

HRR-Strafrecht

Höchstrichterliche Rechtsprechung zum
Strafrecht, Internetzeitung für Strafrecht

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

HERAUSGEBER

RA Gerhard Strate

Grindelallee 164, 20146 Hamburg

gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Assistent Karsten Gaede

Freie Strasse 15, CH 8032 Zürich

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

4. Jahrgang, Mai 2003, Ausgabe **5**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EGMR

EGMR Nr. 39339/98 – Urteil v. 8. April 2003 (M.M. v. Niederlande, 2. Kammer)

Einschaltung von Privaten / Privatpersonen in die Strafverfolgung (Tatprovokation; Ermittlung; Eigenverantwortlichkeit des Privaten; Verantwortlichkeit des Staates; Zurechnung; maßgeblicher Beitrag; Umgehungsverbot; hypothetische Formen der Beweisermittlung); Recht auf Achtung des Privatlebens / der ungestörten Korrespondenz (Telekommunikationsüberwachung; Telefonüberwachung; Hörfälle; Verhältnismäßigkeit; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; Gesetzesvorbehalt).

Art. 8 EMRK; Art. 1 EMRK

1. Der Umstand, dass Private hinsichtlich ihrer Mitwirkung bei der Strafverfolgung eigenverantwortlich handeln, schließt die Anwendung der Garantien der EMRK (hier: Art. 8 EMRK) nicht aus. Soweit ein maßgeblicher Beitrag der staatlichen Behörden zum Vorgehen der Privatperson vorliegt, unterliegt die Einschaltung Privater den Anforderungen der EMRK. Die EMRK darf nicht so ausgelegt werden, dass sie von den Strafverfolgungsbehörden der Vertragsstaaten in Form der Einschaltung von Privatpersonen umgangen werden kann.

2. Ein Beitrag des Staates, der zur Zurechnung von Privathandlungen führt, liegt insbesondere dann vor, wenn überführende Telefongespräche durch staatliche Behörden angeregt werden und/oder ein Aufnahmegerät für diese Gespräche zur Verfügung gestellt wird.

3. Der maßgebliche Beitrag darf nicht erst dann bejaht werden, wenn die Eigenverantwortlichkeit der Privatper-

son ausgeschaltet ist. Allein die Möglichkeit, dass die Privatperson die Aufnahme eines Telefongesprächs auch ohne die Mitwirkung der Behörden hätte durchführen können, führt nicht zur Unbeachtlichkeit einer tatsächlich erfolgten Mitwirkung der staatlichen Behörden.

4. Ein durch die dem Staat zurechenbare Einschaltung von Privatpersonen in die Strafverfolgung erfolgender Eingriff verletzt Art. 8 EMRK, es sei denn er basiert auf einem Gesetz im Sinne der EMRK, verfolgt ein gemäß Art. 8 II EMRK legitimes Ziel und ist in einer demokratischen Gesellschaft notwendig (verhältnismäßig im Sinne des Art. 8 EMRK).

BVerfG 2 BVR 397/02 – Beschluss vom 6. März 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG)

Willkürverbot (sachfremde Erwägungen; objektive Kriterien; Verkennung der Rechtslage in krasser Weise; nicht vertretbare Rechtsansicht); Ausländerrecht (Duldung; Abschiebung; Abschiebungshindernis; fehlender Identitätsnachweis; willkürliche Verwaltungspraxis); Gesetzlichkeitsprinzip (keine Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung über die Strafbarkeit; Bestimmtheitsgrundsatz; Verwaltungsakzessorietät); *omissio libera in causa*. Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; § 55 Abs. 1 AuslG; § 55 Abs. 2 AuslG; § 13 StGB

1. Die Auslegung des Gesetzes und seine Anwendung auf den einzelnen Fall sind Sache der dafür zuständigen Gerichte und der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht grundsätzlich entzogen (vgl. BVerfGE 18, 85, 92 f.). Ihm obliegt lediglich die Kontrolle, ob die Gerichte bei der Anwendung des sog. einfachen Rechts

Verfassungsrecht verletzt haben. Die Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht erstreckt sich dabei - ohne sich freilich darauf zu beschränken - auch auf eine Überprüfung, ob das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Recht auf eine willkürfreie Entscheidung beachtet ist.

2. Willkürlich ist ein Richterspruch dann, wenn er unter Berücksichtigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar ist und sich daher der Schluss aufdrängt, dass er auf sachfremden Erwägungen beruht (vgl. BVerfGE 59, 98 103; 74, 102 127; stRspr). Das ist anhand objektiver Kriterien festzustellen. Schuldhaftes Handeln des Richters ist nicht erforderlich. Die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes allein macht eine Gerichtsentscheidung noch nicht willkürlich. Willkür liegt vielmehr erst vor, wenn die Rechtslage in krasser Weise verkannt wird. Das durch die Anwendung von Strafrechtsnormen berührte Freiheitsrecht des betroffenen Ausländers und der verfassungsrechtliche Schuldgrundsatz wirken dabei auf die Anwendung des Art. 3 Abs. 1 GG ein.

3. Die Strafgerichte dürfen sich hinsichtlich § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht mit der Feststellung begnügen, der Ausländer sei nicht im Besitz einer Duldung nach § 55 Abs. 2 AuslG. Die Duldung ist eine gesetzlich zwingende Reaktion auf ein vom Verschulden des Ausländers unabhängiges Abschiebungshindernis. Insofern dient § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG nicht der Strafbewehrung eines Ver-

waltungsakts und bindet den Strafrichter nicht an die unterlassene oder verspätet getroffene Entscheidung einer Verwaltungsbehörde (vgl. BVerfGE 80, 244, 256).

4. Da der Ausländer auch zu dulden ist, wenn er die Entstehung des Hindernisses (z.B. durch Mitführen gefälschter Papiere bei der Einreise) oder dessen nicht rechtzeitige Beseitigung (etwa durch unterlassene Mitwirkung bei der Beschaffung notwendiger Identitätspapiere) zu vertreten hat (vgl. BVerwGE 111, 62 64 f.), ist keine Konstellation vorstellbar, in der der Ausländer nicht einen Anspruch auf Erteilung einer Duldung hätte. Ist als Folge des tatsächlichen bzw. rechtlichen Hindernisses die Duldung aber erteilt, scheidet eine Strafbarkeit nach § 92 Abs. 2 Nr. 1 AuslG mangels einer der gesetzlichen Voraussetzungen aus. Zugleich steht mit der Erteilung einer Duldung - auch wenn sie förmlich nicht rückwirkend gewährt wird - regelmäßig fest, dass der Abschiebung des Ausländers von Anfang seiner Ausreisepflicht an ein tatsächliches oder rechtliches Hindernis entgegengestanden hat.

5. Die Strafgerichte sind von Verfassungs wegen gehalten, selbstständig zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer ausländerrechtlichen Duldung im Tatzeitraum gegeben waren. Kommen sie zu der Überzeugung, die Voraussetzungen hätten vorgelegen, scheidet eine Strafbarkeit des Ausländers nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG aus.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

BGH 1 StR 403/02 – Urteil vom 12. Februar 2003 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Heimtücke (Arglosigkeit des Erpressers; Mord); Notwehr gegen eine Erpressung (gegenwärtiger Angriff; Erforderlichkeit; Gebotenheit; Verhältnismäßigkeit; Absichtsprovokation; Tatbestand der Provokation; Beschränkung sozialetischer Einschränkungen auf Evidenzfälle; Chantage); Beweiswürdigung (Widersprüche; Lücken; Gesamtwürdigung).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 32 StGB; § 253 StGB; § 261 StPO

1. Der Erpresser ist in einer von ihm gesuchten Konfrontation mit dem Erpressten gegenüber einem wehrenden Gegenangriff des Erpressten auf sein Leben regelmäßig nicht arglos im Sinne des Mordmerkmals der Heimtücke, wenn er in dessen Angesicht im Begriff ist, seine Tat zu vollenden und zu beenden und damit den endgültigen Rechtsgutsverlust auf Seiten des Erpressten zu bewirken. (BGHSt)

2. Zur Notwehr gegen eine Erpressung. (BGHSt)

3. Die Frage, ob ein Mensch arglos ist, beurteilt sich grundsätzlich nach seiner tatsächlich vorhandenen Einsicht in das Vorhandensein einer Gefahr. Dass er einen tätlichen Angriff in Rechnung gestellt hat, kann sich allein schon aus seinem eigenen vorausgegangenen Verhalten ergeben (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). Ist in einem Fall eine Notwehrlage aufgrund eines gegenwärtigen rechtswidrigen erpresserischen Angriffs durch den später Getöteten gegeben, der aktuell nicht nur im Fortwirken einer erpressungstypischen Dauergefahr besteht, sondern darüber hinaus in einer konkreten Tat handlung im Angesicht des Opfers, die unmittelbar die Verletzung eines beachtlichen Rechtsguts des Opfers besorgen lässt, so gilt: Es ist regelmäßig der Angreifer, der durch sein Verhalten einen schützenden oder trutzwehrenden Gegenangriff herausfordert, mag dieser sich nun im Rahmen des durch Notwehr Gerechtfertigten

halten oder deren Grenzen überschreiten. Für die Frage der Arglosigkeit ist letzteres unerheblich. (Bearbeiter)

4. Der gesteigerte Unwert des Mordmerkmal der Heimtücke wird durch ein gesteigertes Maß an Tücke gekennzeichnet (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 13). (Bearbeiter)

5. Notwehr ist nicht darauf beschränkt, die Verwirklichung der gesetzlichen Merkmale des Tatbestandes abzuwenden. Sie ist zum Schutz gegen den Angriff auf ein bestimmtes Rechtsgut zugelassen. Dieser Angriff kann trotz Vollendung des Delikts noch fortauern und deshalb noch gegenwärtig sein, solange die Gefahr, die daraus für das bedrohte Rechtsgut erwächst, entweder doch noch abgewendet werden kann oder bis sie umgekehrt endgültig in den Verlust umgeschlagen ist. Nur im Falle des endgültigen Verlustes handelt es sich etwa bei einem Angriff auf Eigentum und Besitz beweglicher Sachen für den Berechtigten nicht mehr um die Erhaltung der Sachherrschaft, sondern um deren Wiedererlangung, für die Gewaltanwendung jedenfalls nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Notwehr zugelassen ist. (Bearbeiter)

6. Ein nicht bloß geringes Risiko, dass ein milderes Verteidigungsmittel fehlschlägt und dann keine Gelegenheit mehr für den Einsatz eines stärkeren Verteidigungsmittels bleibt, braucht der Angegriffene zur Schonung des rechtswidrig Angreifenden nicht einzugehen. Auf einen Kampf mit ungewissem Ausgang muss er sich nicht einlassen (vgl. nur BGH StV 1999, 143; BGH NStZ 2001, 591, jew. m.w.N.). Allerdings hat der Verteidigende grundsätzlich, wenn ihm mehrere wirksame Mittel zur Verfügung stehen und er Zeit zur Auswahl und zur Einschätzung der Gefährlichkeit hat, dasjenige Mittel zu wählen, das dem Angreifer am wenigsten gefährlich ist. (Bearbeiter)

7. Eine Abwägung der betroffenen Rechtsgüter findet bei der Notwehr grundsätzlich nicht statt. Liegt kein Fall des Missbrauchs des Notwehrrechts wegen geringen Gewichts des angegriffenen Rechtsguts vor, gilt bei solcher Ausgangslage der Grundsatz, dass das Recht dem Unrecht nicht zu weichen braucht. (Bearbeiter)

8. Hinzutretende andere Tatmotive schließen den Verteidigungswillen nicht aus. Eine Rechtfertigung kommt nach feststehender Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann in Betracht, wenn neben der Abwehr eines Angriffs auch andere Ziele verfolgt werden, solange sie den Verteidigungszweck nicht völlig in den Hintergrund drängen. (Bearbeiter)

9. Zu den Grundsätzen der sozialetischen Einschränkung des Notwehrrechts und zu einer wegen der Besonderheiten des Falles abgelehnten Einschränkung des Notwehrrechts im Fall der „Chantage“. (Bearbeiter)

10. Ein rechtlich erlaubtes Tun - wie etwa das Öffnen der Wohnungstür gegenüber einem unbekanntem Bewaffneten

(BGH NStZ 1993, 332, 333) - führt nicht ohne weiteres zur Einschränkung des Notwehrrechts, auch wenn der Täter wusste oder wissen musste, dass der andere durch dieses Verhalten zu einem rechtswidrigen Angriff veranlasst werden könnte (so schon BGH NStZ 1993, 332, 333). Entscheidend ist nicht, ob der später Angegriffene die Entwicklung vorhersehen konnte, sondern - mit Blick auf das Rechtsbewährungsinteresse - ob der Angreifer sich durch das vorwerfbare Verhalten des von ihm Angegriffenen provoziert fühlen konnte. Die bloß fahrlässige oder gar leichtfertige Herbeiführung einer Notwehrlage führt nicht zu einer Einschränkung des Maßes der gebotenen Verteidigung. (Bearbeiter)

11. Auch demjenigen, der früher eine strafbare Handlung begangen hat, steht grundsätzlich ein uneingeschränktes Notwehrrecht zur Seite, wenn er in anderem Zusammenhang selbst Opfer einer Straftat wird. Er hat nicht etwa deshalb, weil die gegen ihn gerichtete Tat vom Täter an seine gegen die Rechtsgüter Dritter begangene eigene Straftat angeknüpft wird, einen Status minderen Rechts, der Erpresser nicht deswegen einen größeren, im Ergebnis nicht notwehrfähigen Freiraum für seinen Rechtsbruch. (Bearbeiter)

12. Durch eine Gesamtschau und die Gewichtung verschiedener Umstände verlöre das Notwehrrecht seine Konturenschärfe. Es muss geeignet bleiben, in den einschlägigen, oft durch die Plötzlichkeit der Entwicklung charakterisierten Fällen des Lebens dem rechtlichen Laien ohne weiteres überschaubare, grundsätzlich einfache Richtschnur für das Handeln zu sein. Allzu differenzierte Erwägungen würden seinem Zweck widerstreiten, so dass Einschränkung nur in Evidenzfällen anzuerkennen sind. (Bearbeiter)

BGH 4 StR 484/02 – Urteil vom 6. März 2003 (LG Paderborn)

(Versuchter) Totschlag; Notwehr (Messerstiche; Prüfungspflicht bei Teilrechtfertigung für die ersten Stiche/Tathandlungen; Erforderlichkeit bei lebensgefährlichen Messerstichen).

§ 212 StGB; § 32 StGB; § 22 StGB

1. Auch wenn die erste Tathandlung (hier: ein Stich) gerechtfertigt gewesen ist, kann die Berufung auf das Notwehrrecht für die weiteren Tathandlungen versagen, wenn der Angriff dadurch bereits abgewehrt war (vgl. BGHR StGB § 32 Abs. 2 Erforderlichkeit 3 und 11 und Angriff 3; BGH NStZ-RR 1999, 40 f.). Die Strafbarkeit wegen der weiteren Tathandlungen muss das Gericht prüfen.

2. Nach der Rechtsprechung dürfen lebensgefährliche Messerstiche, zumal solche in den Brust- und Bauchbereich, solange der Angreifer nicht seinerseits das Leben des Verteidigers unmittelbar bedroht, nur als letztes Mittel der Verteidigung eingesetzt werden; Voraussetzung der Rechtfertigung ist grundsätzlich, dass schonendere Möglichkeiten der Verteidigung nicht in gleicher Weise

die Gefahr zu beseitigen vermögen (BGHSt 42, 97, 100 m.w.N.).

BGH 2 StR 239/02 - Urteil vom 14. März 2003 (LG Aachen)

Fahrlässige Körperverletzung (Unterlassenskomponente der Fahrlässigkeit; Sorgfaltspflicht; Infektion – hier Hepatitis B; Operation; Arzt); Abgrenzung von Tun und Unterlassen (Schwerpunkt; sozialer Handlungssinn; Handeln *lege artis*); Strafzumessung (Tagessatzhöhe; Schätzung); Schweigepflicht (teilweise Entbindung eines Steuerberaters von der Schweigepflicht; *nemo tenetur*; Schweigerecht; Teilschweigen; teilweise Wahrnehmung eines Verfahrensrechts).

§ 13 StGB; § 40 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

1. Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist eine Wertungsfrage, die nicht nach rein äußeren oder formalen Kriterien zu entscheiden ist, sondern eine normative Betrachtung des Täterverhaltens unter Berücksichtigung des sozialen Handlungssinns verlangt. Maßgeblich ist insofern, wo der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt (vgl. BGHSt 6, 46, 59; 40, 257, 265; BGH NSTZ 1999, 607).

2. Im Fall einer als Chirurg trotz eigener Infektiosität durchgeführten Operation, die zur Infektion des Patienten führt, ist der Schwerpunkt des strafrechtlich relevanten Verhaltens schon in der Vornahme der Operation zu sehen. Ob sie als solche *lege artis* erfolgt ist, ist insoweit ohne Belang, da ein Chirurg mit hochgradig ansteckender Infektion generell nicht operieren darf, so dass schon die Durchführung der Operation im infektiösen Zustand als strafrechtlich relevantes Tun anzusehen ist.

3. Die bei Fahrlässigkeitsdelikten häufig im Unterlassen von Sorgfaltsvorkehrungen bestehende „Unterlassens-

komponente“ selbst ändert nichts am aktiven Begehungscharakter einer Verhaltensweise.

4. Art und Maß der anzuwendenden Sorgfalt ergeben sich bei der fahrlässigen Straftat aus den Anforderungen, die bei Betrachtung der Gefahrenlage „ex ante“ an einen besonnenen und gewissenhaften Menschen in der konkreten Lage und sozialen Rolle des Handelnden zu stellen sind. Nachträgliche wissenschaftliche Erkenntnisse bleiben außer Betracht (BGH NSTZ 2000, 2754, 2758).

5. Der Senat lässt offen, ob eine teilweise Entbindung eines Steuerberaters von der Schweigepflicht - analog dem sogenannten Teilschweigen - grundsätzlich im Rahmen der Beweiswürdigung verwertbar war (vgl. insbesondere BGHSt 20, 298) oder ob aus der teilweisen Wahrnehmung eines prozessualen Rechts keine negativen Schlüsse gezogen werden dürfen (vgl. BGHSt 45, 363 und 45, 367).

BGH 4 StR 88/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Stralsund)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; Rücktritt bei mehreren Beteiligten); Beweiswürdigung (Erörterungsmangel); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte / Nichtrevidenten.

§ 24 StGB; § 267 StPO; § 261 StPO; § 357 StPO

1. Sieht der Angeklagte nicht aus einem sittlich billigen Motiv von der weiteren Verfolgung seines erpresserischen Vorhabens ab, schließt dies die Freiwilligkeit nicht aus (st. Rspr.; BGHSt 35, 184, 186). Nichts anderes gilt hinsichtlich des Umstandes, dass der Angeklagte erst auf die Aufforderung eines Mitangeklagten an seinem ursprünglichen Vorhaben nicht mehr festhielt (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Freiwilligkeit 3, 6).

