiten eines bereiten Eigentümers nicht mehr bestehen und damit die neue Sachherrschaft des Täters gefestigt ist.

952. BGH 3 StR 359/07 - Beschluss vom 19. September 2007 (LG Düsseldorf)

Geldfälschung (eigenständige Verfügung; eigenständiges Inverkehrbringen als echt).

§ 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Das Sichverschaffen falschen Geldes im Sinne des § 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt voraus, dass der Täter das Falschgeld mit dem Willen zu eigenständiger Verfügung (zum eigenständigen Inverkehrbringen als echt) an-

nimmt. Mittäter dieser Tatbestandsalternative kann daher nur sein, wer mit diesem Willen das Falschgeld zumindest in eigenen Mitgewahrsam bringt oder sich auf andere Weise Mitverfügungsgewalt daran verschafft.

984. BGH 4 StR 334/07 - Beschluss vom 20. September 2007 (LG Dortmund)

Abgrenzung von erpresserischem Menschenraub und räuberischer Erpressung nach der stabilen Bemächtigungslage.

§ 239a StGB; § 255 StGB

Zwischen der Bemächtigungslage und der beabsichtigten Erpressung muss ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter das Opfer oder einen Dritten während der Dauer der Zwangslage erpressen will (BGHSt 40, 350, 355; BGHR StGB § 239 a Abs. 1 Sichbemächtigen 5). Sieht dagegen der Tatplan vor, dass die Leistung, die der Täter erpressen will, erst zu einem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem die Bemächtigungslage bereits beendet ist, fehlt es an der Absicht des Ausnutzens gemäß § 239 a Abs. 1 StGB.

933. BGH 3 StR 180/07 - Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Mord (Grausamkeit; Tatausführung; niedrige Beweggründe); Erörterungsmangel (verminderte Steuerungsfähigkeit; Strafraumverschiebung).

§ 211 StGB; § 49 StGB; § 21 StGB

1. Grausam tötet, wer seinem Opfer in gefühlloser, unbarmherziger Gesinnung Schmerzen oder Qualen körperlicher oder seelischer Art zufügt, die nach Stärke oder Dauer über das für die Tötung erforderliche Maß hinausgehen.

2. Die besonderen Leiden müssen sich aus der Tatausführung ergeben. Sie müssen daher im Zusammenhang mit Tötungshandlungen standen, d.h. mit Handlungen, die ihrerseits vom Tötungsvorsatz umfasst sind.

3. Das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe erfordert im objektiven Tatbestand eine Gesamtwürdigung, die alle für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren, die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt.

4. In subjektiver Hinsicht muss festgestellt werden, dass der Täter die Umstände, welche die Niedrigkeit der Beweggründe ausmachen, ins Bewusstsein aufgenommen

hat und dass er, soweit bei der Tat gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen eine Rolle spielen, in der Lage war, sie gedanklich zu beherrschen und willensmäßig zu steuern.

979. BGH 4 StR 253/07 - Beschluss vom 23. August 2007 (LG Neubrandenburg)

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; Tatbestandsirrtum: Erörterungsmangel bei ambivalentem Verhalten des Tatopfers).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Der subjektive Tatbestand einer Vergewaltigung unter Ausnutzung einer schutzlosen Lage erfordert zumindest einen bedingten Vorsatz des Täters dahin, dass das Tatopfer in die sexuellen Handlungen nicht einwilligt und es gerade im Hinblick auf seine Schutzlosigkeit auf möglichen Widerstand verzichtet (BGHSt 50, 359, 368).

2. Einzelfall eines Erörterungsmangels infolge des „ambivalenten Verhaltens des Tatopfers“, das eine Aufgabe des zuvor ablehnenden Willens bedeuten könnte.

905. BGH 2 StR 235/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Mainz)

Exhibitionistische Handlung (Motivation; Zweifelsatz); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit).

§ 183 StGB; § 63 StGB

1. Eine exhibitionistische Handlung im Sinne von § 183 Abs. 1 StGB ist nicht allein ein äußerer Vorgang, sondern eine Handlung mit sexueller Motivation. Die Motivation eines wegen Verdachts einer exhibitionistischen Handlung Angeklagten kann daher nicht offen bleiben. Wenn sie nicht sicher festgestellt werden kann, ist der Zweifelsatz anzuwenden.

2. Die Anordnung der den Betroffenen außerordentlich belastenden Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) setzt eine sorgfältige und kritische Prüfung insbesondere auch der Gefährlichkeitsprognose unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (§ 62 StGB) voraus. In keinem Fall reicht daher die Feststellung einer „Behandlungsbedürftigkeit“ oder die vage Prognosen gemeinlästigen Verhaltens aus.

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

1019. BGH 5 StR 65/07 - Beschluss vom 13. September 2007 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Beihilfe zum Betrug; nachvollziehbare Darstellung insbesondere der Haupttat); Tatein-

heit und Tatmehrheit bei der Beihilfe; Annahme eines Regelbeispiels bei der Beihilfe.

§ 261 StPO; § 27 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 52 StGB

Die Annahme eines Regelbeispiels kommt bei einem Gehilfen nur dann in Betracht, wenn sich die Teilnahmehandlungen selbst als besonders schwere Fälle darstellen (BGH StV 1996, 87). Es reicht deshalb nicht aus, wenn lediglich der Haupttäter das Regelbeispiel verwirklicht hat. Vielmehr ist anhand des konkreten Regelbeispiels in einer Gesamtwürdigung festzustellen, ob ein besonders schwerer Fall vorliegt. Hierbei ist freilich die Schwere der Haupttat zu berücksichtigen, was gerade bei dem Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB nahe liegt. Gewicht kann bei dieser Prüfung allerdings auch eine festgestellte gravierende rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung erlangen.

971. BGH 1 StR 391/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG München)

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: Therapieabbruch, Ausweitung des in Betracht kommenden Opferkreises beim sexuellen Missbrauch von Kindern; mündliche und schriftliche Äußerungen im Strafvollzug zu sexuellen Phantasien).
§ 66b Abs. 1 StGB

1. Die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung setzt voraus, dass nach der letzten Verhandlung in der Tatsacheninstanz und vor Ende des Vollzuges der verhängten Freiheitsstrafe Tatsachen erkennbar werden, die auf eine erhebliche Gefährlichkeit des Betroffenen für die Allgemeinheit hinweisen (BGH NJW 2005, 3078, 3080; NStZ 2005, 561, 562; 2006, 155 f.). Demgegenüber scheiden Umstände, die dem ersten Tatrichter bekannt waren oder die er hätte erkennen und erforderlichenfalls aufklären müssen, als „neue“ Tatsachen aus. Das Verfahren nach § 66b Abs. 1 und 2 StGB dient nicht der Korrektur früherer Entscheidungen, in denen derartige Tatsachen bei der Entscheidung über die Anordnung einer Maßregel nach § 66 StGB unberücksichtigt geblieben sind.

2. Anwendung auf einen Einzelfall im Vollzug erweiterten sexuellen Suchverhaltens (Opfer außerhalb des engen Familienkreises) bei vorherigem mehrfachen sexuellen Missbrauch von Kindern in der eigenen Familie.

1014. BGH 5 StR 376/07 - Beschluss vom 10. Oktober 2007 (LG Dresden)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen: Behandlung von Regelbeispielen, Bildung einer hypothetischen Gesamtstrafe; neue Tatsache: Therapieabbruch, bereits erkennbare Pädophilie, Äußerungen im Vollzug); Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

§ 66b Abs. 2 StGB; § 12 Abs. 3 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Auch solche neu hervorgetretenen Umstände, die schon für den früheren Tatrichter bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt mit Blick auf § 244 Abs. 2 StPO er-

kennbar waren, sind nicht neu im Sinne des § 66b StGB (BGHSt 50, 275, 278; 373, 379).

2. Zwar kann in der Verweigerung oder dem Abbruch einer Therapie eine solche Tatsache liegen, wenn auch dieser Umstand allein für die Anordnung einer nachträglichen Sicherungsverwahrung grundsätzlich nicht genügt (BGHSt 50, 121, 126; BGH NStZ 2005, 561, 562). Die Therapieverweigerung kann allerdings nur dann als berücksichtigungsfähige neue Tatsache angesehen werden, wenn das früher zuständige Tatgericht zum Zeitpunkt seiner Verurteilung begründet annehmen konnte, der Verurteilte werde sich einer Therapie unterziehen (BGHSt 50, 275, 281; BGH NStZ-RR 2006, 302).

3. Äußerungen des Verurteilten im Vollzug, in denen sich nur die schon für den ursprünglichen Tatrichter erkennbare Wiederholungsfahr manifestiert, rechtfertigen nicht die Annahme einer neuen Tatsache.

4. Die Annahme neuer Tatsachen darf nicht lediglich auf Vermutungen gestützt werden.

996. BGH 5 StR 208/07 - Beschluss vom 26. September 2007 (LG Berlin)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erforderliche Gesamtwürdigung zur Begründung eines Hanges; Bedeutung von Taten verschiedener Art).
§ 66 Abs. 1 StGB

Handelt es sich bei den Straftaten, welche die formellen Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung begründen (sog. Symptomtaten), um solche ganz verschiedener Art, die völlig unterschiedliche Rechtsgüter verletzen, ist ihr Indizwert für einen verbrecherischen Hang des Täters besonders sorgfältig zu prüfen und zu begründen (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Vorverurteilungen 5; BGHR StGB § 66 Abs. 1 Hang 10; BGH NStZ-RR 1998, 6, 7; BGH NStZ 2002, 537, 538).

981. BGH 4 StR 318/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Dessau)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Fehlen eines ernsthaften Therapiewillens; Anordnung zur Weckung der Therapiebereitschaft).
§ 64 StGB

Das Fehlen eines ernsthaften Therapiewillens hindert die Unterbringung nach § 64 StGB nicht ohne Weiteres. Zwar kann mangelnde Therapiemotivation ein Indiz dafür sein, dass eine Entwöhnungsbehandlung keine Erfolgschance bietet. Ob aber vom Mangel einer ernsthaften Therapiebereitschaft auf das Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht geschlossen werden kann, lässt sich nur auf Grund einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller insoweit maßgeblicher Umstände beurteilen. Ziel einer Behandlung im Maßregelvollzug kann es gerade sein, die Therapiebereitschaft beim Angeklagten überhaupt erst zu wecken (vgl. BGH NStZ-RR 1997, 34). An dieser Rechtsprechung ist auch nach der Neufassung des § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 festzuhalten.

914. BGH 2 StR 285/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Gera)

Strafzumessung (kurze Freiheitsstrafe; Cannabis-Joint; Schuldprinzip); Gesamtstrafenbildung (Urteilsgründe; formelhafte Erwägungen; kurze Freiheitsstrafe).

§ 46 StGB; § 47 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 54 StGB

1. Verhängt der Tatrichter eine mehrmonatige Freiheitsstrafe für den Besitz einer sehr geringen Menge Cannabis in Form eines Joints, so liegt die Annahme nahe, er habe den Schuldgehalt nicht hinreichend abgewogen.

2. Die Gesamtstrafenbildung gemäß § 54 StGB ist ein eigenständig zu begründender Zumessungsschritt. Im Wesentlichen formelhafte Erwägungen wie der Hinweis auf eine „nochmalige Abwägung der vorgenannten Strafzumessungsgesichtspunkte“ genügen dem nicht.

1008. BGH 5 StR 347/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Neuruppin)

Verstoß gegen das Verwertungsverbot des § 51 BZRG; Sicherungsverwahrung (Hang; Verhältnis zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt: Verhältnismäßigkeit, kumulative Anwendung, Erörterungsmangel).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 51 BZRG; § 72 StGB; § 64 StGB

Unter dem Gesichtspunkt des § 72 Abs. 1 Satz 1 StGB ist für die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung dann kein Raum, wenn der Zweck dieser Maßregel auch durch die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB erreicht werden kann (vgl. BGH NStZ 2000, 587, 589). Verbleiben allerdings Unsicherheiten über den Erfolg allein der mildereren Maßregel, so führt das zur kumulativen Anwendung von Maßregeln (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 1999 – 4 StR 464/99).

1006. BGH 5 StR 305/07 - Beschluss vom 13. September 2007 (LG Berlin)

Wertungsfehler bei der Strafzumessung (auffällig hohe Strafe bei knappen Strafzumessungsgründen); Strafzumessung beim Diebstahl mit Waffen.

§ 46 StGB; § 244 Abs. 1 StGB § 267 Abs. 3 StPO

1. Für den Diebstahl mit Waffen ist eine Strafschärfung

nicht mit dem Verweis darauf zulässig, der Angeklagte habe sich mit dem jugendlichen Zeugen ein schwächeres Opfer ausgesucht, wenn die Körperkraft des bei dem Diebstahl abwesenden Tatopfers kaum eine Rolle spielen konnte.

2. Der Gesichtspunkt, dass es sich bei einem Waffen- und Eigentumsdelikt nicht um eine Spontantat gehandelt hat, wirkt als Fehlen des Strafmilderungsgrundes schwächer ausgeprägter krimineller Energie nicht unbedingt strafscharfend (vgl. BGH StV 1995, 584).

923. BGH 2 StR 344/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Gera)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln; Beschaffungskriminalität); erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit wegen Betäubungsmittelabhängigkeit.

§ 64 StGB; § 21 StGB

1. Der Hang im Sinne von § 64 StGB verlangt eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit oder zumindest eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel zu sich zu nehmen.

2. Ausreichend für die Annahme eines Hanges zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls, dass der Betroffene aufgrund seiner Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Das kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Betroffene Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt werden, sondern insbesondere auch bei Beschaffungskriminalität.

3. Schwerste Persönlichkeitsstörungen wie eine „Depravation“ müssen für die Bejahung eines Hanges zum übermäßigen Konsum von Betäubungsmitteln hingegen nicht vorliegen. Insofern ist zwischen den Voraussetzungen des Hanges im Sinne des § 64 StGB und den Voraussetzungen einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit wegen Betäubungsmittelabhängigkeit im Sinne des § 21 StGB zu differenzieren.

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG**900. BGH 1 StR 273/07 - Beschluss vom 11. September 2007 (LG Regensburg)**

BGHSt; Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf konsularischen Beistand: Belehrung bei der ersten polizeilichen Vernehmung; „fortentwickelte Widerspruchslö-

sung“: spezifischer und genereller Widerspruch, Angriffsrichtung; Schlechtverteidigung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); Anforderung an die Darlegung bei der Verfahrensrüge; Mord (Heimtücke); redaktioneller Hinweis.

§ 257 StPO; Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 EMRK; § 211 Abs. 2 StGB; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz StPO

1. Die Widerspruchslösung findet auch bei einer zu spät erteilten Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) Anwendung. (BGHSt)
2. Zu den Anforderungen an einen solchen Widerspruch. (BGHSt)
3. Der Widerspruch des verteidigten Angeklagten bedarf regelmäßig einer Begründung, in der - zumindest in groben Zügen - anzugeben ist, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder bereits erhobenen Beweis für unverwertbar hält. Die Begründung muss die Angriffsrichtung erkennen lassen, die den Prüfungsumfang durch das Tatgericht begrenzt. (Bearbeiter)
4. Es kann dahinstehen, ob aus dem Verstoß gegen Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK ein Beweisverwertungsverbot zu folgern gewesen wäre. (Bearbeiter)
5. Auch das Recht auf konsularischen Beistand gemäß Art. 36 WÜK konkretisiert den Grundsatz des fairen Verfahrens (vgl. BVerfG [Kammer] NJW 2007, 499, 501). (Bearbeiter)
6. Heimtückisch im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Das Opfer muss gerade auf Grund seiner Arglosigkeit wehrlos sein, wobei für die Beurteilung die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs maßgebend ist. An dieser Ursächlichkeit der Arglosigkeit für die Wehrlosigkeit fehlt es, wenn sich das Opfer vom Täter verteidigungsunfähig machen ließ, bevor dieser den Entschluss zu dem Angriff fasste (vgl. BGHSt 32, 382). (Bearbeiter)

901. BGH 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hamburg, LG Braunschweig)

BGHSt; Belehrung eines Festgenommenen mit fremder Staatsangehörigkeit gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 des Wiener Konsularrechtsübereinkommens (konsularischer Beistand; Beweisverwertungsverbot; Kompensation durch Anrechnungslösung; Widerspruchslösung und spezifischer Widerspruch; Recht auf ein faires Verfahren und Recht auf Verfahrensbeschleunigung; rechtsstaatswidrige Verzögerungen durch BGH und BVerfG; Rechtskreisstheorie; ausländerspezifische Hilflosigkeit); Entscheidung im Beschlussverfahren; redaktioneller Hinweis.

Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 349 Abs. 2 und 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO

1. Zur Belehrung eines Festgenommenen mit fremder Staatsangehörigkeit gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 des

Wiener Konsularrechtsübereinkommens (WÜK) über sein subjektives Recht, die unverzügliche Benachrichtigung seiner konsularischen Vertretung zu verlangen, sind bereits die Polizeibeamten nach Festnahme verpflichtet (BVerfG – Kammer – NJW 2007, 499 unter Aufhebung von BGHR WÜK Art. 36 Unterrichtung 1). (BGHSt)

2. Das Unterbleiben der gebotenen Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand nach Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK führt nicht zu einem Beweisverwertungsverbot. (BGHSt)

3. Die Rechtsverletzung kann jedoch zu einer Kompensation derart führen, dass ein bestimmter Teil der verhängten Freiheitsstrafe als verbüßt anzurechnen ist. (BGHSt)

4. Die Belehrungspflicht knüpft – standardisiert – an die fremde Staatsangehörigkeit des Beschuldigten und an seine Festnahmesituation an. Sie gilt also auch für den Fall, dass der Beschuldigte seinen Lebensmittelpunkt in Deutschland hat. Eine darüber hinausgehende ausländer-spezifische oder situationsbedingte Hilflosigkeit ist nicht Voraussetzung für die sich aus Völkervertragsrecht im Range eines Bundesgesetzes ergebende Belehrungspflicht. Ebenso führt bei einem Beschuldigten, der nicht ausländischer Angehöriger eines Vertragsstaats des Wiener Übereinkommens ist, eine gleichgeartete besondere Hilflosigkeit in der Festnahmesituation nicht zu hieraus abzuleitenden entsprechenden Unterstützungs-pflichten. (Bearbeiter)

5. Die Verschärfung der Widerspruchslösung durch den 1. Strafsenat kann im Fall der unterbliebenen Belehrung gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK nur eingreifen, wenn die unterbliebene Belehrung im Verfahren noch nachgeholt worden ist. (Bearbeiter)

6. Eine Kompensation erscheint jedenfalls dann angezeigt und gar geboten, wenn der betroffene Angeklagte eine erhebliche Bestrafung erfährt und der Verstoß nicht nur kurzfristig fortgewirkt hat. (Bearbeiter)

7. Der 5. Strafsenat folgt der vom 3. Strafsenat vorgeschlagenen „Vollstreckungslösung“. (Bearbeiter)

8. Der Senat neigt zu der Ansicht, dass einem Gericht grundsätzlich nicht die Möglichkeit eröffnet ist, einen durch ein höherrangiges Gericht begangenen Verstoß der genannten Art gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK festzustellen und zu berücksichtigen, wenn nicht etwa dieses Gericht entsprechende Hinweise gegeben hat.

9. Eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung findet sich auch nicht darin, dass das Bundesverfassungsgericht hier zwei Entscheidungen des Bundesgerichtshofs wegen Verletzung der Beschwerdeführer in ihrem Recht auf ein faires Verfahren aufgehoben hat, wodurch ein weiterer fast ein Jahr währender Verfahrensgang vor dem Bundesgerichtshof notwendig geworden ist. Eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung liegt nicht allein deshalb vor, weil das Revisionsgericht zur Korrektur eines dem Tatrichter unterlaufenen – nicht eklatanten – Rechtsfehlers dessen Urteil aufheben und die Sache zu neuer –

zeitaufwändiger – Bearbeitung an die Vorinstanz zurückverweisen muss (BGH NJW 2006, 1529). (Bearbeiter)

10. Als eklatante Gesetzesverletzung, die eine abweichende Beurteilung erfordern könnte, wertet der Senat seine erste, nunmehr freilich nach Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts zu revidierende Entscheidung in diesem Verfahren nicht. (Bearbeiter)

936. BGH 3 StR 96/07 - Urteil vom 9. August 2007 (LG Kleve)

BGHSt; Abgrenzung von Aussetzung und Unterbrechung; gesetzlicher Richter (Bestimmung durch richterliche Entscheidung; Willkür).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 222b StPO; § 228 StPO; § 229 Abs. 1 StPO; § 243 Abs. 1 StPO

1. Sind in einer Hauptverhandlung noch keine Erträge erzielt worden, die bei einer Unterbrechung fortwirkten, bei einer Aussetzung aber erneut gewonnen werden müssten, ist das Gericht in der Entscheidung, ob es die Hauptverhandlung unterbricht oder sie aussetzt, grundsätzlich frei. (BGHSt)

2. Eine solche Unterbrechungs- oder Aussetzungsentscheidung verstößt nicht gegen Art. 101 Abs. 1 GG, es sei denn, sie wäre willkürlich getroffen. (BGHSt)

3. Soweit die Besetzung der Richterbank von richterlichen Entscheidungen abhängt, ist das Recht auf den gesetzlichen Richter nur dann verletzt, wenn die Grenze zur Willkür überschritten wird. (Bearbeiter)

967. BGH 1 StR 341/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Freiburg)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Rüge mangelhafter Verteidigung; Recht auf ein faires Verfahren; Vorauswahl des Verteidigers durch die Staatsanwaltschaft; Bestellung eines Pflichtverteidigers bei bevorstehendem Urlaub des Verteidigers; Fachanwalt für Strafrecht; Fürsorgepflicht; keine Überwachung der Verteidigung der ausreichenden Sprachkenntnisse des Angeklagten bezüglich seiner Verteidigung; ausnahmsweise Entpflichtung des Verteidigers; Auswahl des Verteidigers und Stellung der Staatsanwaltschaft); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Ordnet das Gericht dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger bei, den die Staatsanwaltschaft zuvor ausgewählt hat, ist der Beschuldigte hieraufhin nicht nochmals zu hören, soweit er zuvor die Auswahl des Verteidigers in die Hände des Gerichts gelegt hat.

2. Das Gericht (vor allem im Ermittlungsverfahren auch die Staatsanwaltschaft) hat grundsätzlich nicht zu überwachen, ob ein - sei es gewählter, sei es bestellter - Verteidiger seine Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Gleichwohl kann die Fürsorgepflicht gebieten, den bestellten Verteidiger abzulösen, wenn klar erkennbar ist, dass er nicht fähig ist, den Angeklagten sachgerecht zu verteidigen.

3. Wenn ein Angeklagter in gewissem Umfang der deutschen Sprache mächtig ist, entscheidet der Verteidiger nach seinem einer Überprüfung nur begrenzt zugänglichen pflichtgemäßen Ermessen, ob für Verteidigungsgespräche ein Dolmetscher notwendig ist oder nicht. Es liegt nicht nahe, dass ein Verteidiger nicht sachgerecht beurteilen könnte, ob er mit seinem Mandanten kommunizieren kann oder nicht (vgl. BGH, Beschl. vom 27. Juli 2006 - 1 StR 147/06). Allein der Umstand, dass das Gericht und sonstige für eine Vernehmung oder Anhörung des Beschuldigten Verantwortliche (Polizei, Sachverständiger) hier ihr Ermessen letztlich anders ausgeübt haben, belegt in unter den gegebenen Umständen keinen offensichtlichen Ermessens Fehlgebrauch des Verteidigers.

4. Es gibt keinen Rechtssatz, wonach grundsätzlich oder zumindest bei einer Fallgestaltung wie hier nur ein Fachanwalt für Strafrecht als Verteidiger bestellt werden könnte. Im Übrigen besteht auch keine forensische Erfahrung, wonach deshalb, weil ein Rechtsanwalt kein Fachanwalt für Strafrecht ist, regelmäßig zu erwarten sei, dass eine von ihm geführte Verteidigung weniger sachgerecht wäre.

5. Es wäre mit der allgemeinen Fürsorgepflicht des Vorsitzenden unvereinbar, bestellte er einen Rechtsanwalt, der keine Gewähr für eine sachgerechte und ordnungsgemäße Verteidigung des Angeklagten bietet oder bei dem zu befürchten ist, dass er verfahrensfremde Zwecke verfolgen wird.

944. BGH 3 StR 266/07 - Beschluss vom 14. August 2007 (LG Hannover)

Besorgnis der Befangenheit (Strafbergrenze; Sanktionsschere; Drohung; verbotene Vernehmungsmethoden; freie Verteidigung; Selbstbelastungsfreiheit und Schweigerecht; Recht auf ein faires Verfahren; Verfahrensabsprachen; Deal).

Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 136a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. In der Mitteilung einer durch die strafmildernde Bedeutung eines Geständnisses nicht mehr zu begründenden Differenz zwischen den mit und ohne Geständnis zu erwartenden Strafen – einer so genannten „Sanktionsschere“ – liegt eine Drohung im Sinne von und damit zugleich ein Verstoß gegen § 136a StPO. Dies begründet zugleich die Besorgnis der Befangenheit.

2. Zwar ist es dem Gericht erlaubt, dem Angeklagten seine vorläufige Einschätzung zur Straferwartung bei einem Geständnis und bei einer Überführung nach durchgeführter Beweisaufnahme mitzuteilen. Es ist darüber hinaus zulässig, dem Angeklagten für den Fall seines Geständnisses eine Strafbergrenze zuzusichern, an die das Gericht im Grundsatz - vgl. aber BGHSt 50, 40, 50 - gebunden ist.

3. Indes bestehen bei der Mitteilung vorläufiger Einschätzungen zur Straferwartung durch das Gericht eindeutige Grenzen, denn die Freiheit der Willensentschließung des Angeklagten muss gewahrt bleiben. Er darf weder durch Drohung mit einer höheren Strafe noch

durch Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils – wozu auch eine schuldunangemessen milde Strafe gehört – zu einem Geständnis gedrängt werden.

4. Zwar kann eine nach Sachlage noch verständliche Unmutsäußerung des Vorsitzenden die Besorgnis der Befangenheit nicht auslösen. Die Verweigerung eines angekündigten Geständnisses kann eine solche Unmutsäußerung jedoch grundsätzlich nicht rechtfertigen, da der Angeklagte in der Entscheidung über die Art seiner Verteidigung frei ist.

999. BGH 5 StR 227/07 – Urteil vom 12. September 2007 (LG Berlin)

Unbegründete Befangenheitsrüge im Zusammenhang mit Absprachenangeboten des Gerichts (Anforderungen an die Darlegung einer entsprechenden Verfahrensrüge; keine Zusicherung einer Strafobergrenze gegenüber dem Verteidiger ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft: dahingehendes Missverständnis des Verteidigers, einseitige Kontaktaufnahmen des Vorsitzenden).

Vor § 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 EMRK

1. Sichert der Vorsitzende dem Verteidiger ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft eine verbindliche Strafobergrenze zu, kann dies eine Besorgnis der Befangenheit nahe legen (vgl. BGHSt 45, 312, 316; BGHR StPO vor § 1/faïres Verfahren – Vereinbarung 16).

2. Einzelfall einer vom Verteidiger als Zusicherung missverstandenen Strafprognose des Vorsitzenden.

3. Ein Vorsitzender ist berechtigt, auch einseitig mit der Verteidigung zwecks Förderung des Verfahrens Kontakt aufzunehmen (vgl. BGHSt 42, 46, 47; BGHR StPO vor § 1/faïres Verfahren – Vereinbarung 15), und erst in der Hauptverhandlung verpflichtet, dies offenzulegen (vgl. BGHSt 42, 46, 50; 43, 195, 206).

1001. BGH 5 StR 257/07 – Beschluss vom 12. September 2007 (LG Hamburg)

Behinderung der Verteidigung (Anträge auf Vernehmung des Pflichtverteidigers; Anforderungen an die Darstellung des absoluten Revisionsgrundes bei der Verfahrensrüge: konkreter Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Verfahrensverstoß und dem Urteil).

§ 338 Nr. 8 StPO; § 140 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Mitteilungen des Angeklagten an seinen amtierenden Verteidiger gehören vor der Hauptverhandlung grundsätzlich nicht zum Gegenstand der Beweisaufnahme. Der Inhalt solcher Besprechungen zwischen einem Angeklagten und seinem Verteidiger dient der Vorbereitung der Verteidigung, die der Angeklagte durch Sacheinlassung oder Schweigen gestaltet (§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO). Die Umstände, die zur Entscheidung über Art und Inhalt der Verteidigungsstrategie geführt haben, sind aber regelmäßig einer Kognition durch das Gericht entzogen. Sie gehören zum Kernbereich der Verteidigung (vgl. BGHSt

36, 44, 48; BGH, Beschluss vom 5. Juni 2007 – 5 StR 383/06).

2. Soweit ein Angeklagter das Gewicht seiner Einlassung etwa durch Darlegung von „Aussagekonstanz“ gegenüber seinem Verteidiger zu stärken bestrebt sein sollte, neigt der Senat zu der Ansicht, dass insoweit eine Beweisaufnahme durch Zeugenvernehmung des Verteidigers ebenfalls nicht in Betracht kommt. Sofern solchen Tatsachen überhaupt Beweisrelevanz zuzuerkennen wäre, könnten sie allenfalls durch eine eigene Einlassung des Angeklagten, gegebenenfalls vorbereitet durch eine – auch der einseitigen Verpflichtung des Verteidigers Rechnung tragende (vgl. BGHSt 46, 1, 4) – Erklärung des Verteidigers in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

1007. BGH 5 StR 344/07 – Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Potsdam)

Beweisantrag auf Vernehmung der wesentlichen Tatzeugin (Wiedererkennenszeugin) bei der Vergewaltigung (Recht auf Vernehmung einer Entlastungszeugin; Konfrontationsrecht; kommissarische Vernehmung; Bild-Ton-Vernehmung; Unerreichbarkeit; Aufklärungsrüge; Behauptung einer bestimmten Beweistatsache); Beweiswert bei Wahlgegenüberstellung und Lichtbildvorlage; audiovisuelle Vernehmung einer Zeugin in Österreich.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 247a Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz StPO; Art. 10 Abs. 1 und 2 EuRhÜbK; § 247a Abs. 2 StPO

1. Die Aufklärungspflicht ist auch verletzt, wenn bei verständiger Würdigung der Sachlage durch den abwägenden Richter die Verwendung einer Aufklärungsmöglichkeit den Schuldvorwurf möglicherweise in Frage gestellt hätte (vgl. BGHR StPO § 244 Abs. 2 Umfang 1; BGH StV 2005, 253, 254).

2. Bei der Prüfung, ob ein Antragsteller eine bestimmte Beweisbehauptung aufstellt, ist zu berücksichtigen, dass es in der Natur der Sache liegt, dass ein Antragsteller die Aussagen der Zeugin im Vorhinein regelmäßig nicht kennt, sondern den behaupteten Inhalt lediglich für möglich hält (vgl. BGHSt 21, 118, 121, 125; BGH NStZ 2006, 585, 586).

3. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass es einem ausdrücklich zu formulierenden Begehren eines Beweisantragstellers obliegt, ob er sich nach Feststellung der Unerreichbarkeit eines Zeugen für dessen von ihm begehrte Vernehmung in der Hauptverhandlung mit dem bei einer Bild-Ton-Übertragung gegebenen Defizit an Unmittelbarkeit (vgl. BGHSt 45, 188, 196) im Vergleich zur konfrontativen Vernehmung im Gerichtssaal begnügen möchte (vgl. BGHSt 22, 118, 122 zur Pflicht zur Befragung des Antragstellers, ob er sich mit einer kommissarischen Vernehmung begnügt; vgl. ferner BGHSt 46, 73, 78).

4. Zur Zulässigkeit einer audiovisuellen Vernehmung einer Zeugin in Österreich im Wege der Rechtshilfe.

954. BGH StB 17/07 - Beschluss vom 7. August 2007 (OLG Düsseldorf)

Haftbeschwerde während der Hauptverhandlung (Prüfungsmaßstab); Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Anforderungen an die Terminierung); Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft (Betrug; Schadenssumme; besonders schwerer Fall).

