

100. Ausgabe

HRRS

Ausgabe 6/2008

9. Jahrgang

ISSN 1865-6277

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung zum Strafrecht

<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

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); Wiss. Ass. Dr. Lutz
Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);
Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur.
(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.
Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.
Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich
(Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss.
Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),
Univ. Hamburg; RA Tilo Mühlbauer
(Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus
(Dortmund); RA Markus Rüben-
stahl, mag. iur. (White & Case LLP,
Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank
Saliger (Bucerius Law School
Hamburg); Prof. Dr. Christoph
Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-
Ulrich Ventzke (Hamburg) und
Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ.
Zürich)

Publikationen

Vors. RiBGH *Clemens Basdorf*, Leipzig – **Gebotene psychiatrische Begutachtung in Fällen auffälliger Besonderheiten in der Tat und/oder bei dem Täter** S. 275

Wiss. Ass. Dr. *Karsten Gaede*, Bucerius Law School Hamburg / Richter und Wiss. Mit. (BVerfG) *Ulf Buermeyer*, Karlsruhe/Berlin – **Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokation nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR** S. 279

Wiss. Mit. Dr. *Nicole Krumdiek*, Universität Bremen – **Unerlaubtes Handeltreiben - Anforderungen an die Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln** S. 288

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen und die deutsche Übersetzung der Entscheidung des EGMR „Pygiotakis gegen Griechenland“.

Entscheidungen

- EGMR *(Pygiotakis v. Greece)* Mittelbare Tatprovokation als Verstoß gegen Art. 6 EMRK
- BVerfG **Geltung des Gesetzesvorbehaltes bei der Beschränkung von Besuchen im Maßregelvollzug**
- BVerfG **Verfassungswidrige Durchsuchung einer Anwaltskanzlei**
- BGHSt **Auslieferungsverbot nach Strafverfolgungsverjährung in Deutschland**
- BGHR **Vorsatz und Vermögensnachteil bei Risikogeschäften**
- BGHSt **Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraum- und Gewerberaummieta (im Anschluss an BGHSt 41, 224)**
- BGH **Pflicht zur Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen in Kapitalstrafsachen**
- BGH **Versagung einer Rechtsfolgenkompensation bei geringer rechtsstaatswidriger Verzögerung**
- BGH **Entzug des gesetzlichen Richters bei Überdehnung von § 26a I Nr. 3 StPO**
- BGH **Kein Rechtsschutz für willkürliche Besetzungsrüge auch bei Unterstützung durch den GBA**
- BGH **Zwingende Natur der Neuregelung des Vorwegvollzugs und Entscheidung analog § 354 I StPO**
- BGH **Abschneiden von „Dreadlocks“ und gefährliche Körperverletzung**

Die Ausgabe umfasst 120 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

SCHRIFTFÜHRUNG

Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Bucerius Law School; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Hamburg; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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

9. Jahrgang, Juni 2008, Ausgabe

6

Editorial

Zum Erscheinen der 100. Ausgabe der HRRS

Wer vor zwanzig Jahren eine Revisionsbegründung verfasste, durfte sich gelegentlich darüber ärgern, dass in Beschlussverwerfungsanträgen des Generalbundesanwalts Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit Datum und Aktenzeichen zitiert wurden, die nirgendwo zu finden waren. Zwar war der Zugang zu ihnen nicht versperrt. Man konnte sie in Ablichtung beim Bundesgerichtshof anfordern. Bevor sie dem revisionsführenden Anwalt zur Verfügung standen, war die Zweiwochenfrist zur Erwidderung jedoch häufig schon abgelaufen.

Die selektive Veröffentlichungspraxis – wobei die Selektion kein System hatte – war aber noch das geringste Ärgernis. Diejenigen Entscheidungen, die publiziert wurden, erschienen mit mehrwöchiger Verzögerung in Entscheidungssammlungen und Zeitschriften, die für angehende und frisch praktizierende Juristen nur schwer erschwinglich waren.

Die Idee – beflügelt durch das Internet und Vorbilder in den USA – war einfach: Es sollte möglich sein, *alle* Ent-

scheidungen unseres höchsten Gerichts *vollständig* für *jedermann* und *kostenlos* zugänglich zu machen – anders gesagt: den informativen Zugang zur Rechtsprechung zu „demokratisieren“.

Die Umsetzung dieser Idee wurde am Abend des 10.6.1998 nach einem Vortrag, den ich auf Einladung des Fachschaftsrats Jura an der Leipziger Universität gehalten hatte, beschlossene Sache. Ein kleiner Zirkel von Studenten, Karsten Gaede, Rocco Beck und Stephan Schlegel hielten das Projekt für machbar. Einige Monate später kam dann noch Ulf Buermeyer hinzu. Nach mehreren Monaten der Planung konnten wir im April 1999 auf „Sendung“ gehen und im Januar 2000 erschien das erste Heft – damals noch unter dem Titel „HRR-Strafrecht“.

Inzwischen sind – mit dieser Ausgabe – hundert Hefte der HRRS erschienen. Aus den Studenten sind Wissenschaftler, Rechtsanwälte und Richter geworden. Sie haben es verstanden, HRRS nicht nur zu einem unentbehrlichen Nachschlagewerk für die höchstrichterliche Recht-

sprechung zu machen (mit ca. 150.000 Zugriffen in jedem Monat), sondern der Zeitschrift durch die Veröffentlichung hochqualifizierter Beiträge ein völlig eigenständiges Profil in der fachlichen Debatte zwischen Wissenschaft, Rechtsprechung und Praxis zu verschaffen.

Der Herausgeber und die Leser entbieten der Redaktion einen herzlichen Glückwunsch!

Gerhard Strate

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

500. EGMR Nr. 15100/06 (1. Kammer) – Urteil vom 21. Februar 2008 (Pyrgiotakis v. Griechenland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (unzulässige Tatprovokation; mittelbare Tatprovokation; agent provocateur; V-Mann; V-Leute; Einsatz Verdeckter Ermittler; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung; Beweisrecht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; § 110a StPO

1. Wollen die Ermittlungsbehörden gegen einen bereits konkret Tatverdächtigen mit einem fingierten Angebot zur Begehung einer Straftat vorgehen, um ihn zu überführen, dürfen sie eine nicht tatverdächtige Person nicht als Mittelsmann einbeziehen, welche die Tat ohne die Aktion der Ermittlungsbehörden nicht begangen hätte.

2. Die Verwertung eines Beweismittels, das durch eine rechtswidrige Tatprovokation erlangt worden ist, ist in einem fairen Strafverfahren auszuschließen. Auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege kann ihre Verwertung in einem fairen Strafverfahren nicht rechtfertigen.

3. Eine mit Art. 6 EMRK unvereinbare Tatprovokation kann schon dann angenommen werden, wenn das Einschreiten der Beamten möglicherweise die Straftat provoziert hat und nichts dafür spricht, dass sie ohne deren Einwirkung begangen worden wäre.

4. Das Recht auf ein faires Verfahren gilt für alle Arten von Straftaten einschließlich Straftaten, die der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind. Das Recht auf ein faires Strafverfahren darf auch bei diesen Taten nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden.

588. BVerfG 2 BvR 2219/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. März 2008 (OLG Hamm/LG Münster/Landesbeauftragter für den Maßregelvollzug Nordrhein-Westfalen)

Recht auf Besuchsempfang im Maßregelvollzug (routinemäßiges Abhängigmachen von einem vorhergehenden Gespräch des Besuchers mit einem Therapeuten; Vorverlagerung der Eingriffschwelle bei Eingriffen zur

Feststellung, ob eine konkrete Gefahr für Sicherheit und Ordnung vorliegt); Anspruch auf Schutz der Familie; gerichtliche Prüfungspflichten bei der Auslegung und Anwendung von Ermächtigungen zum Grundrechtseingriff.

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 9 Abs. 2 MRVG NRW; § 116 Absatz 1 StVollzG

1. Grundrechte dürfen nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes und nur unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingeschränkt werden. Dies gilt allgemein und daher auch für Gefangene (vgl. BVerfGE 33, 1, 11; 116, 69, 80) und im Maßregelvollzug Untergebrachte. Soweit eine sachgerechte Behandlung im Maßregelvollzug die Einräumung therapeutischer Beurteilungsspielräume erfordert, berührt dies nicht die grundsätzliche verfassungsrechtliche Notwendigkeit einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage für Grundrechtsbeschränkungen im Maßregelvollzug.

2. Das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage betrifft auch Beschränkungen des Rechts, mit Personen außerhalb der Anstalt zu verkehren (vgl. BVerfGE 89, 315, 322). Beschränkungen der Besuchskontakte im Freiheitsentzug greifen in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein; geht es um den Besuchskontakt zu Familienangehörigen, so ist das insoweit speziellere Grundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG berührt (vgl. BVerfGE 89, 315, 322, 323).

3. Auch im Maßregelvollzug bleibt die Erhaltung des Kontakts zu den Familienangehörigen ein bei Vollzugsentscheidungen zu berücksichtigender, grundrechtlich geschützter Belang. Einschränkungen des Besuchsrechts unterliegen demgemäß einer Verhältnismäßigkeitskontrolle, die der Bedeutung sozialer Kontakte und insbesondere der Pflege von Familienbeziehungen für den Untergebrachten Rechnung tragen muss.

4. Dem Maßregelvollzugsgesetz NRW, insbesondere dessen § 9 Abs. 2 MRVG NRW, ist keine ausdrückliche Ermächtigung zu entnehmen, aufgrund der die Klinik berechtigt wäre, routinemäßig Besuchskontakte von therapeutischen Erstgesprächen mit den Besuchern abhängig zu machen.

5. Eingriffsermächtigungen für Vollzugsbehörden, die ohne weitere Spezifizierung auf Erfordernisse der Sicherheit und Ordnung abstellen, sind in der Regel gerade zum Schutz der Grundrechte der Betroffenen dahingehend auszulegen, dass zu ihrer Anwendung konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Anstaltssicherheit oder -ordnung bereits vorliegen müssen.

6. Die in § 116 Abs. 1 StVollzG normierten besonderen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsgemäß.

589. BVerfG 2 BvR 2380/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Januar 2008 (OLG München/LG Deggendorf)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (zureichende Beurteilungsgrundlage; Anspruch auf Begutachtung durch externen Sachverständigen im Einzelfall; krankhafte Vorstellung nicht unvoreingenommen begutachtet zu werden); Freiheit der Person.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67e StGB; § 74 StPO

1. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 GG folgt nicht, dass bei jeder Überprüfung der Unterbringung ein Sachverständigengutachten eingeholt werden muss. Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften bestehen, hängt es von dem sich nach den Umständen des einzelnen Falles bestimmenden pflichtgemäßen Ermessen des Richters ab, in welcher Weise er die Aussetzungsreife prüft (vgl. BVerfGE 70, 297, 309 f.). In der Regel besteht jedoch die Pflicht, einen erfahrenen Sachverständigen zuzuziehen, wenn es um eine Prognoseentscheidung geht, bei der geistige und seelische Anomalien in Frage stehen (vgl. BVerfGE 70, 297, 309); dies gilt insbesondere dort, wo die Gefährlichkeit eines in einem psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten zu beurteilen ist.

2. Der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen muss der Richter durch eine sorgfältige Auswahl des Gutachters entgegenwirken. So wird es von Zeit zu Zeit geraten sein, einen anstaltsfremden Sachverständigen mit der Begutachtung zu beauftragen, um auszuschließen, dass anstaltsinterne Belange oder die Beziehung zwischen Therapeuten und Untergebrachtem das Gutachten beeinflussen (vgl. BVerfGE 70, 297, 310 f.; 109, 133, 164).

3. Zwar hat der Untergebrachte keinen Anspruch auf eine Untersuchung durch einen von ihm vorgeschlagenen Sachverständigen. Die Strafvollstreckungsgerichte sind daher grundsätzlich nicht verpflichtet, einen neuen Sachverständigen einzusetzen, solange kein berechtigter Grund für eine Ablehnung des gerichtlich bestellten Sachverständigen im Sinne von § 74 StPO besteht. Ein solcher Anspruch kann im Einzelfall aber dann bestehen, wenn beim Untergebrachten die – möglicherweise krankhaft – verfestigte Vorstellung besteht, er werde von den durch das Gericht vorgeschlagenen Sachverständigen und den behandelnden Klinikärzten nicht unvoreingenommen beurteilt und eine ausreichende Beurteilungsgrundlage für die gerichtliche Entscheidung auch nicht auf anderen Wege, z.B. bei der Durchführung von Entlassungslockerungen, erlangt werden kann.

585. BVerfG 2 BvR 1801/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2008 (LG Osnabrück/AG Osnabrück)

Durchsuchung einer Anwaltskanzlei (Strafverteidiger; Tatverdacht der Beleidigung eines Richters durch Vorwurf der Rechtsbeugung); Durchsuchungsanordnung (Darstellung eigenverantwortlicher Prüfung; Auffindungsvermutung; Schwere des Tatvorwurfs); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 185 StGB; § 164 Abs. 2 StGB

1. Die herausgehobene Bedeutung der Berufsausübung eines Rechtsanwalts für die Rechtspflege und für die Wahrung der Rechte seiner Mandanten gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen für eine Durchsuchung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, auch wenn die Beschlagnahme und die auf sie gerichtete Durchsuchung bei einem als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalt durch § 97 StPO nicht generell ausgeschlossen ist, wenn dieser selbst Beschuldigter in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren ist.

2. Es bedarf einer besonders sorgfältigen Prüfung und Begründung, wenn mittels einer Durchsuchung beim beschuldigten Rechtsanwalt auch Zugriff auf Verteidigerakten genommen werden soll, die sonst den Ermittlungsbehörden auf Grund des Beschlagnahmeprivilegs des § 97 Abs. 1 in Verbindung mit § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO entzogen sind.

3. Dass der Ermittlungsrichter die Eingriffsvoraussetzungen selbständig und eigenverantwortlich geprüft hat, muss in dem Beschluss zum Ausdruck kommen. Hierzu gehört auch eine Darstellung der Abwägung der berührten Grundrechte mit der Schwere des Tatvorwurfs.

4. Ein Verstoß gegen die von Verfassungen wegen gebotenen Prüfungsanforderungen bei Durchsuchungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine Durchsuchung nicht mehr finden lassen.

5. An einem plausiblen Grund für eine Durchsuchung fehlt es, wenn die im Rahmen der Durchsuchung aufzufindenden Gegenstände zur Beweisführung nicht erforderlich sind oder nicht ersichtlich ist, dass beweisgeeignete Gegenstände im Durchsuchungsobjekt überhaupt aufgefunden werden können.

584. BVerfG 2 BvR 1532/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2008 (KG Berlin/LG Berlin)

Anrechnung einer ausländischen Militärstrafe (keine Gesamtstrafenfähigkeit; lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsrechtlich ausreichende Kompensation durch Absehen von der Feststellung besonderer Schwere der Schuld); Freiheit der Person; Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 51 Abs. 1 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Entscheidungen über die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft oder anderer Freiheitsentziehungen betreffen den Umfang der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe

und berühren damit grundsätzlich die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit der Person. Dieses Freiheitsrecht beeinflusst als objektive, für alle Bereiche des Rechts geltende Wertentscheidung auch die Auslegung und Anwendung des § 51 Abs. 1 StGB. Deshalb genügt ein sich lediglich auf den Wortlaut der Vorschrift berufendes, formales Verständnis des § 51 Abs. 1 StGB der Bedeutung und Tragweite des Freiheitsrechts nicht.

2. Verfassungsrechtlich geboten ist eine Anrechnung verfahrensfremder Haft immer dann, wenn zwischen der die Untersuchungs- oder Auslieferungshaft auslösenden Tat und der Tat, die der Verurteilung zugrunde liegt, ein funktionaler Zusammenhang besteht oder zwischen ihnen ein irgendwie gearteter sachlicher Bezug bestanden hat. Ferner ist über den eigentlichen Anwendungsbereich des § 51 Abs. 1 StGB hinaus verfahrensfremde Untersuchungshaft jedenfalls dann auf eine Freiheitsstrafe anzurechnen, wenn zumindest eine potentielle Gesamtstrafenfähigkeit der Strafe, auf die die Untersuchungshaft angerechnet werden soll, besteht.

3. Der bloße Umstand, dass eine ausländische (Militär-)Strafe wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit nicht gesamtstrafenfähig ist, begründete keine verfassungsrechtliche Verpflichtung zu einer entsprechenden Anwendung des § 51 Abs. 1 StGB.

4. Es entspricht der Struktur des Strafverfahrens, dass bei einem Zusammentreffen einer lebenslangen Freiheitsstrafe mit weiteren Freiheitsstrafen, die aufgrund prozesualer Zufälligkeiten nicht nach § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB gesamtstrafenfähig sind, die darin liegende Härte erforderlichenfalls bei der Strafzumessung wegen der neuen Tat zu berücksichtigen ist (hier: Absehen von der Feststellung besonderer Schwere der Schuld).

583. BVerfG 2 BvR 103/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Essen/AG Hattingen)

Durchsuchung wegen handwerksrechtlicher Verstöße (Betrieb eines eintragungspflichtigen Gewerbes; bloße Auftragsvermittlung); Durchsuchungsbeschluss (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen; falsche Grundlage bei Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

1. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten (vgl. BVerfGE 20, 162, 224; 103, 142, 151). Dazu muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist. Dies erfordert auch tatsächliche Angaben zur Umschreibung der konkret vorgeworfenen Taten, wie auch Angaben zum Tatzeitraum.

2. Soll wegen einer Ordnungswidrigkeit durchsucht werden, die angesichts eines niedrigen Ordnungsgeldes (hier: 10.000 €) vom Gesetzgeber als minderes Unrecht

eingestuft wurde, so sind die Anforderungen an die Stärke des Tatverdachts unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit erhöht. Von der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit hat sich der Richter ebenfalls aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermittlungen zu überzeugen.

3. Ein Durchsuchungsbeschluss ist nicht bereits deswegen zu beanstanden, wenn anstelle einer Qualifikation (hier: § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.) der Grundtatbestand (hier: § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO) einer Vorschrift zum Anlass für eine Durchsuchungsanordnung gemacht wird, sofern der Grundtatbestand als solcher erfüllt ist. Anders liegt es jedoch dann, wenn in der Verhältnismäßigkeitsprüfung wesentlich auf Elemente des nicht herangezogenen Qualifikationstatbestandes abgestellt wird (hier: „in erheblichem Umfang“), es dafür aber keine ausreichende Tatsachengrundlage gibt.

4. Die bloße Vermittlung eines Auftrags an andere Handwerker und die Weiterreichung der Kosten an den Kunden erfüllen nicht die Voraussetzungen des selbständigen Betriebs eines Handwerks im Sinne des § 1 HwO und sind nicht eintragungspflichtig.

586. BVerfG 2 BvR 1866/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Kiel/AG Rendsburg)

Durchsuchung wegen Verdachts eines Verstoßes gegen handwerksrechtliche Vorschriften (Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss; Substantiierung des Tatverdachts; Abgrenzung zwischen Grundtatbestand nach der Handwerksordnung und Qualifikation nach dem Schwarzarbeitsgesetz; Verhältnismäßigkeit); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

1. Umfangreiche Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit einer Durchsuchungsmaßnahme sind zwar weder im Durchsuchungsbeschluss noch in der Beschwerdeentscheidung grundsätzlich und stets von Verfassungs wegen geboten. Erforderlich ist aber, dass erkennbar ist, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der Schwere des Tatverdachteten stattgefunden hat. Daran fehlt es, wenn im Qualifikationsverhältnis stehende Normen unterschiedlicher Schwere (hier: § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO einerseits, § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F. andererseits) zugleich oder alternativ benannt werden.

2. Zur Begründung des Tatverdachts bei § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F. gehört die Darlegung der Ausführung von Dienst- oder Werkleistungen in erheblichem Umfang. Um diesen Anfangsverdacht verfassungsgemäß begründen zu können, ist erforderlich, dass Feststellungen getroffen werden, die nach einfachem Recht die Anwendung des Qualifikationstatbestands nachvollziehbar machen.

3. Die einmalige Ausführung von handwerklichen Leistungen vermag einen hinreichenden Anfangsverdacht für die Ausübung von Dienst- oder Werkleistungen „in erheblichem Umfang“ im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F. nicht zu begründen.

587. BVerfG 2 BvR 1915/02 und 2 BvR 2029/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG Bad Kreuznach/AG Bad Kreuznach)

Durchsuchung wegen handwerksrechtlicher Verstöße (Betrieb eines eintragungspflichtigen Gewerbes); Durchsuchungsbeschluss (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen; Benennung der einschlägigen Strafvorschrift, von Tathandlung und Tatzeitraum, aufzufindende Beweismittel).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

1. Ein Durchsuchungsbeschluss, der nicht erkennen lässt, welcher konkrete Tatvorwurf gemacht wird, der keine

bestimmte Tathandlung benennt, weder den Tatzeitraum umschreibt (hier allein: „Verstoß gegen die Handwerksordnung, das Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit und der Gewerbeordnung“), noch die aufzufindenden Beweismittel ausreichend konkret bezeichnet, genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss.

2. Umfangreiche Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit einer Durchsuchungsmaßnahme sind weder im Durchsuchungsbeschluss noch in der Beschwerdeentscheidung grundsätzlich und stets von Verfassungs wegen geboten. Identifizieren aber die beteiligten Gerichte nicht die für den Tatverdacht einschlägige Norm, ist davon auszugehen, dass eine differenzierte Verhältnismäßigkeitsprüfung nach der Schwere der Tat nicht stattgefunden hat.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

530. BGH 4 StR 136/08 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Magdeburg)

Ausschluss des Ausschlusses einer Aufhebung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat (krankhafter psychiatrischer Zustand; Schizophrenie); rechtfehlerhafte Verneinung der Anordnung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 21 StGB; § 63 StGB

Der Schluss auf eine bei der Tatbegehung noch erhaltene Steuerungsfähigkeit lässt sich nicht ohne Weiteres dar-

aus herleiten, dass eine Angeklagte in allen anderen Fällen ihre zerstörerischen Ideen (hier: gehörte Stimmen, die zu Taten Anlass geben) beherrscht habe. Dies gilt besonders, wenn es bereits an einer nachvollziehbaren Darlegung der äußeren und inneren Umstände jener „anderen Fälle“ fehlt. Zudem könnte gerade der Umstand, dass sich die Angeklagte in anderen vergleichbaren Situationen zu beherrschen vermochte, dafür sprechen, dass sie bei den hier abgeurteilten Taten ihren „Stimmen“ gerade nicht widerstehen konnte. Über diese Frage ist nach dem Zweifelsgrundsatz zu entscheiden.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

534. BGH 4 StR 634/07 - Beschluss vom 17. April 2008 (LG Stralsund)

In der Regel keine Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs beim Abschneiden von Haaren („Dreadlockfall“).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ein Gegenstand ist nur dann ein gefährliches Werkzeug im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn er nach seiner objektiven Beschaffenheit und nach der Art seiner

Benutzung im Einzelfall geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen zuzufügen (st. Rspr., vgl. nur BGH NStZ 2007, 95 m.w.N.). Wird ein Messer oder eine Schwere zum Haarabschneiden benutzt, liegt darin in der Regel keine Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs.

531. BGH 4 StR 148/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Bochum)

Begünstigung (Erfassung nur unmittelbarer Vorteile aus der Tat; Zurverfügungstellung eines E-Bay-

Accounts; Subsidiaritätsklausel); Hehlerei; Diebstahl; Bestimmung der Konkurrenzen beim Gehilfen nach dessen Handlungen.

§ 257 StGB; § 259 StGB; § 242 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB

1. Die Begünstigung ist nach ständiger Rechtsprechung nur strafbar, soweit dem Vortäter dadurch die unmittelbaren Vorteile der Tat gesichert werden sollen, die er zur Zeit der Begünstigungshandlung noch innehaben muss (BGHSt 24, 166 f; 36, 277, 281; BGH NStZ 1987, 22). Um „die“ Vorteile der Tat handelt es sich nicht mehr, wenn dem Vortäter sich erst aus der Verwertung der Tatvorteile ergebende wirtschaftliche Werte zugewendet oder gesichert werden sollen (BGH NStZ aaO). Danach ist der Erlös aus einem Verkauf des Erlangten kein unmittelbarer Vorteil mehr, der Gegenstand der Begünstigung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB sein kann.

2. Eine taugliche Begünstigungshandlung im Sinne des § 257 Abs. 1 StGB kann aber darin zu sehen sein, dass der Angeklagte dem Vortäter seinen e-bay account zur Verfügung stellte und ihm dadurch bei dem Verkauf der entwendeten Gegenstände Hilfe leistet. Voraussetzung wäre indes, dass der Angeklagte dabei zumindest auch in der Absicht gehandelt hätte, dem Vortäter vor der Wiederverwertung der entwendeten Gegenstände zu bewahren (BGHSt 2, 362, 364).

552. BGH 5 StR 92/08 – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Braunschweig)

Heimtückemord nach vorherigem Angriff auf das Opfer (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei mehraktigen Tatgeschehen; fortwirkender Entzug von Verteidigungsmöglichkeiten); besondere Schwere der Schuld (Wertungsfehler hinsichtlich des Nachtatverhaltens).

§ 211 StGB; § 57a StGB

Zwar steht es der Annahme von Arglosigkeit in der Regel entgegen, wenn sich das Opfer zum Zeitpunkt der Tat handlung im Zustand der Bewusstlosigkeit befindet (BGHSt 23, 119, 120; BGH StV 2000, 309 m.w.N.). Dies gilt aber dann nicht, wenn der Angeklagte die Bewusstlosigkeit durch einen von Tötungsvorsatz getragenen – sogar todestauglichen – Schuss bereits unter Ausnutzung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers selbst herbeigeführt hat. Bei dieser Sachlage stellt die unmittelbare Herbeiführung des Todes durch eine weitere Tötungshandlung im Zustand der Bewusstlosigkeit des Opfers immer noch ein Ausnutzen der vom Täter zuvor hervorgerufenen und noch fortwirkenden Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers dar. Eine Aufspaltung des vom einheitlichen Tötungsvorsatz getragenen Geschehens in einen versuchten Heimtückemord in Tateinheit mit Totschlag wegen Wegfalls des Mordmerkmals während der weiteren Tatausführung kommt nicht in Frage.

564. BGH 5 StR 163/08 – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Hamburg)

Minder schwerer Fall des Totschlags (seelische Kränkungen: vermeintlicher Betrug; Beleidigungen; Handeln ohne eigene Schuld: Eskalation durch den Angeklagten; Doppelverwertungsverbot).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

Auch eine Kränkung des Angeklagten wegen wiederholter Nichterfüllung einer berechtigten Forderung kann in ihrem Zusammentreffen mit gegen den Angeklagten gerichteten Beleidigungen den Tatbestand des § 213 StGB erfüllen (vgl. BGHR StGB § 213 Alt. 1 Misshandlung 3 und 4). Dies gilt aber dann nicht, wenn der Angeklagte die Eskalation der körperlichen Auseinandersetzung selbst hervorruft und damit nicht „ohne eigene Schuld“ im Sinne des § 213 StGB handelt.

535. BGH 4 StR 639/07 – Urteil vom 15. April 2008 (LG Saarbrücken)

Gefährdung des Straßenverkehrs (absolute und relative Fahruntüchtigkeit: Bedeutung von Fahrfehlern; Überholen an Fußgängerüberwegen); Tötungsvorsatz (Totschlag; Hemmschwelle).

§ 315c Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. c StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Relative Fahruntüchtigkeit (genauer: Fahrunsicherheit), setzt voraus, dass die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrzeugführers infolge geistiger und/oder körperlicher Mängel soweit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, auch bei Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern (BGHSt 13, 83, 90; 44, 219, 221). Es ist nicht unbedingt erforderlich, dass sich die körperlichen bzw. geistigen Mängel in Fahrfehlern ausgewirkt haben. Vielmehr können unter Umständen zum Nachweis der Fahrunsicherheit auch sonstige Auffälligkeiten im Verhalten des Fahrzeugführers genügen, sofern sie konkrete Hinweise auf eine schwerwiegende Beeinträchtigung seiner psychophysischen Leistungsfähigkeit, insbesondere seiner Wahrnehmungs- und Reaktionsfähigkeit geben (vgl. BGHSt 31, 42, 44 f.; 44, 221 f.).

2. Da sich die „absolute“ von der „relativen“ Fahruntüchtigkeit allein in ihrem Nachweis unterscheidet (BGHSt 31, 42, 44), erscheint bereits fraglich, ob außerhalb des Bereichs der unwiderlegbaren Vermutung der Fahruntüchtigkeit auf Grund eines Blutalkoholgrenzwerts der Begriff der „absoluten“ Fahruntüchtigkeit überhaupt Verwendung finden kann.

3. Die Tatbestandsalternative der Nr. 2 Buchst. c) des § 315 c Abs. 1 StGB erfasst ein Falschfahren nur an Fußgängerüberwegen im Sinne des § 26 StVO. Der Senat hätte indes Bedenken, die Vorschrift des § 315 c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c) StGB von vornherein dann nicht eingreifen zu lassen, wenn der „Fußgängerüberweg“ zusätzlich durch eine in Betrieb befindliche Lichtzeichenanlage gesichert ist.

527. BGH 4 StR 89/08 - Beschluss vom 3. April 2008 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen zwischen einfacher Körperverletzung und besonders schwerer Vergewaltigung; Erörterungsmangel zu einer kompensationspflichtigen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

§ 223 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 a StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Die einfache Körperverletzung nach § 223 StGB tritt auf

der Konkurrenzebene hinter § 177 Abs. 4 Nr. 2 a StGB zurück (vgl. BGH StraFo 2004, 396).

574. BGH 5 StR 589/07 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Frankfurt)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (bedingter Vorsatz hinsichtlich des Alters des Opfers); sexueller Missbrauch einer Jugendlichen.

§ 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.; § 15 StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB

Für das Merkmal „Zwangslage“ im Sinne des § 182 Abs.

1 Nr. 1 1. Alt. StGB ist eine ernste persönliche oder wirtschaftliche Bedrängnis des Opfers kennzeichnend. Sie setzt Umstände von Gewicht voraus, denen die spezifische Gefahr anhaftet, sexuellen Übergriffen gegenüber einem Jugendlichen in einer Weise Vorschub zu leisten, dass sich der Jugendliche ihnen gegenüber nicht ohne weiteres entziehen kann (BGHSt 42, 399). Es müssen also gravierende, das Maß des für Personen im Alter und in der Situation des Jugendlichen Üblichen deutlich übersteigende Umstände vorliegen, die geeignet sind, die Entscheidungsmöglichkeiten des Jugendlichen gerade über sein sexuelles Verhalten einzuschränken.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

515. BGH 1 StR 144/08 - Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Stuttgart)

Vorwegvollzug (zwingende Regelung; Ermöglichung einer Halbstrafenaussetzung; Entscheidung analog § 354 Abs. 1 StPO).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Liegen keine Gründe vor, die gegen eine Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe sprechen, so hat der Tatrichter im Erkenntnisverfahren bei der Bemessung des vorweg zu vollziehenden Teils der Strafe keinen Beurteilungsspielraum mehr. Dieser Teil ist nach § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB n.F. so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nach Erledigung der Hälfte der Strafe gemäß § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist (vgl. Senat Beschluss vom 8. Januar 2008 - 1 StR 644/07).

2. Die Dauer des Vorwegvollzugs kann analog § 354 Abs. 1 StPO durch das Revisionsgericht festgesetzt werden (vgl. BGH Beschluss vom 15. November 2007 - 3 StR 390/07).

525. BGH 4 StR 21/08 - Beschluss vom 8. April 2008 (LG Bielefeld)

Vorwegvollzug (zwingende Regelung; Ermöglichung einer Halbstrafenaussetzung; Entscheidung analog § 354 Abs. 1 StPO).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

1. Liegen keine Gründe vor, die gegen eine Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Strafe sprechen, so hat der Tatrichter im Erkenntnisverfahren den vorweg zu vollziehenden Teils der Strafe nach § 67 Abs. 2 Satz 3 StGB n.F. so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Aussetzung des Strafrests zur Bewährung nach Erledigung der

Hälfte der Strafe gemäß § 67 Abs. 5 Satz 1 StGB möglich ist (vgl. Beschluss vom 8. Januar 2008 - 1 StR 644/07).

2. Die Dauer des Vorwegvollzugs kann analog § 354 Abs. 1 StPO durch das Revisionsgericht festgesetzt werden.

545. BGH 5 StR 68/08 – Beschluss vom 15. April 2008 (LG Berlin)

Konkurrenzverhältnisse beim gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Betrug (ausnahmsweise Auswirkung auf die Gesamtstrafe).

§ 263 Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

Zwar lässt die Umstellung von mehreren Taten auf eine Tat für sich genommen den Schuldumfang unberührt, so dass regelmäßig zu erwägen ist, die bisherige Gesamtstrafe als Strafe aufrechtzuerhalten (vgl. BGHR StGB § 263 Täterschaft 1; BGH NStZ 1996, 296 f.; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2008 – 5 StR 572/07 Rdn. 5). Bei der Umstellung von einer Vielzahl tatmehrheitlicher Taten auf vier tatmehrheitliche Taten ist eine entsprechende Vorgehensweise im Einzelfall nicht möglich.

537. BGH 5 StR 19/08 – Beschluss vom 14. April 2008 (LG Berlin)

Sicherungsverwahrung (Gesamtwürdigung bei verschiedenen Symptomtaten).

§ 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 Hang 10; BGH NStZ-RR 1998, 6, 7; BGH NStZ 2002, 537, 538).

561. BGH 5 StR 155/08 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Wuppertal)

Unzureichende Darstellung, ob die in Anwendung der Vollstreckungslösung gewährte Kompensation zugunsten nach Art und Ausmaß den eingetretenen Verzögerungen angemessen ist; Strafzumessung (ausländerrechtliche Folgen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB

Zwar sind ausländerrechtliche Folgen in der Regel keine bestimmenden Strafzumessungsgründe (BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 5 und 6; BGH NStZ-RR 2004, 11). Dies gilt insbesondere, wenn für den Angeklagten im Hinblick auf seinen langjährigen rechtmäßigen Aufenthalt, die Bindung an seine Lebensgefährtin und das gemeinsame Kind der besondere Ausweisungsschutz des § 56 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 4 AufenthG eingreift. In der Person des Angeklagten können jedoch besondere Umstände vorliegen, angesichts deren die Ausweisung eine außergewöhnliche Härte darstellen könnte.

560. BGH 5 StR 140/08 – Beschluss vom 1. April 2008 (LG Berlin)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Drogenabhängigkeit; Ermessensausfall bei der Fassung als Sollvorschrift).

§ 64 StGB

Der Umstand, dass § 64 StGB durch das Gesetz zur Sicherung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus und in einer Entziehungsanstalt vom 16. Juli 2007 (BGBl. I, S. 1327) von einer Muss- in eine Sollvorschrift umgestaltet worden, macht die Prüfung des § 64 StGB durch den Tatrichter in Fällen, in denen seine Anwendung nach den Feststellungen nahe liegt, nicht entbehrlich.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

536. BGH 4 ARs 22/07 – Beschluss vom 15. April 2008 (OLG Bamberg)

BGHSt; Auslieferungsverbot nach Strafverfolgungsverjährung in Deutschland (Europäischer Haftbefehl; Polen); rahmenbeschlusskonforme Auslegung; Rückwirkungsverbot (Rechtsstaatsgebot).

Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. (1) a EuAIÜbk; Art. 10 EuAIÜbk; Art. 4 EuAIÜbkErgV POL; Art. 4 Nr. 4 RbEuHb; Art. 31 RbEuHb; § 1 IRG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78 IRG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Die nach deutschem Recht eingetretene Verfolgungsverjährung einer Tat, für die auch die deutsche Gerichtsbarkeit begründet ist, steht der Auslieferung eines deutschen Staatsangehörigen auf Grund eines Europäischen Haftbefehls an die Republik Polen entgegen, selbst wenn nach polnischem Recht die Strafverfolgung noch nicht verjährt ist. (BGHSt)

571. BGH 5 StR 357/07 – Urteil vom 1. April 2008 (LG Hamburg)

Vom Generalbundesanwalt für durchgreifend erachtete widersprüchliche Besetzungsrüge (willkürliche Entpflichtung eines Schöffen; mangelndes Rechtsschutzbedürfnis; Besetzungsrüge; Verwirkung); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren. § 222b Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

Ein Beschwerdeführer kann nicht in der Instanz erfolgreich die Entpflichtung eines Hauptschöffen als willkürlich rügen und sich später in der Revision auf die Willkürfreiheit der früheren Entpflichtungsentscheidung berufen. Dies gilt auch dann, wenn der Generalbundesanwalt die erhobene Besetzungsrüge nicht als willkürlich beanstandet, sondern für durchgreifend erachtet.

559. BGH 5 StR 129/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

Unberechtigte Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit (Recht auf den gesetzlichen Richter; Verfolgung verfahrensfremder Zwecke); redaktioneller Hinweis.

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

1. Die Vorschrift des § 26a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne die Mitwirkung des abgelehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung eines offensichtlichen Missbrauchs des Ablehnungsrechts beschränkt bleibt (BVerfGK 5, 269, 281 f.; BGH NStZ 2008, 46, 47). Die Anwendung des § 26a StPO darf nicht dazu führen, dass der ablehnende Richter sein eigenes Verhalten beurteilt und damit „Richter in eigener Sache“ wird. Jedenfalls bei einer willkürlichen oder die Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG erheblich missachtenden Überschreitung des durch § 26a StPO abgesteckten Rahmens begründet bereits dies den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 3 StPO (BGHSt 50, 216, 219; BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 15).

2. Der gesetzliche Richter darf auch nicht durch eine überspannte Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO umgangen werden.

501. BGH 3 StR 376/07 – Urteil vom 6. März 2008 (LG Krefeld)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung und rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Pflicht zur Anlage von Doppelakten; eigene Kompensationsentscheidung des Revisionsgerichts).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Tritt eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils ein, so kann das Revisionsgericht über die hierfür angemessene Kompensation jedenfalls dann selbst entscheiden, wenn die Generalbundesanwaltschaft einen entsprechenden Antrag stellt und der Angeklagte im Rahmen der Hauptverhandlung vor dem Revisionsgericht Gelegenheit hatte vorzutragen, wie sich die Verfahrensverzögerung für ihn ausgewirkt hat. Denn es handelt sich bei der Entscheidung um eine Zumessung der Rechtsfolgen im Sinne des § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO, auch wenn die Kompensation nach der „Vollstreckungslösung“ nunmehr losgelöst von der eigentlichen Strafzumessung unter Entschädigungsgesichtspunkten erfolgt.

488. BGH 3 StR 36/08 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Verden)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Kompensation: bloße Feststellung in den Urteilsgründen).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

Einzelfall der Versagung einer Rechtsfolgenkompensation bei einer geringen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

543. BGH 5 StR 44/08 - Urteil vom 15. April 2008 (LG Braunschweig)

Bedingter Tötungsvorsatz; Rücktritt vom unbeendeten Versuch; verminderte Schuldfähigkeit (Aufklärungspflicht; Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen; ungewöhnliche Diskrepanzen zwischen Tatbild und Täterpersönlichkeit).

§ 15 StGB; § 24 StGB; § 212 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

1. Das Tatgericht in Kapitalstrafsachen ist nicht stets aus Gründen der Aufklärungspflicht zur Hinzuziehung eines Schuldfähigkeitsgutachters verpflichtet ist (vgl. den zur Veröffentlichung in BGHR bestimmten Beschluss des 1. Strafsenats vom 5. März 2008 – 1 StR 648/07). Dies ändert freilich nichts daran, dass namentlich in Schwurgerichtssachen, beispielsweise aber auch bei Brandstiftungsdelikten, in der Mehrzahl der Fälle besonders gelagerte Tatbilder und Persönlichkeitskonflikte zu beurteilen sind, die den Tatgerichten – und bereits der Staatsanwaltschaft – schon frühzeitig im Verfahren begründeten Anlass geben, einen psychiatrischen Sachverständigen zur Beurteilung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten heranzuziehen; nicht selten gebietet dies die Aufklärungspflicht.

2. Auch jenseits davon wird mit der frühzeitigen Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Schuldfähigkeit in Fällen dieser Art der zeitgerechten Sacherledigung optimal Rechnung getragen. Es wird so vermieden, dass

sich das Tatgericht erst in der Hauptverhandlung – mehr oder weniger deutlich vorhersehbar – mit gewichtigen seelischen Konfliktsituationen des Angeklagten bei Begehung der Tat konfrontiert sieht, ohne dass es sich noch selbst zutrauen dürfte, deren Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit beurteilen zu können.

519. BGH 1 StR 169/08 - Beschluss vom 24. April 2008 (LG Stuttgart)

Überwachung von „Hintergrundgesprächen“ (Telekommunikationsüberwachung; Telefonüberwachung; Abgrenzung zu Raumgesprächen).

§ 100a StPO; § 100c StPO

Auf Grund einer nach § 100a StPO gerechtfertigten Überwachung und Aufzeichnung eines Telefonats kann das gesamte während des Telefonats aufgezeichnete Gespräch einschließlich der Hintergrundgeräusche und -gespräche verwertet werden (BGH NStZ 2003, 668, 669). Ein solcher Sachverhalt unterscheidet sich von der Aufzeichnung eines Raumgesprächs nach Abschluss eines Telefonats, weil danach kein zu überwachender Telekommunikationsvorgang mehr stattfindet (vgl. hierzu BGHSt 31, 296, 297).

516. BGH 1 StR 165/08 - Beschluss vom 23. April 2008 (LG Tübingen)

Folgenlos unterlassene Mitteilung des Hauptverhandlungstermins gegenüber dem Betreuer; Aufklärungspflicht.

§ 149 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 140 StPO; § 24 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 GVG; § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO

Eine entsprechende Anwendung des § 149 Abs. 2 StPO auf den Betreuer ist nicht geboten; denn das Strafverfahrensrecht legt die Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten im Strafverfahren, gerade auch wenn eine Unterbringung in Betracht kommt, in die Hände des (notwendigen) Verteidigers.

487. BGH 3 StR 9/08 - Beschluss vom 6. März 2008 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungspflicht; rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrags (Bedeutungslosigkeit; antizipierende Beweiswürdigung; Gewicht der unter Beweis gestellten Tatsache).

§ 29a BtMG; § 244 Abs. 3 StPO

1. Der Tatrichter darf eine Tatsache nur dann als für die Entscheidung bedeutungslos ansehen, wenn zwischen ihr und dem Gegenstand der Urteilsfindung keinerlei Sachzusammenhang besteht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen kann, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulässt, und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will.

2. Die Bedeutung der unter Beweis gestellten Tatsache ist vom Tatrichter in freier Beweiswürdigung auf der Grundlage des bisherigen Beweisergebnisses zu beurteilen. Allerdings darf er dabei die unter Beweis gestellte Tatsache nicht in Zweifel ziehen oder Abstriche an ihr

vornehmen. Er hat sie vielmehr seiner antizipierenden Beweiswürdigung so zu Grunde zu legen, als sei sie voll erwiesen.

570. BGH 5 StR 529/07 - Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

Vorrang von Freispruch vor Einstellung.
§ 260 Abs. 3 StPO

Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass auf Freispruch und nicht auf Einstellung des Verfahrens zu erkennen ist, wenn bei rechtem Zusammenstoßen eines schwereren und eines leichteren Vorwurfs der schwerere nicht nachweisbar, der leichtere aber wegen eines Prozesshindernisses nicht verfolgbar ist (vgl. BGHSt 36, 340).

493. BGH 3 StR 81/08 - Urteil vom 17. April 2008 (LG Itzehoe)

Aufklärungsrüge (Frage an Sachverständigen; Aufdrängen); Freispruch (Beweiswürdigung).
§ 244 Abs. 2 StPO; 261 StPO

Auf die Aufklärungsrüge, einem Sachverständigen sei in der Hauptverhandlung eine bestimmte Frage nicht gestellt worden, kann die Revision nur dann erfolgreich gestützt werden, wenn sich aus den Urteilsgründen ergibt, dass es sich dem Tatrichter aufdrängen musste, die vermisste Frage an die Beweisperson zu stellen.

472. BGH 2 StR 19/08 - Beschluss vom 2. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen (grob fahrlässige Verursachung; „Anerkenntnis“ nicht geleisteter Unterschrift als eigene).
§ 5 Abs. 2 Satz 1 StrEG; § 8 Abs. 1 Satz 1 StrEG

Ein Angeklagter verhält sich grob fahrlässig im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 1 StrEG, wenn er ein Aussageverhalten an den Tag legt, das durch die Haft- und Vernehmungssituation allein nicht zu erklären ist und in ungewöhnlichem Maße die Sorgfalt außer Acht lässt, die ein verständiger Mensch in seiner Lage anwenden würde, um sich vor Schaden durch die Strafverfolgungsmaßnahmen zu schützen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

522. BGH 1 StR 488/07 - Beschluss vom 20. März 2008 (LG Mannheim)

BGHR; Vorsatz und Vermögensnachteil bei der Untreue bei riskanten Handlungen (Gefährdungsschaden und endgültiger Vermögensnachteil; bedingter Vorsatz; direkter Vorsatz); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Terminierung in Wirtschaftsstrafsachen; Verhandlungsdichte; Bedeutung des Zwischenverfahrens; Darlegungspflichten bei der Verfahrensrüge); Geltung des Verschlechterungsverbots auch bei der Vollstreckungslösung.
§ 266 StGB; § 213 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

1. Zum Vorsatz und zum Vermögensnachteil bei Untreuehandlungen durch pflichtwidriges Eingehen von Risiken für fremdes Vermögen. (BGHR)
2. Zur Terminierung in Wirtschaftsstrafsachen. (BGHR)
3. Sofern aus BGHSt 51, 100 über die ausdrücklich dort behandelten Fälle hinaus gefolgert werden sollte, dass sich als Voraussetzung für den Tatbestand der Untreue beim vorsätzlichen pflichtwidrigen Eingehen von Vermögensrisiken der Vorsatz immer auch auf die Billigung des endgültigen Vermögensnachteils erstrecken muss, könnte der Senat dem nicht folgen. (Bearbeiter)
4. Bei pflichtwidrigen Risikogeschäften stellt die so genannte konkrete Vermögensgefährdung in Wirklichkeit

einen bereits unmittelbar mit der Tathandlung eingetretenen Vermögensnachteil dar. So ist beispielsweise der mit der Vergabe (Auszahlung) eines ungesicherten Kredits an ein zahlungsunfähiges Unternehmen erlangte Rückzahlungsanspruch sofort weit über das bei jeder Kreditvergabe mögliche und zulässige Maß (zur Pflichtwidrigkeit vgl. BGHSt 46, 30; 47, 148, 149 ff.) hinaus minderwertig. (Bearbeiter)

5. Der Tatbestand der Untreue entfällt auch nicht wieder, wenn die Darlehensrückzahlungsforderung später tatsächlich doch bedient wird, auch wenn dies freiwillig geschieht. (Bearbeiter)

6. Die Anforderungen an den Umfang der Darstellung der den Mangel enthaltenden Tatsachen dürfen bei der Beanstandung einer konventionswidrigen Verzögerung während eines jahrelang währenden Verfahrens sicher nicht überzogen werden. Die Mitteilung jedes Ermittlungsschrittes ist weder möglich noch erforderlich. Die Darstellung darf den tatsächlichen Ablauf aber nicht - etwa durch wesentliche Auslassungen - verzerrt darstellen. (Bearbeiter)

7. Dem Ausspruch einer höheren Strafe nach Zurückverweisung allein auf Grund der Revision des Angeklagten steht das Verschlechterungsverbot nach Meinung des Senats auch dann entgegen, wenn der den bisherigen Strafausspruch überschießende Teil der neu erkannten Strafe für verbüßt erklärt wird. Allein der höhere Straf-

ausspruch stellt einen gesteigerten Makel dar. (Bearbeiter)

568. BGH 5 StR 354/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

BGHR; Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraummiete und bei Gewerberaummiete (Einzahlungen der Kautionen auf die Girokonten im Kontokorrent; Begründung durch Gesetz und durch Vertrag); Vermögensnachteil (Vermögensgefährdung); Gehilfenvorsatz bei der Untreue; Untreue durch Unterlassen; Begriff des Verbotsirrtums; Beweiswürdigung (Stützung auf bloße Vermutungen; hier Vorverurteilung); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation; Vollstreckungslösung; mögliches Verfahrenshindernis; Einstellung; Verschlechterungsverbot).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 550b Abs. 2 BGB a.F.; § 551 Abs. 3 BGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 17 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Zur Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraum- und Gewerberaummiete (im Anschluss an BGHSt 41, 224). (BGHR)

2. Durch die gesetzliche Regelung des § 551 Abs. 3 BGB wird eine auf Gesetz beruhende Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 StGB begründet. Diese Pflicht schützt insbesondere den Rückzahlungsanspruch des Mieters im Falle einer Zahlungsunfähigkeit des Vermieters vor dem Zugriff von dessen Gläubigern. Hieran hält der Senat fest. (Bearbeiter)

3. Eine solche Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB existiert nur bei der Wohnraummiete. Eine Erstreckung auf gewerbliche Mietverhältnisse ist nicht anzuerkennen. (Bearbeiter)

4. Der lässt es dahinstehen, ob im Blick auf das strafrechtliche Analogieverbot (§ 1 StGB) eine – über den Wortsinn hinausgehende – Auslegung mittelbar strafrechtsbegründender zivilrechtlicher Normen zulässig ist. (Bearbeiter)

5. Allgemeine schuldrechtliche Pflichten aus einem Vertragsverhältnis genügen für sich genommen nicht zur Begründung einer Vermögensbetreuungspflicht (BGHSt 33, 244, 249; BGHR 15 StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 11, 14, 16). Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn es sich um Rücksichtnahme- oder Sorgfaltspflichten zugunsten des Vertragspartners handelt. Vertragliche Pflichten müssen, um eine Vermögensbetreuungspflicht begründen zu können, im besonderen Maße den Interessen des Vertragspartners dienen und gerade deshalb vereinbart worden sein. Die vereinbarte Regelung muss – als rechtsgeschäftlich eingegangene Vermögensbetreuungspflicht – mithin zugunsten des geschützten Vertragspartners Elemente einer Geschäftsbesorgung aufweisen. Das bedeutet, dass sich die Vertragspartner nicht nur über die Zahlung einer Kauti- on an sich, sondern auch über deren besondere Anlageform geeinigt haben müssen. Vereinbaren die Parteien eines gewerblichen Mietverhältnisses eine besondere Sicherung nicht ausdrücklich und bringen dadurch nicht

zum Ausdruck, dass der Vermieter im Hinblick auf die Kauti- on treuhänderische Pflichten zu übernehmen habe, kann deshalb nicht von der Annahme einer rechtsgeschäftlichen Vermögensbetreuungspflicht ausgegangen werden. (Bearbeiter)

6. Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung im Sinne des § 266 StGB entsteht nicht bereits, wenn die Kauti- on nicht vom sonstigen Betriebsvermögen abgesondert, sondern auf ein „allgemeines“ Konto eingezahlt wird. Insoweit ist die Sachverhaltskonstellation nicht anders zu beurteilen als allgemein die unterlassene Einzahlung von Fremdgeldern auf einem Anderkonto, obwohl eine Rechtspflicht zu einer abgesonderten Anlage dieser Gelder besteht. Nach der ständigen Rechtsprechung führt ein solches Verhalten nicht zu einem Nachteil im Sinne des § 266 StGB, soweit der Betreffende jederzeit bereit und fähig ist, einen entsprechenden Betrag aus eigenen flüssigen Mitteln vollständig auszukehren (BGHSt 15, 342; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 56). (Bearbeiter)

7. Für die vorsätzliche Begehung der Untreue durch Eingehung einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ist neben dem kognitiven Element zusätzlich das voluntative Element erforderlich. Dies bedeutet, dass der Angeklagte die konkrete Gefahr erkannt und zudem deren Realisierung gebilligt haben muss, sei es auch nur in der Form, dass er sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolges abfindet (BGHSt 51, 100, 120 f.; vgl. auch BGHSt 48, 331, 347 ff.). (Bearbeiter)

8. Ein Verbotsirrtum nach § 17 StGB kommt nur in Betracht, wenn dem Täter die Einsicht fehlt, Unrecht zu tun. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs braucht der Täter die Strafbarkeit seines Vorgehens nicht zu kennen; es genügt, dass er wusste oder hätte erkennen können, Unrecht zu tun (BGHSt 15, 377, 383; BGH NStZ 1996, 236, 237; wistra 1986, 218). (Bearbeiter)

572. BGH 5 StR 547/07 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Arnsberg)

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung (Mittäterschaft; Kompensationsverbot); Hinterziehung von Kirchensteuern; Verhältnis von Betrug und Steuerhinterziehung; wirksamere Verteidigung gegen Betrug (Hinweispflicht).

§ 263 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1, Satz 3 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 265 StPO

1. Die bloße Mitunterzeichnung einer Einkommensteuererklärung bei gemeinsamer Veranlagung (§ 26b EStG) durch den Ehegatten führt nicht bereits für sich genommen zu dessen Strafbarkeit (vgl. BFHE 198, 66, 68 ff.). Vielmehr sind die allgemeinen Regeln über die mittäter- oder gehilfenschaftliche Beteiligung anzuwenden.

2. Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Konkurrenzverhältnis zwischen § 370 AO und § 263 StGB (vgl. insbesondere BGHSt 43, 381, 405) lässt sich ungeachtet der unterschiedlichen Deliktsstruktur in Bezug auf Kirchensteuern keine abschließende Sonderregelung durch den Tatbestand der Steuerhinterziehung

entnehmen. Zu den Argumenten für und gegen die Annahme einer Sonderregelung.

541. BGH 5 StR 34/08 – Urteil vom 6. Mai 2008 (LG Görlitz)

Untreue zulasten einer GmbH durch Herbeiführung der Überschuldung und Auszahlung des Stammkapitals (Entzug von kapitaleretzenden Darlehen; Herbeiführung einer unberechtigten Freistellung; Feststellung anhand eines Überschuldungsstatus; Bilanzverkürzung; Aktivtausch); Insolvenzverschleppung.

§ 266 StGB; § 30 GmbHG; § 32b GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs begeht der Geschäftsführer eine Untreue zu Lasten der GmbH, wenn er das zur Erhaltung des Stammkapitals, das der Verfügungsmacht der Gesellschafter im Interesse der Gläubiger entzogen ist, erforderliche Vermögen an die Gesellschafter auszahlt (BGHSt 35, 333, 337 f.; 9, 203, 216; 3, 32, 40; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 23, 37, 45; BGH wistra 2003, 385, 387). Dies gilt auch dann, wenn das Stammkapital bereits verloren und die GmbH überschuldet ist (BGHR StGB § 266 Abs. 1 Nachteil 21).

2. Hat der Gesellschafter der GmbH anstelle von Eigenkapital ein Darlehen gewährt oder dieses stehengelassen, das als eigenkapitalersetzend zu qualifizieren ist, weil es verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt, besteht ebenfalls ein Rückzahlungsverbot im Sinne des § 30 Abs. 1 GmbHG: Der Geschäftsführer darf das Darlehen nicht an den Gesellschafter zurückzahlen, soweit er damit in das (wiederhergestellte) Stammkapital eingreifen oder sogar die (erneute) Überschuldung der GmbH herbeiführen würde. Auszahlungen an den Gesellschafter dürfen nur geleistet werden, wenn die Aktiva die Passiva übersteigen und zudem nur in der Höhe, in welcher der sich daraus ergebende Unterschiedsbetrag den Nennwert des Stammkapitals übersteigt. Ein vorsätzlicher Verstoß gegen dieses Rückzahlungsverbot begründet die Strafbarkeit wegen Untreue.

3. Nichts anderes gilt für Rückzahlungen auf ein von einem Gesellschaftsfremden gewährtes Darlehen, das durch eine Leistung des Gesellschafters (etwa Bürgschaften oder Bestellung von Grundpfandrechten) abgesichert ist, soweit diese Leistung verlorenes Stammkapital ersetzt oder eine darüber hinausgehende Überschuldung abdeckt. Sofern der Gesellschafter in einem solchen Falle das Darlehen an den Fremdgäubiger nicht aus seinem privaten Vermögen zurückführt oder er der GmbH in Höhe seiner Befreiung weder eine gleichwertige Sicherheit stellt noch in sonstiger Weise einen Ausgleich schafft, kann die Rückzahlung seine Strafbarkeit wegen Untreue begründen.

4. Ob der Geschäftsführer durch eine Darlehensrückzahlung in das Stammkapital eingegriffen oder sogar eine darüber hinaus bestehende Überschuldung vertieft hat, lässt sich – soweit kein Fall der „Aushöhlung“ der Gesellschaft vorliegt (vgl. dazu BGHSt 35, 333, 338; BGH wistra 2006, 265) – nur anhand eines Überschuldungs-

status feststellen (vgl. zu dessen Inhalt BGHSt 15, 306, 309; BGH wistra 2003, 301, 302; 1987, 28).

576. BGH 5 StR 615/07 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Berlin)

Bedingter Vorsatz bei Wirtschaftsstraftaten und Betrug; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Betrug; Gewerbsmäßigkeit beim Betrug.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

Beim bedingten Vorsatz ist der Feststellung des voluntativen Elements des Vorsatzes gerade im Rahmen von Wirtschaftsstraftaten besonderes Gewicht einzuräumen (BGHSt 48, 331, 348). Die bloße Kenntnis einer potenziellen Gefährdungslage reicht für die Annahme der subjektiven Tatseite des Vermögensschadens im Sinne des § 263 StGB nicht aus. Vielmehr setzt der Betrugstatbestand mindestens eine schadensgleiche Vermögensgefährdung voraus. Hierauf muss sich auch der Vorsatz mit seinen kognitiven und voluntativen Bestandteilen beziehen. Dies würde voraussetzen, dass der Betrogene auch aus Sicht des Täuschenden ernstlich mit wirtschaftlichen Nachteilen zu rechnen hat. Dieses Erfordernis ist jedoch dann nicht erfüllt, wenn der Eintritt wirtschaftlicher Nachteile nicht einmal überwiegend wahrscheinlich ist, sondern von zukünftigen Ereignissen abhängt (BGHSt 51, 165, 177).

538. BGH 5 StR 29/08 – Urteil vom 2. April 2008 (LG Hof)

Steuerhinterziehung (Zigarettschmuggel; Strafzumessung bei Observation und Grenzen der Revisibilität); Verfall (Härtefallklausel).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

Der Umstand, dass Beamten der Zollfahndung bei einer arbeitsteiligen Begehung im „organisierten grenzüberschreitenden Zigarettschmuggel“ nicht bereits auf einen allgemeinen Hinweis auf mögliche Schmuggelfahrten ein Fahrzeug einer Kontrolle unterziehen, sondern zunächst Observationsmaßnahmen ergreifen, bedarf keiner ausdrücklichen Erörterung im Rahmen der Strafzumessung. Es handelt sich hierbei um eine zulässige kriminalistische Vorgehensweise der Ermittlungsbehörden, die den Angeklagten auch im Rahmen der Strafzumessung nicht entlasten kann (vgl. BGH NStZ 2007, 635).

544. BGH 5 StR 62/08 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Hamburg)

Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung (Abgabe mehrerer Steuerhinterziehungen); Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (keine Beschwer des Angeklagten bei Kompensation nach altem Strafzumessungsmodell; Verschlechterungsverbot).

§ 370 AO; § 53 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

Die Abgabe jeder einzelnen unrichtigen Steuererklärung ist grundsätzlich als selbständige Tat im Sinne von § 53 StGB zu werten. Fällt die Abgabe mehrerer Steuerklärungen im äußeren Vorgang zusammen, kann ausnahmsweise dann Tateinheit vorliegen, wenn in den

Erklärungen übereinstimmende unrichtige Angaben über die Besteuerungsgrundlagen enthalten sind (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2007 – 5 StR 292/07 Rdn. 20; BGH wistra 2005, 56 f. m.w.N.).

480. BGH 2 StR 85/08 - Beschluss vom 12. März 2008 (LG Gera)

Zumessung von Jugendstrafe (Ausschluss der Strafaussetzung zur Bewährung).
§ 17 Abs. 2 JGG; § 21 JGG

Der Tatrichter darf sich bei der Festsetzung der Höhe der Jugendstrafe nicht (auch) von der Überlegung leiten lassen, eine Strafaussetzung zur Bewährung von vornherein auszuschließen, denn die Erwägungen zur Strafzumessung dürfen mit solchen zur Strafaussetzung zur Bewährung nicht vermischt werden. Die Fragen, ob die Verhängung einer Jugendstrafe gemäß § 17 Abs. 2 JGG geboten und in welcher Höhe sie zu verhängen ist, sind vielmehr von der Frage einer Strafaussetzung nach § 21 JGG zu trennen, denn sie beurteilen sich nach unterschiedlichen Kriterien.

477. BGH 2 StR 144/08 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Frankfurt am Main)

MDMA-Base (nicht geringe Menge); Einziehung (genaue Bezeichnung der Gegenstände; Anlage zum Tenor).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 29a BtMG; § 74 StGB

1. Für den in Ecstasy-Tabletten enthaltenen Wirkstoff MDMA ist von einem Grenzwert von 30 g MDMA-Base für die nicht geringe Menge im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG auszugehen.

2. Eingezogene Gegenstände müssen so genau angegeben werden, dass bei allen Beteiligten und Vollstreckungsorganen Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Dies kann bei umfangreichem Material in einer besonderen Anlage zum Urteilstenor erfolgen.

582. BGH 5 StR 634/07 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Hamburg)

Bandendiebstahl; bandenmäßiges Handeltreiben (Mittäterschaft und Bandenmitgliedschaft); mittelbare Täterschaft (Organisationsdelikt).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 30 BtMG; § 25 Abs. 1 Satz 1 2. HS StGB

Eine bloße weiter bestehende Bandenmitgliedschaft reicht für eine mittäterschaftliche Verurteilung nicht aus (vgl. BGHSt [GS] 46, 321, 338).

Aufsätze und Anmerkungen

Gebotene psychiatrische Begutachtung in Fällen auffälliger Besonderheiten in der Tat und/oder bei dem Täter

Von Clemens Basdorf, VRiBGH, Leipzig

Gern leiste ich der Aufforderung Folge, zum Jubiläum der 100. Ausgabe der HRRS, dieser stets hochaktuellen, die straf- und strafverfahrensrechtliche Diskussion immer wieder anregenden und bereichernden Publikation, einen Beitrag zu liefern. Ich verbinde dies mit den besten Wünschen an die Redaktion für fortdauerndes erfolgreiches Wirken. Die in den Strafsenaten tätigen Bundesrichter müssen dabei häufig Kritik einstecken, die sie nicht immer akzeptieren können. Allein durch die aktuelle Erkenntnis von Reaktionen auf ihre Spruchpraxis werden sie so indes bei ihrer Entscheidungsfindung stets wach gehalten.

Für meinen Beitrag habe ich ein Thema gewählt, das die Rechtsprechung des 5. Strafsenats – aber auch aller anderen Strafsenate – des Bundesgerichtshofs nicht ganz selten beschäftigt. Es geht um besondere Problemfälle der materiell-rechtlichen Anwendung der §§ 20, 21 StGB

und um die strafverfahrensrechtliche Frage der Notwendigkeit einer psychiatrischen Begutachtung von Angeklagten in Fällen dieser Art. Ich habe das Thema bereits im Rahmen eines Vortrags zu den „Auswirkungen von Persönlichkeitsstörungen auf die Schuldfähigkeit aus Sicht der (neueren) höchstrichterlichen Rechtsprechung – Voraussetzungen / Rechtsfolgen / Fehlerquellen“ behandelt, den ich im Jahre 2006 bei der 11. Dresdner Forensischen Frühjahrstagung gemeinsam mit Dr. *Andreas Mosbacher*, unserem damaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter, heute Vorsitzender Richter am Landgericht Berlin, gehalten habe. Der freilich durch neue Rechtsprechung aktualisierte Beitrag lehnt sich – mit freundlicher Genehmigung des Coautors Dr. *Mosbacher* und des Initiatoren und Mitveranstalters der damaligen Tagung, des psychiatrischen Sachverständigen Dr. med. habil. *Matthias Lammel* – eng an einen Teil des damals gehaltenen Vortrags an, der vollständig bei *Lammel* u. a. [Hrsg.],

Forensische Begutachtung bei Persönlichkeitsstörungen – 4. Jahreshaft für forensische Psychiatrie 2007 veröffentlicht ist.

1. Bestehen bei Tat oder Täter massive Besonderheiten, sind diese bei der Diagnose und der Erörterung der Voraussetzungen von §§ 20, 21 StGB ausführlich abzuhandeln. Als Faustregel kann gelten: Je größer die biographischen Besonderheiten im Vorleben des Täters, je „verrückter“ (unerklärlicher, sinnloser, bizarrer) die Tat, desto mehr Begründungsaufwand für eine Ablehnung von §§ 20, 21 StGB!

Während auf der anderen Seite die Auswirkung einer psychischen Störung auf die Schuldfähigkeit durch die konkret zu beurteilende Tat zu relativieren ist, kann eben diese auch ein massives Indiz für das Vorliegen einer relevanten Störung liefern.

a) Als einprägsames, facettenreiches Ausgangsbeispiel stelle ich einen grausigen Fall vor, der beim 5. Strafsenat unter dem Stichwort „Die gepfälte Jungfrau“ bekannt ist und der mich in meiner revisionsrichterlichen Praxis intensiv beeindruckt, ja sogar einigermaßen traumatisiert hat (BGH, Urt. v. 23.1.2002 – 5 StR 391/01). Es heißt in dem Senatsbeschluss wörtlich:

„Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Mordes zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verurteilt. Mit der erhobenen Sachrüge hat die Revision des Angeklagten Erfolg. Die Ausführungen des Landgerichts zur Schuldfähigkeit halten rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Der Angeklagte tötete vorsätzlich seine 14jährige Cousine, deren ‚freizügiges Verhalten‘ ihn ‚provokierte‘, aus einem ‚Bestrafungs- und Zerstörungsimpuls‘ mit ‚Vernichtungswillen‘. Er wollte das ‚böse Mädchen‘ sexuell erniedrigen und anschließend ‚als Frau‘ zerstören. Er versetzte ihr 36 Messerstiche in den Bauch- und Brustbereich, wodurch Lunge, Herz, Leber und Darm durchgreifend verletzt wurden. Ferner setzte er zahlreiche Stichverletzungen im Gesäß und im Rücken. Schließlich rammte er einen 54 cm langen Holzstock mit erheblichem Kraftaufwand in die Scheide und 30 cm tief in den Körper. In den After führte er einen Kofferranhänger ein. Hierin hat das Landgericht rechtsfehlerfrei einen grausam und aus niedrigen Beweggründen begangenen Mord gefunden.

Das Landgericht hat nach Anhörung zweier psychiatrischer Sachverständiger uneingeschränkte Schuldfähigkeit des Angeklagten angenommen. Es hat insbesondere das Vorliegen einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie und einen hochgradigen Affekt ausgeschlossen.

Die Urteilsausführungen tragen die Annahme uneingeschränkter Schuldfähigkeit nicht. Unter dem Gesichtspunkt der gebotenen Ganzheitsbetrachtung ist namentlich die Erörterung zu vermissen, ob etwa eine schwere seelische Abartigkeit, die im Urteil nur am Rande erwähnt ist, vorliegt. Schon

das außergewöhnliche Bild der hiesigen Tat und zudem die im Jahr 1989 vom Angeklagten in Russland begangene Tat, die wesentliche Parallelen zur hiesigen Tat aufweist, einschließlich der damals gestellten Diagnosen machen eine eingehende Prüfung und Erörterung unter dem Gesichtspunkt des etwaigen Vorliegens eines psychischen Defekts der genannten Art unerlässlich.

Die aufgezeigten Mängel bei der Beurteilung der Frage uneingeschränkter Schuld führen zur Aufhebung des Schuldspruchs mit den Feststellungen. Der neue Tatrichter muss Gelegenheit haben, bei der gebotenen umfassenden neuen Prüfung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Angeklagten das objektive Geschehen selbst festzustellen. Deshalb hebt der Senat das angefochtene Urteil in vollem Umfang auf.

Sollten in der neuen Hauptverhandlung auch nur die Voraussetzungen des § 21 StGB festgestellt werden, liegt die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) auf der Hand; das Verschlechterungsverbot stünde ihr nicht entgegen (§ 358 Abs. 2 Satz 2 StPO). Für die Annahme des hierfür erforderlichen stabilen und massiven psychischen Defekts des Angeklagten liegen trotz bislang nicht erfolgter Feststellung der Voraussetzungen des § 21 StGB angesichts der biographischen Besonderheiten des Angeklagten im Zusammenhang mit der früheren gravierenden Gewalttat und mit bereits früher – u.a. als Reaktion hierauf – veranlassten stationären Behandlungen in psychiatrischen Kliniken sowie im Blick auf das ungewöhnlich grausame, teilweise bizarre Tatbild und die außergewöhnliche Tatmotivation deutliche Anhaltspunkte vor. Immerhin hat auch einer der bisher gehörten Sachverständigen eine ‚tief verwurzelte Sexualproblematik‘ beim Angeklagten diagnostiziert, die während der Tat zum Durchbruch gelangt sei.“

Nachdem das Schwurgericht in diesem Fall, den psychiatrischen Sachverständigen folgend, uneingeschränkte Schuldfähigkeit des Angeklagten angenommen hatte, musste das Revisionsgericht freilich befürchten, dass das neue Tatgericht eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit des Angeklagten nicht ausschließen, daraufhin in Anwendung der §§ 21, 49 StGB eine zeitige Freiheitsstrafe verhängen werde, sich andererseits aber nach der bisherigen Beurteilung der psychischen Verfassung des Angeklagten durch zwei Sachverständige nicht dazu durchringen werde, sich vom Vorliegen erheblich eingeschränkter Schuldfähigkeit sicher zu überzeugen, was für eine Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB stets als unerlässlich gilt. Dieses im Sinne des Schutzes der Allgemeinheit vor einem massiv gefährlichen psychisch gestörten Täter schwer erträgliche Ergebnis sucht die Rechtsprechung durch die Suche nach eindeutigen Ergebnissen (vgl. *Theune* NStZ-RR 2002, 225, 227) im Tatsächlichen zu vermeiden. Es stellt sich hier die Frage, ob in Fällen dieser Art der Zweifelsatz gestatten kann, bei der Alternative zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe bei uneingeschränkter Schuldfähigkeit und Unterbringung nach § 63 StGB bei erheblich einge-

schränkter Schuldfähigkeit die letztere Möglichkeit ausnahmsweise auch bei verbleibenden Zweifeln am Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB zu wählen. Die Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus ist konkret gegenüber lebenslanger Freiheitsstrafe die mildere Sanktion gegen den Angeklagten; eine gleichsam doppelte Anwendung des Zweifelssatzes mit der Folge zeitiger Freiheitsstrafe ohne Sicherung sollte im Interesse der Sicherheit der Allgemeinheit dem jedenfalls gestörten, massiv gefährlichen Täter nicht zugute kommen. Bislang ist solches noch nicht entschieden worden (vgl. indes zu ähnlichen Überlegungen im Grenzbereich von § 63 StGB und Sicherungsverwahrung bei Vollrausch: BGH Beschl. v. 8.1.2004 – 4 StR 147/03 = NJW 2004, 960); vielleicht müsste hier auch der Gesetzgeber für Abhilfe sorgen.