2. Es kann ausreichend sein, wenn ein Beteiligter mit dem die Tatvollendung verhindernden Rücktritt eines anderen einverstanden ist (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 2 Verhinderung 2).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

BGH GSSt 2/02 - Beschluss vom 4. Februar 2003 (LG Marburg)

BGHSt; Raub (Verwendung einer Waffe; geladene Schreckschusspistole / Schreckschusswaffe; gefährliches Werkzeug; Waffenrecht); schwere räuberische Erpressung; gefährliche Körperverletzung; Diebstahl mit Waffen; Rückwirkungsverbot (*nulla poena sine lege*; Rechtsprechungsänderung; Vertrauensschutz).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1. Wer bei einer Raubtat das Opfer mit einer geladenen Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorn austritt, bedroht, verwendet eine Waffe und erfüllt

damit den Tatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB. (BGHSt)

2. Was als Waffe im Sinne des § 250 StGB zu gelten hat, wird im Strafgesetzbuch nicht geregelt. Der Inhalt dieses Rechtsbegriffs ist zu bestimmen im Einklang mit dem allgemeinen Sprachgebrauch auch unter Berücksichtigung seiner Wandelbarkeit je nach dem Fortschritt der Waffentechnik in Anlehnung an die in den Waffengesetzen enthaltenen Grundvorstellungen über eine Schusswaffe, wenn auch nicht in unmittelbarer Abhängigkeit davon. Die Begriffsbestimmungen des Waffengesetzes, das den Umgang mit Waffen oder Munition unter Berücksichtigung der Belange der öffentlichen Sicherheit

und Ordnung regelt, bieten dabei aber eine gewisse Orientierung. (Bearbeiter)

3. Waffe im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a), Abs. 2 Nr. 1 StGB, ebenso wie etwa in § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, ist derjenige körperliche Gegenstand, der nach seiner objektiven Beschaffenheit und seinem Zustand zur Zeit der Tat bei bestimmungsgemäßer Verwendung geeignet ist, erhebliche Verletzungen zuzufügen (vgl. BGHSt 44, 103, 105; 45, 92, 93; BGH NStZ 1999, 301, 302). Soweit dies die Einordnung der Schreckschusswaffe als Waffe im Sinne des Strafrechts verhindert, hält der BGH hieran nicht mehr fest (Bearbeiter)

4. Der Begriff des Verwendens einer Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt nicht voraus, dass der Einsatz des objektiv gefährlichen Tatmittels eine konkrete Gefahr erheblicher Verletzungen anderer begründet (BGHSt 45, 92, 93). Der Begriff der Waffe erfährt keine Einschränkung dadurch, dass die nach Beschaffenheit und Zustand des Tatmittels bei bestimmungsgemäßer Verwendung gegebene Gefährlichkeit aufgrund anderer Umstände der Tatsituation für den konkreten Einzelfall ausnahmsweise ausgeschlossen werden kann (BGHSt aaO S. 93). (Bearbeiter)

5. Die Änderung der Rechtsprechung zur Schreckschusswaffe ist verfassungsrechtlich unbedenklich. Sie stellt als geänderte Auslegung eines Tatbestandsmerkmals keine rückwirkende Anwendung einer neuen gesetzlichen Regelung zu Lasten des Täters dar (vgl. BVerfG NJW 1995, 125 f.). Die Grundsätze des Rückwirkungsverbots und des Vertrauensschutzes hindern die Gerichte nicht, bestimmte Sachverhalte aufgrund neuer Erkenntnisse abweichend von der bisherigen Rechtsprechung zu bewerten. (Bearbeiter)

BGH 4 StR 228/02 - Urteil vom 20. Februar 2003 (LG Gießen)

BGHSt; Gefährdung des Straßenverkehrs; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Sperrwirkung; Pervertierung eines Verkehrsvorgangs zu einem Eingriff); Schädigungsvorsatz; Gefährdungsvorsatz; vorsätzlicher Unfall; Tateinheit.

§ 315 b StGB; § 315 c StGB; § 52 StGB

1. Im fließenden Straßenverkehr wird ein Verkehrsvorgang nur dann zu einem Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB „pervertiert“, wenn zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfreundlicher Einstellung hinzukommt, dass es mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug - missbraucht wird. (BGHSt)

2. Ein bloß vorschriftswidriges Verkehrsverhalten fällt anderenfalls nicht unter § 315 b StGB, sondern ggf. unter § 315 c StGB. Insoweit kommt § 315 c StGB eine Sperrwirkung zu. (Bearbeiter)

3. Der Senat ändert seine Rechtsprechung zu den Anforderungen für eine Pervertierung eines Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr insoweit, als zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfreundlicher Einstellung hinzukommen muss, dass das Fahrzeug mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug missbraucht wird. Erst dann liegt eine - über den Tatbestand des § 315 c StGB hinausgehende - verkehrstypische „Pervertierung“ des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen „Eingriff“ in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB vor. (Bearbeiter)

4. Der Annahme eines Unfalls im Sinne des § 142 Abs. 1 StGB steht es nicht entgegen, wenn ein Unfallbeteiligter ein Schadensereignis selbst vorsätzlich herbeigeführt hat (Bekräftigung von BGHSt 24, 382 ff.) (Bearbeiter)

BGH 1 StR 549/02 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Hechingen)

Inbrandsetzung von Sachen juristischer Personen (Einwilligung; offensichtliche Überschreitung der Vertretungsmacht; Missbrauch; Rechtfertigung).

§ 306 StGB

1. Bei der Inbrandsetzung von Sachen juristischer Personen (§ 306 Abs. 1 StGB) obliegt die Erteilung der Einwilligung demjenigen Vertretungsorgan, zu dessen Geschäftsbefugnissen die Verfügung über die Sache gehört. (BGH)

2. Die Einwilligung ist aber unwirksam, wenn der Vertreter damit seine Vertretungsmacht offensichtlich missbraucht. Das gilt auch dann, wenn die Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis unbeachtlich ist. (BGH)

3. Bei der einfachen Brandstiftung nach § 306 StGB schließt die Einwilligung des Eigentümers die Rechtswidrigkeit der Tat aus (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 308 Abs. 1 aF Fremdeigentum 1 m. Nachw.). Sie kann auch durch einen Stellvertreter des Eigentümers erteilt werden (RGSt 11, 345, 348). (Bearbeiter)

4. Evidenter Missbrauch liegt vor, wenn der Vertreter seine Vertretungsmacht für den Geschäftsgegner erkennbar unter Verletzung oder Überschreitung seiner Befugnisse im Innenverhältnis gebraucht (vgl. BGH NJW 1999, 2883). (Bearbeiter)

BGH 4 StR 96/03 - Beschluss vom 1. April 2003 (LG Stralsund)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person; Beweiswürdigung (Anforderungen an die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit bei geistig behinderten Personen; eigene Sachkunde; sachverständige Beratung).

§ 179 StGB; § 261 StPO; § 72 StPO

1. Widerstandsunfähig im Sinne des § 179 StGB ist, wer

aus den in Absatz 1 der Vorschrift genannten Gründen keinen zur Abwehr ausreichenden Widerstandswillen bilden, äußern oder durchsetzen kann (BGHSt 36, 145, 147).

2. Allein die Feststellung einer § 20 StGB unterfallenden geistigen oder seelischen Krankheit oder Behinderung genügt nicht, um die Annahme der Widerstandsunfähigkeit im Sinne des § 179 StGB zu begründen.

3. Es erscheint bereits fraglich, ob die eigene Sachkunde des Gerichts überhaupt ausreichen kann, die Frage einer auf einem psychischen Defekt beruhenden Widerstandsunfähigkeit im Sinne des § 179 StGB sicher zu beantworten. Es muss sachkundig belegt sein, dass der Betroffene aufgrund seiner diagnostizierten geistigen Behinderung psychisch widerstandsunfähig gegenüber den sexuellen Übergriffen des Angeklagten war. Dass der „persönliche Eindruck“ vom Geschädigten in der Hauptverhandlung eine Aussage über dessen Widerstandsfähigkeit in sexuellen Angelegenheiten schwerlich zulässt, liegt auf der Hand.

BGH 3 StR 391/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Duisburg)

Täterschaft und Teilnahme beim Sichverschaffen von Falschgeld (Mitgewahrsam; Mittäterschaft; Beihilfe; Provision); Urteilsgründe; Tenorierung.
§ 146 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 267 StPO

1. Mittäter des Sichverschaffens von Falschgeld kann nur derjenige sein, der das Falschgeld in eigenen (Mit-)Gewahrsam oder auf andere Weise mit dem Willen zu eigenständiger Verfügung in seine (Mit-)Verfügungsgewalt bringt (BGHSt 3, 154, 156; 44, 62). Allein das Ingangsetzen und die Vermittlung eines zwischen Dritten abgewickelten Falschgeldgeschäfts genügt für eine mittäterschaftliche Verwirklichung des § 146 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht, auch wenn sich der Vermittler für seine Tätigkeit eine Provision von einem der Partner des Geschäfts verspricht.

2. Bei mehrfacher - teils vollendeter, teils versuchter - Verwirklichung eines Straftatbestandes, der in den einzelnen Fällen noch mit unterschiedlichen anderen Delikten Tateinheitlich zusammentrifft, empfiehlt es sich, in der Entscheidungsformel jede Tat einzeln zu bezeichnen und nur dann unter Angabe der Zahl der tatmehrheitlichen Tatbegehungen zusammenzufassen, wenn die rechtliche Bezeichnung der Einzeltaten identisch ist.

3. Wird eine Tatserie abgeurteilt, ist es ratsam, in den Urteilsgründen für die einzelnen Taten im Rahmen der Sachverhaltsdarstellung eigene einheitliche Ordnungsziffern zu vergeben und diese bei Beweiswürdigung, rechtlicher Würdigung sowie Strafzumessung weiterzuwenden und nicht mit anderen Ordnungsmerkmalen - etwa denjenigen der Anklage - zu vermischen.

BGH 3 StR 471/02 - Beschluss vom 28. Januar 2003 (LG Duisburg)

Inverkehrbringen von Falschgeld (Versuch; unmittelbares Ansetzen; eigener Gewahrsam; Gewahrsamsaufgabe).
§ 147 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

Der Täter bringt Falschgeld in den Verkehr, wenn er es derart aus seinem Gewahrsam entlässt, dass ein anderer tatsächlich in die Lage versetzt wird, sich des Falschgelds zu bemächtigen und mit ihm nach seinem Willen zu verfahren (BGH NStZ 1986, 548 m. w. N.). Ein Versuch des Inverkehrbringens kommt daher erst dann in Betracht, wenn der Täter Handlungen vornimmt, die nach seiner Vorstellung unmittelbar in eine derartige Gewahrsamsaufgabe einmünden sollen. Bietet der Täter einem potentiellen Abnehmer Falschgeld an bzw. führt er mit diesem Verhandlungen über dessen Abgabe, setzt er zum Inverkehrbringen des Geldes nur dann unmittelbar an, wenn er es in eigener Verfügungsgewalt hat und in der Lage wäre, im Falle der Annahme seines Angebots bzw. des Erfolgs der Verhandlungen die Übergabe des Geldes tatsächlich unmittelbar vorzunehmen. Befindet sich das Falschgeld dagegen im Gewahrsam eines Dritten, von dem es erst zur Übergabe an den Abnehmer beschafft werden müsste, oder soll der Dritte die Gewahrsamsübertragung selbst durchführen, liegt in dem Angebot an den bzw. in den Verhandlungen mit dem potentiellen Abnehmer noch kein Versuch des Inverkehrbringens von Falschgeld.

BGH 4 StR 522/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Halle)

Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenz; räuberischer Angriff auf Kraftfahrer; Vorwegvollzug (Drogenmissbrauch in Justizvollzugsanstalten); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Nichtausschließbarkeit der Strafmilderung).
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 316 a StGB; § 67 StGB; § 357 StPO

1. Das Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs beim räuberischen Angriff auf Kraftfahrer verlangt, dass der Täter eine Gefahrenlage ausnutzt, die dem fließenden Straßenverkehr eigentümlich ist. Macht sich der Täter lediglich die eingeschränkten Abwehrmöglichkeiten des Tatopfers durch die räumliche Enge eines Fahrzeugs zu Nutze, so genügt dies zur Erfüllung des Tatbestands des § 316 a Abs. 1 StGB nicht.

2. Die Anordnung des Vorwegvollzugs einer Freiheitsstrafe vor einer Entziehungstherapie kann nicht damit begründet werden, dass angesichts der Situation in Justizvollzugsanstalten, wo Drogenkonsum jederzeit möglich sei, die Erfolglosigkeit einer vorher vollzogenen Therapiemaßnahme von vornherein feststehe. Dies widerspräche der Grundentscheidung des Gesetzgebers in § 67 Abs. 1 StGB, wonach möglichst umgehend mit der Be-

handlung des süchtigen oder kranken Rechtsbrechers begonnen werden soll, weil dies am ehesten einen dauerhaften Erfolg verspreche.

3. Gemäß § 357 StPO ist die Revision bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bereits dann auf den Mitangeklagten zu erstrecken, wenn sich eine Auswirkung der Gesetzesverletzung zum Nachteil des Mitangeklagten nicht ausschließen lässt.

BGH 4 StR 527/02 - Urteil vom 20. März 2003 (LG Stendal)

Abgrenzung der Mittäterschaft vom Mittäterexzess (Zurechnung; gemeinsamer Tatentschluss); gefährliches Werkzeug (Turnschuh, beschuhter Fuß; individuelle Empfindlichkeit des Opfers).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 16 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB

Nach ständiger Rechtsprechung kommt es für die Frage, ob der Schuh am Fuß als ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist, auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. BGHR StGB § 223 a Abs. 1 Werkzeug 3 m.w.N.). Insbesondere bedarf hierzu näherer Ausführungen zur Beschaffenheit des Schuhs (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1989, 920). Auch Turnschuhe der heute üblichen Art können durchaus geeignet sein, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen (vgl. BGH NSTz 1999, 616 f. m.w.N.).

BGH 1 StR 507/02 - Urteil vom 11. März 2003 (LG München)

Diebstahl (Mitgewahrsam; Angestellter; Hilflosigkeit; Verhältnis des besonders schweren Falles des Diebstahls zum bewaffneten Diebstahl; Konkurrenzen); Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende (Beurteilungsspielraum; sichere Prognose der unmöglichen Nachreife).

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB; § 244 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

1. Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in der Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt (BGH NSTz-RR 2001, 268).

2. Gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG ist auf einen Heranwachsenden Jugendstrafrecht anzuwenden, wenn die Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters bei Berücksichtigung auch der Umweltbedingungen ergibt, daß er zur Zeit der Tat nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand. Das JGG geht bei der Beurteilung des Reifegrades nicht von festen Altersgrenzen aus, sondern es stellt auf eine dynamische Entwicklung des noch jungen Menschen zwischen 18 und 21 Jahren ab. Einem Jugendlichen gleichzustellen ist der noch ungefestigte und prägbare Heranwachsende, bei dem Entwicklungskräfte noch in größerem Umfang wirksam sind. Hat der Angeklagte dagegen bereits die

einen jungen Erwachsenen kennzeichnende Ausformung erfahren, dann ist er nicht mehr einem Jugendlichen gleichzustellen und auf ihn ist allgemeines Strafrecht anzuwenden. Dabei steht die Anwendung von Jugendstrafrecht oder allgemeinem Strafrecht nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG stellt keine Vermutung für die grundsätzliche Anwendung des einen oder anderen Rechts dar. Nur wenn dem Tatrichter, dem bei der Entscheidung dieser Frage ein weites Ermessen eingeräumt ist, nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten Zweifel verbleiben, muss er die Sanktionen dem Jugendstrafrecht entziehen (vgl. Senatsurteil vom 9. August 2001 - 1 StR 211/01 = BGH NJW 2002, 72 ff. m.w.N.).

3. Der Grund der Hilflosigkeit des Opfers ist für § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB ohne Bedeutung. Daher fällt es auch unter das Regelbeispiel, wenn der Täter eine von ihm selbst aus anderen Gründen herbeigeführte Hilflosigkeit des Opfers für einen auf Grund eines neuen Entschlusses begangenen Diebstahl ausnutzt.

4. Läge bewaffneter Diebstahl vor, würde § 243 StGB dahinter zurücktreten (BGHSt 33, 50, 53 m.w.N.). Dies stünde der strafscharfenden Berücksichtigung des Umstandes, dass zugleich ein Hilfloser bestohlen wurde, nicht entgegen (vgl. BGHSt 21, 183, 185).

BGH 4 StR 414/02 - Beschluss vom 21. Januar 2003 (LG Stendal)

Versuchte Freiheitsberaubung (unmittelbares Ansetzen; kurze Dauer der Beeinträchtigung; Subsidiarität, wenn die Freiheitsberaubung nur das Mittel zur Tat ist); Vergewaltigung (Regelbeispiele; mildernder Umstand der vorherigen länger andauernden intimen Beziehung; Strafzumessung).

§ 22 StGB; § 239 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

1. Eine zeitlich nur unerhebliche Beeinträchtigung der Fortbewegungsfreiheit reicht zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 239 Abs. 1 StGB nicht aus.

2. Wenn die Freiheitsberaubung nur das tatbestandsmäßige Mittel zur Begehung eines anderen Delikts bildet, kommt § 239 StGB als das allgemeine Delikt nicht zur Anwendung.

3. Hat zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten vor der Vergewaltigung eine länger andauernde intime Beziehung bestanden, ist dies ein wesentlicher strafmildernder Umstand (vgl. BGH StV 1998, 76).

BGH 4 StR 336/02 - Beschluss vom 14. Januar 2003 (LG Bielefeld)

Vorsätzlich unterlassene Konkursantragstellung oder Vergleichsantragstellung (Anforderungen an die Feststellung einer objektiven Überschuldung; Bewertung: Liquidationswerte; dingliche Belastungen auf Grundstücken der Gesellschaft; eigenkapitalersetzende Darlehen); vor-

sätzlicher Bankrott; zweckwidrige Verwendung von Baugeld; rechtsstaatswidrige Verzögerung (Strafzumessung; Einzelstrafen).

§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 64 Abs. 1 Satz 1 und 2 GmbHG; § 32a GmbHG; Art. 103 EGInsO; § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) StGB; § 130a Abs. 1 HGB; § 130b Abs. 1 HGB; § 177a Satz 1 HGB; § 5 GSB; § 1 GSB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

1. Die Berechnung der Überschuldung auf der Grundlage von Liquidationswerten begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, wenn zwischen der Tatzeit und der Veräußerung der verkehrswertvariablen Immobilien ein erheblicher Zeitabstand lag.

2. Dingliche Belastungen auf Grundstücken, mindern nicht den Wert von Grundstücken, soweit sie für ohnehin passivierte Verbindlichkeiten der von der Insolvenz betroffenen Gesellschaft bestellt wurden.