§ 117 Abs. 2 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 2 EMRK; § 263 StGB; § 213 StPO

Die Beurteilung des dringenden Tatverdachts, die das erkennende Gericht während laufender Hauptverhandlung vornimmt, unterliegt im Haftbeschwerdeverfahren nur in eingeschränktem Umfang der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht. Denn allein das Gericht, vor dem die Beweisaufnahme stattfindet, ist in der Lage, deren Ergebnisse aus eigener Anschauung festzustellen und zu würdigen sowie auf dieser Grundlage zu bewerten, ob der dringende Tatverdacht nach dem erreichten Verfahrensstand noch fortbesteht oder dies nicht der Fall ist. Das Beschwerdegericht hat demgegenüber keine eigenen unmittelbaren Erkenntnisse über den Verlauf der Beweisaufnahme.

968. BGH 1 StR 350/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Kempten)

Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Verlesung von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken; ergänzende Verlesung).

§ 250 StPO; § 251 Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

1. Die Strafprozessordnung sieht zur Beweiserhebung über den Inhalt von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken grundsätzlich die Verlesung gemäß § 249 Abs. 1 StPO vor. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit, der in § 250 StPO zur Geltung kommt, liegt darin nicht. § 250 StPO untersagt nämlich nur die Ersetzung der Zeugenaussage durch die Verwertung einer berichtenden, zu Beweis Zwecken erstellten Urkunde, mag es sich dabei nun um ein Protokoll oder um eine schriftliche Erklärung des Zeugen handeln. Dass neben der Vernehmung der in Betracht kommenden Person als Zeuge eine frühere protokollarisch oder in einer schriftlichen Erklärung festgehaltene Äußerung dieser Person im Wege des Urkundenbeweises verwertet wird, verbietet die Vorschrift nicht. Es ist vielmehr von dem der Systematik des Gesetzes zu entnehmenden allgemeinen Grundsatz auszugehen, dass das Gesetz den Urkundenbeweis zulässt, wo es ihn nicht ausdrücklich untersagt (BGHSt 20, 160, 161 f.; 49, 68, 70).

2. Letztlich ist es eine Frage der Aufklärungspflicht und der Beweiswürdigung, ob das Gericht nach der Vernehmung von Zeugen zur Erlangung ergänzender Erkenntnisse - insbesondere Fragen der Glaubwürdigkeit - den Inhalt der polizeilichen Vernehmung verliert.

965. BGH 1 StR 276/07 - Urteil vom 26. September 2007 (LG Tübingen)

Einführung von Erkenntnissen der Gerichtshilfe in die Hauptverhandlung (Verlesung der Berichte einer Gerichtshelferin; Stellung der Gerichtshilfe).

§ 250 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 160 Abs. 3 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 5 StPO

1. Aus dem Aufgabenbereich und der rechtlichen Stellung der Gerichtshilfe im Strafverfahren ergeben sich die Möglichkeiten der Einführung von Gerichtshilfeberichten im Wege des Urkundenbeweises. Weil der Gerichtshelfer in der Hauptverhandlung Zeuge oder Sachverständiger ist, kann eine Verlesung unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 StPO erfolgen.

2. Inwieweit daneben eine Verlesung von Gerichtshilfeberichten nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a oder Nr. 5 StPO möglich ist, braucht der Senat hier nicht abschließend zu klären.

3. Die Gerichtshilfe ist ein unselbständiges Ermittlungsorgan zur Unterstützung der Sachverhaltsaufklärung durch die Staatsanwaltschaft und das Gericht. Ihr ist in erster Linie die Aufgabe zugewiesen, Ermittlungen in Bezug auf die persönlichen Verhältnisse und das soziale Umfeld des Beschuldigten oder Verurteilten zu führen. Sie kann jedoch auch zu anderen Aufgaben herangezogen werden, wenn die Staatsanwaltschaft oder das Gericht es für angezeigt hält, auf spezifische berufliche Fähigkeiten in der Sozialarbeit zurückzugreifen. Aufgabe der Gerichtshilfe ist aber nicht die Aufklärung der Tat.

4. Die Gerichtshilfe bleibt primär Ermittlungshilfe und kann allenfalls sekundär Sozialhilfe - wie die Jugendgerichtshilfe - sein (vgl. BGH NSTz-RR 2001, 27). Die Gerichtshilfe ist auch kein Verfahrensbeteiligter mit eigenen Befugnissen; sie hat insbesondere kein Äußerungsrecht in der Hauptverhandlung. Daher ist es im Strengbeweisverfahren nicht zulässig, den Gerichtshelfer „formlos“ anzuhören. Wenn es das Gericht nach Maßgabe der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) für geboten hält, den Gerichtshilfebericht in die Hauptverhandlung einzuführen, und dies nicht im Wege des Vorhalts etwa an den Angeklagten oder Zeugen aus seinem sozialen Umfeld geschehen kann, kann der Gerichtshelfer zwar persönlich gehört werden; dann ist er aber regelmäßig als (sachverständiger) Zeuge, ausnahmsweise auch als Sachverständiger zu vernehmen. Er kann dabei auf den von ihm verfassten schriftlichen Bericht zurückgreifen.

940. BGH 3 StR 238/07 - Beschluss vom 21. August 2007 (LG Kleve)

Aufklärungspflicht (Auslandszeuge; unmittelbarer Tatzeuge; antizipierte Beweiswürdigung); faires Verfahren (Konfrontationsrecht); Rechtsmissbrauch durch die Verteidigung (Konfliktverteidigung); redaktioneller Hinweis.

§ 244 StPO; § 245 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

1.. Bei der im Rahmen der Entscheidung über Vernehmung eines Auslandszeugen (§ 244 Abs. 5 Satz 2 StPO) zulässigen antizipierenden Würdigung der Beweislage kann die Annahme zulässig sein, dass dem Zeugen kein Glauben zu schenken wäre, falls er den Angeklagten durch Widerruf belastender Angaben im Ermittlungsverfahren entlasten sollte.

2. Dies gilt jedoch nur dann, wenn sich eine solche Beweiswürdigung im Hinblick auf die sonstige Beweislage -

namentlich das Vorliegen von Sachbeweisen - derart aufdrängt, dass eine abweichende Würdigung kaum tragfähig zu begründen wäre.

3. Die Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren in Form des Konfrontationsrechts setzt voraus, dass die fehlende Konfrontationsmöglichkeit auf einem Verschulden der Strafverfolgungsbehörden beruhte und das Verfahren als ganzes sich als unfair darstellt.

4. Der Senat sieht Anlass zu der Bemerkung, dass es auf die Dauer zu einer Erschöpfung der Ressourcen der Strafjustiz führen muss, wenn diese selbst in einfachst gelagerten Sachen mehrere Hauptverhandlungstage aufwenden muss, nur um Anträge der Verteidigung zu verbescheiden, die allenfalls nach ihrer äußeren Gestalt, nicht aber nach ihrem tatsächlichen inhaltlichen Anliegen der Aufklärung des wahren Sachverhalts dienen. Bei einer weiteren Zunahme dieses nach Beobachtung des Senats immer mehr um sich greifenden Phänomens wird sich letztlich auch der Gesetzgeber zum Einschreiten veranlasst sehen müssen.

931. BGH 3 StR 163/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Osnabrück)

Beweiserhebung in Abwesenheit des Angeklagten (absoluter Revisionsgrund; denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen).

§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Ist eine Sachbeweiserhebung in Abwesenheit des Angeklagten durch einen Beschluss über seine vorübergehende Ausschließung nach § 247 StPO nicht gedeckt und wird die Beweiserhebung auch nicht später in Anwesenheit des Angeklagten wiederholt, so ist der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO gegeben.

2. Auch wenn ein absoluter Revisionsgrund nach § 338 StPO gegeben ist, gefährdet dies den Bestand des Urteils nicht, soweit ein Einfluss des Verfahrensfehlers auf das Urteil zum Nachteil des Angeklagten denkgesetzlich ausgeschlossen ist. So kann es liegen, wenn die Beweiserhebung ausschließlich für die Strafzumessung bedeutsam ist und jeder Einfluss auf die Überzeugungsbildung zur Schuldfrage ausgeschlossen werden kann.

902. BGH 2 StR 187/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Erfurt)

Abwesenheit des Angeklagten (Ausschluss); Augenscheinseinnahme; Inbegriff der Hauptverhandlung; Konfrontationsrecht.

§ 247 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Ist gemäß § 247 Satz 1 StPO angeordnet, dass sich der Angeklagte während einer Vernehmung aus dem Sitzungszimmer entfernt, so sind während seiner Abwesenheit andere Beweisvorgänge, wie z. B. eine Augenscheinseinnahme, grundsätzlich untersagt. Sie müssen daher, wenn sie trotzdem stattgefunden haben, nach Wiedereintritt des Angeklagten wiederholt werden.

2. Ausnahmsweise erstreckt sich eine Ausschließung des Angeklagten gemäß § 247 Satz 1 StPO jedoch neben der Vernehmung eines Zeugen auch auf eine Augenscheinseinnahme. Dies gilt dann, wenn die Augen-

scheinseinnahme am Körper des zu vernehmenden Zeugen erfolgt, mit dessen Aussage in untrennbarem Zusammenhang steht und deshalb vom Ausschließungsgrund mitumfasst ist.

956. BGH StB 5/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007 (Ermittlungsrichter des BGH)

Beschlagnahme zur Sicherung einer etwaigen Einziehung (Anfangsverdacht; Verhältnismäßigkeit).

§ 111b StPO; § 74 StGB

1. Gründe, die im Sinne des § 111b Abs. 1 StPO die Beschlagnahme einer Sache zur Sicherung der Einziehung rechtfertigen, liegen vor, wenn gegen den Beschuldigten der Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 1 StPO) strafbaren Handelns gegeben ist und auf dieser Grundlage eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass die zu beschlagnahmende Sache nach den Vorschriften der §§ 74 ff. StGB der Einziehung unterliegen.

2. Die Sechs-Monats-Frist des § 111b Abs. 3 Satz 1 StPO wird nicht durch jede Ingewahrsamnahme eines Gegenstandes seitens der Strafverfolgungsbehörden in Gang gesetzt, insbesondere nicht schon durch dessen Sicherstellung zu Beweis Zwecken gemäß § 94 Abs. 1 StPO. Sie läuft vielmehr erst ab Anordnung der Beschlagnahme nach § 111b Abs. 1 StPO.

955. BGH StB 34/07 - Beschluss vom 18. Oktober 2007 (Ermittlungsrichter des BGH)

Fall Andrej Holm; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung; dringender Tatverdacht (Tatsachen; Vermutungen); militante Gruppe; mg.

§ 112 StPO; § 129a StGB

Ein dringender Tatverdacht ist nur gegeben, wenn den ermittelten Tatsachen entnommen werden kann, dass sich der Beschuldigte mit großer Wahrscheinlichkeit der ihm angelasteten Tat schuldig gemacht hat. Bloße Vermutungen genügen dagegen nicht.

904. BGH 2 StR 224/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Mainz)

Hauptverhandlung in Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Vortrag fehlender Heilung; Negativtatsachen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 247 StPO

1. Zur ordnungsgemäßen Erhebung der Verfahrensrüge wegen Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt, bei einer bestimmten Beweiserhebung ist auch der Vortrag der Tatsachen erforderlich, die den Verfahrensfehler belegen. Hierzu gehört bei einer Inaugenscheinnahme auch deren wesentlicher Inhalt, sofern er sich nicht aus dem Sitzungsprotokoll ergibt.

2. Dass der gerügte Verfahrensfehler im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung nicht geheilt worden ist, muss hingegen nicht eigens dargelegt werden, wenn dies tatsächlich nicht geschehen ist.

917. BGH 2 StR 306/07 - Urteil vom

5. September 2007 (LG Kassel)

Zustellung des Urteils (fehlende Urteilsformel; Berichtigungsbeschluss); Revisionsbegründungsfrist; Anschlussberechtigung des Nebenklägers (Jugendlicher; Heranwachsender; Zweifelssatz); Tötungsvorsatz (Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung); Mord (niedriger Beweggrund; Gesamtwürdigung; ausländische Wertvorstellungen; Erfassung der inländischen Wertvorstellungen; Steuerungsfähigkeit). § 35 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 80 Abs. 2 JGG; § 109 JGG; § 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

1. Fehlt sowohl in der Urschrift des Urteils als auch in den Ausfertigungen die verkündete Urteilsformel, so steht dies der Wirksamkeit der Zustellung nicht entgegen, sofern Urschrift und Ausfertigungen übereinstimmen.

2. Zwar kann das Urteil in diesem Falle durch Beschluss berichtigt werden. Zur Inangasetzung der Revisionsbegründungsfrist bedarf es jedoch nicht der Zustellung des Berichtigungsbeschlusses. Die Frist beginnt vielmehr bereits mit Zustellung des unvollständigen Urteils.

3. Steht nicht fest, dass der Angeklagte zum Tatzeitpunkt tatsächlich Jugendlicher war, sind der Anschluss des Nebenklägers und sein Rechtsmittel gegen das Jugendrecht anwendende Urteil statthaft. Dem steht auch nicht entgegen, dass ein Urteil zu Gunsten des Angeklagten annimmt, er sei zur Tatzeit noch Jugendlicher gewesen. Denn die Anwendung des Zweifelssatzes im Bereich der Strafzumessung gebietet es nicht, auch bezüglich der Anschlussberechtigung des Nebenklägers und der Statthaftigkeit eines von ihm eingelegten Rechtsmittels daselbe zu unterstellen.

4. Ein Beweggrund zur Tötung ist als „niedrig“ im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB anzusehen, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Dies beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt. Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen. Beruhen die Gefühlsregungen hingegen auf dem berechtigten Gefühl, schweres Unrecht erlitten zu haben, so spricht dies gegen eine Bewertung als „niedrig“ im Sinne der Mordqualifikation (sic).

5. Ein Beweggrund, bei dem das Tatopfer zum Objekt der Rache an einem Dritten für eine zudem vom Täter selbst verschuldete Situation gemacht wird, ist als auf sittlich niedrigster Stufe stehend anzusehen.

6. Für die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die ein Motiv zu einem niedrigen Beweggrund im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB machen, kommt es nicht darauf an, ob der Angeklagte selbst seinen Beweggrund als niedrig bewertet; er muss dazu nur fähig sein. Bei einem ausländischen, noch intensiv den Wertvorstellungen seiner Heimat verhafteten Täter kann zwar die Fähigkeit fehlen, die in Deutschland gültigen abweichenden sozialemischen Bewertungen seiner Motive zu erfassen. Diese

Feststellung erfordert jedoch nähere Ausführungen im Urteil.

7. Ein niedriger Beweggrund kann dem Täter nur dann angelastet werden, wenn er seine gefühlsmäßigen oder triebhaften Regungen, die als Handlungsantrieb in Betracht kommen, gedanklich beherrschen und mit seinem Willen steuern kann.

906. BGH 2 StR 248/07 - Urteil vom 19. September 2007 (LG Trier)

Ablehnung eines Beweisantrages (Indiztatsache; Bedeutungslosigkeit; Widerspruch zu den Urteilsgründen); Beruhen.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 337 StPO

1. Aus tatsächlichen Gründen bedeutungslos sind Indiztatsachen, wenn zwischen ihnen und dem Gegenstand der Urteilsfindung keinerlei Sachzusammenhang besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten, weil sie nur mögliche, nicht zwingende Schlüsse zulassen und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will.

2. Die Bedeutung von Indiztatsachen beurteilt das Gericht auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses. Es darf aber die Beweiswürdigung nicht in der Weise vorwegnehmen, dass es die Beweiserheblichkeit der Indiztatsache mit der Begründung verneint, das Gegenteil sei bereits erwiesen oder erklärt, auch wenn der Zeuge die Behauptung bestätige, müsse dies nicht richtig sein.

3. Im Urteil darf sich das Gericht mit der Ablehnungs begründung nicht in Widerspruch setzen, insbesondere die Urteilsgründe nicht auf das Gegenteil der unter Beweis gestellten Tatsache stützen.

920. BGH 2 StR 322/07 - Beschluss vom 24. August 2007 (LG Bonn)

Zurückweisung eines Beweisantrages (völlig ungeeignetes Beweismittel; absolute Untauglichkeit); Beruhen (alternativer Ablehnungsgrund).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Als völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO ist ein Beweismittel nur dann einzustufen, wenn das Gericht ohne jede Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit diesem Beweismittel das im Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt.

2. Die absolute Untauglichkeit muss sich aus dem Beweismittel im Zusammenhang mit der Beweisbehauptung selbst ergeben. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Ein geminderter, geringer oder zweifelhafter Beweiswert darf nicht mit völliger Ungeeignetheit gleichgesetzt werden.

3. Ein Sachverständiger ist nur dann ein ungeeignetes Beweismittel, wenn auszuschließen ist, dass er sich zur

vorgelegten Beweisfrage sachlich überhaupt äußern kann. Geeignetes Beweismittel ist er auch dann, wenn die vorhandenen Anknüpfungstatsachen ihm die Darlegung solcher Erfahrungssätze oder Schlussfolgerungen erlauben, die für sich allein die unter Beweis gestellte Behauptung lediglich wahrscheinlicher machen.

4. Wenn ein Hilfsbeweis Antrag in zulässiger Weise erst in den Urteilsgründen beschieden worden ist, kann das Revisionsgericht zwar die Ursächlichkeit eines Verstoßes gegen § 244 Abs. 3 StPO grundsätzlich mit der Begründung verneinen, der Antrag habe mit anderer Begründung rechtsfehlerfrei abgelehnt werden können. Hierfür reicht aber nicht die bloß abstrakte Möglichkeit eines tragfähigen anderen Ablehnungsgrunds. Ein solcher muss sich vielmehr, wenn er nicht offenkundig ist, aus den Urteilsgründen selbst ergeben.

976. BGH 4 StR 62/07 - Beschluss vom 16. Oktober 2007 (-)

Pauschvergütung für den Wahlverteidiger (Unzumut-

barkeit wegen der besonderen Schwierigkeit der Sache).
§ 42 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 RVG

Einzelfall der Bewilligung einer Pauschvergütung für den Wahlverteidiger infolge unzumutbarer gesetzlicher Gebühren, allein wegen der besonderen Schwierigkeit der Sache.

903. BGH 2 StR 204/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Bonn)

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Würdigung der Einlassung des Angeklagten); Beweiskraft des Sitzungsprotokolls; Adhäsionsverfahren (Prozesskostenhilfe; Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse).
§ 261 StPO; § 274 StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO

Da die Bewilligung der Prozesskostenhilfe nach denselben Vorschriften wie in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten erfolgt (§ 404 Abs. 5 Satz 1 StPO), ist hierfür auch die Darlegung der wirtschaftlichen Voraussetzungen erforderlich.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

932. BGH 3 StR 170/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Kiel)

Auslieferung (Spezialitätsgrundsatz; Einstellung des Verfahrens); Bankrott (abstraktes Gefährungsdelikt; Zusammenhang zwischen Bankrotthandlung und der Insolvenz); unrichtige Darstellung.
§ 260 Abs. 3 StPO; § 283 StGB; § 331 Nr. 1 und 4 HGB

1. Der Bankrott nach § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a StGB ist ein abstraktes Gefährungsdelikt, das die Gesamtheit der Gläubiger vor einer potentiellen Schmälerung ihrer Befriedigungsmöglichkeiten schützen soll. Es ist daher nicht notwendig, dass die Befriedigungsinteressen auch nur eines Gläubigers durch die Bankrotthandlung einer konkreten Gefahr ausgesetzt wurden.

2. Zwar kommt eine Strafbarkeit wegen Konkurses nicht in Betracht, wenn die Bankrotthandlung in keiner Beziehung zur Eröffnung eines späteren Konkursverfahrens steht. Es genügt jedoch ein rein äußerlicher Zusammenhang zwischen der Falschbilanzierung und der Konkursöffnung.

3. Jedenfalls genügt es für den hinreichenden Zusammenhang zwischen Bankrotthandlung und Konkurs, wenn zumindest ein Teil der Gläubiger sowohl von der Bankrotthandlung als auch von der Konkursöffnung betroffen ist. Dies ist etwa dann der Fall, wenn Gläubigerforderungen, die schon zur Zeit der Bankrotthandlung bestehen, bei Konkursöffnung noch nicht getilgt sind

oder Mängel der Buchführung bis zur Konkursöffnung fortwirken.

1005. BGH 5 StR 292/07 - Beschluss vom 13. September 2007 (LG Paderborn)

Anforderungen an die Berechnungsdarstellung bei Steuerhinterziehung (Ausnahme bei sachkundigem Angeklagten; Tenorierung; Vortäuschung von Betriebsausgaben durch den faktischen Geschäftsführer; Tatvollendung bei Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen); Untreue (Existenzgefährdung bei der GmbH); Abgrenzung von Bankrott und Diebstahl.
§ 370 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 AO; § 266 StGB; § 283 StGB; § 242 StGB; § 261 StPO

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen die Urteilsgründe bei einer Verurteilung wegen Steuerhinterziehung erkennen lassen, welches steuerlich erhebliche Verhalten des Angeklagten im Rahmen welcher Abgabenart und in welchem Besteuerungszeitraum zu einer Steuerverkürzung geführt hat und welche Einstellung der Angeklagte dazu hatte. Hierfür ist regelmäßig die Angabe erforderlich, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen abgegeben hat und welche Umsätze oder Einkünfte er etwa verschwiegen oder welche unberechtigten Vorsteuerabzüge oder Betriebsausgaben er geltend gemacht hat. Zudem hat der Tatrichter für jede Steuerart und für jeden Besteuerungszeitraum so klare Feststellungen zu treffen, dass sowohl

die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Besteuerungsgrundlagen als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden.

2. Eine ins Einzelne gehende Berechnungsdarstellung ist nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn der Angeklagte aufgrund eigener Sachkunde die ihm vorgeworfenen Steuerhinterziehungen eingeräumt hat (st. Rspr.; vgl. BGH wistra 2006, 110; 2006, 66; 2005, 307 f.; jeweils m.w.N.). Hierfür muss den Urteilsgründen mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen sein, dass der Angeklagte zur Berechnung der verkürzten Steuern in der Lage war (vgl. BGH wistra 2005, 307, 308).

997. BGH 5 StR 213/07 – Urteil vom 11. September 2007 (LG Berlin)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Erbschaftsteuer; ungerechtfertigter Steuervorteil: Stundung; Berichtigungspflicht; Beweiswürdigung: Lückenhaftigkeit; Verantwortlichkeit des Steuerberaters und Zusammenwirken des Erben mit diesem); Betrug; Begriff der prozessualen Tat bei der steuerlichen Pflicht zur nachträglichen Berichtigung (innerer Zusammenhang; einheitlicher Lebenssachverhalt); Verfahrensvoraussetzung des wirksamen Strafantrages (Antragsfrist; Anforderungen an die Kenntnis; Beginn des Fristlaufs beim Versuch).

§ 370 AO; § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG; § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG; § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; § 28 ErbStG; § 263 StGB; § 153 Abs. 1 AO; § 261 StPO; § 264 StPO; § 77 StGB; § 77b Abs. 1 StGB

1. Hinsichtlich der Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) durch Abgabe einer unrichtigen Steuererklärung und einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) wegen Nichtberichtigung der nachträglich als unrichtig erkannten Steuererklärung kann eine Tat im prozessualen Sinne vorliegen, wenn sich die Taten auf denselben Steueranspruch beziehen.

2. Der Umstand, dass zwei Gesetzverletzungen (tatsächliche Vorgänge) zeitlich weit auseinanderliegen können, steht der Annahme einer einheitlichen Tat im prozessualen Sinn ebenso nicht entgegen (vgl. auch BGHSt 38, 37, 40) wie die Verschiedenheit der tatgegenständlichen Verpflichtungen.

3. Ein revisibler Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung kann auch darin liegen, dass der Tatrichter eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen hat, ohne konkrete Gründe anzuführen, die dieses Ergebnis stützen können. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten eines Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte vorhanden sind (st. Rspr.; BGH NStZ-RR 2003, 371; BGH NStZ 2004, 35, 36; BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 – 5 StR 532/06).

4. Die Gründe auch eines freisprechenden Urteils müssen nicht jeden irgendwie beweisheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und

insoweit von den Umständen des Einzelfalls ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweismomente erübrigt. Insbesondere wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es jedoch in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich möglicherweise wesentlichen gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen und in einer Gesamtwürdigung betrachten (BGH wistra 2007, 18, 19; 2002, 430 m.w.N.).

5. Nach § 77b Abs. 2 Satz 1 StGB beginnt die Strafantragsfrist mit Ablauf des Tages, an dem der Berechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt. Bei einer versuchten Straftat ist insoweit die Kenntnis von der letzten auf den Tatbestandserfolg gerichteten Handlung maßgebend. Für den Tatversuch kann damit die Antragsfrist schon vor einer Vollendung der Tat abgelaufen sein. Tritt diese noch ein, beginnt mit der Beendigung der Tat eine neue Strafantragsfrist.

6. Die Kenntnis von Tat und Täter erfordert nicht die Gewissheit über sämtliche Einzelheiten des strafrechtlichen Geschehens, sondern lediglich das Wissen von Tatsachen, die einen Schluss auf die wesentlichen Tatumstände und den Täter zulassen (BGHSt 44, 209, 212). Das Ausmaß der erforderlichen Tatsachenkenntnis bestimmt sich danach, ob dem Berechtigten gemäß dem Standpunkt eines besonnenen Menschen der Entschluss zugemutet werden kann, gegen den anderen mit dem Vorwurf einer strafbaren Handlung hervorzutreten und die Strafverfolgung herbeizuführen (BGHSt aaO).

1013. BGH 5 StR 375/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Leipzig)

Anwendung von allgemeinem Strafrecht auf einen Heranwachsenden (Entwicklungsrückstände; Einbeziehung aller Lebensbereiche; Jugendverfehlung bei „Jäh-taten“; Anwendung von Jugendstrafrecht im Zweifel).

§ 105 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 JGG

1. Die Prüfung des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG darf sich nicht nur an schulischen Belangen orientieren und andere Bereiche der Lebensführung unberücksichtigt lassen (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 187 f.). Sie muss sich zudem auf die Tatzeit beziehen.

2. Für die Anwendung des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG kommt es nicht allein darauf an, ob der Heranwachsende in seiner Entwicklung zurückgeblieben ist oder ob er sich altersgemäß entwickelt hat, sondern darauf, ob es sich bei ihm um einen noch in der Entwicklung befindlichen, noch prägbaren Menschen handelt (BGHSt 36, 37, 40; BGHR JGG § 105 Abs. 1 Nr. 1 Entwicklungsstand 2).

3. Eine Jugendverfehlung im Sinne von § 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG kann auch bei schweren Gewaltdelikten gegeben sein. Auch diese Taten können nach ihrem äußeren Erscheinungsbild oder nach den Beweggründen des Täters Merkmale jugendlicher Unreife aufweisen (BGHR JGG § 105 Abs. 1 Nr. 2 Jugendverfehlung 1 und 2). Es stellt einen Erörterungsmangel dar, wenn dies für eine „Jäh-tat“

des bis dahin nicht durch aggressives Verhalten aufgefallenen Angeklagten zu Lasten des Liebhabers seiner Mutter nicht erörtert wird. Für Jugendliche typisches Verhalten offenbart sich insbesondere in einem Mangel an Ausgeglichenheit, Besonnenheit und Hemmungsvermögen (BGH aaO).

4. Bleiben nach Ausschöpfung aller Aufklärungsmöglichkeiten Zweifel zum Entwicklungsstand nach § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG oder zu den Voraussetzungen des § 105 Abs. 1 Nr. 2 JGG verbleiben, wird Jugendstrafrecht anzuwenden sein (BGHSt 36, 37, 40; BGHR JGG § 105 Abs. 1 Nr. 2 Jugendverfehlung 1; BGH NStZ-RR 2003, 186, 188).

Aufsätze und Anmerkungen

Schlechtverteidigung - Tabus und Präklusionen zum Schutz vor dem Recht auf wirksame Verteidigung?

Zugleich Besprechung zu BGH 1 StR 341/07, Beschluss vom 15. August 2007 (HRRS 2007 Nr. 967 – Rügen unwirksamer Verteidigung) und BGH 1 StR 273/07, Beschluss vom 11. September 2007 (HRRS 2007 Nr. 900 – verschärfte Widerspruchslösung bei unterlassener Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand).

Von Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School Hamburg*

I. Einführung: beliebte und unbeliebte Themen

Wer sich auf dem Strafverteidigertag oder auf dem Herbstkolloquium der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV dafür einsetzt, die „aktive Verteidigung“ gegen all zu schnell erhobene Missbrauchsvorwürfe zu verteidigen, dem ist Applaus sicher. Jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung bieten für diesen Einsatz auch guten Grund.¹ Auf Veranstaltungen für Staatsanwälte und Richter, so hat es den Anschein, dürften derzeit eher Vorträge über „effektive Missbrauchsabwehrstrategien“ Gehör finden.

Es gibt aber auch ein Thema zur Verteidigung, zu dem man auf allen Veranstaltungen der professionellen Akteure des Strafverfahrens kaum mit einem *prima facie*

vorhandenen Wohlwollen rechnen könnte. Die Rede ist von der Schlechtverteidigung. Sie kommt alltäglich vor und findet doch auch auf Veranstaltungen der Verteidiger derzeit allenfalls als Schreckgespenst der „passiven Verteidigung“ Beachtung.² Die Schlechtverteidigung ist aus verschiedenen Gründen kein Modethema, obgleich Verteidigungsrechte des Angeklagten nicht nur auf Grund umstrittener Gerichtsentscheidungen, sondern auch in zählbarem Ausmaß durch Mängel der Verteidigung leer laufen dürften. Weder Richter, noch Staatsanwälte oder Rechtsanwälte scheinen besonders gewillt, Verteidigungsausfälle und entscheidende Verteidigerfehler als ernstes Rechtsproblem wahrzunehmen, wenn sie nicht geradezu unübersehbar sind. Den Verteidigern ist hierbei die *ernstzunehmende* Sorge eigen, dass Strategien gegen Schlechtverteidigung letztlich in einer staatlichen Überwachung und Bevormundung der Verteidigung münden.

Zwei Entscheidungen des 1. Strafsenats des BGH und die Realität heutiger Strafverfahren geben Anlass, das unge-

* Für Kritik und Anregungen kann gern die Adresse karsten.gaede@law-school.de genutzt werden. Es besteht die Möglichkeit, das Thema in der HRRS weiter zu behandeln. Auch Erfahrungsberichte wären hier sehr wertvoll. Selbstverständlich sind auch von der Meinung des Autors abweichende Beiträge willkommen. Für hilfreiche Durchsichten des Beitrages gilt herzlicher Dank Wiss. Mit. (BVerfG) und Richter Ulf Buermeyer, Berlin/Karlsruhe, Wiss. Ass. Stephan Schlegel, Zürich sowie Gerry Gäbler, Hamburg.

¹ Vgl. BGH StV 2006, 627 = HRRS 2006 Nr. 713 (Missbrauch bei der Verfahrensrüge) m. abl. Bespr. Lindemann/Reichling StV 2007, 152 ff.; Kudlich HRRS 2007, 10 ff.; Gaede StraFo 2007, 29 ff.; siehe auch BGH StV 2007, 403 ff. = HRRS 2007 Nr. 600 m. abl. Bespr. Hamm NJW 2007, 3166 ff.; bedenklich in der Argumentation vor allem Landau NStZ 2007, 121 ff.

² Vgl. Neuhaus StV 2002, 43: „Jeder versierte Praktiker weiß, dass es Jahr für Jahr eine erhebliche Anzahl unzureichender Verteidigungen gibt.“; Barton, Mindeststandards der Verteidigung (1994), S. 20 ff., 34 f.; Gatzweiler StraFo 2001, 187, 190; Thielemann StraFo 2006, 358, 359 ff.: „Klinkenputzen“ bei Strafammer- und Schöffengerichtsvorsitzenden; Stavros, The Guarantees for Accused Persons Under Article 6 of the ECHR (1993), S. 214 ff.: ernstes und nicht seltenes Problem auf europäischer Ebene; Vogherr, Rechtswirklichkeit und Effizienz von Strafverteidigung (1991), S. 1: nicht der durch den genialen Anwalt gewonnene, sondern der durch den schlechten Anwalt verlorene Prozess ist das praktisch bedeutsame Problem.

liebe aber vermehrt bedeutsame Thema aufzugreifen. Dabei geht es nicht darum, Verteidigern illusorisch eine „Optimalverteidigung“ abzuverlangen. Ebenso wenig geht es darum, mit „objektiver Fürsorge“ die „sachgerechte Verteidigung“ in die Hände der Gerichte zu legen. Das Anliegen besteht darin, besser als bisher zu sichern, dass die Verteidigungsrechte des Angeklagten *tatsächlich* autonom durch die Verteidigung wahrgenommen werden.