Im benannten Fall ist freilich auch das zweite Schwurgericht nach Anhörung derselben Sachverständigen (ein nicht ganz zweifelsfreies *Procedere* des neuen Tatgerichts), die sich vom BGH nicht „irre machen“ ließen, wieder zur Annahme uneingeschränkter Schuldfähigkeit und konsequent zur Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe gelangt. Dieses Urteil ließ der BGH dann rechtskräftig werden. Die baldige Nachricht vom besonders grausam durchgeführten Suizid des Verurteilten im Gefängnis durch Selbstverbrennung war wohl geeignet, noch stärkere Beklommenheit bei mitwirkenden Richtern zu wecken und die Richtigkeit und Weisheit dieses Verurteilungsergebnisses noch stärker in Frage zu stellen.

b) Weitere Beispiele: Besonders auffälliges Nachtatverhalten, u. a. Leichenschändung, Suizidversuch nach Mord (BGH Urt. vom 27.6.2001 – 1 StR 179/01 sowie Beschl. v. 28.11.2001 – 5 StR 434/01); sich steigernde motivlose Brandstiftungsserie (BGH Beschl. v. 25.7.2001 – 5 StR 287/01).

Gerade Brandstiftungsdelikte geben im Übrigen – wenn es sich nicht gerade um Versicherungsbetrug oder schlicht gemeine Racheakte handelt – häufig Anlass zu besonders kritischer Überprüfung der Schuldfähigkeit.

Mit gewisser Verwunderung hat es mich stets erfüllt, dass im „Kannibalenfall“ (BGH, Urt. v. 22.4.2005 – BGHSt 50, 80 = HRRS 2005 Nr. 458; Rückläufer: BGH, Beschl. vom 7.2.2007 – 2 StR 518/06 = HRRS 2007 Nr. 233) die Annahme uneingeschränkter Schuldfähigkeit als rechtlich so unproblematisch erachtet wurde. Bei einer Tatbegehung, die ein solches Ausmaß an Überwindung natürlicher Hemmschwellen wie Grauen und Ekel in massivster Form erfordert, drängt sich mir die Frage auf, ob nicht die Fähigkeit des Angeklagten, bei Nichteinverständnis des Opfers von der Tatbegehung Abstand zu nehmen, bei der Beurteilung der Verminderung der Hemmungsfähigkeit massiv überschätzt worden ist (vgl. hierzu jetzt auch *Kreuzer StV* 2007, 598).

c) Angemerkt haben *Mosbacher* und ich zu diesem Themenbereich damals abschließend, dass in sämtlichen gravierenderen Fällen, in denen psychische Besonderheiten wegen Auffälligkeiten im Vorleben des Angeklagten oder in der Tat gegeben sind – so beispielsweise stets, wenn gesteigerte Emotionen bei der Tat eine nicht nur untergeordnete Rolle spielen können –, wegen der min-

deren Sachkunde von Juristen in der Beurteilung psychischer Befindlichkeiten die Zuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen zur besseren Wahrheitsfindung in den Bereichen des subjektiven Tatbestandes, der Schuldfähigkeit und letztlich auch der angemessenen Rechtsfolgestaltung angezeigt ist. Die verbreitete Praxis, in Kapitalstrafverfahren – wenn es nicht gerade um einen ersichtlich „schlichten“ Raubmord oder klar professionelles Schwerstverbrechen geht – regelmäßig einen „Psycho“-Sachverständigen beizuziehen, erweist sich daher als ersichtlich sachgerecht (vgl. dazu BGH, Beschl. v. 13.10.2005 – 5 StR 278/05 = NStZ 2006, 49 = HRRS 2005 Nr. 922).

2. Die letztgenannten Überlegungen haben sich inzwischen in der Rechtsprechung des 5. Strafsenats weiter niedergeschlagen. Drei unter der Berichterstattung meiner jüngst leider pensionierten, in allen Fragen strafrechtlich-psychiatrischer Grenzbereiche besonders profilierten Senatskollegin Dr. *Ursula Gerhardt* verfasste Entscheidungen seien erwähnt.

a) Ein nach außen stets unauffälliger unbestrafter Mann, der durch das stetige Fremdgehen seiner Ehefrau zutiefst gedemütigt und darüber zunehmend gesteigert in Ver zweiflung geraten war, brach nachts in das Haus des letzten Liebhabers seiner Ehefrau ein und erschlug diesen im Schlaf, nachdem er wenige Tage zuvor sein Opfer – ganz im Widerstreit zu seiner sonst friedlichen Wesensart – in aller Öffentlichkeit massiv geschlagen hatte. Das Schwurgericht meinte, Anhaltspunkte dafür, dass die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Angeklagten vermindert oder gar aufgehoben sein könnte, seien nicht einmal im Ansatz ersichtlich, so dass auch kein Anlass bestanden habe, den Angeklagten einer forensisch-psychiatrischen Begutachtung zu unterziehen.

Die Revision des wegen Heimtückemordes zu lebenslanger Freiheitsstrafe verurteilten Angeklagten hatte mit der Aufklärungsrüge zum Rechtsfolgenausspruch Erfolg, weil das Schwurgericht zur Frage möglicherweise erheblich verminderter Schuldfähigkeit des Angeklagten keinen psychiatrischen Sachverständigen gehört hatte: Hierzu hätten die im Urteil beschriebene Persönlichkeitsstruktur des Angeklagten, seine Persönlichkeitsentwicklung mit Blick auf den schwelenden und sodann offen ausbrechenden Beziehungskonflikt sowie die Entwicklung der Beziehung des Revisionsführers zu seiner Ehefrau und zu dem späteren Tatopfer gedrängt. Auf die im Urteil dargestellte, entsprechend der Entwicklung des konflikthaften Geschehens zunehmende Destabilisierung der Persönlichkeit des Angeklagten, die seine psychiatrische Begutachtung nahe legte, habe die Revision zutreffend hingewiesen. Vor dem Hintergrund der festgestellten Einzelheiten hätte das Schwurgericht jedenfalls ohne weitere Erkenntnisse oder tiefergehende Erörterungen sachverständiger Beratung zur Frage der Schuldfähigkeit unbedingt bedurft. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass der Angeklagte durchaus planvoll gehandelt habe, denn selbst zielstrebiges und folgerichtiges Verhalten stehe der Annahme einer erheblichen Verminderung des Hemmungsvermögens nicht unbedingt entgegen (BGH, Beschl. vom 29.11.2006 – 5 StR 329/06 = NStZ-RR 2007, 83 = HRRS 2007 Nr. 61).

Bleibt anzumerken, dass es für die Revision im vorliegenden Fall unschädlich blieb, dass die Verteidigung nicht bereits in der Hauptverhandlung auf die psychiatrische Begutachtung des Angeklagten angetragen hatte, da hier die Verteidigung mit dem Ziel der Freisprechung mangels erweislicher Tatbegehung geführt worden war.

b) Zur Zeit der – nach der Spruchpraxis des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs nicht nur als „Sommermärchen“ imponierenden, sondern immer wieder auch mit kriminogenen Auffälligkeiten verbundenen – Fußballweltmeisterschaft 2006 kam es zwischen zwei Gruppen junger Männer, zum einen solchen, die an einem Bahnhof im Berliner Umland „abhängen“, zum anderen solchen, die ihre Fußballbegeisterung mit als lästig empfundener Lautstärke herausgrölen, zu einem lächerlichen, von Imponiergehabe und Kraftmeierei geprägten Streitgeplänkel. Dieses spitzte sich derart zu, dass der angeklagte Heranwachsende ein Messer zückte und es schließlich einem der Kontrahenten, als dieser ihn noch unbedacht aufstachelte, unvermittelt mit sofortigem Todeserfolg ins Herz stieß.

Die Revision des wegen Totschlags zu neun Jahren Jugendstrafe verurteilten, als uneingeschränkt schuldfähig angesehenen Angeklagten hatte zum Rechtsfolgenauspruch mit einer Verfahrensrüge wegen Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines Sachverständigengutachtens Erfolg, mit dem die Verteidigung den Nachweis einer mindestens erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit des Angeklagten infolge Alkohols und Erregung erstrebt hatte. Diesen Beweisantrag hatte das Tatgericht im wesentlichen unter Hinweis auf die eigene Sachkunde mit der Begründung zurückgewiesen, weder aus der Lebensgeschichte noch aus der Tat des Angeklagten ergäben sich Anknüpfungstatsachen, welche die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens erforderlich machten.

Dem ist der 5. Strafsenat entgegengetreten: Fallbezogene Besonderheiten hätten eine Begutachtung entgegen der Auffassung des Landgerichts nahe gelegt; das Landgericht habe seine eigene Sachkunde jedenfalls mangels hinreichender Beachtung dieser Besonderheiten weder in dem den Antrag zurückweisenden Beschluss noch in den Urteilsgründen ausreichend belegt. Beim Angeklagten hätten ganz erhebliche Schul- und Ausbildungsprobleme bestanden. Er habe vermehrt Alkohol, zudem auch etwas Rauschgift konsumiert und sei nach Trennung von einer Freundin dadurch auffällig geworden, dass er sich an den Armen geritzt habe. Unter Alkoholeinfluss habe er besonders aggressiv reagiert und nur über eine geringe Frustrationstoleranz verfügt. Dies könne auch im Zusammenhang mit dem gruppendynamischen Hintergrund des Tatgeschehens die Annahme gedanklicher Beherrschung und willensmäßiger Steuerung der tatlenkenden gefühlsmäßigen Regungen des Angeklagten bei der offensichtlich völlig überzogenen, mit bedingtem Tötungsvorsatz geführten Messerattacke in Frage stellen (BGH, Urt. vom 30.8.2007 – 5 StR 193/07 = BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 13 = HRRS 2007 Nr. 885).

c) Ein unbescholtener aus Afghanistan stammender Heranwachsender geriet unversehens in eine Konfronta-

tion mit einem nach dem Herauswurf aus einer Diskothek tobenden, die Umstehenden beleidigenden und auch verletzenden jungen Mann. In dem Moment, als es Begleitern gelungen war, den Randalierenden etwas zu beruhigen, zog der Angeklagte unversehens ein Messer und erstach den Störenfried.

Die Revision des wegen im Zustand uneingeschränkter Schuldfähigkeit begangenen Totschlags zu sieben Jahren Jugendstrafe verurteilten Angeklagten hatte mit der Sachrüge Erfolg: Es erwies sich als rechtsfehlerhaft, dass die Strafkammer keine hinreichenden Erwägungen zur Schuldfähigkeit des Angeklagten angestellt hatte. Allein die Tatsache, dass der Angeklagte bei Begehung der Tat nicht unter dem Einfluss von Drogen oder Alkohol stand, machte eine Erörterung seiner Steuerungsfähigkeit nicht entbehrlich. Hierzu hätte schon im Hinblick auf die ungewöhnliche Diskrepanz zwischen Tat und Täterpersönlichkeit Anlass bestanden. So belegten die Urteilsfeststellungen ein ganz außergewöhnlich positives Persönlichkeitsbild des familiär und sozial gut eingebundenen Angeklagten. Dass dieser ruhig, zielbewusst, überlegt und ohne jede affektive Erregung einen Menschen getötet haben soll, sei nicht nur angesichts seiner Persönlichkeit, sondern auch vor dem Hintergrund der von Aggressivität und Gewalt geprägten Tatsituation schwer nachvollziehbar. Der Senat konnte nicht ausschließen, dass die Jugendkammer bei der gebotenen Prüfung zu dem Ergebnis gelangt wäre, dass die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten – wenn auch nicht unbedingt erheblich im Sinne des § 21 StGB – eingeschränkt war (BGH, Urt. vom 30.8.2007 – 5 StR 197/07 = BGHR StGB § 21 Sachverständiger 13 = HRRS 2007 Nr. 886).

d) In beiden letztgenannten Fällen hat der Senat darauf hingewiesen, dass in der Bewertung des äußeren Erscheinungsbildes und des Verhaltens des Täters durch Laien-Zeugen – hier jeweils als ruhig und besonnen – keine zureichende Grundlage zur Beurteilung der psychischen Befindlichkeit des Angeklagten bei Ausführung der Tat zu finden sei (vgl. BGH, Beschluss vom 31.3.2004 – 5 StR 351/03 = HRRS 2004 Nr. 727). Ferner hat der Senat angemerkt, in Kapitalstrafsachen, zumal im Bereich der Anwendbarkeit von Jugendstrafrecht, bestehe in der Mehrzahl der Fälle – wenn nicht ein länger geplantes, wengleich verwerfliches, so doch rational nachvollziehbar motiviertes Verbrechen vorliege – Anlass, rechtzeitig im Vorfeld der Hauptverhandlung einen psychiatrischen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit zu betrauen.

Der 1. Strafsenat fand in dieser Erwägung offenbar eine Tendenz, der er sich mit folgendem Leitsatz entgegenzutreten veranlasst sah (BGH, Beschl. v. 5.3.2008 – 1 StR 648/07 = HRRS 2008 Nr. 324): „Ein Rechtssatz des Inhalts, dass der Tatrichter in Kapitalstrafsachen aus Gründen der Aufklärungspflicht stets gehalten ist, einen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit zu betrauen, existiert nicht. Das Revisionsgericht kann vielmehr regelmäßig davon ausgehen, dass der Tatrichter über die notwendige Sachkunde verfügt, um zu beurteilen, ob mit Blick auf das Tatbild und die Person des Angeklagten die Hinzuziehung eines Schuldfähigkeitsgutachters geboten ist.“

Soweit sicher richtig in dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Fall eines, wenngleich möglicherweise spontan, geplanten mörderischen Brandanschlags, ebenso in allerjüngster Zeit ausdrücklich gebilligt vom 5. Strafsenat im Fall einer bewaffneten Auseinandersetzung, in welche sich der Täter mit entsprechender Vorbereitung und Aufrüstung hineinbegeben hatte (BGH, Urt. v. 15.4.2008 – 5 StR 44/08 = HRRS 2008 Nr. 543). Gleichwohl ist mit jenem für sich so richtigen wie selbstverständlichen Leitsatz nichts darüber gesagt, von wann an Tatbild und/oder Person des Täters Anlass zu einer psychiatrischen Begutachtung geben. Der Maßstab hierfür ist in Kapitalstrafsachen mit Rücksicht auf die häufig anzutreffenden Besonderheiten eher niedrig anzusetzen. Die erfahrenen Schwurgerichte und Jugendkammern, weitgehend im Einklang mit den zuständigen Spezialabteilungen der Staatsanwaltschaften für Kapitalstrafsachen – wie es dem Verfasser beispielsweise im Bereich des Landgerichts Berlin bekannt ist – tun im Interesse der Sachaufklärung gut daran, wenn sie in den meisten Fällen entsprechende Gutachten zur Vorbereitung der Hauptverhandlung in Auftrag geben. Die Sachaufklärung erfährt hierdurch in diesem Bereich auch unterhalb des unmittelbar erstrebten Beweisziels der Schuldfähigkeitsfrage nicht selten auch einmal Förderung durch Ermittlung wesentlicher strafzumessungsrelevanter Tatsachen, namentlich im Bereich einer Erforschung der Tatmotivation. Es wird hoffentlich niemand auf den Gedanken verfallen, in solcher Verfahrensweise eine Verschleude-

rung von finanziellen Mitteln und zeitlichen Ressourcen zu sehen. Im letztzitierten Urteil hat der 5. Strafsenat angemerkt, mit solcher Verfahrensweise werde vielmehr „der zeitgerechten Sacherledigung optimal Rechnung getragen“; es werde „so nämlich vermieden, dass sich das Tatgericht erst in der Hauptverhandlung – mehr oder weniger deutlich vorhersehbar – mit gewichtigen seelischen Konfliktsituationen des Angeklagten bei Begehung der Tat konfrontiert sieht, ohne dass es sich noch selbst zutrauen dürfte, deren Auswirkungen auf die Schuldfähigkeit beurteilen zu können“.

Mit Rücksicht auf einen offenbar vorhandenen gewissen Unmut gegen die hier vertretene Position bleibt klarzustellen, dass das Anliegen, in nicht alltäglichen Bereichen des unnormal oder seltsam Anmutenden die Schuldfrage durch „Psycho“-Sachverständige näher erforschen zu lassen, nicht etwa als Tendenz zu regelmäßiger Ex- oder Dekulpation missverstanden werden sollte. Die von den Revisionsgerichten meist (von durchaus extremen Ausnahmefällen abgesehen, vgl. oben 1 a) zu akzeptierenden ganz unterschiedlichen, keineswegs stets exkulpationsfreudigen Sachverständigengutachten belegen dies. Wer die hier empfohlene Verfahrensweise als Überpsychologisierung von Schwurgerichtsverfahren kritisiert, muss sich die skeptische Frage gefallen lassen, ob nicht vielmehr er sich als Jurist bei der Sicherheit der Beurteilung existentieller Grenzfragen überschätzt..

Aufsätze und Anmerkungen

Beweisverwertungsverbote und „Beweislastumkehr“ bei unzulässigen Tatprovokationen nach der jüngsten Rechtsprechung des EGMR

Besprechung der Urteile EGMR HRRS 2008 Nr. 200 und EGMR HRRS 2008 Nr. 500 zu den Rechtsfolgen einer unzulässigen Tatprovokation und zu den Anforderungen an die Feststellung und die Verwerfung einer behaupteten Tatprovokation.

Von Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede (Bucerius Law School Hamburg) und Wiss. Mit. (BVerfG) Richter Ulf Buermeyer, Berlin/Karlsruhe

Wann der Einsatz eines *agent provocateur* unzulässig ist und welche Rechtsfolge eine Unzulässigkeit nach sich ziehen sollte, ist seit langem umstritten. In seiner jüngsten Rechtsprechung bekräftigt der EGMR, dass Art. 6 EMRK nach einer unzulässigen Tatprovokation auch die Verwertung von Beweisen untersagt, die auf

Grund der Provokation erlangt worden sind. Dies zwingt zur Abkehr von der „Strafzumessungslösung“ des BGH, mit der die deutsche Rechtsprechung bislang eine sehr angreifbare Interpretation der Rechtsprechung des EGMR verfolgt. Darüber hinaus hat der EGMR betont, dass eine Tatprovokation nicht mit dem Argument eines scheinbar

privaten Handelns neutralisiert werden kann und dass unverdächtige Personen nicht in eine an sich zulässige polizeiliche Aktion verwickelt werden dürfen. Erneut hat der EGMR klargestellt, dass die Ermittlungsbehörden die Aufklärung einer möglichen Tatprovokation nicht behindern dürfen: Die nationalen Gerichte sind vielmehr selbst zur Aufklärung plausibler behaupteter Tatprovokationen verpflichtet. Sie tragen die „Beweislast“ dafür, dass in einem solchen Fall keine unzulässige Provokation geschehen ist. Der Beitrag stellt die Aussagen des EGMR dar und weist auf wesentliche Folgen und Folgefragen für die deutsche Praxis hin.

I. Ausgangspunkt: Grundaussagen der Rechtsprechung des BGH zur Tatprovokation

Auch der BGH hat vor allem durch den 1. Strafsenat eine Rechtsprechung zur unzulässigen Tatprovokation entwickelt. Zuletzt in Auseinandersetzung mit der Leitentscheidung des EGMR *Teixeira de Castro vs. Portugal*¹ hat er in BGHSt 45, 321 ff. und anschließend in BGHSt 47, 44 ff. folgende Grundsätze vertreten:

Ein konventionswidriger Lockspitzeinsatz liegt vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine Vertrauensperson in einer dem Staat zuzurechnenden Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt.² Nach der „Quantensprungsentscheidung“ ist eine unzulässige Provokation auch dann anzunehmen, wenn eine von der Polizei angesonnene Straftat (konkret: ein Drogengeschäft) nicht mehr in einem angemessenen, deliktsspezifischen Verhältnis zu dem Tatverdacht steht, der gegen den konkret Provozierten besteht.³ Allgemein soll aber ein „bloßes Ansprechen“, ob eine Privatperson Drogen beschaffen könne, keine Provokation darstellen können, sondern vielmehr eine erhebliche Stimulierung des späteren Täters erforderlich sein.⁴ Eine mittelbare Provokation über selbst provozierte Dritte, die der Staat nicht kontrolliert, soll nie einen Verstoß gegen Art. 6 EMRK begründen können.⁵ Ein nach diesen Maßstäben mangels eines Tatverdacht⁶ unzulässige Provokation ist dem Staat zuzurechnen, wenn die Provokation mit Wissen eines Amtsträgers geschieht oder er sie jedenfalls hätte verhindern können; dies

¹ Siehe die Übersetzung in StV 1999, 127 f. m. Anm. Kempf = NStZ 1999, 47 m. Anm. Sommer.

² BGHSt 45, 321, 335; 47, 44, 47.

³ BGHSt 47, 44 ff.; Fischer, StGB, 55. Aufl. (2008), § 46 Rn. 67.

⁴ BGHSt 45, 321, 338 f.; 47, 44, 47; BGH vom 30.05.2001, 1 StR 116/01; Fischer (Fn. 3), § 46 Rn. 67; noch enger BGHSt 32, 345, 348; BGH NJW 1981, 1626; großzügiger nun aber BGH NStZ 2008, 39, 40.

⁵ So BGH HRRS 2004 Nr. 827 = NStZ 2005, 43 für den Fall, in dem Mittäter durch eine polizeiliche Aktion gegen einen der Täter provoziert worden sind.

⁶ Der BGH versteht darunter hier indes nicht exakt den Tatverdacht i.S. der §§ 152 II, 160 StPO und fasst auch zukünftige Taten unter diesen Begriff, vgl. BGHSt 47, 44, 47 f.

kann auch bei der Provokation durch Privatpersonen der Fall sein.⁷

Rechtsfolgen soll der Verstoß gegen Art. 6 EMRK prinzipiell nur bei der Strafzumessung nach sich ziehen, indem die Provokation strafmildernd berücksichtigt wird. Hierzu ist der Verstoß im Urteil ausdrücklich festzustellen und das Maß der erforderlichen Kompensation exakt zu bestimmen.⁸ Obwohl der EGMR im Fall *Teixeira de Castro* ein Verfahren, das auf Grund einer unzulässigen Tatprovokation betrieben wird, als von Anfang an und endgültig unfair deklariert hat, soll bezüglich der provozierten Tat kein Verfahrenshindernis bestehen.⁹ Der BGH will „aus Gerechtigkeitsgründen“ insbesondere nach der Schuld des Betroffenen differenzierende Lösungen ermöglichen und nimmt deshalb nur dann ausnahmsweise ein Verfahrenshindernis an, wenn die Strafzumessungslösung keinen angemessenen Ausgleich herbeiführen könne.¹⁰ Auch Beweisverwertungsverbote erkennt der BGH insbesondere deshalb nicht an, weil diese von der Rechtsprechung des EGMR nicht geboten seien: Wegen der gebotenen Gesamtbetrachtung des Verfahrens und weil Art. 6 EMRK im Allgemeinen keine Vorgaben über die Verwertbarkeit einzelner Beweise mache, sei eine Strafzumessungslösung ausreichend.¹¹ Diese Rechtsprechung des BGH wird etwa von Esser so interpretiert, dass der BGH tatsächlich eher die Rechtsprechung des EGMR in die deutsche Rechtsprechung eingefügt hat, anstatt das deutsche Recht dem europäischen Menschenrechtsstandard anzupassen.¹²

II. Bekräftigung und Vertiefung der menschenrechtlichen Standards zur Tatprovokation durch den EGMR

1. Die Entscheidung der Großen Kammer des EGMR *Ramanauskas vs. Litauen*

a) Sachverhalt

Der Beschwerdeführer (Bf.) Ramanauskas war zur Tatzeit Staatsanwalt.¹³ AZ, ein Angehöriger einer speziellen Antikorruptionseinheit des Innenministeriums, trat Ende 1998 und Anfang 1999 über den Bekannten des Bf., VS, an den Bf. mit der Bitte heran, er möge den Freispruch eines Dritten gegen die Zahlung von 3.000 US-Dollar sichern.

⁷ BGHSt 47, 44, 48.

⁸ BGHSt 45, 321, 332 ff., 339; 32, 345, 355; m.w.N. Fischer (Fn. 3), § 46 Rn. 67a, 68.

⁹ Vgl. schon BGHSt 32, 345, 350 ff. und 45, 321, 324 f., 332 ff.; zust. etwa Meyer-Gößner, StPO, 50. Aufl. (2007), Einl. Rn. 148a; Beulke, Strafprozessrecht, 10. Aufl. (2008), Rn. 288, wobei er in Extremfällen einen Schuldausschließungsgrund annehmen will.

¹⁰ BGHSt 45, 321, 333; in diesem Sinne auch m.w.N. BVerfG NJW 1995, 651, 652; nur im Ausnahmefall.

¹¹ Vgl. BGHSt 45, 321, 328 f., 332 f., 334 f.

¹² Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahren (2002), S. 170 ff., 175 ff.; abl. ebenfalls Kempf StV 1999, 128, 129 f.; Sinner/Kreuzer StV 2000, 114 ff.; Fischer/Maul NStZ 1992, 7, 12 f.; Roxin JZ 2000, 369 f.; Kinzig StV 1999, 288, 292; treffend auch Kühne, 7. Aufl. (2006), Rn. 537.

¹³ Vgl. zum Sachverhalt EGMR, *Ramanauskas vs. Litauen*, HRRS 2008 Nr. 200, §§ 9 ff.

Der Bf. weigerte sich zunächst, nahm später aber das mehrfach wiederholte Angebot an. AZ informierte die (übrigen) Behörden anschließend über die erklärte Bereitschaft des Bf. zur konkreten Tat. Daraufhin wurde der Gebrauch eines „Kriminalitätssimulationsmodells“ autorisiert. Im Rahmen dieses Modells wurden dem Bf. 2.500 US-Dollar zur Umsetzung des eingangs verabredeten „Geschäfts“ übergeben. Der Bf. wurde sodann aus seinem Amt entfernt und wegen Bestechlichkeit verfolgt. Er bekannte sich schuldig und behauptete, AZ und VS hätten ihn unzulässig zur Tat bestimmt. Das Tatgericht verurteilte den Bf. wegen Bestechlichkeit und stützte sich hauptsächlich auf die Aussage des AZ und auf die im Zuge des Simulationsmodells angefertigten Aufnahmen. VS war nicht auffindbar und wurde daher nicht persönlich vor Gericht vernommen. Das Protokoll einer früheren Vernehmung wurde verlesen. Die litauische Regierung geht davon aus, AZ und VS hätten auf eigene, private Initiative hin „Vorfeldermittlungen“ gegen den von ihnen verdächtigten Bf. unternommen.

b) Entscheidung des EGMR

Der Bf. beschwerte sich besonders darüber, dass die Verwertung von Beweisen, die aus der geschehenen Tatprovokation stammten, sein Recht auf ein faires Verfahren verletzt hätte. Der EGMR gab ihm Recht, wobei er sich *im Rahmen einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens* auf die folgenden Gründe stützte:¹⁴

Zunächst bestätigt er seine ständige Rechtsprechung, nach der jede Verwertung eines Beweismittels, das durch eine rechtswidrige Tatprovokation erlangt wurde, in einem fairen Strafverfahren auszuschließen sei. Sie würde anderenfalls den Betroffenen dem Risiko aussetzen, von Anfang an und endgültig keinen fairen Prozess zu erhalten. Auch die Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege könne ihre Verwertung in einem fairen Strafverfahren nicht rechtfertigen.¹⁵ Dies gelte bei jeder Tat, auch wenn diese wie im Fall der Korruption der organisierten Kriminalität zuzurechnen sei. Auch wenn der EGMR *im Allgemeinen* nicht als Selbstzweck die Beweiserhebung und -verwertung auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen habe, müsse er doch – wie hier – gewährleisten, dass keine rechtswidrige Beweiserhebung und Beweisverwertung erfolgen, die Art. 6 EMRK verletzen.

Eine unzulässige Tatprovokation liegt für den EGMR vor, wenn sich eine verdeckt ermittelnde Person, die der Polizei zuzurechnen ist, nicht auf eine in erster Linie passive Aufklärung von strafbaren Aktivitäten beschränkt, sondern – um eine spätere Verfolgung zu ermöglichen – einen solchen Einfluss auf den Betroffenen ausübt, dass sie diesen zur Begehung einer Straftat anstiftet, die anderenfalls nicht begangen

worden wäre.¹⁶ Dies gelte auch dann, wenn die Provokation von der Polizei organisiert wurde und durch eine von der Polizei geführte Privatperson begangen wird.¹⁷ Eine latent vorhandene Tatgeneigtheit soll die Annahme einer unzulässigen Tatprovokation nicht ausschließen.¹⁸ Der Gebrauch geheimer Ermittlungsmethoden wie der Tatprovokation stellt aber auch für den EGMR nicht per se eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren dar. Der Einsatz von V-Leuten (im weiten Sinne) müsse jedoch rechtsstaatlich überwacht werden und klaren Grenzen unterliegen, die verletzt sind, wenn eine unverdächtige Person zu einer Tat angestiftet wird.

Nach diesen Maßstäben liegt für den EGMR im vorliegenden Fall eine gegen Art. 6 EMRK verstoßende Tatprovokation vor.¹⁹ Er folgert dies aus den anfänglichen Aktivitäten von AZ und VS vor der Implementierung des Simulationsmodells. Ebenso betont er, dass der Bf. insbesondere nicht wegen Korruptionsdelikten vorbestraft war und dass alle Treffen zwischen dem Bf. und AZ auf die Initiative des AZ stattfanden. Es bestand für den EGMR demnach der – hinreichende – Eindruck, dass AZ und VS den Bf. offenkundig stimulierten, eine Straftat zu begehen, ohne dass mehr als Gerüchte für eine Tatentschlossenheit gesprochen hätten. Die Zurechnung dieser Provokation zum Staat Litauen, die auch durch einen Bediensteten des Staates erfolgte, konnte sodann nicht mit der Behauptung ausgeschlossen werden, der – in Erfüllung dienstlicher Pflichten handelnde – Angehörige der Antikorruptionseinheit hätte auf seine Privatinitiative hin gehandelt. Dies gilt für den EGMR besonders dann, wenn diese Privatinitiative – wie hier – selbst strafrechtlich nicht verfolgt wird und vom Staat nicht substantiiert erklärt werden kann. Die anfänglichen Aktivitäten, die ohne Implementierung des staatlich geregelten Verfahrens den Tatentschluss des Bf. geweckt haben, waren dem Staat Litauen und seiner Justiz damit zuzurechnen.

Der EGMR greift auch den Umstand auf, dass der Vorwurf einer unzulässigen Tatprovokation im nationalen Verfahren nur eingeschränkt geprüft wurde. Der EGMR unterstreicht deshalb weitere Maßstäbe, die er neben der *Teixeira de Castro*-Rechtsprechung entwickelt hat: Wenn ein Angeklagter behauptet, durch die Polizei (den Staat) zu einer Tat provoziert worden zu sein, müssen die Gerichte diesen Vorwurf im Verfahren sorgfältig aufklären.²⁰ Dem Angeklagten muss es effektiv möglich sein, eine dem Staat zurechenbare Tatprovokation im Verfahren vorzutragen und zu belegen.²¹ Sind die Behauptungen des Angeklagten nicht völlig unwahrscheinlich, trägt der Staat die

¹⁴ Vgl. zu den wesentlichen Entscheidungsgründen EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 49 ff.

¹⁵ EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 54, 60, 73. In § 60 heißt es: *“for the trial to be fair within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention, all evidence obtained as a result of police incitement must be excluded”*.

¹⁶ EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 55 ff. m.w.N. zu den einzelnen Feststellungskriterien.

¹⁷ EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 57 m.w.N.; siehe auch schon BGHSt 45, 321, 324 ff.

¹⁸ EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 56.

¹⁹ Zum Folgenden vgl. EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 62 ff.

²⁰ Siehe EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 60 f. und 69 ff. m.w.N.; dazu bereits EGMR, *Edwards and Lewis vs. UK* [GC], ECHR 2004-X, §§ 46 ff. = HRRS 2005 Nr. 1; *Meyer-Goßner* (Fn. 9), Einl. Rn. 148a; ausführlich Gaede StV 2006, 599, 601 f., 603 ff.; siehe zuvor schon EGMR, *Edwards and Lewis vs. UK* [Kammer], §§ 49 ff., StraFo 2003, 360 m. Anm. Sommer; dazu auch Gaede HRRS 2004, 44, 45 ff.

²¹ EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 69 m.w.N.; zu früheren Entscheidungen auch Gaede HRRS 2004, 44, 45 ff.

„Beweislast“ dafür, dass *keine* unzulässige Tatprovokation erfolgt ist.²² Kann das Gericht nach dem von den Strafverfolgungsbehörden offen gelegten Material eine Tatprovokation nicht bejahen, ist besonderes Gewicht darauf zu legen, dass die Verteidigungsrechte in dem Verfahren, in dem die Tatprovokation verneint wird, adäquat geschützt werden.²³ Ein späteres Geständnis des Provozierten, die provozierte Tat begangen zu haben, führt zu keinerlei Einschränkung der bestehenden Maßstäbe.²⁴

Auch diese Maßstäbe sah der EGMR nicht als erfüllt an. Die nationalen Stellen hätten die sorgfältige justizielle Untersuchung der erhobenen Vorwürfe unterlassen, zu der sie durch Art. 6 EMRK in jedem Falle verpflichtet gewesen seien. Insbesondere hätten sie die konkrete Einflussnahme auf den Bf. und die Gründe für die heimliche Operation nicht hinreichend aufgeklärt. Es sei gar nicht erst versucht worden, die Rollen von AZ und VS zu klären. Dies erschien dem EGMR besonders bedeutsam und misslich, weil VS, der den Bf. erst mit AZ bekannt gemacht hatte, nicht als Zeuge geladen werden konnte.

2. Ergänzung durch das Urteil *Pyrgiotakis vs. Griechenland*

Die Rechtsprechung des EGMR, die mittlerweile in wesentlich mehr Entscheidungen als der in Deutschland oft allein herangezogenen Entscheidung *Teixeira de Castro* konkretisiert wurde,²⁵ kommt in einer besonderen Konstellation auch im Fall *Pyrgiotakis* zum Ausdruck.²⁶ Hier bemühte sich die griechische Polizei, P., der offenbar auf Grund von Tatsachen des Drogenhandels verdächtigt wurde, durch ein inszeniertes Geschäft zu überführen. Die Kontaktaufnahme muss – wie sich aus dem Gesamtzusammenhang des Urteils ergibt – (auch) über T. erfolgt sein. Auf deren Bitten hin wurde der Bf. *Pyrgiotakis* als „Mittelsmann“ tätig, indem er die verdeckt handelnden Beamten zu P. führte. Gegen den Bf. bestand zu diesem Zeitpunkt kein Verdacht, er sei in den illegalen Drogenhandel verwickelt. Auch der Bf. wurde wegen der Vermittlung eines Drogengeschäfts zu einer, wie der EGMR bemerkt, „schweren Strafe“ verurteilt. Das Tatgericht stützte sich wesentlich auf die Aussage des Beamten, der als Scheinaufkäufer der Drogen aufgetreten war und das Scheingeschäft initiiert hatte.

²² EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 70.

²³ Vgl. dazu besonders schon EGMR HRRS 2005 Nr. 1, §§ 46 ff.; ausführlich Gaede StV 2006, 599, 601 ff.

²⁴ Siehe EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 72.