3. Nach der bisherigen Rechtsprechung sind Bauträger, Generalunternehmer und Generalübernehmer hinsichtlich des Teils der ihnen als Vergütung gezahlten Beträge, die bei wirtschaftlicher Betrachtung den ihnen nachgeordneten Unternehmen gebühren, einem Treuhänder angenä-

hert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sie darüber bestimmen, wie diese vom Bauherrn erhaltenen Gelder weiter verwendet werden und insoweit die volle Verfügungsgewalt über das Baugeld zur Finanzierung der Handwerkerleistungen haben (vgl. BGHSt 46, 373, 378; anders allerdings zum Teilunternehmer BGHZ 143, 301, 303 ff. unter Hinweis auf das Analogieverbot).

4. Baugeld im Sinne des § 1 Abs. 3 GSB sind nur Geldbeträge, die zum Zwecke der Bestreitung der Kosten eines Baues in der Weise gewährt werden, dass zur Sicherung der Ansprüche des Geldgebers eine Hypothek oder eine Grundschuld an dem zu bebauenden Grundstück dient oder die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück erst nach gänzlicher oder teilweiser Herstellung des Baues erfolgen soll. Baugeld im Sinne des § 1 GSB ist nicht notwendigerweise der gesamte Betrag eines anlässlich des Baus gewährten Darlehens.

5. Eine konkret zu bestimmende Strafmilderung wegen rechtsstaatswidriger Verzögerung nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK hat nicht nur bei der Gesamtstrafenbildung, sondern auch bei den ausgesprochenen Einzelstrafen zu erfolgen (vgl. BGH NStZ 2002, 589, 590).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

BGH 3 StR 212/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Düsseldorf)

Mord (Mindestverbüßungsdauer; besondere Schwere der Schuld); Tenorierung (Schuldspruch; Strafzumessungsvorschrift; Regelbeispiel).

§ 211 StGB; § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 311 StGB; § 268 StPO

1. Das erkennende Gericht hat die besondere Schuldschwere im Sinne von § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB festzustellen sowie die dafür erheblichen Tatsachen darzustellen und zu gewichten, um für das Vollstreckungsverfahren klare Vorgaben zu liefern (vgl. BVerfGE 86, 288, 315 ff.). Es hat sich jedoch jeglicher Feststellungen zur Verbüßungsdauer zu enthalten, weil für die nach §§ 57 a, 57 b StGB zu treffenden Entscheidungen ausschließlich die Strafvollstreckungskammer zuständig ist (§§ 462 a, 454 StPO).

2. Die unzulässige Angabe einer Mindestverbüßungsdauer entfaltet zwar keine rechtliche Bindungswirkung für die Strafvollstreckungskammer, wohl aber einen entsprechenden Rechtsschein. Sie beschwert daher den Angeklagten und ist auf seine Revision aufzuheben.

3. Die Anwendung einer Strafzumessungsvorschrift - etwa eines Regelbeispiels - wird im Schuldspruch nicht erwähnt (st. Rspr., vgl. BGH NStZ 2002, 656).

BGH 2 StR 411/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Kassel)

Urkundenfälschung (unechte Urkunde; schriftliche Lüge; Verwendung von Briefköpfen); Betrug; Strafzumessung (Nachtatverhalten; beruf); Berufsverbot (Gefährlichkeitsprognose: keine belastende Bewertung des zulässigen Verteidigungsverhalten).

§ 267 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 61 Nr. 6 StGB; § 70 StGB

Einem das tatsächliche Geschehen einräumenden, dessen Strafbarkeit jedoch bestreitenden Angeklagten darf sein Verteidigungsverhalten auch im Hinblick auf die Gefährlichkeitsprognose beim Berufsverbot nicht angelastet werden. Es ist daher rechtsfehlerhaft, wenn zur Begründung eines Berufsverbots darauf abgestellt wird, dass der sich so verhaltende Angeklagte weder Anzeichen von Reue noch die Einsicht gezeigt habe, sich falsch verhalten zu haben.

BGH 2 StR 530/02 - Beschluss vom 19. März 2003 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Beihilfe: entscheidendes Gewicht der Beihilfehandlung; Schwere der Haupttat).

§ 46 StGB; § 27 StGB

Maßgeblich für die Einordnung der Schuld eines Gehilfen das Gewicht seiner Beihilfehandlung ist, wenn auch

die Schwere der Haupttat mit zu berücksichtigen ist. Stellt der Tatrichter entscheidend auf das Gewicht der Haupttat und weniger auf die Bedeutung des Tatbeitrags des Angeklagten ab, ist dies rechtsfehlerhaft.

BGH 4 StR 521/02 - Beschluss vom 28. Januar 2003 (LG Stralsund)

Sexuelle Nötigung (Tateinheit bei Einsatz des gleichen Nötigungsmittels zur Abnötigung mehrerer sexueller Handlungen; Teilidentität; Handlung im Rechtssinne; Gewalt); schwere Vergewaltigung (Konkurrenzen zur Freiheitsberaubung); Strafzumessung (Unmaßgeblichkeit des Konkurrenzverhältnisses); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 177 StGB; § 52 StGB; § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 239 StGB; § 63 StGB

1. Die unterschiedliche rechtliche Bewertung des Konkurrenzverhältnisses ist kein maßgebliches Kriterium für die Straf bemessung (vgl. BGHSt 41, 368, 373).

2. Setzt der Täter bei der Verwirklichung des § 177 StGB jeweils dasselbe Nötigungsmittel ein, liegt nur eine Handlung im Rechtssinne (vgl. BGH NStZ 1999, 83; BGHR StGB § 177 Abs. 1 Gewalt 10 jew.m.N.) und damit, trotz der mehrfachen Verwirklichung des Straftatbestandes des § 177 StGB, nur eine Tat im Rechtssinne vor (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 139 f.; NStZ 2000, 419 f.).

3. Der Tatbestand des § 239 StGB tritt nicht im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter der Vergewaltigung zurück, wenn die Freiheitsberaubung über das zur Tatbestandsverwirklichung des § 177 StGB Erforderliche hinausgeht (vgl. BGH NStZ 1999, 83 m.N.).

BGH 4 StR 400/02 vom 20. März 2003 (LG Münster)

Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafen.

§ 67 StGB

Eine Abweichung von der regelmäßigen Vollstreckungsreihenfolge des § 67 Abs. 1 StGB ist dann zulässig, wenn dadurch der Zweck der Maßregel leichter erreicht werden kann (§ 67 Abs. 2 StGB); in einem solchen Fall muss das Urteil auf der Grundlage einer eingehenden, die Persönlichkeit des Angeklagten berücksichtigenden Beurteilung darlegen, wegen welcher besonderen Umstände der Vorwegvollzug der Strafe die Therapie günstiger beeinflussen wird und dass dieses Ziel im Maßregelvollzug nicht in gleicher Weise erreicht werden kann (vgl. BGHR StGB § 67 Abs. 2 Vorwegvollzug, teilweiser 14).

BGH 2 StR 321/02 - Urteil vom 5. Februar 2003 (LG Bad Kreuznach)

Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung); Strafzumessung (Schweigen des Angeklagten; nemo tenetur; Schweigerecht; Zweifelssatz).

§ 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB; § 213 StGB

Zwar darf dem Täter bei der Strafzumessung und bei der Prüfung von Privilegierungen kein Nachteil daraus erwachsen, dass er die Tat bestreitet und damit nicht in der Lage ist, Umstände vorzutragen, die sich strafmildernd auswirken können. Deshalb ist in solchen Fällen von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen, die nach den gesamten Umständen in Betracht kommt. Der Zweifelssatz bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht von der dem Angeklagten jeweils (denkbar) günstigsten Fallgestaltung auch dann ausgehen muss, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen (vgl. etwa BGH StV 2001, 666 f.).

BGH 5 StR 434/02 - Urteil vom 27. März 2003 (LG Braunschweig)

Verfallsanordnung; Verfall des Wertersatzes; Bruttoprinzip; Strafzumessung (erweiterter Verfall grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund; Umfang der Aufhebung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 353 StPO

1. Der für einen Verfall in Betracht kommende Vermögensvorteil muss durch eine angeklagte und festgestellte Tat erlangt sein. Sind mehrere gleichartige Taten angeklagt und verurteilt der Tatrichter wegen jeder dieser Taten, so bedarf es jedoch keiner Feststellung, aus welcher einzelnen dieser Taten der Vermögensgegenstand erlangt wurde (vgl. BGHR StGB § 73 Vorteil 5).

2. Unterliegt das tatrichterliche Urteil nur insoweit der Aufhebung, als die Anordnung eines erweiterten Verfalls unterblieben ist, so zieht dies regelmäßig nicht die Aufhebung rechtsfehlerfrei verhängter Strafen nach sich, da die Anordnung des (ggf. erweiterten) Verfalls grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund ist, so dass die übrige Strafzumessung von der Aufhebung unberührt bleibt.

BGH 3 StR 57/03 - Beschluss vom 20. März 2003 (LG Düsseldorf)

Verfall (grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund; Strafzumessung).

§ 73 StGB; § 46 StGB

Die mit dem Verfall verbundene Vermögens einbuße stellt regelmäßig keinen Strafmilderungsgrund dar, weil mit ihm nur ein unrechtmäßig erlangter Vermögenszuwachs abgeschöpft wird (BGH NJW 2002, 3339).

BGH 4 StR 545/02 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Essen)

Minder schwerer Fall des sexuellen Missbrauchs von Kindern (Gesamtwürdigung; Milderungsgrund des Zeitablaufs).

§ 176 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB a.F.; § 178 Abs. 2 StGB a.F.; § 46 StGB

Liegen zwischen der letzten Tat und dem Urteil zehn Jahre, stellt dies einen wesentlichen Strafmilderungsgrund dar (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Zeitablauf 1 m.w.N.).

BGH 1 StR 458/02 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG München I)

Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten zur Prüfung des § 21 StGB (histrionische Persönlichkeitsstörung); Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten in Ausnahmefällen).
§ 46 StGB; § 21 StGB; Art. 6 EMRK

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)**BGH 1 StR 68/03 - Beschluss vom 12. März 2003 (LG Schweinfurt)**

BGHR; Beweisantrag auf Vernehmung von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Zeugen zum Beleg einer Absprache mit einem mitbeschuldigten Belastungszeugen (Bescheidung; Prozessverschleppungsabsicht; dienstliche Erklärungen; prozessfremde Zwecke; Freibeweisverfahren); Urteilsgründe.
§ 22 Nr. 5 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 267 StPO; Art. 6 EMRK

1. Zur Bescheidung eines Beweisantrags auf Vernehmung von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Zeugen. (BGHR)

2. Es kann nicht in das Belieben eines Prozessbeteiligten gestellt werden, Mitglieder des erkennenden Gerichts als in der Sache berufene gesetzliche Richter für Vorgänge in einer gesondert geführten Verhandlung gegen einen anderen Tatbeteiligten als Zeugen zu benennen und sie damit gemäß § 22 Nr. 5 StPO von der Ausübung des Richteramts auszuschließen mit der weiteren Konsequenz, dass die Hauptverhandlung ausgesetzt und in anderer Besetzung neu begonnen werden muss. (Bearbeiter)

3. Hat das Gericht zunächst freibeweislich in einem solchen Fall andere in Frage kommende Personen befragt und anschließend dienstliche Erklärungen der betroffenen Richter mit jeweils negativem Ausgang eingeholt, muss der Verteidigung bewusst sein, dass die weitere Beweiserhebung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit keine anderen Erkenntnisse erbringen würde und der aufrechterhaltene Beweisantrag nur noch der Verfahrensverzögerung diene. (Bearbeiter)

4. Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass die als Zeugen benannten Richter bei dem Beschluss darüber mitgewirkt haben, ob dem Antrag stattzugeben sei (vgl. BGHSt 7, 330, 331; 11, 206). (Bearbeiter)

BGH 5 StR 423/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Berlin)

Unzulässige Erhebung von Verfahrensrügen (pauschale Beanstandung der Verwertung der Ergebnisse der Telefonüberwachung; Darlegung der ermittelungsrichterlichen Beschlüsse); Telefonüberwachungen (ausreichender Tatverdacht bezüglich der Tatbestandsmäßigkeit; Beur-

teilungsverhalten darf, selbst wenn es objektiv sinnlos ist, von Ausnahmefällen abgesehen, grundsätzlich nicht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden. Dies schließt jedoch die im Ansatz den Angeklagten begünstigende Prüfung, ob Verteidigungsverhalten Anhaltspunkte für eine im Sinne des § 21 StGB bedeutsame Schuldinderung bietet, nicht aus.

teilungsspielraum; Verdacht der Geldwäsche; Vorrangklausel; gewerbs- und bandenmäßiger Schmuggel; Heilung eines fehlenden Verdachts durch nachträgliche Beurteilung des Tatgerichts / des Revisionsgerichts); Zufallsfunde; Bildung einer kriminellen Vereinigung; Fernmeldegeheimnis (Eingriff in den Kernbereich; Verhältnismäßigkeit; verfassungskonforme Auslegung).

Art. 10 GG; § 129 StGB; § 373 AO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 100a StPO; § 261 StGB; § 100b Abs. 5 StPO

1. Wird die Verwertung von Ergebnissen einer Telefonüberwachung gerügt, darf dies nicht nur pauschal geschehen, sondern es sind die jeweiligen ermittelungsrichterlichen Beschlüsse über die Anordnung der Telefonüberwachung mitzuteilen. Das Vortragserfordernis nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erfasst sämtliche ermittelungsrichterlichen Beschlüsse, die Telefonüberwachungsmaßnahmen anordnen, auf deren Ergebnis sich das Urteil unmittelbar stützt, aber auch diejenigen, die Grundlage für weitere Telefonüberwachungsmaßnahmen gewesen sind, die wiederum in die Beweisführung des Landgerichts eingeflossen sind.

2. Der Senat kann in diesem Zusammenhang dahinstehen lassen, ob der Auffassung des 3. Strafsenats zu folgen ist, wonach diejenigen Verfahrenstatsachen nicht mitgeteilt werden müssen, die für die Beurteilung der Verwertbarkeit der Überwachungsergebnisse maßgebend sind (BGH, Beschl. vom 1. August 2002 – 3 StR 122/02, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt, NJW 2003, 368, 370). Dies erscheint jedenfalls für die staatsanwaltliche Antragschrift zweifelhaft.

3. Eine Telefonüberwachung nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO kann dann nicht auf den Verdacht der Geldwäsche gestützt werden, wenn eine Verurteilung wegen Geldwäsche aufgrund der Vorrangklausel des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht zu erwarten und die der Geldwäsche zugrundeliegende Tat keine Katalogtat im Sinne des § 100a StPO ist.

4. Für eine Anordnung nach § 100a StPO reicht grundsätzlich allein der Verdacht hinsichtlich des tatbestandlichen Vorliegens einer Katalogtat aus; auf mögliche Rechtfertigungs- oder Schuldtauschließungsgründe soll es mithin nicht ankommen. Es kann dahinstehen, inwieweit dieser Ansatz auf sonstige persönliche Strafausschließungsgründe übertragen werden kann. Auf den

persönlichen Strafausschließungsgrund nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB ist er jedenfalls nach dessen Sinn und Zweck nicht übertragbar.

5. Die Telefonüberwachung greift in den Kernbereich des Grundrechts nach Art. 10 GG ein. Schon diese Grundrechtsrelevanz erfordert eine an den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Verhältnismäßigkeit orientierte Bestimmung der Eingriffstatbestände. Die Befugnis der Strafverfolgungsbehörden zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs ist in §§ 100a, 100b StPO nach Voraussetzung, Umfang und Zuständigkeit abschließend geregelt. Dies schließt eine erweiternde Auslegung dieser Bestimmung aus (BGHSt 31, 296, 298). Die in § 100a StPO zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsabwägung durch den Gesetzgeber wird in der Rechtsanwendung nur gewährt, indem bei dem Verdacht der Geldwäsche letztlich auch auf die zugrundeliegende Tat abgestellt wird.

6. Die Rechtswidrigkeit der Anordnung der Telefonüberwachung führt regelmäßig zu einem Verwertungsverbot, wenn die Voraussetzungen nach § 100a StPO bei ihrem Erlass nicht vorlagen (BGHSt 32, 68, 70). Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat (BGHSt 41, 30, 31).

7. Ob der Verdacht einer Katalogtat gegeben war, ist allerdings im Revisionsverfahren nur begrenzt überprüfbar, weil dem darüber zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichter insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht. Entscheidend ist deshalb, dass die Anordnung – rückbezogen auf den Zeitpunkt ihres Erlasses – wenigstens noch als vertretbar erscheint (BGHSt 41, 30; BGH, Beschl. vom 1. August 2002 – 3 StR 122/02, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt, NJW 2003, 368, 369).

8. Rechtliche Bewertungsfehler des Ermittlungsrichters sind aber dann heilbar, wenn ex post ein anderer Verdacht einer Katalogtat aufgrund der damaligen Beweislage bejaht werden kann, solange der damals bestehenden Ermittlungssituation nicht ein völlig anderes Gepräge gegeben wird. Diese Heilung kann auch das Revisionsgericht vornehmen.

BGH 2 StR 492/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Koblenz)

Zeugenvernehmung; Ausschließung des Angeklagten (Verzicht des Angeklagten auf Anwesenheit; Ausschließungsbeschluss; Begründungserfordernis); Umfang der Aufhebung bei absolutem Revisionsgrund; Beruhen. § 338 Nr. 5 StPO; § 337 StPO; § 247 StPO

1. Der zeitweise Ausschluss des Angeklagten ist stets durch förmlichen Gerichtsbeschluss anzuordnen, der zu begründen und zu verkünden ist (BGHR StPO § 247 Ausschließungsgrund 1; BGHSt 22, 18, 20).

2. Die Begründung muss zweifelsfrei ergeben, dass das Gericht von zulässigen Erwägungen ausgegangen ist. Eine nähere Begründung ist auch dann nicht entbehrlich, wenn sämtliche Beteiligten mit der Anordnung einverstanden waren. Der Angeklagte kann nicht wirksam auf seine vom Gesetz vorgeschriebene Anwesenheit verzichten (vgl. BGHSt 22, 18, 20).

3. Auch bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes muss ein Urteil lediglich in dem Umfang aufgehoben werden, in dem dieser Revisionsgrund sich auswirken konnte (vgl. BGH StraFo 2003, 57).

BGH 3 StR 28/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Oldenburg)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Verweigerung der gebotenen Aufklärung; Erkenntnisse aus Spurenakten; Aufklärungspflicht; Schluss der Beweisaufnahme); Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit; Möglichkeit der Beweistatsache; Antrag „aufs Geratewohl“; Abgrenzung von der Beweiswürdigung).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Ein Beweisantragsteller darf auch eine Tatsache, die er nur für möglich hält, also vermutet, zum Gegenstand seines Beweisantrags machen. Eine „aufs Geratewohl“ aufgestellte, aus der Luft gegriffene Beweisbehauptung (vgl. BGH StraFo 2003, 95) liegt bei der Frage nach der Zuordnung von am Tatort tatsächlich aufgefundenen Spuren zur Person des Angeklagten jedenfalls dann nicht vor, wenn die Beteiligung eines Dritten, die zum Gegenstand der Beweiserhebung gemacht werden soll, nach Lage der Dinge gerade fraglich ist.