II. Die Entscheidungen des 1. Strafsenats

Soweit sie in unserem Zusammenhang relevant sind, muss Folgendes zu den Entscheidungen bekannt sein:

1. BGH HRRS 2007 Nr. 967 – Zurückgewiesene Rügen mangelhafter Verteidigung

In einem Verfahren wegen Totschlages und Mordes machte der Angeklagte unter mehreren Aspekten geltend, er sei nicht ordnungsgemäß verteidigt gewesen. Bei der Haftbefehlseröffnung hatte der Angeklagte erklärt, er brauche und kenne keinen Anwalt und überlasse die Verteidigerauswahl dem zuständigen Gericht. Dieses bestellte ihm daraufhin einen Pflichtverteidiger, der dem Gericht zuvor von der Staatsanwaltschaft in ihrem Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers benannt worden war. Die Verfahrensrüge, diese Verteidigerauswahl sei – zumal ohne eine erneute Anhörung des Angeklagten – unfair gewesen, wies der BGH zurück: Die Entscheidung sei durch das Gericht erfolgt und die Staatsanwaltschaft sei keine Partei, sondern ein der „rechtsprechenden Gewalt zugeordnetes Organ“, das der Objektivität verpflichtet sei.

Auf die Rüge, das Gericht hätte – anders als geschehen – in dem vorliegenden Schwurgerichtsverfahren mindestens einen Fachanwalt für Strafrecht zum Pflichtverteidiger bestellen müssen, betont der 1. Strafsenat, dass es keinen Rechtssatz gebe, wonach – grundsätzlich oder zumindest bei einer Fallgestaltung wie der hiesigen – nur ein Fachanwalt für Strafrecht als Verteidiger bestellt werden könnte. Im Übrigen bestehe auch keine forensische Erfahrung, wonach deshalb, weil ein Rechtsanwalt kein Fachanwalt für Strafrecht ist, regelmäßig zu erwarten sei, dass eine von ihm geführte Verteidigung weniger sachgerecht wäre. Das vom Gesetzgeber insoweit nicht näher eingegrenzte Auswahlermessen gebiete es nur, im Rahmen der „allgemeinen Fürsorgepflicht des Vorsitzenden“ einen Rechtsanwalt zu bestellen, der die Gewähr für eine sachgerechte und ordnungsgemäße Verteidigung des Angeklagten bietet und bei dem nicht zu befürchten ist, dass er verfahrensfremde Zwecke verfolgen werde. Der konkret ausgewählte Anwalt sei seit Jahren schwerpunktmäßig als Strafverteidiger auch in Schwurgerichtsverfahren tätig.

Weiter rügte der Angeklagte, der bestellte Verteidiger hätte nicht bestellt werden dürfen, weil er rund zwei Wochen nach der Bestellung in einen offenbar dreiwöchigen Urlaub gefahren sei. Er habe ihn in der Haft abgesehen von einer polizeilichen Vernehmung nur zweimal besucht und dabei keinen Dolmetscher hinzugezogen, obwohl die Behörden im Verfahren jeweils auf einen

Dolmetscher zurückgegriffen hätten. Der Verteidiger hat lediglich während desurlaubes durch seine Vertreterin bei der Staatsanwaltschaft angefragt, ob ein Dolmetscher erforderlich sei und für diesen Fall um eine Kostenübernahme gebeten, was die Staatsanwaltschaft unbeantwortet ließ. Danach habe er zu Unrecht keinen Dolmetscher hinzugezogen.

Dem entgegnet der 1. Strafsenat, die Revision „verkenne schon im Ansatz“, dass das Gericht und insbesondere die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren den Verteidiger nicht zu überwachen hätten, solange nicht klar erkennbar werde, dass der Verteidiger unfähig sei, den Angeklagten sachgerecht zu verteidigen. Für diesen Ausnahmefall sei nichts ersichtlich. Der Urlaub des Verteidigers sei angesichts des absehbar längeren Verfahrens unproblematisch. Zudem sei es allein Sache des Rechtsanwalts, zu beurteilen, ob der Urlaub eine sachgerechte Verteidigung hindere. Außerdem habe der Anwalt anscheinend seine Pflicht nach § 53 I BRAO gewahrt und für eine Vertretung gesorgt. Die Besuchspraxis sei allein Sache des bestellten Verteidigers. Auch die unterbliebene Hinzuziehung eines Dolmetschers führe zu nichts anderem. Mit der Aktenüberlassung habe die Staatsanwaltschaft dem Verteidiger alle auch der Staatsanwaltschaft verfügbaren Informationen zur Beurteilung der Sprachkenntnisse übermittelt. Diese offenbarten, dass der seit 1992 in Deutschland lebende Angeklagte bei der Polizei erklärt hatte, er sei „der deutschen Sprache relativ gut mächtig“. Dass der bestellte Anwalt gemeint habe, er könne im Hinblick auf die unterbliebene Stellungnahme der Staatsanwaltschaft unwiderruflich aus zwingenden rechtlichen Gründen gehindert sein, einen Dolmetscher auf Staatskosten hinzuziehen, sei nicht ersichtlich. Soweit ein Angeklagter in gewissem Umfang der deutschen Sprache mächtig ist, entscheide der Verteidiger prinzipiell selbst nach seinem einer Überprüfung nur begrenzt zugänglichen pflichtgemäßen Ermessen, ob für Verteidigungsgespräche ein Dolmetscher notwendig ist oder nicht. Es liege dabei nicht nahe, dass ein Verteidiger nicht sachgerecht beurteilen könne, ob er mit seinem Mandanten kommunizieren kann oder nicht. Allein der Umstand, dass das Gericht und sonstige für eine Vernehmung oder Anhörung des Beschuldigten Verantwortliche (Polizei, Sachverständiger) hier ihr Ermessen letztlich anders ausgeübt haben, belegten unter den gegebenen Umständen keinen offensichtlichen Ermessensfehlergebrauch des Verteidigers.

2. BGH HRRS 2007 Nr. 900 – Verschärfung der Widerspruchslösung und Darlegungsvoraussetzungen bei der Verfahrensrüge

a) Grundaussagen des Beschlusses

In dem Beschluss BGH HRRS 2007 Nr. 900 hatte der 1. Strafsenat den Fall eines verhafteten irakischen Staatsangehörigen zu beurteilen, der bei seiner ersten polizeilichen Vernehmung entgegen Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK nicht über sein Recht auf konsularischen Beistand belehrt worden ist, obschon diese Belehrungspflicht nach nunmehr herrschender Ansicht bereits für die Polizei

gilt.³ Die Belehrung erfolgte sodann in einer richterlichen Vernehmung am Folgetag. In der ersten polizeilichen Vernehmung belastete sich der spätere Angeklagte. Im späteren Verfahren schwieg er mit Ausnahme von Äußerungen, die er während einer Exploration durch einen psychiatrischen Sachverständigen tätigte. Die Feststellungen zur Täterschaft stützte das Tatgericht wesentlich auf die Angaben aus der ersten polizeilichen Beschuldigtenvernehmung.

Der 1. Strafsenat stufte die unterlassene Belehrung in der polizeilichen Vernehmung als Rechtsverstoß ein. Er entschied indes nicht über die Rechtsfolgen dieses Rechtsverstoßes. Insoweit wird im Schrifttum ein Verwertungsverbot gefordert,⁴ das vom 5. Strafsenat zwischenzeitlich zugunsten einer „partiellen Vollstreckungslösung“ abgelehnt worden ist.⁵ Der 1. Strafsenat sah die Frage nach den Rechtsfolgen des Verstoßes nämlich nicht als entscheidungserheblich an, da sie sich für den Senat auf Grund einer zweifachen Schlechtverteidigung gar nicht stellte:

Erstens genüge der Revisionsvortrag zur erhobenen Verfahrensrüge nicht den Anforderungen des § 344 II 2 StPO. Danach soll das Revisionsgericht bekanntlich in die Lage versetzt werden, allein anhand der Revisionsbegründung über die Schlüssigkeit einer Verfahrensrüge zu befinden. Der Revisionsführer muss die den *Mangel enthaltenden Tatsachen* so vollständig und genau angeben, dass das Revisionsgericht aufgrund der Revisionsbegründung (des Verteidigers) prüfen kann, ob ein Verfahrensfehler vorliegt. Diesen Anforderungen sei die Revisionsbegründung nicht gerecht geworden, da sie den Inhalt eines Beschlusses nicht mitgeteilt hat, in dem das Tatgericht ein Verwertungsverbot wegen der Verletzung des Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK nach einem von der Verteidigung diesbezüglich erhobenen Widerspruch zurückgewiesen hat. Für den Senat sei deshalb nicht erkennbar geworden, aufgrund welcher Tatsachen und welcher Erwägungen das Tatgericht von einer uneingeschränkten Verwertbarkeit der ersten Beschuldigtenvernehmung ausgegangen ist. Dies müsse für das Revisionsgericht aber erkennbar sein, wenn ein im Wege der Abwägung zu beurteilendes Beweisverwertungsverbot in Rede steht. Dass sich die Tatsache der Ablehnung eines Verwertungsverbotes durch den Beschluss aus den Urteilsgründen ergebe, genüge nicht.

Zweitens sei auch auf die Verletzung des Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK die vom BGH erfundene Widerspruchslösung anzuwenden, die Verwertungsverbote *bei verteidigten Angeklagten* nur anerkennt, wenn der Verteidiger der Verwertung nach Maßgabe des § 257 StPO *rechtzeitig* widersprochen hat.⁶ Die Verteidigung hatte der Verwertung von Erkenntnissen aus der ersten polizeilichen

Vernehmung auch schon vor der Einlassung des Angeklagten in der Hauptverhandlung widersprochen. Hierbei rügte sie zur Begründung *insbesondere* den unterlassenen Hinweis auf die kostenlose Beiordnung eines Pflichtverteidigers und die mangelnde Information über die Existenz eines Strafverteidigernotrufs. Dies genügte dem 1. Strafsenat jedoch als Widerspruch nicht. Vielmehr bedürfe der Widerspruch des verteidigten Angeklagten regelmäßig einer Begründung, in der zumindest in groben Zügen anzugeben sei, unter welchem Gesichtspunkt der Angeklagte den zu erhebenden oder bereits erhobenen Beweis für unverwertbar hält. Die Begründung müsse die Angriffsrichtung des Widerspruchs erkennen lassen, um somit den *Umfang der Prüfung durch das Tatgericht zu begrenzen*. Eine solche spezifische Begründung sei bezüglich Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK zu dem nach § 257 StPO maßgeblichen Zeitpunkt aber nicht erfolgt. Diese Begründung sei aber „namentlich“ zugunsten der „straffen Durchführung der Hauptverhandlung“ geboten. Das Tatgericht habe ohne einen spezifischen Widerspruch – zumal dann, wenn andere Fehler gerügt sind – keine Veranlassung, „möglichen anderen Verfahrensfehlern im Einzelnen nachzugehen“. Dies gelte auch für Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK. Unbeachtlich sei so auch der im Verfahren erfolgte spätere Widerspruch des Verteidigers, in dem er nach der Beweiserhebung zum Inhalt der polizeilichen Vernehmung ein Verwertungsverbot infolge der verletzten Belehrungspflicht geltend gemacht hatte. Die hiermit von der Rechtsprechung geschaffenen Anforderungen seien schließlich auch zumutbar, zumal der Angeklagte bereits am Tag nach der polizeilichen Vernehmung über sein Recht auf konsularischen Beistand belehrt wurde und ein früherer Widerspruch nicht ersichtlich unmöglich war.

b) Kritikwürdigkeit der Entscheidung abseits des Problems der Schlechtverteidigung

Wenn der Beitrag auch auf die Schlechtverteidigung im Allgemeinen ausgerichtet ist, sind doch auch Ausführungen zu dieser Entscheidung selbst angezeigt.⁷ Es soll insbesondere nicht infolge des unter V. geltend gemachten Zusammenhanges das Missverständnis aufkommen, der Verfasser akzeptiere die Widerspruchslösung und teile den vom 1. Strafsenat befürworteten Abschied von einer eigenständigen und nicht nur ausnahmsweise erfolgenden Rechtmäßigkeitsprüfung durch das Gericht.

⁷ Nicht aufgegriffen wird die insbesondere vom 1. Strafsenat betriebene und mit dem Beschluss bestätigte extensive Auslegung des § 344 II 2 StPO, die der Senat schon in BGH NStZ 2007, 161, 162 verfolgt und auch zuvor implizit zugrunde gelegt hat, vgl. BGH JR 2006, 297 ff. mit der zust. Anm. *Cirener/Sander*, mit der diese den Senat gegen eine krit. Anmerkung in Schutz nehmen, welche auch die Überdehnung des § 344 II 2 StPO nicht teilt. In dieser Fallgruppe entfernt sich die Rechtsprechung deutlich von der gesetzlichen Maxime, dass ein (Revisions-)Gericht das Recht kennen muss, während der Rechtssuchende auch in der Revision nur die zur Entscheidung erforderlichen *Tatsachen* darzulegen hat (so aber noch §§ 344 II 2, 352 II StPO). Zur Kritik der überstrengen Rechtsprechung vgl. etwa m.w.N. SK-StPO-Frisch, 50. Lfg. 2006, § 344 Rn. 62 ff.; Ritter, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gem. § 344 II 2 StPO (2007), S. 158 ff., 210 ff.

³ Vgl. so BVerfG NJW 2007, 499, 502 f. = HRRS 2007 Nr. 726; BGH HRRS 2007 Nr. 901 und eben die besprochene Entscheidung Nr. 900. Zum IGH nur die Entscheidung Avena IGH HRRS 2004 Nr. 432.

⁴ Vgl. so etwa Walthers HRRS 2004, 126, 130 f.

⁵ Vgl. m.w.N. BGH HRRS 2007 Nr. 901.

⁶ Vgl. BGHSt 38, 214, 225 f.; 50, 272, 274 f.; zusf. *Beulke*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2006), Rn. 117, 150. Zur Übertragung ablehnend schon Walthers HRRS 2004, 126, 131. Einschränkung aber nun BGH HRRS 2007 Nr. 463.

aa) Unbegründete Widerspruchslösung

Der Verschärfung und Erweiterung der Widerspruchslösung durch den Senat ist zu widersprechen. Dass die Widerspruchslösung für sich genommen nicht begründet ist, wurde bereits oft dargelegt.⁸ Sie erweckt, wie Fezer bemerkt, den Eindruck eines „bloßen ergebnisorientierten Machtspruches“.⁹ Aus dem in § 257 StPO niedergelegten Recht der Verteidigung macht die Rechtsprechung kühn eine Pflicht derselben.¹⁰ Aus Verteidigern lässt diese Rechtsprechung Gehilfen der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruches werden, da Verteidigerfehler hier praktisch rechtswidriges staatliches Verhalten neutralisieren, was mit der gebotenen Stellung des Verteidigers im Strafprozess unvereinbar ist.¹¹ Vor allem stellt die Widerspruchslösung aber eine nicht gesetzlich gerechtfertigte und unverhältnismäßige Beschränkung der Verteidigungsrechte bzw. des Rechts auf ein faires Verfahren dar, die auch gemäß Art. 6 EMRK nicht hinzunehmen ist.¹² Da sich ein verzögerndes Taktieren der Verteidigung mit übersehenen Prozessmängeln durch eine gerichtliche Belehrung über das mögliche Verwertungsverbot im Wege einer Zustimmungslösung verhindern ließe,¹³ die auch der BGH faktisch beim unverteidigten Angeklagten vertritt,¹⁴ ist die Widerspruchslösung als Einschränkung nicht erforderlich und folglich auch nicht legitim. Die Kreation des BGH nimmt prozessentscheidende Verteidigerversäumnisse in Kauf und lässt Rechte des Angeklagten leer laufen, die sonst kein Richter dem Angeklagten selbst durch eigene Versäumnisse nehmen dürfte.

bb) Abzulehnende Verschärfung der Widerspruchslösung

Besonders ist der weiteren Verschärfung der Widerspruchslösung entgegenzutreten. Die Ausdehnung der rechtsentziehend wirkenden Widerspruchsobliegenheit¹⁵ setzt an einer erstaunlichen Umdeutung des geltenden Rechts an. Die Prozessordnung geht von einem reformierten Inquisitionsprozess aus, in dem das Gericht eigenverantwortlich für Recht und Gesetz im Verfahren einsteht. Die Rechtsprechung und allen voran der 1.

Strafsenat macht aber den Strafprozess ohne eine Novellierung der StPO vermehrt zu einem Parteiprozess, wenn sie damit den Erfolg von Verfahrensrügen in der Revision verhindern¹⁶ oder wie hier „straffe Verfahrensdurchführungen“ erreichen kann. Die Forderung nach einer spezifischen Widerspruchs begründung führt im Kern dazu, das Tatgericht noch mehr vor seiner klassischen Aufgabe „zu schützen“, die tatsächliche Rechtmäßigkeit des Prozesses und seiner Ermittlungseingriffe zu gewährleisten.¹⁷ Die nunmehr noch weiter eingeschränkte Revisibilität lädt angesichts der Last zahlreicher zu bewältigender Verfahren dazu ein, stets nur noch die Verteidigung „kommen zu lassen“, während eigene Rechtmäßigkeitsprüfungen darüber hinaus nur noch durchgeführt werden, wenn der mögliche Fehler dem Gericht ohne aufhaltende Detailprüfung sofort ins Auge springt.

Gerade im Kontext des Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK muss ein solcher Schutz des Gerichts vor der eigenen pflichtgemäßen Prüfung besonders erstaunen, denn hier reden wir nicht einmal über Rechtsmaßstäbe, deren routinierte Erfüllung sich ohne weiteres vermuten ließe: Die Notwendigkeit und Bedeutung der konsularrechtlichen Belehrung schon durch die Polizei dürfte sich der Praxis erst in den letzten Jahren im Zuge der Urteile des IGH und der Entscheidung des BVerfG mehr und mehr erschließen.¹⁸ Stellt ein Gericht die ausländische Staatsbürgerschaft des Angeklagten fest, hat es schon deshalb besonderen Anlass, der Beachtung des Völkerrechts nachzugehen. Wenn ein Tatgericht aber – wie hier offenbar der Fall – in der Akte nicht dokumentiert findet, dass der ausländische Staatsbürger in der ersten, besonders beweisbedeutsamen Vernehmung ordnungsgemäß belehrt wurde, ist dem Tatgericht abzuverlangen, dass es *von sich aus* die vorliegende (Nicht-)Beachtung des Konsularrechts eruiert und ihre Folgen auslotet. Ein Fall, in dem ein völlig überraschend auftretender Verfahrensmangel gleichsam „hinterhältig“ zurückgehalten wurde, um in der Revision erfolgreich zu sein, liegt hier also tatsächlich alles andere als vor! Vielmehr erfolgte im Verfahren ein spezifischer Widerspruch. Nichts spricht dafür, dass das Gericht diesen auf Grund der „späten“ Erhebung nicht mehr sachgemäß prüfen konnte. Vor allem aber: Spätestens dann, wenn ein allgemeiner Widerspruch der Verteidigung vorliegt, muss ein Gericht hinsichtlich des absehbar zentralen Beweismittels stets eine sorgfältige Rechtsprüfung durchführen. Es besteht kein Grund, ein (Kollegial-)Gericht unter Inkaufnahme verlorener Angeklagtenrechte so weitgehend von seinen ureigenen Pflich-

⁸ Vgl. Fezer JR 1992, 385 f.; ders. JZ 1994, 686 f.; ders. StV 1997, 57, 58 f. m.w.N.; Beulke (Fn. 6), Rn. 150; Ventzke StV 1997, 543 ff.; zust. aber etwa Ignor, Rieß-FS, S. 185 ff.

⁹ So Fezer StV 1994, 57, 58.

¹⁰ Vgl. nur Fezer JZ 1994, 686, 687.

¹¹ Vgl. auch Fezer StV 1997, 57, 58: keine überzeugende Ableitung aus der Stellung des Verteidigers; Beulke (Fn. 6), Rn. 150; Dornach NStZ 1995, 57 ff.; auch Dahs NStZ 2007, 241, 245 f.; zur Stellung des Verteidigers und gegen eine darauf gestützte Einschränkung gemäß Art. 6 EMRK vgl. Gaede, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 497 ff., 522 f.

¹² Siehe insoweit Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 522 f., 754 ff., 775 ff.; im Ergebnis z.B. auch Leipold NJW-Spezial 2007, 522.

¹³ Für diese z.B. schon Fezer JZ 1994, 686, 687.

¹⁴ Vgl. schon BGHSt 38, 214, 226.

¹⁵ Zur Beurteilung von Obliegenheiten, deren Nichterfüllung zur Rechtseinschränkung herangezogen werden sollen, vgl. bezüglich Art. 6 EMRK Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 754 ff., 775 ff. und 783 ff.

¹⁶ Neben den Rechtsprechungs zitierten zur Widerspruchslösung vgl. zur Entwicklung Fezer, Hanack-FS, S. 331 ff.; Wohlers StV 2005, 228, 229; vgl. auch Dahs NStZ 2007, 241 ff.; siehe darüber hinaus z.B. den 1. Strafsenat – in Spannung zur übrigen Rechtsprechung des BGH – in BGHSt 51, 1 ff. = HRRS 2006 Nr. 313; krit. Sommer StraFo 2007, 133; Leipold NJW-Spezial 2006, 282 f.

¹⁷ Siehe etwa auch Fezer StV 1997, 57, 59: eigenständige gerichtliche Verpflichtung, für eine zuverlässige Beweisgrundlage zu sorgen; Bohlander NStZ 1992, 504, 505.

¹⁸ Vgl. auch Walther HRRS 2004, 126, 131, die zustimmungswürdig für eine Aufnahme der Belehrungspflichten des Konsularrechts in die StPO eintritt, um die Beachtung des Konsularrechts im Nachgang der IGH-Entscheidungen nun auch in Deutschland wirksamer zu gewährleisten; siehe auch Krefß GA 2007, 296, 302.

ten zu entlasten, dass sein Prüfungsauftrag exakt von den Ausführungen eines Verteidigers abhängt. Selbst wenn manche Verfahrensfehler bei einer angemessen zügigen Verfahrensführung subjektiv schwer erkennbar sein mögen, tritt doch der Staat mit dem Anspruch auf, gegen den Angeklagten ein objektiv rechtmäßiges Verfahren zu führen. Dieser Anspruch kann nicht ignoriert werden, indem man den nur noch scheinbar *von der Justiz* erhobenen Anspruch durch ein „Outsourcing“ auf den Verteidiger als erzwungenem „Subunternehmer der Justiz“ überträgt und sich sodann um die ausgelagerte Aufgabe nicht mehr kümmert.

Soweit diese Fehlentwicklung erneut mit dem Recht auf Verfahrensbeschleunigung begründet werden sollte, ist daran zu erinnern, dass dieses Individualrecht zu einer zügigen Verfahrensführung, nicht aber zu einem kurzen Prozess anhält. Weder will das Recht eine ordnungsgemäße Sachaufklärung verhindern,¹⁹ noch bietet dieses Recht, das primär und maßgeblich dem Angeklagten dient, aus sich heraus eine Handhabe, in andere Rechte des Angeklagten einzugreifen.²⁰ Die Sonderkonstellation, in der Mitangeklagte zu berücksichtigen sind, war hier weder betroffen, noch könnte die Beachtung von Völkerrecht (Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK) allein mit dem Verweis darauf suspendiert werden.

cc) Anwendbarkeit auf Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK

Ob die Verletzung des Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK tatsächlich zu einem Verwertungsverbot oder zu einer Anrechnung bei der Vollstreckung führen sollte,²¹ soll hier nicht erörtert werden. Ebenso muss angesichts der für sich genommen unbegründeten Widerspruchslösung nicht mehr auf die Frage umfassend eingegangen werden, ob denn die Widerspruchslösung überhaupt auf Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK angewendet werden darf. Diese Frage stellt sich aber, da der IGH auch im Kontext der US-amerikanischen Verwirklichungsrechtsprechung eingefordert hat, die konsularischen Rechte im nationalen Recht zur „vollen Wirksamkeit“ zu führen.²² Jedenfalls ist dem 5. Strafsenat dahin zu folgen, dass die Anwendung der Widerspruchslösung auch aus diesem Grund immer dann ausgeschlossen sein muss, wenn die Belehrung nicht alsbald später nachgeholt worden ist.²³ Der bedenkliche Eindruck der Inkonsequenz bleibt aber nach der Ent-

scheidung des 1. Strafsenats in jedem Fall zurück: Nachdem Deutschland vor dem IGH auch gegen die Verwirklichungsstrategien des US-amerikanischen Prozessrechts vorgegangen ist,²⁴ besteht die jetzige deutsche Praxisantwort ebenfalls weitgehend darin, sich des völkerrechtlichen Problems hinsichtlich seiner Folgen bequem zu entledigen, indem man die eigene nationale Kreation von Verwirklichungsstrategien munter fortsetzt.²⁵

III. Grundlagen: Das Recht auf Verteidigerbeistand als konkret und wirksam auszulegendes Recht

1. Der Ist-Zustand

Wenn wir uns nun dem Problem der Schlechtverteidigung nähern wollen, sind zwei heute ganz herrschende Sichtweisen unsere Ausgangspunkte: *Auf der einen Seite* gilt der Verteidiger unserer Strafprozessordnung im Strafverfahren als weitgehend unverzichtbar bzw. als „notwendig“ i.S. des § 140 StPO. Zudem wird die formelle Verteidigung mit Art. 6 III lit. c EMRK gar zu einem Menschenrecht erklärt, das sodann nach der maßgeblichen Rechtsprechung einen zentralen Bestandteil des Rechts auf ein faires Verfahren darstellt.²⁶ Diese Wertschätzung findet ihren wesentlichen Grund darin, dass sich ein Angeklagte im regelmäßig technischen und für ihn selbst angesichts seiner eigenen Betroffenheit schwer zu führenden Prozess realistisch nicht effektiv allein verteidigen kann: Der Verteidiger ist daher primär im Prozess vertreten, weil der Angeklagte die Maßstäbe und Interaktionen dieses Prozesses selbst nicht kontrollieren kann.²⁷ Letztlich soll der Verteidiger dem Angeklagten sogar so überlegen sein, dass seine Einschätzung bei der Verteidigung *des Angeklagten* vorrangig ist und er unter Umständen sogar gegen den Willen des Angeklagten handeln darf.²⁸ *Auf der anderen Seite* gilt aber auch das Folgende: Versäumnisse seines Verteidigers sollen dem Angeklagten bis auf den Fall des Verschuldens bei der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand naturgemäß zur Last fallen.²⁹ Ob der Verteidiger tatsächlich vertretbar verteidigt, wird zum Schutz der freien Verteidigung nicht

²⁴ Vgl. IGH „LaGrand“ ICJ-Reports 2001, 464 = EuGRZ 2001, 287 ff.; *Walther* HRRS 2004, 126, 130.

²⁵ Vgl. schon kritisch *Walther* HRRS 2004, 126, 130 f.; vorsichtig nun insoweit auch BGH HRRS 2007 Nr. 901, denn hier wird die Widerspruchslösung immerhin bereits begrenzt und anstatt des Verwertungsverbots eine Vollstreckungslösung geschaffen. Bedauerlich insoweit letztlich vor allem BVerfG NJW 2007, 499, 503.

²⁶ Vgl. EGMR, *Artico v. Italien*, Nr. 37, § 33, EuGRZ 1980, 662 ff.; *Can v. Österreich*, Nr. 96, § 6 (EGMR), § 54 (EKMR); vgl. auch die Europäische Kommission KOM(2004) 328 endg., S. 7 f., 10 ff.

²⁷ Vgl. EGMR, *S.C. v. Großbritannien*, Rep. 2004-IV, § 29; *Barton*, Einführung in die Strafverteidigung (2007), § 1 Rn. 22 ff.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 502 ff.

²⁸ Zu denken ist neben der unter Umständen nach § 140 StPO paternalistisch erzwungenen Verteidigerbestellung auch an den herrschend anerkannten Willensvorrang des Verteidigers, vgl. zum Problem *Beulke* (Fn. 6), Rn. 151; abl. dazu *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 532 ff., 547 ff., 559 f.

²⁹ Vgl. etwa *Maatz* NStZ 1992, 513, 515 ff.; jüngst z.B. wieder *Mosbacher* JR 2007, 387, 388.

¹⁹ Schon EGMR, *Neumeister v. Österreich*, Serie A, Nr. 8, § 21: keine Freistellung von der Amtsermittlungspflicht im Inquisitionsverfahren; EGMR, *Toth v. Österreich*, Nr. 224, § 77; m.w.N. *Gaede* wistra 2004, 166, 173: keine abstrakte, sondern fallkonkrete Darlegung von Ermittlungsnotwendigkeiten.

²⁰ Vgl. statt vieler *Jahn/Widmaier* JR 2006, 166, 170; *Krawczyk* HRRS 2006, 344, 353 f.

²¹ Jedenfalls könnte für ein Verwertungsverbot die auch vom 1. Strafsenat anerkannte Einordnung des Art. 36 I lit. b Satz 3 WÜK in das Recht auf ein faires Strafverfahren sprechen, *Walther* HRRS 2004, 126, 130; BVerfG NJW 2007, 499, 500 ff.; vgl. für eine systematische Begründung dieser Einordnung m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 588 ff., 608 f.

²² Vgl. die *Avena*-Entscheidung HRRS 2004 Nr. 342 und dazu *Walther* HRRS 2004, 126, 128 ff.; abl. zur Anwendung der Widerspruchslösung auch *Kreß* GA 2007, 296, 306; einschr. auch BGH HRRS 2007 Nr. 901.

²³ So BGH HRRS 2007 Nr. 901. Gegen die Möglichkeit einer heilenden Belehrung aber *Walther* HRRS 2004, 126, 131.

überwacht, vielmehr soll – so die in Deutschland herrschende Ansicht – nur in offensichtlichen Extremfällen einmal ein Eingriff auf Grund der objektiv verstandenen Fürsorgepflicht des Gerichts zulässig sein.³⁰ Fasst man dies zusammen, so verwirklicht der Verteidiger mit seinem Wirken im Prozess einerseits ein hochstehendes Menschenrecht. Dieses ist jedoch andererseits nur im Extremfall dagegen gesichert, dass der Verteidiger dieses Menschenrecht nur auf dem Papier verwirklicht, denn der Angeklagte selbst ist gerade unfähig, den Prozess und so auch das Tun seines Verteidigers zu überblicken und treffsicher einzuschätzen.³¹

2. Der menschenrechtliche Soll-Zustand

Soll das Recht des Angeklagten auf einen effektiven Verteidigerbeistand in der Praxis tatsächlich wirksam garantiert werden und die staatliche Strafe durch das zuvor gewährte faire Verfahren legitimiert sein, stellt die hier geschilderte Rechtslage ein bedauerliches Dilemma dar. Dem Angeklagten wird die Schlechtverteidigung zugerechnet und der Verlust der tatsächlich wirksamen Verteidigung wird so hingenommen, obgleich der Angeklagte den Verteidiger gerade hat, weil er zur Bewältigung des Verfahrens unter Wahrung seiner Rechte nicht in der Lage ist. Diese Rechtslage ist nicht nur unbefriedigend, sie ist auch nicht als eine gleichsam schicksalhafte prozessuale Fügung zu begreifen, selbst wenn ihre Behebung oder Eindämmung schwierig und nicht vollumfänglich möglich ist: Der tatsächliche Ausfall einer wirksamen formellen Verteidigung darf *nur dann und nur soweit* hingenommen werden, wie dies zum Schutz der freien Verteidigung und zur Bewahrung der Funktionalität des Strafprozesses unvermeidlich ist.