²⁵ Vgl. insbes. EGMR, ZE *Sequeira vs. Portugal*, Nr. 73557/01, ECHR 2003-VI; EGMR, *Edwards u. Lewis vs. Großbritannien* [Kammer], §§ 49 ff., StraFo 2003, 360; EGMR, *Vanyan vs. Russland*, Nr. 53203/99, Urt. v. 15. Dezember 2005, §§ 46 ff. (dazu schon Kühne [Fn. 12], Rn. 537); EGMR, *Khudobin vs. Russland*, Nr. 59696/00, Urt. v. 26. Oktober 2006, §§ 128 ff.; EGMR, ZE *Eurofinacom vs. Frankreich*, Nr. 58753/00, ECHR 2004-VII.

²⁶ Vgl. EGMR, *Pyrgiotakis vs. Griechenland*, HRRS 2008 Nr. 500, §§ 6 ff.

Der EGMR sah auch hierin eine unzulässige Tatprovokation, die Art. 6 EMRK verletzt.²⁷ Er sah im Handeln der Polizeibeamten den entscheidenden, wenn nicht ausschließlichen Grund dafür, dass es zu der Vermittlung durch den Bf. gekommen ist, da keine Vorstrafe und auch kein anderes Indiz belegt, dass der Bf. seine Tat auch ohne die Inszenierung der Polizei begangen hätte. Eine mit Art. 6 EMRK unvereinbare Tatprovokation kann danach mit dem EGMR schon dann angenommen werden, wenn das Einschreiten von Beamten als derjenige Faktor „gelten kann“²⁸, der die Straftat provoziert hat – wobei also eine hohe Wahrscheinlichkeit der Provokation genügt – und nichts dafür spricht, dass sie ohne deren Einwirkung begangen worden wäre. Die Feststellung einer qualifizierten, also besonders erheblichen Einwirkung auf den Bf. durch den Staat war folglich ebenso wenig erforderlich wie der strikte Nachweis der Kausalität. Es genügte sogar eine nur mittelbare Provokation über T. Man kann der Entscheidung daher entnehmen, dass Ermittlungsbehörden, die einen bereits Tatverdächtigen durch eine Provokation überführen wollen, dabei weder direkt noch mittelbar eine unverdächtige Person als Mittelsmann in die Tat verstricken dürfen, der seine Tat ohne die Provokation der Behörden nicht begangen hätte. Der EGMR betont darüber hinaus auch in dieser Entscheidung, dass selbst das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung der organisierten Kriminalität den Gebrauch von Beweisen nicht rechtfertigen könne, die aus einer unzulässigen Tatprovokation stammen.

III. Folgerungen für die deutsche Praxis (Rechtsprechung)

Will die deutsche Rechtsprechung der Völkerrechtsfreundlichkeit der deutschen Rechtsordnung entsprechen, die bekanntlich einen verfassungsrechtlichen Hintergrund besitzt,²⁹ muss sie die nun kaum noch anders interpretierbaren Entscheidungen des EGMR aufgreifen und eigene Positionen überdenken. Dass eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung oder Grundrechte Dritter dem widerstreiten würden, lässt sich nicht überzeugend vertreten. Der Beitrag möchte die praktisch wichtigsten Folgen und Folgefragen ansprechen, die mit der nun bekräftigten Rechtsprechung des EGMR aufgeworfen sind: den gebotenen Umgang mit der Gesamtbetrachtung des EGMR (1.), das Ausmaß und die Form der nötigen staatlichen Einwirkung auf den Provozierten (2.), die Abkehr von der Strafzumessungslösung (3.) und das Gebot, behauptete Tatprovokationen sorgfältig und unbehindert aufzuklären, einschließlich der Frage nach der „Beweislast“ (4.).

²⁷ Dazu und zum Folgenden vgl. EGMR HRRS 2008 Nr. 500, §§ 18 ff.

²⁸ Im französischen Original: „... lorsque l'activité des agents en question peut passer pour avoir provoqué l'infraction ...“ (§ 20).

²⁹ Vgl. BverfGE 111, 307, 322 ff., 327 f. = HRRS 2004 Nr. 867 m. Anm. Gaede HRRS 2004, 387; Esser StV 2005, 348 ff., 355; Jahn NJW 2006, 652, 654: Vorbehalt nur für den Extremfall.

1. Unzureichende Rezeption der EGMR-Rechtsprechung infolge eines Fehlverständnisses der Gesamtbetrachtung

Der BGH geht davon aus, dass seine Rechtsprechung nicht in einem Konflikt mit der Judikatur des EGMR steht, weil der EGMR auch in der grundlegenden Entscheidung *Teixeira de Castro* eine Gesamtbetrachtung angestellt hat, welche die Aussagen des EGMR interpretationsbedürftig und – will man einen Konflikt vermeiden – interpretationsfähig macht.³⁰ Die vorliegenden jüngeren Entscheidungen des EGMR verdeutlichen, dass problemvermeidende Interpretationen der gesamtbetrachtenden Rechtsprechung des EGMR oft nur den Aufschub und nicht die Lösung eines Problems bedeuten. Da es nicht nur für die Tatprovokation wichtig, sondern letztlich für jeden Fall zu Art. 6 EMRK entscheidend ist, wie die Gesamtbetrachtung des EGMR zu verstehen und wie mit ihr praktisch umzugehen ist, ist zum Umgang mit Entscheidungen des EGMR Folgendes vorzuschicken:

Der EGMR sieht in Art. 6 I 1 EMRK ein Gesamtrecht auf ein faires Verfahren ausgeprägt. Er folgt einem integralen Verständnis des Art. 6 EMRK, in dem also die einzelnen Teilrechte wie z.B. die in Art. 6 II, III EMRK genannten Rechte stets dazu beitragen, ein faires Verfahren zu verwirklichen.³¹ Wenn der EGMR fordert, dass ein Verfahren „insgesamt fair sein muss“, dann fordert er, dass sowohl die benannten Teilrechte der Absätze I bis III des Art. 6 EMRK als auch diejenigen Rechtspositionen erfüllt sein müssen, die der EGMR unmittelbar aus dem Gesamtrecht des Art. 6 I 1 EMRK abgeleitet hat (z.B.: das Verbot der Tatprovokation). Die benannten Teilrechte der Abs. I bis III unterliegen indes zum Teil verhältnismäßigen Einschränkungen, was erhellt, warum der EGMR etwa beim Konfrontationsrecht letztlich oft auf das Gesamtrecht abstellt.³² Zur Prüfung dieser Rechtspositionen stellt der EGMR stets eine Betrachtung des gesamten Verfahrens (Gesamtbetrachtung) an, die eine aus diversen Gründen unverzichtbare *Prüfungsmethode* darstellt, von der die mit ihr jeweils geprüften Maßstäbe (Teilrechte und Gesamtrecht im Übrigen) zu trennen sind.³³ Eine Verletzung ist in Anwendung dieser Gesamtbetrachtung immer dann anzunehmen, wenn ein benanntes Teilrecht der Art. 6 I 1, II oder III EMRK verletzt wur-

de³⁴ oder wenn das Gesamtrecht im Übrigen missachtet wurde, indem unbenannte Rechtspositionen beeinträchtigt wurden, die der EGMR aus dem Gesamtrecht abgeleitet hat.³⁵

Die gesamtbetrachtende Prüfung schlägt sich sodann auch in einer gesamtbetrachtenden Entscheidungsbegründung nieder: Vor allem wenn der EGMR eine Verletzung annimmt, begründet er seine Entscheidung – mit der er immerhin einen souveränen Staat verurteilt – *additiv* mit allen ihm verfügbaren Erwägungen, um der Verurteilung größtmögliche Plausibilität zu verleihen.³⁶ Er zieht also oft die Plausibilität seines *Gesamtergebnisses* der dogmatischen Klarstellung seiner Aussagen vor. Nur selten stellt er bei der Rüge mehrerer Verletzungen des Art. 6 EMRK in einem Fall klar, dass einer der gerügten Verfahrensmängel bereits für sich genommen Art. 6 EMRK verletzt.³⁷

Dass die gesamtbetrachtende *Begründung* des EGMR kritikwürdig ist, weil sie der Verwirklichung der EMRK schadet und die Interpretation seiner Entscheidungen erschwert, wurde bereits oft ausgeführt.³⁸ Von größtem Übel ist dabei, dass die nicht selten fehlgedeutete Gesamtbetrachtung oft als probates Mittel benutzt wird, in einem „*spirit of minimalism*“³⁹ die menschenrechtlichen Standards der EMRK zu reduzieren: Man interpretiert die aus der Rechtsprechung des EGMR folgenden Verpflichtungen bis zuletzt eng, solange der EGMR nicht jeden Zweifel selbst beseitigt. Die Gesamtbetrachtung wird so zum Schlupfloch,

³⁰ BGHSt 45, 321, 332 f.

³¹ Vgl. aus der Vielzahl der Entscheidungen etwa EGMR, *Quaranta vs. Schweiz*, Serie A, Nr. 205, § 30; EGMR, *Vaudelle vs. Frankreich*, Rep. 2001-I, § 57; EKMR, *R.D. vs. Spanien*, Nr. 15921/89, DR 71, 236, 243 f.; m.w.N. erläuternd Gaede, *Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung* (2007), S. 159 ff., 290 f.; 326 ff., 383 ff., 427 ff., zum Beweisrecht 807 ff.; zuzf. *ders.* JR 2006, 292 f.

³² Vgl. zu den beiden vorherigen Sätzen bereits näher Gaede JR 2006, 292 f.; *ders.*, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 447 ff.; zuzf. *Neuhaus* HRRS 2007, 373, 376.

³³ Dazu vertiefend Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 326 ff., 427 ff., 442 ff.

³⁴ Als Beispiele vgl. für derartige selbständige Begründung von Verletzungen über einzelne Gesichtspunkte des Art. 6 EMRK etwa EGMR, *Öcalan vs. Türkei*, Ur. vom 12.3.2003, §§ 111 ff., 139 ff.; EGMR, *Vanyan vs. Russland* (Fn. 25), §§ 43 ff. und §§ 51 ff.; EGMR, *Jalloh vs. Deutschland*, §§ 103 ff., 109 ff., NJW 2006, 3117 ff. = HRRS 2006 Nr. 652; vgl. auch schon EGMR, *Deweer vs. Belgien*, Serie A, Nr. 35, § 56: Mindestrechte des Art. 6 III EMRK als „*constituent elements*“.

³⁵ Dazu vgl. etwa EGMR, *De Haes u. Gijssels vs. Belgien*, Rep. 1997-I, § 59; EGMR StV 1999, 127 f.; EGMR HRRS 2005 Nr. 1, §§ 46 ff.; siehe auch zur Fallgruppe *additiv* begründeter Verletzungen EGMR, *Barberà u.a. vs. Spanien*, Serie A, Nr. 146, §§ 67 ff.; 89; *Nack*, NJW-Sonderheft Gerhard Schäfer (2002), S. 46, 50, 52; m.w.N. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 430 f., 447 f.

³⁶ Vgl. neben *Ramanauskas vs. Litauen* auch EGMR, *Jalloh vs. Deutschland*, §§ 94 ff., 103 ff., 109 ff., NJW 2006, 3117 ff. = HRRS 2006 Nr. 652; EGMR, *Van de Hurk vs. Niederlande*, Serie A, Nr. 288, § 61; EGMR, *Edwards vs. Großbritannien*, Serie A, Nr. 236, §§ 33 ff.; siehe auch den Fall *Pyrgiotakis* mit dem Bezug auf die „schwere Strafe“ EGMR HRRS 2008 Nr. 500, §§ 18 ff.; vgl. näher zur Begründungsweise Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 146 ff., 447 f.

³⁷ So z.B. in EGMR, *Lobo Machado vs. Portugal*, Rep. 1996-I, § 31; EGMR, *Öcalan vs. Türkei*, 12.3.2003, §§ 139 ff.; aus jüngerer Zeit auch zur Tatprovokation EGMR, *Vanyan vs. Russland* (Fn. 25), §§ 43 ff. und §§ 51 ff.

³⁸ Vgl. zur Kritik etwa *Esser* (Fn. 12), S. 860 ff.; *Nack*, Sonderheft-NJW Gerhard Schäfer (2002), S. 46, 51; *Kühne* StV 2001, 73, 77; *Schürmann* ZStR 119 (2001), 352, 359 ff.; m.w.N. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 147 ff., 448; siehe auch das Sondervotum *Bonello* zu EGMR, *Van Geyselghem vs. Belgien*, Rep. 1999-I.

³⁹ So treffend in Auseinandersetzung mit der – früheren – englischen Judikatur *Ashworth*, *Human Rights and Serious Crimes* (2002), S. 4 f., 94 ff.: „*avoiding human rights*“; zu weiterer Kritik vgl. näher Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 134 ff., 141 ff.: problematische Deutung der EMRK als reiner Mindeststandard.

um die national gewünschten Ergebnisse vor konventionsrechtlich längst gebotenen Änderungen zu „retten“.

Derartige Interpretationen übergehen aber unzulässigerweise, dass nicht der EGMR, sondern die nationalen Gerichte die wichtigsten Interpreten der EMRK sein müssen.⁴⁰ Im Sinne der Subsidiarität der EMRK sind gerade die nationalen Gerichte aufgefordert, die Konvention umzusetzen und fortzuentwickeln. Der Rechtsweg zum EGMR ist subsidiär. Die Gerichte haben gerade nicht abzuwarten, bis der EGMR ihnen unzweideutige Vorgaben macht, die jeden Interpretationsspielraum nehmen. In jedem Falle dürfen die nationalen Gerichte die Entscheidungen des EGMR nicht als „Störfaktor“ wahrnehmen, der möglichst für die eigene Entscheidung auszuschalten ist. Sie müssen sich vielmehr auf die vom EGMR vertretenen Positionen und Denkweisen tatsächlich einlassen.⁴¹ Denn anderenfalls kann die viel beschworene völkerrechtsfreundliche Haltung Deutschlands zur EMRK – auch im Wissen um mehrdeutige und problematische Begründungen und Positionen des EGMR – nicht Wirklichkeit werden.

Für eine ausgewogene Interpretation sollte daher bei aller gebotenen Vorsicht in der Praxis insbesondere das Folgende beachtet werden, um zu vermeiden, dass die Konventionsrechte im deutschen Strafprozess wegen fehlgehender Interpretationen nur verzögert verwirklicht werden: Die Gerichte dürfen nicht dabei stehen bleiben, Entscheidungen des EGMR stets so zu interpretieren, dass aus ihnen nur dann belastbare Rechtspositionen folgen, wenn alle vom EGMR im Fall einer Verletzung angesprochenen Kriterien und Sachverhaltsumstände in einem zweiten Fall wieder vorliegen. Der Hintergrund der „addierende Methode“ des EGMR muss den Gerichten vor Augen stehen, damit die Begründungen des EGMR richtig interpretiert werden. Die Reichweite einzelner Teilaussagen einer Entscheidung ist dabei vor allem aus dem Gesamtsystem der Rechtsprechung zu ermitteln.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Würde man auch die jüngste Entscheidung der Großen Kammer des EGMR nach Art des BGH aus BGHSt 45, 321 ff. interpretieren, so könnte man annehmen, dass die Maßgabe, Beweismittel aus einer unzulässigen Tatprovokation nicht zu verwerten, diesmal nur dann gelten soll, wenn zugleich auch die Pflicht zur Aufklärung des Provokationsvorwurfs nicht voll erfüllt worden sei. Dies aber kann schwerlich richtig sein, denn in anderen Entscheidungen hat schon die Behinderung der Aufklärung eine eigenständige Verletzung ausgemacht, ohne dass eine unzulässige Provokation vom EGMR überhaupt angenommen wurde.⁴²

⁴⁰ Vgl. etwa EGMR, *Handyside vs. Großbritannien*, Serie A, Nr. 24, § 48; EGMR, *Kudla vs. Polen*, NJW 2001, 2694 ff., § 152; im gleichen Sinne auch *Esser StV* 2005, 348, 355; näher m.w.N. Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 93 f., 132 f., 137.

⁴¹ Vgl. auch schon BVerfGE 111, 307, 324 ff.

⁴² Siehe nur erneut EGMR HRRS 2005 Nr. 1, §§ 46 ff.

Und auch dann, wenn andere Entscheidungen für einen Abgleich gerade noch fehlen, wie es zum Zeitpunkt von BGHSt 45, 321 ff. zur Tatprovokation der Fall war, ist nicht notorisch aus der Gesamtbetrachtung des EGMR zu folgern, dass klare Teilaussagen des EGMR⁴³ nicht beim Wort zu nehmen sind und nur in Ergänzung mit anderen Umständen zu einer Verletzung führen: Schon zu diesem Zeitpunkt war die Aussage, dass Art. 6 EMRK den nationalen Prozessen keine Vorgaben für die Verwertung von Beweisen macht, von jeher mit dem Vorbehalt ausgestattet, dass dies nur in der Regel der Fall sei (z.B. „as a general rule“/ „par principe“, „primarily by the rules of domestic law“/ „matière qui relève au premier chef du droit interne“).⁴⁴ Wenn der EGMR dann aber einmal eine exakte Aussage trifft, die diesen Vorbehalt wegen der dem EGMR zustehenden Prüfung des Art. 6 EMRK in Anspruch nimmt, spricht zunächst alles dafür, die Aussage ernst zu nehmen und sie nicht durch den Verweis auf *im Übrigen und in anderen Fallgestaltungen (!)* fehlende Maßstäbe zum Beweisrecht zu zerstreuen. Dies gilt im Beispiel von BGHSt 45, 321 um so mehr, als sich Tendenzen des EGMR, Verfahrensfehler mit dem Verweis auf milde Strafen „zu heilen“ und damit Verletzungen abzulehnen, *überhaupt nicht* feststellen lassen. Damit hatte sich der BGH in jedem Fall für die Lösung entschieden, die sich am wenigsten an die Rechtsprechung des EGMR anknüpfen ließ.

2. Der Tatbestand der unzulässigen Provokation

Überprüfungs- und Veränderungsbedarf besteht bei der Frage, wann eine unzulässige Tatprovokation vorliegt. Hier zeigt sich, dass BGH und EGMR mindestens in der Tendenz divergierenden Provokationsbegriffen folgen: Der EGMR legt Gewicht auf die Hypothese, ob die konkrete Tat durch den Betroffenen auch ohne die staatliche Aktion begangen worden wäre. Spricht dafür nichts und bestand also kein konkreter Tatverdacht gegen den Provozierten, geht der EGMR offenbar von einem Verstoß bereits aus, ohne dass er zusätzlich eine besonders erhebliche Einwirkung auf die Willensbildung des Provozierten oder einen strengen Nachweis der Kausalität konstitutiv fordern würde. Obschon hierzu noch keine restlose Klärung angenommen werden kann, spricht doch z.B. die Annahme einer Provokation des Bf. *Pyrgiotakis* stark dafür, dass eine besonders erhebliche Einwirkung auf den Willen des Bf. keine zwingende Voraussetzung darstellt.⁴⁵ Der BGH hin-

⁴³ Vgl. nochmals im Original *Teixeira de Castro vs. Portugal*, Rep. 1998-IV, § 36: „The public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement.“ und § 39: „That intervention [= die Tatprovokation] and its use in the impugned criminal proceedings meant that, right from the outset, the applicant was definitively deprived of a fair trial.“ Bestätigend z.B. EGMR, *Khudobin vs. Russland*, §§ 133 f.

⁴⁴ Vgl. für diese stRspr. z.B. EGMR, *Saidi vs. Frankreich*, Nr. 261-C, § 43; EGMR, *Dowsett vs. Großbritannien*, Rep. 2003-VII, § 43; EGMR, *Rachdad vs. Frankreich*, 13.11.2003, § 23; schon deutlicher wird die mögliche Durchbrechung der Zulässigkeitsbeurteilung des nationalen Rechts gekennzeichnet in EGMR, *Khudobin vs. Russland* (Fn. 25), § 133; zu weiteren Durchbrechungen Gaede, *Fairness als Teilhabe* (Fn. 31), S. 321 ff., 808 ff.

⁴⁵ Vgl. EGMR HRRS 2008 Nr. 500, §§ 18 ff. und etwa schon *Kinzig StV* 1999, 288, 291: geringe Einwirkung.

gegen legt erkennbar Wert darauf, dass der dem Staat zurechenbare Provokateur gerade auf den Tatbeteiligten, der sich auf die Provokation berufen will, qualifiziert zur Begehung der Tat eingewirkt haben muss („erhebliche Stimulierung“).⁴⁶ Es soll also nicht schon das schlichte „In-Versuchung-Führen“ genügen, selbst wenn die konkrete Tat ohne die Aktion des Staates nicht begangen worden wäre. Eine Definition des Maßes nötiger Einwirkungen ist indes auch der BGH bislang schuldig geblieben.

Vor diesem Hintergrund wird in Zukunft mindestens Vorsicht bei der Einforderung einer „erheblichen Stimulierung“ angemessen sein, wenn nichts dafür spricht, dass die konkrete Tat auch ohne die Polizeiaktion begangen worden wäre, wofür der EGMR weder Gerüchte, noch eine allgemeine Tatbereitschaft genügen lässt.⁴⁷ Es spricht mehr dafür, dass für den EGMR allein die Hypothese einer ohne die Polizei nicht begangenen Tat auf der Grundlage eines nicht substantiiert begründeten Tatverdachts ausschlaggebend ist,⁴⁸ so dass die Ablehnung einer Tatprovokation allein wegen einer zu geringen Stimulierung kaum „ruhigen Gewissens“ erfolgen kann. Diese Interpretation ist auch in der Sache angemessen, da Druck oder Täuschung die staatliche Herbeiführung einer Straftat nur noch problematischer machen würden. Fehlen Druck oder Täuschung, lässt dies das Grundproblem aber gerade nicht entfallen, das nicht erst in der Willensbeeinträchtigung des Provozierten, sondern schon in der staatlichen Unrechtsbegehung und in der eintretenden Anstiftung eines Bürgers liegt. Es muss erstaunen, dass die Strafbarkeit wegen Anstiftung den Bürger bei jedem kommunikativen Hervorrufen eines Tatentschlusses treffen soll,⁴⁹ der Staat seine Mitverantwortung aber nur bei erheblichen Einwirkungen zur Kenntnis nehmen will. Auch das BVerfG hat genau genommen nur die „Steuerung“ krimineller Aktivitäten gestattet, nicht indes die Anstiftung zu anderenfalls nicht begangenen Taten akzeptiert.⁵⁰

In jedem Fall ist die pauschale Vorstellung aufzugeben, nur bei direkten Einwirkungen auf Tatbeteiligte könne eine unzulässige Provokation vorliegen.⁵¹ Der Fall *Pyrgiotakis* zeigt, dass auch für Provokationen, die über Dritte vermittelt werden, die *nicht wissentlich* als V-Leute des Staates handeln und weitere Personen in die Tat verwickeln, die strengen Maßgaben des EGMR gelten. So wird auch die „mittelbare Tatprovokation“ dann anzuerkennen sein, wenn z.B. eine Person provoziert wird, die sodann Mittäter gewinnt und diese bei

der Tat mitwirken. Auch hier kann die staatliche Aktion Dritte in Schuld und Unrecht verstricken, ohne dass dies gegenüber diesen Dritten in einem Rechtsstaat noch zu rechtfertigen wäre. Darüber hinaus sollte der BGH mindestens beim Angebot eines konkreten, *gewinnbringenden* Drogengeschäfts eine hinreichende Einwirkung annehmen, denn den darin liegenden finanziellen Anreiz hat auch der EGMR bereits betont:⁵² Schon hierin kann eine – will man sie denn weiter fordern – qualifizierte Stimulierung gesehen werden.

3. Neue Rechtsfolgen des Verstoßes gegen Art. 6 EMRK

Wie schon vielfach in Kritiken der Entscheidung BGHSt 45, 321 ff. dargelegt wurde, ist eine Abkehr von der Strafzumessungslösung des BGH geboten.⁵³ Unbeschadet der Frage, ob auch sie auf die „Vollstreckungslösung“ umzustellen wäre,⁵⁴ sind die Aussagen des EGMR zur unzulässigen Beweisverwertung spätestens nach der Entscheidung der Großen Kammer des EGMR beim Wort zu nehmen. Dies ist dabei nicht nur im Wege eines „blinden Vollzuges“ der EGMR-Entscheidungen berechtigt, sondern auch in der Sache geboten:

Ein Verfahren kann nur fair sein, wenn es nicht als solches durch den Staat von vornherein desavouiert wird, indem es gar nicht mehr als selbständiger Prüfstein einer gerechten Strafe betrachtet, sondern als reines Aburteilungsinstrument eingesetzt wird.⁵⁵ Ein solches Verfahren kann nach einer unzulässigen Provokation aber gar nicht mehr geführt werden, weil die Tat in Art, Ausmaß und Beweis von Beginn an durch den Staat geplant ist. Dadurch trägt das in einem rechtswidrigen staatlichen Verhalten seinen Ursprung nehmende Verfahren den Charakter einer Farce, bei der das substantielle Ergebnis nicht offen ist, sondern vielmehr von Anfang im Konflikt mit dem Recht feststeht. Dieser kennzeichnende und singuläre Umstand verdeutlicht, weshalb hier auch ohne eine explizite Regelung des Gesetzgebers⁵⁶ bei den Rechtsfolgen eine harte Reaktion auch im Vergleich etwa mit § 136a StPO angemessen ist. Die Reaktion kann hier nicht in einer „heilenden Strafmilderung“ bestehen, denn diese ist als Ausgleich für eine Verletzung von Verfahrensrechten des Art. 6 EMRK stets verfehlt, da sie nicht dazu beiträgt, das Verfahren selbst fair sein zu lassen, das die Strafe überhaupt erst legitimieren müsste.⁵⁷ Eine Strafzumessungslösung findet zudem –

⁴⁶ Siehe neben BGHSt 45, 321, 338 f.; 47, 44, 47 vor allem BGH HRRS 2004 Nr. 827.

⁴⁷ Vgl. EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 67 und § 56 m.w.N.; EGMR, *Vanyan vs. Russland* (Fn. 25), § 49; EGMR, *Khudobin vs. Russland* (Fn. 25), §§ 134 f.; vgl. auch schon *Sommer* StraFo 2003, 363, 364.

⁴⁸ Vgl. nur m.w.N. EGMR, *Khudobin vs. Russland* (Fn. 25), §§ 129 ff.; EGMR HRRS 2008 Nr. 200, §§ 67, 56.

⁴⁹ Vgl. statt vieler m.w.N. *Fischer* (Fn. 3), § 26 Rn. 3 ff.

⁵⁰ Vgl. BVerfG NJE 1987, 1874, 1875 m.w.N.; vgl. auch BVerfGE 107, 339, 366 ff.; mehrdeutig BVerfG NJW 1995, 651 f.

⁵¹ So aber BGH HRRS 2004 Nr. 827; implizit auch BGHSt 45, 321, 333.

⁵² Vgl. mit Bezug auf die *Teixeira de Castro*-Entscheidung EGMR, *Khudobin vs. Russland* (Fn. 25), § 129: „tempted by the money“; vgl. auch die ZE *Miliniéné vs. Litauen* vom 26.4.2005, The LAW, 1.

⁵³ Dafür etwa auch schon *Esser* (Fn. 12), S. 170 ff., 177: eindeutig konventionswidrige Entscheidung; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114 ff.; *Kempf* StV 1999, 128, 130.

⁵⁴ Zu den „Vollstreckungslösungen“ vgl. BGH GS JZ 2008, 416 ff. m. Anm. Gaede; BGH NJW 2008, 307 ff.

⁵⁵ So etwa *Lagodny* NStZ 2007, 347, 348 im Anschluss an Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 31), S. 404 ff., 407.

⁵⁶ Zu den tradierten Gegenargumenten dieser Art, die aber der Singularität der staatlich geplanten Tat nicht gerecht werden, vgl. BGHSt 32, 345, 350 ff., 354 f.; 45, 321, 334; *Beulke* (Fn. 9), Rn. 288.

⁵⁷ Vgl. wie hier im Prinzipiellen schon BGH NJW 2008, 1090, 1093; *Sinner/Kreuzer* StV 2000, 114, 116; *Weigend* StV 2008,

wie bereits bemerkt – auch kein Pendant in der maßgeblichen Rechtsprechung des EGMR: Es macht die Tatprovokation für den Betroffenen zwar besonders einschneidend, wenn sie auch noch zu einer schweren Strafe führt. Deshalb stützt der EGMR Verurteilungen eines Staates auch auf diese Erwägung.⁵⁸ Es macht die wegen Art. 6 EMRK unzulässige Tatprovokation aber nicht im Nachhinein zulässig, wenn sie nur zu einer vergleichsweise milden Strafe führt.

Orientiert man sich an den unmittelbaren Ausführungen des EGMR, ist mindestens ein Beweisverwertungsverbot hinsichtlich der Beweise zu fordern, die aus der Provokation folgen.⁵⁹ Dies führt freilich tatsächlich zu einer – oft kritisch gegen diese Lösung eingewendeten – immensen und schwer abgrenzbaren Reichweite dieses Verbots,⁶⁰ weil die Provokation nahezu alle Beweise von Anfang an nicht nur mittelbar vorprogrammiert.⁶¹ Es wären Fortwirkungen etwa bezüglich des Geständnisses anzunehmen, zumal das Geständnis auch nach dem EGMR gerade keine veränderte Verfahrensrechtslage herbeiführen soll.⁶² Auch das Geständnis erscheint vorprogrammiert, mindestens solange keine Belehrung erfolgt, welche die weitreichenden Verwertungsverbote dem Provozierten umgehend illustriert. Die immense Reichweite bzw. die aufgeworfenen Fragen der Fortwirkung und der Fernwirkung liegen bei alledem schon in der das ganze Verfahren umfassenden Natur der Tatprovokation begründet. Sie erfasst das gesamte Geschehen und so auch umfassend die erstrebten Beweise, denn das ist ja das Programm, die innere Logik der staatlichen Überführungsprovokation!

Berechtigt ist sodann aber zu fragen, was ein Verfahren denn noch sollte, wenn es durch Beweisverwertungsverbote umfassend „torpediert“ wird. Gerade an diesem Punkt wird – freilich anders als vom BGH durchgeführt – maßgeblich, dass der EGMR die Art und Weise der Umsetzung seiner Anforderungen gerade nicht abschließend vorgibt. Wenn die Beweisverwertungsverbote nach der deutschen Prozessordnung gerade praktisch bedeuten, dass das Verfahren gar nicht mehr sinnvoll durchgeführt werden kann, dann ist dies mit einem Verfahrenshindernis umzusetzen, das nach nationalem Recht eine angemessene und auch für den EGMR qualitativ gleichwertige Lösung darstellt.⁶³ Dass

39, 44; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 31), S. 728 ff., 451 ff.; ders. JZ 2008, 422 f.

⁵⁸ So etwa in *Pyrgiotakis* EGMR HRRS 2008 Nr. 500, § 22. Vgl. aber auch EGMR, *Vanyan vs. Russland* (Fn. 25), § 41 f.: kein Verlust des Opferstatus nach Art. 34 EMRK wegen einer strafmildernd wirkenden Amnestie.

⁵⁹ So z.B. auch bereits *Kinzig* StV 1999, 288, 292; *Kühne* (Fn. 12), Rn. 537.

⁶⁰ Siehe die Kritik bei BGHSt 45, 321, 335; treffend dazu schon *Esser* (Fn. 12), S. 177.

⁶¹ Zur geradezu notwendig großen Reichweite vgl. auch *Fischer/Maul* NStZ 1992, 7, 12 f.; *Kinzig* StV 1999, 288, 292. Vgl. auch BGHSt 45, 321, 335: Beweisaufnahme über die Tat ist praktisch untersagt. Genau das aber bedeutet nach deutschem Recht ein Verfahrenshindernis!

⁶² Siehe EGMR HRRS 2008 Nr. 200, § 72.

⁶³ Für ein Verfahrenshindernis etwa schon *Esser* (Fn. 12), S. 177; *Kempf* StV 1999, 128, 130; *Sinner/Kreuzer* StV 2000,

der EGMR nicht ohne jeden Zweifel ein Verfahrenshindernis eingefordert hat, wofür aber Passagen seiner Rechtsprechung sehr wohl sprechen,⁶⁴ ist dabei kein Gegenargument, denn der EGMR denkt und erklärt sich gerade nicht in den Kategorien *eines einzelnen* Vertragsstaates der EMRK.

Gegen die prinzipielle Annahme eines Verfahrenshindernisses, das auch von Senaten des BGH bereits vertreten wurde,⁶⁵ spricht auch nicht ein offensichtlicher Verstoß gegen die Gerechtigkeit.⁶⁶ Ist es denn wirklich aus Gerechtigkeitsgründen zwingend geboten, eine staatlich produzierte Mitschuld zu bestrafen? Kein Argument räumt den Umstand aus, dass die Mitschuld des Provozierten eine künstliche ist, die im realen Zusammenleben so überhaupt nicht entstanden wäre. Das vermeintlich verfehlte Prinzip des „Alles oder Nichts“, das mit einem Verfahrenshindernis anerkannt wäre, ist in Wirklichkeit nur dem Unterschied zwischen dem realen Geschehen und dem staatlich produzierten Geschehen entlehnt: Ohne die staatliche Mitschuld gäbe es die konkrete Tat eben nicht halb, sondern gar nicht.

Aber selbst wenn man noch von Schuld reden kann, insbesondere dann, wenn der Staat den Betroffenen nur versuchen und nicht drängen musste, bleibt stets das Argument, dass das aus einem Unrecht geborene Verfahren hier keine legitimierende Kraft entfalten kann:⁶⁷ Nicht nur die materielle Schuld legitimiert die Strafe. Es gilt auch der Satz *nulla poena sine iudicio*, dem nicht mehr entsprochen werden kann, wenn das legitimierende Verfahren durch die staatliche Tat- und Verfahrensplanung nur ein Bestrafungsinstrument bzw. eine Farce darstellen kann. Extrembeispiele, dass der Staat etwa zu einem Mord anstiftet, sind dabei keine wirklich praktikablen Einwände. Denn wenn ein Staat zu solchen Mitteln greift, wäre eher an dessen jeweils handelnden Repräsentanten und – soweit sie eine solche Provokation tatsächlich legitimieren sollte – an seiner Rechtsordnung fundamental zu zweifeln, als dass der versuchte Wille des Einzelnen hier das vordringliche Problem der Gerechtigkeit darstellen würde.

4. Sorgfältige Aufklärung und Beweislast hinsichtlich der unzulässigen Tatprovokation

Der EGMR hat in der Entscheidung der Großen Kammer zum wiederholten Male betont, dass Art. 6 EMRK nicht nur zu beachten ist, wenn eine unzulässige Tatprovokation belegt ist. Vielmehr muss der Angeklagte seine Verteidigungsrechte effektiv einsetzen können, um eine Provokation belegen zu können. Der Staat trägt – wie der EGMR nun

114, 116 f.; *Kolb* HRLJ 2000, 348, 356; Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 31), S. 322, 407, 419 f., 424 f., 209 ff.

⁶⁴ Vgl. beispielgebend EGMR StV 1999, 127, 128 (§ 39).

⁶⁵ BGH NJW 1981, 1626 f.; BGH NStZ 1981, 70, 71: Verwirrung; m.w.N. dazu BGHSt 32, 345, 349.

⁶⁶ So aber BGHSt 45, 321, 333 f.