2. Die Behandlung einer behaupteten Beweistatsache als bedeutungslos bedarf einer umfassenden Begründung, in der die Beweistatsache so, als sei sie bewiesen, in das bisher gewonnene Beweisergebnis einzufügen und als Teil des Gesamtgefüges in seiner indiziellen Beweisbedeutung zu würdigen ist. Damit unterscheidet sich die erforderliche Begründung grundsätzlich nicht von den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch eine tatsächlich durchgeführte Beweiserhebung gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen. Denn die Ablehnung eines Beweisantrages darf nicht dazu führen, dass aufklärbare, zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden.

3. Weist ein Zeuge auf den Angeklagten entlastende Umstände hin, die dem Verteidiger und auch dem Vorsitzenden bislang unbekannt waren, und befinden sich Zeugenaussagen zu diesen Umständen in Spurenakten, die sich bisher nicht bei den Verfahrensakten befinden, so kann es die Besorgnis begründen, der Vorsitzende sei nicht mehr unbefangen und geneigt, die schnelle Sacher-

ledigung einer sachgerechten Aufklärung vorzuziehen, wenn er trotz dieser neuen Erkenntnisquellen die Beendigung der Beweisaufnahme verfügt, den Staatsanwaltschaft auffordert, das Schlussplädoyer zu halten, und dem Verteidiger gegenüber äußert, dass seine nur angekündigten, aber noch nicht gestellten Beweisanträge möglicherweise alle abgelehnt würden.

BGH 1 StR 501/02 - Beschluss vom 12. Februar 2003 (LG Traunstein)

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (bloße Vermutung; Beweismwürdigung); Beruhen; Verfahrensfehler (unterbliebene Vereidigung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 60 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Zur Beurteilung der Frage der Bedeutungslosigkeit ist die Beweistatsache so, als sei sie erwiesen, in die Würdigung einzustellen (BGH NSTZ 1997, 503).

BGH 2 StR 475/02 - Beschluss vom 7. März 2003 (LG Frankfurt)

Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Erhebung von Verfahrensrügen (Ausnahmen; Verschulden; Hinderungsgründe).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO

1. Wenn die Revision mit der Sachrüge fristgemäß begründet worden ist, kommt eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von Verfahrensrügen grundsätzlich nicht in Betracht. Sie kann allerdings ausnahmsweise dann erfolgen, wenn dem Verteidiger trotz angemessener Bemühungen bis kurz vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist Akteneinsicht nicht gewährt wurde und Verfahrensbeschwerden erhoben werden sollen, die ohne Kenntnis der Akten nicht begründet werden konnten (vgl. BGH StV 1997, 226 mit Anm. Ventzke).

2. Der Beschwerdeführer muss dann für jede Rüge ausreichend darlegen, dass er gerade durch die fehlende Akteneinsicht an einer ordnungsgemäßen Begründung gehindert war.

3. Der Umstand, dass das Urteil nur dem Pflichtverteidiger zugestellt worden ist, begründet eine Wiedereinsetzung nicht (vgl. auch BVerfG NJW 2001, 2532 f.), ebensowenig, dass der Wahlverteidiger von der Zustellung nicht unterrichtet worden ist.

BGH 4 StR 381/02 - Beschluss vom 4. März 2003 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur abschließenden Revisionsbegründung; rechtliches Gehör; Wahlverteidigung (Zustellung an den weiteren Wahlverteidiger); umfassende Prüfung auf die Erhebung der Sachrüge.

Art. 6 EMRK; § 44 StPO; § 345 StPO; § 137 StPO; § 33a StPO; § 352 StPO

1. Gegen eine rechtskräftige Sachentscheidung ist eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich (st. Rspr., BGHSt 17, 94, 96 f.; BGHR StPO § 33 a Satz 1 Anhörung 1).

2. Eine Fristversäumnis hinsichtlich der Frist zur abschließenden Revisionsbegründung liegt nicht vor, wenn mit der Erhebung der allgemeinen Sachrüge durch einen Wahlverteidiger die Revision ordnungsgemäß begründet wurde. Die Wirksamkeit der Zustellung eines Urteils wird dann weder dadurch berührt, dass es an nur einen der Wahlverteidiger zugestellt wurde (vgl. BVerfG NJW 2001, 2532 f.; BGHSt 22, 221, 222; 34, 371, 372), noch dadurch, dass der weitere Wahlverteidiger von der Zustellung des Urteils an den anderen Wahlverteidiger nicht unterrichtet worden war (vgl. BVerfG NJW 2002, 1640; BGH NJW 1977, 640; BGHR StPO § 145 a Unterrichtung 1).

BGH 4 StR 463/02 - Beschluss vom 25. Februar 2003 (LG Stendal)

Gegenvorstellung; rechtliches Gehör (Übergehen von Vorbringen; Verwertung von Tatsachen / Beweisergebnissen ohne rechtliches Gehör).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO; Vor § 1 StPO

1. Das Revisionsgericht kann einen Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO, mit dem es die Rechtskraft des tatrichterlichen Urteils herbeigeführt hat, weder aufheben noch ändern (BGHSt 17, 94; BGH bei Miebach NSTZ 1989, 217, 218).

2. Eine Änderung des Beschlusses kommt dann auch nicht nach § 33a StPO in Betracht, es sei denn der Senat hat Tatsachen oder Beweisergebnisse verwertet, zu denen der Verurteilte nicht gehört worden wäre, oder der Senat hat bei der Entscheidung zu berücksichtigendes Vorbringen übergegangen.

BGH 1 StR 352/02 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Nürnberg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Abgabe einer Gegenerklärung nach § 349 Abs. 3 StPO (Rechtskraft; Verschulden; Nichtmitteilung des Verwerfungsantrages des Generalbundesanwaltes); rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Verfahren.

§ 44 StPO; § 345 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 3 StPO; § 33a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Eintritt der Rechtskraft der Sachentscheidung ist nicht mehr zulässig (BGHSt 17, 94; BGH NSTZ 1993, 208; 1997, 45; 1999, 41). Dies gilt auch dann, wenn der Angeklagte selbst nach § 345 Abs. 2 StPO Revision eingelegt hat und von seinem Verteidiger erst nach Verwerfung der Revision vom Verwerfungsantrag erfährt.

BGH 4 StR 264/02 - Urteil vom 16. Januar 2003 (LG Paderborn)

Zulässigkeit der Aufklärungsrüge; Aufklärungspflicht; Möglichkeit des Ergebnisses einer Beweiserhebung; Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 69 Abs. 2 StGB

1. Eine Aufklärungsrüge, die ein günstiges Ergebnis nur für „möglich“ erachtet, ist unzulässig.

2. Bei Delikten, die nicht zu den im Katalog des § 69 Abs. 2 StGB genannten Regelbeispielen gehören, bedarf es zur Prüfung, ob der Täter zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet ist, einer von den Umständen des Einzelfalls abhängenden Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit, soweit sie in der Tat zum Ausdruck gekommen ist (vgl. BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 6 und

7; BGH, Beschluss vom 5. November 2002 - 4 StR 406/02).

BGH 4 StR 502/02 - Beschluss vom 13. Februar 2003 (LG Essen)

Beweiswürdigung (lückenhafte; Beweiswürdigungsgrundlage; Feststellungen; Motiv; Unstreitigstellen einer in das Wissen eines Zeugen gestellten den Angeklagten belastenden entscheidungserheblichen Tatsache); Versicherungsmisbrauch; Aufklärungspflicht.

§ 265 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Das „Unstreitigstellen“ einer in das Wissen eines Zeugen gestellten, den Angeklagten belastenden entscheidungserheblichen Tatsache ist dem deutschen Strafprozess fremd.

IV. Nebenstrafrecht, Haftrecht und Jugendstrafrecht

BGH 2 StR 371/02 - Urteil vom 19. Februar 2003 (LG Darmstadt)

BGHSt; Abgrenzung von Privathandlung und dienstlicher Tätigkeit eines Bundeswehrsoldaten; Einführen von Kriegswaffen; Einführen von Munition; Einführen von Explosivstoffen; Genehmigungserfordernis; Aufklärungspflicht.

§ 6 Abs. 1 Satz 1 WaffenG, § 53 Abs. 1 Nr. 2 WaffenG, § 15 Abs. 1 KWKG, § 22a Abs. 1 Nr. 4 KWKG, § 1 Abs. 4 Nr. 1 SprengG, § 40 Abs. 2 Nr. 1 SprengG; § 244 Abs. 2 StPO

1. Dienstlich ist jede Tätigkeit eines Bundeswehrsoldaten, die zu seinem allgemeinen Aufgabenbereich gehört oder damit in unmittelbarem Zusammenhang steht, nach objektiven Gesichtspunkten äußerlich als Diensthandlung erscheint und von dem Willen getragen ist, dienstliche Aufgaben zu erfüllen. (BGHSt)

2. Eine den allgemeinen Vorschriften unterfallende Privathandlung eines Soldaten liegt namentlich dann vor, wenn die Handlung in keinem Zusammenhang mit dienstlichen Aufgaben steht oder wenn sie nicht auf die - wenngleich unter Umständen vorschriftswidrige - Erfüllung der dem Soldaten nach dienstlicher Stellung und allgemeiner Zuständigkeit obliegenden Pflichten oder die Erreichung dienstlicher Zwecke gerichtet ist, sondern allein privaten Zwecken dient. (BGHSt)

3. Angehörige der Bundeswehr sind, soweit sie im Rahmen ihrer dienstlichen Tätigkeit Umgang mit Waffen, Kriegswaffen oder Explosivmaterial haben, von den Genehmigungsvorschriften der allgemeinen Gesetze über den Umgang mit diesen Materialien und daher auch von deren hieran anknüpfenden Strafvorschriften ausgenommen. Die waffen- oder sprengstoffrechtliche Genehmigung wird für sie nicht lediglich fingiert; vielmehr treten innerdienstliche Erlaubnis-, Sicherungs- und Verbotsvor-

schriften umfassend an die Stelle der allgemeinen Regelungen. (Bearbeiter)

4. Eine Privathandlung liegt nicht schon dann vor, wenn der Soldat im einzelnen Fall ohne Abstimmung mit der Leitung der Bundeswehr handelt. (Bearbeiter)

BGH GSSt 1/02 - Beschluss vom 4. Februar 2003 (LG Duisburg)

BGHSt; Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Mittäterschaft (Zurechnung von Tatbeiträgen; eigenhändiges Delikt); Waffe; Täter; Beteiligter; Teilnehmer; Tatbestand; Formulierung; Wortlautargument; teleologische Reduktion; Mindeststrafe; BGHSt 43, 8; Leibwächterfall.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 29 StGB; § 113 StGB; § 244 StGB; § 250 StGB; § 30 a BtMG

1. Bei gemeinschaftlicher Tatbegehung kann nicht nur derjenige Täter eines Verbrechens nach § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG sein, der selbst unmittelbar Zugriff auf eine mitgeführte Schusswaffe oder einen sonstigen Gegenstand im Sinne dieser Vorschrift hat. Vielmehr kann die vom gemeinsamen Tatplan umfasste Bewaffnung eines Mittäters den übrigen Tätern nach allgemeinen Grundsätzen (§ 25 Abs. 2 StGB) zugerechnet werden. (BGHSt)

2. Das bewaffnete Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist kein eigenhändiges Delikt. Dies ergibt sich zum einen aus der Intention des Gesetzgebers, die besondere Gefährlichkeit des bewaffneten Handeltreibens und nicht etwa einen gesteigerten persönlichen Schuldgehalt (vgl. § 29 StGB) des bewaffneten Täters stärker zu sanktionieren. Zum anderen entspricht dies dem Normzweck, weil die Zurechnung des Waffenbesitzes so auch als Hintermänner agierende Mittäter umfasst, die in der Hierarchie des Betäubungsmittelhandels höher stehen, aber den

persönlichen Umgang mit Waffen typischerweise vermeiden. (Bearbeiter)

3. Der mittäterschaftlichen Zurechnung steht nicht entgegen, dass der Wortlaut bei einigen Delikten verlangt, dass ein „Täter oder ein Beteiligter“ die Waffe bei sich führen müsse, während § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG nur vom „Täter“ spricht. Zum einen kann derselbe Begriff auch bei gleichem Wortlaut in verschiedenen Tatbeständen nach deren jeweiligem Zweck unterschiedlich ausgelegt werden. Zum anderen umfasst die Formulierung „Täter oder ein Beteiligter“ auch Teilnehmer und damit einen weiteren Personenkreis als die Mittäterschaft, die Gehilfen und Anstifter gerade nicht einschließt. Diese Tatbestandsfassung wird vom Gesetzgeber also für eine den Kreis der Mittäter noch überschreitende Strafdrohung verwendet. Dass der Gesetzgeber im Falle des § 30 a Abs. 2 BtMG eine andere Formulierung wählte, steht daher einer mittäterschaftlichen Zurechnung nicht im Wege. (Bearbeiter)

4. Verfügt nur ein Teilnehmer an einer Tat des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge über eine Waffe, so führt dies grundsätzlich weder für den Täter noch für den Teilnehmer zur Strafbarkeit nach § 30 a Abs. 2 BtMG. Anderes kann gelten, sofern der Haupttäter in der Lage ist, auf die Waffe jederzeit auch selbst zuzugreifen oder über ihren Einsatz im Wege eines Befehls zu verfügen. In diesen Fällen ist die Annahme der Qualifikation über mittelbare Täterschaft gerechtfertigt (Übertragung von BGHSt 43, 8, 14 - „Leibwächterfall“ - auf Fälle des § 30 a BtMG; obiter dictum). (Bearbeiter)

5. Zwar werden infolge der weiten Auslegung des Begriffs des Handeltreibens auch Tätigkeiten erfasst, die sich weit im Vorfeld eines Drogenumsatzes abspielen. Damit unterliegen der hohen Mindeststrafdrohung des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG auch Verhaltensweisen, bei denen es nach Lage der Dinge ausgeschlossen erscheint, dass der Täter in eine Situation kommen wird, die für ihn Anlass zum Schusswaffengebrauch sein könnte. Doch kann dem nicht sachgerecht durch einen generellen Ausschluss mittäterschaftlicher Zurechnung des Waffenbesitzes begegnet werden, da dies auch im Falle eines Alleintäters virulent werden kann, sondern ggf. durch eine teleologische Reduktion. Ob sich dies tatsächlich empfiehlt, kann offen bleiben, zumal § 30 a Abs. 3 BtMG die Möglichkeit bietet, ohne tatbestandliche Einschränkung die Verhängung der hohen Mindeststrafe von fünf Jahren zu vermeiden. (Bearbeiter)

BGH 3 StR 349/02 - Urteil vom 13. Februar 2003 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Gesetzeskonkurrenz; besonders schwerer Fall; minder schwerer Fall; Sperrwirkung des verdrängten Delikts hinsichtlich seiner Mindeststrafe; Strafraumen; gesetzgeberische Korrektur).

§ 30 a BtMG; § 52 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG; § 250 Abs. 3 StGB; § 177 Abs. 5 StGB

1. Bei der Anwendung des minder schweren Falles nach § 30 a Abs. 3 BtMG ist die Sperrwirkung der höheren Mindeststrafe eines verdrängten Tatbestandes wie dem des § 29 a Abs. 1, § 30 Abs. 1 BtMG zu beachten, sofern nicht auch insoweit ein minder schwerer Fall gegeben ist. (BGHR)

2. Der Senat verkennt nicht, dass sich damit bei § 30 a Abs. 3 BtMG ein sehr schmaler Strafraumen ergibt und dass das Fehlen eines Bereiches, in er sich mit dem Strafraumen des § 30 a Abs. 2 überlappt, die Strafzumessung in Grenzfällen erschwert. Doch ist dies auf die wenig geglückte Harmonie der Strafraumen des Betäubungsmittelstrafrechts zurückzuführen. Hier könnte eine § 250 Abs. 3 StGB und § 177 Abs. 5 StGB - jeweils i d F des 6. StrRG - entsprechende Korrektur angezeigt sein. (Bearbeiter)

BGH 4 StR 493/02 – Urteil vom 6. März 2003 (LG Neubrandenburg)

Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende (Beurteilungsspielraum); lückenhafte Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Widersprüche); Unterlassungsstrafbarkeit (Abgrenzung zum aktiven Tun; strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aufgrund eines vorangegangenes pflichtwidrigen Vorverhaltens / Ingerenz; Quasikausalität; an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit).

§ 13 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG; § 261 StPO

1. Ob ein Heranwachsender bei der Tat im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG noch einem Jugendlichen gleichstand, ist im wesentlichen Tatfrage, wobei dem Jugendrichter ein erheblicher Beurteilungsspielraum eingeräumt ist (vgl. BGHSt 36, 37, 38 m.w.N.; BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 – 3 StR 297/02). Einem Jugendlichen gleichzustellen ist der noch ungefestigte, in der Entwicklung stehende, noch prägbare Heranwachsende, bei dem Entwicklungskräfte noch in größerem Umfang wirksam sind; hat der Täter dagegen bereits die einen jungen Erwachsenen kennzeichnende Ausformung erfahren, dann ist er nicht mehr einem Jugendlichen gleichzustellen und auf ihn ist das allgemeine Strafrecht anzuwenden.

2. Die Anwendung von Jugend- oder Erwachsenenstrafrecht steht nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG stellt keine Vermutung für die grundsätzliche Anwendung des einen oder anderen Rechts auf. Nur wenn der Tatrichter nach Ausschöpfung aller Möglichkeiten Zweifel nicht beheben kann, muss er die Sanktionen dem Jugendstrafrecht entnehmen (BGHSt aaO 40; BGH NJW 2002, 73, 75).

3. Eine Prognose völliger Entwicklungsunfähigkeit bereits in der Lebensphase zwischen dem 18. und dem 21. Lebensjahr wird nur ausnahmsweise mit Sicherheit zu stellen sein (BGH NJW 2002, 73, 76, Abgrenzung zu BGHSt 22, 41).

4. Nach der Rechtsprechung begründet auch die Beteiligung an für sich gesehen noch nicht lebensgefährlichen Misshandlungen jedenfalls dann eine Verpflichtung im Sinne des § 13 Abs. 1 StGB, die anschließende Tötung des Tatopfers durch einen anderen Beteiligten zu verhindern, wenn das vorausgegangene gemeinsame Verhalten eine Gefährderrhöhung für das Opfer dadurch bewirkte, dass der Täter in seinem zu dessen Tod führenden Vorgehen bestärkt wurde (BGHR StGB § 13 Abs. 1 Garantenstellung 7 m.w.N.).