Die hier erhobene Forderung, das Problem der Schlechtverteidigung stärker wahrzunehmen und sodann anhand der deutschen Prozessordnung verbessert zu bewältigen, ist vor allem auf Grund des Rechts auf eine effektive Verteidigung gemäß Art. 6 III lit. c EMRK zu erheben, das auch die Europäische Kommission bereits zur Forderung eines wirksameren Schutzes gegen Schlechtverteidigungen veranlasst hat.³² Mit dem EGMR ist davon auszugehen, dass das Recht auf Verteidigung konkret und wirksam auszulegen und zu garantieren ist.³³ Dies bedeutet im Rahmen der wirksamkeitsverpflichteten Menschenrechtsauslegung, dass das Recht *für den Inhaber tatsächlich wahrnehmbar* gewesen sein muss.³⁴ Besondere

Bedeutung erlangt das Recht auf Verteidigerbeistand zudem dadurch, dass der Verteidigerbeistand in den heute praktizierten Verfahren tatsächlich ein *allgemein* notwendiges Prozessinstitut ist: Typischerweise kann der Angeklagte nur durch ihn sein Recht auf eine faire Verfahrensteilnahme gemäß Art. 6 EMRK praktisch wahrnehmen.³⁵ Es darf insoweit im Ergebnis nicht sein, dass *weder* der Verteidiger, der völkerrechtlich nicht der Adressat des Menschenrechts ist, *noch* der Staat für die tatsächliche Verwirklichung dieses so wichtigen Angeklagtenrechts einstehen bzw. haften.

Vor diesem Hintergrund hat der EGMR Grundsätze entwickelt und wiederholt vertreten, mit denen er Vertragsstaaten der EMRK im Ergebnis dafür verantwortlich gemacht hat, dass die konkrete und wirksame Verteidigung trotz der Bestellung eines Verteidigers im Verfahren ausgeblieben ist.³⁶ So hat er zum Beispiel einen Vertragsstaat verurteilt, weil ein Pflichtverteidiger eine reine Formvorschrift nicht beachtet hat und dem Angeklagten dadurch ein Rechtsmittel praktisch verloren ging, weil auch das Rechtsmittelgericht nicht korrigierend eingegriffen hat.³⁷ Auch wenn nicht jeder irgendwie geartete Verteidigungsmangel die staatliche Verantwortlichkeit auslöst, sind die Staaten doch verpflichtet, durch ihre Justizorgane aktiv auf eine tatsächlich wirksame Verteidigung hinzuwirken. Wird ihnen offenkundig, dass eine Verteidigung am Maßstab des Art. 6 EMRK unwirksam war, müssen sie geeignete Maßnahmen treffen, um diesen Zustand zu beheben.³⁸

Dass diese Rechtsprechung des EGMR trotz ihres Abstellens auf eine „Offenkundigkeit“ über die bisherigen deutschen Grundsätze der „objektiven Fürsorgepflicht“ hinaus geht und zu der gebotenen konventionskonformen Handhabung des deutschen Rechts anhält, wird im Schrifttum bereits gesehen.³⁹ Vor allem aber beruht diese ihrerseits noch auszubauende Rechtsprechung auch auf einem überzeugenden Grundgedanken: Auch wenn das Recht auf Verteidigerbeistand notwendig durch eine vom Staat unabhängige Person verwirklicht werden muss, kommt dem Verteidiger doch letztlich die Stellung eines Treuhänders zu, der eine Pflicht erfüllt, die *der Staat* gegenüber dem angeklagten Bürger hat, nämlich diesem

³⁵ Vgl. schon Gideon v. Wainwright 372 U.S. 335, 344 (1963) per J Black: „lawyers in criminal courts are necessities, not luxuries“; vgl. auch in Anlehnung an Sarstedt BGHSt 25, 325, 332; Stavros (Fn. 2), S. 205 f.

³⁶ Vgl. EGMR, Artico v. Italien, Nr. 37, §§ 38 f., 33; Biondo v. Italien, Nr. 8821/79, DR 64, 5, 23 ff.; Stanford v. Großbritannien, Nr. 282, §§ 28 ff.; Daud v. Portugal, Rep. 1998-II, § 38; Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff.; m.w.N. Emerson/Ashworth, Human Rights and Criminal Justice (2001), Rn. 14-09; Esser, Auf dem Weg zu einem Europäischen Strafrechtsverfahrensrecht (2002), S. 458, 490 f.

³⁷ Vgl. EGMR, Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff.

³⁸ Vgl. EGMR, Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff.; m.w.N. dazu Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 857 ff.

³⁹ Siehe z.B. SK-Wohlens, 38. Lfg. 2004, Vor § 137 Rn. 81 ff.; Neuhaus StV 2002, 43 ff.; Demko HRRS 2006, 250 ff.; vgl. auch Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. (2007), § 338 Rn. 41 im Anschluss an Czekalla: Wiedereinsetzung von Amts wegen. Grundlegend sind hier auch die Arbeiten von Barton, vgl. zu seiner Haltung aktuell Barton (Fn. 27), § 4 Rn. 80 ff.

³⁰ Vgl. neben BGH HRRS 2007 Nr. 900 etwa BGH 5 StR 495/00 vom 5. April 2001.

³¹ Zum Beispiel kann man von einem Angeklagten nicht erwarten, dass er von sich aus weiß, wann genau der BGH einen *spezifisch begründeten* Widerspruch fordert, damit *sein* Verwertungsverbot erhalten bleibt. Zumal der Informationsfluss auch sonst auf den Verteidiger zugeschnitten ist, ist der Angeklagte praktisch jedem Fehler des Verteidigers ausgeliefert, vgl. Ashworth, Criminal Process (1998), S. 77, 272, 275, 290 f.; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 855 f., 881 ff.

³² Vgl. z.B. KOM(2004) 328 endg., S. 14 f. und Art. 4 II.

³³ Vgl. EGMR, Artico v. Italien, Nr. 31, § 33; aus jüngerer Zeit EGMR, Czekalla v. Portugal, Rep. 2002-VIII, §§ 59 ff. = NJW 2003, 1229 ff.

³⁴ Zum Aussagegehalt der konkreten und wirksamen Auslegung vgl. insoweit Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 106 ff., 856 ff.

eine effektive Verteidigung zu gewähren.⁴⁰ Sieht man aber – was jeder engagierte Verteidiger teilen dürfte! – die *tatsächliche* Beachtung der Verteidigungsrechte als unersetzlichen Baustein bei der Legitimation der staatlichen Strafe gegenüber jedem Bürger, dann muss diese Legitimation angesichts der zentralen Bedeutung des Verteidigerbeistands für das faire Verfahren schweren Schaden nehmen, wenn die tatsächlich geleistete Verteidigung ihren Namen nicht wert ist.⁴¹ In diesem Fall hat der Staat dem Angeklagten praktisch kein faires Verfahren gewährt und damit eine Bedingung nicht erfüllt, deren Erfüllung zwingende Voraussetzung eines jeden rechtskräftigen Strafurteils sein muss.

In diesem Sinne weist zum Beispiel auch die Rechtsprechung anderer europäischer Staaten Rügen der Schlechtverteidigung in Rechtsmitteln nicht mit dem Vorwurf einer sehr fehlerhaften Rechtsauffassung des Rechtsmittelführers zurück, wobei auch sie Vorsicht walten lässt, um die Verteidigung unabhängig zu halten: Man greift vielmehr die Ansätze des EGMR sichtbar auf und erweitert diese.⁴² Auch in Deutschland sollte die – ihrerseits noch fortzuentwickelnde⁴³ – Rechtsprechung des EGMR Anlass dazu sein, das Problem vermehrt anzugehen, um für die spezifische deutsche Prozessrechtslage Antworten zu finden, die – anders als die bisherigen Maßstäbe – nicht nur bei den absolut gravierendsten Verteidigungsausfällen greifen könnten. Regelungen der StPO (insbesondere die §§ 138, 139, eingeschränkt auch § 145 StPO) verdeutlichen neben dem unmittelbar anwendbaren Art. 6 EMRK, dass die Qualität der Verteidigung auch dem deutschen Recht nicht gleichgültig ist.⁴⁴ Positive Ansätze

zu einer Fortentwicklung sind auch in der deutschen Rechtsprechung durchaus vorhanden.⁴⁵

IV. Berechtigte Sorgen und Missverständnisse im Kontext der Schlechtverteidigung

Vorschlägen zu einer verbesserten Strategie gegen ohne weiteres dem Angeklagten zuzurechnende Schlechtverteidigungen werden zahlreiche Einwände entgegengehalten. Die wichtigsten⁴⁶ von ihnen sollen aufgegriffen werden, um zu zeigen, dass die in dieser Kritik enthaltenen Einsichten bislang oft zu falschen Schlüssen führen. Die heute praktizierte Tabuisierung des „heiklen Themas“⁴⁷ Schlechtverteidigung vermögen sie nicht zu tragen.

1. Die Gefahr des Autonomieverlustes

Zuallererst wird gefürchtet, dass eine Mitverantwortlichkeit des Staates für die konkrete und wirksame Verteidigung zu einem Verlust an Autonomie führen müsse: Das Thema habe ein Tabu zu bleiben, damit der Staat nicht (zu eigenen Zwecken) diktieren kann, wie eine wirksame Verteidigung auszusehen hat.⁴⁸ So soll zum Beispiel verhindert werden, dass eine energische Verteidigung unter Berufung auf eine objektiv gebotene Fürsorge mundtot gemacht wird, indem man etwa zur Abwehr einer für den Angeklagten vermeintlich schädlichen „Konfliktverteidigung“ den bestellten Vertrauensverteidiger des Angeklagten entpflichtet.

Diese Gefahr droht indes genau dann und nur dann, wenn ein Anschluss an Grundsätzen „objektiven richterlicher Fürsorge“ erfolgt. Eben dieser Anschluss aber wird hier nicht propagiert. Es geht darum, ein Individualrecht des Angeklagten zu wahren, das schon durch seinen Charakter als Menschenrecht auf eine selbstbestimmte Wahrnehmung angelegt ist, die nicht durch den Staat okkupiert werden darf, gegen dessen Anklage sich die Verteidigung stets richtet.⁴⁹ Es kann gemäß Art. 6 EMRK nie darum gehen, dem Verteidiger eine bestimmte „optimale“ Verteidigung vorzugeben, sondern die Maßnahmen müssen ausnahmslos die Herstellung einer autonom

⁴⁰ Vgl. näher Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 526 ff., 875 ff., 878 ff. Vgl. auch SK-StPO-Paeffgen, 35. Lfg. (2004), Art. 6 Rn. 145: Staatspflicht, den Beschuldigten vor dem Mandatar zu schützen.

⁴¹ Vgl. neben den Zitaten des EGMR auch Cuyler v. Sullivan 446 U.S. 335, 343 ff. (1980); Evitts v. Lucey 469 U.S. 387, 396 (1985) m.w.N.; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 875, 879.

⁴² Vgl. aus der problembewussteren Rechtsprechung in England R. v. Scollan and Smith [1999] Crim.L.R. 566 f.; R. v. Nangle [2001] CrimLR 506 f. m. zust. Anm. Ashworth; aus der Schweiz z.B. BGE 120 I 48, 51 ff.; 124 I 185, 189 ff.; 126 I 194, 198 f.; BGer Pra 91 (2002) Nr. 82, S. 465 ff.; KG ZR 100 (2001) Nr. 43, S. 133, 135 ff.; vgl. zu beiden Rechtsprechungen näher Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 866 ff.; zum Kanton Zürich eingehend Graf, Effiziente Verteidigung im Rechtsmittelverfahren (2000), passim. Zur Klarstellung: Dass Unterschiede des geschriebenen und des praktizierten Prozessrechts unterschiedliche Maßstäbe funktional erklären könnten, ist theoretisch zwar denkbar. Angesichts der Geltung des Art. 6 EMRK in allen Verfahren ist aber der Blick auf Problemlösungen anderer Vertragsstaaten von besonderem Gewicht. Zudem legt auch § 337 StPO der deutschen StPO nicht eindeutig fest, dass die Gesetzesverletzung stets durch ein Gericht begangen werden muss bzw. dass dem Gericht bei seiner Verhandlung ohne eine wirksame Verteidigung entgegen der unmittelbar anwendbaren Rechtsnorm Art. 6 MRK ein eigentliches Verschulden vorzuwerfen sein muss.

⁴³ Zur Kritik der Rechtsprechung vgl. zusf. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 873 f., 875 ff.

⁴⁴ Vgl. schon SK-Wohlers (Fn. 39), Vor § 137 Rn. 82; Barton, Mindeststandards der Verteidigung (Fn. 2), S. 89 ff.

⁴⁵ Vgl. zum „Scheinverteidiger“ BGHSt 47, 238 ff.; Beulke/Angerer, NStZ 2002, 443, 444; darüber hinaus BGH HRRS 2004 Nr. 929 und Neuhaus HRRS 2007, 377. Vgl. auch Meyer-Gößner (Fn. 39), § 338 Rn. 41.

⁴⁶ Weitere Einwände und Probleme sind vor allem behandelt bei Barton, Mindeststandards der Verteidigung (Fn. 2), passim; vgl. auch Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 879 ff. (insbesondere zur Unabhängigkeit der Verteidiger), gegen den etwaigen Einwand, es bestünde angesichts der zunehmend verbesserten Ausbildungs- und Spezialisierungsoptionen auch für Strafverteidiger überhaupt kein Bedarf, das unbequeme Thema zu behandeln, vgl. S. 846 ff. m.w.N.

⁴⁷ So Wächtler StV 1997, 111.

⁴⁸ Für eine Tabuisierung insoweit z.B. Hamm NJW 1996, 2185, 2187; Ignor, Rieß-FS, S. 185, 194 ff.; Beulke/Angerer NStZ 2002, 443, 444.

⁴⁹ Zu den Unterschieden des Ansatzes nach Art. 6 I 1, III lit. c EMRK und der „objektiven Fürsorge“ vgl. näher auch anhand des Beispiels der Entpflichtung m.w.N. Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 884 f., 887 ff.

bestimmten Verteidigung zum Ziel haben, während der Staat für vermeintlich „sichere Wohltaten“ auf seine mannigfaltigen eigenen Handlungsmöglichkeiten im Prozess verwiesen ist.⁵⁰ Wenn ein aufgeklärter Angeklagter etwa in Abstimmung mit dem Verteidiger eine besonders energische Verteidigung mitträgt, bleibt eine Entpflichtung in diesem Fall das, was sie ist: Ein empfindlicher Rechtseingriff, dessen Legitimation nicht auf das autonom wahrzunehmende Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung gestützt werden kann. Nimmt ein Gericht hier einen Eingriff auf Grund des „vermeintlichen Eingriffstitels“ der konkreten und wirksamen Verteidigung vor, zeigt sich genau hieran der Rechtsverstoß des Gerichts.

2. Die Unmöglichkeit der Maßstabsfindung und die Gefahr übertriebener Maßstäbe

Oft wird eingewandt, dass sich ein Maßstab für die richtige und angemessene Verteidigung gar nicht angeben lässt.⁵¹ Mit anderen Worten: Was „die“ richtige Verteidigung ist, könne niemals am akademischen Reißbrett entworfen werden.

Dieser Einwand ist für sich genommen absolut berechtigt. Auch hier aber ist zu insistieren, dass es nicht darum geht, dem Verteidiger bzw. dem Angeklagten eine optimale Verteidigung oder eine allein selig machende Prozessstrategie vorzuschreiben.⁵² In einem Prozess, der nicht gleichsam mathematisch entschieden wird, lässt sich schon angesichts des unbekanntem Entscheidungsverhaltens des Gerichts niemals bis ins Einzelne „die“ richtige Verteidigung ausmachen. Es geht vielmehr gemäß Art. 6 EMRK darum, das Leerlaufen der (menschrechtlichen) Verteidigungsrechte infolge ihrer mangelnden Prüfung oder ihrer mangelhaften Umsetzung zu verhindern. Dieser Leerlauf kann durch einzelne Versäumnisse bei der Verteidigung oder durch einen insgesamt ungenügenden Verteidigungseinsatz geschehen. Es geht so beispielhaft darum, zu sichern, dass überhaupt eine subjektiv gewählte Verteidigungsstrategie gemeinsam mit dem Angeklagten bestimmt und umgesetzt wird, die auf einer noch angemessen zu nennenden Vorbereitung des Verfahrens beruht. Es muss etwa für ersichtlich zentrale Verteidigungsmöglichkeiten gezeigt sein, dass der Angeklagte diese nicht zufällig und insbesondere nicht nur angesichts der Überlastung seines Verteidigers ausgelassen hat, sondern dass die Auslassung auf einer überlegten Verteidigungsstrategie beruht. So darf es zum Beispiel nicht hingenommen werden, wenn ein Verteidiger einer fallentscheidend beweis erheblichen Zeugenvernehmung nicht beiwohnt und er damit das Konfrontationsrecht des Angeklagten leer laufen lässt: Wird dem Staat ein solches Verhalten gewährt, darf nicht der Angeklagte hierunter leiden, solange ein be-

wusster und abgestimmter Verzicht des Angeklagten auf das Konfrontationsrecht nicht festgestellt ist.⁵³

Nach diesem Maßstäben wird dem Verteidiger nichts Unmögliches abverlangt, sehr wohl aber zum Beispiel gefordert, dass er die Verteidigungsstrategie auf einer sorgfältigen Aktenaufarbeitung aufbaut und einen der Bedeutung des Falles angemessenen Informations- und Strategieaustausch mit dem Angeklagten pflegt. Ein unwirksame Verteidigung, die nach Art. 6 EMRK durch den Staat nicht einfach hinzunehmen ist, liegt nach dem hier vertretenen Ansatz vor, wenn der Verteidiger Rechte, die durch das Recht auf ein faires Verfahren garantiert sind und die er in Abstimmung mit dem Angeklagten für den Rechtsinhaber wahren und zum Teil selbst wahrnehmen muss, nicht durch die Erfüllung seiner Pflichten als Verteidiger verwirklicht.⁵⁴ Gleiches gilt dann, wenn spezifische Funktionen des Verteidigers nach Art. 6 III lit. c EMRK praktisch nicht erfüllt worden sind. Nach diesen, freilich für die deutsche Prozessordnung und die einzelnen Teilrechte des Art. 6 EMRK noch zu konkretisierenden Maßstäben muss es möglich sein, mit der Rüge von Verteidigungsfehlern Gehör zu finden. Mit den vertretenen Maßstäben wird weder Verteidigern eine einzige Strategie aufgezwungen, die am Ende diejenige des Staates sein könnte, noch wird das praktisch relevante Phänomen der Schlechtverteidigung – anders als bisher – weiter ohne wirkliche Not toleriert.

3. Die nötige Verteidigerüberwachung

Als wesentliches Argument gegen die Formulierung von Maßstäben gegen die Schlechtverteidigung wird betont, dass es offensichtlich ausgeschlossen muss, den Verteidiger durch die Staatsanwaltschaft oder durch das Gericht überwachen zu lassen.⁵⁵

Dieses Argument kann ebenfalls für sich genommen nur unterstrichen werden! Es führt allerdings in die Irre, wenn man daraus schließt, dass wegen des zur Durchsetzung der wirksamen Verteidigung ausgeschlossenen Mittels der Überwachung auch keine begründeten Maßstäbe formuliert und verwirklicht werden könnten.⁵⁶

⁵³ Vgl. so aber BGH StV 2005, 534 m. zu Recht abl. Bespr. Wohlers; vgl. auch den Fall bei Neuhaus StV 2002, 43, 44. Dazu dass zudem die vorherige Akteneinsicht zwingende Voraussetzung dafür ist, eine Konfrontationsgelegenheit im Ermittlungsverfahren als ausreichend anzusehen, vgl. auch mit Blick auf den Fall des BGH Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 828 ff.

⁵⁴ Vgl. näher mit Beispielen aus der Rechtsprechung des EGMR Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 895 ff., wobei der Autor sodann Zurechnungsgrundsätze vertritt, die vom EGMR zum Teil abweichen, vgl. aaO, S. 904 ff. Zur Ausfüllung der Rechtspflichten des Verteidigers ist insoweit auch die Zusammenstellung der auch haftungsrechtlich herausgearbeiteten Pflichten ein Anhaltspunkt, vgl. m.w.N. Barton, MAH-Strafverteidigung, hrsg. v. Widmaier (2006), § 57 Rn. 13 ff.

⁵⁵ Vgl. neben BGH HRRS 2007 Nr. 900 etwa EGMR, ZE Alvarez Sanchez v. Spanien, 23.10.2001, § 1; SK-Wohlers (Fn. 39), Vor § 137 Rn. 82.

⁵⁶ Vgl. auch schon Barton, in: Sicherheitsstaat und Strafverteidigung (1989), S. 187, 190: Anerkennung von unzureichender Verteidigung als Rechtsfehler bedeutet keine allgemeine Pflicht zur Verteidigerüberwachung.

⁵⁰ Vgl. dafür etwa Barton (Fn. 27), § 4 Rn. 82 ff.; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 876, 888, 895 f.

⁵¹ So vor allem Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren (1980), S. 123, 129, der aber wohl dann eine Kontrolle zulässt, wenn sie der Gesetzgeber vorsieht; Beulke/Angerer NSTZ 2002, 443, 444.

⁵² Vgl. auch Barton, Mindeststandards der Verteidigung (Fn. 2), S. 83 ff., 156 ff., 169 ff. und Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 574 ff., 887 f.

Zunächst ist es schon zu bestreiten, dass Verletzungen des Art. 6 EMRK infolge einer Schlechtverteidigung stets voraussetzen, dass ein staatliches Organ die Schlechtverteidigung während ihres Geschehens bemerkt und ihr nicht abgeholfen hat.⁵⁷ Vielmehr ist auch ohne eine allgemeine Überwachungsmöglichkeit des Staates davon auszugehen, dass dem Staat leer laufende Verteidigungen prinzipiell zuzurechnen sind, soweit sie nicht *berechtigt* dem Angeklagten angelastet werden können. Aber auch davon ganz abgesehen ist es ein Trugschluss, zu meinen, dass Staatsanwälte und Gerichte nur durch eine allgemeine Überwachung der Verteidigung die Möglichkeit erlangen, zugunsten des Angeklagten Schlechtverteidigungen zu beheben. Es kommen andere Strategien und Instrumente in Betracht, die bislang zu Unrecht auf Grund des nicht hinreichenden Problembewusstseins in der Diskussion kein Gewicht haben:

Zu aller erst gibt es im Prozess mannigfaltige Situationen, in denen mangelhafte Verteidigung von ganz allein offenbar wird. Als praktisch bedeutsamstes Beispiel mag die oftmalige Unzulässigkeit von Verfahrensrügen gemäß § 344 II 2 StPO dienen, für die ganz offenbar nicht der Angeklagte originär verantwortlich zu machen ist.⁵⁸ Ganz allgemein ist die Revision ein Mittel, um den Leerlauf von Verteidigungsrechten noch vor dem Eintritt der Rechtskraft und ohne Konflikt mit der Autonomie der Verteidigung zu beheben.⁵⁹ Hinzu kommt, dass die Verteidigung schon heute Rechtskontrollen unterliegt. Es überzeugt nicht, dass solche Rechtskontrollen nur dann möglich sein sollen, wenn die Verteidigung eingeschränkt wird – sie können auch bei der Herstellung von effektiver und autonomer Verteidigung sinnvoll sein.⁶⁰

Schließlich bieten sich Möglichkeiten, gerade den Angeklagten in seiner Sache weitgehender als bisher in die Lage zu versetzen, dass er Mängel seiner Verteidigung rechtzeitig gegenüber dem Gericht geltend machen

⁵⁷ Vgl. dazu in Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des EGMR, m.w.N. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 887 ff., 904 ff., 912.

⁵⁸ Dabei sei angemerkt: Natürlich liegt diese verbreitete Form der Schlechtverteidigung auch in überhöhten Anforderungen der Revisionsgerichte begründet. Sie ist insoweit einem Verteidiger nicht ohne weiteres als ein echtes Verschulden anzulasten. Da es aber darauf ankommt, wie der objektiv vorliegende Fehler auf die Wahrnehmung der Rechte des Angeklagten wirkt, stellt sich auch hier die Frage, ob und wie der Staat im Kontext einer möglichen Verletzung des Art. 6 EMRK auf die – für das Revisionsgericht offensichtliche – Fehlleistung reagieren muss. Auch von § 344 II 2 StPO abgesehen ist darauf hinzuweisen, dass Verteidigungsfehler nicht notwendig vorwerfbar sein müssen. So kann etwa der in BGH HRRS 2007 Nr. 900 unterlassene Widerspruch dem praktisch vollständigen Anliegen geschuldet sein, der zum Zeitpunkt der Beweiserhebung absehbar mangelnden Durchsetzbarkeit einer WÜK-Rüge Rechnung zu tragen. Vor dem Hintergrund der damals „geltenden Rechtsprechung“ könnte sich der Verteidiger entschieden haben, das „Prozessklima“ nicht noch mit weiteren, als notorisch empfundenen Widerspruchsbegründungen zu „vergiften“, vgl. zum Problem auch *Ventzke StV* 1997, 543, 547; *Tolksdorf, Graßhof-FG*, S. 255, 269.

⁵⁹ Vgl. dazu etwa schon m.w.N. *Neuhaus StV* 2002, 43 ff.; *Gaede, Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 892 f.; *Graf* (Fn. 42), S. 95 ff.

⁶⁰ Vgl. dazu *Gaede, Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 889 ff.

kann.⁶¹ Insbesondere kann er durch verbesserte Informationen und durch die Pflicht zur Dokumentation dieser Information geschützt werden. Er ist zum Beispiel darauf hinzuweisen, dass es ihm unter der Gefahr eines sonst eintretenden Rechtsverlustes obliegt, das Gericht auf bedenkliche Verteidigungspraktiken aufmerksam zu machen. Zu guter Letzt ist nicht zu vergessen, dass Rechtsmaßstäbe und Rechtsauslegungen darauf zu untersuchen sind, ob sie den Angeklagten ohne praktikable Selbstschutzmöglichkeiten in besonderem Maße der Gefahr einer Schlechtverteidigung ausliefern: Ist dies der Fall, kann und sollte das Problem durch veränderte Rechtsmaßstäbe entschärft werden.⁶²

4. Der entstehende Rechtfertigungsbedarf gegenüber dem Mandanten

Ein nicht offen ausgesprochenes Gegenargument liegt darin, dass eine verstärkte Qualitätskontrolle etwaige Fehler der Verteidigung auch vermehrt „zum Thema macht“. Auch die Aufmerksamkeit der Mandanten würde wachsen, was gegenüber diesen zu einem verstärkten Rechtfertigungsbedarf führen dürfte. Diskussionen über mögliche Pflichtverletzungen des Verteidigers könnten darüber hinaus zu Spannungen und Misstrauen innerhalb der Verteidigung führen, obschon hier doch Vertrauen herrschen muss und herrschen sollte.⁶³

Bei allem Verständnis dafür, dass die Thematisierung eigener beruflicher Fehler unangenehm ist, muss man aber doch davon ausgehen, dass es einem pflichtgemäß prüfenden und vorgehenden Verteidiger stets gelingt, auch vor dem Hintergrund zu beachtender Qualitätsmaßstäbe das Vertrauen seines Mandanten zu gewinnen und zu bewahren. Stets muss sich der Verteidiger das Vertrauen seines Mandanten erst erwerben, was im Wesentlichen durch die kontinuierliche Erfüllung seiner Verteidigerpflichten geschieht.⁶⁴ Die hier vorgeschlagenen und durchaus weiter sehr durchlässigen Maßstäbe der Verteidigungsqualität dürften allein dann ernsthaft problematisch sein, wenn der Verteidiger dem Mandanten nicht darstellen kann, dass er die Verteidigung auf Grund einer soliden Vorbereitung und auf Grund einer akzeptablen

⁶¹ Siehe z.B. für den Rat, den Inhalt von Belehrungen und Beratungen beweiskräftig zu dokumentieren, *Barton*, in: *MAH-Strafverteidigung* (Fn. 54), § 57 Rn. 38; zum Argument vgl. m.w.N. insbesondere zur englischen Rechtsprechung *Gaede, Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 891.

⁶² Vgl. hierfür schon oben II. 2 b; vgl. auch bereits *Feigen*, in: *Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts* (1995), S. 161, 169. Siehe nun etwa auch bei Art. 36 I lit. b S. 3 WÜK *Kreß GA* 2007, 296, 306.

⁶³ Dies gilt besonders dann, wenn der Angeklagte über seine Obliegenheit informiert werden sollte, dass er sich regen muss, wenn er eine mangelhafte Verteidigungsqualität später noch rügen will. Nach dem heute vorherrschenden Ansatz, der einen für Gericht / Staatsanwaltschaft offenkundigen Fehler fordert, wäre dies freilich geboten, wenn der Staat tatsächlich allein auf Grund des Schweigens nach einem verurteilenden Verfahrensabschluss beanspruchen will, er stütze seine Strafe auf ein fair durchgeführtes Verfahren.

⁶⁴ Vgl. *Ignor/Matt/Weider, MAH-Strafverteidigung* (Fn. 54), § 13 Rn. 55; siehe auch *Salditt*, in: *Mandant und Verteidiger* (2000), S. 25, 27 ff.: Der Verteidiger muss sich den Vorrang seiner Einschätzung „erwerben“.

Strategie führt. Damit wären aber auch diejenigen Innenverhältnisse der Verteidigung von den Qualitätsmaßstäben erreicht, in denen sie *präventiv* durchaus heilsam an die zu leistenden Verteidigungsarbeiten und an die nötige Abstimmung mit dem Mandanten erinnern könnten. Zudem ist zu betonen, dass etwaige unbegründete oder überzogene Versuche von Seiten der Staatsanwälte und/oder des Gerichts, den Verteidiger in den Augen des Mandanten schlecht zu machen und damit das Vertrauensverhältnis innerhalb der Verteidigung zu torpedieren, ihrerseits als reversible Eingriffe in die Verteidigung zu bewerten wären, die insbesondere die Besorgnis der Befangenheit auslösen können.

Allgemein dürfte es geboten sein, dass die Verteidiger eine Thematisierung der Schlechtverteidigung nicht allein als ein per se ehrenrühriges und möglicherweise haftungsrelevantes Ärgernis sehen.⁶⁵ Zu berücksichtigen ist dabei, dass der hier verfolgte Maßstab des Art. 6 EMRK nicht daran ansetzt, pauschale Urteile über die persönliche Leistungsfähigkeit des Verteidigers im Allgemeinen zu fällen: Vielmehr ist für das jeweilige Verfahren konkret zu prüfen, ob Rechte des Art. 6 EMRK verletzt worden sind.⁶⁶ Auch Verteidiger sollten der Thematisierung des Problems der Schlechtverteidigung somit zugunsten der Mandanten durchaus näher treten können. Die Selbstverständlichkeit, mit der Verteidiger aus einem zu Rechtsverletzungen führenden Versehen von Richtern und Staatsanwälten die gebotenen Folgen für den Mandanten ableiten, sollte im Ergebnis auch dann walten, wenn einem Verteidiger – etwa wegen der überhöhten Darlegungsanforderungen – ein Versehen bei der Verteidigung selbst unterlaufen ist oder eine zu knappe Zeitplanung letztlich unabsichtlich zu einer unangemessenen Vorbereitung geführt hat. Es wäre menschlich erstaunlich, unterliefen nur der Justiz und nicht auch den Verteidigern Fehler, zumal die Verteidiger als Freiberufler unter einem besonderen Druck stehen, von ihrem Beruf auch anständig leben zu müssen. Vereiteln aufgetretene Fehler die Verwirklichung eines Menschenrechts, sollten es nicht gerade die Verteidiger sein, die sich dafür einsetzen, die mangelhafte Verteidigung weiter wie bisher einfach hinzunehmen, wenn es doch Lösungen gibt, die nicht in einer Überwachung der Verteidiger bestehen.⁶⁷

⁶⁵ Vgl. auch zur zivilrechtlichen Haftung *Barton*, in: MAH-Strafverteidigung (Fn. 54), § 57 Rn. 4.

⁶⁶ Vgl. insoweit aus der englischen Rechtsprechung R. v. Nangle [2001] CrimLR 506 f. m. zust. Anm. *Ashworth*.

⁶⁷ Anzumerken ist dabei, dass etwaige Manipulationsmöglichkeiten, über (behauptete) Verteidigerfehler zu Urteilsaufhebungen oder anderen Verfahrensvorteilen zu gelangen, kaum praktische Relevanz erlangen dürften und durch Gegenmaßnahmen weitgehend abzuwenden wären, vgl. auch *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 906 f.