⁶⁷ Zur Sicht des fairen Verfahrens als Legitimationsgebot vgl. etwa *Marxen*, Straftatsystem und Strafprozess (1984), S. 309 ff., 345; *Renzikowski*, FS-Lampe (2003), S. 791, 800; näher zu Art. 6 EMRK Gaede, Fairness als Teilhabe (Fn. 31), S. 373 ff.; für eine legitimierende Sinngabe des Verfahrens im Anschluss daran auch *Eschelbach* HRRS 2008, 190, 198.

deutlicher hinzufügt – die „Beweislast“ dafür, dass keine Tatprovokation vorlag. Eine Rezeption dieser Rechtsprechung durch deutsche Gerichte steht bislang noch aus. Eine erklärte Rechtsprechung des BGH, im Verfahren besonders abzusichern, dass unzulässige staatliche Tatprovokationen auch belegt werden können, existiert nicht.⁶⁸ Dazu besteht aber vor allem dann Anlass, wenn der Angeklagte V-Leute als *Entlastungszeugen* zum Beleg einer Tatprovokation heranziehen möchte: Hier wird die deutsche Rechtsprechung ihren Umgang mit der Sperrung von Akten und Zeugen überdenken müssen.⁶⁹ Es geht insoweit nicht mehr „nur“ darum, die Aussage von *Belastungszeugen* effektiv angreifen zu können. Vielmehr wird hier ein ganz entscheidender Entlastungsvortrag besser als bisher zu ermöglichen oder im Fall seiner Verhinderung *im Verfahren selbst wirksam* zu kompensieren sein.⁷⁰

Diese Rechtsprechung dürfte in der Praxis sogar noch wichtiger sein als die Abkehr von der Strafzumessungslösung. Denn in der Regel dürfte der Verteidigungsvortrag einer Provokation regelmäßig schon daran scheitern, dass die unzulässige Provokation nicht zur Überzeugung des Gerichts belegt werden kann und damit im Verfahren keine Rolle mehr spielt. Die Behauptungen des Angeklagten genügen nicht für einen Beweis und die Akteure auf Seiten des Staates sind nicht selten von der Aussage in der Hauptverhandlung befreit. Hier greift nun ein, dass der EGMR mit seinen Ausführungen zur Beweislast letztlich eine der eher seltenen Fallgruppen geschaffen haben dürfte, in denen zur Absicherung verfahrensrechtlicher Maßstäbe das Prinzip *in dubio pro reo* auch für das Verfahrensrecht gilt. Im Allgemeinen wird die Geltung dieses Grundsatzes eher abgelehnt, wenngleich sich hier ein Wandel andeutet⁷¹ und seine Geltung zum Teil bereits angenommen wird, was insbesondere „Zwischenbereiche“ von materiellem und prozessuellem Recht wie die Verjährung betrifft.⁷² Die Tatprovokation, die ebenfalls für viele Autoren eher oder auch eine Frage des materiellen Rechts darstellt,⁷³ erfordert nach der Entscheidung der Großen Kammer des EGMR nun, dass eine nicht völlig unwahrscheinliche Behauptung („*defendant's allegations are not wholly improbable*“) zu einer unzulässigen Tatprovokation durch den Staat positiv widerlegt wird.⁷⁴ Es genügt also nicht mehr, dass der Angeklagte die Tat nicht belegen konnte. Bei unterbreiteten ernsthaften

Anhaltspunkten für eine nicht rein passive Ermittlung muss das Gericht ohne verbleibende ernsthafte Zweifel überzeugt sein, dass tatsächlich keine Provokation vorgelegen hat und dementsprechend verstärkte Aufklärungsanstrengungen dazu entfalten.

Besonders wesentlich ist damit, wann die Behauptung einer unzulässigen Tatprovokation lediglich eine „Schutzbehauptung“ darstellt, die völlig unwahrscheinlich ist und wann hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, welche die „Beweislast umkehren“. Der EGMR hat dazu noch keine abschließende Klärung herbeigeführt. Zum Teil hat er keine besonders hohen Maßstäbe an die Behauptung konkreter Anhaltspunkte für eine Provokation gestellt.⁷⁵ Diese Frage bedarf in Zukunft weiterer Klärung. Als grobe Leitlinie wird hier gelten können, dass Fallbesonderheiten vorliegen müssen, um eine derartige Maßstabsverschiebung zu bewirken. Eine irgendwie geartete routinierte Behauptung bei jedem V-Mann-Einsatz, der V-Mann habe die konkrete Tat vorgeschlagen, wird nicht genügen können, denn anderenfalls wäre dies nahezu gleichbedeutend mit der Aussage, dass V-Mann-Einsätze im Vorfeld einer Straftat doch stets ausgeschlossen sind, was auch der EGMR gerade nicht vertritt. Überdies wäre der Angeklagte zu pauschal begünstigt. Richtig wird aber auch sein, durchaus sehr verschiedene Umstände als besondere Fallumstände zuzulassen. So könnten z.B. Unregelmäßigkeiten im Vorgehen der V-Leute, wie Verstöße gegen Vorgaben der Polizei, Zweifel daran begründen, ob die V-Leute auch ihre Vorgaben hinsichtlich der unzulässigen Tatprovokation eingehalten haben. Hierunter wird auch Fehlverhalten gegenüber anderen Beschuldigten und in anderen Verfahren zu zählen sein. Ebenso können besondere Interessen beteiligter Personen Anhaltspunkte für eine Provokation begründen.⁷⁶ Schließlich könnten auch gehäufte und plausible Aussagen mehrerer Betroffener (Beschuldigter) im Einzelfall die besonderen Maßstäbe auslösen. Jedenfalls darf die Rechtsprechung die Anforderungen an die plausible Geltendmachung einer unzulässigen Tatprovokation nicht überspannen und damit diese Fallgruppe entgegen Buchstaben und Geist der jüngsten Entscheidungen des EGMR gleichsam austrocknen. Der Staat, der heikle verdeckte Ermittlungen bei der „Verbrechensbekämpfung“ einsetzt, muss bis zu einem gewissen Grad hinnehmen, dass sein selbst gewähltes Operieren in der Heimlichkeit unter Umständen auch Raum für Schutzbehauptungen schafft. Dies gilt umso mehr, als er es in der Hand hat, durch geeignete Auswahl und Lenkung der eingesetzten Personen die Grundlage für die Beweisführung zu legen, dass gerade keine unzulässige Tatprovokation vorliegt.

⁶⁸ In diese Richtung könnte aber z.B. BGH HRRS 2004 Nr. 827 verstanden werden.

⁶⁹ Siehe näher schon Sommer StraFo 2003, 363 f.; SK-StPO-Wohlers, 56. Lfg., § 96 Rn. 34 f.; Renzikowski, Die EMRK in Privat-, Straf- und öffentlichem Recht (2004), S. 97, 100; ausführlich Gaede StV 2006, 599, 603 ff.; tendenziell auch Meyer-Goßner (Fn. 9), Einl. Rn. 148a.

⁷⁰ Vgl. dazu zur Vermeidung von Wiederholungen schon m.w.N. SK-Wohlers (Fn. 70), § 96 Rn. 34 f., 48, 52 f.; Gaede StV 2006, 599, 603 ff.

⁷¹ Siehe m.w.N. Meyer-Goßner (Fn. 9), § 261 Rn. 34 und Beulke (Fn. 9), Rn. 273.

⁷² Vgl. statt vieler für die stRspr. BGHSt 18, 274, 275 ff.; Fischer (Rn. 3), Vor § 78 Rn. 3.

⁷³ Siehe Roxin JZ 2000, 369 f.; Fuchs ÖJZ 2001, 495, 497; Trechsel, Human Rights in Criminal Proceedings (2005), S. 113; vgl. auch Beulke (Fn. 9), Rn. 288: ausnahmsweise Schuldaußschließungsgrund.

⁷⁴ Siehe EGMR HRRS 2008 Nr. 70 mit §§ 60 f.

⁷⁵ Vgl. etwa die Sachverhalte in EGMR HRRS 2005 Nr. 1, §§ 12 ff., die wesentlich nur von Behauptungen des Angeklagten ausgehen.

⁷⁶ Zu möglichen Eigeninteressen der V-Leute im Einzelfall etwa m.w.N. Sinner/Kreuzer StV 2000, 114, 115, 117; Wohlers, FS-Trechsel, S. 813, 822, 828; siehe auch EGMR HRRS 2005 Nr. 1, § 18.

Unerlaubtes Handeltreiben – Anforderungen an die Strafbarkeit wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln

Anmerkung zu BGH 5 StR 242/07, Urteil v. 7.2.2008 = HRRS 2008 Nr. 220 sowie BGH 2 StR 535/07, Urteil v. 16.1.2008 = NStZ 2008, 284 f. = HRRS 2008 Nr. 271

Von Dr. Nicole Krumdielk, Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Bremen

I. Problemaufriss

Nach der Grundsatzentscheidung des Großen Senats des BGH¹ aus 2005, wonach ein großer Teil der problematischen Fälle des Handeltreibens seine Lösung eher an der Grenzlinie zwischen Beihilfe und (Mit-)Täterschaft als in der Differenzierung zwischen versuchtem und vollendetem Handeltreiben finde², wird der BGH regelmäßig mit der Frage angerufen, inwiefern Umgangsweisen mit Betäubungsmitteln der Beihilfe zum Handeltreiben zuzuordnen sind, bzw. ob ein (mit-)täterschaftliches Verhalten vorliegt.³

Vorliegend hatte der BGH darüber hinaus zu entscheiden, welche Qualität die Beihilfehandlung (§ 27 StGB) haben muss, um noch als vollendete und damit als strafbare Beihilfe bewertet zu werden bzw. ab wann eine versuchte und folglich straflose Unterstützungshandlung anzunehmen ist. Dabei kommen der 2.⁴ und 5.⁵ Senat des BGH in zwei kurz aufeinanderfolgenden Entscheidungen mit ähnlichen Fallkonstellationen erstaunlicherweise zu unterschiedlichen Ergebnissen.

¹ GSSt StV 2006, 19-23 = HRRS 2005 Nr. 871. Vgl. hierzu auch: Weber JR 2006, 139-146; Vahle Kriminalstatistik 2006, 10; Krumdielk/Wesemann StV 2006, 634-638.

² GSSt StV 2006, 19 (22).

³ Vgl. exemplarisch: BGH NStZ 2007, 338 f. = HRRS 2005 Nr. 337; mit Anm. Krumdielk, StRR 2007, 110 ff. sowie Anm.: Puppe JR 2007, 298-300; BGH NStZ-RR 2007, 246-248 = HRRS 2007, Nr. 474; BGH NStZ-RR 2007, 320 = HRRS 2007, Nr. 790; BGH NStZ-RR 2007, 321 = HRRS 2007, Nr. 783; BGH StRR 2007, 203 = HRRS 2007, Nr. 784; BGH NStZ 2008, 285 = HRRS 2008, Nr. 78; vgl. zu den Abgrenzungskriterien auch Krumdielk StRR 2007, 244-248 m.w.N.

⁴ BGH 2 StR 535/07 v. 16.1.2008 = NStZ 2008, 284 f.

⁵ BGH 5 StR 242/07 v. 07.02.2008.

II. Sachverhalt und Entscheidungsgründe BGH 2 StR 535/07 v. 16.1.2008 = HRRS 2008 Nr. 271

1. Sachverhalt

Nach den zugrundeliegenden Feststellungen organisierten die gesondert verfolgten M und C Herointransporte von Pakistan nach Spanien. Regelmäßig sandten sie hierfür Kurier von Pakistan nach Frankfurt, wo sie von einem von M und C beauftragten Hintermann (B) in Empfang genommen wurden, welcher das Rauschgift dann an sich nahm. Am Tag konnte ein Kontakt zu B jedoch nicht hergestellt werden, weshalb M den Angeklagten telefonisch bat, die sich bereits auf dem Weg befindlichen Kurier in Frankfurt am Flughafen in Empfang zu nehmen und den weiteren Kontakt zu B herzustellen. Der Angeklagte zeigte sich hiermit einverstanden, wobei er hierfür vereinbarungsgemäß kein Entgelt erhalten sollte. Nachdem sich der Angeklagte zum Flughafen begeben hatte, wartete er vergebens auf die Kurier, da diese direkt nach der Landung von der Polizei festgenommen worden waren. Darüber hinausgehende Unterstützungshandlungen innerhalb der Rauschgiftgeschäfte von C und M konnten dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden.

2. Entscheidungsgründe

Der BGH wertete die Handlung des Angeklagten in Abweichung zur Ansicht der Revision nicht als straflose versuchte Beihilfe, sondern vielmehr als vollendete Beihilfehandlung zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

Hierbei legte der 2. Senat die ständige Rechtsprechung des BGH⁶ zugrunde, wonach die Strafbarkeit wegen Beihilfe gem. § 27 StGB gerade nicht voraussetze, dass sich die auf Unterstützung des Haupttäters gerichtete Handlung des Gehilfen kausal auf die Begehung der Haupttat im Sinne der Bedingungstheorie auswirke. Ausreichend danach sei vielmehr, dass die Beihilfehandlung die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtere oder fördere.⁷

Die Unterstützungshandlung sah der BGH deshalb vorliegend auch nicht in der Fahrt zum Flughafen, da diese Tätigkeit aufgrund der Festnahme der Kuriere nicht als taugliche Tatförderung in Betracht käme. Jedoch sei die Förderungshandlung des Angeklagten bereits in der telefonischen Zusage, die Kuriere in Empfang zu nehmen und den Kontakt zu B herzustellen, zu sehen. Hierdurch sei dem M erspart geblieben, weitere Vorkehrungen zu treffen, um so zu garantieren, dass ein Kontakt zwischen den Kurieren und B hergestellt werden würde. Dem stehe nach Auffassung des BGH auch nicht entgegen, dass sich die Kuriere im Moment der Zusage durch den Angeklagten, bereits auf dem Weg nach Frankfurt befanden, da das Unternehmensdelikt des Handeltreibens zu diesem Zeitpunkt zwar schon vollendet, aber gerade noch nicht beendet gewesen sei. Der vollendeten Förderungshandlung sei dabei weiterhin nicht entgegenzuhalten, dass auch die Einschaltung anderer Personen die Festnahme der Kuriere bei deren Ankunft nicht habe verhindern und daher den geplanten Taterfolg nicht habe herbeiführen können.⁸

III. Sachverhalt und Entscheidungsgründe BGH 5 StR 242/07 v. 7.2.2008 = HRRS 2008 Nr. 220

Dieser Entscheidung steht nun das zeitlich nachfolgende Urteil des 5. Senats gegenüber:

1. Sachverhalt

Aus den vom Landgericht getroffenen Feststellungen ergibt sich folgender Sachverhalt:

Der im Libanon lebende A lieferte über acht Kilogramm Kokain an den früheren Mitangeklagten M. Dieses Kokain wurde auf dem Weg von A zu M in Antwerpen beschlagnahmt und M wurde festgenommen. Das BKA setzte einen verdeckten Ermittler (VE) ein, welcher über die Emailadresse des M Kontakt zu A aufnahm und diesem mitteilte, dass das Kokain fast vollständig für 150.000 Euro verkauft worden sei. Der Verkaufserlös sollte zu A in den Libanon verbracht werden. A wusste dabei weder von der Beschlagnahme des Kokains, noch von der Festnahme des M.

Für diese Übergabe beauftragte der A den Angeklagten, sich mit dem VE in Verbindung zu setzen, um die Geld-

übergabe vorzunehmen. Der Angeklagte sollte hierfür 4 % des Verkaufserlöses erhalten. Nachdem der Angeklagte und der VE nach mehreren Telefonaten einen Übergabetermin vereinbart hatten, beauftragte der Angeklagte seinerseits den gesondert verfolgten E, der ihn zum Übergabepunkt begleiten sollte, um das Geld anschließend in den Libanon zu verbringen. Hierfür sollte E die Hälfte der dem Angeklagten versprochenen 4 % Provision erhalten. Der VE erschien zu vereinbarten Übergabeort nicht, sondern teilte dem Angeklagten mit, dass seine Kontaktperson nicht mit dem Verkaufserlös erschienen sei. Nach mehreren Telefonaten verließen der Angeklagte und der E den vereinbarten Treffpunkt.

Das LG⁹ verurteilte den Angeklagten wegen vollendeten Handeltreibens, wobei es die Tathandlung als sukzessive Mittäterschaft wertete.

2. Entscheidungsgründe

Der 5. Senat bewertet die Handlung des Angeklagten mit Rückgriffnahme auf die Grundsatzentscheidung des BGH¹⁰ richtigerweise nicht als mittäterschaftliches Handeltreiben, da der Angeklagte vielmehr „nur“ als Kurier tätig gewesen, und der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäftes damit nur eine untergeordnete Bedeutung beizumessen sei.¹¹ Weiterhin sei in der Tätigkeit des Angeklagten auch keine vollendete Beihilfehandlung zu sehen, sondern vielmehr eine versuchte und damit straflose Beihilfe.

Nach Auffassung des BGH bestimmt sich die Vollendung der Gehilfenfähigkeit nicht nach der Vollendung der Haupttat, vielmehr sei für jeden Teilnehmer gesondert zu prüfen, ob der Tatbeitrag vollendet gewesen sei. Untaugliche und erfolglose Bemühungen seien danach nicht als vollendete Beihilfehandlungen zu bewerten, gleiches gelte für solche Gehilfenfähigkeiten, denen jegliche Eignung zur Förderung der Haupttat fehle oder die erkennbar nutzlos für das Gelingen der Tat seien. Um solche untauglichen und damit straflosen Beihilfehandlungen habe es sich bei der gewollten Verbringung des Erlöses gehandelt, da hier Verkaufserlöse wegen der Sicherstellung des Kokains nicht mehr hätten erzielt werden können. Die Handlungen des Angeklagten mussten von vornherein für den gewollten Zweck der Förderung eines unerlaubten Betäubungsmittelhandels ins Leere gehen.¹²

Weiterhin sei in der Handlung des Angeklagten auch keine psychische Beihilfe zu sehen. Nach Auffassung des 5. Senats verbiete es sich vielmehr, die Zusage jedes im Ergebnis nutzlosen Gehilfenbeitrags, der auf eine Förderung der Tatausführung abzielt, stets in eine psychische Beihilfe umzudeuten. Eine solche Auslegung würde die Werteentscheidung des Gesetzgebers unterlaufen, welcher die versuchte Beihilfehandlung bewusst straflos gestellt habe, um so die erfolglose Beihilfehandlung aus

⁶ Vgl. die Nachweise in BGH NStZ 2008, 284.

⁷ Zu den abweichenden Stimmen in der Literatur vgl. die Nachweise: bei BGH NStZ 2008, 284.

⁸ BGH NStZ 2008, 284 f.

⁹ LG Hamburg, Urteil v. 10.10.2006, Akz.: 6101 Js 356/05 – 619 Kls 3 /06.

¹⁰ BGH NStZ 2007, 338 f.

¹¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 1, 3.

¹² BGH 5 StR 242/07, Nr. 12 ff. der Urteilsgründe.

der als unerträglich bewerteten Ausweitung strafrechtlicher Verfolgung herauszunehmen.¹³

Zudem scheiterte in den vorliegenden Fallkonstellationen die Annahme der psychischen Beihilfe bereits daran, dass der Gehilfenbeitrag sich hier regelmäßig auf die Förderung der Haupttat und nicht auf die Psyche des Täters beziehe, und damit die Tat physisch unterstützt werden soll. Die hiermit einhergehende Billigung der Haupttat reiche danach nicht. Erforderlich sei vielmehr, dass die psychische Beihilfe die Tathandlung objektiv fördere oder erleichtere, und der Gehilfe sich dessen bewusst sei. Beides wurde vom 5. Senat vorliegend verneint. Deutlich betont der 5. Senat dann weiter, dass der alleinige Umstand, dass eine weitere Suche nach einem für erforderlich gehaltenen Gehilfen nicht unternommen werden musste, gerade nicht ausreiche.¹⁴

Die danach vorliegende Strafflosigkeit der versuchten Beihilfe zum Handeltreiben führe nach Ansicht des BGH aber nicht zwingend zum Freispruch, da eine Strafbarkeit wegen versuchter Geldwäsche gem. § 261 Abs. 3, § 23, Abs. 1 StGB in Betracht zu ziehen sei. Aus diesem Grund hat der BGH das Urteil aufgehoben und an das LG zurückverwiesen.

III. Gegenüberstellung der Entscheidungen - Bewertung und Konsequenzen

1. Anwendungen der Grundsätze aus BGH 5 StR 242/07 auf BGH 2 StR 535/07

Während die Entscheidung des 5. Strafsenats grundsätzlich als positiv bewertet werden muss, erscheinen die Begründungsversuche des 2. Senats als frag- und vor allem als kritikwürdig. Jedenfalls kann das Urteil des 2. Senats unter den vom 5. Senat aufgestellten Grundsätzen kaum Bestand haben.

Zuzustimmen ist dem 2. Senat zunächst noch dahingehend, dass, soweit es die Tat der eingereisten Kuriere betrifft, eine gem. § 27 StGB geeignete Förderungshandlung durch den Angeklagten ausscheide, denn ihr Tatbeitrag wurde durch eine Handlung des Angeklagten nicht beeinflusst, verstärkt oder unterstützt.¹⁵

Sofern der 2. Senat im Weiteren dann auf die erfolgte Zusage des Angeklagten abstellt, scheint er auf die Grundsätze der psychischen Beihilfehandlung Rückgriff zu nehmen, obwohl eine explizite Unterscheidung bzw. Nennung der psychischen und physischen Förderung gerade nicht erfolgt, was bereits seltsam anmutet. Jedoch kann die Handlung des Angeklagten nach den vom 5. Senat dargelegten Bewertungsmaßstäben dabei ferner nicht als taugliche psychische Beihilfehandlung gewertet werden. So ist hier zu festzustellen, dass der Angeklagte mit der Zusage, die Kuriere am Flughafen in Empfang zu

nehmen, nicht die Psyche des Hintermannes stärken wollte, sondern vielmehr die Haupttat physisch zu unterstützen gedachte. Die hierdurch gleichzeitig eintretende Billigung der Haupttat ist dabei nicht ausreichend. Die Tatsache, dass die geplante körperliche Unterstützungshandlung letztendlich erfolglos geblieben ist, berechtigt dann jedoch eben nicht dazu, aus der untauglichen physischen Beihilfehandlung eine erfolgreiche psychische Förderungshandlung zu machen. Wie der 5. Senat explizit betont hat, steht diese Vorgehensweise im Widerspruch zur Werteentscheidung des Gesetzgebers, der die versuchte Beihilfe bewusst nicht sanktioniert sehen wollte. Denn auch im Betäubungsmittelrecht gelten die allgemein zu § 27 StGB aufgestellten Grundsätze, so dass eine diesbezügliche Modifikation im Rahmen der Betäubungsmittelkriminalität zu unterbleiben hat.¹⁶

Vorliegend kann dabei auch weder davon ausgegangen werden, dass durch die Zusage des Angeklagten die Psyche des Hintermannes bestärkt wurde, noch, dass dem Angeklagten eine solche etwaige Wirkung bewusst gewesen sein könnte. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Tatsache, dass der Hintermann auf den Ablauf des Geschäftes insofern keinen Einfluss mehr hatte, als die Kuriere bereits auf dem Weg waren, was den Hintermännern bekannt war. Grundsätzlich muss sich hier dabei die Frage aufdrängen, inwiefern die Psyche eines Hintermannes überhaupt noch verstärkt werden kann, wenn dieser hinsichtlich der geplanten Verhaftungen tatsächlich gar keinen Einfluss auf den Ablauf des Rauschgiftgeschäftes hat und ihm auch nach seiner Vorstellung nur sehr begrenzt Einflussmöglichkeiten auf die bereits vollendete Tat zur Verfügung stehen.

Diesbezüglich ist weiterhin unklar, inwiefern die Zusage des Angeklagten dem Hintermann ein erhöhtes Gefühl der Sicherheit vermittelt haben könnte. Der 2. Senat führt hierzu aus, dass der Hintermann bei Absage des Angeklagten weitere Bemühungen hätte unternehmen müssen, um die Weiterleitung des Rauschgiftes sicherzustellen. Solche Bemühungen - um andere für geeignet gehaltene Personen - genügen nach den Ausführungen des 5. Senats für sich allein eben noch nicht.

Sofern der 2. Senat dann in der weiteren Begründung angibt, dass der Hintermann zur Weiterleitung des Rauschgiftes entweder andere bereits eingeweihte Personen hätte ansprechen oder bislang nicht eingeweihte Personen in die Tat hätte einbeziehen oder Maßnahmen gegenüber Dritten (etwa Übermittlung von Nachrichten über die Fluggesellschaft) hätte einleiten müssen, womit sich das Entdeckungsrisiko erhöht hätte, so ist dies wenig überzeugend. Fraglich ist hier zunächst, inwiefern es zulässig ist, Urteilsbegründungen auf potentielle Alternativerhaltensweisen und damit schlichte Mutmaßungen zu stützen. Darüber hinausgehend ist der Hintermann

¹³ BGH 5 StR 242/07, Nr. 15 ff. der Urteilsgründe.

¹⁴ BGH 5 StR 242/07, Nr. 16 f. der Urteilsgründe.

¹⁵ BGH NStZ 2008, 284.

¹⁶ BGH 5 StR 242/07, Nr. 18 der Urteilsgründe. Ob dies hingegen auch dem 2. Senat so deutlich bewusst war ist zweifelhaft, wenn dort zu lesen ist: „Der vorliegende Fall gibt dem Senat keinen Anlass, die ständige Rechtsprechung [zu § 27 StGB] in Frage zu stellen. Dies gilt auch im Hinblick auf die Besonderheiten, welche durch den weiten Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und die Vorverlagerung der Tatbestandsvollendung begründet sind.“

bereits durch die Einschaltung des Angeklagten ein gewisses Risiko eingegangen, welches sich nicht erhöht hätte, wenn er statt des Angeklagten, eine weitere, ihm als geeignet erscheinende Person einbezogen hätte.

Damit bleibt festzuhalten, dass nach den Anforderungen, die der 5. Senat an das Vorliegen einer psychischen Beihilfe stellt, die Handlung des Angeklagten auch vom 2. Senat als straflose versuchte Beihilfehandlung hätte gewertet werden müssen. Auf den exakten Zeitpunkt der Sicherstellung abzustellen, mit dem Ergebnis, je nach Zeitpunkt der Zusage eine unterschiedliche Betrachtungsweise anzulegen macht dabei wenig Sinn. Die Zusage ist nicht mehr oder weniger der Haupttat förderlich, wenn die Sicherstellung der BtM zwar zum Zeitpunkt der Zusage noch nicht erfolgt ist, aber bereits soweit konkretisiert und geplant ist, dass sie - wie vorliegend - ohne Einflussmöglichkeiten des Gehilfen kurze Zeit später eintritt.¹⁷

2. Bewertung der Entscheidung: BGH 5 StR 242/07

Bevor nun die Frage aufgeworfen wird, inwiefern die unterschiedlichen Rechtsprechungstendenzen der zwei Senate einen Vorlagebeschluss gem. § 132 GVG erforderlich gemacht hätten, soll kurz noch auf die Entscheidung des 5. Senats eingegangen werden.

Grundsätzlich ist positiv zu bewerten, dass der 5. Senat an den vom BGH¹⁸ aufgestellten Kriterien zur Abgrenzung Beihilfe / (Mit-)Täterschaft festhält. So hat der BGH die Handlungen des Angeklagten nicht bereits deshalb als Mittäterschaft gewertet, da dieser hinsichtlich der eigenverantwortlichen Kommunikation mit dem VE bezüglich der Übergabe sowie der selbständigen Beauftragung des E durchaus eine gewisse Organisationsmacht innehatte. Vielmehr hat er in der zu fordernden Einzelfallentscheidung festgestellt, dass es nicht so sehr darauf ankomme, welches Maß an Selbstständigkeit und Tatherrschaft vorliegend gegeben sei, sondern stattdessen darauf ankomme, welche Bedeutung der Handlung im Rahmen des Gesamtgeschäftes – und dazu zähle eben nicht nur das Erlösgeschäft – zukomme.¹⁹ Auch die Provision, die der Angeklagte für seine Tätigkeit erhalten sollte, hat der BGH entsprechend richtig eingeordnet.²⁰

Darüber hinausgehend ist dieses Urteil weiterhin als positiv zu werten, da es bezüglich der zu fordernden Voraussetzungen an eine taugliche Gehilfenhandlung durchaus klarstellende Funktion einnimmt.²¹ Diesbezüglich bleibt jedoch insofern Kritik zu äußern, als der BGH die Chance verpasst hat, hinsichtlich der Konkretisierung in diesem unübersichtlichen Rechtsgebiet noch einen Schritt weiter zu gehen. So hat der 5. Senat offen gelas-

sen, ob eine erfolgte Sicherstellung der Betäubungsmittel die Beendigung der Haupttat nach sich zieht.²² Sofern hiervon auszugehen wäre, käme nach diesem Zeitpunkt eine Beteiligung bereits mangels teilnahmefähiger Haupttat nicht mehr in Betracht.²³ Nach Auffassung des 5. Senats spreche für eine solche Annahme dabei die Tatsache, dass der Waren- und Geldfluss zu diesem Zeitpunkt immerhin zur Ruhe gekommen sei, da aus dem sichergestellten Rauschgift keine Erlöse mehr erzielt werden können.²⁴ Folglich bleibt abzuwarten, wie sich die anderen Senate des BGH künftig zu dieser Frage positionieren.

3. Anfrage gem. § 132 GVG

Sowohl die beiden aufgezeigten, eher als konträr zu bezeichnen Entscheidungen, als auch die weiter zurückliegende Rechtsprechung²⁵, gestaltet sich in den genannten Fallkonstellationen eher als uneinheitlich. Sofern es sich hierbei um entgegenstehende Rechtsprechung vor der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen zum unerlaubten Handeltreiben handelt, vertritt der 5. Senat die Auffassung, dass ihn eine möglicherweise entgegenstehende Rechtsprechung vor diesem Zeitpunkt nicht an seiner jetzigen Entscheidung hindere, da nach dieser Entscheidung eine Neuorientierung im Grenzbereich Mittäterschaft und Beihilfe stattgefunden habe.²⁶

Wo jedoch die vom 5. Senat weitergehend aufgezeigten Unterschiede zu den beiden vorangegangenen Entscheidungen²⁷ liegen, ist nicht ganz nachvollziehbar. In beiden Fällen war das Rauschgift ebenfalls im Vorfeld sichergestellt worden, so dass auch hier nicht von einer tauglichen, die Haupttat fördernden, vollendeten physischen Beihilfehandlung die Rede sein kann. Und nach den oben aufgeführten Grundsätzen zur psychischen Beihilfe, müsste eine solche Anwendung wohl ebenfalls entfallen.²⁸ Erstaunlicherweise ist eine Abgrenzung zu dem hier besprochenen und ca. drei Wochen zuvor ergangenen Urteil des 2. Senats nicht erfolgt.

Insgesamt hätte sowohl dieses Urteils, als auch die Entscheidungen aus 1995 und 1994²⁹ eine Vorlagepflicht des 5. Senates begründet.³⁰ Denn worin der Unterschied zu sehen ist, ob die Festnahme der Kuriere bzw. die Sicherstellung des BtM bereits erfolgt ist, oder aber unmittelbar bevorsteht, ist nicht erkennbar. An der mangelnden Eignung zur Förderung der Haupttat kann dies jedenfalls nichts ändern, da die Aktivitäten der Gehilfen in beiden Fällen ins Leere gehen.

¹⁷ Anders hingegen: *Winkler*, jurisPR-StrafR 10/2008, Anmerkung 3.

¹⁸ BGH NStZ 2007, 338 f.; mit Anm. *Krumdiek*, StRR 2007, 110 ff. sowie Anm. *Puppe*, JR 2007, 298 – 300.

¹⁹ BGH 5 StR 242/07, Nr. 9 f. der Urteilsgründe; so auch BGH NStZ 2008, 285.

²⁰ Vgl. hierzu BGH 1 StR 159/07 v. 25.4.2007.

²¹ So auch *Bede*, StRR 2008, 192, 193.

²² BGH 5 StR 242/07, Nr. 12 der Urteilsgründe.

²³ BGH NStZ 2007, 35, 36.

²⁴ BGH 5 StR 242/07, Nr. 12 der Urteilsgründe.

²⁵ Vgl. BGH StV 1995, 524; mit Anm.: *Harzer StV* 1996, 336 – 343 sowie Anm. *Krack JuS* 1995, 585 – 589; BGH NStZ-RR 1996, 374.

²⁶ BGH 5 StR 242/07, Nr. 20 der Urteilsgründe.

²⁷ Vgl. Hinweise in Fn. 25.

²⁸ Jedoch hat der 5. Senat die Entscheidung BGH StV 1995, 524, in welcher das Transportieren eines nach Sicherstellung des Heroins leeren Päckchens, als vollendete Beihilfe bewertet wurde, zu Recht kritisiert, vgl.: BGH 5 StR 242/07, Nr. 20 der Urteilsgründe.

²⁹ Vgl. Hinweise in Fn. 25.

³⁰ So auch: *Winkler*, jurisPR-StrafR 10/2008, Anmerkung 3.

V. Ergebnis

Es bleibt zu hoffen, dass sich der Große Senat im Falle eines notwendigen Vorlagebeschlusses gem. § 132 GVG der begrüßenswerten Linie des 5. Strafsenats anschließt, um so der bisherigen und eher als konturlos³¹ zu bezeichnenden Praxis der Einzelfallentscheidung zum Begriff „Handeltreiben“ die dringend benötigte und verfassungsrechtlich erforderliche Bestimmtheit³² zu verleihen. Dabei wäre es wünschenswert, wenn der Große Senat zudem auch die Frage hinsichtlich der Beendigung der Tat nach Sicherstellung der BtM im Sinne der Äußerungen des 5. Senats entscheiden würde, um so weitere Rechtssicherheit einkehren zu lassen.

Zudem kann nur so der bereits eingangs erwähnten Tatsache Rechnung getragen werden, dass die niedrige Vollendungsschwelle beim Handeltreiben dazu führt, dass

³¹ Bede, StRR 2008, 192, 193.

³² Vgl. hierzu *Krumdiek/Wesemann* StV 2006, 634 ff.; *Gaede* HRRS 2004, 166, 168 ff.

für die Annahme eines Versuchs und dementsprechenden Rücktritt nur wenig Raum bleibt, so dass trotz der Grenzziehung im Bereich der Beihilfe und (Mit-)Täterschaft, die Anwendung der Definition des „Handeltreibens“ nach wie vor als uferlos zu bezeichnen ist. Die Forderung des Großen Senats³³, problematische Fälle nicht mit Hilfe der Versuchregeln, sondern unter Zugrundelegung der Beihilferegeln einer Strafraumverschiebung zukommen zu lassen, darf zudem nicht dadurch umgangen werden, dass die allgemeinen Grundsätze der §§ 25, 27 StGB dergestalt modifiziert werden, dass u.a. nicht vorgesehene Vorverlagerungen mit dem Ziel stattfinden, eine im Betäubungsmittelrecht für wünschenswert erachtete Strafbarkeit künstlich zu konstruieren. Die Folgen einer solchen Praxis wurden bereits bei der Aufweichung der Versuchsregelungen für den Begriff des „Handeltreibens“ deutlich.³⁴

³³ GSSt StV 2006, 19 (22).

³⁴ GSSt StV 2006, 19 (22), zur Kritik hieran vgl. *Krumdiek/Wesemann* StV 2006, 634 – 638, m.w.N.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

Übersetzung der Entscheidung EGMR HRRS 2008 Nr. 500 (Pyrgiotakis v. Griechenland)

500. EGMR Nr. 15100/06 (1. Kammer) – Urteil vom 21. Februar 2008

Recht auf ein faires Strafverfahren (unzulässige Tatprovokation; mittelbare Tatprovokation; agent provocateur; V-Mann; V-Leute; Einsatz Verdeckter Ermittler; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung; Beweisrecht); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 EMRK; § 110a StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Wollen die Ermittlungsbehörden gegen einen bereits konkret Tatverdächtigen mit einem fingierten Angebot zur Begehung einer Straftat vorgehen, um ihn zu überführen, dürfen sie eine nicht tatverdächtige Person nicht als Mittelsmann einbeziehen, welche die Tat ohne die Aktion der Ermittlungsbehörden nicht begangen hätte.