5. Ein vollendeter Mord kann einem Angeklagten nur angelastet werden, wenn sein pflichtwidriges Unterlassen für den Tod zumindest mitursächlich geworden wäre (vgl. BGH NStZ 2000, 583; BGHR StGB § 13 Abs. 1 Ursächlichkeit 2). Hierfür genügt eine große Wahrscheinlichkeit nicht.

BGH 2 ARs 80/03 - Beschluss vom 2. April 2003

Antrag auf Übertragung der Untersuchung und Entscheidung (Erfordernis des Beginns der Hauptverhandlung); Strafbefehlsverfahren.

§ 12 Abs. 2 StPO; § 407 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG

Im Strafbefehlsverfahren ist nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Übertragung eines Verfahrens gemäß § 12 Abs. 2 StPO, der gemäß § 46 Abs. 1 OWiG

auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung findet, auf ein anderes Gericht erst zulässig, wenn die auf rechtzeitigen Einspruch anberaumte Hauptverhandlung begonnen hat (BGHSt 13, 186 ff.; 26, 374 f.). Dieser Grundsatz gilt auch für das Bußgeldverfahren.

BGH 1 StR 50/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Stuttgart)

Bandenhandel mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit und Beihilfe; Einfuhr; Erwerb; Handeltreiben; Tateinheit; Konkurrenzen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 30a BtMG; § 52 StGB

1. In den Fällen des § 30a BtMG verbindet der Bandenhandel die im Rahmen ein- und desselben Güterumsatzes aufeinanderfolgenden Teilakte vom Erwerb bis zur Veräußerung, also auch den Teilakt der unerlaubten Einfuhr, zu einer einzigen Tat im Sinne einer Bewertungseinheit (BGH NStZ 1994, 496).

2. Das gilt auch dann, wenn im Rahmen des Bandenhandels Beihilfe zur Einfuhr geleistet wird. Dagegen kommt der täterschaftlichen bandenmäßigen unerlaubten Einfuhr neben Beihilfe zum Bandenhandel ein eigener Unrechtsgehalt zu, so dass Tateinheit möglich ist (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Konkurrenzen 1).

Aufsätze und Urteilsanmerkungen

Außervollzugsetzung eines Unterbringungsbefehls - Anmerkung zum Beschluß des Landgerichts Kiel - II KLs (48/01) - vom 19. November 2002

RA Dr. Michael Gubitz, Fachanwalt für Strafrecht, Kiel

I. Einleitung

Zu der Frage, ob ein Unterbringungsbefehl nach § 126a Abs. 1 StPO außer Vollzug gesetzt werden darf, sind, soweit ersichtlich, bislang erst zwei gerichtliche Entscheidungen veröffentlicht worden. Hierin nehmen das OLG Celle¹ und, ihm folgend, das LG Hildesheim², eine Außervollzugsetzungsmöglichkeit an.³ Im Schrifttum, insbesondere der Kommentarliteratur, findet sich ein recht unheitliches Bild⁴.

II. Die Entscheidung des Landgerichts Kiel

Entscheidungstenor

Der Vollzug des Unterbringungsbefehls der Kammer vom 17. Dezember 2001 wird ausgesetzt.

Der Beschuldigte wird angewiesen,

1. den halboffenen Bereich der forensisch-psychiatrischen Abteilung der Fachklinik Neustadt sowie die beaufsichtigte Trupp-Arbeit in der hauseigenen Gärtnerei nicht ohne Zustimmung der behandelnden Ärzte zu verlassen.
2. Keinen Alkohol und keine Drogen zu sich zu nehmen.

Gründe

Der Beschuldigte befindet aufgrund des Unterbringungsbefehls der Kammer vom 17. Dezember 2001 seit diesem

¹ Beschluß vom 24.7.87 - 3 Ws 295/87, NStZ 87, 524.

² Beschluß vom 17.1.01 - 12 Ks 17 Js 24181/00, StV 01, 521.

³ Vgl. auch BVerfG, NStZ 99, 570: Aus dem dort mitgeteilten Sachverhalt ergibt sich, daß sich auch das Bundesverfassungsgericht schon mit einer entsprechenden Entscheidung auseinanderzusetzen hatte, in der dortigen Entscheidung wird die hier interessierende Rechtsfrage ausdrücklich offen gelassen.

⁴ Dagegen: Meyer-Goßner, StPO, § 126a, Rn. 10, KMR-Wankel, StPO, § 126a, Rn. 4; Starke, Die einstweilige Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach der StPO, 1991, 129; KK-Boujong, StPO § 126a, Rn. 5; Pfeiffer/Fischer, StPO § 126a, Rn. 4; dafür: SK-Paeffgen, StPO § 126a, Rn. 8; AK-StPO-Deckers, StPO § 116 Rn. 3; Paeffgen, NStZ 89, 417, 419; Hilger, in: LR, StPO § 126a, Rn. 12.

Tag in der Fachklinik Neustadt (Psychiatrisches Krankenhaus). Durch - noch nicht rechtskräftiges - Urteil der Kammer vom 02. April 2002 ist seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet worden. Grund dafür war ein in der Nacht zum 10. Juni 2001 begangenes Tötungsdelikt im Zustand der Schuldunfähigkeit. Der Beschuldigte ist von Herrn Prof. Dr. Sch. –

Gutachter im Unterbringungsverfahren - im März, Mai und Juli sowie am 15.10.2002 erneut untersucht worden. Der Sachverständige hat dabei festgestellt, dass die psychiatrische Symptomatik verschwunden sei und eine rasche Stabilisierung beobachtet worden sei. Er hat sich für eine schrittweise Lockerung der Unterbringung und die Einleitung einer konsequenten Drogentherapie und Prophylaxe ausgesprochen.

Seitens des Landeskrankenhauses ist mitgeteilt worden, dass auch dort seit Februar 2002 akute produktiv-psychotische Symptome nicht mehr beobachtet worden seien. Der Beschuldigte verhalte sich still, zurückhaltend, sei freundlich und reagiere angemessen und realitätsgerecht. An der Beschäftigungstherapie arbeite er fleißig und ausdauernd mit. Aus ärztlicher Sicht sei es angezeigt, den Beschuldigten in die halboffene Abteilung zu verlegen, wo in Verbindung mit sozialtherapeutischer und psychotherapeutischer Intervention Vollzugslockerungen in abgestufter Form unter Aufsicht und Beobachtung durch geschultes Personal erfolgen könnten und die Belastungsfähigkeit des Beschuldigten schrittweise erprobt werden könne. Voraussetzung dafür sei allerdings striktes Alkohol- und Drogenverbot.

Aufgrund dieser ärztlichen Beobachtungen über einen längeren Zeitraum hält auch die Kammer derzeit den Vollzug des Unterbringungsbefehls für nicht mehr erforderlich. Sie hat daher in entsprechender Anwendung des § 116 StPO (zur Zulässigkeit vgl. OLG Celle, NStZ 1987 Seite 524) den Vollzug ausgesetzt und Weisungen erteilt, so dass unter Berücksichtigung des grösstmöglichen Schutzes der Allgemeinheit bessere Heilungschancen für die Erkrankung des Beschuldigten bestehen und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung getragen wird.

III. Anmerkung

Das Landgericht Kiel folgt damit der Auffassung, daß ein Unterbringungsbefehl nach § 126a Abs. 1 StPO außer Vollzug gesetzt werden kann. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen. Der Wortlaut des § 126a Abs. 2 StPO, der eine Reihe von (Haft-)Vorschriften für entsprechend anwendbar erklärt und § 116 StPO - Aussetzung des Vollzugs - nicht erwähnt, legt jedoch zunächst eine gegenteilige Ansicht nahe. Dennoch spricht viel dafür, mit dem OLG Celle und dem LG Hildesheim davon auszugehen, daß der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit⁵, unter dem jede Form der behördlich angeordneten Freiheitsentziehung steht, auch als beherrschend für die einstweilige Unterbringung nach § 126 a StPO anzu-

sehen ist. Danach ist ein Freiheitsentzug verboten, wenn weniger einschneidende Maßnahmen im Sinne einer „kontrollierten Freiheit“⁶ genügen. Angesichts des ohnehin schmalen Grats zwischen „positiver“ und „negativer“ Prognose⁷ im Sinne von § 126a StPO werden die Fälle, in denen gleichzeitig die Voraussetzungen von § 126a und § 116 StPO vorliegen, besonders gelagert und wohl auch eher selten sein, weil in den meisten Grenzfällen, die im Ergebnis zu Gunsten des Beschuldigten zu werten sind, nicht eine *Außervollzugsetzung*, sondern eine *Aufhebung* des Unterbringungsbefehls die richtige Entscheidung sein dürfte. Systematisch ließe sich daher die Annahme einer *unbewußten Regelungslücke* vertreten.⁸

Für das Straf- bzw. Sicherungsverfahren eröffnet die Möglichkeit der Außervollzugsetzung eines Unterbringungsbefehls durchaus hilfreiche Perspektiven: In den Fällen, in denen sich beispielsweise eine psychische Störung medikamentös behandeln läßt, können schon vor der Hauptverhandlung die Voraussetzungen für eine Nichtanordnung der Unterbringung nach § 63 StGB, ggfs. auch in Form der Aussetzung der Unterbringung gem. § 67b StGB, auch in den Fällen vorbereitet und geschaffen werden, in denen dies aufgrund der Schwere der Tat und der auch danach orientierten Gefahrprognose⁹ zunächst wenig aussichtsreich erscheint.

Da alle denkbaren Formen einer Behandlung/Heilung, wie etwa eine Medikamentierung, Therapie u.ä., eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen, fragt sich, wie und ab wann auf die erhofften positiven Veränderungen, wenn sie denn eintreten, zu reagieren ist. Ab einem bestimmten Zeitpunkt kann in diesen Fällen davon ausgegangen werden, daß der „Umschlagspunkt“¹⁰ zwischen ungünstiger und günstiger Prognose im Hinblick auf die Erwartung zukünftiger Straftaten erreicht ist.

In den Fällen, in denen bei einem untergebrachten Beschuldigten nicht ein *Umschlagspunkt*, sondern eine *Umschlagsphase* erreicht wird, kommt die Verlegung in eine offene oder halboffene Abteilung der Anstalt in Betracht. Systematisch bedeutet dies, daß eine „Gefährdung der öffentlichen Sicherheit“¹¹ im Sinne von § 126a StPO auch auf andere Art als durch einstweilige Unterbringung auszuschließen ist.

⁵ Auch wenn dieser in § 126a StPO nicht ausdrücklich genannt wird, darf er nicht vom einfachen Gesetzgeber für bestimmte Fälle außer Kraft gesetzt werden, da er einen Bestandteil des verfassungsrechtlichen Rechtsstaatsprinzips darstellt, vgl. Starke, StV 88, 223 ff. unter Hinweis auf BVerfGE 23, 133; 35, 401; 38, 368.

⁶ BVerfGE 19, 352.

⁷ Zu den unterschiedlichen Anforderungen an die Prognose jeweils bei § 63 StGB und § 126a StPO vgl. Hilger, in LR, StPO § 126a Rdnr. 8 ff., dort auch Fn. 21.

⁸ So auch Paefßen, NStZ 89, 417, 419.

⁹ Vgl. den Wortlaut des § 63 StGB: „Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat“; Volckart, Praxis der Kriminalprognose, 1997, S. 90.

¹⁰ Vgl. dazu Volckart a.a.O. S. 40 ff.

¹¹ Zum Begriff in § 126a StPO vgl. nur Hilger, in: LR StPO § 126a Rdnr. 8.

Mit der entsprechenden Anwendung von § 116 StPO wird auch die Möglichkeit eröffnet, *Weisungen* zu erteilen. Durch diese können weitere Umstände¹² geschaffen werden, die den o.g. „Umschlag“ zeitlich zugunsten des Untergebrachten verschieben.

Die analoge Anwendung des § 116 StPO auf den § 126 a StPO hat danach auch Auswirkungen auf die Verteidigungsmöglichkeiten *nach* dem Urteil. Es kann geboten sein, in geeigneten Fällen auch in Absprache mit dem Landgericht¹³, den Eintritt der Rechtskraft hinauszuzögern. Damit eröffnet sich für das mit dem Sachverhalt und insbesondere der psychischen Störung vertraute Gericht auch nach dem Urteilszeitpunkt, zu dem möglicherweise noch eine negative Prognose zu stellen war, die Möglichkeit, auf veränderte bzw. sich verändernde Umstände zu reagieren. Aufgabe der Verteidigung ist es dann, derartige positive Veränderungen zu befördern; eine Aufgabe, die sich manchmal erst nach einem Urteil oder während der laufenden Hauptverhandlung umsetzen läßt, wenn die Bereitschaft hierzu auch des Mandanten angesichts des „Erkenntnisverfahrens“ wächst. Solange das Urteil noch nicht rechtskräftig ist, ist der Verurteilte damit nicht auf die Fristen § 67 e StGB und die Einschätzungen einer nunmehr mit der Sache neu befaßten Strafvollstreckungskammer angewiesen.

Die *Aussetzung der Vollstreckung* der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Bewährung, die in einer Vielzahl von Sicherungsverfahren das einzige realistische Verteidigungsziel darstellt, kann damit auch nach dem erstinstanzlichen Urteil durch eine vorherige Entscheidung nach § 116 StPO (analog) noch vorbereitet werden.

¹² In geeigneten Fällen auch mit weiteren Instrumentarien, beispielsweise einer Betreuerbestellung nach dem BGB (§§ 1896 ff) unter dem Gesichtspunkt der Sorge für die Gesundheit.

¹³ Da in den hier in Rede stehenden Fällen stets auch eine Unterbringung nach § 63 oder § 64 StGB drohen wird, ist von der Zuständigkeit des Landgerichts auszugehen.

Ablehnung eines Beweisantrages infolge Prozessverschleppungsabsicht wegen des Versuchs der Aufdeckung einer rechtswidrigen Verfahrensabsprache mit dem tatbeteiligten wesentlichen Belastungszeugen?

Bemerkungen zum Begründungsstil bzw. der Veröffentlichungspraxis des BGH anhand BGH 1 StR 68/03 - Beschluss vom 12. März 2003 (aufgenommen in BGHR), einer „Leitentscheidung“ zur Prozessverschleppungsabsicht des § 244 III 2 StPO.

Von Wiss. Ass. Karsten Gaede¹

I. Einleitung

Wenn neuere Entscheidungen des BGH in Strafsachen eingeschätzt und eingeordnet werden sollen, bedarf dies der wohlabgewogenen Betrachtung der Entscheidungen und einer weiteren Aufarbeitung der vorergangenen Entscheidungen sowie des einschlägigen Schrifttums. Der erste Eindruck sollte nicht zwangsläufig entscheidend sein, sondern der späteren begründeten Korrektur zugänglich bleiben. Bisweilen führt aber gerade ein anfangs noch diffuser Eindruck dazu, offene Fragen und Einwände gegen BGH-Entscheidungen durch eine nähere Analyse aufspüren zu können. Zwei zur Veröffentlichung in BGHR bzw. BGHSt vorgesehene Entscheidungen haben den Verfasser in ein bleibendes Erstaunen versetzt. Die jeweils in der Mai-Ausgabe der HRR-Strafrecht publizierten Entscheidungen des ersten Senates BGH 1 StR 403/02 – Urteil vom 12. Februar 2003 (BGHSt)² und BGH 1 StR 68/03 - Beschluss vom 12. März 2003 (BGHR)³ erweisen sich als Beispiele für eine bemerkenswert unterschiedliche Begründungskultur des BGH (bzw. der Berichterstatter?). Die nähere Untersuchung führt – freilich die vorhandenen einschlägigen Quellen in so kurzer Zeit nach der Veröffentlichung nicht ausschöpfend – zu Kritik an der Begründungspraxis des BGH. Auch in der Sache kann die BGH-Entscheidung die Praxis nur dann auf zustimmungswürdige Weise anleiten, wenn scheinbar vergessene Auslegungsprinzipien der Prozessverschleppungsabsicht erinnert werden und der Blick für Fallbesonderheiten geschärft wird, die zu einer abweichenden rechtlichen Beurteilung führen müssen.

II. Prozessverschleppungsabsicht wegen des Versuchs der Aufdeckung einer illegalen Verfahrensabsprache mit dem tatbeteiligten wesentlichen Belastungszeugen?

Der BGH hat in dem hier veröffentlichten Fall BGH 1 StR 68/03 - Beschluss vom 12. März 2003 den Beweisantrag auf Vernehmung von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Zeugen zum Beleg einer nicht aufgedeckten – und damit im Fall ihrer Existenz rechtswidrigen⁴ – Absprache mit einem tatbeteiligten Belastungszeugen wegen Prozessverschleppungsabsicht abgelehnt. Der nach § 349 II StPO ergangene Beschluss zeichnet sich dadurch aus, dass er vom eigentlichen Sachverhalt und damit von den Umständen und Rahmenvoraussetzung für die Entscheidung des BGH wenig Preis gibt: Selbstverständlich überrascht dies den Beobachter der Revisionspraxis nicht. Doch der Beschluss wurde durch den BGH zur Veröffentlichung vorgesehen worden. Er findet Eingang in BGHR. Die zu erwartende prägende Wirkung der Entscheidung lässt sich auch daran ablesen, dass der

¹ Anregungen und Kritik gerade auch zur Einbeziehung der tatsächlichen Absprachenpraxis sind unter karsten.gaede@strate.net willkommen!

² <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/02/1-403-02.php3>.

³ <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/1/03/1-68-03.php3>.

⁴ vgl. BGHSt 43, 195 ff.

Strafverteidiger den Beschluss – freilich unbearbeitet – umgehend auf seiner Homepage als eine Art „Entscheidung des Monats“ veröffentlicht hat. Die gerade im Zuge der Missbrauchsdiskussion im Strafverfahren viel beachtete Frage, wie die Prozessverschleppungsabsicht auszulegen ist⁵, sichert der Entscheidung ein zusätzlich reges Interesse und eine rechtspolitische Wirkung.

Doch kann diese BGHR-Entscheidung wirklich leitend wirken, wenn Folgendes – wie geschehen – unklar geblieben ist: War die Aussage des tatbeteiligten Belastungszeugen das wesentliche oder gar einzige Beweismittel bei der Verurteilung des Revisionsführers? Inwiefern konnte der Verurteilte die Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen und vor allem seiner Aussage unter diesen Umständen hinreichend angreifen, so wie es ihm Art. 6 III lit. d EMRK zugesteht⁶? Inwiefern gab es denn tatsächliche Anzeichen für eine (rechtswidrige) Absprache? Hatte das Gericht vielleicht nur einen „aufs Geratewohl“ gestellten Beweisantrag zu bescheiden⁷.