V. Die Verschärfung des Problems durch die real praktizierte Handhabung der Strafprozessordnung

1. Die prinzipielle Unabhängigkeit vom Prozessmodell

Das Problem der Schlechtverteidigung ist vor allem in Parteiprozessen längst ein Standardthema, das auch zur Anerkennung einer Rechtsmittelrüge der unwirksamen Verteidigung geführt hat.⁶⁸ Die Verteidiger der Parteiprozesse leben also hier mit der Last einer Qualitätskontrolle, ohne dass diese die Verteidigung etwa in England oder in den USA zum Erliegen gebracht hätte. Schon allgemein ist indes zu betonen, dass der Schutz gegen Schlechtverteidigung nicht nur in Parteiverfahren geboten ist.⁶⁹ Auch der Richter eines ohne Verteidiger geführten inquisitorischen Verfahrens muss sich eingestehen, dass er nie sagen kann, ob dieses Strafverfahren mit einem aktiven Verteidiger mit dem gleichen Ergebnis geendet hätte, selbst wenn er das Verfahren aus seiner Sicht nach bestem Wissen und Gewissen geführt hat.⁷⁰ Die autonome Verteidigung ist auch neben der objektiven Verfahrensführung durch das Gericht von eigenständiger Bedeutung. Sie repräsentiert ein notwendiges und eigenständiges Kernelement des reformierten Inquisitionsprozesses, der den Angeklagten als ein Prozesssubjekt anerkennt, das über den Verteidiger erst praktisch handlungsfähig wird.⁷¹ So kann zum Beispiel ein Richter nicht notwendig richtig und fair prozessieren, wenn ihm entscheidende und anders nicht verfügbare Informationen aus dem Innenverhältnis der Verteidigung auf Grund einer Schlechtverteidigung nicht verfügbar gemacht werden. Bestätigt wird all dies auch durch den Blick in andere, deutschsprachige Prozessrechte: So wird das Recht auf eine wirksame formelle Verteidigung gerade im Kontext der Schlechtverteidigung auch in schweizerischen Strafverfahren seit langem in allen Prozessstadien zu einem ernsthaften Thema gemacht, obgleich auch hier reformierte Inquisitionsverfahren vorliegen.⁷²

2. Zuspitzung des Problems durch die Annäherung an den Parteiprozess

Wenn in einem Inquisitionsverfahren aber die inquisitorischen Schutzinstitute wie die Garantie der objektiven Rechtmäßigkeit des Verfahrens und ihrer Prüfung durch das Gericht immer mehr auf dem Rückzug⁷³ sind, wenn

⁶⁸ Vgl. zu England und den USA neben den bereits gegebenen Nachweisen etwa m.w.N. *Bohlander StV* 1999, 562 ff.; *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 868 ff.

⁶⁹ Siehe etwa in diese Richtung schon *Wach*, Binding-FG, S. 1, 33 f.; näher *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 875 ff.

⁷⁰ Dies greift ein dahingehendes Statement von Professor *Meyer-Gößner* auf, das er auf dem 24. Strafverteidiger-Kolloquium in Hamburg am 9. November 2007 in einer Diskussion zur „aktiven Verteidigung“ geäußert hat.

⁷¹ Vgl. insoweit *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 350 f., 477 ff., 502 ff., 847 f.

⁷² Vgl. schon die Nachw. in Fn. 42.

⁷³ Wohl gemerkt ist nicht der *Inquisitionsprozess* schlechthin auf dem Rückzug. Die heutige Absprachenpraxis mit ihrer Fixie-

Gerichte mehr und mehr auf die Aktivität der Verteidigung und damit der Verteidiger konstitutiv setzen, bevor sie in revisible Prüfungen zugunsten des Angeklagten eintreten, dann wird unmittelbar handgreiflich, wie bedeutsam die Frage nach der Qualität der formellen Verteidigung nunmehr auch in Deutschland geworden ist.⁷⁴ Sie wird mehr und mehr zur entscheidenden Weichenstellung, insbesondere wenn in der Revision über Verfahrensrügen zu befinden ist. Wenige Beispiele zeigen hier die Entwicklung, die vor allem durch den 1. Strafsenat befördert wird: So sollen die Tatrichter heute die Rechtmäßigkeit von Ermittlungsmaßnahmen, die tief in Grundrechte eingreifen, letztlich vermuten.⁷⁵ Ganz allgemein sollen Verwertungsverbote auch dann von Widersprüchen abhängig sein, wenn nicht belegt ist, dass der davon belastete Angeklagte das Verwertungsverbot überhaupt gekannt hat.⁷⁶ Die Widerspruchslösung selbst wird nun wie gesehen noch verschärft, indem das Tatgericht die Rechtmäßigkeit seines Vorgehens bei der Beweisverwertung nur noch prüfen muss, wenn und soweit der Verteidiger einen Widerspruch erhoben hat. Über das „Argument“ des als objektive Eingriffsformel benutzten Beschleunigungsgrundsatzes wird schließlich insbesondere die Qualität der Verhandlung und ihrer Dokumentation gesenkt.⁷⁷ Schließlich stehen verfahrensrechtliche Anliegen des Angeklagten mehr und mehr wieder hinter § 344 II 2 StPO zurück, dessen Anforderungen die Revisionsgerichte offenbar nun wieder ausreizen,⁷⁸ nachdem die früher beim BVerfG lange anhängige Verfassungsbeschwerde ausgestanden ist.⁷⁹

3. Die Außerkraftsetzung schützender Formen durch die Absprachenpraxis

Nur knapp ist zu ergänzen, dass die vermeintliche Entbehrlichkeit wirksamerer Maßstäbe gegen die Schlechtverteidigung auch durch die heute unumstößliche Absprachenpraxis in Frage gestellt wird. Mit der heutigen Praxis, die aus den strengen Formen der StPO eher einen Darstellungsrahmen für die Ergebnisse werden lässt, die durch ein unregelmäßiges und ungeschriebenes Aushandeln erzielt worden sind, verlieren bekanntlich viele der schützenden Formen des kontinentalen Inquisitionsprozesses moderner Prägung weiter an Bedeutung. Überschätzt man auch in diesem Kontext den Angeklagten nicht, ist sein prozessuales Schicksal auch hier ganz weitgehend damit verknüpft, ob der Verteidiger tatsächlich auf der Grundlage einer ansprechenden Analyse des Falles und mit einem hinreichenden Widerstandspoten-

zung auf ein Geständnis trägt erkennbar Züge eines scheinbar überwundenen Prozessansatzes.

⁷⁴ Vgl. schon vorausschauend *Ventzke* StV 1997, 543, 548: Die Widerspruchslösung provoziert geradezu die Frage nach der Anerkennung einer Rüge unzureichender Verteidigung; auch *Bohlander* StV 1999, 562 ff.

⁷⁵ Vgl. so BGHSt 51, 1 ff.

⁷⁶ Siehe schon oben II. 2.

⁷⁷ Vgl. BGH HRRS 2007 Nr. 900 und BGH GS BGH StV 2007, 403 ff. = HRRS 2007 Nr. 600 m. abl. Bespr. *Hamm* NJW 2007, 3166 ff.

⁷⁸ Vgl. etwa BGH StV 2005, 228 und BGH NStZ 2007, 171, 172.

⁷⁹ Vgl. BVerfGE 112, 185, 212 ff.

tial dem Gericht gegenübertritt.⁸⁰ Nicht nur beim Gericht, sondern auch beim Verteidiger ist zu befürchten, dass die eigenständige Prüfung des Sachverhaltes und der Verteidigungschancen all zu schnell durch einen Konsensmaxime ersetzt wird, die dem Angeklagten – da er den Konsens in seinen rechtlichen Grundlagen nicht wirklich beurteilen kann – keineswegs immer nur zum Vorteil gereichen muss.⁸¹ Berücksichtigt man, dass die hier beteiligten Juristen oft eine „courtroom workgroup“ bilden und die typische, sich wiederholende Besetzung der Strafverfahren darstellen, während der Angeklagte den „casual one-day actor“ gibt,⁸² muss auch hier Vorsorge getragen werden, damit Rechtsverletzungen durch Verteidiger nicht ohne Not hingenommen werden. Verteidiger die bewusst oder unbewusst zum Geständnisgaranten für das Gericht mutieren, die zu einem streitigen Prozess gar nicht mehr in der Lage und die auf diesen auch nicht vorbereitet sind, werden besonders eindrücklich aber nicht nur für Parteiprozesse beschrieben.⁸³ Bei allem Vertrauen darauf, dass Verteidiger prinzipiell eine gute Arbeit leisten und das für den Angeklagten oft im Ergebnis vorteilhafte Mittel der Absprache sorgsam einsetzen: Es wäre erstaunlich, sollte diese verkümmerte Form aktiver Verteidigung nicht auch in den heute tatsächlich praktizierten deutschen Verfahren in einem zählbaren Ausmaß anzutreffen sein.

VI. Würdigung der Entscheidung zur Schlechtverteidigung

Geht man von jenen Prämissen aus, ist dem 1. Strafsenat in vielem zuzustimmen. Ebenso lässt seine Entscheidung

⁸⁰ Vgl. statt vieler *Ignor/Matt/Weider*, MAH-Strafverteidigung (Fn. 54), § 13 Rn. 55: „In kaum einer anderen Situation hängt das „Wohl und Wehe“ des Mandanten so sehr vom Rechtsrat seines professionellen Beraters ab.“ (bezogen auf „do-ut-des“-Absprachen); vgl. auch die Bedenken bei BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.

⁸¹ Siehe etwa m.w.N. *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1899 ff.; *Weider* StV 2003, 406, 408 ff.: Verteidiger spielen Lotto; *Gatzweiler* StraFo 2001, 187, 188, 191; *Schlothauer* StV 1981, 443 f.: Verteidiger, die „keine Schwierigkeiten machen“; *Münchhalff* StraFo 1997, 230, 232; *Rogat* JR 1998, 252, 253; zu den Gefahren der Verständigung zusf. *Ignor/Matt/Weider*, MAH-Strafverteidigung (Fn. 54), § 13 Rn. 36 ff. m.w.N.

⁸² Vgl. anhand empirischer Untersuchungen zum englischen Strafverfahren m.w.N. *McConville/Hodgson/Bridges/Pavlovic*, Standing Accused – The organisation and practices of criminal defence lawyers in Britain (1994), S. 185 ff., wobei sie eher geteilte Wert- und Schuldüberzeugungen als Ursachen von Schlechtverteidigung ansehen; *Uglow*, Criminal Justice (2. Aufl. 2002), S. 218 f.: Gericht und (Staats-)Anwälte sind „the cast of the play“, während der Angeklagte den „casual one-day actor“ gibt; zur problematischen Tendenz zur kollaborativen Verteidigung im Gegensatz zur konfrontativen Verteidigung *Ashworth* (Fn. 31), S. 296; vgl. auch *Weider* StV 2003, 406, 409; *Gatzweiler* StraFo 2001, 187, 190 f.; BGH NJW 2004, 2536, 2538 f.

⁸³ Vgl. *Dershowitz*, The Best Defence (1983), S. 410 f.: „a world full of underzealous, lazy and incompetent lawyers“; *Ashworth* (Fn. 31), S. 306; *Bottoms/McClean*, Defendants in the criminal process (1976), S. 231, 158 ff.; ; m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 848 ff.; vgl. auch zu Deutschland z.B. *Burhoff* StV 1997, 432 ff.; *Barton*, Mindeststandards der Verteidigung (Fn. 2), S. 24 ff.; *Weider* StV 2003, 406, 408 ff.; *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1901 f.; *Gatzweiler* StraFo 2001, 187, 190.

aber in grundlegenden Fragen erkennen, dass die Maßstäbe der deutschen Rechtsprechung zur Schlechtverteidigung kritikwürdig sind.

1. Positive Aspekte

So ist es zustimmungswürdig, dass der 1. Strafsenat die prinzipielle Eigenständigkeit des Vorgehens der Verteidigung und die unmögliche allgemeine Überwachung betont. Positiv ist auch anzuführen, dass der 1. Strafsenat weder dazu ansetzt, über den hier verteidigenden Anwalt im Allgemeinen persönlich zu urteilen, noch ein pauschal anmutendes Urteil über die allgemeine Leistungsfähigkeit von Fachanwälten und nicht (formal) spezialisierten Rechtsanwältinnen formuliert. Es mag durchaus sehr klug sein, primär Fachanwälte in Kapitalstrafsachen als Pflichtverteidiger zu bestellen, zumal im Schnitt Verteidigerfehler bei Spezialisten eher seltener auftreten dürften. Indes muss aber berücksichtigt werden, dass ein zu eng gezogener Kreis der möglichen Pflichtverteidiger auch im Konflikt zum Recht auf einen Verteidiger des Vertrauens steht, das nicht notwendig nur einem Fachanwalt geschenkt werden muss. Ganz allgemein ist es der bessere und zielführende Weg, nicht an einem allgemeinen Urteil über den fraglichen Verteidiger anzusetzen. Es ist anstatt dessen jeweils die Frage zu stellen, ob die Qualität der Verteidigung im konkret vorliegenden Verfahren Rechte des Art. 6 EMRK verletzt hat und insofern nicht mehr tolerabel war, mithin zu einem eigenständig revidiblen Rechtsfehler geführt hat.

2. Grundsatzkritik: Ansatz am Recht auf eine konkrete und wirksame Verteidigung

Eben hier liegt sodann aber auch der wesentliche Einwand gegen die Entscheidung des Senates und der deutschen Rechtsprechung im Übrigen: Der Ansatz muss an der Herbeiführung autonomer und wirksamer Verteidigung erfolgen. *Nicht die objektive Fürsorgepflicht*, unter deren Mantel das Entgleiten in einen bevormundenden Eingriff zwar nicht notwendig erfolgen muss, wohl aber konzeptionell denkbar erscheint, darf der Ausgangspunkt sein. Vielmehr muss von vornherein die Prüfung anhand des Maßstabs erfolgen, ob das Verhalten eines Verteidigers durch ein einzelnes Vorkommnis oder in seiner Gesamtheit Rechte des Art. 6 EMRK hat leer laufen lassen, ohne dass dies dem Angeklagten berechtigt zuzurechnen ist.⁸⁴ Ist dies festzustellen, muss eine entsprechend erhobene Verfahrensrüge durchgreifen. Die Rüge unwirksamer Verteidigung ist in jedem Fall ernsthaft zu prüfen und nicht so aufzunehmen, als „verkenne“ eine Revision, die sich immerhin auf Grundsätze des EGMR berufen kann, schon „im Ansatz“ etwas. Vielmehr muss die zu enge Ansicht des 1. Strafsenats kritisiert werden, der sich offenbar als einzige Handlungsweise von Staatsanwaltschaft und Gericht die Überwachung und die Entpflichtung von Verteidigern vorstellen kann. Richtig ist dagegen, dass zum Beispiel auch eine Pflichtenmahnung als milderer Mittel regelmäßig in Betracht kommt und dass einer tatsächlich unwirksamen Verteidigung auch ohne

⁸⁴ Vgl. näher Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 895 ff., auch S. 892 f.

Überwachung noch über das Mittel der Revision abgeholfen werden kann.⁸⁵ In unserem Fall hätte zum Beispiel auch die Frage des Verteidigers nach der Übernahme der Dolmetscherkosten schlicht beantwortet werden können, um einer etwaig behinderten Verteidigungskommunikation entgegen zu wirken. Die zur Äußerung aufgeforderte Staatsanwaltschaft hätte die Anfrage entsprechend ihrer übrigen Praxis in diesem Verfahren bejahend beantworten müssen.

In dieser Perspektive überzeugt die Entscheidung des 1. Strafsenats so aber im Ergebnis nicht. Dies ist insbesondere deshalb der Fall, weil bei Art. 6 EMRK stets auch eine Gesamtbetrachtung der gerügten einzelnen Prozessvorkommnisse veranlasst ist, was auch Mitglieder des 1. Strafsenates bereits betont haben.⁸⁶ Diese Gesamtbetrachtung ist nicht etwa nur geboten, wenn es darum geht, zum Beispiel Beeinträchtigungen des Konfrontationsrechts mit Blick auf das Gesamtverfahren unbeachtlich sein zu lassen,⁸⁷ sondern sie ist gerade auch zugunsten des Angeklagten anzustellen, ohne dass überzogene Darlegungsvoraussetzungen dies entbehrlich machen könnten.⁸⁸ Im Fall bestehen so insgesamt doch erhebliche Zweifel daran, dass in der hier betroffenen Kapitalstrafsache eine vertrauensvolle und fruchtbare Verteidigungszusammenarbeit stattgefunden hat:

3. Fallbeurteilung

Zunächst mag man noch teilen, dass eine zwingende erneute Anhörung nach der Auswahl des Verteidigers, den die Staatsanwaltschaft vorgeschlagen hat, nach der Anheimstellung der Auswahl durch den Angeklagten nicht aus dem Recht auf Verteidigung abzuleiten ist. Aber schon hier muss man auch einbeziehen, dass eine Vorauswahl durch die Staatsanwaltschaft in den Augen eines Angeklagten Zweifel säen kann. Diese sind angesichts des für eine wirksame Verteidigung vorauszusetzenden Vertrauensverhältnisses bedenklich, denn auch wenn die Staatsanwaltschaft nach deutschem Verständnis keine Partei ist, obliegt ihr doch nach wie vor die Aufgabe der Anklage.⁸⁹ Hierin konnte ein Erschweris für das Entstehen einer vertrauensvollen Zusammenarbeit als Grundlage einer jeden wirksamen Verteidigung liegen, zumal der ausgewählte Verteidiger sodann wegen des Urlaubs in der sensiblen Zeit nach der Verhaftung

⁸⁵ Vgl. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 913 ff., 892 f.; siehe auch Barton, in: *Sicherheitsstaat und Strafverteidigung* (1989), S. 187, 194; Graf (Fn. 42), S. 95 ff., 108.

⁸⁶ Vgl. nur Nack, *Sonderheft NJW für Gerhard Schäfer* (2002), S. 46 ff., 50 ff., der dies mit anschaulichen Bildern beschreibt und betont.

⁸⁷ So aber z.B. BGH NJW 2005, 1132 = HRRS 2005 Nr. 74; dagegen etwa Gaede JR 2006, 292 ff.

⁸⁸ Vgl. etwa Stavros (Fn. 2), S. 43, 337 ff.; Nack (Fn. 86), S. 46, 50 ff.: Vorteil der Perspektive des EGMR; Nelles und Trechsel, bei Julius, ZStW 115 (2003), 671, 692 f.; Gaede StV 2006, 599, 600 f.; Ambos ZStW 115 (2003), 583, 613 f.

⁸⁹ Dazu, dass bei der Verteidigerauswahl darauf Bedacht zu nehmen ist, dass die Art und Weise der Bestellung die Entstehung eines Vertrauensverhältnisses nicht unterminiert, vgl. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 11), S. 583 f.; dazu, dass es gemäß Art. 6 EMRK nicht auf die Objektivitätspflichten, sondern funktional auf die verbleibende Aufgabe der Anklagevertretung ankommt, vgl. Gaede HRRS 2004, 44, 51 f.

nicht für den Mandanten zur Verfügung stand. Zudem muss in einem – so betont es der Senat selbst – langwierigen Verfahren ein lediglich zweimaliger Besuch in der Haft bei einer Kapitalstrafsache schon erstaunen. Dies erweckt ebenfalls den Eindruck, dass der geschene Austausch insbesondere bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung kaum rege gewesen sein kann. Der Angeklagte könnte gerade im oft vorentscheidenden Ermittlungsverfahren wenig Unterstützung erlangt haben.⁹⁰ Kommt dann noch wie hier hinzu, dass der Verteidiger die staatliche Dolmetscherunterstützung tatsächlich nicht eingefordert hat, sondern – und das ist die Grundaussage des mitgeteilten Schreibens! – schlicht der Staatsanwaltschaft anheim gestellt hat (!), müssen vor dem Hintergrund einer Kapitalstrafsache ernste Zweifel daran bestehen, ob in diesem Verfahren eine hinreichende Kommunikation zwischen Verteidiger und Angeklagtem stattgefunden hat. Ohne eine solche hinreichende Kommunikation mit dem Angeklagten ist aber eine wirksame Verteidigung ausgeschlossen, denn diese hat eine hinreichende Vorbereitung *mit dem Mandanten* zur Voraussetzung. Hinzu kommt, dass der EGMR bereits verdeutlicht hat, dass die nationalen Gerichte die Beurteilung der Sprachfähigkeit eines Angeklagten nicht ohne weiteres seinem Verteidiger überlassen dürfen, wenn sie selbst von erheblichen Sprachproblemen des Angeklagten erfahren haben, was hier angesichts der eigenen Entscheidung für die Hinzuziehung eines Dolmetschers der Fall ist.⁹¹ Die Gerichte haben als „*ultimate guardian of the fairness of the proceedings*“ selbst für die hinreichende Verwirklichung des Teilrechts auf Hinzuziehung eines unentgeltlichen Dolmetschers einzustehen, so wie es gemäß Art. 6 III lit. e EMRK garantiert wird.

Es spricht in der Gesamtbetrachtung der vom Senat nur einzeln abgehandelten Phänomene daher viel dafür, dass in dem vorliegenden Verfahren tatsächlich Anlass dazu bestand, die Rüge unwirksamer Verteidigung in der Revision erfolgreich sein zu lassen, weil der Verteidiger hier seinen Aufgaben nach Art. 6 III lit. b und c EMRK nicht hinreichend nachgekommen sein dürfte und so auch das Teilrecht des Art. 6 III lit. c EMRK beeinträchtigt haben könnte. Will man den gebotenen effektiven Schutz erzielen, dürfen die darzulegenden Indizien nicht unerreichbar hoch angesetzt werden. Ebenso ist nicht ersichtlich, dass das Ausbleiben der wirksamen Verteidigung hier dem Angeklagten *berechtigt* anzulasten war. Allerdings ist ein abschließendes Urteil über die Unwirksamkeit der Verteidigung nach Art. 6 EMRK hier wohl nicht möglich, da über den Sachverhalt und die immerhin noch erfolgte Kommunikation insbesondere im Umfeld der Hauptverhandlung letztlich nicht genug bekannt ist. Der Senat hielt diesen Punkt nach seiner Rechtsauffas-

sung nicht für ansprechenswert, möglicherweise enthielt die Revision insoweit auch keine Angaben. Festzuhalten ist immerhin, dass die Rüge unwirksamer Verteidigung in diesem Fall, die auch dem Senat bereits neun Umdruckseiten zu ihrer Abarbeitung abverlangt hat, keineswegs aussichtslos war. Sie ist als Beispiel dafür zu nehmen, dass derartige Rügen in geeigneten Fällen über eine an Art. 6 EMRK orientierte Argumentation durchaus Erfolg versprechen können.

VII. Fazit und Folgerungen

Auch derjenige, dem die Freiheit und Konfliktfähigkeit der Verteidigung etwas gelten, kann für verbesserte Strategien gegen die Schlechtverteidigung streiten. Diese Strategien zielen weder auf eine optimale Verteidigung, noch setzen sie jede unprofessionelle Verhaltensweise sofort mit einem Verstoß gegen die Menschenrechte gleich. Aufzufordern ist aber dazu, das Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung und damit das Recht auf ein faires Verfahren insgesamt verbessert gegen einen Leerlauf zu schützen. Auf Szenarien wie eine „Verteidigerüberwachung durch die Staatsanwaltschaft“ braucht hierfür niemand zurückgreifen.

Lösungen sind zu den einzelnen Bereichen des Prozessrechts zu entwickeln, zumal auch die Rechtsprechung des EGMR hierzu Anlass bietet.⁹² Als Lösungsstrategie kommt zuallererst die Prüfung von Darlegungs- und Berufungsobliegenheiten auf ihre Übersteigerung an, da hiermit bislang tolerierte Schlechtverteidigungen in erheblichem Umfang ihre verheerende Wirkung verlören. Als Beispiele liegen die Aufgabe der Widerspruchslösung zugunsten einer Zustimmungslösung ebenso auf der Hand, wie die Zurücknahme übersteigter Darlegungsforderungen bei § 344 II 2 StPO. Darüber hinaus ist eine Umstellung fragwürdiger „Fürsorgegrundsätze“ auf differenzierte Lösungen in Angriff zu nehmen, die sich auf die Verwirklichung des autonom wahrzunehmenden Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung verpflichten. Vor allem in der Revision, so scheint es, werden sich bislang ungenutzte und verwehrte Möglichkeiten eröffnen müssen, die das Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung vermehrt zur Geltung bringen. Wem das Recht auf eine wirksame Verteidigung tatsächlich etwas wert ist, der belässt es nicht dabei, möglicherweise prozessentscheidende Versäumnisse des Verteidigers ohne überzeugenden Grund stets und damit vor-schnell als ein unabwendbares Schicksal des Angeklagten zu begreifen.

⁹² Vgl. abermals beispielhaft nur *Meyer-Goßner* (Fn. 39), § 338 Rn. 41 im Anschluss an Czekalla.

⁹⁰ Zur Bedeutung der Beistandspflicht des Verteidigers gerade bei der Untersuchungshaft vgl. *Barton* (Fn. 17), § 3 Rn. 38; m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 11), S. 509, 571 ff.

⁹¹ Vgl. EGMR, *Cuscani v. Großbritannien*, 24.9.2002, §§ 38 ff., freilich war dort anfangs auch in der Verhandlung kein Dolmetscher zugegen, es geht also nicht um eine schlichte „Entscheidungsanwendung“.

Verfahrensdokumentation

Schweigerecht des Strafverteidigers in Gefahr? - Zur verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schweigerechts des Anwalts am Fallbeispiel der Verfassungsbeschwerde in Sachen 1 BvR 3069/06

von Rechtsanwalt Dr. jur. Ingo E. Fromm, Koblenz*

I. Einleitung

Momentan befasst sich das Bundesverfassungsgericht in Sachen 1 BvR 3069/06 mit der Streitfrage, ob einem Strafverteidiger ein Schweigerecht vor Gericht zuzubilligen ist, genauer ob einem angestellten Rechtsanwalt als Zeuge ein Schweigerecht in einem anwaltlichen Honorarverfahren im Zivilprozess zusteht. Die Entscheidung wird mit besonderer Spannung erwartet, da im Falle einer Nichtannahme oder Abweisung der Verfassungsbeschwerde zu befürchten wäre, dass die Verschwiegenheitsverpflichtung eines Strafverteidigers aufgeweicht wird. Dies hätte unabsehbare Konsequenzen für die Vertrauensstellung eines Anwalts. Tatsächlich sind das Verschwiegenheitsgebot sowie das Verbot der Wahrnehmung widerstreitender Interessen als die letzten berufsspezifisch bedeutsamen Pflichten verblieben.¹ Der spätere Beschwerdeführer vor dem Bundesverfassungsgericht hatte als angestellter Rechtsanwalt im Jahr 2004 die Strafverteidigung des späteren Beklagten in zwei Fällen übernommen. Die anwaltliche Vollmacht lautete nur auf den angestellten Anwalt und späteren Beschwerdeführer. Der Anwaltsarbeitgeber hatte nach erfolgloser vorgegerichtlicher Mahnung das Anwaltshonorar gegen den ehemaligen Mandanten des zwischenzeitlich aus der Kanzlei ausgeschiedenen Angestellten vor dem Amtsgericht eingeklagt. Die Höhe der Anwaltsgebühren betrug EUR 889,71. Eine Abtretung des - wohl beim mandatierten angestellten Rechtsanwalt entstandenen - Anwaltshonorars an den klagenden Anwaltsarbeitgeber war nicht erfolgt. Der Angestellte wurde später als Zeuge vom Amtsgericht geladen, da der Beklagte teilweise die Mandatierung, ferner die Leistungserbringung durch den Beschwerdeführer bestritt. Im Übrigen berief sich der zwischenzeitliche Beklagte auf Schlechtleistung. Der Beschwerdeführer war zu dieser Zeit bereits aus der Kanzlei des ehem. Anwaltsarbeitgebers ausgeschieden.

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht in der Koblenzer Anwaltskanzlei Dr. Caspers & Mock und am Verfahren beteiligt.

¹ Kleine-Cosack, F.A.Z. vom 14.07.2007, S. 12.

II. Zivilprozessuale Grundlagen des Schweigerechts

Zivilrechtlich ist das Recht bzw. die Verpflichtung zur Verschwiegenheit des Rechtsanwalts und seiner Mitarbeiter in § 383 I Nr. 6 ZPO geregelt. Hiernach können Personen, denen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschriften geboten ist, in betreff der Tatsachen, auf welche sich die Verpflichtung zur Verschwiegenheit bezieht, das Zeugnis verweigern. Das Zeugnis kann der Rechtsanwalt in Bezug auf Tatsachen, die er auf Grund seiner Vertrauensstellung wahrgenommen hat, vor Gericht verweigern. Dass die Verschwiegenheitsverpflichtung aufgehoben ist, wenn der Geschützte den Anwalt von seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbunden hat, ergibt sich aus § 385 II ZPO. Im zuletzt genannten Fall besteht kein Konfliktpotential mehr zwischen der grundsätzlichen Pflicht zur Zeugenaussage und der Gefahr einer Strafbarkeit. Wird ihm die Entscheidung der Partei über die Frage der Entbindung nicht bekannt gegeben, so muss er davon ausgehen, dass seine Verschwiegenheitspflicht bestehen bleibt.²

Der Beklagte erklärte – auf schriftliche Nachfrage des Zeugen –, dass er ihn nicht von der Schweigepflicht entbindet. Dennoch lud das Amtsgericht den ehem. Strafverteidiger des Beklagten:

"Zum Umfang und zu der Art des Tätigwerdens für den Beklagten in den Jahren 2004, 2005, soweit die Tätigkeiten zu den beiden Rechnungen vom 11.01.2005 und 12.01.2005 geführt haben (Az. 3399-04 MH/PI und 3542-04 FR/PI).

Bringen Sie bitte etwa vorhandene schriftliche Unterlagen hierzu mit."

² Lenckner, NJW 1964, S. 1190.

Daraufhin richtete der angestellte Rechtsanwalt folgenden Schriftsatz an das Amtsgericht:

„An das
Amtsgericht

Im Rechtsstreit
A ./ B
hier: Zeugenvernehmung Rechtsanwalt C

erklärt der Unterzeichner die Zeugnisverweigerung förmlich im Sinne von §§ 386 I, 495 ZPO. Als damaliger anwaltlicher Vertreter des Beklagten steht dem Unterzeichner ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 I Nr. 6 ZPO zu. Der Beklagte hat den Unterzeichner nicht von seiner Schweigepflicht entbunden (§ 385 II ZPO). Das Beweisthema erstreckt sich auf Fragen, die dem Unterzeichner im Rahmen des Mandats anvertraut worden sind. Obiges wird gem. §§ 386 II, 294 ZPO anwaltlich versichert. Da der Zeuge von seinem Schweigerecht Gebrauch macht, wird bereits vor dem Termin mitgeteilt, dass er aus diesem Grunde nicht zur Hauptverhandlung am 05.09.06 erscheinen wird, vgl. § 386 III ZPO.

Rechtsanwalt C
Unterschrift“

Im Gegensatz zu den strafrechtlichen Parallelvorschriften muss ein zur Verschwiegenheit verpflichteter Zeuge also vor Gericht gar nicht erst erscheinen, wenn er ein Schweigerecht hat und sich hierauf beruft. Hier kann der schweigeberechtigte Zeuge gegenüber dem mit der Sache befassten Gericht schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle auch schon vor dem Termin eine Erklärung abgeben, dass er sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, um ein persönliches Erscheinen zu vermeiden, § 386 ZPO. Weiter sind gem. § 386 I ZPO die Tatsachen, die zu seinem Schweigerecht führen, im Sinne von § 294 ZPO glaubhaft zu machen. Zur Glaubhaftmachung genügt in den Fällen des § 383 I Nr. 6 ZPO die mit Berufung auf seinen geleisteten Diensteid abgegebene Versicherung: "Anwaltliche Versicherung". Hat der schweigeberechtigte Anwalt diese Erklärung formal richtig abgegeben und glaubhaft gemacht, so bestimmt § 386 III ZPO, dass der Zeuge aufgrund seiner Weigerung von der Pflicht zum persönlichen Erscheinen entbunden ist. Dies setzt natürlich voraus, dass das Weigerungsrecht die ganze Beweisfrage umfasst. Oft enthält die Ladung schon die Beweisfrage, so dass sich der Zeuge Klarheit über den Inhalt seiner Aussage und die Tangierung seiner Schweigepflicht verschaffen kann. Ist eine Vernehmung auch zu Fragen nötig, die nicht von seinem anwaltlichen Schweigerecht umfasst sind, so würde die Gefahr bestehen, dass trotz Erklärung der Zeugnisverweigerung vor einem Termin gegen ihn aufgrund des Ausbleibens ein Ordnungsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft festgesetzt wird, vgl. § 380 ZPO.