2. Die Verwertung eines Beweismittels, das durch eine rechtswidrige Tatprovokation erlangt worden ist, ist in einem fairen Strafverfahren auszuschließen. Auch die

Funktionstüchtigkeit der Rechtspflege kann ihre Verwertung in einem fairen Strafverfahren nicht rechtfertigen.

3. Eine mit Art. 6 EMRK unvereinbare Tatprovokation kann schon dann angenommen werden, wenn das Einschreiten der Beamten möglicherweise die Straftat provoziert hat und nichts dafür spricht, dass sie ohne deren Einwirkung begangen worden wäre.

4. Das Recht auf ein faires Verfahren gilt für alle Arten von Straftaten einschließlich Straftaten, die der organisierten Kriminalität zuzurechnen sind. Das Recht auf ein faires Strafverfahren darf auch bei diesen Taten nicht der Zweckmäßigkeit geopfert werden.

SACHVERHALT

„5. Der Beschwerdeführer ist 1947 geboren. Er ist gegenwärtig in der psychiatrischen Klinik des Gefängnisses von Korydallos (Piräus) inhaftiert.“

A Das Strafverfahren gegen den Beschwerdeführer

6. Am 6. Juni 2003 verurteilte das Geschworenengericht von Chania den Beschwerdeführer wegen seiner Verwicklung in einen Drogenschmuggel zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren und eine Geldstrafe von 15.000 Euro. Ihm war insbesondere vorgeworfen worden, als Vermittler zwischen einem Polizeibeamten, der als Ankäufer auftrat, und einem Schmuggler, P., tätig geworden zu sein, der ebenfalls vor dem Gericht angeklagt war. Das Gericht stellte den Sachverhalt fest und stützte sich dabei vor allem auf die Zeugenaussagen der Polizeibeamten, die an der Maßnahme teilgenommen hatten, darunter auch des Beamten, der als vorgeblicher Käufer aufgetreten war. Dieser erklärte unter anderem, dass die Polizei Wind davon bekommen habe, dass P. als Drogenschmuggler tätig war, und dass er sich ihm - dem P. - gegenüber als angeblicher Käufer vorgestellt hatte. Er habe den Beschwerdeführer zuvor nicht gekannt und habe vor der Operation auch nichts von ihm gehört.

7. Nach den Feststellungen des Gerichts wies der Beschwerdeführer den genannten Polizeibeamten telefonisch an, auf ihn an einem bestimmten Ort zu warten; dort angekommen fand der Beamte den Beschwerdeführer und den P. an Bord eines Fahrzeugs. Er folgte ihnen bis zum Ort der Abwicklung des Geschäfts. Dort wechselte der Beschwerdeführer einige Worte mit P. und verschwand (Entscheidung 243/2003). Der Beschwerdeführer, der während der gesamten Dauer des Prozesses darauf beharrte, dass er die Art des Geschäfts nicht gekannt und lediglich der T. einen Gefallen habe tun wollen, einer Bekannten, die ihn gebeten habe, den angeblichen Käufer und den P. bekannt zu machen, was von T. vor dem Gericht bestätigt wurde, legte Rechtsmittel gegen diese Entscheidung ein.

8. Am 24. März 2005 bestätigte das Appellationsgericht von Kreta aus denselben Gründen den Schuldspruch sowie die Freiheitsstrafe, die in der ersten Instanz gegen den Beschwerdeführer verhängt worden waren, reduzierte aber die Geldstrafe auf 7000 Euro (Entscheidung Nr. 64/2005).

9. Am 3. Juni 2005 legte der Beschwerdeführer hiergegen Rechtsmittel ein. Unter Berufung auf Art. 6 Abs. 1 der EMRK rügte er unter anderem eine Verletzung des Prinzips des fairen Verfahrens. Seiner Ansicht nach beruhte seine Verurteilung alleine auf dem Verhalten eines der an der Sache beteiligten Polizeibeamten, der als „agent provocateur“ gehandelt habe. Wenn der Beamte nicht darum gebeten hätte, mit P. in Kontakt gebracht zu werden, wäre die ihm – dem Beschwerdeführer – vorgeworfene Straftat niemals begangen worden.

10. Am 21. Dezember 2005 wies das Kassationsgericht das Rechtsmittel zurück. Es vertrat die Ansicht, dass die angegriffene Entscheidung vollständig begründet sei und dass das Argument, wonach ein Polizeibeamter als „agent provocateur“ aufgetreten sei, sich von dem vom Appellationsgericht festgestellten Sachverhalt entferne. Das Obergericht fügte hinzu, selbst wenn der Beamte als „agent provocateur“ gehandelt habe, so habe sein Verhalten jedoch nicht die Grenzen der Tätigkeit eines V-Manns überschritten (Entscheidung 2496/2005).

B. Der auf die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Aufschiebung seiner Strafe gerichtete Antrag des Beschwerdeführers

11. Am 2. Juni 2006 verlangte der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme seines Strafverfahrens, ein außerordentlicher Rechtsbehelf, der ausschließlich in den Ausnahmefällen offen steht, die in Art. 525 der Strafprozessordnung aufgezählt sind. Er vertrat die Auffassung, dass nach Rechtskraft seiner Verurteilung neue Tatsachen bekannt geworden seien, die seine Unschuld bewiesen. Insoweit verwies er darauf, dass er gegen die Polizeibeamten und andere Personen, die in seinen Fall verwickelt seien, Klage erhoben sowie den Gerichtshof mit der vorliegenden Beschwerde angerufen habe. Über dieses außerordentliche Rechtsmittel ist noch nicht entschieden.

12. Außerdem muss die mit einem solchen Antrag befasste Justizbehörde gemäß Art. 529 desselben Gesetzes eine Entscheidung darüber treffen, ob es tunlich erscheint, die Vollstreckung der gegen den Antragsteller ausgesprochenen Strafe auszusetzen. Am 13. September 2006 lehnte es die beratende Kammer des Kassationshofs jedoch ab, die Vollstreckung der gegen den Beschwerdeführer verhängten Strafe auszusetzen, da sein Rechtsmittel haltlos sei und die aufgeführten Tatsachen keine Umstände darstellten, die geeignet seien, eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu rechtfertigen (Entscheidung 1684/06).“

[...]

Rechtliche Würdigung

I. Zur geltend gemachten Verletzung des Art. 6 Abs. 1 EMRK

„13. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass sein Strafprozess nicht fair gewesen sei, insbesondere im Hinblick darauf, dass seine Verurteilung ihren einzigen Grund in dem Verhalten eines Polizeibeamten in dem Verfahren finde, der als „agent provocateur“ gehandelt habe. Er beruft sich insoweit auf Art. 6 Abs. 1 der Konvention, der wie folgt lautet:

Jede Person hat ein Recht darauf, dass über [...] eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem [...] Gericht in einem fairen Verfahren [...] verhandelt wird.

A Zur Zulässigkeit

14. Der Gerichtshof stellt fest, dass dieser Klagegrund nicht im Sinne des Art. 35 Abs. 1 der Konvention offensichtlich unbegründet ist. Der Gerichtshof erkennt im Übrigen keinen anderen Unzulässigkeitsgrund. Es ist daher angemessen, ihn für zulässig zu erklären.

B Zur Begründetheit

15. Die Regierung erinnert daran, dass die Erhebung der Beweise in erster Linie eine Frage des innerstaatlichen Rechts ist und dass grundsätzlich den nationalen Gerichten die Aufgabe zukommt, diejenigen Beweise zu würdigen, die sie erhoben haben, und die Bedeutung derjeni-

gen Beweise einzuschätzen, deren Erhebung der Beschuldigte verlangt. Im vorliegenden Fall sind alle Beweismittel in einer öffentlichen Hauptverhandlung vor dem Beschwerdeführer erhoben und einer Diskussion unterzogen worden, und der Beschwerdeführer hat angemessene und genügende Gelegenheit erhalten, sie in Zweifel zu ziehen.

16. Weiter ist die Regierung der Auffassung, dass die in die Ermittlungen eingebundenen Polizeibeamten nicht als „provocateurs“ qualifiziert werden können. Unter Berufung auf verschiedene Aktenbestandteile vertritt sie die Auffassung, dass der Beschwerdeführer nicht gewusst habe, dass er es mit Polizeibeamten zu tun hatte und dass er vor dem Tag, an dem die Straftat begangen wurde, keinen Kontakt mit ihnen aufgenommen hatte; daher sei es nicht möglich, dass das Verhalten der Beamten die kriminelle Aktivität des Beschwerdeführers verursacht habe. Aus einer Gesamtbetrachtung des Verfahrens schließt die Regierung, dass dem Beschwerdeführer ein fairer Prozess gemacht worden sei.

17. Der Beschwerdeführer stützt sich auf andere Aktenbestandteile, um deutlich zu machen, dass er von Anfang an keinen Zweifel gehabt habe, dass er es mit Polizeibeamten zu tun hatte, und dass er akzeptiert habe, ihnen zu helfen, ohne weitere Informationen zu verlangen. Er unterstreicht, dass seine einzige Verwicklung in die Angelegenheit darin bestehe, die Polizei zu P. zu führen, und empört sich darüber, dass er sich gegenwärtig aus diesem Grunde in Haft befindet.

18. Der Gerichtshof erinnert daran, dass er gemäß Art. 19 der Konvention die Aufgabe hat, die Einhaltung der Verpflichtungen sicherzustellen, die sich aus der Konvention für die Vertragsstaaten ergeben. Ihm kommt insbesondere nicht die Aufgabe zu, über tatsächliche oder rechtliche Fehler zu entscheiden, die der Justiz eines Mitgliedstaates angeblich unterlaufen sind, es sei denn, dass und soweit diese Fehler Verletzungen der Rechte und Freiheiten darstellen könnten, welche durch die Konvention geschützt werden. Wenn Art. 6 auch ein faires Verfahren garantiert, so regelt er gleichwohl nicht die Zulässigkeit bestimmter Beweismittel als solche, eine Frage, die sich infolgedessen in erster Linie nach innerstaatlichem Recht richtet. Es ist grundsätzlich nicht Sache des Gerichtshofs über die Zulässigkeit bestimmter Arten von Beweismitteln zu urteilen, etwa illegal erlangte Beweise, oder auch über die Schuld des Beschwerdeführers. Stattdessen findet eine Prüfung daraufhin statt, ob das Verfahren einschließlich der Art und Weise, auf welche die Beweismittel erlangt wurden, in seiner Gesamtheit fair war, was die Untersuchung der betreffenden „Illegalität“ beinhaltet, sowie, falls die Verletzung eines anderen von der Konvention geschützten Rechts in Rede steht, der Art dieser Verletzung (Khan ./ Vereinigtes Königreich, Nr. 35394/97, § 34, ECHR 2000-V).

19. Außerdem hatte der Gerichtshof bereits mehrfach über die Mitwirkung von V-Leuten und „agents provocateurs“ im Strafverfahren zu entscheiden. Die folgenden Grundsätze ergeben sich aus seiner Rechtsprechung zu dieser Frage.

20. Die Konvention verbietet es - im Stadium des Ermittlungsverfahrens und wenn die Art der Straftat dies rechtfertigen kann - nicht, sich auf Quellen wie verdeckte Hinweisgeber zu stützen, aber ihre spätere Verwendung durch den Tatrichter, um eine Verurteilung zu stützen, wirft ein anderes Problem auf. Die Mitwirkung von V-Leuten muss geregelt und von Garantien begrenzt sein, auch wenn es um die Verfolgung des Drogenhandels geht. Selbst wenn die Ausweitung der organisierten Kriminalität nach angemessenen Maßnahmen verlangt, darf das Recht auf eine rechtsstaatliche Justiz dennoch nicht der Zweckdienlichkeit geopfert werden. Die allgemeinen Anforderungen an die Fairness des Verfahrens, wie sie in Art. 6 verankert sind, gelten für Strafverfahren wegen aller Arten von Straftaten, von der einfachsten bis zur kompliziertesten. Das Interesse der Allgemeinheit kann es nicht rechtfertigen, Beweismittel zu verwenden, die infolge einer polizeilichen Tatprovokation erlangt wurden.

Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass dann, wenn das Einschreiten der betreffenden Beamten als derjenige Faktor gelten kann, der die Straftat provoziert hat, und nichts dafür spricht, dass sie ohne deren Einschreiten begangen worden wäre, das fragliche Handeln dasjenige eines V-Manns überschreitet und als Tatprovokation qualifiziert werden kann. Eine solche Einwirkung und ihre Verwendung im Strafprozess können in nicht wiedergutzumachender Weise den fairen Charakter des Verfahrens in Frage stellen (vgl. insbesondere *Teixeira de Castro / Portugal*, Urteil vom 9. Juni 1998, Slg. 1998-IV, S. 1462-1464, §§ 35-36 und 38-39).

21. Im vorliegenden Fall begann die Polizei einen Einsatz, um den kriminellen Handlungen des P. ein Ende zu bereiten, indem sie einen fiktiven Drogenschmuggel inszenierte. Der Beschwerdeführer sah sich in der Folge mit dem Vorwurf konfrontiert, die Rolle eines Mittelsmanns übernommen zu haben, weil er die Polizei auf Verlangen einer Bekannten zu P. geführt hatte. Es ist daher angemessen zu ermitteln, ob ersterer die ihm vorgeworfene Straftat auch ohne die Einwirkung der Polizei begangen hätte. Unabhängig von der Frage, ob der Beschwerdeführer die Identität des Polizeibeamten kannte, der sich als Käufer vorgestellt hatte – was zwischen den Parteien streitig ist –, ergibt sich eindeutig aus den Akten, dass der Beschwerdeführer in der Angelegenheit allein an dem schicksalhaften Tag auftaucht und dass seine Rolle sich darauf beschränkt, die Polizei zu dem Ort zu führen, an dem sich der P. aufhielt. Es ist nicht ermittelt worden, dass der Beschwerdeführer Vorstrafen gehabt hätte oder dass die Behörden hinreichenden Grund zu der Annahme gehabt hätten, dass er ebenfalls in den Drogenschmuggel verwickelt sei. Die Entscheidungen der nationalen Gerichte stellen ebenfalls kein Verhalten des Beschwerdeführers vor seiner Verhaftung fest, das zu dem Schluss führen könnte, dass er auch ohne Einwirkung von Polizeibeamten bereit war, die fragliche Straftat zu begehen. Demzufolge ließe sich auch nicht vertreten, die Beamten hätten sich darauf beschränkt, einen bereits feststehenden – wenn auch noch latenten – kriminellen Entschluss ans Licht zu bringen, indem sie dem Beschwerdeführer Gelegenheit gaben, diesen ins Werk zu setzen (ebenda).

22. Diese Umstände genügen dem Gerichtshof für den Schluss, dass die Handlungen der in die Sache verwickelten Polizeibeamten die zentrale, wenn nicht ausschließliche Ursache der vorgeworfenen Straftat und der Verurteilung des Beschwerdeführers zu einer schweren Strafe waren. Damit haben sie eine Straftat provoziert, die sonst nicht begangen worden wäre. Nach Ansicht des Gerichtshofs hat dies in nicht wiedergutzumachender Weise den fairen Charakter des Verfahrens beeinträchtigt.

Daher liegt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Konvention vor.“

[...]

„Aus diesen Gründen entscheidet der Gerichtshof einstimmig:

1. Die Beschwerde wird hinsichtlich des einen

Beschwerdegrunds des fairen Verfahrens für zulässig und im Übrigen für unzulässig erklärt.

2. Es wird festgestellt, dass eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 der Konvention vorliegt.

3. Es wird festgestellt, dass die Feststellung einer Verletzung als solche zum Ausgleich des immateriellen Schadens genügt.

4. Der weitergehende Antrag auf Entschädigung wird zurückgewiesen.“

Redaktioneller Hinweis: Die Entscheidung wurde übersetzt von *Ulf Buermeyer*, im Übrigen bearbeitet von Dr. *Karsten Gaede*. Vgl. zu dieser Entscheidung und zum Urteil der Großen Kammer in der Sache *Ramanauskas v. Litauen* den Beitrag von *Gaede/Buermeyer* in diesem Heft.

Schrifttum

Schrifttum

Markus Juppe. Die gegenseitige Anerkennung strafrechtlicher Entscheidungen in Europa, Historische Grundlagen – Aktuelle und zukünftige Problembereiche, Europäische Hochschulschriften, Band 4599, Peter Lang, Frankfurt am Main 2007, ISBN 978-3-631-56734-0, 164 S., 41,10 EUR

Die hochaktuelle Untersuchung hat eines der zentralen Themen der Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU zum Gegenstand. Der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen soll nicht nur einen Eckstein der künftigen Zusammenarbeit in Strafsachen bilden, sondern als grundlegendes Strukturprinzip zur Schaffung eines gemeinsamen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, dem zentralen Konzept der EU im Bereich Justiz und Inneres, beitragen.¹ Die von Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich-Christian Schroeder betreute Regensburger Dissertation macht sich dabei zur Aufgabe den historischen Grundlagen sowie den aktuellen und zukünftigen Problembereichen des Grundsatzes nachzugehen. Zur Erreichung dieses Ziel wird die Entwicklung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung strafrechtli-

cher Entscheidungen insgesamt in den Blick genommen. Dargestellt werden neben dem Katalog der – zum Zeitpunkt der Untersuchung – existenten und geplanten Instrumente auch historische Vorläufer einer (ungeprüften) Anerkennung ausländischer strafjustizieller Entscheidungen im klassischen Rechtshilferecht, damit Funktionsweise und Wandel gegenseitiger Anerkennung strafjustizieller Entscheidungen im historischen Längsschnitt bis zur heutigen Rechtslage nachvollzogen werden kann. Auf diese Weise soll die grundstürzende Änderung herausgearbeitet und veranschaulicht werden, die der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nach der Lesart der EU bewirkt. Auf dieser Basis werden im Anschluss die bestehenden und geplanten Umsetzungen dieses Grundsatzes in der dritten Säule der EU referiert, bevor die Untersuchung mit einer Diskussion der zahlreichen Problembereiche, die sich in der rechtspolitischen und wissenschaftlichen Diskussion zum Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung abzeichnen, schließt.

Der Weg, den Juppe damit beschreiten will, ist viel versprechend. Der Untersuchungsansatz eröffnet den Blick für eine Verbreiterung der Diskussionsbasis und eine vertiefte Auseinandersetzung nicht nur darüber, ob es sich bei dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung um eine Fortentwicklung des Rechtshilferechts oder eine Figur sui generis, die im Herkunftslandprinzip des europäischen Binnenmarkts fußt, handelt, sondern auch welchen normativen Gehalt der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung als Rechtsbegriff haben könnte. Leider wird der Ansatz nicht konsequent zu Ende verfolgt, denn

¹ Unterstützung soll es dabei künftig vor allem durch den Grundsatz der Verfügbarkeit erfahren, dazu *Böse*, Der Grundsatz der Verfügbarkeit von Informationen in der strafrechtlichen Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2007; *Meyer*, NStZ 2008, 188 ff.

es fehlt an der Herausarbeitung des spezifischen Anerkennungsmoments der aufgeführten Instrumente und einem evolutiv-orientierten Vergleich dieser Elemente in der Gesamtschau. Entwicklung und normative Grundlagen des Gedankens gegenseitiger Anerkennung deuten sich in der Untersuchung nur an. Ein Rätsel bleibt insofern auch, warum gerade Art. 54 SDÜ, der eines der besten Beispiele für eine funktionierende Umsetzung des Gedankens gegenseitiger Anerkennung im Rechtshilfe-recht ist, keine Erwähnung findet.

Interessant wäre es bei konsequenter Verfolgung des Ansatzes vor allem gewesen, ausgehend von der Entwicklung der Rechtshilfe und der parallelen, durchgreifenden Entwicklungen im Völkerrecht und nationalem Verfassungsrecht (Stichwort: Dreipoligkeit des Rechtshilfeverfahrens²) zu ergründen, ob dem Aspekt der gegenseitigen Anerkennung in diesem Evolutionsprozess ein normativer Kern zugewachsen ist, der eine Einstufung als Rechtsprinzip rechtfertigt und dadurch auch in fruchtbarer Weise in die aktuelle Diskussion eingeführt werden könnte. Ein solches normativ aufgeladenes Begriffsverständnis kontrastierte stark mit dem in der Debatte dominanten inhaltsleeren rechtspolitischen Begriff, der aus dem gemeinsamen Binnenmarkt entlehnt zu sein scheint und könnte die Ausgestaltung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts argumentativ bereichern und nachhaltig beeinflussen.

Über die bloße Einführung in Besonderheiten des Rechtshilfe-rechts, die – begrüßenswert – dem Umstand geschuldet ist, dass einem Leser ohne vertiefte Kenntnisse im Rechtshilfe-recht Verständlichkeit und Bedeutung der nachfolgenden Ausführungen erst vor diesem Hintergrund wirklich klar werden können, und die deskriptive Vorstellung einzelner Instrumente, die Elemente gegenseitiger Anerkennung aufweisen, gelangt der erste Teil der Arbeit indessen kaum einmal hinaus. Mit der Beschreibung des Übergangs der Handlungsdynamik vom Europarat auf die EU bis hin zum Vertrag von Amsterdam und dessen Bekenntnis zu einem Raum der Freiheit, Sicherheit und des Rechts in der EU, der als neues Konzept den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung hervorbringt, beginnt die Arbeit zwar insofern nicht von neuem, doch werden wegen des primär deskriptiven Rahmens konzeptuelle und rechtsprinzipielle Implikationen des Wandels nicht hinreichend trennscharf herausgearbeitet. Vielmehr folgt de facto eine selbstständige Erörterung des Gedankens gegenseitiger Anerkennung als Eckstein strafrechtlicher Kooperation in der EU. Dabei versteht Juppe unter gegenseitiger Anerkennung die Betrachtung einer in einem Mitgliedstaat ergangenen Entscheidung als gleichwertig zu einer im eigenen Staat ergangenen Entscheidung, auch wenn das zur Entscheidung führende Verfahren nicht identisch ist, S. 36. Aufgrund dieser zugestandenen Gleichwertigkeit wird die Rechtswirkung dieser Entscheidung auch in der heimischen Rechtsordnung anerkannt. Die Integrationsdynamik und die Eigentümlichkeit des Wandels der Konzepte für die strafrechtliche Zusammenarbeit sucht Juppe durch eingehende Beschreibung der Herkunft des Prinzips greifbar zu machen, S. 37-42. Als Grundlagen dieses

² Dazu grundlegend *Lagodny*, Die Rechtsstellung des Auszuliefernden in der Bundesrepublik Deutschland, 1987.

neuen Verständnisses gegenseitiger Anerkennung identifiziert er den gemeinsamen Rechtsraum, Vertrauen in die Rechtsordnungen der anderen Mitgliedstaaten, das in der Sache ein Vertrauen in Rechtstaatlichkeit und Achtung der Menschenrechte durch andere – schließlich demokratische – Staaten in der EU sein soll, und das Herkunftsstaatprinzip.

Nach Definition dieser Grundlagen wird die konkrete Entwicklung gegenseitiger Anerkennung anhand der aktuellen und geplanten Instrumente nachvollzogen, wobei dem Problem angemessen zwischen strafrechtlichen und strafprozessualen sowie abschließenden Entscheidungen und prozessualen Zwischenentscheidungen differenziert wird. Den Schwerpunkt der weiteren Untersuchung setzt Juppe konsequent – diese Differenzierung widerspiegelnd – bei Europäischem Haftbefehl, Europäischer Beweisordnung und der Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten, womit im Wesentlichen die Suche nach dem am besten geeigneten Recht und/oder dem legitimsten Ort für die Strafverfolgung verbunden wird. Drängen sich die ersten beiden Unterpunkte geradezu auf, mag die letztgenannte Konstellation auf den ersten Blick überraschen, doch handelt es sich um eine Problematik, die „Rechtshilfe-rechtler“ seit langem bewegt und nach wie vor einer befriedigenden Lösung harret.³ Wie sich jüngst am Beispiel des Falls „Marco Weiss“ andeutete, können die Konsequenzen dieses Regelungsdefizits dramatische Folgen haben. Juppe erkennt klar, welches Potential eine Lösung dieses Problems sowohl für die Erleichterung der Zusammenarbeit als auch den Schutz der Grundrechte birgt, was er im Rahmen der späteren Erörterung der Einzelprobleme präzisiert.⁴

Der Autor verschafft dem Leser in allen drei Bereichen einen guten Einblick in die jeweiligen Besonderheiten der Kooperationsform, ihre Voraussetzungen und Grenzen. Im Einzelnen hätte aber wohl gerade der Grundsatz beiderseitiger Strafbarkeit wegen seiner Bedeutung etwas detailreicher und präziser dargestellt werden können.⁵

³ Vgl. allg. *Vanderbeken/Vermeulen/Lagodny*, NStZ 2002, 624, *Biehler/Kniebühler/Lelieur-Fischer/Stein*, Freiburg Proposal on Concurrent Jurisdictions and the Prohibition of Multiple Prosecutions in the European Union, 2003; *Lagodny*, Empfiehl es sich, eine europäische Gerichtskompetenz für Strafgewaltskonflikte vorzusehen? Gutachten im Auftrag des Bundesministerium der Justiz, 2001; *Lelieur-Fischer*, *La règle ne bis in idem. Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive. Etude à la lumière des droits français, allemand et européen*, Thesis Paris I, 2005.

⁴ Eine klare Kompetenzzuordnung könnte z. B. das Risiko der Durchsetzung der punitivsten Rechtsordnung reduzieren, S. 139. Eine zwingende Zuständigkeitsregelung mit Kriterien, die an Lokalisierbarkeit der Personen oder Sachen anknüpfen wird auch als tauglicher Lösungsvorschlag im Umgang mit *forum shopping* gesehen, S. 143.

⁵ So wird z. B. hinsichtlich der beiderseitigen Strafbarkeit beim Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl die konkrete Regelung bzw. ihre Systematik nicht hinreichend klar dargestellt, vgl. S. 53. Es wird nur pauschal die Abschaffung dieses traditionellen Rechtshilfehindernisses konstatiert. Tatsächlich wird der Grundsatz im Rahmenbeschluss aber als Grundregel in Artikel 2 Abs. 1 weiterhin aufrechterhalten. Allerdings derogiert Abs. 2 den Grundsatz weitestgehend, wenn für einen Katalog von 32 Delikten auf die Nachprüfung beiderseitiger Strafbarkeit verzichtet wird. Wie weit dieser Verzicht reicht, kann aber sogar

Überhaupt wird bezüglich der beiderseitigen Strafbarkeit nicht eingangs der Untersuchung substantiiert klargestellt, was unter diesem Grundsatz eigentlich – differenziert nach seiner Bedeutung für das Auslieferungsrecht und die „kleine“ Rechtshilfe – zu verstehen ist und worin dieser rechtlich seine – äußerst strittige⁶ – Grundlage findet. Diese Streitfrage wird tatsächlich erst am Ende der Studie als letzter Problempunkt behandelt. Eine Verortung eingangs der Untersuchung hätte das Verständnis der Ausführungen durchaus befördert. Vor allem fehlt es dadurch an einem Referenzpunkt anhand dessen deutlich wird, wie sich Verständnis und Ausgestaltung des Grundsatzes mit der Zeit wandeln und schließlich in dessen weitgehender Aufgabe münden.

Gelungen sind die Passagen zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten. Die wesentlichen Vorschläge werden behandelt sowie Schwierigkeit und Dringlichkeit einer Lösung, z. B. zur Vermeidung von forum shopping, herausgearbeitet, S. 87 ff. Die abschließende Erörterung eines Verfahrens zur Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten belegt die fehlende Eignung des Grundsatzes ne bis in idem als Lösungsinstrument und erwägt taugliche Anknüpfungspunkte - Ausgangspunkt der Verteilung müsse der Handlungsort sein, da Ausgangspunkt der Sanktionierung die jeweilige Verhaltensnorm ist, S. 105 – sowie Entscheidungsverfahren - Verbindliche supranationale Entscheidungsinstanzen nebst Rechtsmittel seien vorzugswürdig, S. 105 f.

Nach dieser tour d'horizon gegenseitiger Anerkennung mit partiellen wohl gesetzten Vertiefungen wendet sich Juppe im großen Schlussabschnitt seiner Dissertation den rechtlichen Problemen im Rahmen des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung auf dem Gebiet des Strafrechts zu. Bei diesem Kapitel handelt es sich in der Sache um eine Zusammenführung aller Vorbehalte, die gegenüber der Einführung und Verbreitung des Grundsatzes in der Literatur gehegt werden. Die ausgemachten Streitpunkte werden dabei nach meinem Eindruck vollständig erfasst. Aufgegriffen werden die Übertragbarkeit der Grundsätze der Warenverkehrsfreiheit (S. 124), Verletzung des Demokratieprinzips (S. 126), Verkürzung des Rechtsschutzes (S. 127), die Anforderungen des Bestimmtheitsgrundsatzes der Deliktskataloge (S. 130)⁷, die potentielle Verletzung von Art. 16 GG (S. 131), die Gefahr eines race to the bottom differenziert nach Sanktionsniveau, tatbestandlichen Voraussetzungen der Strafe und Rechtsschutzniveau (S. 134), Geltung der punitivsten Rechtsordnung (S. 135), Absinken der Grund-

für die einzelnen Deliktgruppen des Katalogs stark variieren; vgl. nur *Keijzer*, Handbuch European Evidence Warrant, S. 137, 160.

⁶ Vgl. nur *Schädel*, Die Bewilligung internationaler Rechtshilfe in Strafsachen in der Europäischen Union, 2005, S. 144 ff.; *Popp*, Grundzüge der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen, S. 136 ff.

⁷ Der *EuGH* vermochte jüngst in der *Wereld*-Entscheidung, C-303/05, Urteil vom 3. Mai 2007 - *Advocaten voor de Wereld*, jedoch keine Defizite zu erkennen. Vielmehr lasse sich Bestimmtheit durch Rekurs auf die tatbestandlichen Ausgestaltungen der einzelnen Delikte in den nationalen Rechtsordnungen gewährleisten; dazu kritisch *Fennelly*, ERA Forum 8 (2007), 519, 521

rechtstandards (S. 138), forum shopping (S. 139), Probleme durch gegenseitige Anerkennung richterlicher Entscheidungen im Ermittlungsverfahren, (S. 144), Störung der innerprozessualen Balance durch gegenseitige Anerkennung (S. 146), Transfer von Beweismitteln nach bisherigem Recht (S. 147). Auf dieser Grundlage gelangt Juppe dann zu seiner Schlussfolgerung. Die Forderung nach grundlegender Modifizierung des Rechtshilferechts anstelle undifferenzierter allumfassender gegenseitiger Anerkennung ist die conclusio seiner Arbeit. Eine allumfassende Einführung des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung sei nicht nur mit den aufgezeigten Risiken behaftet, sondern auch in einer Vielzahl der Fälle gar nicht erforderlich. Die richterliche Entscheidung sei kein Produkt, das überhaupt EU-weit verkehrsfähig sein muss, sondern eben nur erlangbar, durchsetzbar bzw. verwertbar in den spezifischen Verfahrenssituationen, in denen sie benötigt wird, S. 146. Juppe folgert daraus überzeugend, dass der Vergleich mit dem Binnenmarktmodell daher nicht angebracht ist. Bei der Reformierung der Rechtshilfe müsse dann auch besonderes Augenmerk auf die Vermeidung von Jurisdiktionskonflikten gelegt werden. Verzichtet werden könne allerdings auf die beiderseitige Strafbarkeit. Diese Änderung erscheine auch leichter umsetzbar, weil sie die nationale Souveränität nicht antaste und auch nicht in dessen Strafrechtsordnung eingreife, S. 166. Auch gegenseitiges Vertrauen in andere Rechtsordnungen rechtfertige einen Verzicht auf beiderseitige Strafbarkeit.⁸

Die Behandlung der Einzelprobleme und der konkrete Zuschnitt seines Lösungsvorschlags geben nochmals Anlass zu ausführlicherer Auseinandersetzung mit der Argumentation des Autors. Allerdings sind die aufgegriffenen Fragen so vielschichtig, dass im Rahmen einer Rezension eine Konzentration auf drei zentrale Aspekte erfolgen muss, die gleichwohl von der größten Bedeutung für die Fortentwicklung der strafrechtlichen Zusammenarbeit sind. Dies sind die Einzelprobleme des race to the bottom, des forum shopping und der Hybridisierung von inkompatiblen Verfahrensordnungen.

Bei der Beschreibung des race to the bottom wird das Absinken des Rechtsschutzniveaus nur gestreift. Gerade an diesem Punkt wäre jedoch eine vertiefte Auseinandersetzung mit den spezifischen Schutzmechanismen in den neuen Instrumenten wie dem Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl oder dem Vorschlag zu einem Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisordnung geboten gewesen. In ihrer Inkorporierung liegen ein neuer Trend und eine deutliche Fortentwicklung der Rechtshilfe. Den vermeintlichen Verlusten an Schutzniveau, die durch Einführung der gegenseitigen Anerkennung verursacht werden, ist womöglich durch zielgerich-

⁸ Auf der Basis der Auffassung Juppes zur normativen Grundlage des Grundsatzes beiderseitiger Strafbarkeit ist dieser Vorschlag schlüssig, da er den klassischen Rechtshilfegrundsatz der Gegenseitigkeit als dessen Rechtfertigung ansieht. Es ist allerdings zu bedenken, dass dies nicht der herrschenden Auffassung entspricht, die gerade auf den Schutz von Legalitätsinteressen sowie grundsätzlicher kriminalpolitischer Entscheidungen des Nationalstaates abhebt. Für sie birgt die Aufgabe des Grundsatzes die erhebliche Gefahr dessen, was Juppe ausschließt: einen massiven Eingriff in die Souveränität des betroffenen Mitgliedstaats.

tete Einfügung maßgeschneiderter Schutzmaßnahmen vorgebeugt worden. Insofern wäre aber auch konkret zu fragen gewesen, ob die scheinbar gut abgestimmten Mechanismen wirklich den besonderen Risiken der jeweiligen Kooperationsform Rechnung tragen oder nicht bloß ein besonders wirksames Placebo sind. An dieser Stelle der Studie fällt ein generelles Darstellungsproblem auf. Der gesamte Abschnitt zu den Problemen leidet darunter, dass in den Unterpunkten nicht nach den zuvor dargestellten Instrumenten untergliedert wird. Insbesondere das Problem der Verkürzung des Rechtsschutzes ist aber sehr spezifisch und kann nicht zugleich für alle Instrumente behandelt werden.

Das Risiko, dass eine Partei sich die günstigste Verfahrensordnung für die Verfolgung einer Maßnahme oder des Verfahrens taktisch gezielt wählt (forum shopping), wird differenziert nach nationaler Strafverfolgung und Strafverfolgung durch europäische Institutionen ausführlicher geprüft (S. 139). Das dazu gewählte nationale Beispiel vermag jedoch nur wenig zu überzeugen. Als Exempel dient der Antrag eines deutschen Staatsanwalts auf Anordnung einer Telefonüberwachung in Italien, die in Holland vollstreckt wird. Es ist bereits fraglich, ob diese Konstruktion überhaupt bei irgendeinem künftigen Instrument zulässig würde. Gegenwärtige Instrumente sehen eine solche Möglichkeit jedenfalls nicht vor. Genauso verhält es sich mit der Übertragung des Beispiels auf die europäische Ebene im Rahmen einer hypothetischen Ermittlung durch einen Europäischen Staatsanwalt. Zunächst wird dazu kritisch angemerkt, dass im einschlägigen Grünbuch keine Kriterien festgelegt sind, in welchem Land eine Maßnahme anzuordnen ist. Es bestünde daher die Möglichkeit der Wahl des Landes mit den niedrigsten Standards, S. 141. Auch hier geht Juppe davon aus, dass der europäische Staatsanwalt die Anordnung einer Zwangsmaßnahme, die er zunächst in einem für ihn passenden Mitgliedstaat erwirkt hat, sodann nach Opportunität in jedem (!) anderen Mitgliedstaat vollstrecken könnte, was zur Vollstreckung einer Anordnung führen könnte, die im Vollstreckungsstaat nicht angeordnet worden wäre. Dies erscheint wie schon zuvor angedeutet sehr fraglich, obgleich zuzugeben ist, dass die Ausführungen im einschlägigen Grünbuch in diesem Punkt nicht sehr genau sind. Die gegenseitige Anerkennung dient jedoch nicht der Multiplikation von Vollstreckungstiteln. Es können nicht EU-weit Maßnahmenanordnungen erwirkt werden, um diese je nach Bedarf in diversen Ländern vollstrecken zu lassen. Die bisherigen Instrumente gehen von einem zweistufigen Anordnung-Vollstreckung-Mechanismus in einem 2-Staaten-Verhältnis aus. Will die Europäische Staatsanwaltschaft (oder eine nationale Staatsanwaltschaft) eine Maßnahme im Ausland durchführen lassen, wendet sie sich – je nach gewählter Konzeption – mit einem Antrag oder per Anordnung (warrant) an den Staat, in dem die gewünschte Maßnahme durchgeführt werden soll. Die Anerkennung dieser justiziellen Entscheidung macht die gegenseitige Anerkennung aus. Soweit für die Durchführung nach nationalem Recht eine weitere Anordnung im ersuchten Nationalstaat vonnöten ist – z. B. durch einen juge des libertés, so verwandelt diese Notwendigkeit den Verfahrensablauf nicht in einen dreistufigen Mechanismus der Anordnung des Erlasses einer Anordnung, der Anordnung der Maßnahme, die dann wiederum durch den

Staat, der ursprünglich die Anordnung durch seinen Antrag erwirkte, in allen anderen Mitgliedstaaten vollstreckt werden könnte, und der Vollstreckung selbst. Vielmehr fiele eine notwendige innerstaatliche Anordnung im ersuchten Staat rechtshilferechtlich in die Phase der Vollstreckung, die dann eben aus zwei Elementen, namentlich Anordnung und Vollstreckungsakt, bestünde, die nicht trennbar sind.⁹

Ferner wendet sich Juppe ausführlich dem Phänomen der Hybridisierung von Verfahrensordnungen zu, das durch eine kumulierende Kombination verschiedener nationaler Eingriffsmöglichkeiten, die der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung ermöglicht, hervorgerufen wird. Hier drohe eine Störung der innerprozessualen Balance. Die Anerkennung im Ausland erlangter Beweismittel bewirkte eine grundlegende Änderung des Rechtshilferechts. Die drohende Gefahr auf die in der deutschen Diskussion vor allem Gleß aufmerksam gemacht hat,¹⁰ wird damit zutreffend erkannt. Gleichwohl wird zunächst nicht konkret erörtert, was denn nun die praktischen Konsequenzen dieser Hybridisierung und ihre konkreten Auswirkungen auf die bedrohten Menschenrechte und allgemeinen Rechtsprinzipien sind. M.E. kann Hybridisierung je nach Kooperationsinstrument verschiedene Formen annehmen und Gefahren zeitigen. Man wird hier wohl wegen der unterschiedlichen Funktionsweise zwischen Europäischer Beweisanordnung und Europäischem Staatsanwalt (aber auch joint investigation teams) differenzieren müssen. Stattdessen wird an diesem Punkt der Untersuchung geprüft, ob eine Störung der innerprozessualen Balance von Rechten des Beschuldigten und öffentlichem Interesse an effektiver Strafverfolgung aus übergeordneten Interessen gerechtfertigt sei, S. 147.

Später, nämlich beim Transfer von Beweismitteln nach bisherigem Recht und den Vorschlägen des Corpus Iuris, wird es dann aber konkreter. Juppe erläutert überzeugend, dass eine Marktfähigkeit bei Beweiserhebungen nicht bestehe, da die nationalen Regelungen oft nicht nur inkompatibel sind, sondern der Beweis selbst das Produkt einer spezifischen nationalen Verfahrenssituation ist, das keine Bedeutung hat, die von dieser unabhängig wäre. Es gäbe in diesem Sinne kein transferierbares Endprodukt, das „in den freien Markt entlassen werden könnte“, S. 152. Die Situation sei insofern anders als bei finalen Entscheidungen wie z. B. Urteilen. Der Autor anerkennt aber zugleich, den Effektivitätsverlust, den die fehlende automatische Anerkennung von im Ausland rechtmäßig gewonnenen Beweismitteln mit sich bringt, S. 154. Er diskutiert daher diverse Lösungsmöglichkeiten, um diesem Interesse Rechnung tragen zu können; dies sind Beweiszulassungsverfahren, Europäische Beweismittel und Modifikation der bisherigen Rechtshilfe, S. 155. Juppe erkennt die Probleme des Beweiszulas-

⁹ Konkret heißt das, dass ein Staatsanwalt, der eine Ermittlungsmaßnahme in Italien durchführen lassen will, sich an die zuständigen italienischen Instanzen wendet. Will er eine Maßnahme in Holland durchführen lassen, muss er sich entsprechend dem Zwei-Staaten-Verhältnis der Rechtshilfe in einem eigenständigen Verfahren an die dortigen Autoritäten wenden. Ein Abrücken von diesen Kautelen ist meines Wissens nicht intendiert.

¹⁰ Gleß, ZStW 115 (2003), S. 131 ff.; *dies.*, ZStW 116 (2004), S. 353 ff.

sungsverfahrens, dem die verbindlichen Standards (aus der EMRK) für ein einheitliches transnationales Prüfungsverfahren fehlen, S. 155. Zumindest die unbedingt notwendigen Voraussetzungen der Tatsachenfeststellung ließen sich der EMRK aber entnehmen, S. 155 (unter Verweis auf Radtke GA 2004, 1, 21). Eine weitere Lösung wären spezielle Europäische Beweismittel wie z. B. ein Europäisches Vernehmungsprotokoll, S. 155. Eine Übertragung dieses Modells, das in Corpus Iuris und Grünbuch zur Europäischen Staatsanwaltschaft ange-dacht ist, lässt sich auf den „System des Europäischen Beweismittels“ gleichwohl nur unzureichend übertragen, S. 155. Vor diesem Hintergrund sieht Juppe eine Modifikation der Rechtshilfe als sinnvollsten Ansatz an, S. 157.

Die Option eines Beweiszulassungsverfahrens könnte allerdings mit der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon an Momentum gewinnen. Die Charta der Grundrechte wird nunmehr verbindlich. Ihre Inhalte sind zwar noch in weiten Teilen nach dem Fallrecht des EGMR modelliert, doch wird der Schutzstandard auf lange Sicht deutlich höher liegen als derjenige der EMRK, da es in einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts nicht mehr allein um die Durchsetzung von Mindeststandards gehen kann, sondern die Ausbildung der maßgeblichen und umfassenden grundrechtlichen Standards für das Zusammenleben in der EU in den Vordergrund rücken. Da auch die Jurisdiktionsgewalt des EuGH stark ausgedehnt wird, dürfte der Gerichtshof bald transnationale Verfahrensrechte weit über die Standards der EMRK hinausgehend herleiten können. Dass der EuGH zur Entwicklung solcher transnationalen Rechte effektiv in der Lage ist, zeigt die Rechtsprechung zu Art. 54 SDÜ eindrucksvoll. Schüfe man einen adäquaten verfahrensrechtlichen Rahmen, z. B. durch Einrichtung einer pre-trial chamber mit strafrechtlicher Kompetenz am EuGH, könnte das Beweiszulassungsverfahren ein Erfolg versprechendes Modell sein.

Zurückkehrend zu den Ausführungen Juppes ist in der Gesamtschau zusätzlich anzumerken, dass die Ausführungen oft nicht hinreichend klar an realen Problemen der Zusammenarbeit ausgerichtet sind. Es fehlen plastische Verfahrensszenarien, um die Wirkung für Individualrechte zu verdeutlichen. Zudem fügen sich die Einzelprobleme und ihre Erörterung trotz der Fülle der aufgeworfenen Kritikpunkte und der vielen richtigen Hinweise auf offene Legitimationsflanken des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung nicht in einen größeren Rahmen ein. Insgesamt fehlt es an einer übergreifenden Konkretisierung, was das besonders Legitimierungsbedürftige des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung ausmacht und mit welchen Mitteln darauf zu reagieren ist. Die aufgedeckten Ansatzpunkte werden aufgegriffen, aber nicht verknüpft, so dass sie letztlich lose nebeneinander stehen. Dies sei an einem Beispiel illustriert. Auf S. 108 ff. stößt man auf Ausführungen zu Vorhaben zur Stärkung des Vertrauens als Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung, insbesondere der Rahmenbeschluss zu den Verfahrensrechten des Beschuldigten, die Grünbücher zur Unschuldsvermutung und Abwesen-

heitsurteilen.¹¹ Es erfolgt aber keine Diskussion, ob dieses Vorhaben gelingt oder – gemessen an den später diskutierten Problemen – überhaupt ein tauglicher Ansatz ist. An dieser Stelle wirkt sich mittelbar ebenfalls aus, dass die historische Aufarbeitung nicht den normativen Grund und Grenzen gegenseitiger Anerkennung strafrechtlicher Entscheidung zu tage gefördert hat und auch die Implikationen des EU-Grundsatzes zuvor nicht vertieft wurden.

Den besonderen Reiz der Arbeit macht demgegenüber neben ihrer herausragenden Aktualität das Aufgreifen eines der dynamischsten Bereiche europäischer Integration aus. Wie rasant die Entwicklung fortschreitet kann man schon daran ablesen, dass in der Zwischenzeit der Lissabonner Vertrag geschlossen wurde, der den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung erstmals ausdrücklich primärrechtlich verankert und Rechtsetzungskompetenzen zur Förderung seiner Funktionalität einführt, der Rahmenbeschluss über Verfahrensrechte gescheitert und der Rahmenbeschluss zum Datenschutz kurz nach Vereinbarung einer allgemeinen Ausrichtung unmittelbar vor seiner Annahme steht. Der große Nutzen der Arbeit liegt diesbezüglich darin, sich nicht ausschließlich auf eine bestimmte Ausgestaltung des Prinzips gegenseitiger Anerkennung zu konzentrieren. Bislang hatten in diesem Bereich insbesondere Arbeiten zum Europäischen Haftbefehl dominiert.¹² Die Einbeziehung des gesamten vielgestaltigen Maßnahmenkatalogs ist wegen des erhöhten Informationseffekts und der besseren Erfassbarkeit der Vielschichtigkeit des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung verdienstvoll.

Ein weiterer Vorzug ist die leserfreundliche Strukturierung der Darstellung. Sie gliedert sich durchlaufend nach Initiierung, Gegenstand, Verfahren sowie Versagungsgründen und ermöglicht so den schnellen zielgerichteten Zugriff auf die einzelnen Inhalte der Instrumente. Die gestraffte Auflistung der klassischen Instrumente der Rechtshilfe und der Neuausprägungen der gegenseitigen Anerkennung im Recht der EU verschafft dem Leser einen Blick auf das Panorama der Rechtshilfe in Europa. Die angesichts der Stofffülle notwendigen Vertiefungen entsprechen weitestgehend dem Schwerpunkt der Diskussion. Die Wurzeln des Grundsatzes im EU-Recht werden ebenso erörtert wie die derzeit brisantesten Instrumente des Europäischen Haftbefehls und der Europäischen Beweisordnung. Besonders hervorzuheben ist auch die Betonung des Problems der Jurisdiktionskonflikte. Die Lösung dieses Problems beansprucht äußerste Priorität. Es ist ein Verdienst der Arbeit von Juppe sowohl die schwerwiegenden Konsequenzen des Fehlens einer Regelung als auch den eminenten Nutzen einer solchen Regelung herausgearbeitet zu haben. Auch die Schlussfolgerung, die einer Modifizierung der Rechtshilfe den Vorrang gegenüber umfassender gegenseitiger Aner-

¹¹ Der wichtige Rahmenbeschluss zum Schutz personenbezogener Daten fehlt an dieser Stelle; dazu *eucri* 3-4/2007, S. 101.

¹² Vgl. *Rohlf*, Der Europäische Haftbefehl, 2003; *Murschetz*, Auslieferung und Europäischer Haftbefehl, 2007; *Guild* (Hrsg.), Constitutional challenges to the European Arrest Warrant, 2006; *Lagodny/Wiederin/Winkler* (Hrsg.), Probleme des Rahmenbeschlusses am Beispiel des Europäischen Haftbefehls, 2007.

kennung einräumen will, ist nach den Erkenntnissen der Untersuchung plausibel begründet und wird seitens der Wissenschaft zunehmend auch rechtspolitisch begrüßt.

Abschließend muss jedoch nochmals eine Hinwendung zu einigen Facetten der Arbeit erfolgen, die aus Sicht des Rezensenten Anlass zur kritischen Auseinandersetzung geben. Über die bereits oben erhobenen Einwände hinaus bleibt insgesamt anzufügen, dass die Bedeutung der gegenseitigen Anerkennung als Rechtsbegriff nicht geklärt wird. Obgleich Juppe einen viel versprechenden Wege selbst andeutet, indem er den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung in einen Gesamtzusammenhang mit der Rechtshilfe allgemein stellt, wird das m. E. große Potential dieses Ansatzes nicht entscheidend entfaltet.

Selbst wenn man die Einführung des EU-Prinzips gegenseitiger Anerkennung als bewusste Zäsur verstehen wollte, bliebe doch die Frage, welchen rechtlichen Kern dieses „Prinzip“ als Rechtsbegriff haben kann und soll. Hier wären dann die bestehenden rechtlichen Bindungen EU-weiter Kooperation aus Menschenrechten, allgemeinen Rechtsgrundsätzen und rein nationalem Recht ebenso einzubeziehen, wie die spezifischen Anforderungen, die sich in den einzelnen Kooperations Szenarien ergeben.¹³ Auch die Frage nach dem potentiell funktionalen Zusammenhang gegenseitiger Anerkennung mit der Harmonisierung von Straf- und Strafprozessrecht müsste in diesem Kontext vertiefend aufgeworfen werden. Lediglich als „Einschub“ taucht die Harmonisierung von Straf- und Strafprozessrecht auf. Der Zusammenhang mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung wird zwar gesehen, vgl. S. 29, 34, aber nicht scharf genug herausgearbeitet, wie die Harmonisierung dem Prinzip Starthilfe geben kann bzw. ob gegenseitige Anerkennung Harmonisierung kategorial ersetzt bzw. überflüssig macht.¹⁴ Dem Manko der Behandlung dieses Zusammenspiels durch die Rechtspolitik hinsichtlich des Ob und Wieweit einer funktionalen, d.h. zur Unterstützung der gegenseitigen Anerkennung dienenden, Harmonisierung wird nicht abgeholfen. Dabei geht es vor allem darum, welche empirische Basis der Grundsatz gegenseitiger Anerkennung braucht, um funktionsfähig zu sein. Blindes Vertrauen in die Rechtsstaatlichkeit der anderen Mitgliedstaaten ist keine Grundlage für ein reibungsloses Funktionieren. Dies belegen auch erste praktische Erfahrungen mit gemeinsamen Ermittlungsgruppen besonders anschaulich.¹⁵

Überdies wird auch die Alltagspraxis des Grundsatzes von vornherein nicht in größerem Umfang behandelt. Gerade Implementationsstudien, z. B. der EG-Kommission, finden keine Berücksichtigung. Insbesondere beim Europäischen Haftbefehl wäre es jedoch für den

Leser interessant gewesen zu erfahren, ob die hohen Erwartungen befriedigt wurden und der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung tatsächlich zum Allheilmittel der Kooperation in der dritten Säule taugt.

Nachdenklich stimmt schließlich der Blick in das Literaturverzeichnis. Dort finden sich lediglich drei englischsprachige Einträge, in zwei Fällen noch dazu von deutschen Autoren. Eine Auswertung der fachlich einschlägigen Literatur ausländischer Rechtswissenschaftler fehlt. Dieser Befund wirft ein Schlaglicht auf den Umgang mit ausländischen Quellen im Bereich des Europäischen Strafrechts. Man kommt nicht umhin die Frage aufzuwerfen, ob man sich diese Abstinenz auf Dauer leisten kann. Gerade im Hinblick auf die Thematik der hier rezensierten Arbeit haben z. B. die wesentlichen Beiträge¹⁶ von de Kerchove/Weyembergh, Vervaele, Walker, Peers oder van den Wyngaert wegen der Verengung des Blicks auf die deutsche Diskussion keine Berücksichtigung gefunden. Die Diskussion um die Europäisierung des Strafrechts muss jedoch europäisch geführt werden. Die Berücksichtigung der oft vorzüglichen ausländischen Fachliteratur ist dabei eine Selbstverständlichkeit.

Es besteht nach alledem ein erheblicher Forschungsbedarf fort, der unter wechselseitig befruchtender Auseinandersetzung mit dem ausländischen Schrifttum in Angriff genommen werden sollte. Angesichts der aufgezeigten Herausforderungen wäre es allerdings wohl auch zuviel verlangt gewesen, von einer Dissertation zu einem rechtlich und politisch derart komplexen Thema, eine kohärente normative Aufarbeitung des Begriffs der gegenseitigen Anerkennung erwarten. Dies gilt umso mehr, wenn man den erratischen Ansatz der Kommission in Rechnung stellt, der ihrerseits nicht recht klar zu sein scheint, mit welchen Mitteln den spezifischen Schwierigkeiten und Legitimationsdefiziten der gegenwärtigen und künftigen Innovationen der Rechtshilfe in der EU abgeholfen werden kann.¹⁷ Wer sich aber einen konzentrierten Überblick über Herkunft, instrumentelle Ausprägungen und Legitimationsprobleme des Grundsatzes gegenseitiger Anerkennung verschaffen will, der wird in der Dissertation Juppes fündig.

Wiss. Ass. Dr. **Frank Meyer** LL.M. (Yale), Universität Hamburg

Ulrich Kamann. Handbuch für die Strafvollstreckung und den Strafvollzug, 2., akt. und erw. Aufl., ZAP-Verlag, Münster 2008, ISBN 978-3-89655-309-6, 928 S., 78,00 EUR.

Die 2. aktualisierte und erweiterte Auflage des Handbuchs für Strafvollstreckung und den Strafvollzug von

¹³ Auch ein vertiefender Vergleich mit der – erstaunlicherweise deutlich restriktiveren – Nutzung der Figur bei zivilrechtlichen Entscheidungen im Bereich der Kooperation in Zivilsachen wäre dann interessant gewesen, vgl. nur *EuGH*, C-7/98 – Krombach/Bamberski, Slg. 2000, I-1395.

¹⁴ Die Untersuchung gelangt hier nicht über die bekannten Positionen hinaus. Zudem wird nicht differenziert nach Strafrecht und Strafprozessrecht. In punkto Harmonisierung liegen Welten zwischen diesen Feldern.

¹⁵ *Rijken*, *Utrecht Law Review* 2 (2006), S. 99, 116 ff.

¹⁶ Vgl. nur *De Kerchove/Weyembergh* (Hrsg.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires*, 2001; *Vervaele* (Hrsg.), *European Evidence Warrant*, 2005; *Walker* (Hrsg.), *Europe's area of freedom, security and justice*, 2006; *Van den Wyngaert*, in: *Walker* (Hrsg.), S. 201 ff.; *Peers*, 41 *Common Market Law Review* (2004), S. 5 ff.

¹⁷ *Löf*, 12 *European Law Journal* (2006), pp. 421, 426.

Ulrich Kamann verfolgt vor allem das Ziel, Anwälten, Betreuungspersonen und Betroffenen sowie deren Angehörigen praktische Hilfe im Umgang mit vollstreckungs- und vollzugsrechtlichen Fragen anzubieten und Wege zur Problemlösung aufzuzeigen. Gerade vor dem Hintergrund der anstehenden Neuregelungen auf Länderebene in Bezug auf den Strafvollzug ist die zum jetzigen Zeitpunkt erschienene Neuauflage hilfreich, um den entstandenen erhöhten Informationsbedarf für Verteidiger, Betroffene, Angehörige und Betreuer zu befriedigen. Die 2. Auflage orientiert sich vor allem am Strafvollzugsgesetz, auf das die künftigen Ländergesetze im Wesentlichen zurückgreifen werden und das bis auf Weiteres in den meisten Bundesländern in Kraft ist, sowie an den Strafvollzugsgesetzen für Bayern, Hamburg und Niedersachsen. Neu eingearbeitet ist der Rechtsschutz für den Jugendstrafvollzug sowie die neuen Gesetze zur Führungsaufsicht, zu den freiheitsentziehenden Maßnahmen und zum internationalen Haftbefehl.

Grundsätzlich ist das Werk in zwei Teile untergliedert: Der erste Teil beschäftigt sich mit der Strafvollstreckung, der zweite Teil mit dem Strafvollzug. Innerhalb dieser Abschnitte hat sich der Autor zur besseren Auffindbarkeit für eine alphabetische Gliederung entschieden, die es dem Nutzer ermöglicht, sich schnell und zielführend zu orientieren.

Zu Beginn der Erläuterungen der einzelnen Begriffe finden sich vertiefende sowie aktuelle Literaturhinweise. Sodann stellt der Autor die wesentlichen Grundaussagen zu dem jeweiligen Themengebiet unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung dar. Besonders hilfreich sind die zahlreichen Verweise auf verwandte Themen und Fallgestaltungen, die es dem Leser ermöglichen, einen umfassenden Einblick in das jeweilige vollstreckungs- bzw. vollzugsrechtliche Problem zu erhalten. Für den Praktiker – insbesondere für den im Strafvollstreckungs- und Strafvollzugsrecht tätigen Verteidiger – unentbehrlich sind die umfangreichen Praxishinweise und Antragsmuster. Die übersichtliche Darstellung der wesentlichen Grundlagen zu den einzelnen Stichworten und prägnante Fallbeispiele erleichtern die Lesbarkeit und schnelle Erfassung ungenügend.

Gerade aufgrund der derzeitigen Situation nach der Föderalismusreform im Strafvollzug bietet der Ausblick des Autors, welche Änderungen durch die Landesgesetzgeber zu erwarten sind, die notwendige Übersicht für den Leser. Auch die Darstellung des aktuellen Stands der Gesetzgebung in den einzelnen Ländern nach der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Neuregelung des Jugendstrafvollzugs bietet die intendierte schnelle Arbeitshilfe.

Das Buch bietet einen schnellen und kompakten, aber auch umfassenden Zugang zu allen Problemen des Strafvollzugs- und Strafvollstreckungsrechts. Hierbei berücksichtigt Kamann die bereits erfolgten und noch zu erwartenden gesetzlichen Neuerungen durch die Jugendstrafvollzugsgesetze der Länder und schärft so den Blick des Nutzers für diese Problemstellung. Das hervorragende Werk ist jedem zu empfehlen, der im Bereich der Strafvollstreckung und des Strafvollzugs tätig ist; zum einen ermöglicht es den schnellen Zugriff auf die benö-

tigte Themenstellung, enthält in gut dargestellter Form die wesentlichen Aspekte unter Zugrundelegung der Rechtsprechung und zum anderen schafft es durch die vertiefenden Literaturhinweise für den interessierten Leser entsprechende weitere Recherchemöglichkeiten.

RA Dr. **Michaela Möhlenbeck**, Radebeul

Stefan Rolletschke. Steuerstrafrecht, *Academica Iuris* - Lehrbücher der Rechtswissenschaft, Schwerpunktstudium, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag, Köln 2008, ISBN 978-3-452-26723-8, 256 S., 25,00 EUR.

1. Es ist rund 13 Jahre her, als in der FAZ zu lesen stand, dass 43% der Bundesbürger der Aussage beipflichteten: „Wer bei der Steuer nicht mogelt, der verdient nur Mitleid“ (FAZ vom 14. Januar 1995). Ganz überraschend konnte Kennern der Materie dieses Ergebnis nicht sein, denn schon 1981 hatte der renommierte Steuerrechtler *Tipke* darauf aufmerksam gemacht, dass die Hinterziehung von Steuern „den Versuch darstellen (können), die Belastungsgleichheit herzustellen, die zu schaffen der Gesetzgeber und Steuerbehörden versäumen“ (*Tipke, Steuergerechtigkeit in Theorie und Praxis*, S. 121). Man darf vermuten, dass sich die Situation bis heute nicht geändert hat, denn die wirtschaftlichen Belastungen, denen die Bevölkerung ausgesetzt ist, haben zugenommen. Bei der verbreiteten Hinterziehung von Einkommensteuern aus Kapitaleinkünften spielt neben dem Zweifel an der gerechten Verteilung der Steuerlast offenbar zudem der Gedanke eine Rolle, dass der Staat an den Zinsen aus bereits versteuertem Geld nicht „erneut“ partizipieren dürfe – eine Haltung, die sich durch alle Bevölkerungsschichten zieht: die sog. Bankenverfahren (BGHSt 46, 107 mit Bspr.-Aufsätzen *Behr* BB 2000, 2240; *Rolletschke* DStZ 2000, 787; *Salditt* PStR 2000, 197; *Samson* wistra 2001, 1) oder der jüngst aufgedeckte „Fall Liechtenstein“ haben dies eindrucksvoll gezeigt. Demnach wird von weiten Teilen der Bevölkerung Steuerhinterziehung als eine Art Notwehr gegen die als ungerecht empfundenen finanziellen Zugriffe des Staates verstanden, und zwar auch von denen, die genug haben. Die Auswirkungen solcher Geisteshaltung sind fatal: Wenn auch die Schäden, die durch Steuerhinterziehung jährlich entstehen, nicht genau bekannt sind, so geht die Bundesregierung doch nach wie vor von einer sehr hohen Dunkelziffer aus (BT/Drucks. 16/8661 vom 27. März 2008); seriöse Schätzungen sprechen von 30 bis 80 Mrd. Euro (*Kummer*, in: *Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts* [3. Aufl. 2007], Kapitel 18, Rn. 1). Träfe das zu, so bedürfte es keiner staatlichen Kreditaufnahme, wenn jedermann seinen steuerlichen Pflichten genüge; mehr noch: Die bedrohliche Staatsverschuldung könnte effektiv zurückgeführt und/oder die Steuern gesenkt werden! So kann es nicht verwundern, dass der Gesetzgeber in den letzten Jahren eine Vielzahl von neuen Regelungen im Sinne einer verstärkten Steueraufsicht erlassen hat, etwa die Umsatzsteuer-Nachschau in § 27b UStG, die Mitteilungsbefugnisse der §§ 31a, 31b und 31c AO oder durch § 100a Abs. 2 Nr. 2 StPO n. F. die Gestattung der Telekommunikationsüberwachung bei Verdacht der Begehung gewisser Steu-

erstrafaten (vgl. dazu etwa *Nöding* StraFo 2007, 456; *Klawns* StRR 2008, 7). Der Begriff „Nebenstrafrecht“, mit dem (auch) das Steuerstrafrecht oft gekennzeichnet wird, wird jedenfalls heute seiner kriminologischen, soziologischen und kriminalpolitischen Bedeutung nicht ansatzweise gerecht. Es liegt nahe, dass der Bedarf nach qualifizierten „Steuerstrafrechtlern“ zunehmen wird. Wer sich allerdings beruflich fundiert mit dem Steuerstrafrecht befassen will, der, so hob *Rolletschke* schon im Vorwort der Erstauflage seines Lehrbuches treffend hervor, muss sowohl über steuerrechtliche als auch über strafrechtliche Kenntnisse verfügen. Dies zwingt allerdings nicht nur dazu, dass der „Steuerrechtler“ Strafrecht und der „Strafrechtler“ Steuerrecht lernen muss, sondern setzt auch die Kenntnis der zahlreichen Besonderheiten der Rechtsmaterie „Steuerstrafrecht“ voraus. Sie zu vermitteln ist Ziel des Buches, das vier Jahre nach Erscheinen der ersten Auflage nun eine Neuauflage erfahren hat. Es sind zahlreiche Änderungen, die mit ihr einher gehen. Während sich die frühere, noch bei Kohlhammer erschienene Auflage vor allem an Steuerberater ohne strafrechtliche Grundkenntnisse richtete und auch noch „Die Steuerhinterziehung“ hieß, wird nunmehr in erster Linie ein anderer Adressatenkreis angesprochen, nämlich Studenten des Schwerpunktstudiums. Das Buch gliedert sich übersichtlich in sechs Teile.

2. Es beginnt mit der Darstellung des materiellen Steuerstrafrechts. *Rolletschke* legt hier ein enges Begriffsverständnis zu Grunde, schichtet demnach die Zollstrafaten des Bannbruchs (§ 372 AO), des Schmuggels (§ 373 AO) und der Steuerhelerie (§ 374 AO) ab, und beschränkt sich, einer verbreiteten Praxis der Ausbildungsliteratur entsprechend (vgl. jüngst *Wulf* JuS 2008, 206 ff. und 2008, 314 ff.; *Gaede* JA 2008, 88 ff), auf die Darstellung der Steuerhinterziehung nach § 370 AO (S. 1 bis 92). *Rolletschke* belässt es dabei keinesfalls bei einer nur abstrakt bleibenden Beschreibung der einzelnen Tatbestandsmerkmale. Vielmehr streut er, didaktisch klug, zahlreiche Fallbeispiele ein und verbindet so konzeptionell Elemente eines Kommentars mit denen eines Lehrbuches. Schrifttum und Judikatur befinden sich auf aktuellem Stand. Dabei informiert *Rolletschke* stets zuverlässig; erstmals wertet er auch die rein elektronische „Fachpresse“ aus (etwa BGH, Beschl. vom 24. Mai 2007, 5 StR 72/07, HRRS 2007, 362 zur verdeckten Gewinnausschüttung auf S. 71). Der Rezensent hätte sich allerdings bei dem Thema der Schätzung der Besteuerungsgrundlagen eine etwas breitere Darstellung der geläufigen Schätzungsmethoden gewünscht. *Rolletschke* belässt es hier nämlich bei bloßen Schlagworten (Vermögenszuwachsrechnung, Geldverkehrsrechnung, Nachkalkulation, innerer und äußerer Betriebsvergleich, Richtsätze [S. 26]). Zwar zählt die Schätzung zum Festsetzungsverfahren, und damit zum eigentlichen Steuerrecht. Sie ist aber im Steuerstrafverfahren von erheblicher Bedeutung, denn die Finanzverwaltung darf die Besteuerungsgrundlagen dann schätzen, soweit diese nicht zu ermitteln oder zu berechnen sind. Eine Schätzungsbefugnis besteht also insbesondere dann, wenn der Sachverhalt unklar ist, weil der Steuerpflichtige seine Mitwirkungspflichten verletzt hat. Es ist kein Geheimnis und wird von Verteidigern und Steuerberatern immer wieder beklagt, dass die Finanzverwaltung in solchen Fällen allzu oft „offensiv“ schätzt und so das Zwangsmittelverbot des § 393 Abs. 1

S. 2 AO faktisch unterläuft. *Rolletschke* schlägt insoweit vor, dass die Finanzbehörde dem Eindruck, unzulässigen Zwang auf den Beschuldigten ausüben zu wollen, dadurch begegnen solle, dass sie die entsprechende Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) oder vorläufig (§ 165 AO) vornimmt (S. 226). Im Hinblick auf den studentischen Leserkreis, bei dem man ein entsprechendes Vorwissen nicht unbedingt voraussetzen kann, wäre in der dritten Auflage beim Thema „Schätzung“ zudem eine klare Hervorhebung wünschenswert, dass eine objektiv bestehende einfache Wahrscheinlichkeit für den Schuldspruch auch dann nicht genügt, wenn der Tatrichter von der Schuld des Angeklagten überzeugt sein sollte – ein immer wieder anzutreffendes Missverständnis seit BGHSt 10, 208, 210, wo davon die Rede ist, der Tatrichter könne nicht gehindert werden „mögliche“ Folgerungen zu ziehen. Indes: Die Überzeugung des Tatrichters trägt zur intersubjektiven Annehmbarkeit seiner Argumentation nichts bei. Zu Recht verlangt der Bundesgerichtshof deshalb das Beweismaß der hohen Wahrscheinlichkeit (grundlegend: BGH NJW 1988, 3273; weiterhin 1992, 921, 923; 1999, 1562, 1564), wonach die aus dem Beweisstoff gezogenen Schlüsse in hohem Maße plausibel sein müssen (ausführlich: *Herdegen*, in: FS Hanack [1999], S. 311, 324 ff.). Kurz: Die Überzeugung des Tatrichters kann Lücken im Objektiven nicht ausfüllen, sondern ist nur weitere Bedingung für die von ihm ausgesprochene Verurteilung (unscharf *Rolletschke*, S. 27).

Im Anschluss an die allgemeinen Ausführungen zu § 370 AO erläutert *Rolletschke* hinterziehungsrelevante Besonderheiten bei der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer (S. 54), der Vermögens- (S. 54), Lohn- (S. 56), Körperschafts- (S. 69) und Grunderwerbsteuer (S. 74) sowie der besonders „betrugsanfällig“ Umsatzsteuer (S. 57). Schwerpunkte bilden hier das materiell wie prozessual strafrechtliche Verhältnis der Umsatzsteuervoranmeldung (§ 18 Abs. 1 UStG) zur Umsatzsteuerjahreserklärung (§ 18 Abs. 3 UStG), des Weiteren die Erörterung der Frage nach der „Hinterziehbarkeit“ der in der Praxis immer noch sog. „§ 14 Abs. 3 – Steuer“, die denjenigen, der für nicht erbrachte Leistungen Scheinrechnungen schreibt, zum Schuldner des ausgewiesenen Umsatzsteuerbetrages erklärt (jetzt geregelt in § 14c Abs. 2 S. 1 UStG) und schließlich die Darstellung von Umsatzsteuerkarussellen. Das Kapitel schließt mit der Darstellung der Probleme um die besonders schwere Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 3 AO), in dessen Nr. 5 der Regelungsgehalt des verfassungsrechtlich umstrittenen und inzwischen abgeschafften § 370a AO teilweise eingegliedert wurde.

In der ersten Auflage war das Recht der Steuerordnungswidrigkeiten nur rudimentär behandelt worden. Nunmehr enthält das Buch in seinem 2. Teil eine ausführliche Erörterung auch dieser Rechtsmaterie. Im Anschluss an die gelungene Darstellung des hier wichtigsten Tatbestands, die leichtfertige Steuerverkürzung gem. § 378 AO (S. 93), wendet sich *Rolletschke* der Steuergefährdung gem. § 379 AO (S. 110) und der Gefährdung von Abzugssteuern (S. 121) zu. Erfreulich ist auch hier, dass er nicht innerhalb der Abgabenordnung „stehen bleibt“, sondern einmal mehr Sonderregelungen in seine Betrachtungen einbezieht, hier die ordnungswidrige

Schädigung des Umsatzsteueraufkommens gem. § 26b UStG und den Straftatbestand § 26c UStG (S. 126).