Man könnte sich fehlende Ausführungen noch durch die Annahme eines dahingehend unproblematischen Sachverhaltes erklären, indem man tatsächlich an einen anhaltlosen Versuch der Verschleppung durch die bloße Behauptung einer Absprache glaubt. Letzteres erscheint angesichts der angestellten umfangreicheren freibeweislichen und strengbeweislichen Ermittlungen des Gerichts jedoch gerade fernliegend. Die Unklarheit über den Sachverhalt wirft im Ergebnis letztlich erhebliche Zweifel hinsichtlich der Tragweite und der Belastbarkeit der „BGHR-Leitentscheidung“ auf. Es handelt sich daher um ein kritikwürdiges Vorgehen, das erneut die Problematik der weiten Auslegung des § 349 II StPO und seiner Ausdehnung auf rechtlich problematische und für die Rechtsfortbildung bedeutende Fälle zeigt⁸.

Dies gilt umso mehr, als eine weitere Stütze für eine zutreffende Einordnung dieser Entscheidung fehlt: Der BGH legt nicht einmal die vollständigen Voraussetzungen der Verschleppungsabsicht dar. Mit keinem Wort wird die grundsätzlich enge Auslegung dieser sensiblen Generalklausel⁹ als Ausgangsbasis benannt, schon gar nicht wird sie auf diese Art und Weise betont. Es wird einzig – insoweit in Übereinstimmung mit der bisherigen Praxis¹⁰ dargelegt, dass der BGH hinreichende tatsächliche Indizien sieht, der Verteidigung die Prozessverschleppungsabsicht zu attestieren. Tatsächlich erfordert die Prozessverschleppungsabsicht aber in den Worten des gleichen Senates¹¹ kumulativ das Folgende:

„Ein Beweisantrag kann wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt werden (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO), wenn

- die verlangte Beweiserhebung geeignet ist, den Abschluß des Verfahrens wesentlich hinauszuzögern,
- sie zur Überzeugung des Gerichts nichts Sachdienliches zugunsten des Angeklagten erbringen kann,

- der Antragsteller sich dessen bewußt ist und mit dem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Verfahrensabschlusses bezweckt wird.“

Noch präziser hieß es beim BGH im Anschluss an eine ebenfalls die Strenge der zu erfüllenden Voraussetzungen betonenden Entscheidung vor nicht all zu langer Zeit¹²:

„Der Ablehnungsgrund der Prozeßverschleppung setzt zudem voraus, daß neben dem Gericht auch der Antragsteller selbst keinerlei günstige Auswirkungen des Beweisergebnisses auf den Prozeßverlauf erwartet, er vielmehr mit seinem Antrag ausschließlich die Verzögerung des Prozesses bezweckt (BGH NStZ 1998, 207)“ (jewe. Hervorhebungen des Verfassers).

Damit sind nicht geringe Anforderungen gestellt. Der BGH hat hingegen in dem für BGHR vorgesehenen und damit als Leitfall für den betroffenen Fallbereich fungierenden Beschluss keinen Abgleich mit seiner Rechtsprechung vorgenommen und die Betonung der hohen Anforderungen nicht für nötig befunden, sondern letztlich deutlich seine Bereitschaft bekundet, derartige Ablehnungen von Beweisanträgen zu möglichen Verfahrensabsprachen entschieden zu sanktionieren. Die mit diesem Vorgehen angedeutete Absicht entgeht aufmerksamen Beobachtern der Praxis des BGH freilich nicht. Mehr noch muss vor allem hervorgehoben werden, dass der BGH offenbar auch nicht bedacht hat, inwiefern die hinsichtlich konsensualer Elemente veränderte Gerichtspraxis in der Fallgruppe einer Absprache mit einem parallel abgeurteilten tatbeteiligten Belastungszeugen ein besonderes Vorgehen erforderlich sein könnte. Wenn sich der BGH hier mit einer knappen und mangels Kenntnis des weiteren Sachverhalts im Ergebnis – gerade für die Orientierung su-

⁵ man denke hier etwa an BGHSt 38, 111 ff.; vgl. m.w.N. zum Überblick Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2002, Rn 126a.

⁶ vgl. dazu etwa Unterpertinger v. Österreich, Series A, Nr. 110, § 31; Kostovski v. Niederlande, Series A, Nr. 166, § 41; Windisch v. Österreich, Series A, Nr. 186, § 26; und aus jüngerer Zeit P.S. v. Deutschland, 20.12.2001, §§ 21 ff.; Visser v. Niederlande, 14.2.2002, § 43; zu diesem Recht vgl. jüngst auch Wohlers, Festschr. Trechsel, 2002, S. 813 ff.

⁷ eine der BGH-Rechtsprechung bekannte Figur vgl. m.w.N. BGH 3 StR 28/03 - Beschluss vom 11. März 2003 bei www.hrr-strafrecht.de.

⁸ vgl. bereits Ventzke StV 1999, 190, der auf die „nur eingeschränkt nachvollziehbaren Wege der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung“ hinweist und in StV 2000, 249, 252 hervorhebt, dass derartige Beschlüsse sogar in BGHSt Eingang gefunden haben; Naucke StV 1985, 187, 188; vgl. auch LR-Hanack, 25. Aufl. 1998, § 352 Rn 5, Fn. 4: „ratio decidendi der Entscheidungen oft schwer erkennbar“; was er bereits zu § 349 IV bemerkt.

⁹ vgl. etwa BGHSt 29, 149, 151: „strenge Auslegung“; Kühne, Strafprozessrecht, 5. Aufl. 1999, Rn 785.

¹⁰ vgl. etwa m.w.N. Meyer-Goßner, StPO, 46. Aufl. 2003, § 244 Rn 67 f.; zuletzt BGH 1 StR 2/01 - Beschluss vom 7. März 2001 bei www.hrr-strafrecht.de.

¹¹ vgl. BGH 1 StR 2/01 - Beschluss vom 7. März 2001 bei www.hrr-strafrecht.de; ebenso jüngst auch BGH 4 StR 579/00 - Beschluss vom 3. April 2001 bei www.hrr-strafrecht.de; vgl. auch Beulke, Strafprozessrecht, 6. Aufl. 2002, Rn 446.

¹² vgl. BGH 4 StR 579/00 - Beschluss vom 3. April 2001 bei www.hrr-strafrecht.de Rn 13.

chende Praxis – äußerst schwer abschätzbaren Begründung begnügt, so ist dies ungenügend. Diese mangelnde Transparenz ist bei § 349 II StPO allgemein bedauerlich, bei einer Aufnahme in BGHR ist sie nicht nur ein gleichsam ästhetisches Manko, sondern eine der Verantwortung des BGH für die Rechtsfortbildung unangemessene Vorgehensweise. Drei Punkte sollen hier herausgegriffen werden, die bei der Fortwirkung der BGHR-Entscheidung stets mit bedacht werden sollten:

1. Es darf nicht verkannt werden, dass die Auslegung der Prozessverschleppungsabsicht weiterhin an „strenge“ Voraussetzungen geknüpft bleiben muss. Es besteht gerade angesichts des wachsenden menschenrechtlichen Hintergrundes der Verteidigungsrechte¹³ kein Anlass, von dieser Auslegung durch missverständliche und letztlich auf das Wirkungspotential der Entscheidung bezogen mangelhaft begründete „Leitentscheidungen“ abzurücken.

2. Der BGH lehnt es ausdrücklich ab, dass es in das „Belieben eines Prozessbeteiligten gestellt“ wird, „Mitglieder des erkennenden Gerichts als in der Sache berufene gesetzliche Richter für Vorgänge in einer gesondert geführten Verhandlung gegen einen anderen Tatbeteiligten als Zeugen zu benennen und sie damit gemäß § 22 Nr. 5 StPO von der Ausübung des Richteramts auszuschließen mit der weiteren Konsequenz, dass die Hauptverhandlung ausgesetzt und in anderer Besetzung neu begonnen werden muss“. Dieser Grundsatz mag gerade für den Normalfall dann stimmen, wenn ein nicht nach konsensualen Erledigungsmöglichkeiten suchendes Gericht dem Angeklagten gegenübersteht. Ein solches Gericht schafft keine Situationen, die für die Beurteilung des Falles derart von Bedeutung sein können, dass eine Zeugenvernehmung der Richter überhaupt relevant wird. Hier ist grundsätzlich kein Anhalt geschaffen, der zu einem unabwiesbaren Bedarf nach einer förmlichen Vernehmung von Gerichtsmitgliedern in der Hauptverhandlung führen könnte.

Falls es im Einzelfall anders ist, hat auch der BGH eigentlich die Notwendigkeit eines Vorgehens nach den Förmlichkeiten der StPO erkannt.¹⁴ Wenn es aber heute die legitime Praxis ist, konsensuale Verfahrenserledigungen gerade auch außerhalb der Hauptverhandlung unter Ausschluss der Öffentlichkeit anzustreben¹⁵, wodurch auch das unkontrollierte Zugehen auf parallel abgeurteilte tatbeteiligte Belastungszeugen möglich ist, die sodann zum eigenen Vorteil aussagen, verändert sich die Situation grundlegend^{15a}. Der Angeklagte ist an diesen offenbar vorentscheidenden Gesprächen mit dem weiteren Tatbeteiligten unbeteiligt und es besteht die Gefahr der Benachteiligung des schweigenden bzw. bestreitenden Tatbeteiligten (Dadurch ist er dem Parallelverfahren, auf das er selbst keinen Einfluss gewinnen kann, in diesem Punkt ausgeliefert: Es droht ihm insbesondere eine die Wirklichkeit der Tat zu seinen ungunsten verfälschende, für das Gericht im Ergebnis überzeugende Darstellung, die zur Grundlage seiner Verurteilung wird. Die BGHR-Entscheidung lässt mit keinem Wort erkennen, dass sie diese besondere Situation erkannt und gewürdigt hat.

Der Angeklagte muss demnach in einem Fall wie in dem vom BGH nun entschiedenen damit rechnen, dass die über ihn Richtenden ohne seine Beteiligung nach den Grundsätzen des BGH legitim auf eine ihn überführende Absprache mit dem gesondert abgeurteilten tatbeteiligten Belastungszeugen hinwirken und diesem für eine schnelle Erledigung beider Verfahren Angebote machen, deren Inhalt häufig im Dunklen verbleibt. Es stellt sich in diesem Kontext nicht mehr als eine verdrängenswerte rein hypothetische Möglichkeit dar, dass die Richter auch darüber hinaus die praktisch entgegen den BGH-Vorgaben unaufgedeckt und unter Abforderung eines Rechtsmittelverzichts ablaufenden Absprachen¹⁶ auch weiterhin verdecken wollen, falls sie es nicht unter dem Zwang der formalen Hauptverhandlung offenbaren müssen. Es mindert zwar in der Tat die Wahrscheinlichkeit einer tatsächlich erfolgten aber praxisgemäß verschwiegenen Absprache, wenn weitere im Parallelverfahren Beteiligte diese Absprache bereits verneint haben. Gibt es aber Anhaltspunkte für eine verdeckte Absprache, kann in einer solchen Lage gerade nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der Angeklagten zum Vertrauen auf die Redlichkeit der typisch verdeckt agierenden Beteiligten gezwungen ist. Im Gegenteil stellen sich hier gerade massive Befangenheitsprobleme, insbesondere dann, wenn es Anhaltspunkte für eine verdeckte Absprache gibt. Das Prozessrecht muss dem Angeklagten in dieser veränderten Situation die Möglichkeit bieten, diese offenbar nach wie vor verdeckten Verfahrensstrukturen tatsächlich offen zu legen, damit aus ihnen keine unfairen Konsequenzen für den sein Schweigerecht wahrnehmenden Angeklagten erwachsen können.

Vielleicht könnte man der Verteidigung auf Basis einer im Sinne der StPO von 1877 gelebten Prozesspraxis vorhalten, die offenbar nicht auf eine konsensuale Verfahrensbeendigung ausgerichtet war, dass eine verdeckte Absprache „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ ausgeschlossen werden kann, wenn Beteiligte das Bestehen einer solchen – gerade auf die Verschwiegenheit bedachten – Absprache bestritten haben. Vor dem Hintergrund der heutigen Praxis kann man nicht erwarten, dass der Angeklagte die Möglichkeit einer solchen für ihn nachteiligen Praxis selbst „mit an Sicherheit gren-

¹³ vgl. als Beispiel für die dynamische und nationale Garantien zum Teil übertreffende Auslegung der EMRK durch den EGMR Allan v. Großbritannien, bei www.hrr-strafrecht.de = übersetzt in StV 2003, 256 m. Anm. Gaede.

¹⁴ vgl. BGHSt 45, 354 ff., die der BGH insofern eigenartigerweise gerade zitiert.

¹⁵ vgl. etwa BGHSt 43, 195: Erlaubnis zu Vorgesprächen außerhalb der Hauptverhandlung; krit. dazu Schünemann ZStW 114 (2002), 1, 56f, der zu Recht gerade den verdeckt bleibenden Vorgang der Absprachekommunikation selbst als normativ relevant betont.

^{15a} vgl. zu dieser Gefahr weiterführend Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren, 2003, S. 240 ff.

¹⁶ vgl. für diese weit verbreitete Einschätzung etwa Schmitt GA 2001, 412 ff, 425 f: „Akzeptanz der höchstrichterlichen Vorgaben bei den Tatgerichten äußerst gering“; Schünemann ZStW 114 [2002], 1, 54 m.w.N.; auch Weider StV 2003, 266, 267: „unverhohlene Weigerung“.

zender Wahrscheinlichkeit“ vernünftiger Weise ausschließen muss, so dass er nur noch an der Prozessverschleppung interessiert sein kann.^{16a} Vielmehr darf er einen solchen nicht mehr völlig fern liegenden Zweifel am Gericht mit den ihm gestatteten Rechten ausräumen. Dies gilt gerade dann, wenn man sich in Erinnerung ruft, dass der ihm menschenrechtlich und grundgesetzlich zustehende faire Prozess gerade auf die aktive und effektive Mitwirkung über eigene Rechte wie etwa das Beweisanspruchsrecht gerichtet ist.¹⁷

In diesem Zusammenhang muss es gerade nicht jedem Verteidiger fraglos einsichtig sein, dass eine Aufrechterhaltung des Beweisanspruches auf die förmliche Vernehmung der möglicherweise beteiligten Richter „prozessfremde Zwecke“ verfolgt. Wenn „prozessfremde“ Formen gewählt werden, sollten wenigstens die Möglichkeiten, diese mit prozessimmanenten Rechten zu disziplinieren, der Verteidigung nicht aus der Hand geschlagen werden. Es ist ein – je nach tatsächlichem Sachverhalt der Entscheidung – vom BGH noch nicht ausreichend gesehenes – oder nur durch die Kürze des Beschlusses verdrängtes – Folgeproblem der Absprachenpraxis aufgeworfen, das in einem fairen Verfahren nicht allein mit der Unterstellung der Prozessverschleppungsabsicht gelöst werden kann.

3. Die so für den Fall der Anhaltspunkte für eine verdeckte Absprache – sie können sich etwa aus dem Verlauf und der Art und Weise des Parallelprozesses ergeben^{17a} – angemahnte restriktive Auslegung der Prozessverschleppungsabsicht ist besonders dann unabweisbar, wenn die Aussage eines wesentlichen Belastungszeugen betroffen ist. Ein Urteil darf hier nur dann auf die Aussagen von Belastungszeugen gestützt werden, wenn das Konfrontationsrecht gemäß Art. 6 III lit. d EMRK effektiv gewährt worden ist. Das Konfrontationsrecht fordert dabei eine Gelegenheit, die Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen wirksam anfechten zu können und es wurde in anderem Zusammenhang gerade auch das Recht auf den Zugang zu den zur Einschätzung der Glaubwürdigkeit des Belastungszeugen bzw. seiner Aussage nötigen Informationen anerkannt.¹⁸ Überdies besteht die Pflicht, Absprachen mit tatbeteiligten Belastungszeugen zu offenbaren,¹⁹ was nach der konkreten und wirksamen Auslegung der EMRK bedeuten muss, dass auch der Beweis einer solchen verfahrensentcheidenden Absprache nicht verhindert werden darf.²⁰

Wenn der Angeklagte hier einen tatsächlichen Anhaltspunkt für die verabredete Zusammenarbeit des Belastungszeugen mit den Strafverfolgungsbehörden aufweisen kann – der bei der BGH-Entscheidung gerade eher nahe liegt –, dürfen dem Angeklagten nicht die Grundlagen für eine wirksame Anfechtung einer solchen Aussage genommen werden. Die praktisch im Ergebnis kategorische Verweigerung einer förmlichen Vernehmung der etwaig beteiligten Richter in einer solchen Fallgruppe könnte im Einzelfall zu einer Verletzung des Art. 6 EMRK Anlass geben. Dabei sollte bedacht werden, dass sich Art. 6

EMRK keineswegs in der in Deutschland bereits stärker wahrgenommenen Fallgruppe des Konfrontationsrechtes erschöpft. Vielmehr ist auch im europäischen Maßstab die Unparteilichkeit des Gerichts garantiert, die zudem im Strafverfahren gerade am Eindruck des Angeklagten zu messen ist.²¹ Der EGMR könnte – im Gegensatz zum BGH²² daran Anstoß nehmen, dass Anhaltspunkte für ein verdecktes Zugehen auf den tatbeteiligten Belastungszeugen bestehen und die betroffenen Richter selbst über den Entzug eines Verteidigungsrechts mitentscheiden haben. Mehr noch kann der EGMR gerade auch wegen der vorherrschenden Gesamtbetrachtung zu Art. 6 EMRK eine Kombination aus den Bedenken hinsichtlich Art. 6 III lit. d EMRK und den im Grunde nicht geringeren Bedenken gegenüber der Unparteilichkeit der betroffenen Richter wählen²³: Er könnte die – bis heute in Straßburg noch vergleichsweise wenig thematisierte – Absprachenpraxis damit an rechtsstaatliche Voraussetzungen binden, die offenbar – blickt man auf die tatsächliche Praxis – bislang in Deutschland noch wenig verwirklicht scheinen. Im Ergebnis könnte für den hier diskutierten Sonderfall gerade die unerwünschte zwingende Folge des Ausschlusses der betroffenen Richter eine menschenrechtlich zwingende Konsequenz des auch bei Absprachen zu verwirklichenden fairen Verfahrens darstellen: Richter, die auf einen gesondert abgeurteilten tatbeteiligten Belastungszeugen ohne Beteiligung des Angeklagten zugehen, um durch seine Aussage das Verfahren des Angeklagten einer verurteilenden Erledigung zuzuführen, sind als befangen abzulehnen.

III. Begründungslust und Begründungsflucht im Allgemeinen

Stellt man die voranstehenden Erwägungen zum Beschluss und zur Auslegung des § 244 III 2 StPO selbst nochmals in einen größeren Zusammenhang, lohnt hier der Seitenblick auf die beispielhafte geradezu fulminante Entscheidung des gleichen Senates BGH 1 StR 403/02 – Urteil vom 12. Februar 2003, die ebenfalls in der Mai-

^{16a} im Ergebnis wie hier auch Weider StV 2003, 266, 268.

¹⁷ vgl. zum nach Einfluss im Verfahren strebenden Recht des fairen Verfahrens etwa BVerfGE 39, 238, 243; 38, 105, 111; 65, 171 ff; zur EMRK vgl. Foucher v. Frankreich, Rep. 1997-II, § 34; Bulut v. Österreich, Rep. 1996-II, § 47; Lanz v. Österreich, 31.1.2002, §§ 57 ff.!