Das mit der Sache befasste Gericht darf im Falle der formal ordnungsgemäßen Erklärung der Zeugnisverweigerung sowie der Erklärung, dass er, der Zeuge, nicht zum Vernehmungstermin erscheint, keine Ordnungsmaßnahmen gem. § 380 StPO verhängen. Das Recht zum

Ausbleiben des Zeugen hängt also nicht davon ab, ob die Weigerung sachlich zu Recht erklärt wurde. Lehnt eine Partei des Rechtsstreits das Zeugnisverweigerungsrecht des Rechtsanwalts ab, ist ein Zwischenstreit hierüber gem. § 387 ZPO auszutragen. Über die Rechtmäßigkeit der Weigerung des Zeugen, vor Gericht zu erscheinen, entscheidet das Prozessgericht nach Anhörung der Parteien. Der Zeuge ist nicht verpflichtet, sich anwaltlich vertreten zu lassen. Er hat aber ein Recht hierzu, was jedoch weniger relevant bei anwaltlichen Zeugen ist. Entscheidet sich das Prozessgericht gegen die Rechtmäßigkeit der Zeugnisverweigerung, steht dem Zeugen gegen eine insoweit ablehnende Entscheidung des Prozessgerichts, die durch Zwischenurteil ergeht, das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu. Letztere ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen beim *judex a quo* gem. § 569 Abs. 1 ZPO einzureichen. Die Kosten in Höhe von 50,00 EUR trägt der Unterliegende.

III. Zivilrechtliche Rechtsprechung zum Schweigerecht von Anwälten

Da das Amtsgericht trotz entsprechender rechtlicher Ausführungen des Beschwerdeführers bei seiner Auffassung blieb, dass der Zeuge erscheinen müsse, und dies durch Zwischenurteil sodann auch feststellte, legte der Zeuge gegen diese Entscheidung sofortige Beschwerde zum Landgericht ein, welches aber der Rechtsauffassung des Amtsgerichts folgte.³

Daraufhin erhob der Zeuge Verfassungsbeschwerde in Karlsruhe. Das Amtsgericht setzte den Rechtsstreit aus, um den Zeugen nicht vor vollendete Tatsachen zu stellen.

Die Problematik, ob dem Rechtsanwalt als Zeugen oder einem ihm gesetzlich gleichgestellten berufsmäßig tätigen Gehilfen das Schweigerecht auch dann – noch – zusteht, wenn er bzw. sie als Zeugen in Anwaltshonorarprozessen geladen worden ist, ist nicht neu und befasste bereits vereinzelt die höchstrichterliche Rechtsprechung. Für Honorarprozesse ist es anerkannt, dass ein Anwalt nicht gehindert ist, das zur Erfüllung seiner Darlegungs- und Beweislast Notwendige vorzutragen, auch wenn er dadurch gegen das Verschwiegenheitsgebot verstößt. Da das Gesetz solche Klagen vorsieht (§ 11 RVG), ist die prozessual notwendige Substantiierung rechtmäßig. Dies bestimmt nunmehr auch ausdrücklich § 2 Abs. 3 BORA.⁴

Nach Auffassung der Rspr. ist der Ausnahmefall von der Schweigepflicht bei eigenen Honoraranträgen des Anwalts übertragbar auf Fälle, in denen der Honorarantrag nur durch Zeugenbeweis – durch angestellte Anwälte oder durch Büropersonal – nachweisbar ist. Auch hier habe der Beklagte durch seine Zahlungsverweigerung den Interessenkonflikt selbst verursacht und

³ Beschluss des LG Weiden vom 15.11.2006 – 2 T 130/06, MDR 2007, S. 484 f.

⁴ Die Pflicht zur Verschwiegenheit gilt nicht, soweit diese Berufsordnung oder andere Rechtsvorschriften Ausnahmen zulassen oder die Durchsetzung oder Abwehr von Ansprüchen aus dem Mandatsverhältnis oder die Verteidigung des Rechtsanwalts in eigener Sache die Offenbarung erfordern.

sei nicht schutzbedürftig. Daher dürfe auch der Zeuge, ohne sich strafbar zu machen (§ 203 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StGB) oder gegen Berufspflichten zu verstoßen, aussagen. Dass der Zeuge in dieser Konstellation aussagen dürfte, leuchtet noch ein. Fraglich ist nur, wie es sich verhält, wenn der Zeuge sich dafür entschieden hat, keine Aussage zu machen. Dieser Fall lag der Entscheidung des OLG Stuttgart⁵ zugrunde. Eine angestellte Rechtsanwältin hatte in einem Honorarprozess ihre Aussage verweigert. Die anwaltlichen Kläger hatten das Zeugnisverweigerungsrecht nicht für gegeben erachtet und eine Zwischenentscheidung gem. § 387 Abs. 1 ZPO zu dieser Frage beantragt. Das OLG Stuttgart kam zum Ergebnis, dass die Zeugin verpflichtet sei, ihre Aussage zu machen und wies das Berufen auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht zurück. Das Recht zur Zeugnisverweigerung wandle sich grundsätzlich in die Pflicht zur Aussage. Eine Abwägung der widerstreitenden Interessen der Bedeutung des Schweigerechts gegen das eingeklagte Anwaltshonorar könne im Einzelfall auch zu anderen Ergebnissen führen.

IV. Inhalt der Verfassungsbeschwerde

Der Beschwerdeführer hatte in seiner Verfassungsbeschwerde argumentiert, die angegriffenen Gerichtsentscheidungen verletzen ihn als Zeugen, Rechtsanwalt und Strafverteidiger in seiner Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG. Das Recht des Rechtsanwalts und Strafverteidiger zur Zeugnisverweigerung auf Fragen, die ihm anvertraute Tatsachen und den Umfang der Strafverteidigung betreffen, sei durch die Berufsausübung gem. Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.

Zweck der Vorschriften der §§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO und 53 StPO sei der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Berufsangehörigen und denen, die ihre Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen.

Die angegriffenen Entscheidungen der Gerichte würden zur Folge haben, dass sich die Schweigepflicht des Zeugen und Beschwerdeführers in eine prozessuale Aussagepflicht verkehren würde. Nach dem klaren Wortlaut des § 385 Abs. 2 ZPO bestehe für den Geheimnisträger eine Aussagepflicht nur, wenn er von der Schweigepflicht entbunden ist. Dies sei hier ausdrücklich durch den Beklagten abgelehnt worden. Darüber hinaus sei es die gesetzgeberische Entscheidung, dass Rechtsanwälte und Strafverteidiger nicht zur Aussage gezwungen werden können. Ein schwerer Schaden für die Allgemeinheit, die eine Offenbarung des Geheimnisses im Rahmen einer Interessenabwägung im Einzelfall rechtfertigen könnte, liege nicht vor. Die Berufsausübungsfreiheit des Zeugen und Beschwerdeführers wiege schwerer als das Recht anderer zur Eintreibung von Rechtsanwaltshonorar, zumal es nur um Anwaltshonorar in Höhe von ca. 900 EUR ging.

Die Schweigepflicht sei unverzichtbare Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung und damit Teil des Schutzes des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG.⁶ Diese Verschwiegen-

heitspflicht gelte im besonderen Maße auch für die Strafverteidigung. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt: „Nur wenn der Beschuldigte auf die Verschwiegenheit seines Verteidigers zählen kann, ist die Vorbedingung für das Entstehen eines Vertrauensverhältnisses geschaffen, ohne das eine Strafverteidigung nicht wirkungsvoll sein kann“. In der Tat hat die Vertraulichkeit von Gesprächsinhalten gerade für einen Strafverteidiger höchste Priorität. Müsste ein Strafverteidiger dieses Wissen in einer öffentlichen Hauptverhandlung offenbaren, so hätte dies für seine weitere berufliche Tätigkeit verheerende Auswirkungen.

Weiter rechtfertige schon allein die Gefahr der Begehung einer strafrechtlich relevanten Handlung (§ 203 StGB) sowie der anwaltsgerichtlichen Ahndung die Annahme einer existentiellen Verletzung der Berufsausübungsfreiheit. Eine dahin gehende Grundrechtsverletzung, die von den Zivilgerichten angeordnet wurde, könnte nur durch das Bundesverfassungsgericht vereitelt werden. Nach einer Zeugenvernehmung des Beschwerdeführers wäre Erledigung eingetreten. Die berufsrechtliche Pflicht zur Verschwiegenheit des Rechtsanwalts ist gem. § 43 a II S. 2 BRAO umschrieben und bezieht sich auf alles, was dem Anwalt "in Ausübung seines Berufes" bekannt geworden ist. Der strafrechtliche Geheimnisbegriff des § 203 StGB ist enger und bezieht sich auf Tatsachen, die sich auf die Person des Betroffenen sowie seine vergangenen oder bestehenden Lebensverhältnisse beziehen.⁷ Nach strafrechtlichem Verständnis muss das Geheimnis dem Rechtsanwalt anvertraut oder sonst bekannt geworden sein. Unter Anvertrauen ist das Einweihen in ein Geheimnis unter Umständen, aus denen sich eine Pflicht zur Verschwiegenheit ergibt, zu verstehen, das sonstige Bekanntwerden umfasst jede andere Kenntniserlangung kraft Berufsausübung. Das Zeugnisverweigerungsrecht des Anwalts beginnt mit der Kenntnisnahme von der schutzwürdigen Tatsache und fordert kein wirksames Mandatsverhältnis. Es endet im Übrigen auch nicht mit der Erledigung des Auftrages oder Beendigung des Mandats.⁸ Entsprechend der strafrechtlichen Parallelvorschrift des § 203 IV StGB dauert es auch nach dem Tod desjenigen fort, dessen Vertrauen zu dem Berufsausübenden geschützt wird.⁹ Das Zeugnisverweigerungsrecht erlischt im Übrigen auch nicht, wenn der Zeuge seinen Beruf aufgibt. Letzteres ergibt sich aus dem Rechtsgedanken von § 54 IV StPO.

V. Rechtliche Bewertung der Erfolgsaussichten

1. Schutzbereich

Artikel 12 GG gewährt ein subjektives Recht und garantiert die Berufsfreiheit, hier in Form der Institution des Anwaltsberufs als ein einheitliches Grundrecht. Die Verfassungsbestimmung umfasst auch den Schutz der Vertrauenssphäre zwischen Anwalt und seinen Klienten. Denn ohne dieses Vertrauensverhältnis ist eine anwaltli-

⁷ Tröndle/Fischer, § 203 StGB Rn 4, 54. Aufl., 2007.

⁸ LG Düsseldorf NJW 1958, S. 1152; LG Augsburg NJW 1964, 1186.

⁹ Solbach, DRiZ 1978, S. 205.

⁵ MDR 1999, S. 192.

⁶ BVerfGE 110, 226, 252.

che Berufsausübung schlicht nicht möglich. Da andererseits das Verschwiegenheitsrecht, wie allgemein anerkannt ist, unverzichtbare Basis dieser Vertrauensstellung ist, bedeutet ein Eingriff in diese Rechtsposition zugleich einen Eingriff in die Berufsausübung.¹⁰

Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Aussagepflicht in einer Hauptverhandlung, also in der Öffentlichkeit, bestehen soll. Das Bundesverfassungsgericht hat dies bereits anerkannt: Exemplarisch für diese Grundpflichten, deren Fortbestand zur Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen Rechtspflege unverzichtbar ist, hat es sogar an erster Stelle die Verschwiegenheitspflicht genannt.¹¹

Die verfassungsrechtliche Bedeutung dieser Frage geht im Übrigen aus den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts hervor, in denen es darüber befunden hat, dass es nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 2 GG verstößt, wenn die StPO Sozialarbeitern und Tierärzten ein Zeugnisverweigerungsrecht nicht einräumt, aber andererseits die Schutzwürdigkeit der Geheimhaltungsinteressen von Klienten und Patienten hervorgehoben hat.¹²

2. Eingriff

Durch eine Verpflichtung des Beschwerdeführers zur Aussage wird sowohl in das Schweigerecht als auch die Schweigepflicht gem. § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO in massiver Form eingegriffen.

Der Verstoß gegen die umfassende Schweigepflicht kann gem. § 203 I Nr. 3 StGB mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe geahndet werden. Bei Verletzungen droht eine Inanspruchnahme durch den Verletzten gem. § 823 II BGB. § 203 StGB gilt als Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift.¹³ Darüber hinaus kann ein Schadensersatzanspruch wegen Nebenpflichtverletzung gegen den Rechtsanwalt bestehen. Letztlich droht auch ein berufsrechtliches Nachspiel. Verstößt der Rechtsanwalt gegen seine Schweigepflicht, die gem. § 43 a II BRAO zu den „Grundpflichten des Rechtsanwalts“ gezählt wird, so kann eine Ahndung durch das Anwaltsgericht in Form einer Verwarnung bis hin zur Ausschließung aus der Rechtsanwaltschaft erfolgen.

Der ehemalige Mandant und Beklagte des Zivilrechtsstreits hat den Beschwerdeführer nicht von seiner Schweigepflicht entbunden. Analog zum ärztlichen Berufsgeheimnis ist heute anerkannt, dass das Interesse an seiner Bewahrung nicht nur ein Individualinteresse, sondern ein Gemeinschaftsinteresse ist.¹⁴

Die Rechtsprechung zum Zurücktreten der anwaltlichen Schweigepflicht bei Honorarprozessen kann nicht auf schweigeverpflichtete Zeugen übertragen werden. Nur der Gebührenschuldner hat sich durch seine Zahlungs-

verweigerung seiner Rechte selbst beraubt, nicht der Anwalt als Zeuge. Auch im Rahmen des § 385 ZPO ist eine Befreiung von der Schweigepflicht durch alle, denen ein Recht auf Verschwiegenheit zusteht, von Nöten.¹⁵ Es wäre unverständlich, dass dies in der Parallelproblematik des Schweigerechts des Rechtsanwalts als Zeuge anders gelagert sein soll. Der Beschwerdeführer hat sich nämlich offenkundig nicht selbst seiner Rechte beraubt. Der Beschwerdeführer würde im Rahmen seiner Zeugenvernehmung vor dem Zivilgericht wohl auch nicht umhin kommen, eine weitere Straftat des Beklagten des Zivilrechtsstreits aufzudecken, zumal nach dem Beweisabschluss des Amtsgerichts Weiden auch der Inhalt der Tätigkeit des Beschwerdeführers relevant ist.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung?

Ein Eingriff in das anwaltliche Berufsgeheimnis und seine Schweigepflicht mag im Einzelfall gerechtfertigt sein. Sofern die zu klärende Beweisfrage dem Rechtsanwalt finanziell unmittelbar oder mittelbar nutzt, besteht ein berechtigtes Eigeninteresse: Ein Recht zum Offenbaren kann sich hierbei trotz Vorliegen einer Verschwiegenheitsverpflichtung aus den Grundgedanken des rechtfertigenden Notstandes (§ 34 StGB) oder unter Heranziehung des Gesichtspunktes der Wahrnehmung berechtigter Interessen (§ 193 StGB) ergeben. Bei einem eigenen Interesse des Rechtsanwalts als Zeuge am Ausgang des Rechtsstreits,¹⁶ zum Beispiel bei Honoraransprüchen der klagenden Sozietät bei einer Gewinnbeteiligung des dort beschäftigten Zeugen ist seit jeher anerkannt, dass der Zeuge nicht gehindert ist, das zur Erfüllung einer Darlegungs- und Beweislast vorzutragen. Dass das Verschwiegenheitsgebot in diesem Fall nicht nur für den klagenden Rechtsanwalt entfällt, sondern auch für einen Sozius oder Mitarbeiter der Kanzlei, bedarf keiner weiteren Erwähnung. Einen allgemeinen Erfahrungssatz für eine erhöhte Glaubwürdigkeit des Anwalts als Zeugen gibt es trotz seiner Zugehörigkeit zur Rechtspflege nicht.

Weiter muss die Schweigepflicht ggf. weichen bei der Bekämpfung der organisierten Kriminalität und dem damit verbundenen Schutz von Leben, Gesundheit und Eigentum der Bürger. Soweit dies übergeordneten Rechtsgütern dient, muss die anwaltliche Schweigepflicht im Einzelfall zurückstehen. Die Geheimnisoffenbarung wäre in diesen Fällen rechtmäßig, also nicht mit Strafe bedroht.

Dabei muss jedoch stets beachtet werden, dass eine Durchbrechung der Schweigepflicht mit einem für das Ansehen des gesamten Berufsstands gefährlichen Vertrauensbruch einhergeht. Aus diesen Gründen sind bei der Rechtsgüterabwägung besonders strenge Anforderungen an die Notwendigkeit der Aufgabe des Schweigerechts zu stellen.¹⁷ Die Rechtsgemeinschaft als Ganzes muss daher Wert darauf legen, dass die Geheimnissphäre akzeptiert und respektiert wird. Eine Interessenabwä-

¹⁰ Vgl. dazu OLG NJW 1985, S. 2038 (2039); Henssler, Das anwaltliche Berufsgeheimnis, NJW 1994, S. 1817; 1819.

¹¹ BVerfGE 76, S. 171 (190) = NJW 1988, S. 191, 193.

¹² BVerfGE 38, S. 313 (323 = NJW 1975, S. 588).

¹³ Henssler, NJW 1994, S. 1817, 1818.

¹⁴ Lenckner, Ärztliches Berufsgeheimnis, S. 160 ff.; Haffke, GA 1973, S. 63, 67.

¹⁵ Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO 25. Auflage, 2003, 385 Rdnr. 5; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 385 Rn 8, 65. Aufl., 2007.

¹⁶ BGH NJW 1952, S. 151; MDR 1956, 625 (626).

¹⁷ Rüpke, NJW 2002, S. 2835, 2836.

gung würde jedenfalls dazu führen, dass das Schweigerecht des Beschwerdeführers überwiegt:

Das Mandanteninteresse an der Verschwiegenheitsverpflichtung des Anwalts tritt nämlich nur zurück, wenn kein milderes, gleich geeignetes Mittel zur Durchsetzung des Vergütungsanspruchs des Anwalts zur Verfügung steht. Zur Geltendmachung des Honoraranspruches war der Anwaltsarbeitgeber nicht auf die Zeugenaussage des Beschwerdeführers angewiesen: So ist im vorliegenden Fall zu berücksichtigen, dass der Beklagte des Zivilrechtsstreits insbesondere die Mandatierung des Beschwerdeführers bestritt. Die Mandatierung hätte sich jedoch bereits aus der bei den Zivilakten befindlichen, auf den Beschwerdeführer lautenden, unterschriebenen strafrechtlichen Vollmacht des Beklagten ergeben.

Für den Anfall der strafrechtlichen Gebühren nach §§ 2, 14 RVG 2004, Nr. 4101/4102 Nr. 2 bzw. 3/4103/4105 VV-RVG ist darüber hinaus relevant, ob der Beschwerdeführer beim Haft-Prüfungstermin anwesend war. Letzteres war vom Beklagten bestritten worden. Dieses hätte sich ebenfalls bereits aus dem Protokoll des Haft-Prüfungstermins ergeben. Selbiges hätte auch durch eine Vernehmung des damaligen Haftrichters des Amtsgerichts bestätigt werden können. Die Teilnahme an der polizeilichen Vernehmung des Beschwerdeführers in der Justizvollzugsanstalt hätte sich durch die Vernehmung des zuständigen Polizeibeamten, der die Vernehmung durchführte, ergeben. Darüber hinaus hatte der Beklagte des Zivilrechtsstreits die Schlechtleistung des Beschwerdeführers gerügt. Angeblich sei der Beschwerdeführer zum Haftprüfungstermin zu spät gekommen. Auch hierzu hätte der zuständige Haftrichter gehört werden können.

Selbst wenn die Abwägung zulasten des Beschwerdeführers ausfällt, kann niemals in Honorarprozessen das Recht aufgehoben werden, dass der Rechtsanwalt vom Schweigerecht Gebrauch macht. Eine Aussagepflicht kann niemals das Ergebnis einer Rechtsgüterabwägung sein.¹⁸ Letztere kann also nur dazu führen, dass der Zeuge, der freiwillig aussagen will, nicht strafbar gem. § 203 I Nr. 3 StGB ist. Die freiwillige Entscheidung des Berufsheimlichkeitsgeheimnissträgers darf in Honorarprozessen nie zur Disposition stehen.

Einen Rechtfertigungsgrund der Durchbrechung der Schweigepflicht im anwaltlichen Vergütungsprozess kann nur derjenige für sich in Anspruch nehmen, der den Vergütungsanspruch gerichtlich geltend macht. Der hier tatsächlich mandatierte Beschwerdeführer befindet sich nicht in einer solchen Notstandslage, die eine Durchbrechung der Schweigepflicht rechtfertigen könnte.

Das Verhalten des Beschwerdeführers war im Übrigen auch nicht - entgegen der Rechtsauffassung des Anwaltsarbeitgebers - rechtsmissbräuchlich, weil er dem Amtsgericht nach Zugang der Ladung anbot, vor einem Richter am beheimateten Amtsgericht für eine Aussage im Fall als Zeuge zur Verfügung zu stehen (letzteres wurde vom Zivilgericht abgelehnt). Nach ständiger Rechtsprechung und Literatur darf der zeugnisverweigerungsberechtigte

Zeuge im Zivilrecht wie im Strafrecht ein Geheimnis ganz oder teilweise preisgeben und teilweise offenbaren.¹⁹ Die Gründe für die Zeugnisverweigerung braucht er nicht darzulegen. Ob und wann der Zeuge sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, ist allein seine Entscheidung. Der Richter darf ihn nach höchstrichterlicher Rechtsprechung noch nicht einmal nach seinen Beweggründen fragen.²⁰ Nach der herrschenden Rechtsprechung sowie den straf- und zivilrechtlichen Kommentierungen darf der nicht aussagebereite Zeuge auf die Befugnis, die Verwertung früherer Angaben zu gestatten, hingewiesen werden, wobei sich das Gericht aber jeder Einwirkung auf die Entschließungsfreiheit des Zeugen zu enthalten hat.²¹ Auch dies spricht dafür, dem Zeugen in der jeweiligen Prozesssituation die Entscheidung zu belassen, ob er aussagen will oder nicht. Es wird vom Gesetzgeber aufgrund des Spannungsfeldes des Zeugen zwischen Aussagepflicht und Schweigepflicht akzeptiert, dass bei ihm eine innere Konfliktlage besteht und einem späteren Berufen auf das Zeugnisverweigerungsrecht nicht entgegensteht, dass der Zeuge zu einem früheren Zeitpunkt erklärt hat, er wäre zu einer Zeugenaussage bereit. Aus diesem Grunde ist in der parallelen Konflikt-situation des zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen im Strafrecht auch anerkannt, dass vor jeder neuen Vernehmung der Zeuge erneut belehrt werden muss, auch wenn er in seiner früheren Vernehmung schon auf sein Verweigerungsrecht verzichtet hat.²² Der Gesetzgeber ging also selbst davon aus, dass die Entscheidung des schweigeberechtigten Zeugen, aussagen zu wollen oder nicht, jeweils von Neuem getroffen werden muss und darf.

Mit der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Stuttgart²³ lässt sich die Verpflichtung des Zeugen zur Aussage nicht rechtfertigen. Diese Rechtsprechung konnte jedoch unabhängig von der Frage ihrer Richtigkeit nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden. Im Gegensatz zu der vorgenannten Entscheidung des OLG Stuttgart zum Zivilrecht kam ein Mandatsverhältnis im vorliegenden Fall nicht zwischen Kläger und Beklagten zustande, sondern zwischen dem Zeugen und dem Beklagten. Im Gegensatz zum Zivilrecht kommt ein Mandatsverhältnis nicht mit der Kanzlei, sondern mit dem Rechtsanwalt (ad personam) zustande. Im Übrigen haben die Zivilgerichte überhaupt keine Abwägungsentscheidung vorgenommen. Die angegriffenen Entscheidungen berücksichtigten nur das Interesse des Klägers an der Geltendmachung seines Honoraranspruches sowie das Interesse der Beklagtenseite an einer Schweigepflicht. Das eigenständige Interesse des Beschwerdeführers als Rechtsanwalt wurde hingegen nicht in die Interessenabwägung eingestellt. Offenbar haben die Zivilgerichte angenommen, dass angestellte Anwälte generell verpflichtet seien, über Einzelheiten aus dem Mandatsver-

¹⁹ RG 48, 269, 272; *Meyer-Goßner*, StPO, § 53 StPO, Rdn. 41, 50. Aufl., 2007.

²⁰ *Meyer-Goßner*, StPO, § 52 Rdn. 16.

²¹ *Senge*, in *Karlsruher Kommentar*, § 52 StPO Rdn. 43 a, 5. Aufl., 2003.

²² BGH St 13, 394, 399 = NJW 1960, S. 584; RGSt 2, 192, 193.

²³ MDR 1999, S. 192, ähnlich: Brandenburg. OLG, OLG-NL 2002, S. 114 f.; RGZ 53, 315, 316.

¹⁸ *Lenckner*, NJW 1965, S. 321 (327).

hältnis in einem Honorarprozess als Zeuge auszusagen. Dies stellte einen Ermessensausfall dar.

Darüber hinaus kann die Rechtsprechung des OLG Stuttgart in MDR 99, S. 192 nicht auf den vorliegenden Fall übertragen werden, da selbst diese Entscheidung – unter Verweisung auf Henssler/Prütting-Eylmann, BRAO, § 43 a Rdnr. 64 – von einer Aussagepflicht die Fälle ausnimmt, in denen es wie hier um die Durchsetzung minimaler Honoraransprüche geht, dagegen Geheimnisse von hochrangiger Bedeutung verraten werden müssen. Im vorliegenden Fall würde angesichts einer Honorarforderung von unter EUR 900,00 das Interesse an der Geheimhaltung überwiegen, zumal strafrechtlich relevante Dinge durch den Beschwerdeführer offenbart werden müssten. Eine hochrangigere Bedeutung von Geheimnissen als anvertraute strafrechtliche Tatsachen ist nicht denkbar. Demnach würde selbst das OLG Stuttgart für den vorliegenden Fall von strafrechtlichen Honorarforderungen zu einem anderen Ergebnis gelangen.

In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass der Anwalt grundsätzlich ein *eigenes* schützenswertes Interesse an der Einhaltung seiner Verschwiegenheitsverpflichtung hat.²⁴ Es wäre nicht richtig, zu behaupten, dass die Verschwiegenheitspflicht nur den Interessen des Mandanten dient. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs soll auch die Vertrauensperson aus der Zwangslage eines Pflichtenwiderstreits - Wahrung des Vertrauens und Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der Aufklärung von Straftaten - befreit werden.²⁵ Dies hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, ebenso wie er es z.B. im Strafprozess hinnimmt, dass die schwersten Verbrechen unaufgeklärt bleiben, weil der von seiner Schweigepflicht nicht entbundene Anwalt das Zeugnis verweigert. Diese Regelung mag zunächst befremdlich erscheinen, hat aber in Wirklichkeit ihren guten Sinn. Beim Anwaltsgeheimnis geht es immer auch um das allgemeine Vertrauen, auf das der Anwaltsberuf angewiesen ist, und das leiden müsste, wenn nicht die Gewissheit bestünde, dass der Anwalt nicht zur Preisgabe der ihm anvertrauten Geheimnisse gezwungen werden kann, es sei denn, der im Einzelfall Betroffene wäre selbst mit einer Offenbarung einverstanden. Im vorliegenden Fall hat der Beschwerdeführer als Strafverteidiger noch ein darüber hinaus gehendes Interesse an der Einhaltung seiner Schweigepflicht, zumal der Beklagte ihm eine mangelhafte Leistung im Rahmen seiner Mandatierung vorgeworfen hat. Diesbezüglich steht ihm ein weiteres Zeugnisverweigerungsrecht aus sachlichen Gründen gemäß § 384 Nr. 1 ZPO zu.²⁶

Die Sorge des Anwaltsarbeitgebers, dass die Zeugenaussage für seine Erfolgsaussichten unentbehrlich sei, wäre unbegründet: Unabhängig davon, dass hier noch andere Beweismittel zur Verfügung standen, und es der Vernehmung des Zeugen daher nicht zwingend bedurfte, wäre es unrichtig, dass der Prozess des Anwaltsarbeitgebers schon durch ein Berufen des Beschwerdeführers auf sein Schweigerecht hätte verloren gehen können. Die Umstände der Verweigerung der Entbindung von der

Schweigepflicht durch den Beklagten sind von den zur Entscheidung zuständigen Gerichten frei zu würdigen. Allgemein wird der Zivilrichter aus diesem Umstand nach allgemeiner Lebenserfahrung den Schluss ziehen müssen, dass die Aussage für diese Partei, dessen Vertrauen zum Rechtsanwalt geschützt wird, ungünstig gewesen wäre und wird aufzuklärende Tatsachen zum Nachteil bescheiden. Der ehemalige Anwaltsarbeitgeber ist hierdurch eben nicht rechtlos gestellt. Dieser hat es in der Hand, die Tätigkeit seines angestellten Anwalts in der Handakte so zu dokumentieren, dass er substantiiert und überzeugend vortragen kann. Das Gericht wird bei Verweigerung der Entbindung von der Verschwiegenverpflichtung durch den ehemaligen Mandanten entsprechend dem Gedanken von § 444 ZPO entsprechende Schlüsse ziehen und der substantiierte Vortrag des anwaltlichen Klägers wäre dann als zugestanden zu bewerten.²⁷ Dieser allgemein geltende Erfahrungssatz wird nur dann entkräftet, wenn die Partei ein über den konkreten Rechtsstreit hinaus gehendes Interesse an der besonderen Geheimhaltung dieser Tatsache haben kann.²⁸ Hier liegt der Grund, warum der Beklagte dem Beschwerdeführer nicht vom Zeugnisverweigerungsrecht entbunden hat, nach mutmaßlichem Abschluss der Strafverfahren erkennbar darin, dass er befürchtete, ansonsten den Honorarprozess zu verlieren.

Im Rahmen einer praktischen Konkordanz kann auch nicht eine nachwirkende arbeitsrechtliche Treuepflicht des Beschwerdeführers zum ehem. Anwaltsarbeitgeber konstruiert werden. Der Beschwerdeführer hat sich im Hinblick auf die Bedeutung der anwaltlichen Verschwiegenheit für die Integrität des Berufsstandes entschieden, eine etwaige nach § 34 StGB gerechtfertigte Aussagebefugnis nicht in Anspruch zu nehmen. Das müssen die Gerichte und der klagende frühere Arbeitgeberrechtsanwalt hinnehmen. Eine aus dem Arbeitsvertrag abgeleitete nachwirkende Pflicht in die Honorarprozesse des früheren Arbeitgebers, stets § 34 StGB in Anspruch zu nehmen, ist damit nicht herleitbar, zumal das strafrechtliche Abwägungsrisiko allein den Beschwerdeführer trifft.

Im Übrigen geht die Unabhängigkeit des Anwalts als Organ der Rechtspflege in der Regel jedem Direktionsrechts des Arbeitgebers vor.²⁹

VI. Auffassung von Anwaltsorganisationen

Die Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hat zu vorliegender Verfassungsbeschwerde im Mai 2007 eine Stellungnahme abgegeben und war hinsichtlich der Begründetheit der Verfassungsbeschwerde geteilter Auffassung (4:4 Stimmen). Das Präsidium der BRAK entschied, es bei dieser uneinheitlichen Meinung zu belassen. Die Mitglieder, die die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde optimistisch bewerteten, betonten, dass die angegriffenen zivilgerichtlichen Entscheidungen keine Abwägungsentscheidung getroffen hätten und irrig davon ausgegangen seien,

²⁷ Schons, Anwaltsblatt 2007, S. 443 ff.

²⁸ Huber, in Musielak, ZPO § 383 Rdn. 10, 4. Aufl., 2005.

²⁹ Eylmann in Henssler/Prütting, Berufsrechtsanwaltsordnung, 2. Auflage, § 43 a, Rdnr. 18; Für ein Schweigerecht des Beschwerdeführers auch: Schons, Anwaltsblatt 2007, S. 443.

²⁴ Lenckner, NJW 1964, S. 1190.