Die Erläuterungen zur Verjährung (3. Teil, S. 133) und zur Selbstanzeige (4. Teil, S. 159) lassen, wie auch schon zur Erstauflage treffend festgestellt wurde (*Weyand wistra* 2005, 254), keine Wünsche offen. Der 5. Teil befasst sich mit dem formellen Steuerstrafrecht, also dem spezifischen Steuerstrafverfahrensrecht (S. 193; *Rolletschke* spricht hier vom „formellen Steuerstrafverfahrensrecht“, was als Pleonasmus erscheint). Mit Blick auf die vorrangige Zielgruppe, nämlich Studenten des Schwerpunktbereichs und Berufsanfänger, ist in diesem Kapitel aber zu bemängeln, dass Hinweise auf von der herrschenden Ansicht abweichende Auffassungen leider nur spärlich Eingang in die Erläuterungen gefunden haben. So wird die auch praktisch wichtige Frage nach dem Recht auf Einsicht in das Fallheft der Steuerfahndung nur sehr oberflächlich behandelt; Nachweise auf neuere Literatur (etwa *Burkhard PStR* 2002, 256; *Viertelhausen wistra* 2003, 409; *Teubner PStR* 2003, 246) fehlen (S. 213). Unrichtig ist ferner der Hinweis, dass nur derjenige einen Pflichtverteidiger bekommen könne, der nicht in der Lage sei, die Kosten für einen gewählten Verteidiger aufzubringen. *Rolletschke* übersieht, dass die Regelung in der im Steuerstrafverfahren grundsätzlich anwendbaren StPO an dieser Stelle über das hinausgehen, was Art 6 Abs.3 EMRK gewährleistet (S. 216). Bei § 141 Abs. 3 StPO fehlt ein Hinweis auf die enorm wichtige Entscheidung BGHSt 46, 93 (S. 217). Auch die Erläuterungen zur Mehrfachverteidigung (S. 217 f.) bleiben zu spärlich. Allein die Erwähnung eventueller Interessenkollisionen ist unzureichend. Der Leser erfährt nicht, dass das, was strafprozessual zulässig ist, Parteiverrat iSv § 356 StGB sein kann; solche Konstellationen kommen gerade in Wirtschafts- und Steuerstrafverfahren gehäuft vor (grundlegend *Dahs NStZ* 1991, 561; vgl. auch *Bayer wistra* 2001, 401). Um nicht missverstanden zu werden: Die detaillierte Erörterung all dieser (und anderer) Aspekte gehört originär in ein Lehrbuch zum Strafverfahrensrecht. Eine vertiefte Behandlung der angesprochenen Fragen darf man daher in einem Spezial-Lehrbuch zum Steuerstrafrecht gewiss nicht verlangen; aber zumindest aus dem Fußnotenapparat sollte ersichtlich sein, dass und welche relevanten Streitfragen in Rechtsprechung und Literatur für das Strafverfahren als solches diskutiert werden.

Interessanterweise liefert *Rolletschke* solche Hinweise an anderer Stelle durchaus, nämlich bei der besonders gelungenen Darstellung des tatsächlich wie rechtlich schwierigen Verhältnisses zwischen dem anhängigen Steuerstrafverfahren und dem gleichzeitig fortlaufenden Besteuerungsverfahren im neu hinzugekommenen 6. Teil des Buches (S. 223). Bei Erörterung der Frage, welche Folgen es nach sich zieht, wenn gegen das Zwangsmittelverbot oder die Belehrungspflichten verstoßen wird, führt *Rolletschke* die richtungweisende Entscheidung BGHSt 38, 214 an, mag er sie auch nicht nach der amtlichen Sammlung zitieren (S. 236).

3. Das Fazit fällt eindeutig aus. Zwar wünscht man sich, und zwar gerade mit Blick auf die im Vorwort angesprochenen Leserkreise (Studenten im Schwerpunktstudium und „Berufsanfängern, seien es Juristen oder Steuerberater“), eine etwas tiefere und sorgfältigere Bearbeitung der spezifisch strafverfahrensrechtlichen Fragestellungen im 5. Teil des Lehrbuches. Immerhin müsste dies in einer dritten Auflage problemlos möglich sein, denn erstaunlicherweise sind gerade hier eine ganze Reihe von Randnummern „einstweilen unbesetzt“ (Rn. 670, 687, 696 f., 711, 719, 730, 737, 740, 747, 767, 769, 789, 794, 800, 808, 812, 817, 827, 835, 839, 853, 858, 864, 870, 874). Sollte dies ein Zeichen dafür sein, dass das, was hier für die sicherlich zu erwartende Neuauflage vorgeschlagen wird, schon längst geplant ist? Wie dem auch sei: *Stefan Rolletschke* hat mit seinem „Steuerstrafrecht“ ein Lehrbuch vorgelegt, dessen Anschaffung gewiss lohnt. Es sind nicht zuletzt die Beispielfälle, die den Zugang und das Verständnis zu der nicht einfachen Rechtsmaterie „Steuerstrafrecht“ wesentlich erleichtern; und mehr noch: Die Zielsetzung, nur ein „Einstiegslehrbuch zum Steuerstrafrecht“ zu sein (Vorwort), ist bei Weitem erreicht. Denn „der *Rolletschke*“ bietet auch dem erfahrenen, das Strafprozessrecht beherrschenden Steuerstrafverteidiger, ein praxistaugliches Kompendium, mit dessen Hilfe mehr als nur eine erste Orientierung möglich ist. Jedenfalls auf dem Schreibtisch des Rezensenten steht es in Zukunft griffbereit.

Dr. **Ralf Neuhaus**, Fachanwalt für Strafrecht, Dortmund, Lehrbeauftragter an der Universität Bielefeld

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.

470. BGH 2 StR 10/08 - Beschluss vom 30. April 2008 (LG Aachen)

Verwerfung eines Ablehnungsantrags (Verschleppungsabsicht).

§ 26a Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO

471. BGH 2 StR 19/08 - Urteil vom 2. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (Spielraum des Tatrichters; Urteilsgründe); Überzeugungsbildung.

§ 261 StPO; 267 Abs. 3 StPO

472. BGH 2 StR 19/08 - Beschluss vom 2. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Entschädigung für erlittene Strafverfolgungsmaßnahmen (grob fahrlässige Verursachung; „Anerkenntnis“ nicht geleisteter Unterschrift als eigene).

§ 5 Abs. 2 Satz 1 StrEG; § 8 Abs. 1 Satz 1 StrEG

473. BGH 2 StR 31/08 - Beschluss vom 9. April 2008 (LG Bonn)

Strafzumessung (Berücksichtigung einer tilgungsreifen Vorstrafe); eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts.

§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StGB

474. BGH 2 StR 46/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Darmstadt)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafe (Beruhen).

§ 154 StPO; § 54 StGB; § 337 StPO

475. BGH 2 StR 50/08 - Beschluss vom 5. März 2008 (LG Gera)

Gefährliche Körperverletzung (bedingter Vorsatz; bewusste Fahrlässigkeit; Abgrenzung; hinreichende Feststellungen); Rücktritt vom unbeeendeten Versuch (freiwilliges Aufgeben).

§ 224 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

476. BGH 2 StR 112/08 - Beschluss vom 9. April 2008 (LG Darmstadt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichende Erfolgsaussicht); Urteilsgründe (Darlegung der Voraussetzungen einer Maßregel).

§ 64 StGB; 267 Abs. 3 StPO

477. BGH 2 StR 144/08 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Frankfurt am Main)

MDMA-Base (nicht geringe Menge); Einziehung (genaue Bezeichnung der Gegenstände; Anlage zum Tenor).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 29a BtMG; § 74 StGB

478. BGH 2 StR 154/08 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Aachen)

Verjährung; Strafzumessung (Beruhen).

§ 78 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

479. BGH 2 StR 57/08 - Beschluss vom 19. März 2008 (LG Gera)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung); Beschlussverfahren.

§ 55 StGB; § 460 StPO; § 462 StPO

480. BGH 2 StR 85/08 - Beschluss vom 12. März 2008 (LG Gera)

Zumessung von Jugendstrafe (Ausschluss der Strafaussetzung zur Bewährung).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 21 JGG

481. BGH 2 StR 94/08 - Beschluss vom 16. April 2008 (LG Frankfurt am Main)

Mord (besondere Schwere der Schuld; Heimtücke; Beruhen).

§ 211 StGB; § 337 StPO

482. BGH 2 StR 169/08 - Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Darmstadt)

Unterlassene Belehrung über das Recht auf konsularischen Beistand (Beruhen).

Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK; § 337 StPO

483. BGH 2 StR 183/08 - Beschluss vom 30. April 2008 (LG Darmstadt)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zulässigkeit); Versäumnis des Pflichtverteidigers (Glaubhaftmachung; anwaltliche Versicherung).

§ 44 StPO; § 45 StPO

484. BGH 2 StR 185/08 - Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Hanau)

Täterschaft; Beihilfe; Bande.

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 30 BtMG

485. BGH 2 StR 485/06 - Beschluss vom 16. April 2008

Gegenvorstellung; Anhörungsrüge (Glaubhaftmachung).
§ 356a StPO

486. BGH 2 ARs 152/08 / 2 AR 81/08 - Beschluss vom 30. April 2008

Abgabe der Sache an das Wohnsitzgericht (Wohnsitzwechsel von Anklageerhebung); Übertragung der Zuständigkeit (wichtige Gründe).
§ 42 Abs. 3 JGG; § 12 Abs. 2 StPO

487. BGH 3 StR 9/08 - Beschluss vom 6. März 2008 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Aufklärungspflicht; rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrags (Bedeutungslosigkeit; antizipierende Beweiswürdigung; Gewicht der unter Beweis gestellten Tatsache).
§ 29a BtMG; § 244 Abs. 3 StPO

488. BGH 3 StR 36/08 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Verden)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verzögerung; Kompensation: bloße Feststellung in den Urteilsgründen).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

489. BGH 3 StR 46/08 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Kiel)

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

490. BGH 3 StR 51/08 - Beschluss vom 3. März 2008 (LG Oldenburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Sollvorschrift; Hang; tatsächliche Ausübung des tatrichterlichen Ermessens).
§ 64 StGB

491. BGH 3 StR 69/08 - Beschluss vom 27. März 2008 (LG Duisburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vorwegvollzug (Halbstrafenzeitpunkt; voraussichtliche Dauer der Maßregel).
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB

492. BGH 3 StR 74/08 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Osnabrück)

Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit; Begründung; Auf-der-Hand-Liegen); besonders schwere Brandstiftung; Betrug zum Nachteil einer Versicherung (Repräsentantenhaftung; Ehemann); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung).
§ 244 StPO; § 306a StGB; § 306b StGB; § 263 StGB; § 61 VVG; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

493. BGH 3 StR 81/08 - Urteil vom 17. April 2008 (LG Itzehoe)

Aufklärungsrüge (Frage an Sachverständigen; Aufdrängen); Freispruch (Beweiswürdigung).
§ 244 Abs. 2 StPO; 261 StPO

494. BGH 3 StR 113/08 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Hannover)

Beschränkung des Verfahrens; Zumessung der Jugendstrafe (Beruhen).
§ 154a StPO; § 17 JGG; § 337 StPO

495. BGH 3 StR 116/08 - Beschluss vom 14. Mai 2008 (LG Wuppertal)

Aufklärungspflicht (unterlassene Vernehmung eines Zeugen; Drängen zur Vernehmung eines Zeugen).
§ 244 Abs. 2 StPO

496. BGH 3 StR 86/08 - Beschluss vom 9. April 2008 (LG Verden)

Anklageprinzip; Verfahrenshindernis (fehlende Anklage); prozessuale Tat; Tat im materiellrechtlichen Sinne.
§ 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 206a StPO

497. BGH 3 StR 91/08 - Beschluss vom 3. April 2008 (LG Düsseldorf)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

498. BGH 3 StR 93/08 - Beschluss vom 1. April 2008 (LG Hildesheim)

Gesamtstrafenbildung (sehr starke Erhöhung der Einsatzstrafe); Urteilsgründe.
§ 54 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

499. BGH 3 StR 98/08 - Beschluss vom 15. Mai 2008 (LG Flensburg)

Vereidigung (Verfahrensrüge; Entscheidung des Gerichts).
§ 338 Nr. 8 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 67 StPO; § 59 StPO

500. EGMR Nr. 15100/06 (1. Kammer) - Urteil vom 21. Februar 2008 (Pyrgiotakis v. Griechenland)

Recht auf ein faires Strafverfahren (unzulässige Tatprovokation; mittelbare Tatprovokation; agent provocateur; V-Mann; V-Leute; Einsatz Verdeckter Ermittler; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung; Beweisrecht); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 EMRK; § 110a StPO

501. BGH 3 StR 376/07 - Urteil vom 6. März 2008 (LG Krefeld)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung und rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Pflicht zur Anlage von Doppelakten; eigene Kompensationsentscheidung des Revisionsgerichts).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

502. BGH 3 StR 378/07 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Hannover)

Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (Unterbringung in der Sicherungsverwahrung).
§ 275a StPO; § 2 Abs. 2 Nr. 1 StrEG; § 8 StrEG

503. BGH 3 StR 416/07 - Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG Hildesheim)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Beginn der Hauptverhandlung bei Umfangverfahren).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

504. BGH 3 StR 505/07 - Urteil vom 21. Februar 2008 (LG Saarbrücken)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation; Vollstreckungslösung; Bewertungsspielraum des Tatrichters).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 51 Abs. 1 StGB

505. BGH 3 StR 514/07 - Urteil vom 6. März 2008 (LG Wuppertal)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Feststellungen; Urteilsgründe; Kompensation; Vollstreckungslösung); Strafzumessung (Belastung durch die Dauer des Strafverfahrens); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bandenabrede).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 267 Abs. 3 StPO; § 46 StGB; § 30 BtMG

506. BGH 3 StR 526/07 - Beschluss vom 27. März 2008 (LG Oldenburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Verstoß gegen das Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch; Pökelinjektor).
§ 154 Abs. 2 StPO; § 59 Abs. 1 Nr. 7 LFGB; § 11 Abs. 1 LFGB

507. BGH 3 StR 538/07 - Urteil vom 6. März 2008 (LG Stade)

Vorwegvollzug der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Halbstrafenzeitpunkt; zusätzliches Strafübel).
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB

508. BGH 3 StR 562/07 - Beschluss vom 11. März 2008 (LG Kiel)

Unzulässige Revision; Rücknahme der Revision anlässlich einer Haftprüfung (sachwidrige Verknüpfung mit Haftverschonung; unzulässige Willensbeeinflussung; Beweis).
§ 302 StPO; § 136a Abs. 1 StPO

509. BGH StB 4/08 - Beschluss vom 15. Mai 2008

Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (Anfangsverdacht); Folter (Verwertbarkeit von Erkenntnissen zur Begründung eines Anfangsverdachts).
Art. 15 UN-Antifolterübereinkommen; Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; § 136a StPO

510. BGH StB 5/08 - Beschluss vom 15. Mai 2008

Einleitung eines Ermittlungsverfahrens (Anfangsverdacht); Folter (Verwertbarkeit von Erkenntnissen zur Begründung eines Anfangsverdachts).
Art. 15 UN-Antifolterübereinkommen; § 136a StPO

511. BGH 1 StR 104/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Augsburg)

Missbräuchliches Verteidigerverhalten (Aufgabe der Verteidigung; falscher Revisionsvortrag).
Vor § 1 StPO; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

512. BGH 1 StR 105/08 - Beschluss vom 3. April 2008 (LG Nürnberg)

Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung nach der Vollstreckungslösung.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK

513. BGH 1 StR 116/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Nürnberg)

Festsetzung einer versäumten Einzelstrafe durch das Revisionsgericht.
§ 354 Abs. 1 StPO analog

514. BGH 1 StR 132/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Würzburg)

Augenscheinseinnahme während des Ausschlusses der Öffentlichkeit für die Dauer einer Zeugenvernehmung.
§ 338 Nr. 6 StPO; § 171b GVG

515. BGH 1 StR 144/08 - Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Stuttgart)

Vorwegvollzug (zwingende Regelung; Ermöglichung einer Halbstrafenaussetzung; Entscheidung analog § 354 Abs. 1 StPO).
§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

516. BGH 1 StR 165/08 - Beschluss vom 23. April 2008 (LG Tübingen)

Folgenlos unterlassene Mitteilung des Hauptverhandlungstermins gegenüber dem Betreuer; Aufklärungspflicht.
§ 149 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 140 StPO; § 24 Abs. 1 Nr. 2 u. Abs. 2 GVG; § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO

517. BGH 1 StR 166/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Ravensburg)

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

518. BGH 1 StR 167/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Bamberg)

Unwirksame Beschränkung der Revision auf die Anordnung des teilweisen Vorwegvollzugs der neben der Maßregel verhängten Freiheitsstrafe; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (erforderlicher Hang; Symptomwert einzelner Taten).
§ 64 StGB; § 67 StGB

519. BGH 1 StR 169/08 - Beschluss vom 24. April 2008 (LG Stuttgart)

Überwachung von „Hintergrundgesprächen“ (Telekommunikationsüberwachung; Telephonüberwachung; Abgrenzung zu Raumgesprächen).
§ 100a StPO; § 100c StPO

520. BGH 1 StR 176/08 - Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG München)

Strafverfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauchs von Schutzbefohlenen (Verwertung bei der Strafzumes-

sung); redaktioneller Hinweis.

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

521. BGH 1 StR 223/08 - Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

522. BGH 1 StR 488/07 - Beschluss vom 20. März 2008 (LG Mannheim)

BGHR; Vorsatz und Vermögensnachteil bei der Untreue bei riskanten Handlungen (Gefährdungsschaden und endgültiger Vermögensnachteil; bedingter Vorsatz; direkter Vorsatz); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Terminierung in Wirtschaftsstrafsachen; Verhandlungsdichte; Bedeutung des Zwischenverfahrens; Darlegungspflichten bei der Verfahrensrüge); Geltung des Verschlechterungsverbots auch bei der Vollstreckungslösung.

§ 266 StGB; § 213 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

523. BGH 4 StR 118/08 - Beschluss vom 17. April 2008 (LG Dessau)

Rechtsfehlerhaft gebildeter Gesamtstrafenausspruch (Nachteilsausgleich bei Zäsurwirkung).

§ 54 StGB

524. BGH 4 StR 133/08 - Beschluss vom 24. April 2008 (LG Siegen)

Tenorierung bei der versuchten besonders schweren Vergewaltigung.

§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB

525. BGH 4 StR 21/08 - Beschluss vom 8. April 2008 (LG Bielefeld)

Vorwegvollzug (zwingende Regelung; Ermöglichung einer Halbstrafenaussetzung; Entscheidung analog § 354 Abs. 1 StPO).

§ 67 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5 Satz 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

526. BGH 4 StR 42/08 - Urteil vom 15. April 2008 (LG Neubrandenburg)

Erörterungsmangel bezüglich der Begehung eines schweren Raubes (finale Verknüpfung der Gewalthandlung; fortwirkende Gewalt; Drittzueignungsabsicht).

§ 250 StGB

527. BGH 4 StR 89/08 - Beschluss vom 3. April 2008 (LG Saarbrücken)

Konkurrenzen zwischen einfacher Körperverletzung und besonders schwerer Vergewaltigung; Erörterungsmangel zu einer kompensationspflichtigen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung.

§ 223 StGB; § 177 Abs. 4 Nr. 2 a StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

528. BGH 4 StR 94/08 - Beschluss vom 15. April 2008 (LG Bochum)

Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben bei Kuriertätigkeiten und Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln.

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

529. BGH 4 StR 135/08 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Hechingen)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 StPO

530. BGH 4 StR 136/08 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Magdeburg)

Ausschluss des Ausschlusses einer Aufhebung der Steuerungsfähigkeit bei der Tat (krankhafter psychiatrischer Zustand; Schizophrenie); rechtfertigende Verneinung der Anordnung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 21 StGB; § 63 StGB

531. BGH 4 StR 148/08 - Beschluss vom 29. April 2008 (LG Bochum)

Begünstigung (Erfassung nur unmittelbarer Vorteile aus der Tat; Zurverfügungstellung eines E-Bay-Accounts; Subsidiaritätsklausel); Hehlerei; Diebstahl; Bestimmung der Konkurrenzen beim Gehilfen nach dessen Handlungen.

§ 257 StGB; § 259 StGB; § 242 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB

532. BGH 4 StR 166/08 - Beschluss vom 8. Mai 2008 (LG Dortmund)

Rechtsfehlerhafte Einziehung eines Mobiltelefons nach § 33 BtMG (Beziehungsgegenstand); Einziehung.

§ 33 BtMG; § 74 StGB

533. BGH 4 StR 587/07 - Beschluss vom 22. April 2008 (LG Hagen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

534. BGH 4 StR 634/07 - Beschluss vom 17. April 2008 (LG Stralsund)

In der Regel keine Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs beim Abschneiden von Haaren („Dreadlockfall“).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

535. BGH 4 StR 639/07 - Urteil vom 15. April 2008 (LG Saarbrücken)

Gefährdung des Straßenverkehrs (absolute und relative Fahrunfähigkeit; Bedeutung von Fahrfehlern; Überholen an Fußgängerüberwegen); Tötungsvorsatz (Totschlag; Hemmschwelle).

§ 315c Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 2 Buchst. c StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

536. BGH 4 ARs 22/07 - Beschluss vom 15. April 2008 (OLG Bamberg)

BGHSt; Auslieferungsverbot nach Strafverfolgungsverjährung in Deutschland (Europäischer Haftbefehl; Polen); rahmenbeschlusskonforme Auslegung; Rückwirkungsverbot (Rechtsstaatsgebot).

Art. 16 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. (1) a EuAIÜbk; Art. 10 EuAIÜbk; Art. 4 EuAIÜbkErgV POL; Art. 4 Nr. 4 RbEuHb; Art. 31 RbEuHb; § 1 IRG; § 9 Nr. 2 IRG; § 78 IRG; Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

537. BGH 5 StR 19/08 - Beschluss vom 14. April 2008 (LG Berlin)

Sicherungsverwahrung (Gesamtwürdigung bei verschiedenen Symptomtaten).

§ 66 Abs. 1 StGB

538. BGH 5 StR 29/08 – Urteil vom 2. April 2008 (LG Hof)

Steuerhinterziehung (Zigaretenschmuggel; Strafzumessung bei Observation und Grenzen der Revisibilität); Verfall (Härtefallklausel).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB

539. BGH 5 StR 32/08 – Beschluss vom 15. April 2008 (LG Braunschweig)

Erörterungsmangel zum minder schweren Fall bei sexuellem Missbrauch von Kindern.

§ 176 Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.

540. BGH 5 StR 6/08 – Urteil vom 16. April 2008 (LG Cottbus)

Beweiswürdigung hinsichtlich des Vergewaltigungsvorsatzes (Irrtum; ambivalentes Verhalten des Opfers; ausnahmsweise Pflicht zur Darstellung einer früheren Aussage der Nebenklägerin bei Freispruch); sexueller Missbrauch von Jugendlichen.

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 182 StGB

541. BGH 5 StR 34/08 – Urteil vom 6. Mai 2008 (LG Görlitz)

Untreue zulasten einer GmbH durch Herbeiführung der Überschuldung und Auszahlung des Stammkapitals (Entzug von kapitaleretzenden Darlehen; Herbeiführung einer unberechtigten Freistellung; Feststellung anhand eines Überschuldungsstatus; Bilanzverkürzung; Aktivtausch); Insolvenzverschleppung.

§ 266 StGB; § 30 GmbHG; § 32b GmbHG; § 64 Abs. 1 GmbHG; § 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG

542. BGH 5 StR 42/08 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Hamburg)

Beweiswürdigung bei Vergewaltigung (mangelnde Aussagekonstanz; Aussage gegen Aussage; Bestätigung durch ein tragfähiges Indiz außerhalb der belastenden Zeugenaussage).

§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

543. BGH 5 StR 44/08 – Urteil vom 15. April 2008 (LG Braunschweig)

Bedingter Tötungsvorsatz; Rücktritt vom unbeeendeten Versuch; verminderte Schuldfähigkeit (Aufklärungspflicht; Hinzuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen; ungewöhnliche Diskrepanzen zwischen Tatbild und Täterpersönlichkeit).

§ 15 StGB; § 24 StGB; § 212 StGB; § 21 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

544. BGH 5 StR 62/08 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Hamburg)

Konkurrenzen bei der Steuerhinterziehung (Abgabe mehrerer Steuerhinterziehungen); Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerung (keine Beschwerde des Angeklagten bei Kompensation nach altem Strafzumessungsmodell; Verschlechterungsverbot).

§ 370 AO; § 53 StGB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

545. BGH 5 StR 68/08 – Beschluss vom 15. April 2008 (LG Berlin)

Konkurrenzverhältnisse beim gewerbsmäßigen und bandenmäßigen Betrug (ausnahmsweise Auswirkung auf die Gesamtstrafe).

§ 263 Abs. 3 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 54 StGB

546. BGH 5 StR 70/08 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

547. BGH 5 StR 71/08 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Braunschweig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

548. BGH 5 StR 76/08 – Beschluss vom 3. April 2008 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

549. BGH 5 StR 80/08 – Beschluss vom 1. April 2008 (LG Berlin)

Anwendung der Vollstreckungslösung nach rechtsstaatswidriger Verzögerung.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK

550. BGH 5 StR 86/08 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

551. BGH 5 StR 90/08 – Beschluss vom 1. April 2008 (LG Potsdam)

Tateinheit beim Betrug auf Grund eines Organisationsdelikts (Konkurrenzverhältnisse; Auswirkung auf die Gesamtstrafenbildung); Strafzumessung (erforderliche Feststellungen).

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 54 StGB; § 46 StGB

552. BGH 5 StR 92/08 – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Braunschweig)

Heimtückemord nach vorherigem Angriff auf das Opfer (Arglosigkeit und Wehrlosigkeit bei mehraktigen Tatgeschehen; fortwirkender Entzug von Verteidigungsmöglichkeiten); besondere Schwere der Schuld (Wertungsfehler hinsichtlich des Nachtatverhaltens).

§ 211 StGB; § 57a StGB

553. BGH 5 StR 100/08 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

554. BGH 5 StR 103/08 – Beschluss vom 15. April 2008 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

555. BGH 5 StR 107/08 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

556. BGH 5 StR 115/08 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Frankfurt)

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

557. BGH 5 StR 117/08 – Beschluss vom 1. April 2008 (LG Berlin)

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

558. BGH 5 StR 118/08 – Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Frankfurt)

Vollständige Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (Erfassung aller Verzögerungszeiten; Vollstreckungslösung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

559. BGH 5 StR 129/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

Unberechtigte Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs wegen Besorgnis der Befangenheit (Recht auf den gesetzlichen Richter; Verfolgung verfahrensfremder Zwecke); redaktioneller Hinweis.

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

560. BGH 5 StR 140/08 – Beschluss vom 1. April 2008 (LG Berlin)

Erörterungsmangel hinsichtlich der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Drogenabhängigkeit; Ermessensausfall bei der Fassung als Sollvorschrift).

§ 64 StGB

561. BGH 5 StR 155/08 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Wuppertal)

Unzureichende Darstellung, ob die in Anwendung der Vollstreckungslösung gewährte Kompensation zugunsten nach Art und Ausmaß den eingetretenen Verzögerungen angemessen ist; Strafzumessung (ausländerrechtliche Folgen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 46 StGB

562. BGH 5 StR 157/08 – Beschluss vom 14. April 2008 (LG Braunschweig)

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

563. BGH 5 StR 159/08 – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Hamburg)

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

564. BGH 5 StR 163/08 – Beschluss vom 6. Mai 2008 (LG Hamburg)

Minder schwerer Fall des Totschlags (seelische Kränkungen: vermeintlicher Betrug; Beleidigungen; Handeln ohne eigene Schuld: Eskalation durch den Angeklagten; Doppelverwertungsverbot).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

565. BGH 5 StR 167/08 – Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Berlin)

Ausschluss einer verminderten Schuldfähigkeit wegen einer schweren Persönlichkeitsstörung (gebotene Prüfung der Behandlungsbedürftigkeit im Vollzug).
§ 21 StGB

566. BGH 5 StR 200/08 (alt: 5 StR 414/07) – Beschluss vom 20. Mai 2008 (LG Dresden)

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

567. BGH 5 StR 218/07 – Beschluss vom 14. April 2008 (LG Berlin)

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

568. BGH 5 StR 354/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

BGHR; Vermögensbetreuungspflicht des Vermieters für Kautionen bei Wohnraummiete und bei Gewerberaum- miete (Einzahlungen der Kautionen auf die Girokonten im Kontokorrent; Begründung durch Gesetz und durch Vertrag); Vermögensnachteil (Vermögensgefährdung); Gehilfenvorsatz bei der Untreue; Untreue durch Unter- lassen; Begriff des Verbotsirrtums; Beweiswürdigung (Stützung auf bloße Vermutungen: hier Vorverurteilung); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Kompensation; Vollstreckungslösung; mögliches Verfahrenshindernis; Einstellung; Verschlechterungsverbot).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 550b Abs. 2 BGB a.F.; § 551 Abs. 3 BGB; § 27 StGB; § 13 StGB; § 17 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

569. BGH 5 StR 442/07 – Beschluss vom 15. April 2008

Unbegründet Anhörungsgrüge.
§ 356a StPO

570. BGH 5 StR 529/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Berlin)

Vorrang von Freispruch vor Einstellung.
§ 260 Abs. 3 StPO

571. BGH 5 StR 357/07 – Urteil vom 1. April 2008 (LG Hamburg)

Vom Generalbundesanwalt für durchgreifend erachtete widersprüchliche Besetzungsrüge (willkürliche Entpflichtung eines Schöffen; mangelndes Rechtsschutzbedürfnis; Besetzungsrüge; Verwirkung); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren.

§ 222b Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StPO; § 338 Nr. 1 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

572. BGH 5 StR 547/07 – Beschluss vom 17. April 2008 (LG Arnshausen)

Steuerhinterziehung durch verdeckte Gewinnausschüttung (Mittäterschaft; Kompensationsverbot); Hinterziehung von Kirchensteuern; Verhältnis von Betrug und Steuerhinterziehung; wirksamere Verteidigung gegen Betrug (Hinweispflicht).

§ 263 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1, Satz 3 AO; § 25 Abs. 2 StGB; § 53 StGB; § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG; § 265 StPO

573. BGH 5 StR 566/07 – Beschluss vom 2. April 2008 (LG Chemnitz)

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

574. BGH 5 StR 589/07 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Frankfurt)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes (bedingter Vorsatz hinsichtlich des Alters des Opfers); sexueller Missbrauch einer Jugendlichen.
§ 176a Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.; § 15 StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB

575. BGH 5 StR 598/07 (alt: 5 StR 345/04 5 StR 541/06) – Beschluss vom 14. April 2008 (LG Berlin)

Keine Beschwerde wegen Anwendung des Anrechnungsmodells (Kompensation durch Vollstreckungslösung).
Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

576. BGH 5 StR 615/07 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Berlin)

Bedingter Vorsatz bei Wirtschaftsstraftaten und Betrug; Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Betrug; Gewerbsmäßigkeit beim Betrug.
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

577. BGH 5 StR 616/07 – Beschluss vom 16. April 2008 (LG Berlin)

Kein Vermögensschaden bei Absicht vertragswidriger Weitervermietung eines Leasingguts.
§ 263 StGB

578. BGH 5 StR 622/07 – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Potsdam)

Tatrichterlicher Beurteilungsspielraum bei der Mittäterschaft (Zurechnung mittelbarer Täterschaft; eigener Tatbeitrag; Tatplan); gewerbsmäßiger Betrug.
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 25 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. StGB; § 25 Abs. 2 StGB

579. BGH 5 StR 622/07 – Beschluss vom 2. April 2008

Berichtigungsbeschluss.
§ 349 StPO

580. BGH 5 StR 631/07 – Beschluss vom 31. März 2008 (LG Braunschweig)

Verfall von Wertersatz (entgegenstehende Ansprüche des Verletzten: Herausgabeansprüche bei Schmiergeld); keine Beschwerde des Angeklagten durch Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerung mithilfe der Strafzumessungslösung.
§ 77 Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 6 EMRK; Art. 13 EMRK

581. BGH 5 StR 633/07 – Urteil vom 2. April 2008 (LG Cottbus)

Beweiswürdigung bei Vergewaltigung; Gesamtstrafenbildung.
§ 54 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

582. BGH 5 StR 634/07 – Beschluss vom 7. Mai 2008 (LG Hamburg)

Bandendiebstahl; bandenmäßiges Handeltreiben (Mittäterschaft und Bandenmitgliedschaft); mittelbare Täterschaft (Organisationsdelikt).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 30 BtMG; § 25 Abs. 1 Satz 1 2. HS StGB

583. BVerfG 2 BvR 103/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Essen/AG Hattingen)

Durchsuchung wegen handwerksrechtlicher Verstöße (Betrieb eines eintragungspflichtigen Gewerbes; bloße Auftragsvermittlung); Durchsuchungsbeschluss (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen; falsche Grundlage bei Verhältnismäßigkeitsprüfung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

584. BVerfG 2 BvR 1532/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2008 (KG Berlin/LG Berlin)

Anrechnung einer ausländischen Militärstrafe (keine Gesamtstrafenfähigkeit; lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsrechtlich ausreichende Kompensation durch Absehen von der Feststellung besonderer Schwere der Schuld); Freiheit der Person; Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 51 Abs. 1 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

585. BVerfG 2 BvR 1801/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2008 (LG Osnabrück/AG Osnabrück)

Durchsuchung einer Anwaltskanzlei (Strafverteidiger; Tatverdacht der Beleidigung eines Richters durch Vorwurf der Rechtsbeugung); Durchsuchungsanordnung (Darstellung eigenverantwortlicher Prüfung; Auffindungsvermutung; Schwere des Tatvorwurfs); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 102 StPO; § 105 StPO; § 185 StGB; § 164 Abs. 2 StGB

586. BVerfG 2 BvR 1866/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Kiel/AG Rendsburg)

Durchsuchung wegen Verdachts eines Verstoßes gegen handwerksrechtliche Vorschriften (Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss; Substantiierung des Tatverdachts; Abgrenzung zwischen Grundtatbestand nach der Handwerksordnung und Qualifikation nach dem Schwarzarbeitsgesetz; Verhältnismäßigkeit); Unverletzlichkeit der Wohnung.

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

587. BVerfG 2 BvR 1915/02 und 2 BvR 2029/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG Bad Kreuznach/AG Bad Kreuznach)

Durchsuchung wegen handwerksrechtlicher Verstöße (Betrieb eines eintragungspflichtigen Gewerbes); Durchsuchungsbeschluss (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen; Benennung der einschlägigen Strafvorschrift, von Tathandlung und Tatzeitraum, aufzufindende Beweismittel).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 117 Abs. 1 Nr. 1 HwO; § 1 Abs. 1 HwO; § 1 Abs. 1 Nr. 3 SchwarzArbG a.F.

588. BVerfG 2 BvR 2219/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 12. März 2008 (OLG Hamm/LG Münster/Landesbeauftragter für den Maßregelvollzug Nordrhein-Westfalen)

Recht auf Besuchsempfang im Maßregelvollzug (routinemäßiges Abhängigmachen von einem vorhergehenden Gespräch des Besuchers mit einem Therapeuten; Vorverlagerung der Eingriffschwelle bei Eingriffen zur Feststellung, ob eine konkrete Gefahr für Sicherheit und Ordnung vorliegt); Anspruch auf Schutz der Familie; gericht-

liche Prüfungspflichten bei der Auslegung und Anwendung von Ermächtigungen zum Grundrechtseingriff.

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 9 Abs. 2 MRVG NRW; § 116 Absatz 1 StrVollzG

589. BVerfG 2 BvR 2380/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 23. Januar 2008 (OLG München/LG Deggendorf)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (zureichende Beurteilungsgrundlage; Anspruch auf Begutachtung durch externen Sachverständigen im Einzelfall; krankhafte Vorstellung nicht unvoreingenommen begutachtet zu werden); Freiheit der Person.

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 63 StGB; § 67e StGB; § 74 StPO