^{17a} vgl. auch Weider StV 2003, 266, 267.

¹⁸ vgl. am Beispiel der Identität des Zeugen Kostovski v. Österreich, Series A, Nr. 166, § 42; Windisch v. Österreich, Series A, Nr. 168, § 28.

¹⁹ vgl. Miehsler/Vogler, IntKomm EMRK, Art. 6 Rn. 370; Frowein/Peukert, 2. Aufl. 1996, Art. 6 Rn. 111 m.w.N.

²⁰ vgl. zu dieser Auslegungsmaxime beispielhaft Kostovski v. Niederlande, Series A, Nr. 166, § 44 und aus jüngerer Zeit Öcalan v. Türkei, 12.3.2003, § 153 bei www.hrr-strafrecht.de.

²¹ vgl. zu dieser Teilgarantie des Art. 6 EMRK vgl. Fey v. Österreich, Series A, Nr. 255-A, § 30: „the courts ... must inspire confidence ... above all ... in the accused“; zu dieser st.Rspr. auch Öcalan v. Türkei, 12.3.2003, § 114 bei www.hrr-strafrecht.de.

²² vgl. den vierten Leitsatz der BGHR-Entscheidung bei www.hrr-strafrecht.de.

²³ vgl. beispielhaft dazu Unterpertinger v. Österreich, Nr. 110, §§ 28 ff.; Barberà u.a. v. Spanien, Nr. 146, §§ 67 ff., 89.

Ausgabe veröffentlicht ist. In diesem – freilich auch nicht gemäß § 349 II entschiedenen – Verfahren befasst sich der erste Senat mit spürbarer Freude an Rechtsfortbildung gründlich mit Fragen zur „Notwehr gegen Erpresser“. Wenn das Urteil selbst auch inhaltliche Kritik auf sich ziehen dürfte, zeigt es doch exemplarisch etwa mit dem die Tiefe der wissenschaftlichen Durchdringung signalisierenden Zitat einer rechtsvergleichenden Arbeit aus dem Jahre 1909 (!), wie unterschiedlich die Aufbereitung von Fragen, die für die Rechtspraxis und für die Rechtsfortbildung von Bedeutung sein können, beim BGH ausfallen kann. Ständig spürt der Leser des Urteils, dass sich der BGH in geradezu übertriebenem Maße der rechtsfortbildenden Verantwortung des Gerichts bewusst ist.

Der Verweis auf ein weiteres Urteil stellt sicher keine fundierte Aufarbeitung der Begründungspraxis des BGH im Allgemeinen dar. Der BGH zeigt hier aber beispielhaft die Bereitschaft, Probleme anzusprechen und sich der Suche nach Lösungen offen und nicht nur verdeckt über eine kryptische Begründungspolitik zu stellen. Es besteht kein Grund, diese Bereitschaft bei anderen Rechtsproblemen vermissen zu lassen. Etwaige rechtspolitische Motive hinter der bewusst knapp gewählten Begründung wären bedenklich und dem höchsten deutschen Fachgericht in Strafsachen eigentlich nicht würdig. Dies

gilt im Besonderen bei solch sensiblen menschenrechtlich bedeutsamen prozessualen Fragen wie der Prozessverschleppungsabsicht, jedoch auch darüber hinaus. Ganz allgemein sollte über die hier geäußerten Bedenken hinsichtlich der Prozessverschleppungsabsicht bzw. der Beurteilung der Befangenheit hinaus, der bereits geäußerten Kritik an der schwankenden Begründungstechnik der Revisionsgerichte einschließlich des BGH²⁴, jedenfalls dann Gehör geschenkt werden, wenn das Gericht selbst durch die Auswahl zur Veröffentlichung seinem Beschluss (rechtspolitisch) richtungweisende Wirkung beimisst. Auch dem Gesichtspunkt der Einzelfallgerechtigkeit ist in diesen Fällen letztlich gerade dann nicht gedient, wenn weitere Einzelfälle infolge einer mangels Einschätzbarkeit missverstandenen BGH-Entscheidung falsch entschieden werden. Darüber hinaus gilt auch hier, dass die zumindest in den geschriebenen Ausführungen nicht reflektierte und damit im Ergebnis als unbedeutend abgetane Prüfung des Problems anhand Art. 6 EMRK dem heutigen Erkenntnisstand zum Wert dieser ergänzenden Prüfung nicht mehr entspricht²⁵.

²⁴ vgl. Naucke StV 1985, 177, 178; LR-Hanack, 25. Aufl. 1998, § 356 Rn 5.

²⁵ vgl. anhand eines anderen Beispiels aus jüngerer Zeit Allan v. Großbritannien bei www.hrr-strafrecht.de = übersetzt in StV 2003, 256 m. Anm. Gaede.

Vollständige Rechtsprechung des BGH (Zurückliegender Monat)

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.

1. EGMR Nr. 39339/98 – Urteil v. 8. April 2003 (M.M. v. Niederlande, 2. Kammer)

Einschaltung von Privaten / Privatpersonen in die Strafverfolgung (Tatprovokation; Ermittlung; Eigenverantwortlichkeit des Privaten; Verantwortlichkeit des Staates; Zurechnung; maßgeblicher Beitrag; Umgehungsverbot; hypothetische Formen der Beweisermittlung); Recht auf Achtung des Privatlebens / der ungestörten Korrespondenz (Telekommunikationsüberwachung; Telefonüberwachung; Hörfalle; Verhältnismäßigkeit; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; Gesetzesvorbehalt).

Art. 8 EMRK; Art. 1 EMRK

2. BVerfG 2 BVR 397/02 – Beschluss vom 6. März 2003 (3. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG)

Willkürverbot (sachfremde Erwägungen; objektive Kriterien; Verkennung der Rechtslage in krasser Weise; nicht vertretbare Rechtsansicht); Ausländerrecht (Duldung; Abschiebung; Abschiebungshindernis; fehlender Identitätsnachweis; willkürliche Verwaltungspraxis); Gesetzlichkeitsprinzip (keine Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung über die Strafbarkeit; Be-

stimmtheitsgrundsatz; Verwaltungsakzessorietät); *omissio libera in causa*.

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 92 Abs. 1 Nr. 1 AuslG; § 55 Abs. 1 AuslG; § 55 Abs. 2 AuslG; § 13 StGB

3. BGH 1 StR 67/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

4. BGH 1 StR 15/03 - Beschluss vom 25. Februar 2003 (LG Stuttgart)

Beweisantrag (Ablehnungsbegründung; offensichtliches Versehen; Unerreichbarkeit: vierteljährige Verhinderung eines Zeugen; Ungeeignetheit: physisches oder psychisches Unvermögen).

§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

5. BGH 1 StR 50/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Stuttgart)

Bandenhandel mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit und Beihilfe; Einfuhr; Erwerb; Handeltreiben; Tateinheit; Konkurrenzen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG; § 30a BtMG; § 52 StGB

6. BGH 1 StR 67/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

7. BGH 1 StR 60/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Stuttgart)

Konkludenter Rechtsmittelverzicht (Entbehrlichkeit des Wortes Verzicht).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

8. BGH 1 StR 68/03 - Beschluss vom 12. März 2003 (LG Schweinfurt)

BGHR; Beweisantrag auf Vernehmung von Mitgliedern des erkennenden Gerichts als Zeugen zum Beleg einer Absprache mit einem mitbeschuldigten Belastungszeugen (Bescheidung; Prozessverschleppungsabsicht; dienstliche Erklärungen; prozessfremde Zwecke; Freibeweisverfahren); Urteilsgründe.

§ 22 Nr. 5 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 267 StPO; Art. 6 EMRK

9. BGH 1 StR 458/02 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG München I)

Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten zur Prüfung des § 21 StGB (histrionische Persönlichkeitsstörung); Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Verteidigungsverhalten in Ausnahmefällen).

§ 46 StGB; § 21 StGB; Art. 6 EMRK

10. BGH 1 StR 266/02 - Urteil vom 11. März 2003 (LG München I)

Gefährliche Körperverletzung (Mittäterschaft, Exzess); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität; Freispruch); Garantienstellung (Ingerenz; Möglichkeit der Erfolgsverhinderung; Kenntnis von einer Tathandlung; Tatmacht).

§ 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 13 StGB; § 261 StPO

11. BGH 1 StR 352/02 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Nürnberg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Abgabe einer Gegenerklärung nach § 349 Abs. 3 StPO (Rechtskraft; Verschulden; Nichtmitteilung des Verwerfungsantrages des Generalbundesanwaltes); rechtliches Gehör; Recht auf ein faires Verfahren.

§ 44 StPO; § 345 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 3 StPO; § 33a StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

12. BGH 1 StR 403/02 – Urteil vom 12. Februar 2003 (LG Nürnberg-Fürth)

BGHSt; Heimtücke (Arglosigkeit des Erpressers; Mord); Notwehr gegen eine Erpressung (gegenwärtiger Angriff; Erforderlichkeit; Gebotenheit; Verhältnismäßigkeit; Absichtsprovokation; Tatbestand der Provokation; Beschränkung sozialetischer Einschränkungen auf Evidenzfälle; Chantage); Beweiswürdigung (Widersprüche; Lücken; Gesamtwürdigung).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 32 StGB; § 253 StGB; § 261 StPO

13. BGH 1 StR 507/02 - Urteil vom 11. März 2003 (LG München)

Diebstahl (Mitgewahrsam; Angestellter; Hilflosigkeit; Verhältnis des besonders schweren Falles des Diebstahles zum bewaffneten Diebstahl; Konkurrenzen); Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende (Beurteilungsspielraum; sichere Prognose der unmöglichen Nachreife).

§ 242 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 StGB; § 244 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

14. BGH 1 StR 79/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Stuttgart)

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung; Zurückprojizierung).

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

15. BGH 2 ARs 13/03 - Beschluss vom 5. Februar 2003 (AG Jülich, AG Nordhausen)

Keine Verfahrensverbindung vor Eröffnung des Hauptverfahrens.

§ 2 StPO; § 3 StPO

16. BGH 1 StR 534/02 - Beschluss vom 12. März 2003 (LG Ravensburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

17. BGH 1 StR 549/02 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Hechingen)

Inbrandsetzung von Sachen juristischer Personen (Einwilligung; offensichtliche Überschreitung der Vertretungsmacht; Missbrauch; Rechtfertigung).

§ 306 StGB

18. BGH 2 StR 23/03 - Beschluss vom 19. März 2003 (LG Gießen)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Strafzumessung; ausdrückliche Feststellung und exakte Kompensation; Extremfall unmöglicher Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

Bei Verletzung des Beschleunigungsgebots hat der Tatrichter nicht nur Art und Ausmaß der Verzögerung festzustellen, sondern das Maß der Kompensation durch Vergleich der verwirkten mit der tatsächlich verhängten Strafe ausdrücklich und konkret zu bestimmen (BGH NStZ 2001, 52; wistra 2001, 177 f; NStZ-RR 2000, 343 f).

19. BGH 2 StR 29/03 - Beschluss vom 2. April 2003 (LG Darmstadt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

20. BGH 2 StR 55/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Meiningen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

21. BGH 2 StR 530/02 - Beschluss vom 19. März 2003 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Beihilfe: entscheidendes Gewicht der Beihilfehandlung; Schwere der Haupttat).
§ 46 StGB; § 27 StGB

22. BGH 2 StR 475/02 - Beschluss vom 7. März 2003 (LG Frankfurt)

Keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Erhebung von Verfahrensrügen (Ausnahmen; Verschulden; Hinderungsgründe).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 StPO

23. BGH 2 StR 511/99 - Beschluss vom 14. März 2003 (LG Frankfurt)

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag in den vorigen Stand (Beschluss nach § 349 Abs. 2 StPO); rechtliches Gehör (Nachverfahren).
§ 44 StPO; § 33a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

24. BGH 2 StR 530/02 - Beschluss vom 19. März 2003 (LG Darmstadt)

Strafzumessung (Beihilfe: entscheidendes Gewicht der Beihilfehandlung; Schwere der Haupttat).
§ 46 StGB; § 27 StGB

Maßgeblich für die Einordnung der Schuld eines Gehilfen das Gewicht seiner Beihilfehandlung ist, wenn auch die Schwere der Haupttat mit zu berücksichtigen ist. Stellt der Tatrichter entscheidend auf das Gewicht der Haupttat und weniger auf die Bedeutung des Tatbeitrags des Angeklagten ab, ist dies rechtsfehlerhaft.

25. BGH 2 StR 530/02 - Beschluss vom 19. März 2003 (LG Darmstadt)

Urkundenfälschung (Abgrenzung der Täuschung über die Identität gegenüber der straflosen Täuschung lediglich hinsichtlich des Namens).
§ 267 StGB

26. BGH 2 ARs 51/03 - Beschluss vom 14. März 2003 (AG Bad Neuenahr-Ahrweiler)

Übertragung der Sache gemäß § 8 Abs. 1 StPO.
§ 8 Abs. 1 StPO

27. BGH 3 StR 56/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (LG Düsseldorf)

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

28. BGH 2 ARs 74/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (AG Bad Dürkheim)

Rechtsfehlerhafte Abgabe an das Wohnsitzgericht des Angeklagten gemäß § 42 Abs. 3 Satz 1 JGG.
§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

29. BGH 2 ARs 80/03 - Beschluss vom 2. April 2003

Antrag auf Übertragung der Untersuchung und Entscheidung (Erfordernis des Beginns der Hauptverhandlung); Strafbefehlsverfahren.

§ 12 Abs. 2 StPO; § 407 StPO; § 46 Abs. 1 OWiG

30. BGH 3 StR 57/03 - Beschluss vom 20. März 2003 (LG Düsseldorf)

Verfall (grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund; Strafzumessung).
§ 73 StGB; § 46 StGB

31. BGH 3 StR 378/02 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Duisburg)

Verwerfung der Revision (entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts zum Schuldspruch).
§ 349 Abs. 2 StPO

32. BGH 3 StR 29/03 - Beschluss vom 12. März 2003 (LG Osnabrück)

Unzulässige Revision der Nebenklage (Gesetzesverletzung; Darlegung)
§ 400 Abs. 1 StPO

33. BGH 4 StR 336/02 - Beschluss vom 14. Januar 2003 (LG Bielefeld)

Vorsätzlich unterlassene Konkursantragstellung oder Vergleichsantragstellung (Anforderungen an die Feststellung einer objektiven Überschuldung; Bewertung: Liquidationswerte; dingliche Belastungen auf Grundstücken der Gesellschaft; eigenkapitalersetzende Darlehen); vorsätzlicher Bankrott; zweckwidrige Verwendung von Baugeld; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Strafzumessung; Einzelstrafen).

§ 84 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG; § 64 Abs. 1 Satz 1 und 2 GmbHG; § 32a GmbHG; Art. 103 EGInsO; § 283 Abs. 1 Nr. 7 Buchst. a) StGB; § 130a Abs. 1 HGB; § 130b Abs. 1 HGB; § 177a Satz 1 HGB; § 5 GSB; § 1 GSB; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB

34. BGH 3 StR 70/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (LG Bückeburg)

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

35. BGH 3 StR 82/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (LG Duisburg)

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

36. BGH 3 StR 90/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (LG Hannover)

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

37. BGH 4 StR 38/03 - Beschluss vom 25. März 2003 (LG Hagen)

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

38. BGH 4 StR 463/02 - Beschluss vom 25. Februar 2003 (LG Stendal)

Gegenvorstellung; rechtliches Gehör (Übergehen von Vorbringen; Verwertung von Tatsachen / Beweisergebnissen ohne rechtliches Gehör).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO; Vor § 1 StPO

39. BGH 4 StR 381/02 - Beschluss vom 4. März 2003 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur abschließenden Revisionsbegründung; rechtliches Gehör; Wahlverteidigung (Zustellung an den weiteren Wahlverteidiger); umfassende Prüfung auf die Erhebung der Sachrüge.

Art. 6 EMRK; § 44 StPO; § 345 StPO; § 137 StPO; § 33a StPO; § 352 StPO

40. BGH 4 StR 39/03 - Beschluss vom 18. März 2003 (LG Dortmund)

Verfahrenseinstellung bei möglicher Verfolgungsverjährung.

§ 154 Abs. 2 StPO; § 78 StGB

41. BGH 4 StR 400/02 vom 20. März 2003 (LG Münster)

Anordnung des Vorwegvollzugs eines Teils der Freiheitsstrafen.

§ 67 StGB

42. BGH 4 StR 414/02 - Beschluss vom 21. Januar 2003 (LG Stendal)

Versuchte Freiheitsberaubung (unmittelbares Ansetzen; kurze Dauer der Beeinträchtigung; Subsidiarität, wenn die Freiheitsberaubung nur das Mittel zur Tat ist); Vergewaltigung (Regelbeispiele; mildernder Umstand der vorherigen länger andauernden intimen Beziehung; Strafzumessung).

§ 22 StGB; § 239 StGB; § 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

43. BGH 4 StR 470/02 – Urteil vom 6. März 2003 (LG Bamberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

44. BGH 4 StR 524/02 - Beschluss vom 4. März 2003 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet (entgegen dem Antrag des Generalbundesanwalts: Auswirkung zuungunsten des Angeklagten).

§ 349 Abs. 2 StPO

45. BGH 4 StR 484/02 – Urteil vom 6. März 2003 (LG Paderborn)

(Versuchter) Totschlag; Notwehr (Messerstiche; Prüfungspflicht bei Teilrechtfertigung für die ersten Stiche/Tathandlungen; Erforderlichkeit bei lebensgefährlichen Messerstichen).

§ 212 StGB; § 32 StGB; § 22 StGB

46. BGH 4 StR 493/02 – Urteil vom 6. März 2003 (LG Neubrandenburg)

Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende (Beurteilungsspielraum); lückenhafte Beweiswürdigung (Gesamtwürdigung; überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Widersprüche); Unterlassungsstrafbarkeit (Abgrenzung zum aktiven Tun; strafbewehrte Erfolgsabwendungspflicht aufgrund eines vorangegangenen pflichtwidrigen Vorverhaltens / Ingerenz; Quasikausalität; an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit).

§ 13 StGB; § 212 StGB; § 211 StGB; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG; § 261 StPO

47. BGH 4 StR 502/02 - Beschluss vom 13. Februar 2003 (LG Essen)

Beweiswürdigung (lückenhafte; Beweiswürdigungsgrundlage; Feststellungen; Motiv; Unstreitigstellen einer in das Wissen eines Zeugen gestellten den Angeklagten belastenden entscheidungserheblichen Tatsache); Versicherungsmisbrauch; Aufklärungspflicht.