²⁵ BGHSt 9, 59, 61 = NJW 1956, 599.

²⁶ Vgl. hierzu: OLG Celle, NJW 1953, S. 426.

angestellte Rechtsanwälte seien – auch nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses – generell verpflichtet, Interna des Mandatsverhältnisses preiszugeben. Die vier gegen die Erfolgsaussichten stimmenden Mitglieder argumentierten, dass der Beschwerdeführer im Falle einer Aussageverpflichtung keine schützenswerten Belange des Mandanten verletzt, vielmehr die Interessen des seine Gebühren einklagenden Rechtsanwalts vorgehen. Hierbei sei jedoch angemerkt, dass dem Verfassungsrechtsausschuss nicht bewusst geworden ist, dass im vorliegenden Fall eine offenkundig unbegründete Honorarklage vorliegt, zumal nur der Beschwerdeführer als Strafverteidiger mandatiert war, nicht der Kläger des Rechtsstreits. Ferner hatte die BRAK offenbar das Vorliegen einer Anspruchsabtretung unterstellt.

Der Deutsche Anwaltsverein³⁰ hielt in seiner Stellungnahme von April 2007 die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers für begründet, da die Mitglieder des Ausschusses erkannt hatten, dass ein Mandatsverhältnis nur mit dem Beschwerdeführer zustande gekommen war, und nicht mit dem ehemaligen Arbeitgeber des Beschwerdeführers. Es hätte einer Vernehmung des Beschwerdeführers nicht bedurft, da die Klage – auch mangels einer Abtretung des Honorars des Beschwerdeführers an den früheren Anwaltsarbeitgeber – abweisungsreif gewesen sei. Dem klagenden Anwalt konnten als Arbeitgeber des mandatierten Beschwerdeführers keine eigenen Ansprüche zustehen.

Die Problematik der Aussagepflicht ehemaliger angestellter Rechtsanwälte ist auch im Rahmen der 5. Berufsrechtsreferentenkonferenz im März 2007 in München thematisiert worden. Es nahmen die Vertreter nahezu aller Rechtsanwaltskammern in Deutschland teil. Im Rahmen der Konferenz wurden unter 5. die Ergebnisse der Konferenzmitglieder zum Umfang der Verschwiegenheitspflicht festgehalten.³¹ Hier heißt es:

"Ein Rechtsanwalt kann auch nach Abtretung seiner Honorarforderung an einen anderen Rechtsanwalt nicht als Zeuge aussagen, ohne von seinem früheren Mandanten von der Verschwiegenheitspflicht befreit zu sein. Soweit ein Rechtsanwalt von seinem Mandanten nicht von der Verschwiegenheitspflicht befreit ist, kann dieser auch nicht durch gerichtliche Maßnahmen, z.B. zu Zeugenaussagen gezwungen werden."

Ein Bezug zu vorliegender Verfassungsbeschwerde ist nicht zu übersehen. Zwar ist im vorliegenden Fall keine Abtretung eines Honoraranspruchs an den klagenden Arbeitgeber erfolgt. Erst recht hätte auch nach Auffassung der Konferenz der Vertreter der Rechtsanwaltskammern der Beschwerdeführer ein Schweigerecht.

Auch die Rechtsanwaltskammer des Saarlandes hat sich in einer Stellungnahme vom 21.06.2007 in einem Parallelfall der Argumentation des Beschwerdeführers angeschlossen. In diesem Schreiben heißt es:

"Die anhängige Verfassungsbeschwerde ist auch in der 5. Berufsrechtsreferentenkonferenz der Bundesrechtsanwaltskammer diskutiert worden, die überwiegende Auffassung der Berufsrechtsreferenten – auch die unserer Kammer – ging dahin, dass ein Rechtsanwalt, der von seinem Mandanten nicht von der Verschwiegenheitspflicht befreit ist, nicht durch gerichtliche Maßnahmen zu einer Zeugenaussage gezwungen werden kann. Daraus folgt natürlich, dass eine Aussage trotz Nichtentbindung von der Schweigepflicht, einen berufsrechtlichen Verstoß darstellen würde."

Die zuletzt genannte Auffassung belegt nebenbei bemerkt, dass die Rechtsanwaltskammern in diesen Fällen nicht davor zurückschrecken, etwaige Zuwiderhandlungen gegen die Schweigepflicht berufsrechtlich zu sanktionieren. Dies veranschaulicht um so mehr die „Zwickmühle“, in der sich der Zeuge in dieser Situation befindet. Zusammenfassend werden die Erfolgsaussichten der Verfassungsbeschwerde mehrheitlich also sehr zuversichtlich in den unterschiedlichen Gremien der Anwaltsorganisationen bewertet.

VII. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde sollte gem. § 93 a BVerfGG zur Entscheidung angenommen werden. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die hier relevante Frage der Existenz einer Verschwiegenheitsverpflichtung bzw. einem Schweigerecht wird in den anwaltlichen Berufsrechtskammern mit Spannung erwartet. Die vorliegende Verfassungsbeschwerde wirft eine über den Einzelfall hinausgehende entscheidungserhebliche verfassungsrechtliche Frage auf. Wie im vorigen Gliederungspunkt beschrieben wird die vorliegende Problematik auch in anderen Parallelfällen relevant (vgl. Stellungnahme der Rechtsanwaltskammer des Saarlandes). Die Streitfrage ist auch noch nicht durch verfassungsgerichtliche Rechtsprechung geklärt. Aus den Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer sowie des Deutschen Anwaltsvereins geht hervor, dass die vorliegende Frage dringend geklärt werden muss. Ansonsten bestände in der jungen, vorwiegend angestellten Anwaltschaft erhebliche Verunsicherung. Vorliegende Verfassungsbeschwerde wird auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum rege diskutiert.³² Die Verfassungsbeschwerde ist auch im Hinblick auf § 93 a II b BVerfGE zur Entscheidung anzunehmen, da die geltend gemachte Verletzung des Art. 12 GG besonderes Gewicht hat und den Beschwerdeführer in existentieller Weise trifft. Ein besonders schwerer Nachteil wäre beim Beschwerdeführer vorhanden aufgrund der Strafbarkeit gem. § 203 StGB sowie eines drohenden Verfahrens vor den Anwaltsgerichten. Das Bundesverfassungsgericht hat im Übrigen bereits entschieden, dass die vorliegende Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung unverzichtbarer Bedingung der anwaltlichen Berufsausübung ist.³³

Auch in der Sache dürfte der Verfassungsbeschwerde der Erfolg nicht zu verwehren sein. Da das anwaltliche Schweigerecht zu den tragenden Säulen des Anwaltsbe-

³⁰

<http://www.anwaltverein.de/downloads/stellungnahmen/2007-21.pdf>.

³¹ BRAK-Mitteilung 3/2007, Seite 103.

³² Hierzu Schons, Anwaltsblatt 2007, S. 441, 443 ff.

³³ BVerfGE 110, S. 226, 252.

rufs schlechthin gehört, steht es unter dem grundrechtlichen Schutz des Art. 12 GG. Die Zivilgerichte haben in diesem Schutz eingegriffen. Dieser Eingriff ist verfas-

sungsrechtlich nicht gerechtfertigt. Eine Entscheidung der Karlsruher Richter ist frühestens Anfang des nächsten Jahres zu erwarten.

Schrifttum

Schrifttum

René Börner. Die Zueignungsdogmatik der §§ 242, 246 StGB. (Schriften zum Strafrecht; Bd. 157) Duncker & Humblot, 313 S., € 86,00, Berlin 2004.

I. Der Straftatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB) wurde durch das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts im Jahr 1998 in dreifacher Weise geändert: das tatbestandsbeschränkende Besitz- bzw. Gewahrsamserfordernis wurde gestrichen, der Tatbestand um die Möglichkeit einer Drittzueignung erweitert und eine Subsidiaritätsklausel eingefügt. Kurzum: der Gesetzgeber schuf einen allgemeinen Zueignungstatbestand. Zugleich wurde unter anderem auch der Tatbestand des Diebstahls (§ 242 StGB) um die Möglichkeit einer (beabsichtigten) Drittzueignung erweitert. Wurde die Diskussion um den Inhalt des strafrechtlichen Zueignungsbegriffs vor der Reform nur noch ermüdet geführt, so ist das wissenschaftliche Interesse nach der Neufassung der Tatbestände so sehr geweckt worden, dass neben der älteren auch die jüngere Literatur unübersehbar zu werden droht.

Börner kommt das Verdienst zu, dass er in seiner bereits 2004 erschienenen Dissertation die ältere (von der Mitte des 19. bis ins frühe 20. Jahrhundert), die neuere (bis 1998) und die jüngste (seit 1998) Diskussion gründlich und grundsätzlich monografisch aufarbeitet und bereits so einen wertvollen Beitrag zur Debatte um den strafrechtlichen Zueignungsbegriff leistet. Hinzukommt, dass er eine „grundlegende Neuordnung der abstrakten Zueignungsdogmatik“ (S. 291) wagt und nicht nur die Auswirkungen der einzelnen Änderungen in bereits bestehende Zueignungsmodelle einzupassen versucht. Nicht zuletzt aufgrund seines Mutes, rigoros alte Zöpfe abschneiden und neue Strukturen einführen zu wollen, ist seine durchgängig auf hohem Niveau geschriebene und durch klare Gedanken geleitete Arbeit von der ersten bis zur letzten Seite die Lektüre wert.

Aufgrund der Komplexität von Börners Herleitung und der Ausformung seines Zueignungsbegriffs können im Rahmen dieser Besprechung nur die Kernthesen beleuchtet werden, die mich allerdings nicht so überzeugt haben, als dass man die Diskussion um den strafrechtlichen Zueignungsbegriff nicht beherzt weiterführen und nach anderen Lösungen suchen müsste. Insbesondere gelingt

es Börner meines Erachtens nicht, seinen Zueignungsbegriff überzeugend in das Spannungsfeld zwischen Zueignung, Sachbeschädigung, Sachentziehung und Gebrauchsanmaßung einzupassen. Und gerade dieses Spannungsfeld ist der praktische Ursprung der Auseinandersetzung um den Zueignungsbegriff.

II. 1. a) Ihren Ausgangspunkt nimmt Börners Bestimmung der Zueignung in der Festlegung eines zivilrechtlichen Bezugspunktes, da Börner von einer strengen Zivilrechtsakzessorität der Merkmale „beweglich“, „fremd“ und „Sache“ ausgeht (S. 37 ff.). Dazu stünden aber weder das Eigentum als dingliches Recht noch die dinglichen Ansprüche zur Verfügung. Der Bestand des Eigentums als dingliches Recht sei von vornherein ein untauglicher Bezugspunkt, da mit den meisten der allgemein als Zueignung anerkannten Fälle kein Verlust des Eigentums einhergehe (S. 45). Aber auch um die Beeinträchtigung eines dinglichen Anspruchs, der das dingliche Recht verwirkliche, könne es nicht gehen, da das vom dinglichen Anspruch Erstrebte der Wesenskern des dinglichen Rechts sei. Mithin gehe es darum, worauf §§ 985, 1004 BGB gerichtet seien. Dieses sei im Idealfall der ungestörte unmittelbare Eigenbesitz des Berechtigten. Hierin verwirkliche sich das dingliche Recht Eigentum (S. 53). Der tatsächliche Kern des zivilrechtlichen Eigentums, das hinter der Rechtsposition stehende Leitbild, sei somit das selbstbestimmte tatsächliche Haben der Sache (S. 62) und nicht, wie immer behauptet, der Umgang mit der Sache. Die Herrschaftsausübung (§ 903 BGB) sei nur die regelmäßige Folge des Eigentumsbildes, wie es sich auf der Grundlage des BGB bestimme. Das Interesse an dem einzelnen Verfügungsakt an die Stelle eines garantierten Herrschaftsbereichs zu setzen, sei eine dem zivilrechtlichen Eigentum fremde Vorstellung (S. 58). Auf Grundlage dieses „tatsächlichen Kerns des Eigentums aus Sicht des BGB“, zu dessen Begründung er zusätzlich noch auf einen vorrechtlichen Eigentumsbegriff zurückgreift (S. 50 ff.), entwickelt Börner seine weitere Zueignungssystematik der §§ 242 und 246 StGB (Zueignungsbegriff [S. 113 ff.]; Selbst- und Drittzueignung [S. 225 ff.]; Verhältnis zu Sachbeschädigung, Sachentziehung und Gebrauchsanmaßung [S. 269 ff.]; Zueignung durch Unterlassen [S. 281 ff.]) und gelangt, auf dieser Grundlage durchaus stringent, dazu, dass § 246 Abs. 1 StGB den Grundtatbestand für alle Zueignungen bildet.

b) In objektiver Hinsicht gehe es bei der zueignungsspezifischen Eigentumsverletzung nicht um Entzug und Zuführung des Habens, sondern um die Auseinandersetzung um das Haben. Das Substrat der Zueignung bestehe daher im Obsiegen des Zueignungssubjekts in dem zwischen ihm und dem Eigentümer hinsichtlich der Sachherrschaft aufgetretenen Spannungsfeld (S. 184). Das Obsiegen des Zueignungssubjekts könne auf vier Weisen („Angriffstypen“) geschehen: bei noch nicht bestehender Sachherrschaft durch Begründung der Sachherrschaft (S. 185), bei bestehender Sachherrschaft durch erfolgreiche Abwehr eines konkreten oder noch ausstehenden Herausgabeverlangens (S. 185 ff.), durch einen sachverändernden Akt (S. 188 f.) und durch Eigentumserwerb wie etwa Vermischung und Verarbeitung (S. 189).

Subjektiv müsse die vom Zueignungssubjekt objektiv gegen den Eigentümer durchgesetzte Sachherrschaft vom Willen zur Selbstbestimmtheit getragen sein. Dieses sei dann der Fall, wenn das Zueignungssubjekt seine Sachherrschaft weder dem Eigentümer noch einem Dritten unterordnen wolle (S. 191).

c) Allerdings lässt sich bereits *Börnerters* Ausgangsthese zum zivilrechtlichen Kern des Eigentums anzweifeln, weil das selbstbestimmte tatsächliche Haben der Sache m. E. nicht den Kern-, sondern nur einen verkürzten (Teil-)Bereich des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffs erfasst. Fordert man Zivilrechtsakzessorietät, so wird man festhalten müssen, dass das BGB gerade nicht nur Formen des ungestörten tatsächlichen Eigenbesitzes des Eigentümers, sondern eben auch nicht-tatsächlichen, nämlich mittelbaren Besitz (§ 868 BGB) des Eigentümers kennt. Insbesondere im stetig wachsenden Bereich der Kreditsicherung (Sicherheitseigentum), den *Börner* – leider sogar bewusst (S. 22 Fn. 11) – vollständig ausklammert, spielt das tatsächliche Haben der Sache keine Rolle mehr. Berücksichtigt man dieses, so kann das selbstbestimmte tatsächliche Haben allein für den Kern des Eigentums nicht ausschlaggebend sein mit der Folge, dass wieder die Vorschrift des § 903 BGB in den Vordergrund rückt, um den Kernbereich des Eigentums zu bestimmen bzw. zu vervollständigen, nämlich dass der Eigentümer mit seiner Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen kann.

2. a) Mit § 903 BGB als Anknüpfungspunkt (oder anderen Anknüpfungspunkten wie Sachsubstanz, Sachfunktion, Sachwert o. ä.) ist man natürlich wieder allen Unwägbarkeiten ausgesetzt, die ein solcher zwangsläufig etwa im Hinblick auf die Abgrenzung zu Sachbeschädigung, Sachentziehung und vorübergehendem Sachgebrauch mit sich bringt und die die Diskussion um Gegenstand, Inhalt und objektive Seite der Zueignung seit jeher beschäftigt. Zwar verwirft *Börner* diese Lehren durchgängig im weiteren Verlauf seiner Untersuchung mit zum großen Teil nicht von der Hand zu weisenden Argumenten (S. 113 ff.). Mit seinem Verständnis von Zueignung steht *Börner* aber auch (in vielen Teilbereichen) vor identischen Problemen. Unter *Börnerters* Zueignungsbegriff lassen sich nämlich auch Sachbeschädigung, Sachentziehung und vorübergehender Sachgebrauch subsumieren. Was nach ganz herrschender Ansicht bereits den Umfang des Zueignungsbegriffs selbst betrifft und begriffsimmanent über die Elemente der (wenig-

tens vorübergehenden) An- und (dauernden) Enteignung zu lösen gesucht wird, will *Börner* auf einem anderem Wege erreichen. Die von ihm im Grundsatz abgelehnten Elemente der An- und Enteignung als Begriffsteile der Zueignung leben jetzt (terminologisch von *Börner* als „An- und Enteignung im engeren Sinn“ gekennzeichnet) außerhalb des Zueignungsbegriffs in dem Sinne fort, dass nicht strafbare Zueignung sei, was sich in seinem materiellen Gehalt in strafrechtssystematisch anders kategorisierten Verhaltensweisen, nämlich bloßer Beschädigung, Entziehung oder reinem Sachgebrauch, erschöpfe (S. 269 ff.).

b) Die Aneignung im engeren Sinne liege dann nicht vor, wenn dem Handelnden nichts an der Sache selbst gelegen sei, sich der Sinn also in bloßer Beschädigung oder Entziehung erschöpfe (S. 276 f.). Die Enteignung im engeren Sinne scheidet aus, wenn die Vorstellung des Zueignungssubjekts nicht über eine Gebrauchsanmaßung hinauskomme. Diese Grenze sei erst überschritten, wenn die Sache gemessen an den Zwecken des Eigentümers so maßgeblich beeinflusst sei, dass sich der Sinn der Zueignung nicht mehr in einer bloßen Gebrauchsanmaßung erschöpfe (S. 270). Dies sei jedenfalls immer dann der Fall, wenn die vom Eigentümer zurückerlangte Sache nicht mehr „dieselbe“ sei. Zur näheren Bestimmung ist nach *Börner* eine Abwägung anhand der gleichberechtigten Kriterien „wirtschaftlicher Wert“, „Sachfunktionen“ und „Affektionsinteresse“ erforderlich, denen je nach Art der Interessen des Eigentümers an der konkreten Sache ein verschiedenes Gewicht zukommen könne (S. 272 ff.).

c) Ohne die von *Börner* gegebenen Abgrenzungskriterien im Einzelnen kritisieren zu wollen, so ist doch offensichtlich, dass auch er keine trennscharfen Abgrenzungskriterien an die Hand geben kann, um eine Zueignung (Sieg im Kampf gegen den Eigentümer um die selbstbestimmte tatsächliche Sachherrschaft) dem strafbaren Bereich der Zueignung nach §§ 242, 246 StGB oder dem Bereich der mit niedrigerer Strafe bedrohten Sachbeschädigung oder nur unter engen Voraussetzungen strafbaren Sachentziehung (etwa § 133 StGB) und Gebrauchsanmaßung (etwa §§ 248b, 290 StGB) zuzuweisen. Im Gegensatz zur herrschenden Ansicht der begriffsimmanenten Beschränkung müsste *Börner* aber erklären, warum sich die von ihm als Sachbeschädigung, Sachentziehung oder Gebrauchsanmaßung klassifizierten Zueignungen sich vom strafrechtlichen Zueignungsunwert von denen in §§ 242, 246 StGB abheben, obwohl sie den von ihm herauspräparierten zivilrechtlichen Kern des Eigentums, das selbstbestimmte tatsächliche Haben der Sache, wie etwa im Falle der Sachzerstörung stärker und dauerhaft beeinträchtigen können als ein bloßes (ggf. nur vorübergehendes) Obsiegen im Kampf um das selbstbestimmte tatsächliche Haben der Sache.

3. a) Für den Tatbestand des Diebstahls nach § 242 StGB hat *Börnerters* Verständnis von Zueignung im Übrigen zur Folge, dass auch der Diebstahl objektiv stets eine vollendete Zueignung enthält, nämlich Obsiegen des Zueignungssubjekts hinsichtlich der Sachherrschaft durch Wegnahme („Einheitsthese“). Der Unterschied zu § 246 StGB liegt nach *Börner* lediglich in einem stärkeren subjektiven Element („Absicht“). Das Absichtserfordernis bestehe dabei hinsichtlich des objektiven Tatbestandes

im direkten Vorsatz ersten Grades auf die Gewahrsamsbegründung und im Rahmen einer „sinnbeseelten Tendenz“ (S. 192 f.) in einem gesteigerten Willen zur Selbstbestimmtheit und zur Aneignung im engeren Sinn (S. 193). Diebstahl sei nur ein besonderer Fall der Zueignung nach § 246 StGB (S. 182). Dieses sei im Übrigen auch mit dem Wortlaut des § 242 Abs. 1 StGB vereinbar: Ebenso wie der Satz „er reist in der Absicht, (um) sich zu erholen“ nicht eine Erholung nach der Reise meine, so sei die Formulierung „er nehme weg in der Absicht, sich die Sache zuzuweisen“ nicht im Sinne künftiger Zueignung zu verstehen (S. 181).

b) Der Wortlaut des § 242 StGB und die Wortlautsystematik der §§ 242, 246 StGB sind m. E. aber näher liegend anders auszulegen. Wegen Unterschlagung gemäß § 246 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zueignet. Wegen Diebstahls gemäß § 242 Abs. 1 StGB wird bestraft, wer eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten zuzueignen. Der Unterschied zwischen § 246 Abs. 1 und § 242 Abs. 1 StGB liegt nach dem Wortlaut des Gesetzes somit darin, dass die Zueignung bei der Unterschlagung vollendet, beim Diebstahl hingegen nur beabsichtigt, also versucht sein muss. Die Unterschlagung ist nach dieser Formulierung im Vergleich zum Diebstahl ein Zueignungserfolgsdelikt, der Diebstahl hingegen ein Delikt mit überschießender Innentendenz, bei dem der Zueignungserfolg nur angestrebt sein muss (erfolgskupiertes Delikt). Andernfalls hätte der Gesetzgeber § 242 Abs. 1 StGB auch formulieren können: „Wer sich eine fremde bewegliche Sache absichtlich durch Wegnahme rechtswidrig zueignet“.

III. Auch wenn ich Börners Zueignungsmodell nicht überzeugend finde, so hat er im Rahmen seiner Untersuchung aufgezeigt, dass auch die anderen Zueignungsmodelle sich nicht ohne Reibungsverluste in die Gesamtzueignungssystematik einfügen lassen. Börner hat verdeutlicht, dass die Diskussion um den Zueignungsbegriff noch lange nicht am Ende angelangt ist. Ich halte Börners Arbeit für anregend und lesenswert. An Börners Zueignungsdogmatik wird niemand, der sich mit dem Zueignungsbegriff auseinandersetzen will, vorbeikommen.

Akad. Rat Dr. **Sascha Mikolajczyk**, Kiel

Quedenfeld, Dietrich; Füllsack, Markus: Verteidigung in Steuerstrafsachen; 3., neu bearbeitete und erweiterte Auflage; Reihe Praxis der Strafverteidigung, 479 Seiten, ISBN 3-8114-3058-0, 50 €, C.F.Müller, Heidelberg 2005.

Das Steuerstrafrecht ist einer der besten „Beweise“ dafür, dass das so genannte Nebenstrafrecht in der (anwaltlichen) Praxis alles andere als nebensächlich ist. Im Gegenteil macht das Steuerstrafrecht einen zunehmend bedeutsamen Teil des Wirtschaftsstrafrechts aus. Seine Beherrschung ist indes nichts, das gleichsam nebenbei abfällt, wenn man das allgemeine Strafrecht und Strafverfahrensrecht theoretisch und praktisch erlernt: Der für das Steuerstrafrecht weitgehend konstitutive Bezug zum

Steuerrecht und zum Besteuerungsverfahren verlangt dem verteidigenden Rechtsanwalt zusätzliche und spezielle Kenntnisse ab. Gemeint sind nicht die vielen praktischen Fähigkeiten, die der Verteidiger fernab rechtlicher Argumentationskraft sein eigen nennen muss. Schon eher ist das Verhandlungsgeschick bei Verfahrensabsprachen gemeint, da Absprachen im Steuerstrafrecht die primäre „Erledigungsform“ darstellen dürften. Gemeint sind vor allem die besonderen steuerrechtlichen und steuerverfahrensrechtlichen Kenntnisse, die mindestens solide und mit wirtschaftlichem Verständnis gepaart sein müssen.

Quedenfeld/Füllsack setzen an diesem besonderen Wissensbedarf des Steuerstrafrechts an. Die Autoren erheben zwar auch in ihrer 3. Auflage nicht den Anspruch, *en passant* das Steuerrecht vollständig zu erklären. Sie haben aber eine Einführung in die Verteidigung in Steuerstrafsachen und damit in die besonderen steuerstrafrechtlichen Regelungen geschrieben, die durchgängig die nötige Dualität von strafrechtlicher und steuerrechtlicher Betrachtung betont. Die besonderen rechtlichen Phänomene der §§ 369 ff. AO werden vor dem Hintergrund der steuerrechtlichen Optionen und Folgen dargestellt. Hierbei wird an den jeweiligen Anknüpfungspunkten des Strafrechts in nicht unerheblichem Umfang auch originär steuerrechtliches und steuerverfahrensrechtliches Wissen ergänzend vermittelt, was für die Verteidigungspraxis von großem Wert ist.

Übersichtlich und gut lesbar werden in dem Werk zunächst im *ersten Teil* Grundfragen des Steuerstrafrechts behandelt, indem die Beteiligten des Steuerstrafverfahrens und die wesentlichen Besonderheiten des Besteuerungsverfahrens erläutert werden. Im *zweiten Teil* werden die steuerstrafrechtlichen Tatbestände und die Ordnungswidrigkeiten sowie ihre Eingliederung in die Regeln des allgemeinen Strafrechts (bzw. Ordnungswidrigkeitenrechts) dargestellt. Die Voraussetzungen der Selbstanzeige und die Beratung hinsichtlich derselben nehmen mit dem gesamten *dritten Teil* einen besonders breiten Raum ein (gemeinsam mit den Ausführungen zum StraBEG rund 100 Seiten). Dies folgt dem großen praktischen Bedarf und ist auch in der Umsetzung gelungen. Im *vierten Teil* greifen die Autoren Fragestellungen auf, die sich bei der Verteidigung im Ermittlungsverfahren, im Zwischenverfahren und im Hauptverfahren des Steuerstrafverfahrens ergeben. Ebenso behandeln sie hier die typischen Ermittlungsanlässe und das Verfahren bei Steuerordnungswidrigkeiten. Im *fünften Teil* widmen sich Quedenfeld/Füllsack vornehmlich den (Rechts-)Folgen beider Ahndungsverfahren. Abschließend nehmen sie im *sechsten Teil* als praktische Arbeitshilfen einen Strafmaßkatalog, Fahndungsstatistiken und vor allem Mustertexte auf. Dies umfasst zum Beispiel Muster zur Selbstanzeige insbesondere bei der heiklen „Selbstanzeige dem Grunde nach“ (vgl. Rn. 1088, siehe auch zur problematischen Ankündigung der Selbstanzeige Rn. 404) und typische offizielle Anschreiben der StraBu (BuStra) nach Ermittlungen bei Banken (Einleitung des Strafverfahrens Rn. 1091 und Auskunftsverlangen, Rn. 1092). Zudem arbeiten die Autoren oft mit umfangreicheren Fallbeispielen aus der Praxis (vgl. etwa Rn. 229, 357 ff., 412, 442 ff., 492 f.), welche die Anschaulichkeit der Darstellung erhöhen und ebenfalls als Arbeitshilfe wirken.

Mit der Neuauflage, die den Stand Anfang 2005 erreicht, nehmen die Autoren eine gebotene kritische Analyse zu dem so problematischen Verbrechenstatbestand § 370a AO auf. Sie halten den Tatbestand mit dem BGH und der herrschenden Literatur für verfassungswidrig (vgl. Rn. 230 ff. und BGH wistra 2005, 30 ff.). Auch über § 370a AO hinaus wurde den „Umsatzsteuerkarussellen“ viel Aufmerksamkeit gewidmet. Vertieft wird die Problematik der Beihilfe zur Steuerhinterziehung bei „neutralen Handlungen“ (vgl. Rn. 287 ff. und BGHSt 46, 107 ff.). Gleiches gilt – der Praxis abermals entsprechend – zum dinglichen Arrest und zur Rückgewinnungshilfe. Zur problematischen Wechselwirkung von Korruptions- und Steuerstrafrecht wurden gesonderte hilfreiche Erläuterungen aufgenommen (vgl. Rn. 367 – 369), wengleich an dieser Stelle auch Rechtsprobleme auf der Seite des Schmiergeldempfängers hätten Erwähnung finden können (vgl. etwa BGH StV 2004, 578 = HRRS 2004 Nr. 602 und Wulf wistra 2006, 89 ff.; vgl. aber auch Rn. 121). Die zunehmenden Mitteilungsverpflichtungen kommen als Ermittlungsanlässe vertieft zur Sprache (vgl. Rn. 624 ff.). Zu Recht kritisch betrachten die Autoren den praktischen Schutz der Selbstbelastungsfreiheit im Steuerstrafverfahren etwa gegenüber Strafschätzungen (vgl. Rn. 76 ff., 123 ff.).

Das Handbuch von *Quedenfeld/Füllsack* bietet eine sehr gute Einführung in das Steuerstrafrecht, die nicht bei bloßen Grundkenntnissen stehen bleibt. Die Besonderheiten der Steuerstrafsachen werden souverän erläutert. Die Verzahnung mit dem allgemeinen Strafrecht und dem allgemeinen Strafverfahrensrecht gelingt gut. Dazu werden die wesentlichen Informationen unterbreitet, so dass auch ganz allgemein für die Strafverteidigung wichtige und nicht nur im Steuerstrafverfahren wissenswerte Themen aufgegriffen sind (beispielhaft: Bedeutung der Akteneinsicht für eine wirksame Verteidigung). Als einzig verwendete Einführung in die Strafverteidigung wird das Buch aber wohl nicht herangezogen werden können, was jedoch auch nicht „nebenbei“ erreicht werden konnte ohne das eigentliche Ziel der Einführung in die *steuerstrafrechtliche* Verteidigung zu verfehlen (vgl. dafür aber etwa Barton, Einführung in die Strafverteidigung – 2007 mit Rezension Mangold HRRS 2007, 371 ff.). Schließlich stehen die Leistungen des Buchs zu einem günstigen Preis zur Verfügung. Die Arbeit mit dem anregenden und präzisen Handbuch von *Quedenfeld/Füllsack* kann daher nur empfohlen werden.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School Hamburg

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

900. BGH 1 StR 273/07 - Beschluss vom 11. September 2007 (LG Regensburg)

BGHSt; Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf konsularischen Beistand; Belehrung bei der ersten polizeilichen Vernehmung; „fortentwickelte Widerspruchslösung“: spezifischer und genereller Widerspruch, Angriffsrichtung; Schlechtverteidigung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); Anforderung an die Darlegung bei der Verfahrensrüge; Mord (Heimtücke); redaktioneller Hinweis.

§ 257 StPO; Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 EMRK; § 211 Abs. 2 StGB; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 344 Abs. 2 Satz StPO

901. BGH 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hamburg, LG Braunschweig)

BGHSt; Belehrung eines Festgenommenen mit fremder Staatsangehörigkeit gemäß Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 des

Wiener Konsularrechtsübereinkommens (konsularischer Beistand; Beweisverwertungsverbot; Kompensation durch Anrechnungslösung; Widerspruchslösung und spezifischer Widerspruch; Recht auf ein faires Verfahren und Recht auf Verfahrensbeschleunigung; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerungen durch BGH und BVerfG; Rechtskreistheorie; ausländerspezifische Hilflosgigkeit); Entscheidung im Beschlussverfahren; redaktioneller Hinweis.

Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 349 Abs. 2 und 4 StPO; § 136 Abs. 1 StPO

902. BGH 2 StR 187/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Erfurt)

Abwesenheit des Angeklagten (Ausschluss); Augenscheinseinnahme; Inbegriff der Hauptverhandlung; Konfrontationsrecht.

§ 247 Satz 1 StPO; § 261 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

903. BGH 2 StR 204/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Bonn)

Lückenhafte Beweiswürdigung (fehlende Würdigung der Einlassung des Angeklagten); Beweiskraft des Sitzungsprotokolls; Adhäsionsverfahren (Prozesskostenhilfe; Darlegung der wirtschaftlichen Verhältnisse).

§ 261 StPO; § 274 StPO; § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO

904. BGH 2 StR 224/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Mainz)

Hauptverhandlung in Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz vorschreibt (Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Vortrag fehlender Heilung; Negativtatsachen).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 247 StPO

905. BGH 2 StR 235/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Mainz)

Exhibitionistische Handlung (Motivation; Zweifelssatz); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Verhältnismäßigkeit).

§ 183 StGB; § 63 StGB

906. BGH 2 StR 248/07 - Urteil vom 19. September 2007 (LG Trier)

Ablehnung eines Beweisantrages (Indiztatsache; Bedeutungslosigkeit; Widerspruch zu den Urteilsgründen); Beruhen.

§ 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 337 StPO

907. BGH 2 StR 257/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Koblenz)

Beweiswürdigung (Zirkelschluss); Beruhen (eigene Beweiswürdigung des Revisionsgerichts).

§ 261 StPO; § 337 StPO

908. BGH 2 StR 60/07 - Beschluss vom 6. August 2007 (LG Bonn)

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

909. BGH 2 StR 263/07 - Beschluss vom 22. August 2007 (LG Köln)

Exhibitionistische Handlungen (erhebliche, für die Allgemeinheit gefährliche Straftat; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).

§ 63 StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 183 Abs. 3 StGB; § 183 Abs. 4 Nr. 2 StGB

910. BGH 2 StR 264/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Darmstadt)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

911. BGH 2 StR 268/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Aachen)

Änderung des Schuldspruchs.

§ 260 Abs. 4 StPO; § 349 Abs. 4 StPO

912. BGH 2 StR 276/07 - Beschluss vom 20. August 2007 (LG Aachen)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

913. BGH 2 StR 284/07 - Urteil vom 29. August 2007 (LG Frankfurt)

Freispruch; Überzeugungsbildung (Indizienbeweis; Indizienkette; Vielzahl von Indizien).

§ 211 StGB; § 261 StPO

914. BGH 2 StR 285/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Gera)

Strafzumessung (kurze Freiheitsstrafe; Cannabis-Joint; Schuldprinzip); Gesamtstrafenbildung (Urteilsgründe; formelhafte Erwägungen; kurze Freiheitsstrafe).

§ 46 StGB; § 47 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 54 StGB

915. BGH 2 StR 296/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit; Schuldunfähigkeit; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

916. BGH 2 StR 304/07 - Beschluss vom 31. August 2007 (LG Limburg)

Strafzumessung (Berücksichtigung ausländerrechtlicher Folgen; Ausweisung).

§ 46 StGB

917. BGH 2 StR 306/07 - Urteil vom 5. September 2007 (LG Kassel)

Zustellung des Urteils (fehlende Urteilsformel; Berichtigungsbeschluss); Revisionsbegründungsfrist; Anschlussberechtigung des Nebenklägers (Jugendlicher; Heranwachsender; Zweifelssatz); Tötungsvorsatz (Überzeugungsbildung; lückenhafte Beweiswürdigung); Mord (niedriger Beweggrund; Gesamtwürdigung; ausländische Wertvorstellungen; Erfassung der inländischen Wertvorstellungen; Steuerungsfähigkeit).

§ 35 Abs. 2 StPO; § 260 Abs. 4 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 80 Abs. 2 JGG; § 109 JGG; § 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

918. BGH 2 StR 309/07 - Urteil vom 15. August 2007 (LG Koblenz)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Prognoseentscheidung (erhebliche rechtswidrige Taten); Verhältnismäßigkeit.

§ 62 StGB; § 63 StGB

Wegen der Schwere des Eingriffs in die persönliche Freiheit und mit Rücksicht auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 62 StGB) rechtfertigen nur schwere Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinreichen, eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

919. BGH 2 StR 316/07 - Beschluss vom 8. August 2007 (LG Frankfurt)

Urteilsformel (Tagessatzhöhe bei Einzelgeldstrafen).

§ 40 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 260 Abs. 4 StPO

920. BGH 2 StR 322/07 - Beschluss vom 24. August 2007 (LG Bonn)

Zurückweisung eines Beweisantrages (völlig ungeeignetes Beweismittel; absolute Untauglichkeit); Beruhen

(alternativer Ablehnungsgrund).
§ 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

921. BGH 2 StR 331/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Frankfurt)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Kurier (Beihilfe).
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

922. BGH 2 StR 342/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Beihilfe).
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

923. BGH 2 StR 344/07 - Beschluss vom 10. August 2007 (LG Gera)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln; Beschaffungskriminalität); erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit wegen Betäubungsmittelabhängigkeit.
§ 64 StGB; § 21 StGB

924. BGH 2 StR 352/07 - Beschluss vom 24. August 2007 (LG Bad Kreuznach)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Einbeziehung einer Geldstrafe von dreißig Tagessätzen.
§ 39 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

925. BGH 2 StR 390/07 - Beschluss vom 21. September 2007 (LG Trier)

Besonders sorgfältige Beweiswürdigung („Aussage gegen Aussage“); Aufklärungspflicht (eigene Sachkunde; aussagepsychologischer Sachverständiger); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; sexuelle Nötigung.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 177 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

926. BGH 2 ARs 222/07 / 2 AR 139/07 - Beschluss vom 14. August 2007 (KG Berlin)

Unzulässige Beschwerde (Beschluss des Oberlandesgerichts).
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

927. BGH 2 ARs 321/07 / 2 AR 179/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (AG Kiel)

Wohnsitzwechsel nach Erhebung der Anklage; Zweckmäßigkeit.
§ 42 Abs. 3 JGG; § 12 StPO

928. BGH 2 ARs 336/07 / 2 AR 188/07 - Beschluss vom 31. August 2007

Zweckmäßigkeit der Zuständigkeitsbestimmung (Reiseunfähigkeit des Angeklagten).
§ 8 Abs. 1 StPO; § 12 StPO

929. BGH 2 ARs 413/07 / 2 AR 241/07 - Beschluss vom 10. Oktober 2007

Verfahrensverbinding (Sachdienlichkeit).
§ 2 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

930. BGH 3 StR 157/07 - Beschluss vom 9. August 2007 (LG Wuppertal)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Recht auf

Verfahrensbeschleunigung im Revisionsrechtszug; Verfahrensrüge).

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

931. BGH 3 StR 163/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Osnabrück)

Beweiserhebung in Abwesenheit des Angeklagten (absoluter Revisionsgrund; denkgesetzlich ausgeschlossenes Beruhen).
§ 247 StPO; § 338 Nr. 5 StPO

932. BGH 3 StR 170/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Kiel)

Auslieferung (Spezialitätsgrundsatz; Einstellung des Verfahrens); Bankrott (abstraktes Gefährungsdelikt; Zusammenhang zwischen Bankrottbehandlung und der Insolvenz); unrichtige Darstellung.
§ 260 Abs. 3 StPO; § 283 StGB; § 331 Nr. 1 und 4 HGB

933. BGH 3 StR 180/07 - Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Mord (Grausamkeit; Tatausführung; niedrige Beweggründe); Erörterungsmangel (verminderte Steuerungsfähigkeit; Strafraumenverschiebung).
§ 211 StGB; § 49 StGB; § 21 StGB

934. BGH 3 StR 184/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007

Anhörungsgrüge; rechtliches Gehör (Verletzung „in entscheidungserheblicher Weise“); rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages (Beruhen).
§ 356a StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

935. BGH 3 StR 200/07 - Urteil vom 30. August 2007 (LG Düsseldorf)

Hehlerei (Absatzhilfe; Hilfe im Vorfeld von Absatzbemühungen).
§ 259 StGB

936. BGH 3 StR 96/07 - Urteil vom 9. August 2007 (LG Kleve)

BGHSt; Abgrenzung von Aussetzung und Unterbrechung; gesetzlicher Richter (Bestimmung durch richterliche Entscheidung; Willkür).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 222b StPO; § 228 StPO; § 229 Abs. 1 StPO; § 243 Abs. 1 StPO

937. BGH 3 StR 207/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Kiel)

Untreue (schadensgleiche Vermögensgefährdung; Notar; weisungswidrige Verfügung über Treugut); Strafzumessung (Höhe der Vermögensgefährdung).
§ 266 StGB; § 46 StGB

938. BGH 3 StR 216/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007

Unbegründete Anhörungsgrüge.
§ 356a StPO

939. BGH 3 StR 221/07 - Beschluss vom 21. August 2007

Anhörungsgrüge; rechtliches Gehör (keine Begründung bei Beschlussverwerfung).
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

940. BGH 3 StR 238/07 - Beschluss vom 21. August 2007 (LG Kleve)

Aufklärungspflicht (Auslandszeuge; unmittelbarer Tatzeuge; antizipierte Beweiswürdigung); faires Verfahren (Konfrontationsrecht); Rechtsmissbrauch durch die Verteidigung (Konfliktverteidigung); redaktioneller Hinweis. § 244 StPO; § 245 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK

941. BGH 3 StR 257/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Krefeld)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Amphetamin-Base; nicht geringe Menge); Strafzumessung (Beruhen). § 30a BtMG; § 46 StGB; § 337 StPO

942. BGH 3 StR 261/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Itzehoe)

Schuldfähigkeit (Schizophrenie; akuter Schub); Darlegung; Urteilsgründe; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus. § 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

943. BGH 3 StR 263/07 - Beschluss vom 21. August 2007 (LG Aurich)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vollstreckungsreihenfolge; Anordnung des Vorwegvollzugs. § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB n.F.

944. BGH 3 StR 266/07 - Beschluss vom 14. August 2007 (LG Hannover)

Besorgnis der Befangenheit (Strafobergrenze; Sanktionschere; Drohung; verbotene Vernehmungsmethoden; freie Verteidigung; Selbstbelastungsfreiheit und Schweigerecht; Recht auf ein faires Verfahren; Verfahrensabsprachen; Deal). Art. 6 EMRK; § 24 StPO; § 136a StPO; § 338 Nr. 3 StPO

945. BGH 3 StR 273/04 - Beschluss vom 23. August 2007 (LG Kiel)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts; Zurückverweisung zum Zwecke der Strafzumessung. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

946. BGH 3 StR 276/07 - Beschluss vom 7. August 2007 (LG Wuppertal)

Vollstreckungsreihenfolge; Vorwegvollzug; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. § 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB n.F.

947. BGH 3 StR 281/07 - Beschluss vom 9. August 2007 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (besondere Anforderungen; Aussage gegen Aussage); sexueller Missbrauch eines Kindes. § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO; § 176 StGB

948. BGH 3 StR 301/07 - Urteil vom 23. August 2007 (LG Osnabrück)

Sexueller Missbrauch (Schutzbefohlener; Kind; Jugendlicher); Beweiswürdigung; Anforderungen an ein aussagepsychologisches Gutachten. § 176 StGB; § 244 StPO; § 261 StPO

949. BGH 3 StR 323/07 - Beschluss vom 11. September 2007 (LG Kiel)

Anordnung der vorbehaltenen Sicherungsverwahrung (letztmöglicher Zeitpunkt; materiellrechtliche Voraussetzung der Maßregelanordnung). § 66a StGB

950. BGH 3 StR 326/07 - Beschluss vom 7. August 2007 (LG Kleve)

Beihilfe (zwingende Strafminderung); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Täterschaft; Beihilfe; konkreter Tatbeitrag; Bedeutung für das Gesamtgeschäft); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung von Strafen). § 29 BtMG; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 55 StGB

951. BGH 3 StR 330/07 - Beschluss vom 11. September 2007 (LG Itzehoe)

Verjäherte Tat (strafschärfende Berücksichtigung). § 46 StGB; § 78 StGB

952. BGH 3 StR 359/07 - Beschluss vom 19. September 2007 (LG Düsseldorf)

Geldfälschung (eigenständige Verfügung; eigenständiges Inverkehrbringen als echt). § 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB

953. BGH 3 StR 384/07 - Beschluss vom 1. Oktober 2007 (LG Bückeburg)

Diebstahl (Beendigung; gefestigter Gewahrsam); Beihilfe. § 27 StGB; § 242 StGB

954. BGH StB 17/07 - Beschluss vom 7. August 2007 (OLG Düsseldorf)

Haftbeschwerde während der Hauptverhandlung (Prüfungsmaßstab); Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Anforderungen an die Terminierung); Verhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft (Betrug; Schadenssumme; besonders schwerer Fall). § 117 Abs. 2 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 2 EMRK; § 263 StGB; § 213 StPO

955. BGH StB 34/07 - Beschluss vom 18. Oktober 2007 (Ermittlungsrichter des BGH)

Fall Andrej Holm; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung; dringender Tatverdacht (Tatsachen; Vermutungen); militante Gruppe; mg. § 112 StPO; § 129a StGB

956. BGH StB 5/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007 (BGH des BGH)

Beschlagnahme zur Sicherung einer etwaigen Einziehung (Anfangsverdacht; Verhältnismäßigkeit). § 111b StPO; § 74 StGB

957. BGH 4 StR 227/07 - Beschluss vom 30. Oktober 2007

Unzulässige Anhörungsrüge (Glaubhaftmachung). § 356 a StPO

958. BGH 1 StR 529/07 - Beschluss vom 7. November 2007 (LG Rottweil)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

959. BVerfG 2 BvR 1277/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. August 2007 (LG Dortmund)

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (grundsätzlicher Ausschluss gegen strafprozessuale Zwischenentscheidungen; Verfahrensverbindung; Ablehnung eines Abtrennungsantrages; langdauerndes Verfahren; Nichtabsehbarkeit der Beendigung); Nichtannahmebeschluss.
§ 93a Abs. 2 BVerfGG; § 4 StPO

960. BVerfG 2 BvR 1508/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Oktober 2007 (BGH)

Unzulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen Beschlüsse des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs (Zwischenentscheidung ohne gegenwärtigen Nachteil; GSSt 1/06); Nichtannahmebeschluss.
§ 93a Abs. 2 BVerfGG; § 132 Abs. 2 StPO; § 138 Abs. 1 Satz 3 GVG

961. BVerfG 2 BvR 1681/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 31. August 2007 (LG Gießen/AG Büdingen)

Rechtsstaatsprinzip (fairer Verfahren); Unverletzlichkeit der Wohnung (Durchsuchung; richterliche Entscheidung); Hinzuziehung von Hilfspersonen zur Auswertung von ärztlichen Abrechnungsunterlagen (Unparteilichkeit; keine eigenen rechtlichen Wertungen; Höhe der Vergütung; allgemeine Ermittlungsbefugnis als gesetzliche Grundlage); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (vorheriger Antrag gemäß § 98 Abs. 2 S. 2 StPO); Geltendmachung von Verwertungsverboten im Verfassungsbeschwerdeverfahren; Nichtannahmebeschluss.
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 102 StPO; § 98 Abs. 1 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG

962. BVerfG 2 BvR 1824/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. Juli 2007 (OLG Celle)

Begründungsanforderungen bei einer Revision (Jugendstrafverfahren; Urteil, dass lediglich Sanktionen gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG anordnet; eindeutige Benennung des Angriffszieles; Erfordernis effektiven Rechtsschutzes); Nichtannahmebeschluss.
Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 StPO; § 55 Abs. 1 Satz 1 JGG; § 16 JGG

963. BVerfG 2 BvR 411/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Mai 2007 (BGH/LG Kassel)

Faires Verfahren (Konfrontationsrecht; Fragerecht; Berücksichtigung der EMRK); Ersetzung einer Vernehmung minderjähriger Zeugen durch die Vorführung einer Videoaufzeichnung (Abwägung mit Zeugenschutzinteressen; vorherige Konfrontation; widersprüchliches Aussageverhalten; zweijähriges Zuwarten); Nichtannahmebeschluss; redaktioneller Hinweis.
Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 255 a Abs. 2 StPO

964. BGH 1 StR 274/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Ravensburg)

Aussetzung; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Kenntnis der wesentlichen Beweisgrundlagen bei Verfahrenseröffnung; Beachtung des Beschleunigungsgrundsatzes in Haftsachen; Recht auf Verfahrensbeschleunigung); redaktioneller Hinweis.
§ 265 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz GG; Art. 5 Abs. 2 EMRK

965. BGH 1 StR 276/07 – Urteil vom 26. September 2007 (LG Tübingen)

Einführung von Erkenntnissen der Gerichtshilfe in die Hauptverhandlung (Verlesung der Berichte einer Gerichtshelferin; Stellung der Gerichtshilfe).
§ 250 StPO; § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 160 Abs. 3 StPO; § 256 Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Nr. 5 StPO

966. BGH 1 StR 295/07 - Urteil vom 25. September 2007 (LG Traunstein)

Erörterungsmangel bezüglich eines möglichen Tötungsvorsatzes; gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug); Sicherungsverwahrung (Hang; Symptomzusammenhang; Gelegenheitstat).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 66 StGB

967. BGH 1 StR 341/07 - Beschluss vom 15. August 2007 (LG Freiburg)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Rüge mangelhafter Verteidigung; Recht auf ein faires Verfahren; Vorauswahl des Verteidigers durch die Staatsanwaltschaft; Bestellung eines Pflichtverteidigers bei bevorstehendem Urlaub des Verteidigers; Fachanwalt für Strafrecht; Fürsorgepflicht; keine Überwachung der Verteidigung der ausreichenden Sprachkenntnisse des Angeklagten bezüglich seiner Verteidigung; ausnahmsweise Entpflichtung des Verteidigers; Auswahl des Verteidigers und Stellung der Staatsanwaltschaft); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. c EMRK; § 141 Abs. 3 Satz 2 StPO

968. BGH 1 StR 350/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Kempten)

Reichweite des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Verlesung von Urkunden und anderen als Beweismittel dienenden Schriftstücken; ergänzende Verlesung).
§ 250 StPO; § 251 Abs. 1 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

969. BGH 1 StR 379/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG München)

Voraussetzungen des erweiterten Verfalls.
§ 73d StGB

970. BGH 1 StR 385/07 - Beschluss vom 20. September 2007 (LG Stuttgart)

Abgabe von Sacherklärungen (Einlassungen) des Angeklagten über den Verteidiger (Zurechnung von Verteidigeräußerungen; Abgrenzung von Prozessklärungen).
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 137 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

971. BGH 1 StR 391/07 - Beschluss vom

12. September 2007 (LG München)

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: Therapieabbruch, Ausweitung des in Betracht kommenden Opferkreises beim sexuellen Missbrauch von Kindern; mündliche und schriftliche Äußerungen im Strafvollzug zu sexuellen Phantasien).
§ 66b Abs. 1 StGB

972. BGH 1 StR 432/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG München)

Keine Wiedereinsetzung zur Anbringung von Verfahrensrügen; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Akteneinsicht; Einschränkung bei festgestellter unlauterer Zeugenbeeinflussung durch einen Verteidiger des Angeklagten).

§ 44 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. b und c EMRK; § 147 StPO

973. BGH 1 StR 477/07 - Beschluss vom 10. Oktober 2007 (LG Bamberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

974. BGH 4 StR 207/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hagen)

Entsprechende Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO.

§ 354 Abs. 1 StPO

975. BGH 4 StR 239/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Bochum)

Falsche uneidliche Aussage; Aussagenotstand (maßgebliches Vorstellungsbild; Absicht, dienstrechtlicher Konsequenzen von sich abzuwenden und Absicht, sich durch die Falschaussagen darüber hinaus vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen: indizielle Bedeutung ausgebliebener Auskunftsverweigerung).

§ 153 StGB; § 157 StGB; § 55 StPO

976. BGH 4 StR 62/07 - Beschluss vom 16. Oktober 2007

Pauschvergütung für den Wahlverteidiger (Unzumutbarkeit wegen der besonderen Schwierigkeit der Sache).

§ 42 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 RVG

977. BGH 4 StR 240/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007 (LG Bochum)

Falsche uneidliche Aussage; Aussagenotstand (maßgebliches Vorstellungsbild; Absicht, dienstrechtlicher Konsequenzen von sich abzuwenden und Absicht, sich durch die Falschaussagen darüber hinaus vor strafrechtlicher Verfolgung zu schützen: indizielle Bedeutung ausgebliebener Auskunftsverweigerung, Annahme einer Beihilfe des Schulleiters bei mangelndem Einschreiten gegenüber einem Lehrer, der seine Schutzbefohlenen sexuell missbraucht, Garantenstellung).

§ 153 StGB; § 157 StGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 174 StGB; § 55 StPO; § 354 Abs. 3 StPO

978. BGH 4 StR 251/07 - Beschluss vom 27. September 2007 (LG Kaiserslautern)

Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgebot; Verfahrensrüge; eigene Strafzumessung des Revisionsgerichts: Herabsetzung der Strafe).

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

979. BGH 4 StR 253/07 - Beschluss vom 23. August 2007 (LG Neubrandenburg)

Vergewaltigung (Ausnutzung einer schutzlosen Lage; Tatbestandsirrtum: Erörterungsmangel bei ambivalentem Verhalten des Tatopfers).

§ 177 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

980. BGH 4 StR 288/07 - Beschluss vom 18. September 2007 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

981. BGH 4 StR 318/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Dessau)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Fehlen eines ernsthaften Therapiewillens; Anordnung zur Weckung der Therapiebereitschaft).

§ 64 StGB

982. BGH 4 StR 318/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Dessau)

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in einer Entziehungsanstalt (Hang: Entbehrlichkeit einer Persönlichkeitsdeprivation bei Alkohol- und Drogenmissbrauch und indizielle Bedeutung).

§ 64 StGB

1. Für einen Hang ist nach ständiger Rechtsprechung ausreichend eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad physischer Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betroffene auf Grund seiner Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint (BGH NStZ 2005, 210). Dies kommt etwa dann in Betracht, wenn der Täter berauschte Mittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass hierdurch seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt werden (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 103; 2003, 106), oder bei Vorliegen von Beschaffungskriminalität (vgl. BGH NStZ 2005, 210).

2. Für die Annahme eines Hanges ist nicht erforderlich, dass beim Täter bereits eine Persönlichkeitsdeprivation eingetreten ist. Dem Fehlen einer Persönlichkeitsdeprivation kommt ebenso wie dem Vorliegen lediglich indizielle Bedeutung für einen Hang zu.

983. BGH 4 StR 324/07 - Beschluss vom 27. September 2007 (LG Halle)

Entscheidung über die Zinsen im Adhäsionsverfahren (wirksame Stellung des Adhäsionsantrages).

§ 406 StPO; § 404 Abs. 1 Satz 1 und 2 StPO

984. BGH 4 StR 334/07 - Beschluss vom 20. September 2007 (LG Dortmund)

Abgrenzung von erpresserischem Menschenraub und räuberischer Erpressung nach der stabilen Bemächtigungslage.

§ 239a StGB; § 255 StGB

985. BGH 4 StR 348/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Halle)

Rechtsfehlerhafte weil lückenhafte Beweiswürdigung.
§ 261 StPO

986. BGH 4 StR 378/07 - Beschluss vom 18. September 2007 (LG Magdeburg)

Anordnung des Vorwegvollzuges einer Maßregel nach neuem Recht (Maßgeblichkeit des neuen Rechts auch in der Revision).

§ 67 Abs. 2 StGB n.F.; § 354a StPO

987. BGH 4 StR 392/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Dessau)

Vorsatz bei der Beihilfe zur Geiselnahme und zur schweren räuberischen Erpressung (Unterscheidung nach einzelnen Gesetzesverletzungen / Haupttaten).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 239b StGB; § 255 StGB; § 250 StGB

988. BGH 4 StR 394/07 - Beschluss vom 13. September 2007 (LG Essen)

Wirksame Rücknahme der Revision (keine besondere Form).

§ 302 Abs. 2 StPO

989. BGH 4 StR 409/07 - Beschluss vom 6. September 2007 (LG Bochum)

Erörterungsmangel bezüglich eines Rücktritts vom Versuch der Anstiftung (Rücktritt durch bloßes Aufgeben; fehlgeschlagener Versuch; Rücktrittshorizont).

§ 31 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 30 StGB

990. BGH 4 StR 425/07 - Beschluss vom 18. Oktober 2007 (LG Saarbrücken)

Unzulässige Revision der Nebenklage.

§ 400 Abs. 1 StPO

991. BGH 4 StR 431/07 - Beschluss vom 20. September 2007 (LG Bautzen)

Gesamtstrafenbildung (keine Zäsurwirkung bei „Verbrauch“ für eine nachträgliche Gesamtstrafe).

§ 55 StGB

992. BGH 4 StR 434/07 - Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Halle)

Gesamtstrafenbildung (verkannte Zäsurwirkung).

§ 55 StGB; § 54 StGB

993. BGH 4 StR 442/07 - Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

994. BGH 4 StR 462/07 - Beschluss vom 2. Oktober 2007 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

995. BGH 4 StR 493/07 - Beschluss vom 18. Oktober 2007 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

996. BGH 5 StR 208/07 - Beschluss vom 26. September 2007 (LG Berlin)

Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erforderliche Gesamtwürdigung zur Begründung eines Hanges; Bedeutung von Taten verschiedener Art).

§ 66 Abs. 1 StGB

997. BGH 5 StR 213/07 - Urteil vom 11. September 2007 (LG Berlin)

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Erbschaftsteuer; ungerechtfertigter Steuervorteil; Stundung; Berichtigungspflicht; Beweiswürdigung: Lückenhaftigkeit; Verantwortlichkeit des Steuerberaters und Zusammenwirken des Erben mit diesem); Betrug; Begriff der prozessualen Tat bei der steuerlichen Pflicht zur nachträglichen Berichtigung (innerer Zusammenhang; einheitlicher Lebenssachverhalt); Verfahrensvoraussetzung des wirksamen Strafantrages (Antragsfrist; Anforderungen an die Kenntnis; Beginn des Fristlaufs beim Versuch).

§ 370 AO; § 31 Abs. 5 Satz 1 ErbStG; § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG; § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; § 28 ErbStG; § 263 StGB; § 153 Abs. 1 AO; § 261 StPO; § 264 StPO; § 77 StGB; § 77b Abs. 1 StGB

998. BGH 5 StR 226/07 - Beschluss vom 25. September 2007 (LG Neuruppin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

999. BGH 5 StR 227/07 - Urteil vom 12. September 2007 (LG Berlin)

Unbegründete Befangenheitsrüge im Zusammenhang mit Absprachenangeboten des Gerichts (Anforderungen an die Darlegung einer entsprechenden Verfahrensrüge; keine Zusicherung einer Strafobergrenze gegenüber dem Verteidiger ohne Beteiligung der Staatsanwaltschaft; dahingehendes Missverständnis des Verteidigers, einseitige Kontaktaufnahmen des Vorsitzenden).

Vor § 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 EMRK

1000. BGH 5 StR 230/07 - Beschluss vom 27. September 2007

Anhörungsfrage; Begründungspflicht bei letztinstanzlichen Entscheidungen.

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

1001. BGH 5 StR 257/07 - Beschluss vom 12. September 2007 (LG Hamburg)

Behinderung der Verteidigung (Anträge auf Vernehmung des Pflichtverteidigers; Anforderungen an die Darstellung des absoluten Revisionsgrundes bei der Verfahrensrüge; konkreter Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Verfahrensverstöß und dem Urteil).

§ 338 Nr. 8 StPO; § 140 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1002. BGH 5 StR 276/07 - Beschluss vom

11. September 2007

Anhörungsrüge; Begründungspflicht bei letztinstanzlichen Entscheidungen.

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

1003. BGH 5 StR 277/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hamburg)

Strafzumessung (Wertungsfehler bei besonders schwerer Vergewaltigung und besonders schwerem sexuellen Missbrauch von Kindern; besonderes Maß der körperlichen Zwangseinwirkung auf das Opfer).

§ 46 StGB; § 177 Abs. 4 StGB; § 176a Abs. 5 StGB

1004. BGH 5 StR 291/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1005. BGH 5 StR 292/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Paderborn)

Anforderungen an die Berechnungsdarstellung bei Steuerhinterziehung (Ausnahme bei sachkundigem Angeklagten; Tenorierung; Vortäuschung von Betriebsausgaben durch den faktischen Geschäftsführer; Tatvollendung bei Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen); Untreue (Existenzgefährdung bei der GmbH); Abgrenzung von Bankrott und Diebstahl.

§ 370 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 AO; § 266 StGB; § 283 StGB; § 242 StGB; § 261 StPO

1006. BGH 5 StR 305/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Berlin)

Wertungsfehler bei der Strafzumessung (auffällig hohe Strafe bei knappen Strafzumessungsgründen); Strafzumessung beim Diebstahl mit Waffen.

§ 46 StGB; § 244 Abs. 1 StGB § 267 Abs. 3 StPO

1007. BGH 5 StR 344/07 – Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Potsdam)

Beweisantrag auf Vernehmung der wesentlichen Tatzeugin (Wiedererkennenszeugin) bei der Vergewaltigung (Recht auf Vernehmung einer Entlastungszeugin; Konfrontationsrecht; kommissarische Vernehmung; Bild-Ton-Vernehmung; Unerreichbarkeit; Aufklärungsrüge; Behauptung einer bestimmten Beweistatsache); Beweiswert bei Wahlgegenüberstellung und Lichtbildvorlage; audiovisuelle Vernehmung einer Zeugin in Österreich.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2, Abs. 3 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 247a Abs. 1 Satz 1 2. Halbsatz StPO; Art. 10 Abs. 1 und 2 EuRhÜbK; § 247a Abs. 2 StPO

1008. BGH 5 StR 347/07 – Beschluss vom 12. September 2007 (LG Neuruppin)

Verstoß gegen das Verwertungsverbot des § 51 BZRG; Sicherungsverwahrung (Hang; Verhältnis zur Unterbringung in einer Entziehungsanstalt: Verhältnismäßigkeit, kumulative Anwendung, Erörterungsmangel).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 51 BZRG; § 72 StGB; § 64 StGB

1009. BGH 5 StR 359/07 – Beschluss vom 10. Oktober 2007 (LG Berlin)

Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme (Strafrahmenverschiebung bei Beihilfe).

§ 27 Abs. 2 Satz 2 StGB

1010. BGH 5 StR 360/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1011. BGH 5 StR 373/07 – Beschluss vom 26. September 2007 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1012. BGH 5 StR 374/07 – Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Potsdam)

Gebotene Neuentscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge der Freiheitsstrafe und der Maßregel gemäß § 67 Abs. 2 StGB n.F. (Maßgeblichkeit in der Revision).

§ 67 Abs. 2 StGB n.F.; § 354a StPO

1013. BGH 5 StR 375/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Leipzig)

Anwendung von allgemeinem Strafrecht auf einen Heranwachsenden (Entwicklungsrückstände; Einbeziehung aller Lebensbereiche; Jugendverfehlung bei „Jähtaten“; Anwendung von Jugendstrafrecht im Zweifel).

§ 105 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 JGG

1014. BGH 5 StR 376/07 – Beschluss vom 10. Oktober 2007 (LG Dresden)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen: Behandlung von Regelbeispielen, Bildung einer hypothetischen Gesamtstrafe; neue Tatsache: Therapieabbruch, bereits erkennbare Pädophilie, Äußerungen im Vollzug); Recht auf Verfahrensbeschleunigung.

§ 66b Abs. 2 StGB; § 12 Abs. 3 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1015. BGH 5 StR 388/07 – Beschluss vom 11. September 2007 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Erörterungsmangel bezüglich einer Gesamtgeldstrafe; Zäsurwirkung; Härteausgleich).

§ 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

1016. BGH 5 StR 397/07 – Beschluss vom 24. September 2007 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1017. BGH 5 StR 408/07 – Beschluss vom 9. Oktober 2007 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

1018. BGH 5 StR 414/07 – Beschluss vom 27. September 2007 (LG Dresden)

Rechtsfehlerhafte Gesamtfreiheitsstrafe (zeitliche Voraussetzungen: Feststellungen); Strafzumessung (Höhe und nachträgliche Reduzierung des Betrugsschadens; Zurechnung von mindernden Zahlungen anderer Mittäter).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 46 StGB

1019. BGH 5 StR 65/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Beihilfe zum Betrug; nachvollziehbare Darstellung insbesondere der Haupttat); Tateinheit und

Tatmehrheit bei der Beihilfe; Annahme eines Regelbeispiels bei der Beihilfe.

§ 261 StPO; § 27 StGB; § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 52 StGB

1020. BGH 5 StR 296/07 – Beschluss vom 13. September 2007 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung (Verfahrensrüge)
§ 261 StPO

1021. BGH 5 StR 307/07 – Beschluss vom 12. September 2007 (LG Berlin)

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