§ 265 StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

48. BGH 4 StR 521/02 - Beschluss vom 28. Januar 2003 (LG Stralsund)

Sexuelle Nötigung (Tateinheit bei Einsatz des gleichen Nötigungsmittels zur Abnötigung mehrerer sexueller Handlungen; Teilidentität; Handlung im Rechtssinne; Gewalt); schwere Vergewaltigung (Konkurrenzen zur Freiheitsberaubung); Strafzumessung (Unmaßgeblichkeit des Konkurrenzverhältnisses); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 177 StGB; § 52 StGB; § 177 Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 239 StGB; § 63 StGB

49. BGH 4 StR 53/03 - Beschluss vom 1. April 2003

Unzulässige Revision der Nebenkläger (Gesetzesverletzung; Darlegung).

§ 400 Abs. 1 StPO

50. BGH 4 StR 83/03 - Beschluss vom 18. März 2003 (LG Münster)

Tenorierung; Strafzumessung (Unverhältnismäßigkeit; gerechter Schuldausgleich; Strafschärfung wegen Mittäterschaft; ausgewogene Bestrafung von Mittätern).

§ 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 260 StPO

51. BGH 4 StR 543/02 - Beschluss vom 4. März 2003 (LG Dortmund)

Vergewaltigung (Gewaltanwendung); Vernehmung (Zeuge vom Hörensagen; Unmittelbarkeit; unterstützende Beweismittel; lückenhafte / widersprüchliche Beweiswürdigung; Gestattung der Verwertung der polizeilichen Aussage bei Zeugnisverweigerungsrecht durch den Zeugen); faires Verfahren.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 261 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO; § 52 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Angaben, die nicht durch Anhörung des tat- und sachnächsten Zeugen, sondern nur durch die Vernehmung eines „Zeugen vom Hörensagen“, wie hier der polizeilichen Vernehmungsbearbeiterin, vermittelt sind, kommt nur ein einge-

schränkter Beweiswert zu (st. Rspr. vgl. nur BGHR StPO § 261 Zeuge 13 m.w.N.).

52. BGH 4 StR 545/02 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Essen)

Minder schwerer Fall des sexuellen Missbrauchs von Kindern (Gesamtwürdigung; Milderungsgrund des Zeitablaufs).

§ 176 Abs. 1 letzter Halbsatz StGB a.F.; § 178 Abs. 2 StGB a.F.; § 46 StGB

53. BGH 4 StR 68/03 - Beschluss vom 27. März 2003 (LG Bad)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

54. BGH 4 StR 74/03 - Beschluss vom 25. März 2003 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

55. BGH 4 StR 95/03 - Beschluss vom 18. März 2003 (LG Essen)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungspflicht; zwingende Anwendung; Möglichkeit der Strafmilderung bei Anordnung).

§ 64 StGB; § 46 StGB

56. BGH 5 StR 269/88 - Beschluss vom 7. April 2003 (LG Hannover)

Erfolgloser Antrag des Verurteilten, das Verfahren unter Zurücknahme oder Ergänzung eines Senatsbeschlusses gemäß § 206a StPO einzustellen; rechtliches Gehör (Vermittlung durch Verteidiger).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO; § 206a StPO

57. BGH 4 StR 96/03 - Beschluss vom 1. April 2003 (LG Stralsund)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person; Beweiswürdigung (Anforderungen an die Feststellung der Widerstandsunfähigkeit bei geistig behinderten Personen; eigene Sachkunde; sachverständige Beratung).

§ 179 StGB; § 261 StPO; § 72 StPO

58. BGH 5 StR 132/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

59. BGH 5 StR 140/03 - Beschluss vom 8. April 2003 (LG Leipzig)

Hinweispflicht (Anordnung einer Maßregel; Beruhen); Verfahrensrüge (unzureichende Darlegung; Nichtverlesung einer Vernehmungsniederschrift; Protokollberichtigung).

§ 265 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

60. BGH 5 StR 142/03 - Beschluss vom 26. März 2003 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

61. BGH 5 StR 423/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Berlin)

Unzulässige Erhebung von Verfahrensrügen (pauschale Beanstandung der Verwertung der Ergebnisse der Telefonüberwachung; Darlegung der ermittlungsrichterlichen Beschlüsse); Telefonüberwachungen (ausreichender Tatverdacht bezüglich der Tatbestandsmäßigkeit; Beurteilungsspielraum; Verdacht der Geldwäsche; Vorrangklausel; gewerbs- und bandenmäßiger Schmuggel; Heilung eines fehlenden Verdachts durch nachträgliche Beurteilung des Tatgerichts / des Revisionsgerichts); Zufallsfunde; Bildung einer kriminellen Vereinigung; Fernmeldegeheimnis (Eingriff in den Kernbereich; Verhältnismäßigkeit; verfassungskonforme Auslegung).

Art. 10 GG; § 129 StGB; § 373 AO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 100a StPO; § 261 StGB; § 100b Abs. 5 StPO

62. BGH GSSt 2/02 - Beschluss vom 4. Februar 2003 (LG Marburg)

BGHSt; Raub (Verwendung einer Waffe; geladene Schreckschusspistole / Schreckschusswaffe; gefährliches Werkzeug; Waffenrecht); schwere räuberische Erpressung; gefährliche Körperverletzung; Diebstahl mit Waffen; Rückwirkungsverbot (nulla poena sine lege; Rechtsprechungsänderung; Vertrauensschutz).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 EMRK; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 244 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

63. BGH 2 StR 321/02 - Urteil vom 5. Februar 2003 (LG Bad Kreuznach)

Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung); Strafzumessung (Schweigen des Angeklagten; nemo tenetur; Schweigerecht; Zweifelssatz).

§ 261 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 46 Abs. 2 StGB; § 213 StGB

64. BGH 1 StR 501/02 - Beschluss vom 12. Februar 2003 (LG Traunstein)

Aufklärungspflicht; Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit (bloße Vermutung; Beweiswürdigung); Beruhen; Verfahrensfehler (unterbliebene Vereidigung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO; § 60 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

Zur Beurteilung der Frage der Bedeutungslosigkeit ist die Beweistatsache so, als sei sie erwiesen, in die Würdigung einzustellen (BGH NStZ 1997, 503).

65. BGH 1 StR 517/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG München)

Strafmilderung gem. § 31 Abs. 1 BtMG; Offenbarung eigenen Wissens; Erörterungsmangel.

§ 31 Abs. 1 BtMG; § 267 StPO

66. BGH 2 StR 239/02 - Urteil vom 14. März 2003 (LG Aachen)

Fahrlässige Körperverletzung (Unterlassenskomponente der Fahrlässigkeit; Sorgfaltspflicht; Infektion – hier Hepatitis B; Operation; Arzt); Abgrenzung von Tun und Unterlassen (Schwerpunkt; sozialer Handlungssinn; Handeln lege artis); Strafzumessung (Tagessatzhöhe; Schätzung); Schweigepflicht (teilweise Entbindung eines Steuerberaters von der Schweigepflicht; nemo tenetur; Schweigerecht; Teilschweigen; teilweise Wahrnehmung eines Verfahrensrechts).

§ 13 StGB; § 40 Abs. 2 StGB; § 223 StGB; § 229 StGB; § 261 StPO; § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

67. BGH 2 StR 371/02 - Urteil vom 19. Februar 2003 (LG Darmstadt)

BGHSt; Abgrenzung von Privathandlung und dienstlicher Tätigkeit eines Bundeswehrsoldaten; Einführen von Kriegswaffen; Einführen von Munition; Einführen von Explosivstoffen; Genehmigungserfordernis; Aufklärungspflicht.

§ 6 Abs. 1 Satz 1 WaffnG, § 53 Abs. 1 Nr. 2 WaffnG, § 15 Abs. 1 KWKG, § 22a Abs. 1 Nr. 4 KWKG, § 1 Abs. 4 Nr. 1 SprengG, § 40 Abs. 2 Nr. 1 SprengG; § 244 Abs. 2 StPO

68. BGH 2 StR 7/03 - Beschluss vom 14. März 2003 (LG Darmstadt)

Beleidigung; falsche Verdächtigung (Eignung); Strafzumessung.

§ 185 StGB; § 145 d StGB; 46 Abs. 2 StGB

69. BGH 2 ARs 13/03 - Beschluss vom 5. Februar 2003 (AG Jülich, AG Nordhausen)

Keine Verfahrensverbindung vor Eröffnung des Hauptverfahrens.

§ 2 StPO; § 3 StPO

70. BGH 2 ARs 25/03 / 2 AR 22/03 - Beschluss vom 5. Februar 2003 (LG Amberg)

Verfahrensverbindung; Zuständigkeitsbestimmung.

§ 2 StPO; § 4 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

1. Ist lediglich die örtliche Zuständigkeit zweier bei verschiedenen Gerichten derselben Ordnung anhängigen Sachen berührt, so kommt nur eine Verbindung nach § 13 Abs. 2 StPO, nicht aber eine Verbindung nach § 4 Abs. 2 StPO in Betracht.

2. Das gemeinschaftliche obere Gericht kann im Verfahren der Verbindung nach § 13 Abs. 2 StPO nur die Vereinbarung der Gerichte ersetzen, bei denen die Verfahren anhängig sind, nicht aber die Übereinstimmung der zuständigen Staatsanwaltschaften (vgl. BGHSt 21, 247, 249).

71. BGH 2 StR 411/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Kassel)

Urkundenfälschung (unechte Urkunde; schriftliche Lüge; Verwendung von Briefköpfen); Betrug; Strafzumessung (Nachtatverhalten; beruf); Berufsverbot (Gefährlichkeitsprognose: keine belastende Bewertung des zulässigen Verteidigungsverhalten).

§ 267 StGB; § 263 StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 61 Nr. 6 StGB; § 70 StGB

72. BGH 3 StR 212/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Düsseldorf)

Mord (Mindestverbüßungsdauer; besondere Schwere der Schuld); Tenorierung (Schuldspruch; Strafzumessungsvorschrift; Regelbeispiel).

§ 211 StGB; § 57 a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 311 StGB; § 268 StPO

73. BGH 2 ARs 29/03 / 2 AR 24/03 - Beschluss vom 12. Februar 2003 (AG Bamberg, AG Leer)

Zuständigkeitsbestimmung (Wohnsitz).

§ 8 Abs. 1 StPO; § 12 Abs. 2 StPO

74. BGH 2 ARs 391/02 / 2 AR 216/02 - Beschluss vom 5. Februar 2003

Zuständigkeitsbestimmung.

§ 13 Abs. 2 StPO

75. BGH 3 StR 28/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Oldenburg)

Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit (Verweigerung der gebotenen Aufklärung; Erkenntnisse aus Spurenakten; Aufklärungspflicht; Schluss der Beweisaufnahme); Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit; Möglichkeit der Beweisatsache; Antrag „aufs Geratewohl“; Abgrenzung von der Beweiswürdigung).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

76. BGH 3 StR 349/02 - Urteil vom 13. Februar 2003 (LG Hannover)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Strafzumessung (Gesetzeskonkurrenz; besonders schwerer Fall; minder schwerer Fall; Sperrwirkung des verdrängten Delikts hinsichtlich seiner Mindeststrafe; Straffrahmen; gesetzgeberische Korrektur).

§ 30 a BtMG; § 52 StGB; § 29 Abs. 1 BtMG; § 250 Abs. 3 StGB; § 177 Abs. 5 StGB

77. BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 30. Januar 2003 (Verfahrensverbindung)

Verfahrensverbindung.

§ 237 StPO

78. BGH 3 StR 434/02 - Urteil vom 13. März 2003 (LG Verden/Aller)

Tötungsvorsatz; Beweiswürdigung; Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; Mittäterschaft (gemeinsamer Tatenschluss durch konkludentes Handeln).

§ 212 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO; § 25 Abs. 2 StGB

79. BGH 3 StR 391/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Duisburg)

Täterschaft und Teilnahme beim Sichverschaffen von Falschgeld (Mitgewahrsam; Mittäterschaft; Beihilfe; Provision); Urteilsgründe; Tenorierung.

§ 146 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 267 StPO

80. BGH 3 StR 430/02 - Urteil vom 13. Februar 2003 (LG Hannover)

Beweiswürdigung (Umfang / Grenzen der Revisibilität; Widersprüche; Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit; Lichtbildmappe; wiederholtes Wiedererkennen; Beweiswert); Jugendstrafrecht (Heranwachsender; Gesamtwürdigung; tatrichterliches Ermessen).

§ 261 StPO; § 337 StPO; § 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG; § 32 JGG

Zwar ist die Beurteilung, ob ein Heranwachsender zur Tatzeit nach seiner sittlichen und geistigen Entwicklung noch einem Jugendlichen gleichstand (§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG) Sache des tatrichterlichen Ermessens und daher grundsätzlich der Überprüfung durch das Revisionsgericht entzogen. Jedoch ist jeweils eine Gesamtbetrachtung aller wesentlichen Gesichtspunkte, insbesondere eine Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit notwendig (vgl. BGHSt 36, 37 f., BGHR JGG § 32 Schwergewicht 3). Ob das Urteil diesen Anforderungen gerecht wird, ist vom Revisionsgericht zu prüfen. Gleiches gilt für die Gesamtwürdigung aller Umstände bei Beantwortung der Frage, wo bei mehreren in verschiedenen Alters- und Reifestufen begangenen Straftaten, auf die teils Jugendstrafrecht und teils allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre, das Schwergewicht liegt (§ 32 JGG).

81. BGH 3 StR 458/02 - Urteil vom 13. März 2003 (LG Kiel)

Rechtfertigung; Notwehr (Einschränkung des Notwehrrechts; Provokation; Erforderlichkeit; Androhung).

§ 32 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB

82. BGH 4 StR 392/02 - Beschluss vom 17. Dezember 2002 (LG Bielefeld)

Entziehung der Fahrerlaubnis (charakterliche Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen; Gesamtwürdigung; Katalogtaten; Regelvermutung; verkehrsspezifischer Zusammenhang).

§ 69 Abs. 2 StGB

Anders als bei Begehung einer der im Katalog des § 69 Abs. 2 StGB aufgeführten rechtswidrigen Taten begründet allein der Umstand, dass der Täter ein Kraftfahrzeug zur Begehung einer Straftat benutzt hat, nicht bereits eine Vermutung für seine charakterliche Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen. Deshalb bedarf in diesen Fällen die Entziehung der Fahrerlaubnis einer eingehenden Begründung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung von Tat und

fassenden Gesamtwürdigung von Tat und Täter, die auch den notwendigen verkehrsspezifischen Zusammenhang zwischen der abgeurteilten Straftat und dem Führen des Kraftfahrzeuges darstellen muss.

83. BGH 3 StR 471/02 - Beschluss vom 28. Januar 2003 (LG Duisburg)

Inverkehrbringen von Falschgeld (Versuch; unmittelbares Ansetzen; eigener Gewahrsam; Gewahrsamsaufgabe).

§ 147 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB

84. BGH 3 StR 61/02 / 3 StR 243/02 - Beschluss vom 30. Januar 2003

Verfahrensverbindung.

§ 237 StPO

85. BGH 4 StR 228/02 - Urteil vom 20. Februar 2003 (LG Gießen)

BGHSt; Gefährdung des Straßenverkehrs; gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Sperrwirkung; Pervertierung eines Verkehrsvorgangs zu einem Eingriff); Schädigungsvorsatz; Gefährdungsvorsatz; vorsätzlicher Unfall; Tateinheit.

§ 315 b StGB; § 315 c StGB; § 52 StGB

86. BGH 4 StR 264/02 - Urteil vom 16. Januar 2003 (LG Paderborn)

Zulässigkeit der Aufklärungsrüge; Aufklärungspflicht; Möglichkeit des Ergebnisses einer Beweiserhebung; Entziehung der Fahrerlaubnis (Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 69 Abs. 2 StGB

87. BGH 4 StR 437/02 - Urteil vom 20. Februar 2003 (LG Frankenthal)

Strafzumessung; doppelte Berücksichtigung von dem Täter günstigen Tatumständen (Strafzumessung im engeren Sinn, Strafraumenwahl); Auslegung einer Rechtsmittelschrift; Diskrepanz zwischen Revisionsantrag und Revisionsbegründung.

§ 46 StGB; § 344 StPO

88. BGH 4 StR 88/03 - Beschluss vom 11. März 2003 (LG Stralsund)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; Rücktritt bei mehreren Beteiligten); Beweiswürdigung (Erörterungsmangel); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte / Nichtrevidenten.

§ 24 StGB; § 267 StPO; § 261 StPO; § 357 StPO

89. BGH 5 StR 434/02 - Urteil vom 27. März 2003 (LG Braunschweig)

Verfallsanordnung; Verfall des Wertersatzes; Bruttoprinzip; Strafzumessung (erweiterter Verfall grundsätzlich kein Strafmilderungsgrund; Umfang der Aufhebung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 46 Abs. 2 StGB; § 353 StPO

90. BGH 4 StR 522/02 - Beschluss vom 11. Februar 2003 (LG Halle)

Tateinheit; Tatmehrheit; Konkurrenz; räuberischer Angriff auf Kraftfahrer; Vorwegvollzug (Drogenmissbrauch in Justizvollzugsanstalten); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte (Nichtausschließbarkeit der Strafmilderung).

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 316 a StGB; § 67 StGB; § 357 StPO

91. BGH 4 StR 527/02 - Urteil vom 20. März 2003 (LG Stendal)

Abgrenzung der Mittäterschaft vom Mittäterexzess (Zurechnung; gemeinsamer Tatentschluss); gefährliches Werkzeug (Turnschuh, beschuhter Fuß; individuelle Empfindlichkeit des Opfers).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 16 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 c StGB

92. BGH 2 StR 492/02 - Beschluss vom 26. Februar 2003 (LG Koblenz)

Zeugenvernehmung; Ausschließung des Angeklagten (Verzicht des Angeklagten auf Anwesenheit; Ausschließungsbeschluss; Begründungserfordernis); Umfang der Aufhebung bei absolutem Revisionsgrund; Beruhen.

§ 338 Nr. 5 StPO; § 337 StPO; § 247 StPO

93. BGH GSSt 1/02 - Beschluss vom 4. Februar 2003 (LG Duisburg)

BGHSt; Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Mittäterschaft (Zurechnung von Tatbeiträgen; eigenhändiges Delikt); Waffe; Täter; Beteiligter; Teilnehmer; Tatbestand; Formulierung; Wortlautargument; teleologische Reduktion; Mindeststrafe; BGHSt 43, 8; Leibwächterfall.

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 29 StGB; § 113 StGB; § 244 StGB; § 250 StGB; § 30 a BtMG

94. BGH 2 StR 494/02 - Urteil vom 5. März 2003 (LG Köln)

Erpresserischer Menschenraub; Sichbemächtigen; Bemächtigungslage; Stabilisierung; funktionaler Zusammenhang; räuberische Erpressung; Raub.

§ 239 a StGB; § 249 StGB; § 255 StGB

95. BGH 2 StR 509/02 - Beschluss vom 29. Januar 2003 (LG Frankfurt)

Doppelverwertungsverbot; Strafzumessung; Selbstbelastungsfreiheit; nemo tenetur.

§ 46 Abs. 3 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG