

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 3/2004
5. Jahrgang

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche Rechtsprechung im Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

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

Aufsätze

Prof. Dr. *Günther Jakobs* **Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht**

Oberass. Dr. *Daniela Demko* (LLM) **Der hinreichende Tatverdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“ (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)**

Entscheidungen

- BVerfG **Gesetzgebungskompetenz und zeitweise Zulässigkeit der nachträglichen Sicherungsverwahrung**
- BVerfG **Partielle Unzulässigkeit des großen Lauschangriffs**
- EGMR ***Çolak und Filizer v. Türkei* – Beweislastverteilung beim Folterverbot des Art. 3 EMRK bei Inhaftierungen im Kontext mit der Terrorismusbekämpfung**
- BGH **Faires Verfahren bei der Zurückhaltung prinzipiell verfügbarer Zeugen (Fall Motassadeq)**
- BGH **Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus trotz uneingeschränkt schuldhaften Sichberauschens**
- BGH **Konsultationsrecht und Verteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren**

SCHRIFTLEITUNG
Wiss. Assistent Karsten Gaede
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich
karsten.gaede@strate.net

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig), Prof. Dr. Hans Kudlich (Bucerius Law School Hamburg), Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock), Oberass. Dr. Daniela Demko, LLM (Zürich), RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer (Zürich).

HRRS HRR-Strafrecht

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

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 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, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); **Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski** (Univ. Leipzig); **Prof. Dr. Hans Kudlich** (Bucerius Law School Hamburg) **Wiss. Ass. Tilo Mühlbauer**; **RA Markus Rübenstahl, mag. iur.** (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); **Prof. Dr. Christoph Sowada** (Univ. Rostock).

3

5. Jahrgang, März 2004, Ausgabe

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

170. BVerfG 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99 – Urteil des Ersten Senats vom 3. März 2004

Großer Lauschangriff (akustische Wohnraumüberwachung; Menschenwürde; keine Gleichsetzung mit dem Wesensgehalt; Objektformel; Wohnungsgrundrecht; Strafverfolgung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung (Abbruch der Überwachung; Löschung; Verwertungsverbot; Vertrauensverhältnis; Familienangehörige; andere Personen des besonderen Vertrauens: Seelsorger, Ärzte, Strafverteidiger); Anordnung (Prognoseentscheidung; Verlängerung; Abbruch); gerichtliche Kontrolle (Überprüfung durch den Beschuldigten und Wohnungsinhaber; Beschwerde für sonstige Betroffene; Feststellungsinteresse / Rechtsschutzinteresse auch bei Erledigung); Verfahrensakten (rechtliches Gehör; faires Verfahren; Aufnahme in die Hauptakten, wenn Benachrichtigung zulässig; Gefährdung des Ermittlungszwecks; Gefährdung von Leib oder Leben; Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und des weiteren Einsatzes eines nicht offen ermittelnden Beamten als nicht ausreichendes Kriterium); Zweckänderung der gewonnenen personenbezogenen Informationen (eigenständiger Eingriff; Grundsatz der Zweckbindung; Rechtfertigung durch Allgemeinbelange; Vereinbarkeit der Verwendungszwecke; Normenklarheit; bereichsspezifische Regelung); Übermittlung zur Gefahrenabwehr (Übermittlungsschwelle; dringende Gefahr; vergleichbare Wertigkeit der bedrohten Rechtsgüter mit den Anforderungen des Primäreingriffes); Kennzeichnung der personenbezogenen Informationen; Löschung (Vernichtungspflicht;

Sperrung; Rechtsschutzinteresse); Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (exakte Bezeichnung der angegriffenen Bestimmungen; Betroffenheit bei verfassungsändernden Gesetzen; mittelbare Prüfung verfassungsändernder Gesetze im Rahmen der Prüfung der Ausführungsgesetze; fehlender Rechtsweg; fehlende Kenntnis der Maßnahme; unmittelbare Betroffenheit ohne Vollzug; Darlegung der Betroffenheit; ausreichen „einiger Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit“); Prüfung nicht zulässig angegriffener Vorschriften (Regelungszusammenhang; Prüfung von Amts wegen; Ausstrahlung); Erledigung der Verfassungsbeschwerde (Tod des Beschwerdeführers; Fortführung durch den Erben nur bei eigenen Interesse).

Art. 13 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 und 2 GG; § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 100 d Abs. 3 StPO; § 100 d Abs. 5 S. 2 StPO; § 100 f Abs. 1 StPO; § 101 Abs. 1 S. 1 und 2 StPO; § 101 Abs. 1 S. 3 StPO; § 100 d Abs. 4 S. 3 StPO; § 100 b Abs. 6 StPO; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK

1. Art. 13 Abs. 3 GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 13) vom 26. März 1998 (BGBl I S. 610) ist mit Art. 79 Abs. 3 GG vereinbar. (BVerfG)

2. Zur Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG gehört die Anerkennung eines absolut geschützten Kernbereichs privater Lebensgestaltung. In diesen Bereich darf die akustische Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung (Art. 13

Abs. 3 GG) nicht eingreifen. Eine Abwägung nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Strafverfolgungsinteresse findet insoweit nicht statt. (BVerfG)

3. Nicht jede akustische Überwachung von Wohnraum verletzt den Menschenwürdegehalt des Art. 13 Abs. 1 GG. (BVerfG)

4. Die auf die Überwachung von Wohnraum gerichtete gesetzliche Ermächtigung muss Sicherungen der Unantastbarkeit der Menschenwürde enthalten sowie den tatbestandlichen Anforderungen des Art. 13 Abs. 3 GG und den übrigen Vorgaben der Verfassung entsprechen. (BVerfG)

5. Führt die auf eine solche Ermächtigung gestützte akustische Wohnraumüberwachung gleichwohl zur Erhebung von Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung, muss sie abgebrochen werden und Aufzeichnungen müssen gelöscht werden; jede Verwertung solcher Informationen ist ausgeschlossen. (BVerfG)

6. Die Vorschriften der Strafprozessordnung zur Durchführung der akustischen Überwachung von Wohnraum zu Zwecken der Strafverfolgung genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen im Hinblick auf den Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), den vom Rechtsstaatsprinzip umfassten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht in vollem Umfang. (BVerfG)

7. Das Wohnungsgrundrecht nach Art. 13 Abs. 1 GG verbürgt dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum und gewährleistet das Recht, in ihm in Ruhe gelassen zu werden (vgl. BVerfGE 32, 54, 75; 51, 97, 110). Art. 13 Abs. 1 GG schützt die räumliche Privatsphäre insbesondere in Gestalt eines Abwehrrechts (vgl. BVerfGE 7, 230, 238; 65, 1, 40). Die Norm enthält das an Träger der öffentlichen Gewalt gerichtete grundsätzliche Verbot, gegen den Willen des Wohnungsinhabers in die Wohnung einzudringen und darin zu verweilen (vgl. BVerfGE 76, 83, 89 f.), aber auch Abhörgeräte in der Wohnung zu installieren oder sie dort zu benutzen (vgl. BVerfGE 65, 1, 40). (Bearbeiter)

8. Verfassungsänderungen sind nicht an der Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG zu messen. Diese Garantie bindet nur den einfachen, nicht aber den verfassungsändernden Gesetzgeber. Eine Antastung des Wesensgehalts im Sinne von Art. 19 Abs. 2 GG kann zwar im Einzelfall zugleich den von Art. 79 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Menschenwürdegehalt eines Grundrechts beeinträchtigen, eine mögliche Kongruenz im Einzelfall ändert jedoch nichts daran, dass Maßstab für eine verfassungsändernde Grundrechtsein-

schränkung allein der durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Menschenwürdegehalt eines Grundrechts ist. (Bearbeiter)

9. Die Menschenwürde wird nicht schon allein dadurch verletzt, dass jemand zum Adressaten von Maßnahmen der Strafverfolgung wird, wohl aber dann, wenn durch die Art der ergriffenen Maßnahme die Subjektqualität des Betroffenen grundsätzlich in Frage gestellt wird. Das ist der Fall, wenn die Behandlung durch die öffentliche Gewalt die Achtung des Wertes vermissen lässt, der jedem Menschen um seiner selbst willen zukommt. Solche Maßnahmen dürfen auch nicht im Interesse der Effektivität der Strafrechtspflege und der Wahrheitserforschung vorgenommen werden. (Bearbeiter)

10. Ein Abhören des nichtöffentlich gesprochenen Wortes in Wohnungen hat zu unterbleiben, wenn sich jemand allein oder ausschließlich mit Personen in der Wohnung aufhält, zu denen er in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht - etwa mit Familienangehörigen - und es keine konkreten Anhaltspunkte gibt, dass die zu erwartenden Gespräche nach ihrem Inhalt einen unmittelbaren Bezug zu Straftaten aufweisen. Zwar ist Gewissheit über die Zuordnung regelmäßig erst mit der Erhebung des Inhaltes des Gespräches möglich, der Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung fordert aber, dass vor Maßnahmen akustischer Wohnraumüberwachung tatsächliche Anhaltspunkte gegeben sind, aus denen zumindest in typisierender Weise geschlossen werden kann, dass das Gespräch nicht den Bereich des Höchstpersönlichen betrifft. (Bearbeiter)

11. Bei Personen zu denen der Beschuldigte in einem besonderen, den Kernbereich betreffenden Vertrauensverhältnis steht, wie engsten Familienangehörigen, sonstigen engsten Vertrauten und einzelnen Berufsgeheimnisträgern wie Seelsorger, Strafverteidiger oder Ärzte dürfen Überwachungsmaßnahmen nur ergriffen werden, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Gesprächsinhalte zwischen dem Beschuldigten und diesen Personen keinen absoluten Schutz erfordern, insbesondere bei einer Tatbeteiligung der das Gespräch führenden Personen. Ein konkreter Verdacht auf solche Gesprächsinhalte muss schon zum Zeitpunkt der Anordnung bestehen. Er kann nicht erst durch eine akustische Wohnraumüberwachung begründet werden. (Bearbeiter)

12. Die Strafverfolgungsbehörden haben vor Beginn einer Maßnahme im Rahmen der von ihnen vorzunehmenden Prognose mögliche Indikatoren für kernbereichsrelevante Handlungen in der zu überwachenden Wohnung zu beachten. Dabei können sich Anhaltspunkte zur Einschätzung der Situation auch aus der Art der zu überwachenden Räumlichkeiten ergeben. So haben die in Betriebs- und Geschäftsräumen geführten Gespräche regelmäßig geschäftlichen Charakter und somit typischerweise einen Sozialbezug. Es ist jedoch auf Grund der Vielfalt individueller Nutzung einer Privatwohnung,

ausgeschlossen, den Kernbereich der räumlichen Privatsphäre auf bestimmte Teile einer Privatwohnung festzulegen. (Bearbeiter)

13. Die akustische Wohnraumüberwachung ist, wie sich aus der Verwendung des Begriffes „unverhältnismäßige Erschwerung“ ergibt, nur als letztes Mittel der Strafverfolgung zulässig. Sie tritt gegenüber sämtlichen anderen Ermittlungsmaßnahmen, auch der Telefonüberwachung und dem Einsatz eines verdeckten Ermittlers, von Verfassungen wegen zurück. (Bearbeiter)

14. Von der besonderen Schwere einer Straftat im Sinne des Art. 13 Abs. 3 GG ist nur auszugehen, wenn sie der Gesetzgeber jedenfalls mit einer höheren Höchststrafe als fünf Jahre Freiheitsstrafe bewehrt hat. Dies betrifft auch Qualifikationstatbestände und Regelbeispiele mit näher umschriebenen tatbestandlichen Voraussetzungen. (Bearbeiter)

15. Die in § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO „durch bestimmte Tatsachen begründete“ Verdachtslage ist verfassungskonform. Sie unterliegt zwar höheren Anforderungen als der bloße Anfangsverdacht, erreicht jedoch nicht bereits den Grad eines "hinreichenden" oder gar "dringenden" Tatverdachts, den andere Normen der Strafprozessordnung vorsehen. Das bloße Vorliegen von Anhaltspunkten nicht aus. Es müssen vielmehr konkrete und in gewissem Umfang verdichtete Umstände als Tatsachenbasis für den Verdacht vorhanden sein (vgl. BVerfGE 100, 313, 395). Nur bereits ermittelte und in Antrag und Anordnung genannte Tatsachen kommen für die jeweilige Bewertung in Betracht. Da sich die akustische Wohnraumüberwachung nur gegen den Beschuldigten richten und erst als letztes Mittel der Strafverfolgung eingesetzt werden darf, muss auf Grund der bereits vorliegenden Erkenntnisse eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für die Begehung der besonders schweren Katalogstraftat bestehen. (Bearbeiter)

16. Soweit Art. 13 Abs. 3 GG nur die vermutliche Anwesenheit des Beschuldigten in der zu überwachenden Wohnung verlangt, formuliert er eine Mindestanforderung an die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte sich in der Wohnung aufhält. Daneben muss bei einer Überwachung von Wohnungen Nichtbeschuldigter in denen sich der Beschuldigte vermutlich aufhält auch eine hinreichende Wahrscheinlichkeit bestehen, verfahrensrelevante Informationen zu gewinnen. Das verlangt nach tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass der Beschuldigte in den zu überwachenden Räumlichkeiten im Überwachungszeitraum verfahrensrelevante und im weiteren Verfahren verwertbare Gespräche führen wird. Bloße Vermutungen und eine Überwachung "ins Blaue hinein", allein getragen von der Hoffnung auf Erkenntnisse, genügen nicht. (Bearbeiter)

17. Es ist die Aufgabe und Pflicht des anordnenden Gerichts, sich eigenverantwortlich ein Urteil darüber zu bilden, ob die beantragte akustische Wohnraumüberwachung zulässig und geboten ist. Dazu gehören eine sorg-

fältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung der zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall führenden Gesichtspunkte. Der Anordnungsbeschluss muss den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die heimliche Maßnahme durchzuführen ist (vgl. BVerfGE 107, 299, 325). Die maßgeblichen Erwägungen des Gerichts sind in der Begründung der Anordnung hinreichend zu dokumentieren. Das Gericht hat durch geeignete Formulierungen des Anordnungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt (vgl. BVerfGE 103, 142 <151 f.>). (Bearbeiter)

18. Das anordnende Gericht hat den Abbruch der Maßnahme anzuordnen, wenn sich zeigt, dass sie fortgesetzt wird, obwohl die gesetzlichen oder in der Anordnung festgelegten Voraussetzungen fehlen. (Bearbeiter)

19. Eine Verlängerung der Anordnung der akustischen Wohnraumüberwachung muss unter Berücksichtigung zwischenzeitlicher Ermittlungsergebnisse zu erfolgen. Sie ist auch dann möglich, wenn sich der Verdacht nunmehr auf eine andere Katalogtat bezieht. Sie ist nicht zu verlängern, wenn die Überwachung bisher ergebnislos verlaufen ist und sich nach der Sachlage für die Zukunft keine hinreichenden Erfolgchancen prognostizieren lassen oder wenn erkennbar wird, dass andere Ermittlungsmaßnahmen ausreichen. Bei einer Verlängerung bestehen daher sowohl für die beantragende Staatsanwaltschaft als auch für das anordnende Gericht Prüfungs- und Begründungspflichten im Hinblick auf die bisherigen Ergebnisse der Maßnahme und die Erfolgsprognose. (Bearbeiter)

20. Die Zurückstellung der Benachrichtigung ist insoweit nicht mit Art. 13 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 sowie Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG vereinbar, als nach § 101 Abs. 1 StPO eine Unterrichtung über die Durchführung einer akustischen Wohnraumüberwachung auch dann bis auf weiteres unterbleibt, wenn durch die Unterrichtung die öffentliche Sicherheit oder der weitere Einsatz eines nicht offen ermittelnden Beamten gefährdet würde. (Bearbeiter)

21. Als Beteiligte im Sinne des § 101 Abs. 1 StPO sind neben dem Beschuldigten die Inhaber und Bewohner einer Wohnung zu benachrichtigen, in denen Abhörmaßnahmen durchgeführt worden sind. Daneben besteht eine Benachrichtigungspflicht grundsätzlich auch gegenüber solchen Personen, die sich als Gast oder sonst zufällig in einer überwachten Wohnung aufgehalten haben und die in ihrem durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Recht am gesprochenen Wort und in ihrem informationellen Selbstbestimmungsrecht betroffen sind. (Bearbeiter)

22. Die Regelung des § 101 Abs. 4 StPO nach der die Unterlagen über die akustische Wohnraumüberwachung erst zu den Hauptakten gelangen, wenn die Vorausset-

zungen für eine Benachrichtigung vorliegen, begegnet insoweit keinen verfassungsrechtlichen Bedenken als die Gefährdung des Ermittlungszwecks sich ausschließlich auf das den Beschuldigten selbst betreffende Ermittlungsverfahren bezieht und es um den Schutz von Leib und Leben einer Person geht. Demgegenüber vermögen die anderen Zurückstellungsgründe - eine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und des weiteren Einsatzes eines nicht offen ermittelnden Beamten - eine Vorenthaltung der Unterlagen über die akustische Wohnraumüberwachung nicht zu rechtfertigen. (Bearbeiter)

23. Die nach Art. 13 Abs. 6 GG und § 100 e StPO vorzunehmende Überprüfung dient nicht einer nachgehenden parlamentarischen Rechtmäßigkeitskontrolle der einzelnen Maßnahme, sondern zielt auf die Wahrnehmung politischer Verantwortung des Parlaments. (Bearbeiter)

24. Bei einer Übermittlung von strafprozessual gewonnenen Informationen an Polizeibehörden zur Gefahrenabwehr nach § 100 f Abs. 1 2. Alt. StPO darf die Übermittlungsschwelle nicht unter diejenige sinken, die im Rahmen der Gefahrenabwehr für entsprechende Eingriffe in das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung gilt. (vgl. BVerfGE 100, 313, 394). Eine gesetzliche Regelung für die Übermittlung nach § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO erhobener Daten an Behörden zu präventivpolizeilichen Zwecken hat daher die verfassungsrechtlichen Wertungen zu berücksichtigen, die in Art. 13 Abs. 4 GG für den Primäreingriff getroffen worden sind. Daher kommt eine Übermittlung nur bei einer dringenden Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit einer Person und bei Gefahren für erhebliche Sach- und Vermögenswerte zusätzlich ein der gemeinen Gefahr typisches Gefahrenpotential im polizeirechtlichen Sinne in Betracht. (Bearbeiter)

25. Dem Gespräch mit dem Strafverteidiger kommt die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird. (Bearbeiter)

Nr. 169 BVerfG 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02 – Urteil vom 10. Februar 2004 (OLG Bamberg, LG Bayreuth, LG Halle, OLG Naumburg)

Sicherungsverwahrung und staatliche Schutzpflichten; Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Begriff des Strafrechtes; weiter Strafrechtsbegriff; Sanktionen und Reaktionen auf Straftaten; Sachzusammenhang: konkurrierende Gesetzgebung; abschließender Gebrauch; Normen, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen; Annexkompetenz des Bundes; Polizeirecht); Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG); Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG); Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz (Erklärung der Unvereinbarkeit; Erklärung der Nichtigkeit; Geltung während einer Übergangszeit); abweichende Meinung (Nichtig-

keit; mittelbare Gesetzgebungsinitiative durch kompetenzwidrigen Erlass von Landesgesetzen; Richterrecht; allgemeines Rückwirkungsverbot).

Art. 30 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 70 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG; Art. 1 Abs. 3 GG; § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG; § 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG; § 66 StGB; § 66a StGB

1. Zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG gehört die Regelung aller staatlichen Reaktionen auf Straftaten, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen. (BVerfG)

2. Bei der Straftäterunterbringung nach dem Bayerischen Straftäterunterbringungsgesetz und dem Unterbringungsgesetz des Landes Sachsen-Anhalt handelt es sich um Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Die Länder sind nicht befugt, die Straftäterunterbringung zu regeln; der Bund hat von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz in diesem Bereich abschließend Gebrauch gemacht. (BVerfG)

3. Die Gesamtheit der Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, bildet keinen selbständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern (vgl. BVerfGE 8, 143, 149 f.). Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz vielmehr dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen. Erscheint eine Regelung als Annex zu einem Sachgebiet, auf dem der Bund tätig ist, umfasst die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auch präventive Regelungen in diesem Sachbereich. Nur solche Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht als Teil einer bundesgesetzlich geregelten Sachmaterie gesetzlich bestimmt ist, können einem selbständigen Sachbereich zugerechnet werden, der als allgemeines Polizeirecht bezeichnet wird und in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt. (Bearbeiter)

4. Eine Erstreckung der Sicherungsverwahrung auf nicht strafrechtlich verurteilte Personen ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht vertretbar. Es ist – abgesehen von Zwangsmaßnahmen der Quarantäne nach dem Infektionsschutzgesetz und von der landesgesetzlich geregelten Unterbringung psychisch Kranker – gerade und ausschließlich das schwerwiegende und dem Betroffenen zurechenbare Indiz der Anlasstaten, welches den Staat berechtigt, die Gefährlichkeit seiner Bürger zu überprüfen und auf das Ergebnis dieser Überprüfung eine langfristige schuldunabhängige Freiheitsentziehung zu gründen. Unterhalb dieser Schwelle kann der Staat auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der bis zu 14-tägige landesrechtliche Poli-

zeigewahrsam gehören dürfte. Eine längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. (Bearbeiter)

5. Die von Verfassungs wegen bei der Anordnung der Sicherungsverwahrung gebotene Gesamtwürdigung bei der Prognoseentscheidung steht insbesondere einer Übergewichtung der Verweigerung von Resozialisierungs- und Therapiemaßnahmen entgegen. Allein oder überwiegend auf die Verweigerung von Resozialisierungs- und Therapiemaßnahmen darf nicht abgestellt werden. Andernfalls würde die Unterbringung zu einer unverhältnismäßigen Sanktion für fehlendes Wohlverhalten im Vollzug. (Bearbeiter)

6. Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt in Betracht, wenn die sofortige Ungültigkeit der zu beanstandenden Norm dem Schutz überragender Güter des Gemeinwohls die Grundlage entziehen würde und eine Abwägung mit den betroffenen Grundrechten ergibt, dass der Eingriff für eine Übergangszeit hinzunehmen ist (vgl. BVerfGE 33, 1, 13; 33, 303, 347 f.; 40, 276, 283; 41, 251, 266 ff.; 51, 268, 290 ff.). (Bearbeiter)

168. EGMR Nrn. 32578/96 und 32579/96 – 8. Januar 2004 (Çolak und Filizer v. Türkei)

Folterverbot; unmenschliche Behandlung (Anwendung auf den Terrorismus: PKK; Beweislastverteilung bei Inhaftierung und Verletzung der Inhaftierten; Untersuchungshaft); Beweis einer Konventionsverletzung (Beweiswürdigung des EGMR: Indizienschlüsse; Tatsachenvermutungen; Beweislastumkehrung).
Art. 3 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 5 EMRK

1. Wird eine Person gesund inhaftiert, jedoch mit Verletzungen entlassen, muss ein Staat eine plausible Erklärung dafür bieten, wie es zu diesen Verletzungen gekommen ist und Belege dafür bieten, welche ihre Behauptung, sie sei Opfer einer unmenschlichen Behandlung geworden, in Zweifel ziehen. Anderenfalls ist Art. 3 EMRK anzuwenden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Behauptungen durch medizinische Untersuchungen gestützt werden. Diese ständige Rechtsprechung des EGMR gilt auch dann, wenn den Betroffenen terroristische Betätigung vorgeworfen wird und die streitigen Sachverhalte mit dem „Kampf gegen den Terrorismus“ im Zusammenhang stehen.

2. Grundsätzlich sieht der Gerichtshof etwas als belegt an, wenn es ohne vernünftigen Zweifel nachgewiesen ist. Der Nachweis kann jedoch auch auf Indizienschlüssen oder unwiderlegten Tatsachenvermutungen beruhen. Liegen die fraglichen Geschehnisse ganz oder in größerem Umfang im exklusiven Wissen der Behörden, wie dies bei der Inhaftierung von Personen der Fall ist, erge-

ben sich aus Verletzungen, die während der Inhaftierung aufgetreten sind, starke Vermutungen. Die Beweislast liegt dann bei den Behörden.

3. Der Staat ist für jede Person, die er inhaftiert und die durch eine Anklage in eine angreifbare Lage gerät, verantwortlich. Der Staat ist zu ihrem Schutz verpflichtet. Der Freispruch der an den fraglichen Vorfällen beteiligten Polizeibediensteten stellt den Staat von seinen Verpflichtungen allein nicht frei.

172. BVerfG 2 BvR 1621/03 (3. Kammer des 2. Senats) – Beschluss vom 5. Februar 2004 (LG Karlsruhe)

Rechtliches Gehör (Begründungspflicht / Erörterungspflicht des Gerichtes bezüglich des Vorbringens der Beteiligten; Verarbeitung in den Entscheidungsgründen; Bedeutung des Vorbringens für das Verfahren; Schwere des Grundrechtseingriffs); Durchsuchung (Wohnung und Dienstzimmer einer Richterin; Verdacht der Verletzung eines Dienstgeheimnisses; Presse); Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht (nachträgliche Anhörung nach § 33a StPO).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; 33a StPO; § 102 StPO; § 353b Abs. 1 StGB

1. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet ein Gericht nicht, jedes Vorbringen der Beteiligten in den Gründen der Entscheidung ausdrücklich zu bescheiden. Der wesentliche, der Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung dienende Vortrag muss aber in den Entscheidungsgründen verarbeitet werden. Das Maß der Erörterungspflicht des Gerichts wird dabei nicht nur durch die Bedeutung des Vortrags der Beteiligten für das Verfahren bestimmt sondern auch durch die Schwere eines zur Überprüfung gestellten Grundrechtseingriffs.

2. Das Anliegen, im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren durch überraschende und eilige Maßnahmen Beweise vor dem natürlichen Verderb oder dem mutwilligen Vernichten zu sichern, ist geeignet, auch die aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Prüfungs- und Erwägungspflichten des Gerichts zu begrenzen. Das Gericht muss jedoch in seiner Entscheidung das Bestehen eines solchen Eilbedürfnisses darlegen, soweit dieses nicht offenkundig ist.

3. Das Verfahren nach § 33a StPO gehört zum Rechtsweg nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG (vgl. BVerfGE 42, 243, 245; BVerfG NJW 2003, 1513).

173. BVerfG 2 BvR 1709/02 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Ulm)

Disziplinarmaßnahme im Strafvollzug (Arrest; Schuldgrundsatz); Rechtsschutz (nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit; Rechtsschutzinteresse trotz Erledigung wegen Vollzugs bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen: hier Arrest); Prüfungsumfang des Gerichts (Ermessen des Anstaltsleiters; Prüfung der Tatsachengrundlage; eigene Überzeugung); Ablösung aus dem offenen Vollzug; Verlegung in den geschlossenen Vollzug.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 10 StVollzG; § 109 StVollzG; § 102 StVollzG; § 103 Abs. 1 StVollzG; § 105 StVollzG

1. Bei Disziplinarmaßnahmen im Strafvollzug handelt es sich um strafähnliche Sanktionen, für die der aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Schuldgrundsatz gilt. Dieser verbietet es, eine Tat ohne Schuld des Täters strafend oder strafähnlich zu ahnden (vgl. BVerfGE 20, 323, 331; 86, 288, 313). Daher dürfen Disziplinarmaßnahmen nicht lediglich auf Grund eines bloßen Verdachts, sondern nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei geklärt ist, ob ein schuldhafter Pflichtverstoß überhaupt vorliegt (BVerfG StV 1994, 263 f.).

2. Die Ablösung aus dem offenen Vollzug ist weder eine Disziplinarmaßnahme noch sonst eine strafähnliche Sanktion und setzt daher nicht den Nachweis eines schuldhaften Fehlverhaltens voraus. Sie unterliegt aber, wie jedes grundrechtseingreifende staatliche Handeln, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Als stark belastender Eingriff darf sie sich nicht allein auf bloße Vermu-

tungen, vage Hinweise oder nur entfernte Indizien stützen, sondern muss vielmehr auf konkreten Anhaltspunkten beruhen. Die Justizvollzugsanstalt ist verpflichtet, den Sachverhalt aufzuklären, soweit dies mit den begrenzten Befugnissen, die ihr dafür zu Gebote stehen, möglich ist.

3. Das Gericht hat sich bei der Überprüfung einer Disziplinarmaßnahme im Strafvollzug vom Vorliegen eines schuldhaften Pflichtverstoßes eine eigene Überzeugung bezüglich der Tragfähigkeit der Tatsachenfeststellungen zu bilden, denn der Ermessensspielraum des Anstaltsleiters beschränkt sich nur auf die Frage, ob und gegebenenfalls welche Disziplinarmaßnahmen wegen eines festgestellten Pflichtverstoßes verhängt werden sollen.

4. Die Verhängung von Arrest stellt als erhebliche Verschärfung der Bedingungen der Freiheitsentziehung, die dem Strafgefangenen auferlegt ist, einen tiefgreifenden und schwerwiegenden Eingriff dar (vgl. Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 11. Juni 2003 - 2 BvR 1724/02 -).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

223. BGH 4 StR 477/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Dortmund)

Mittäterschaft (wertende Betrachtung; wesentliche Anhaltspunkte: Tatherrschaft; Abgrenzung zur Anstiftung). § 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB

Ob ein Tatbeteiligter als Mittäter eine Tat begeht, ist nach den gesamten Umständen, die von der Verurteilung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen.

Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen (st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 2, 14; § 26 Bestimmen 6).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

224. BGH 4 StR 319/03 – Urteil vom 22. Januar 2004 (LG Dortmund)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, Wehrlosigkeit, entscheidender Zeitpunkt, kein Ausschluss durch jeden vorausgegangenen Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen); erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (affektive Bewusstseinsstörung; tiefgreifende Bewusstseinsstörung). § 211 StGB; § 21 StGB

1. Nach der Rechtsprechung kommt es bei heimtückisch begangenen Mord hinsichtlich der Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs an (vgl. BGHSt 32, 382, 384). Das Opfer kann aber auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm mit bereits gefasstem Tötungsvorsatz zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem

Angriff irgendwie zu begegnen (BGH NStZ 1999, 506).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Bundesgerichtshof erwogen, Arglosigkeit des Tatopfers auch dann anzunehmen, wenn der überraschende Angriff zunächst nicht mit Tötungsvorsatz, sondern nur mit Verletzungsvorsatz geführt wird, jedoch der ursprüngliche Verletzungswille derart schnell in Tötungsvorsatz umschlägt, dass der Überraschungseffekt zu dem Zeitpunkt andauert, zu dem der Täter zum auf Tötung gerichteten Angriff schreitet. Voraussetzung für die Annahme von Arglosigkeit soll aber auch in einem solchen Fall sein, dass dem Opfer keine Zeit zu irgendwie gearteten Gegenmaßnahmen bleibt (BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 3, 16 und 27).

3. Ein bloßer der Tat vorausgegangener Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen schließt Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tötlichkeit entnommen hat. Erforderlich ist vielmehr für die Beseitigung der Arglosigkeit auch bei einem vorausgegangenen Streit, daß das Opfer mit einem tätlichen Angriff rechnet (vgl. BGHSt 33, 363; 39, 353, 368; BGH NStZ 2003, 146).

4. Von der Arglosigkeit eines Tatopfers ist schon dann nicht mehr auszugehen, wenn es einen schweren Angriff auf seinen Körper befürchtet.

189. BGH 3 StR 421/03 - Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Duisburg)

Nötigung (Versuch; Vollendung; Teilerfolg; Zwischenziel; Enderfolg); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Darlegung; Urteilsgründe).

§ 240 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; 64 StGB; § 267 StPO

1. Die Nötigung (§ 240 StGB) ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. Die Gewaltanwendung muss kausal zu dem vom Täter geforderten Verhalten des Opfers führen (BGHSt 37, 350, 353).

2. Vollendet ist die Nötigung erst dann, wenn der Genötigte die verlangte Handlung vorgenommen oder zumindest mit ihrer Ausführung begonnen hat. Ein Teilerfolg des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, kann dann für die Annahme einer vollendeten Nötigung ausreichen, wenn die abgenötigte Handlung des Opfers nach der Vorstellung des Täters eine eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellt (vgl. BGH NJW 1997, 1082 f.; BGH NStZ 1987, 70 f.).

3. Es reicht für die Vollendung des Nötigungstatbestandes nicht aus, wenn es dem Täter lediglich gelingt, das Opfer nur zu einem kurzfristigen Verhalten zu zwingen, das nicht Zweck, sondern lediglich Mittel ist, um das vom Täter letztlich gewollte Verhalten zu ermöglichen, oder wenn das Opfer nur scheinbar mitwirkt, um den Täter zu überführen.

217. BGH 3 StR 490/03 – Beschluss vom 15. Januar 2004 (LG Kleve)

Vollendung bei der Nötigung (unbeachtliche Erreichung eines Fernziels; rechtsgutsbezogene Auslegung; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung; autonome Entscheidung); Rücktritt (außertatbestandliches Handlungsziel; fehlgeschlagener Versuch; Unfreiwilligkeit).

§ 240 StGB; § 24 StGB

1. Für den Erfolg einer Nötigung ist entscheidend, dass der Genötigte als Folge des auf ihn ausgeübten Drucks mit dem von ihm geforderten Verhalten zumindest begonnen hat (vgl. BGH NStZ 1987, 70 f.). Ein vom Täter erstrebtes Verhalten des Genötigten, das er von diesem nicht verlangt, ist dafür nicht ausreichend, weil das durch § 240 StGB geschützte Rechtsgut die Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung ist.

2. Dass ein Angeklagte ein außertatbestandliches Handlungsziel erreicht hat, schließt die Rücktrittsmöglichkeit weder wegen eines fehlgeschlagenen Versuchs noch wegen Unfreiwilligkeit aus (vgl. BGHSt 39, 221, 232 f.).

230. BGH 4 StR 554/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Stendal)

Konkurrenzverhältnis zwischen schwerem Raub und versuchter schwerer räuberischen Erpressung (mitbestrafte Vortat).

§ 250 StGB; § 253 StGB

Eine Tateinheitlich verwirklichte versuchte (schwere) räuberische Erpressung, die auf denselben Gegenstand gerichtet war, tritt gegenüber dem vollendeten schweren Raub als mitbestrafte Vortat zurück (BGH NJW 1967, 60, 61).

226. BGH 4 StR 415/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Stendal)

Verfall (kein Erlangtes bei fehlender Erwerbsmöglichkeit: nichtiges Erfüllungsgeschäft; Herausgabeanspruch); Teilfreispruch zur Klarstellung.

§ 73 StGB; § 354 StPO

1. Kann ein Angeklagter an Geld kein Eigentum erwerben, weil Verpflichtungs- und Erfüllungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig waren, kommt ein Verfall nicht in Betracht.

2. Ein Angeklagter darf nicht wegen desselben Tatgeschehens zugleich verurteilt und freigesprochen werden. Dies ist nötigenfalls durch einen Teilfreispruch klarzustellen (vgl. hierzu BGH NStZ 1984, 566; NStZ-RR 1997, 331, 332).

184. BGH 3 StR 345/03 - Beschluss vom 11. November 2003 (LG Itzehoe)

Schwerer Raub (ungeladene Schreckschusspistole; Waffe; Verwendung eines anderen gefährlichen Werkzeugs; In-der-Hand-Halten; Beisichführen); BGHSt 48, 197.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Eine geladene Schreckschusspistole ist nach dem Beschluss des Großen Senats für Strafsachen vom 4. Februar 2003 (GSSt 2/02) stets als „Waffe“ im Sinne der strafrechtlichen Bestimmungen einzuordnen. Maßgebend dafür ist, dass die geladene Schreckschusswaffe, bei der beim Abfeuern der Explosionsdruck nach vorn aus dem Lauf austritt, nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen (in BGHSt 48, 197 zum Abdruck vorgesehen). Der ungeladenen Schreckschusspistole fehlt jedoch die generelle Gefährlichkeit. Sie unterfällt daher - wie auch die ungeladene „echte“ Schusswaffe (BGHSt 44, 103, 105) - nicht dem strafrechtlichen Waffenbegriff.

2. Die Verwendung eines „anderen gefährlichen Werkzeugs“ im Sinne von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter das Werkzeug zweckgerichtet einsetzt, wenigstens indem er durch schlüssiges Verhalten mit dem Einsatz des Werkzeugs droht. Dazu genügt es nicht, dass lediglich ein Tatopfer dessen Einsatz befürchtet, ohne dass diese Sorge vom Täter durch mehr als bloßes In-der-Hand-Halten veranlasst worden wäre (Abgrenzung vom Beisichführen).

182. BGH 3 StR 282/03 – Urteil vom 13. November 2003 (LG Kleve)

Wegnahmevorsatz und Zueignungsabsicht bei Raub und Diebstahl (Irrtum über Eignung der Sache zu weiterem Zweck; unbeachtlicher Motivirrtum); Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan; Irrtum des Mittäters; Zurechnung).

§ 16 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Wegnahmevorsatz und Zueignungsabsicht bei Diebstahl und Raub beurteilen sich nach den Vorstellungen, die der Täter bei Vornahme der tatbestandlichen Handlung hat. Wenn sich im Verlaufe der Tatbegehung Änderungen in Bezug auf das Tatobjekt oder die Vorstellungen des Täters von diesem ergeben, ist für die Beurteilung

der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand der Zeitpunkt der letzten Ausführungshandlung entscheidend.

2. Ein Irrtum über die Eignung des weggenommenen Gegenstandes zu einem bestimmten außertatbestandlichen Verwendungszweck (unbeachtlicher Motivirrtum) beeinträchtigt weder den Wegnahmevorsatz noch die Zueignungsabsicht und hindert daher nicht die Tatvollendung.

198. BGH 2 StR 391/03 – Beschluss vom 9. Januar 2004 (LG Bonn)

Mord (Habgier: Irrelevanz eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Tötung und Erlangung eines Vermögensvorteils).

§ 211 Abs. 2 StGB

Das Mordmerkmal der Habgier wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter sein Ziel auch ohne anschließende Tötung des Opfers durch (bloßen) Raub hätte erreichen können: Das Merkmal der Habgier setzt nicht, wie die Absicht der Ermöglichung einer anderen Straftat einen funktionalen Zusammenhang zwischen Tötung und Erlangung des Vermögensvorteils voraus. Entscheidend ist vielmehr die Motivation des Täters.

202. BGH 2 StR 302/03 – Beschluss vom 26. November 2003 (LG Meiningen)

Fälschung technischer Aufzeichnungen (Wegstreckenanzeige / Kilometerstand in einem Kraftfahrzeug keine technische Aufzeichnung); Beweiswürdigung (Beihilfe zum Betrug).

§ 268 StGB; § 263 StGB; § 261 StPO

Die Wegstreckenanzeige (Kilometerstand) in einem Kraftfahrzeug ist keine technische Aufzeichnung im Sinne des § 268 StGB (BGHSt 29, 204).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

191. BGH 4 StR 147/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Bielefeld)

BGHR; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (rechtswidrige Tat: Sichberauschen; Anlasstat; Zweifelsatz; in dubio pro reo); Sicherungsverwahrung; verminderte Schuldfähigkeit.

§ 323 a StGB; § 63 StGB; § 64 StGB; § 66 StGB

Bei einer Verurteilung nach § 323 a StGB kommt die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus trotz uneingeschränkt schuldhaften Sichberauschens jedenfalls dann in Betracht, wenn der Täter andernfalls in der Sicherungsverwahrung untergebracht werden müsste. (BGHR)

193. BGH 1 StR 319/03 – Urteil vom 20. Januar 2004 (LG Freiburg)

Körperverletzung (tatbestandlicher Heileingriff; hypothetische Einwilligung; Behandlungsfehler; Aufklärungsfehler); Strafzumessung bei ärztlichem Fehlverhalten (Arztstrafrecht; Grenzen der Revisibilität; Verlust der beruflichen Stellung; Bedeutung der Pflichtverletzung / der bewussten Fahrlässigkeit); Berufsverbot (innerer Zusammenhang zur Berufsausübung; bewusster / planmäßiger Missbrauch); kein Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung über ein mögliches Auskunftsverweigerungsrecht (Rechtskreistheorie; Schutzzwecklehre).

§ 223 StGB; § 46 StGB; § 70 StGB; § 55 StPO

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen ent- und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Das Revisionsgericht kann nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen (BGHSt 34, 345, 349). In Zweifelsfällen muss das Revisionsgericht die vom Tatrichter vorgenommene Bewertung hinnehmen (BGHSt 29, 319, 320; BGHR StGB § 46 Abs. 1 Beurteilungsrahmen 1).

2. Der Verlust des Arbeitsplatzes und der beruflichen Stellung ist ein Umstand, der die Schuld mindert, auch wenn er von der prozessbegleitenden Berichterstattung in den Medien mit bedingt ist.

3. Auf die ausdrückliche Einordnung einer Fahrlässigkeit als „bewusst“ kommt es für die Strafzumessung nicht an. Entscheidend ist entsprechend § 46 Abs. 2 StGB, dass das Gericht „das Maß der Pflichtwidrigkeit“ feststellt und die Intensität der Pflichtwidrigkeit bei der Strafzumessungsbeurteilung nachvollziehbar bewertet hat.

4. Entsprechend dem Gefahrenabwehrzweck des § 70 Abs. 1 StGB muss der Missbrauch oder die Pflichtverletzung in einem inneren Zusammenhang mit der Berufsausübung oder deren regelmäßiger Gestaltung stehen und so symptomatisch die Unzuverlässigkeit des Täters in seinem Beruf erkennen lassen.

5. Ärztliche Heileingriffe werden nur durch eine von Willensmängeln nicht beeinflusste Einwilligung des Patienten gemäß § 228 StGB gerechtfertigt (BGHSt 16, 309 st. Rspr.).

6. Auf eine unterbliebene Belehrung über ein mögliches Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO kann die Revision nicht gestützt werden, weil diese Vorschrift -

anders als etwa §§ 52, 252 StPO - nicht dem Schutz des Angeklagten, sondern ausschließlich dem des Zeugen dient (Rechtskreistheorie, st. Rspr.).

229. BGH 5 StR 473/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Frankfurt)

Strafzumessung bei minder schwerem Fall des Totschlages (eingeschränkte Berücksichtigung von Strafschärfungsgründen bei verminderter Schuldfähigkeit; Nachtatverhalten: Vernichten von Tatspuren; Verteidigungsverhalten).

§ 46 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

1. Handlungsmodalitäten, die weniger Ausdruck einer sich frei entfaltenden verbrecherischen Energie, sondern – wie hier – eher Anzeichen für die Stärke einer seelischen Beeinträchtigung sind, dürfen einem vermindert Schuldfähigen grundsätzlich nicht uneingeschränkt angelastet werden (vgl. BGHR StGB § 21 Strafzumessung 7, 11, 12, 14 – brutales Vorgehen des Angeklagten).

2. Das Vernichten von Tatspuren ist für die Bemessung der Schuld regelmäßig ebensowenig von Bedeutung wie die pauschale Angabe, andere hätten die dem Täter vorgeworfene Tat begangen (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 17, 18 und Verteidigungsverhalten 10).

177. BGH 2 StR 341/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Frankfurt)

Auslegung des Tenors eines Verwerfungsbeschlusses nach seinen Gründen; Begründung des Strafausspruchs (Tagessatzhöhe, Tagessatzanzahl); Vermögensstrafe; zusätzliche Geldstrafe; konfiskatorische Geldstrafe.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 40 StGB; § 41 StGB

Die Bemessung einer zusätzlichen Geldstrafe gemäß § 41 StGB hat nach den Grundsätzen des § 40 StGB zu erfolgen. Diese Geldstrafe ist insbesondere keine konfiskatorische Maßnahme (vgl. BGH 2 StR 302/02 – Beschluss vom 15. November 2002); sie darf nicht als „Vermögensstrafe in anderem Gewand“ ausgesprochen werden. Es ist daher rechtsfehlerhaft, wenn die Strafzumessungserwägungen besorgen lassen, es sei dem Tatrichter darum gegangen, den aus rechtswidrigen Taten erlangten Gewinn abzuschöpfen.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

200. BGH 3 StR 218/03 – Urteil vom 4. März 2004 (OLG Hamburg)

Faires Verfahren (Recht auf Vernehmung eines Entlastungszeugen und Offenlegungsanspruch: Zurückhaltung durch die Exekutive, einen ausländischen Staat, Gesamtbetrachtung; Regulativ und Kompensation; Unerreichbarkeit des Zeugen; Gefahr der Steuerung durch selektive ausländische Rechtshilfeentscheidungen; Verfahrenshindernis nur im Ausnahmefall); Rechtsstaatsprinzip; vor-

sichtige Beweiswürdigung bei Zurückhaltung eines zentralen Beweismittels (lückenhafte Beweiswürdigung; Zweifelssatz; in dubio pro reo); Aufklärungspflicht und Wahrheitsermittlung (Ablehnungsgründe); Zeuge vom Hörensagen; Schuldgrundsatz; Fall Motassadeq; 11. September.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2 StPO; § 96 StPO; § 261 StPO

1. Kann ein zentrales Beweismittel wegen einer Sperrerklärung oder einer verweigerten Aussagegenehmigung nicht in die Hauptverhandlung eingeführt werden, obwohl ohne die Sperrerklärung oder verweigerte Aussagegenehmigung die Erhebung des Beweises ein Gebot der Aufklärungspflicht gewesen wäre bzw. ein Beweisantrag des Angeklagten auf Erhebung des Beweises aus keinem der in § 244 Abs. 3 - 5 StPO genannten Ablehnungsgründe hätte zurückgewiesen werden können, muss der Tatrichter die hierdurch bedingte Einschränkung seiner Erkenntnismöglichkeiten sowie die Beschneidung der Verteidigungsrechte des Angeklagten bei seiner Überzeugungsbildung berücksichtigen und in den Urteilsgründen im Rahmen der Beweiswürdigung erörtern. Andernfalls ist seine Beweiswürdigung lückenhaft und der Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 20 Abs. 3 i.V. m. Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 MRK) verletzt.

2. Die Unerreichbarkeit eines Beweismittels hat grundsätzlich bei der Würdigung der erhobenen Beweise außer Betracht zu bleiben. Insbesondere ist der Tatrichter in aller Regel nicht gehalten, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, welches Ergebnis die Vernehmung eines mangels Rechtshilfe eines fremden Staates unerreichbaren Zeugen möglicherweise hätte erbringen können. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt jedoch dann, wenn der um Rechtshilfe ersuchte Staat ein erhebliches eigenes Interesse an dem Ausgang des Strafverfahrens hat, etwa weil die angeklagten Straftaten und deren Folgen maßgeblich auch seine eigene Sicherheit sowie die Rechtsgüter seiner Bürger verletzen und die Bundesrepublik Deutschland daher in einer Art stellvertretenden Strafrechtspflege auch für ihn tätig wird.

3. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein Konflikt zwischen Geheimhaltungsinteressen der Exekutive einerseits und den Verteidigungsinteressen des Angeklagten sowie der Pflicht des Gerichts zur Wahrheitsermittlung andererseits nicht dazu führen, dass sich die Geheimhaltungsinteressen nachteilig für den Angeklagten auswirken. In derartigen Fällen muss durch eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung und gegebenenfalls die Anwendung des Zweifelssatzes der Verkürzung der Beweisgrundlage und damit der Erkenntnismöglichkeiten des Gerichts Rechnung getragen werden (vgl. BGH NStZ 2000, 265, 266 f.; s. auch BVerfG NStZ 2000, 151, 153).

4. Der Anspruch auf ein faires Verfahren sichert das zentrale Anliegen des Strafprozesses, nämlich die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne die das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Verfahrensrechtliche Gestaltungen, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen, können daher den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren beeinträchtigen (BVerfGE 57, 250, 274 f.).

5. Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung sowie das Prinzip „Im Zweifel für den Angeklagten“ sind bei sach-

gerechter Anwendung grundsätzlich geeignet, die besonderen Gefahren einer solchen beweisrechtlichen Lage für den Angeklagten aufzufangen und seinem Anspruch auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren Genüge zu tun (BVerfGE 57, 250, 292 f.). Dies gilt auch im Hinblick auf Art. 6 Abs. 1 MRK.

6. Die Sperrung von Beweismitteln seitens der Exekutive ist erst bei der abschließenden Würdigung des gesamten Beweisergebnisses mitzuberücksichtigen. Hierbei hat der Tatrichter in seine Erwägungen die Möglichkeit einzubeziehen, dass das gesperrte Beweismittel, wäre es in die Hauptverhandlung eingeführt worden, das Entlastungsvorbringen bzw. die entlastende Beweisbehauptung des Angeklagten bestätigt hätte. Diese Möglichkeit hat er dem übrigen Beweisergebnis gegenüberzustellen und auf dieser Grundlage unter Beachtung des Zweifelssatzes zu entscheiden, ob das potentiell entlastende Ergebnis der unterbliebenen Beweiserhebung durch die, verwertbaren sonstigen Beweismittel so weit entkräftet wird, dass trotz der geschmälernten Erkenntnisgrundlage der Inbegriff der Hauptverhandlung die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten trägt. Je mehr sich das Ergebnis der Beweisaufnahme mit dem Entlastungsvorbringen des Angeklagten in Einklang bringen lassen könnte, je näher das gesperrte Beweismittel zu der Tat steht und je stärker es daher potentiell zu deren Aufklärung hätte beitragen können, um so höhere Anforderungen sind dabei an den argumentativen Aufwand des Tatrichters zur Begründung seiner Überzeugung von der Schuld des Angeklagten zu stellen, insbesondere wenn die Beweise, auf die er diese Überzeugung stützt, nur indiziell auf die Schuld des Angeklagten hindeuten.

7. Es sind außergewöhnliche Fälle denkbar, in denen ein Verstoß gegen das Gebot fairer Verfahrensführung dem Verfahren als Ganzem die Grundlage entzieht und dessen Einstellung erzwingt (vgl. BGHSt 46, 159, 171). Dies kommt jedoch nur in Betracht, wenn ein fairer, rechtsstaatlicher Strafprozess auch durch kompensierende Maßnahmen zu Gunsten des Angeklagten nicht mehr sichergestellt werden kann. Bei der Sperrung von Beweismitteln durch die Exekutive kann dies nur dann der Fall sein, wenn dem Tatrichter durch die Maßnahmen der Exekutive die Beweisgrundlage derart verkürzt wird, dass auch unter Beachtung der dargelegten Grundsätze vorsichtiger Beweiswürdigung und der Anwendung des Zweifelssatzes eine gerichtlich verantwortbare Überzeugungsbildung nicht mehr gewährleistet ist, die rechtsstaatlichen Anforderungen sowie der verfassungsrechtlich verbürgten Stellung der Strafgerichte genügt, den wahren Sachverhalt unbeeinflusst von Einflussnahmen der vollziehenden Gewalt zu ermitteln.

194. BGH 1 StR 380/03 – Beschluss vom 18. Dezember 2003 (LG Traunstein)

Konsultationsrecht bei der Beschuldigtenvernehmung und Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren (Antrag der Staatsanwaltschaft; Verwertungsverbot; Abwägungslehre; Abbruch der Vernehmung bei Ausübung des Schweigerechts; freie Entschließung; Be-

wusstsein der Rechte in der Vernehmungssituation: differenzierter Umgang; Verwertbarkeit von Spontanäußerungen nach einer Vernehmung); faires Verfahren.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 141 Abs. 3 StPO

1. Soweit ein Polizeibeamter nach dem vom Angeklagten geforderten Abbruch der Vernehmung versucht, doch noch weitere Angaben von ihm zu erlangen, erweist sich das als Missachtung und Verletzung des Schweigerechts.

2. Die Frage, ob eine mangelhafte Achtung des Rechts auf Verteidigerbeistand im Ermittlungsverfahren zu einem Verwertungsverbot führt, ist durch eine Abwägung zu entscheiden (BGHSt 47, 172, 179, 180 m.w.N.). Dabei ist das Gewicht des Rechtsverstoßes mit in Betracht zu ziehen und ebenso ins Auge zu fassen, ob und inwieweit der damalige Beschuldigte in besonderem Maße des Schutzes bedurfte (vgl. BGHSt 42, 170, 174; 47, 172, 180).

232. BGH 5 StR 447/03 – Beschluss vom 1. Dezember 2003 (LG Berlin)

Faires Verfahren; Notwendige Verteidigung (Scheinverteidiger; Widerruf der Zulassung des Rechtsanwalts).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 140 StPO; § 36 Abs. 2 BRAO; § 31 BRAO; § 338 Nr. 5 StPO

1. Die Rechtsprechung zum „Scheinverteidiger“ (BGHSt 47, 238) ist nicht anzuwenden, wenn der Widerruf der Zulassung zur Zeit der Hauptverhandlung noch nicht bestandskräftig gewesen ist.

2. Die – auch in BGHSt 47, 238 nicht behandelte – Frage einer Anwendbarkeit des § 36 Abs. 2 BRAO auf Fälle der vorliegenden Art mit der Folge, dass die Mitwirkung eines nicht mehr zur Rechtsanwaltschaft zugelassenen Verteidigers vor dessen Löschung in der nach § 31 BRAO geführten Liste den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO nicht begründen würde, bleibt daher offen.

183. BGH 3 StR 359/03 - Beschluss vom 13. November 2003 (LG Flensburg)

Kognitionspflicht hinsichtlich der angeklagten Tat (Bezeichnung; Identität; Tatzeitpunkt; Tat im prozessualen Sinn; Vergewaltigung (Gewalt durch Verabreichen von Betäubungsmitteln); eingeschränkte Schuldfähigkeit (Darstellung; Beweiswürdigung; Sachverständigengutachten); Steuerungsfähigkeit (Erheblichkeit der Beeinträchtigung; Rechtsfrage); Einweisung in eine Entziehungsanstalt (Hang); Urteilsgründe.

§ 177 Abs. 2 StGB; § 264 Abs. 1 StPO; § 21 StGB; § 64 StGB; § 267 StPO

1. Eine Veränderung des Tatzeitpunkts nach Zulassung der Anklage im Rahmen der mündlichen Verhandlung hebt die Identität zwischen dem angeklagten Lebensvorgang und dem abgeurteilten Sachverhalt nicht in jedem Fall auf. Sie ist aber nur dann unschädlich, wenn die in der Anklage beschriebene prozessuale Tat unabhängig von der Tatzeit nach anderen Merkmalen ausreichend individualisiert bleibt (vgl. BGHSt 46, 130, 133; BGHR StPO § 200 Abs. 1 Satz 1 Tat 8 und 19).

2. Bietet ein Täter des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln diese weit unter ihrem Einstandspreis zum Kauf an, so bedarf es ausdrücklicher Prüfung und näherer Darlegung, dass er sich durch den wiederholten Verkauf von Rauschgift eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang verschaffen wollte (vgl. BGHR BtMG § 29 Abs. 3 Nr. 1 gewerbsmäßig 5).

3. Gewalt im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann auch durch Beibringen von Medikamenten ausgeübt werden, die die freie Willensbetätigung unterbinden, wenn diese eine körperliche Zwangswirkung auf das Opfer herbeiführen.

4. Die für erwiesen erachteten objektiven Tatsachen sowie der dazu gehörende innere Tatbestand sind regelmäßig in einer geschlossener, knapper Form darzustellen. Dies muss so vollständig erfolgen, dass in den konkreten Tatsachen der abstrakte Straftatbestand erkennbar ist.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

176. BGH 3 StR 375/03 - Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Mönchengladbach)

Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit; eigenes Interesse am Taterfolg; Vorrätighalten zum Weiterverkauf; Fremdbesitz); Tateinheit; Tatmehrheit; Bewertungseinheit; Klammerwirkung.

§ 29 a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Der Besitz von Betäubungsmitteln, die zum gewinnbringenden Weiterverkauf vorrätig gehalten werden,

erfüllt den Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln bezogen auf die Gesamtmenge (BGH StV 1994, 658). Zu einer solchen Tat gehören dann als unselbständige Teilakte alle späteren Betätigungen, die auf den Vertrieb desselben Heroins gerichtet sind (Bewertungseinheit).

2. Mehrere Handlungen, mit denen nur eine Tat unterstützt wird, stellen in der Regel nur eine Beihilfetat dar, da sich das Unrecht des Gehilfen nur aus dem Unrecht der Haupttat ableiten lässt. Ist allerdings beim Haupttäter allein deswegen nur eine Tat des Handeltreibens mit

Betäubungsmitteln anzunehmen, weil seine tatbestandlichen Handlungen durch den Einkauf der Gesamtmenge an Betäubungsmitteln zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst worden sind, so werden bei ihm mehrere natürliche, jeweils den Tatbestand erfüllenden Handlungen als eine rechtliche Handlung bewertet. Fördert der Gehilfe nur einzelne dieser Handlungen und nicht auch diejenigen, die zur Zusammenfassung führen, so kann zu seinen Gunsten die Klammerwirkung nicht eingreifen. Vielmehr erscheint es sachgerecht, hier den Grundsatz anzuwenden, wonach bei mehreren Beteiligten für jeden nach der Art seines Tatbeitrags selbständig zu ermitteln ist, ob Handlungseinheit oder -mehrheit gegeben ist (insoweit st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 52 Abs. 1 Handlung, dieselbe 29 m. w. N.). Leistet er also zu derjenigen Tat keine Beihilfe, auf der die Klammerwirkung beruht, so kommt ihm die Zusammenfassung zu einer Bewertungs-

einheit auch nicht zugute (nicht tragende Erwägung).

196. BGH 1 StR 517/03 – Beschluss vom 13. Januar 2004 (LG Nürnberg)

Hinweispflicht (unzulässige Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten durch neue Begründung des Eigennutzes hinsichtlich des Handelntreibens mit Betäubungsmitteln; Heranziehung des wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen).

§ 265 StPO; § 29 BtMG; § 200 Abs. 2 Satz 1 StPO

Es reicht für die Annahme von Eigennutz im Zusammenhang mit Handelntreiben mit Betäubungsmitteln aus, wenn nach Art und Umfang der auf Umsatz gerichteten Tätigkeit andere als eigennützige Motive nach Lage des Falles ausscheiden.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht

Von Prof. Dr. Günther Jakobs, Bonn*

I. Einleitung: Strafe als Widerspruch oder als Sicherung

Wenn hier von Bürgerstrafrecht und von Feindstrafrecht die Rede ist, so von zwei Idealtypen, die sich kaum je rein verwirklicht finden lassen: Noch in die Beurteilung einer wenig mehr als Langeweile erregenden Allertat – Bürgerstrafrecht – wird sich zumindest leichte Abwehr zukünftiger Gefahren einmischen – Feindstrafrecht –, und selbst der bürgerfernste Terrorist wird zumindest formell als Person behandelt, wenn ihm im Strafverfahren¹ die Rechte eines bürgerlichen Beschuldigten zugestanden werden. Es kann also nicht darum gehen, zwei isolierte Strafrechtssphären gegenüberzustellen, sondern zwei Pole *einer* Welt zu beschreiben oder zwei gegenläufige Tendenzen in *einem* Zusammenhang des Strafrechts aufzuzeigen, wobei sich diese Tendenzen durchaus überlagern können, scil. solche zur Behandlung des Täters als Person oder andere zu seiner Behandlung als Gefahrenquelle oder als Mittel zur Abschreckung anderer. Dies als erstes!

Zweitens ist vorab zu bemerken, daß die Bezeichnung „Feindstrafrecht“ *nicht prinzipiell pejorativ* gemeint ist.

* Der hier für Deutschland erstmals publizierte Aufsatz ist ebenso bereits erschienen in „Foundations and Limits of Criminal Law and Criminal Procedure (Gedächtnisschrift Prof. Fu-Tseng-Hung, hrsgg. v. Yu-hsiu Hsu, Taipei 2003).

¹ Hauptsächlich – etwa zur Kontaktsperre siehe unten IV.

Gewiß, ein *Feindstrafrecht* ist Zeichen für eine mangelhafte Befriedung, die freilich nicht unbedingt den Befriedenden, sondern auch den Widerspenstigen anzulasten sein mag; zudem, ein *Feindstrafrecht* steht immerhin mindestens für ein regelgeleitetes und deshalb nicht spontan-affektives Verhalten. – Dies vorausgeschickt, beginne ich mit dem Mittelteil der Begriffe, mit der *Strafe*.

Strafe ist Zwang und zwar verschiedenartiger – hier nur auszugsweise zu behandelnder – Zwang, gemischt in inniger Verbindung. Da ist zunächst der Zwang als Bedeutungsträger, als Träger der Antwort auf die Tat: Die Tat als Tat einer vernünftigen Person bedeutet etwas, nämlich eine Desavouierung der Norm, einen Angriff auf ihre Geltung, und die Strafe bedeutet gleichfalls etwas, nämlich die Behauptung des Täters sei unmaßgeblich und die Norm gelte unverändert fort, die Gestalt der Gesellschaft bleibe also erhalten. Tat wie Strafwang sind insoweit Mittel symbolischer Interaktion², und der Täter wird als Person ernst genommen; denn wäre er inkompetent, müßte seiner Tat nicht widersprochen werden.

Aber Strafe bedeutet nicht nur etwas, sondern bewirkt auch physisch etwas: So kann etwa der Inhaftierte außerhalb der Vollzugsanstalt keine Delikte mehr begehen – sichere Spezialprävention für die Dauer der Freiheitsstrafe. Es ist wohl unwahrscheinlich, daß die Freiheitsstrafe die regelmäßige Reaktion auf schwerere Taten geworden wäre, wenn sie nicht diesen sichernden Effekt aufwiese. Der Zwang soll insoweit nichts bedeuten, sondern wir-

² Dazu *Jakobs* Norm, Person, Gesellschaft, 2. Auflage, 1999, S. 98 ff.

ken, was heißt, er gelte nicht der Person im Recht sondern dem gefährlichen Individuum. Das dürfte besonders deutlich werden, wenn man von der sichernden Wirkung der Freiheitsstrafe zur Sicherungsverwahrung als Maßregel übergeht (§ 61 Nr. 3, § 66 StGB); der Blick wendet sich dann nicht nur zurück auf die abzuurteilende Tat, sondern auch und hauptsächlich vorwärts in die Zukunft, in der sich ein „Hang zu erheblichen Straftaten“ für die Allgemeinheit „gefährlich“ auswirken könnte (§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB). An die Stelle der an sich kompetenten Person, der mit der Strafe widersprochen wird, tritt also das gefährliche Individuum³, gegen das – hier: mit einer Maßregel, nicht einer Strafe – physisch effektiv vorgegangen wird: Gefahrbekämpfung statt Kommunikation, Feindstrafrecht (hier immerhin im weiteren Sinn Strafrecht: Die Maßregel setzt eine Straftat voraus) statt Bürgerstrafrecht, und der Ausdruck „Recht“ bedeutet in beiden Begriffen durchaus unterschiedliches, wie später noch zu zeigen sein wird.

In der gegenwärtigen wissenschaftlichen Diskussion⁴ findet sich zum Problem wenig bis nichts. Von denen, die das Recht *überall* suchen, zugleich es *unmittelbar* zu haben sich versichern und dies mit stets vornehmen Ton verkünden, statt sich die Arbeit aufzuerlegen, ihre Subjektivität durch eine Prüfung dessen, was ist und was sein kann, auszubilden, kann auch nichts erwartet werden. Freilich lehrt die Philosophie der Neuzeit genug, um das Problem zumindest anpacken zu können.

II. Einige rechtsphilosophische Entwürfe

„Recht“ heißt die Bindung zwischen Personen, die ihrerseits Träger von Rechten und Pflichten sind, während das Verhältnis zu einem Feind nicht durch Recht, sondern durch Zwang bestimmt wird. Nun ist alles Recht mit der Befugnis zu zwingen verbunden⁵, und der schärfste Zwang ist derjenige des Strafrechts. Man könnte deswegen argumentieren, jede Strafe, ja schon jede Notwehr, gelte einem Feind. Eine solche Argumentation ist keineswegs neu, sie hat vielmehr prominente philosophische Vorbilder.

Insbesondere diejenigen Autoren, die den Staat in strenger Weise durch einen Vertrag begründen, stellen ein Verbrechen dergestalt dar, daß der Straftäter den Vertrag bricht und nunmehr der Segnungen des Vertrags nicht mehr teilhaftig ist: Er lebt mit den anderen nicht mehr in einem Rechtsverhältnis. Dementsprechend heißt es bei

³ Zu den Begriffen „Individuum“ und „Person“ *Jakobs* (Fn. 2) S. 9 ff, 29 ff.

⁴ Erstmals *Jakobs* ZStW 97 S. 751 ff, 783 f; *ders.* in: *Eser* u.a. (Hrsg.) Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, 2000, S. 47 ff, 51 ff; dazu *Schulz* ZStW 112 S. 653 ff, 659 ff; dagegen *Eser* aaO. (Die Deutsche Strafrechtswissenschaft) S. 437 ff, 444 f; *Schünemann* GA2001 S. 205 ff., 210 ff.

⁵ *Kant* Die Metaphysik der Sitten. Erster Theil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, in: *Kant's Werke*, Akademie-Ausgabe, Band 6, 1907, S. 203 ff, 231 (Einleitung in die Rechtslehre, § D).

*Rousseau*⁶, jeder „Übeltäter“, der das „gesellschaftliche Recht“ angreife, höre auf, „Mitglied“ des Staates zu sein, da er mit diesem im Krieg liege, wie das gegen den Übeltäter ergangene Urteil beweise. Die Konsequenz lautet: „Man läßt den Schuldigen weniger als Staatsbürger (citoyen), denn als Feind (ennemi) sterben“. Ähnlich argumentiert *Fichte*: „Wer den Bürgervertrag in einem Stücke verläßt, sey es mit Willen, oder aus Unbedachtsamkeit, da, wo im Verträge auf seine Besonnenheit gerechnet wurde, verliert der Strenge nach alle seine Rechte als Bürger und als Mensch, und wird völlig rechtlos“⁷. *Fichte* mildert diese Vogelfreiheit⁸ des Verbrechers regelmäßig durch die Konstruktion eines Abbüßungsvertrags⁹, dies jedoch nicht beim „absichtliche(n) vorbedachte(n) Mord“: Hier bleibt es bei der Rechtlosigkeit: „... der Verurtheilte wird erklärt für eine Sache, für ein Stück Vieh“¹⁰. Mit eiserner Konsequenz fährt *Fichte* fort, mangels Personqualität sei die Hinrichtung des Verbrechers „nicht Strafe, sondern nur Sicherungsmittel“¹¹. Einzelheiten sollen dahinstehen; denn schon die kleine Skizze dürfte gezeigt haben, daß der Bürgerstatus nicht unbedingt etwas Unverlierbares sein muß.

Ich möchte dem Konzept von *Rousseau* und *Fichte* nicht folgen; denn es ist in seiner radikalen Trennung des Bürgers mit seinem Recht einerseits vom Unrecht des Feindes andererseits zu abstrakt. Eine Rechtsordnung muß im Grundsatz auch einen Verbrecher im Recht halten und zwar aus einem doppelten Grund: Der Delinquent hat ein Recht, mit der Gesellschaft wieder ins Reine zu kommen, und dazu muß er seinen Status als Person, als Bürger, jedenfalls: im Recht, behalten, und zudem hat der Delinquent die Pflicht zur Wiedergutmachung, und auch Pflichten setzen Personalität voraus, mit anderen Worten, der Verbrecher kann sich nicht durch seine Tat willkürlich aus der Gesellschaft verabschieden.

Hobbes hat das erkannt. Er ist zwar dem Worte nach (auch) Vertragstheoretiker, aber der Sache nach eher ein Philosoph der Institutionen. Sein Unterwerfungsvertrag – neben den, gleichberechtigt, die Unterwerfung per Gewalt tritt! – ist weniger als Vertrag im eigentlichen Sinn denn als Metapher dafür zu verstehen, daß die (zukünftigen) Bürger den Staat bei dessen Selbstorganisation nicht stören¹². Dazu durchaus passend beläßt *Hobbes* dem

⁶ *Rousseau* Staat und Gesellschaft. „Contrat Social“, übersetzt und kommentiert von *Weigand*, 1959, S. 33 (Zweites Buch, 5. Kapitel).

⁷ *Fichte* Grundlage des Naturrechts nach den Prinzipien der Wissenschaftslehre, in: *Sämtliche Werke*, hrsgg. von *J. H. Fichte*, Zweite Abtheilung, A. Zur Rechts- und Sittenlehre, Erster Band, o. J., S. 260.

⁸ Wie Fn. 7.

⁹ AaO. (Fn. 7) S. 260 ff. – Beiläufig: Ein Vertrag mit einem Vogelfreien, Rechtlosen?

¹⁰ (Fn. 7) S. 278 f.

¹¹ (Fn. 7) S. 280.

¹² Siehe auch *Kersting* Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1994, S. 95: „Der Fundamentalvertrag ist die Begriffsform, unter die die politische Empirie gebracht werden

Verbrecher im Grundsatz seine Bürgerrolle¹³: Der Bürger kann seinen Status nicht selbst aufheben. Anders verhält es sich freilich bei Rebellion, also Hochverrat: „Denn die Natur dieses Verbrechens liegt in der Aufkündigung der Unterwerfung¹⁴, was einen Rückfall in den Kriegszustand bedeutet. ... Und diejenigen, die sich auf diese Weise vergehen, werden nicht als Untertanen, sondern als Feinde bestraft“¹⁵.

Für *Rousseau* und *Fichte* ist *an sich* jeder Verbrecher Feind, für *Hobbes* immerhin der Hochverräter. *Kant*, der das Vertragsmodell als regulative Idee bei der Begründung und Begrenzung der Staatsgewalt benutzt¹⁶, siedelt das Problem auf der Schwelle zwischen dem (fiktiven) Naturzustand und dem staatlichen Zustand an. Zur Ermöglichung des gesicherten Eigentums soll bei *Kant* jede Person die Befugnis haben, jede andere unter eine bürgerliche Verfassung zu zwingen¹⁷. Sofort drängt sich die Frage auf: Was sagt *Kant* zu denjenigen, die sich nicht zwingen lassen? In seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ widmet er dem Problem, wann man gegen einen Menschen feindlich verfahren dürfe, eine lange Fußnote¹⁸ und führt aus: „Der Mensch aber oder das Volk im bloßen Naturzustand benimmt mir ... (die erforderliche) Sicherheit, und lädirt mich schon durch eben diesen Zustand, in dem er neben mir ist, obgleich nicht thätig (facto), doch durch die Gesetzlosigkeit seines Zustandes (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde und ich kann ihn nöthigen, entweder mit mir in einen gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand zu treten, oder aus meiner Nachbarschaft zu weichen“¹⁹. Wer also das Leben in einem „gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustand“ nicht mitmacht, muß weichen, was heißt, er wird hinausgeworfen (oder in die Sicherungsverwahrung hineingeworfen), jedenfalls muß man ihn nicht als Person, sondern kann

muß, um wissenschaftlicher Erkenntnis zugänglich zu sein; er stellt das Interpretationsraster dar, unter das geschichtliche Staatsgründungsvorgänge subsumiert werden müssen, um politisch begriffen werden zu können“. – *Ders.* in: *ders.* (Hrsg.) Thomas Hobbes. *Leviathan* etc. (Klassiker Auslegen), 1996, S. 211 ff, 213 f.

¹³ *Hobbes* *Leviathan* oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates, hrsgg. von *Fetscher*, übersetzt von *Euchner*, 1984, S. 237 ff (28. Kapitel).

¹⁴ Besser wäre: in der faktischen Aufhebung; - Institutionen lassen sich nicht kündigen.

¹⁵ *Hobbes* (Fn. 13) S. 242 (28. Kapitel); *ders.* Vom Bürger, in: *Gawlick* (Hrsg.) *Hobbes*, Vom Menschen. Vom Bürger, 1959, S. 233 (Kapitel 14, Absatz 22).

¹⁶ *Kant* Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, in: *Werke* (Fn. 5) Band 8, S. 273 ff, 297; - dazu *Kersting* *Philosophie* (Fn. 12) S. 199 ff.

¹⁷ *Kant* (Fn. 5) S. 255 f (1. Theil, 1. Hauptstück, § 8).

¹⁸ *Kant* Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, in: *Werke* (Fn. 5) Band 8, S. 341 ff, 349 (2. Abschnitt, Fn.)

¹⁹ Wenn es aaO. (Fn. 18) heißt, ich dürfe nur (aber immerhin doch) gegen den, der „mich schon tätig lädirt hat“, „feindlich verfahren“, so bezieht sich das auf ein Delikt im „bürgerlich-gesetzlichen Zustand“, so daß „feindlich“ die Übelzufügung gemäß dem Strafgesetz, nicht aber eine Entpersonalisierung charakterisiert.

ihn, wie *Kant* ausdrücklich vermerkt²⁰ „als einen Feind behandeln“²¹.

Bei *Kant* wird, wie soeben zitiert, nicht als Person behandelt, wer mich „ständig ... bedroht“, wer sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen läßt. Durchaus vergleichbar entpersonalisiert *Hobbes* den Hochverräter; auch dieser leugnet ja die gegebene Verfassung dem Prinzip nach. *Hobbes* und *Kant* kennen also ein Bürgerstrafrecht – gegen nicht beharrlich, nicht prinzipiell delinquierende Personen – und ein Feindstrafrecht gegen prinzipielle Abweichler; dieses exkludiert, jenes beläßt den Personenstatus. Recht ist jenes, das Bürgerstrafrecht, auch am Verbrecher; dieser bleibt Person. Aber dieses, das Feindstrafrecht, ist Recht in einem anderen Sinn. Gewiß hat der Staat ein Recht, sich vor Individuen, die immer wieder delinquirieren, zu sichern; Sicherungsverwahrung ist schließlich ein Rechtsinstitut. Mehr noch, die Bürger haben ein Recht, von ihm, dem Staat, geeignete Maßnahmen zu verlangen, eben ihr Recht auf Sicherheit²², durch das *Hobbes* den Staat begründet und begrenzt: *Finis oboedientiae est protectio*²³. Aber in diesem Recht ist der Feind, bei *Hobbes* der Hochverräter, bei *Kant* der ständig Bedrohende, nicht enthalten; es ist das Recht der anderen. *Bürgerstrafrecht ist das Recht aller, Feindstrafrecht das Recht derjenigen, die gegen den Feind stehen; dem Feind gegenüber ist es nur physischer Zwang, bis hin zum Krieg*. Dieser Zwang mag in zweifacher Hinsicht beschränkt sein. Erstens muß der Staat den Feind nicht von allen Rechten ausschließen. So bleibt etwa der Sicherungsverwahrte in seiner Rolle als Sacheigentümer unangetastet. Und zweitens muß der Staat nicht alles tun, wozu er frei ist, sondern er kann sich zurücknehmen, insbesondere um die Möglichkeit eines späteren Friedensschlusses nicht zu verbauen. Aber das ändert nichts daran, daß die Maßnahme gegen den Feind nichts bedeutet, sondern nur zwingt. *Bürgerstrafrecht erhält die Normgeltung, Feindstrafrecht* (im weiteren Sinn: das Maßregelrecht eingeschlossen) *bekämpft Gefahren*; – gewiß gibt es massenweise Zwischenformen.

III. Wirkliche Personalität und faktische Gefährlichkeit

Warum, so bleibt zu fragen, trennen *Hobbes* und *Kant* in der geschilderten Art und Weise? Die Antwort sei in die

²⁰ AaO. (Fn. 18) S. 349.

²¹ Diese Aussage widerspricht freilich *Kants* Position zum Lügenproblem, bei dem *Kant* die Kontextabhängigkeit (scil. Gegenseitigkeit) praktizierter Personalität vernachlässigt: Über ein vermeintliches Recht aus Menschenliebe zu lügen, in: *Werke* (Fn. 5) Band 8 S. 421 ff. – Dazu *Oberer* in: *Geismann* und *Oberer* (Hrsg.) *Kant und das Recht der Lüge*, 1986, S. 7 ff; *Pawlik* *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, 1999, S. 89 ff; *Annen* *Das Problem der Wahrhaftigkeit in der Philosophie der deutschen Aufklärung*. Ein Beitrag zur Ethik und zum Naturrecht des 18. Jahrhunderts, 1997, S. 97 ff.

²² Grundlegend *Isensee* *Das Grundrecht auf Sicherheit*. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, 1983.

²³ Der Zweck des Gehorsams ist der Schutz; *Hobbes* (Fn. 13) S. 171 (21. Kapitel); *ders.* (Fn. 15) S. 132 f (Kapitel 6 Abs. 3).

Gestalt einer These gekleidet: Kein normativer Zusammenhang, und auch der Bürger, die Person im Recht, ist ein solcher, gilt aus sich heraus; er muß vielmehr auch im großen und ganzen die Gesellschaft bestimmen, nur dann ist er wirklich.

Zur Erläuterung der These soll mit Bemerkungen dazu begonnen werden, was – sit venia verbo – der Normalfall der Sequenz von Verbrechen und Strafe bedeutet. Verbrechen gibt es nicht in chaotischen Verhältnissen, sondern nur als Bruch der Normen einer praktizierten Ordnung. Niemand hat dies schärfer herausgearbeitet als *Hobbes*²⁴, der im Naturzustand allen Menschen ein jus naturale auf alles zuspricht, also in moderner Terminologie nur ein *sogenanntes* jus, dem eben nicht eine obligatio, eine Pflicht, des anderen korrespondiert, das vielmehr nur Bezeichnung für die normativ grenzenlose und nur durch die physische Gewalt jedes einzelnen begrenzte Freiheit ist, zu tun und zu lassen, was man will, so man nur kann. Wer will und kann, mag den anderen aus nichtigem Anlaß erschlagen; das ist, wie *Hobbes* ausdrücklich vermerkt²⁵, sein jus naturale, und mit einem Verbrechen hat solches nichts gemein, da im Naturzustand mangels einer verbindlich definierten Ordnung auch keine Normen einer solchen Ordnung gebrochen werden können.

Verbrechen werden also erst im geordneten Gemeinwesen, im Staat, möglich, so wie das Negative stets nur vor der Folie des Positiven bestimmt werden kann und vice versa. Dabei erscheint das Verbrechen nicht etwa als Anfang vom Ende des geordneten Gemeinwesens, sondern nur als dessen Irritation, als ein reparierbarer Ausrutscher. Zur Verdeutlichung stelle man sich beispielsweise vor, ein Neffe erschlage zur Beschleunigung des Erbfalls seinen Erbonkel. An einem solchen Fall geht kein Staat zugrunde. Mehr noch, die Tat richtet sich nicht gegen den Bestand des Staates und nicht einmal prinzipiell gegen denjenigen seiner Institutionen: Der böse Neffe gedenkt ja, seinerseits den Lebensschutz und den Eigentumsschutz des Staates zu genießen; er verhält sich also evident selbstwidersprüchlich, mit anderen Worten, er optiert, wie jeder erkennt, für eine nicht bestandsfähige Welt, und zwar nicht nur praktisch in einer bestimmten Lage nicht bestandsfähig, sondern bereits theoretisch: Die Welt ist denkunmöglich.

Deshalb sieht der moderne Staat im Täter einer – erneut wähle ich das ungenaue Wort – Normaltat, anders als es bei den strengen Vertragstheoretikern *Rousseau* und *Fichte* der Fall ist, nicht einen Feind, den es zu vernichten gilt, sondern einen Bürger, eine Person, die durch ihr Verhalten die Normgeltung ramponiert hat und deshalb zwangsweise, aber als Bürger (und nicht als Feind) herangezogen wird, um den Normgeltungsschaden wieder auszugleichen. Dies geschieht, indem durch die Strafe, also durch die Wegnahme der Entfaltungsmittel des Täters, verdeutlicht wird, man halte an der vom Täter ent-

täuschten Erwartung fest, behandle also diese als gültig und die Handlungsmaxime des Täters als unmaßgeblich²⁶.

So einfach, ja geradezu idyllisch – der Täter spricht sich schon wegen der Inkonsistenz seiner Maxime das Urteil selbst – verhält es sich freilich nur, wenn der Täter trotz seiner Tat die Gewähr dafür bietet, sich im großen und ganzen als Bürger, also als rechtstreu agierende Person, zu benehmen. Wie sich Normgeltung nicht *völlig* kontrafaktisch durchhalten läßt, so auch nicht Personalität. Dies sei kurz verdeutlicht, zunächst zur Normgeltung:

Wenn eine Norm die Gestalt einer Gesellschaft bestimmen soll, so muß das normgemäße Verhalten in der Hauptsache wirklich erwartbar sein, was heißt, die Kalkulationen der Personen müßten davon ausgehen, die anderen würden sich normgemäß und eben nicht normbrechend verhalten. Zumindest in Fällen auch nur einigermaßen gewichtiger Normen bedarf diese Erwartbarkeit der Normtreue anderer einer gewissen kognitiven Untermauerung, um wirklich werden zu können. Ein krasses Beispiel: Wenn ich ernsthaft damit rechnen muß, in einer Parkanlage verletzt, beraubt und vielleicht sogar getötet zu werden, wird mich auch die Gewißheit, jedenfalls im Recht zu sein, nicht dazu bringen, mich ohne Not in diese Anlage zu begeben. Ohne hinreichende kognitive Sicherheit erodiert die Normgeltung und wird zum leeren Versprechen, leer, weil es keine wirklich lebbare gesellschaftliche Gestalt mehr anbietet. Theoretisch mag man diese Untermauerung des Normativen durch das Faktische unter Hinweis darauf ablehnen, was nicht sein dürfe, dürfe auch dann nicht sein, wenn es wahrscheinlich sein werde, aber Personen wollen nicht nur Recht haben, sondern auch mit ihrem Leib durchkommen, also für sich als bedürftige Individuen ein Auskommen finden²⁷, und das Vertrauen auf das, was nicht sein darf, verhilft eben nur dann zu einer Orientierung, mit der man sein Auskommen finden kann, wenn es vom Wissen, was sein wird, nicht allzu stark konterkariert wird. Eben deshalb argumentiert *Kant*, jeder dürfe jeden anderen unter eine bürgerliche Verfassung zwingen²⁸.

Ebenso verhält es sich mit der Personalität eines Straftäters: Rein kontrafaktisch, ohne jede kognitive Untermauerung, läßt sich auch diese nicht durchhalten; wenn der andere nicht nur als Individuum, also als nach Lust und Unlust kalkulierendes Wesen berechnet, sondern wenn er als Person genommen werden soll, was heißt, wenn von seiner Orientierung an Recht und Unrecht ausgegangen werden soll, dann muß auch diese normative Erwartung im großen und ganzen kognitiv unterfangen sein, und zwar um so deutlicher, je gewichtiger die in Rede stehenden Normen sind.

²⁶ Siehe oben I.

²⁷ Siehe Fn. 3.

²⁸ Wie Fn. 17.

²⁴ (Fn. 13) S. 99 ff (14. Kapitel).

²⁵ *Hobbes* (Fn. 13) S. 99 (14. Kapitel).

Das Beispiel der Sicherungsverwahrung als Maßregel wurde bereits genannt. An zahlreichen weiteren Regelungen des Strafrechts läßt sich ablesen, daß dann, wenn die Erwartung personalen Verhaltens dauerhaft enttäuscht wird, die Bereitschaft zur Behandlung des Verbrechens als Person schwindet. So geht der Gesetzgeber (um zunächst beim materiellen Recht zu bleiben) zu einer – offen so genannten – Bekämpfungsgesetzgebung über, etwa bei der Wirtschaftskriminalität²⁹, beim Terrorismus³⁰, bei der organisierten Kriminalität³¹, bei „Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten“³² sowie überhaupt bei „Verbrechen“³³, wobei jeweils Individuen bekämpft werden sollen, die sich in ihrer Haltung (etwa bei Sexualdelikten) oder in ihrem Erwerbsleben (etwa bei Wirtschaftskriminalität, Rauschgiftkriminalität, sonst organisierter Kriminalität) oder durch Einbindung in eine Organisation (beim Terrorismus, bei organisierter Kriminalität, schon bei der Verbrechensverabredung, § 30 StGB) vermutlich dauerhaft, zumindest aber entschieden vom Recht abgewandt haben, also die kognitive Mindestgarantie nicht leisten, die für die Behandlung als Person erforderlich ist. Die Reaktion des Rechts auf solche Kriminalität zeichnet sich parallel zur soeben angeführten *Kantischen* Differenzierung zwischen bürgerlichem Zustand und Naturzustand dadurch aus, daß es nicht primär um den Ausgleich eines Normgeltungsschadens geht, sondern um die Beseitigung einer Gefahr: Die Strafbarkeit wird weit in den Bereich der Vorbereitung vorverlagert, und die Strafe gilt der Sicherung vor zukünftigen Taten, nicht der Ahndung vollzogener. Kurzum, der Gedanke des Gesetzgebers ist folgender: Der andere „lädirt mich schon durch eben ... (seinen gesetzlosen) Zustand (statu iniusto), wodurch ich beständig von ihm bedroht werde“³⁴. Nochmals anders formuliert: Ein Individuum, das sich nicht in einen bürgerlichen Zustand zwingen läßt, kann der Segnungen des Begriffs der Person nicht teilhaftig werden. Der Naturzustand ist eben ein Zustand der Normlosigkeit, also exzessiver Freiheit wie exzessiven Kampfes. Wer den Krieg gewinnt, bestimmt, was Norm ist, und wer verliert, hat sich dieser Bestimmung zu beugen.

Wem das alles noch dunkel erscheint, dem sei durch einen Hinweis auf die Taten vom 11. September 2001 blitzartig zu einer Erhellung verholphen. Was beim Delinquenten alltäglicher Art noch selbstverständlich ist, scil. ihn nicht als gefährliches Individuum, sondern als falsch

agierende Person zu behandeln, wird, wie soeben gezeigt, beim Hangtäter oder bei dem in eine Organisation eingepaßten Täter schon schwierig – die Notwendigkeit der Reaktion auf die von seinem immer wieder anomischen Verhalten ausgehende Gefahr schiebt sich in den Vordergrund – und endet beim Terroristen, als welcher hier derjenige bezeichnet wird, der die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet und deshalb darauf aus ist, diese Ordnung zu zerstören. Nun soll nicht bezweifelt werden, daß auch ein Terrorist, der mordet und anderes mehr unternimmt, vom Strafrecht eines jeden Staates, das diese Taten zu Verbrechen erklärt, als ein zu bestrafender Verbrecher dargestellt werden kann. Verbrechen bleiben auch dann Verbrechen, wenn sie mit radikalen Absichten und im großen Stil begangen werden. Aber es ist doch sehr wohl zu fragen, ob nicht durch die strikte Fixierung allein auf die Kategorie des Verbrechens dem Staat eine Bindung auferlegt wird – eben die Notwendigkeit, den Täter als Person zu respektieren – die gegenüber einem Terroristen, der die Erwartung generell personalen Verhaltens gerade nicht rechtfertigt, schlechthin unangemessen ist. Anders formuliert, wer den Feind unter den Begriff des bürgerlichen Verbrechens bringt, sollte sich nicht wundern, wenn die Begriffe „Krieg“ und „Strafverfahren“ durcheinandergeraten. Nochmals anders formuliert, wer dem Bürgerstrafrecht seine rechtsstaatlichen Eigenschaften – Bändigung der Affekte; Reaktion nur auf externalisierte Taten, nicht auf bloße Vorbereitungen³⁵; Achtung der Personalität des Verbrechens im Strafverfahren u. a. m. – , wer ihm also diese Eigenschaften nicht nehmen will, sollte das, was man gegen Terroristen tun *muß*, wenn man nicht untergehen will, anders nennen, eben Feindstrafrecht, gebändigten Krieg.

Das Strafrecht kennt also zwei Pole oder Tendenzen seiner Regelungen, scil., einmal den Umgang mit dem Bürger, wobei gewartet wird, bis dieser seine Tat externalisiert, und sodann reagiert wird, um die normative Gestalt der Gesellschaft zu bestätigen, und zum anderen den Umgang mit dem Feind, der weit im Vorfeld abgefangen und seiner Gefährlichkeit wegen bekämpft wird. Ein Beispiel für den ersten Typ mag der Umgang mit einem Totschläger bilden, der als Alleintäter erst beim unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung strafbar wird (§§ 22, 212 StGB), ein Beispiel für den zweiten Typ der Umgang mit dem Rädelsführer oder dem Hintermann (was das auch immer sein mag) einer terroristischen Vereinigung, den eine gegenüber dem versuchten Totschläger nur marginal mildere Strafe³⁶ bereits dann trifft, wenn er die Vereinigung gründet oder sich in ihr betätigt (§ 129 a StGB), also eventuell Jahre vor der – mehr oder weniger vage – in Aussicht genommenen Tat³⁷; der Sache nach dürfte es sich um eine „Strafe“ genannte, vorweggenommene Sicherungsverwahrung handeln.

²⁹ Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. 7. 1976, BGBl I S. 2034; Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 15. 5. 1986, BGBl I S. 721.

³⁰ Art. 1 des Gesetzes zur Bekämpfung des Terrorismus vom 19. 12. 1986, BGBl I S. 2566.

³¹ Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. 7. 1999, BGBl I S. 1302.

³² Gesetz zur Bekämpfung von Sexualdelikten und anderen gefährlichen Straftaten vom 26. 1. 1998, BGBl I S. 160.

³³ Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl I S. 3186.

³⁴ *Kant* wie Fn. 18.

³⁵ *Jakobs* ZStW 97 (Fn. 4) S. 751 ff.

³⁶ 3 bis 15 Jahre statt 5 bis 15 Jahre, §§ 30, 212, 49 StGB.

³⁷ Zum Versuch der Beteiligung, § 30 StGB, unten V.

IV. Skizze zum Strafverfahrensrecht

Im Strafprozeßrecht findet sich diese Polarisierung wieder; die Versuchung liegt nahe zu sagen: selbstverständlich. Das kann hier nicht vertieft dargestellt, soll aber immerhin skizziert werden. Der Beschuldigte ist einerseits mitwirkende Person, üblicherweise „Prozeßsubjekt“ genannt; das unterscheidet ja gerade den reformierten Prozeß vom Inquisitionsprozeß. Zu nennen sind etwa³⁸ das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht, Beweisanträge zu stellen, bei Vernehmungen anwesend zu sein und, dies insbesondere, bei der eigenen Aussage weder unzulässig getäuscht, noch gezwungen, noch verlockt zu werden (§ 136 a StPO).

Andererseits tritt dieser personalen, prozeßsubjekthaften Seite³⁹ mannigfacher schierer Zwang gegenüber, vorweg bei der Untersuchungshaft (§§ 112, 112 a StPO); wie die Sicherungsverwahrung, so bedeutet auch sie nichts für den Beschuldigten, sondern erschöpft sich ihm gegenüber in physischem Zwang, dies nicht, weil der Beschuldigte dem Prozeß beiwohnen muß – am Prozeß nimmt auch eine beschuldigte Person teil, und zwar aus Einsicht –, sondern weil er dazu durch die Inhaftierung gezwungen wird. Dieser Zwang richtet sich nicht gegen die Person im Recht – diese verdunkelt nicht und flieht nicht – sondern gegen das Individuum, das mit seinen Trieben und Ängsten für den ordentlichen Rechtsgang gefährlich wird, sich insoweit als Feind geriert. Ebenso verhält es sich bei jedem Zwang zu einem Eingriff, etwa zu einer Blutentnahme (§ 81 a StPO), sowie bei denjenigen Überwachungsmaßnahmen, von denen der Beschuldigte zum Zeitpunkt ihrer Vornahme nichts weiß, jedenfalls nichts wissen soll, weil die Maßnahmen nur funktionieren, solange der Beschuldigte sie nicht kennt. Zu nennen sind beispielsweise die Überwachung der Telekommunikation (§ 100 a StPO), sonstige geheime Ermittlungen (§ 100 c StPO) und der Einsatz verdeckter Ermittler (§ 110 a StPO). Wie im materiellen Feindstrafrecht so gilt auch hier, daß solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen, aber die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf.

Gleichfalls wie im materiellen Recht gelten die krassen feindstrafprozessualen Regelungen der Erledigung terroristischer Gefahren, wobei ein Hinweis auf die Kontaktsperre, also die Aufhebung der Kontaktmöglichkeit zwischen einem Gefangenen und seinem Verteidiger zur Vermeidung von Gefahren für Leben, Leib oder Freiheit einer Person, genügen mag (§§ 31 ff EGGVG). Das ist freilich nur der positivrechtlich geregelte Extremfall.

³⁸ Eine gründlichere Auflistung gibt *Roxin* Strafverfahrensrecht, 25. Auflage, 1998, § 18.

³⁹ Zu den Bedingungen einer Mitwirkungspflicht als Konsequenz der Personstellung grundlegend *Pawlik* GA 1998 S. 378 ff mit umfassenden Nachweisen. – *Roxin* (Fn. 38) ordnet die Notwendigkeit, „das Verfahren über sich ergehen zu lassen“, dem Zwang zu. Dem ist zu widersprechen: Das Verfahren ist an sich der Weg zur Bereinigung der Situation durch personalen Umgang miteinander.

Was sich jenseits des geordneten Strafprozesses ereignen kann, ist seit den Taten vom 11. September 2001 weltweit bekannt: In einem Verfahren, das schon mangels einer Trennung von der Exekutive gewiß nicht als justizförmig, aber sehr wohl als kriegsförmig bezeichnet werden kann, versucht der Staat, auf dessen Territorium die Taten begangen wurden, mit Hilfe anderer Staaten, auf deren Territorien sich bislang, freilich nur bislang, nichts Vergleichbares ereignet hat, die Quellen der Terroristen zu zerstören und ihrer selbst habhaft zu werden, besser noch, sie sogleich zu töten, dabei die Tötung auch unschuldiger Menschen, Kollateralschaden genannt, in den Kauf nehmend. Die doppeldeutige Rechtsstellung der Gefangenen – Verbrecher? Kriegsgefangene? – belegt, daß es um Verbrechenverfolgung durch Krieg geht.

V. Verwischung: Bürger als Feinde?

Der Staat kann mit Delinquenten also in zweierlei Art und Weise verfahren: Er kann in ihnen delinquierende Bürger sehen, Personen, die einen Fehler gemacht haben, oder aber Individuen, die durch Zwang davon abgehalten werden müssen, die Rechtsordnung zu zerstören. Beide Sichtweisen haben bereichsweise ihren legitimen Platz, was zugleich heißt, daß sie auch am falschen Platz angewandt werden können.

Personalität ist, wie gezeigt wurde, als nur normative Konstruktion unwirklich. Wirklich ist sie erst, wenn die Erwartungen, die sich an eine Person richten, auch im großen und ganzen erfüllt werden. Gewiß, eine Person kann auch kontrafaktisch als Person konstruiert werden, aber eben nicht dauernd oder auch nur überwiegend. Wer keine hinreichende kognitive Sicherheit personalen Verhaltens leistet, kann nicht nur nicht erwarten, noch als Person behandelt zu werden, sondern der Staat *darf* ihn auch nicht mehr als Person behandeln, weil er ansonsten das Recht auf Sicherheit der anderen Personen verletzen würde. Es wäre also völlig falsch, das, was hier als Feindstrafrecht bezeichnet wurde, zu verteufeln; damit läßt sich das Problem, wie man mit den Individuen umgehen soll, die sich nicht unter eine bürgerliche Verfassung zwingen lassen, nicht lösen. *Kant* fordert, wie schon angeführt wurde, die Trennung von ihnen, was nichts anderes heißt, als daß man sich vor seinen Feinden schützen müsse⁴⁰.

Auf der anderen Seite ist nicht jeder Verbrecher ein prinzipieller Gegner der Rechtsordnung. Deshalb ist die Einführung einer mittlerweile kaum noch übersehbaren Menge an feindstrafrechtlichen Strängen und Partikeln in das allgemeine Strafrecht aus rechtsstaatlicher Sicht ein Übel. Ein die Verbrechensvorbereitung betreffendes Beispiel⁴¹ soll das verdeutlichen: Das preußische Strafgesetzbuch von 1851 und das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 kannten keine Bestrafung der isolierten Verbre-

⁴⁰ *Kant* wie Fn. 18.

⁴¹ Zur Geschichte des § 30 StGB siehe *LK-Roxin* (*Jähnke* u.a., Hrsg., StGB. Leipziger Kommentar. Großkommentar, 11. Auflage, 16. Lieferung, 1994) § 30 vor Rdn. 1.

chensvorbereitung. Nachdem sich im Kulturkampf, einem Kampf des Staates für die Verweltlichung der gesellschaftlichen Institutionen, ein Ausländer (der Belgier Duchesne) gegenüber hohen ausländischen kirchlichen Stellen (dem Jesuitenprovinzial von Belgien und dem Erzbischof von Paris) erboten hatte, gegen Zahlung einer beachtlichen Summe den deutschen Reichskanzler (Bismarck) zu töten, wurde eine Vorschrift eingeführt, die solche Vorbereitungen bei schwersten Verbrechen mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 5 Jahren, ansonsten bei Verbrechen mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bedrohte (§§ 49 a, 16 RStGB nach der Novelle von 1876) – eine Regelung, die wegen ihrer Milde offenbar nicht darauf abstellte, wie gefährlich ein Feind werden kann, sondern was ein Täter bislang angegriffen hat: die öffentliche Sicherheit. 1943 (!) wurde die Vorschrift (unter anderem) dergestalt verschärft, daß die Strafe an diejenige der geplanten Tat gebunden wurde; das Delikt gegen die öffentliche Sicherheit wurde damit in eine echte Bestrafung von Vorbereitungen verwandelt, und diese Änderung ist bis heute nicht rückgängig gemacht worden. Angeknüpft wird also an das noch nicht betätigte, sondern nur geplante Verhalten, also nicht an den verwirklichten Normgeltungsschaden, sondern an die kommende Tat⁴², mit anderen Worten, an die Stelle des aktuellen Normgeltungsschadens tritt die Gefahr künftiger Schäden – eine feindstrafrechtliche Regelung. Was bei Terroristen – prinzipiellen Gegnern – angemessen sein mag, eben auf die Größe der Gefahr und nicht auf den verwirklichten Normgeltungsschaden abzustellen, wird hier auf den Fall *jeder* Planung eines Verbrechens, etwa eines einfachen Raubs, übertragen. Solches überflüssige Feindstrafrecht – es fehlt jede Begründung für die exorbitante Strafdrohung – ist dem Rechtsstaat schädlicher als es etwa die oben erwähnte Kontaktsperre ist; denn im letzteren Fall wird nur der – mutmaßliche – Terrorist nicht als Person behandelt, im ersteren jeder Täter eines Verbrechens im technischen Sinn und jeder Anstifter dazu (§§ 12 Abs. 1, 30 StGB), so daß ein großer Teil des Bürgerstrafrechts vom Feindstrafrecht durchsetzt wird.

VI. Kontrafaktische Personalisierung: Feinde als Personen

Die Ausführungen wären nicht vollständig, wenn nicht noch folgender Gedankengang angeschlossen würde: Wie gezeigt, ist Person nur, wer eine hinreichende kognitive Gewähr für personales Verhalten bietet, dies als Konsequenz der Erkenntnis, daß jede Normativität der kognitiven Untermauerung bedarf, um wirklich zu werden. Davon ist auch die Rechtsordnung selbst nicht ausgenommen: Nur wenn sie im großen und ganzen durchgesetzt wird, hat sie mehr als eine gedachte, scil. eine

⁴² Obgleich allgemein die scharfe Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch für ein rechtsstaatliches Desiderat erster Klasse gehalten wird, fehlt eine kritische Betrachtung der Strafbarkeit der Verbrechensvorbereitung nach § 30 StGB, die – für Verbrechen bei Täterschaft und Anstiftung – die Bedeutung der Grenze marginalisiert, nahezu völlig; wiederum kritisch dazu *Jakobs ZStW 97* (Fn. 4) S. 752.

wirkliche Geltung. Dagegen steht freilich die heute geläufige Annahme, es gebe überall auf der Welt eine rechtsverbindliche Mindestordnung dergestalt, daß Verstöße gegen elementare Menschenrechte nicht hingenommen werden dürften, gleich wo sie sich ereignen, daß vielmehr auf solche Verletzungen mit Intervention und Strafe zu reagieren sein soll. Das Jugoslawien-Tribunal in Den Haag, das Rom-Statut⁴³ und das Völkerstrafgesetzbuch⁴⁴ sind Konsequenzen dieser Annahme. Schaut man sich genauer an, was an internationaler und nationaler Strafgerichtsbarkeit etabliert wird, so zeigt sich, daß die Strafe von einem Mittel zur *Erhaltung* der Normgeltung zu einem Mittel zur *Begründung* von Normgeltung mutiert. Solches muß nicht unangemessen sein, aber es muß bezeichnet und theoretisch verarbeitet werden; ein kleiner Versuch zur Lösung dieser Aufgabe sei im folgenden unternommen:

Krasse Verletzungen elementarer Menschenrechte geschehen, wie bekannt ist und keines Belegs bedarf, an vielen Orten der Erde. Freilich geschehen sie dort weit überwiegend deshalb, weil Menschenrechte an diesen Orten bislang nicht in dem Sinn etabliert worden sind, daß sie auch im großen und ganzen durchgesetzt würden; denn ansonsten würden vereinzelte Menschenrechtsverletzungen auch an diesen Orten als Störung der etablierten Ordnung verstanden und bestraft, ohne daß es einer auswärtigen Gerichtsbarkeit bedürfte. Von einigen – hauptsächlich westlichen – Staaten wird also eine globale Geltung von Menschenrechten behauptet, der am Ort der Taten zumindest die Täter radikal und erfolgreich widersprechen. Nun negiert ein Täter stets die Geltung der die Tat verbietenden Norm für das von ihm geplante Verhalten; denn ansonsten könnte er die Tat nicht begehen. Demnach scheint es sich so zu verhalten, daß *jedenfalls* – bei einer Menschenrechtsverletzung irgendwo auf der Welt wie im Grundfall einer Straftat im Staat – der Täter sich gegen die verbietende Norm wendet und daß die dadurch tangierte Normgeltung durch Strafe in ihrer Unantastbarkeit bestätigt wird. Bei einer solchen Gleichsetzung würden jedoch wesentliche Unterschiede übergangen.

Im Grundfall eines Delikts *in* einem Staat wird eine im großen und ganzen etablierte Ordnung in einem Einzelfall mißachtet. Es besteht bereits ein Gewaltmonopol des Staates, und diesem untersteht der Täter, auch schon vor seiner Tat. *Kant* hat dies dahin formuliert, im „gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustände“ habe die „Obrigkeit“ über den Täter wie über sein Opfer „Gewalt“⁴⁵. Es handelt sich demnach um einen Zustand der Gewißheit, der Staat leiste für die normativen Erwartungen des Opfers gegenüber dem Täter hinreichende Sicherheit, so daß eine Tat, so sie doch erfolgen sollte, als kognitiv nicht in Rechnung zu stellende Besonderheit erscheint und durch Zurechnung zum Täter sowie dessen Bestrafung neutrali-

⁴³ BT Drucksache 14/2682 S. 9 ff.

⁴⁴ Art. 1 des Gesetzes zur Einführung eines Völkerstrafgesetzbuches vom 26. 6. 2002, BGBl I S. 2254.

⁴⁵ Wie Fn. 18.

sirt werden kann. Soviel zur Lage *im Zustand verwirklichter Rechtsgeltung*, eben *im* funktionierenden Staat!

Anders verhält es sich mit der globalen Geltung der Menschenrechte. Von einem weltweiten Zustand verwirklichter Rechtsgeltung kann keine Rede sein, sondern nur von einem Postulat der Verwirklichung. Dieses Postulat mag gut begründet sein, ist damit aber so wenig verwirklicht, wie ein zivilrechtlicher Anspruch schon erfüllt ist, nur weil er gut begründet werden kann. Mit anderen Worten, es geht insoweit nicht bereits um die *Erhaltung* eines „gemeinschaftlich-gesetzlichen Zustands“, vielmehr erst einmal um seine *Herstellung*. Der Zustand vor der Herstellung des „bürgerlich-gesetzlichen“ Zustands ist der Naturzustand, und in diesem gibt es keine Personalität, jedenfalls keine gesicherte Personalität. Deswegen ist gegen die Menschenrechtsverletzer, die ja auch für sich keine hinreichende Sicherheit bieten, Personen zu sein, an sich alles erlaubt, was notwendig ist, um den „gemeinschaftlich-gesetzlichen“ Bereich zu sichern, und das geschieht dann ja auch, indem zunächst Krieg geführt und nicht etwa sogleich die Polizei ausgeschickt wird, einen Haftbefehl zu vollstrecken. Hat man den Täter freilich in der Hand, wechselt man zum Strafgesetzbuch und zur Strafprozeßordnung, als gehe es um einen Totschlag aus verschämter Liebe oder ähnliche bürgerliche Partialkonflikte. Der Täter wird also zur Person erklärt, um die Fiktion der universalen Geltung der Menschenrechte aufrechterhalten zu können. Ehrlicher wäre es, diesen Zwang bei der *Begründung* einer Ordnung vom Recht zur *Erhaltung* einer Ordnung zu trennen: „Bürger“ Milošević stammt so wenig aus *der* Gesellschaft, die ihn vor Gericht stellt, wie es bei „Bürger“ Capet der Fall war. Selbstverständlich wende ich mich nicht gegen universal geltende Menschenrechte, aber ihre Etablierung ist eben etwas anderes als ihre Sicherung. Wenn es der Errichtung einer „gemeinschaftlich-gesetzlichen“ Weltverfassung dient, mögen Menschenrechtsverletzer bestraft werden; nur, solches ist keine Strafe gegen schuldige Personen, sondern gegen gefährliche Feinde, und deshalb sollte man die Sache auch so nennen: Feindstrafrecht.

Der hinreichende Tatverdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei „conventional“ und „terrorist crime“

(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Von Oberassistentin Dr. Daniela Demko (LLM), Univ. Zürich

I. Einleitung

Gegenstand der folgenden Besprechung ist die zentrale und häufig angerufene Vorschrift des *Art. 5 Abs. 1 (c)*

VII. Zusammenfassung

1. Beim Bürgerstrafrecht ist die offene Funktion der Strafe *Widerspruch*, beim Feindstrafrecht die *Beseitigung einer Gefahr*. Die jeweiligen Idealtypen werden in reiner Ausprägung kaum je praktisch vorkommen. Beide Typen *können* legitim sein.
2. Im streng vertragstheoretisch argumentierenden Naturrecht ist an sich jeder Delinquent ein Feind (*Rousseau, Fichte*). Zur Erhaltung eines Adressaten für normative Erwartungen ist es jedoch vorzugswürdig, dem *nicht prinzipiell* Abweichenden den Bürgerstatus zu belassen (*Hobbes, Kant*).
3. Der prinzipiell Abweichende bietet keine Garantie personalen Verhaltens; deshalb kann er nicht als Bürger behandelt, sondern muß als Feind bekriegt werden. Dieser Krieg erfolgt mit einem legitimen Recht der Bürger und zwar mit ihrem Recht auf Sicherheit; er ist aber, anders als Strafe, nicht auch Recht am Bestraften, vielmehr ist der Feind exkludiert.
4. Die materiellrechtlichen gegenläufigen Tendenzen – Widerspruch versus Gefahrbeseitigung – finden eine Parallele im Verfahrensrecht.
5. Ein klar umrissenes Feindstrafrecht ist rechtsstaatlich weniger gefährlich als eine Durchmischung *allen* Strafrechts mit Einsprengseln feindstrafrechtlicher Regelungen.
6. Die internationale oder nationale Bestrafung von Menschenrechtsverletzungen nach einem politischen Umbruch trägt feindstrafrechtliche Züge, ohne allein deswegen illegitim zu sein.

EMRK¹ zur Regelung der Untersuchungshaft, wobei sich die Besprechung auf die Entwicklung und den gegenwärtigen Stand der Rechtsprechung des EGMR zum Merkmal des „hinreichenden Tatverdachts“, *dass eine Straftat begangen wurde*, konzentrieren wird. Insbesondere soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit Besonderheiten für die Annahme des hinreichenden Tatverdachts in Fällen terroristischer Straftaten bestehen.

Die erste der drei Tatbestandsvarianten des Art. 5 Abs. 1 (c) lautet:

„Jedermann hat ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Die Freiheit darf einem Menschen nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetz-

¹ Unbenannte Artikel entstammen im Folgenden der EMRK.

lich vorgeschriebene Weise entzogen werden: ... (c) wenn er rechtmäßig festgenommen worden ist oder in Haft gehalten wird zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, sofern *hinreichender Verdacht dafür besteht, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat* ...“

Wie sich aus der Wendung in Art. 5 Abs.1 (c) „zum Zwecke seiner Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ ergibt, ist Zweck jeder Untersuchungshaft die Sicherung des Strafverfahrens: ist ohne Festnahme des Beschuldigten die Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet, so soll die Untersuchungshaft dem gerade entgegenwirken, indem sie die Anwesenheit der einer Straftat verdächtigen Person in der Verhandlung vor Gericht gewährleistet und die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens sowie die Durchsetzung eines allfälligen zukünftigen Strafvollzugs sicherstellt.²

Die der Verfahrenssicherung dienende Untersuchungshaft des Art. 5 Abs.1 (c) ist zugleich unter dem den gesamten Art. 5 Abs.1 beherrschenden Zweckgedanken zu betrachten, Personen vor *missbräuchlicher und willkürlicher Freiheitsentziehung zu schützen*.³ Das „Recht auf Freiheit und Sicherheit“ stellt ein Grundrecht der persönlichen Freiheit im klassischen Sinne dar, indem es allein die physische Freiheit in engem Sinne verbürgt und die Person im wesentlichen vor *ungerechtfertigtem Freiheitsentzug* durch Festnahme und Haft schützen will.⁴ Zu der Beschränkung des Art. 5 Abs.1 auf den „*Freiheitsentzug*“ kommt hinzu, dass dieser nur bei Vorliegen einer der in Abs. 1 Buchst. a-f genannten Haftgründe zulässig ist, wobei die Aufzählung der Haftgründe *abschließend* ist und diese zudem *restriktiv* ausgelegt werden müssen.⁵ Dies folgt schon daraus, dass – auch in Anbetracht der bis zum Nachweis der Schuld geltenden Unschuldsvermutung – die strafprozessuale Freiheitsentziehung für den Beschuldigten eine erhebliche Beschränkung seiner

Individualrechte darstellt, weshalb der von Art. 5 *bezwirkte Schutz vor willkürlicher und missbräuchlicher Freiheitsentziehung als grundlegender Leit- und Kerngedanke* bei der Auslegung der einzelnen Haftgründe zu beachten ist.

Auch die Anforderung, die der EGMR für das Vorliegen eines „*hinreichenden Tatverdachts*“ für die *Begehung einer Straftat* entwickelt hat, gehen zurück auf bzw. orientieren sich am Leitgedanken des Schutzes vor einem *willkürlichen Freiheitsentzug*, was sich nicht nur etwa anhand der Auseinandersetzung um die Notwendigkeit eines „subjektiven“ oder „objektiven“ Standards des hinreichenden Tatverdachts zeigte⁶, sondern sich auch in den Begründungsbemühungen des EGMR zu den weniger strengen Anforderungen an die Plausibilität des Tatverdachts bei der Abklärung terroristischer Aktivitäten unter dennoch zu beachtender Wahrung der Kernsubstanz des Art. 5 Abs.1 (c) offenbarte.⁷

II. Anforderungen an den Begriff des hinreichenden Tatverdachts im Einzelnen

1. Allgemeine Begriffsmerkmale und das Erfordernis der Beachtung der besonderen Umstände des Einzelfalles

Nach nunmehr gefestigter Rechtsprechung des EGMR zum bestehenden „hinreichenden“ Verdacht dafür, dass der Betreffende eine strafbare Handlung begangen hat, rief der EGMR zunächst stets in Erinnerung, dass „das Erfordernis hinreichenden Tatverdachts, auf den sich eine Festnahme stützt, einen wesentlichen Teil des Schutzes vor willkürlicher Festnahme und Haft nach Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c ausmacht“⁸.

Hinsichtlich essentiell erforderlicher Kriterien für die Annahme des hinreichenden Tatverdachts stellte der EGMR fest, dass dafür „*Tatsachen oder Informationen* ...“ vorliegen müssen, die „... *einen objektiven Beobachter überzeugen würden, daß die betreffende Person die Straftat begangen haben könnte*“⁹. Unter wiederholtem Hinweis, und zwar mal ausdrücklich¹⁰, mal unter Nennung und Prüfung von im jeweiligen Fall einschlägigen Fakten und Sachverhaltsbesonderheiten¹¹, hob der EGMR dabei heraus, dass das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts *stets von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt*.

⁶ Vgl. dazu näher unter II. 3.

⁷ Vgl. dazu näher unter III.

⁸ EGMR, K.-F./Deutschland, EuGRZ 1998, 129, 134 Ziff. 57.

⁹ EGMR, K.-F./Deutschland, EuGRZ 1998, 129, 134 Ziff. 57; vgl. auch EGMR, Urte. v. 30.8.1990, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182, Ziff. 32; EMRK, Urte. v. 22. 10.1997, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 51.

¹⁰ Vgl. beispielsweise EGMR, Guzzardi, EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 92; EGMR, Urte. v. 28.10.1994, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, 52, 56, 57, 63.

¹¹ Vgl. etwa EGMR, K.-F./Deutschland, EuGRZ 1998, 129, 134 Ziff. 58, 59; EGMR, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 47, 51-53.

² Kühne/Esser, StV 2002, 383, 385; Haefliger/Schürmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, 1999, S. 104; Benfer, JuS 1983, 110, 113; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 199.

³ Vgl. etwa EGMR, Urte. v. 6.11.1980, Guzzardi/Italien, Serie A 39, Ziff. 92 = EuGRZ 1983, 633, 638 Ziff. 92; EGMR, Urte. v. 8.6.1976, Engel u.a., Serie A Nr. 22, Ziff. 58, 59 = EuGRZ 1976, 221, 224 Ziff. 58, 59; EGMR, Urte. v. 27.11.1997, K.-F./Deutschland, Reports 1997-VII, Z. 63 ff., EuGRZ 1998, 129, 135 Ziff. 63, 70; Trechsel, EuGRZ 1980, 514, 525; Meyer-Ladewig, EMRK-Handkommentar, 2003, S. 73 Rn. 4, Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 93 f.

⁴ Haefliger/Schürmann, S. 81, 82; andere Elemente, wie die körperliche Unverehrtheit und Formen der freien Entfaltung der Persönlichkeit werden von Art. Art. 5 Abs.1 (c) hingegen nicht erfasst; vgl. dazu auch Esser, S. 200; zur Problematik der Abgrenzung von Freiheitsentzug und blosser Freiheitsbeschränkung vgl. näher Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, 1996, S. 77 ff., Haefliger/Schürmann, S. 83 ff, Esser, S. 200; Meyer-Ladewig, S.72 Rn. 2,3.

⁵ Meyer-Ladewig, S. 72 ff. Rn. 5; Haefliger/Schürmann, S. 82, Frowein/Peukert, S. 94 Rn. 47.

Bereits die Betonung und wiederholte Herausstellung der *besonderen Umstände des jeweiligen Falles* durch den EGMR - und zwar sowohl in Fällen gewöhnlicher als auch terroristischer Kriminalität - verdeutlicht, dass er für eine Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts nicht schon allein die abstrakte Zugehörigkeit der zu beurteilenden Straftat zu einer bestimmten „Deliktskategorie“ genügen lässt, selbst wenn es sich um Deliktsarten handelt, die mit spezifischen Gefährlichkeitsfaktoren und besonderen Schwierigkeiten bei der Verfolgung und Aufklärung verbunden sind. Dass dem EGMR ein solcher Automatismus in der Schlussfolgerung von bloßer Deliktsart und –schwere auf die Existenz hinreichenden Tatverdachts fremd ist, zeigte sich etwa anhand der Fälle Fox, Campbell u. Hartley, Murray und O'Hara, bei denen jeweils terroristische Straftaten den Gegenstand des Verfahrens bildeten. Der Umstand, dass es in diesen Fällen um die Untersuchung und Verfolgung von Terrorismusdelikten ging, bewog den EGMR nicht zur automatischen Annahme eines hinreichenden Tatverdachts, was zeigt, dass ihm ein nach bestimmten Deliktskategorien funktionierendes „Schubladendenken“ fremd ist. Vielmehr untersuchte er auch in der „Kategorie“ der Terrorismusdelikte die Besonderheiten und Eigenarten des jeweiligen Falles und lehnte aufgrund dessen den hinreichenden Tatverdacht im Fall Fox, Campbell u. Hartley ab¹², während er diesen in den Fällen Murray und O'Hara bejahete¹³. Bereits an dieser Stelle sei insofern aber differenzierend darauf verwiesen, dass es zwar keinen Automatismus zwischen bestimmten Deliktskategorien und der zwingenden Bejahung des hinreichenden Tatverdachts gibt, dass der EGMR aber dennoch für die *Plausibilität und den Nachweis* des hinreichenden Tatverdachts bei „conventional crime“ einerseits und „terrorist crime“ andererseits *unterschiedliche Maßstäbe* entwickelte¹⁴.

2. Notwendigkeit konkreter Tatsachen und Informationen und Anforderungen an den Konkretisierungsgrad

Unabhängig davon, ob es sich um „conventional crime“ oder „terrorist crime“ handelt, genügte dem EGMR jedenfalls keine gänzlich allgemein und vage gehaltenen verdachtsbegründenden Tatsachen, sondern er verlangte die Existenz *spezifischer bzw. ausreichender* konkreter Tatsachen und Informationen: So hieß es einerseits im Fall Erdagöz, dessen Gegenstand keine terroristischen Straftaten bildeten, „based on *specific facts*“¹⁵ und andererseits war auch im terroristische Delikte betreffenden Fall Murray von „*sufficient facts or information which would provide a plausible and objective basis for a*

suspicion“¹⁶ die Rede. Sichtbar wird, dass vage Vermutungen oder gar bloße Gerüchte nicht ausreichen¹⁷, sondern konkrete Tatsachen für die Annahme des hinreichenden Tatverdachts vorliegen müssen, wobei stets die speziellen Umstände und Eigenarten des einschlägigen Einzelfalles in dessen Beurteilung einzubeziehen sind.

Zudem äußerte sich der EGMR, und zwar wieder sowohl in Fällen „gewöhnlicher“ als auch „terroristischer“ Kriminalität zu dem erforderlichen *Konkretisierungsniveau bzw. –grad* der vorhandenen Tatsachen: unabhängig von den jeweils einschlägigen Deliktsarten stellte er fest, dass die Tatsachen, die den hinreichende Tatverdacht i.S.d. Art. 5 Abs.1 (c) begründen, „jedoch *nicht* von derselben Art zu sein (brauchen) wie diejenigen, die zur *Begründung eines Schuldspruchs oder auch nur zur Erhebung der Anklage* erforderlich sind, zu der es erst in einem späteren Stadium des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens kommt“¹⁸. Danach setzt Art. 5 Abs.1 (c) *nicht* voraus, dass die Polizei schon zur Zeit der Festnahme oder während der Inhaftierung über genügend Beweismaterial verfügen muss, um ein *Strafverfahren einzuleiten oder gar die spätere Verurteilung zu begründen*. Wie der EGMR insbesondere im Fall Erdagöz aufzeigte, verfolgen die Freiheitsentziehungen des Art. 5 Abs.1 (c), und dies wohl um so mehr, um so früher auf diese im Verlaufe des Ermittlungsverfahrens zurückgegriffen wird, vielmehr gerade den Zweck, den konkreten, die Festnahme begründenden Tatverdacht *entweder zu erhärten oder zu widerlegen*¹⁹.

3. Bestehen eines „subjektiven“ oder „objektiven“ Ansatzes

Eine Gegenüberstellung insbesondere der Fälle Fox, Campbell u. Hartley, Murray und O'Hara zeigt weiterhin auf, dass der EGMR für das Vorliegen des hinreichenden Tatverdachts von einem *objektiven Ansatz* ausgeht, und zwar unabhängig davon, ob der hinreichende Tatverdacht nach innerstaatlicher Rechtslage von der subjektiven Einstellung der die Festnahme und Inhaftierung vollziehenden Beamten abhängt.

So unterschieden sich die Fälle Fox, Campbell u. Hartley und Murray vom Fall O'Hara dadurch, dass in den ersten beiden Fällen nach nationaler Rechtslage die Rechtmäßigkeit der Festnahme von der subjektiven Annahme/Einstellung des festnehmenden Beamten abhing: es war erforderlich, aber auch ausreichend, dass der festnehmende Beamte die Begehung einer strafbaren Handlung subjektiv ehrlich/redlich und ernsthaft an-

¹² EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32-34.

¹³ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 50 ff., 61; EGMR, Urt. v. 16.10.2001, O'Hara, Nr. 37555/97, Ziff. 34 ff.

¹⁴ Siehe dazu unter III.

¹⁵ EGMR, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 47, 51 ff.

¹⁶ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 63; vgl. auch EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182, Ziff. 32, 33, 34.

¹⁷ Haefliger/Schürmann, S. 105.

¹⁸ EGMR, K.-F./Deutschland, EuGRZ 1998, 129, 134 Ziff. 57; ebenso EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 55; EGMR, Urt. v. 29.11.1988, Brogan u.a./Vereinigtes Königreich, Serie A 145-B Ziff.53; EGMR, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 51.

¹⁹ EGMR, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 51 ff.

nahm („suspected the person ... to be a terrorist“, „honest suspicion“ bzw. „honestly and genuinely held“²⁰). Der EGMR stellte nun heraus, dass jene subjektive Aufrichtigkeit und Ehrlichkeit bzw. Gutgläubigkeit *ein zwar relevantes und unentbehrliches, jedoch allein nicht ausreichendes und ausschlaggebendes Element* für die Bejahung eines hinreichenden Tatverdachts i.S.d. Art. 5 Abs.1 (c) darstellt: „it is relevant but not decisive that the domestic legislation at the time merely imposed this essentially subjective standard“²¹ bzw. „the honesty and bona fides of a suspicion constitute one indispensable element of its reasonableness“.²² Vielmehr verstand der EGMR die Anforderungen an den hinreichenden Tatverdacht in einem *objektiven Sinne*, indem er forderte, dass „there did exist sufficient facts or information which would provide a *plausible and objective basis* for a suspicion“²³ bzw. „the existence of facts or information which would satisfy an *objective observer* that the person concerned may have committed the offence“²⁴. In den Fällen Fox, Campbell u. Hartley und Murray betonte er insoweit wieder, dass das Bestehen von „reasonable suspicion“ stets von den besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt: „the existence or not of a reasonable suspicion in a concret instance depends ultimately on the particular facts“²⁵.

Jenen objektiven Standard zugrundelegend, verneinte der EGMR nun im Fall Fox, Campbell u. Hartley das Vorliegen ebensolcher objektiv zulänglicher Gründe für die Annahme des hinreichenden Tatverdachts und kam zu dem Ergebnis einer Rechtsverletzung des Art. 5 Abs.1 (c)²⁶, während er im Fall Murray der Ansicht war, dass - mit Rücksicht auf die für die Annahme des hinreichenden Verdachts nötigen Tatsachengründe - hier nun für eine objektive Beurteilungsgrundlage ausreichende Tatsachen und Informationen vorlagen, so dass Art. 5 Abs.1 (c) als nicht verletzt angesehen wurde²⁷. Auch im Fall O'Hara, in dem es im Unterschied zu Fox, Campbell u. Hartley und Murray schon nach innerstaatlichem Recht auf eine ehrliche Verdächtigung aufgrund sachlicher Gründe ankam und der allein subjektive Maßstab nicht genügte, hielt der EGMR ebensolche objektiv-sachlichen Gründe zur Annahme des hinreichenden Tatverdachts für gege-

ben und verneinte eine Rechtsverletzung des Art. 5 Abs.1 (c).²⁸

Das Erfordernis, dem Tatverdacht des Art. 5 Abs.1 (c) einen - auf sachlichen Gründen beruhenden - *objektiv* hinreichendem Charakter zuzuschreiben, ist nun wiederum kein Spezifikum des Terrorismusdelikte, sondern wird vom EGMR gleichermaßen in den Fällen gewöhnlicher Kriminalität verlangt: So heißt es auch etwa im Fall K.-F. gegen Deutschland, dass die Tatsachen und Informationen einen *objektiven* Beobachter davon überzeugen müssen, dass die festgenommene Person die ihr zur Last gelegte Tat tatsächlich begangen haben könnte²⁹. Dem Erfordernis eines *objektiven Standards* für den hinreichenden Tatverdacht i.S.d. Art. 5 Abs.1 (c) ist schon deshalb zuzustimmen, weil nur auf diese Weise der von Art. 5 Abs.1 angestrebte Kerngedanke des Schutzes vor Willkür und Missbrauch bei der Freiheitsentziehung verwirklicht werden kann. Das bloße Genügenlassen rein subjektiver Einstellungen und Wertungen des jeweils festnehmenden Beamten ohne jegliche objektiven Anhaltspunkte würde eine effektive gerichtliche Kontrolle und Nachprüfung, wie sie der EGMR fordert („effective control by the domestic courts or by the Convention supervisory institutions“³⁰), hingegen erschweren, wenn nicht gar unmöglich machen.

III. Besonderheiten bei der Beurteilung von Strafverfahren, die terroristische Straftaten betreffen

Das Zusammenspiel zum einen des *Leitgedanken des Art. 5 Abs.1 (c) in Gestalt eines zu gewährleistenden Schutzes vor Willkür bei der Freiheitsentziehung*, zum anderen des Erfordernisses *effektiver gerichtlicher Kontrolle* - wonach *zumindest einige/gewisse* Tatsachen und Informationen vorzulegen sind, die es den nationalen Gerichten bzw. dem Gerichtshof ermöglichen, sich davon zu überzeugen, dass eine plausible und objektive Grundlage für die Annahme eines Tatverdachts existiert - und nicht zuletzt des vom EGMR stetig wiederholten Erfordernisses einer *Beurteilung anhand der spezifischen konkreten Einzelfallumstände* spielte nun auch eine Rolle bei der *Beurteilung der terroristische Aktivitäten betreffenden Fälle*. Insbesondere stellte sich hier die Frage, ob sich allein aufgrund der Tatsache, dass es hier um eine besondere Deliktsgruppe mit spezifischen Unrechts- und Gefährlichkeitsmerkmalen und typischerweise bestehenden besonderen Schwierigkeiten bei der Aufklärung und Verfolgung geht, etwas an den Kriterien und Anforderungen an den Begriff des hinreichenden Tatverdachts des Art. 5 Abs.1 (c) ändert. Es bleibt insofern zu untersuchen, ob und inwiefern der Umstand des Vorliegens der besonderen Deliktsgruppe „*terrorist crime*“ eine *Ausweitung des Begriffs des hinreichenden Tatverdachts* im

²⁰ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 50, 51 ff., 61; EGMR, Fox, Campbell, Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

²¹ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 50.

²² EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 61.

²³ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 63.

²⁴ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182, Ziff. 32, 33, 34.

²⁵ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A Ziff. 57; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182, Ziff. 32, 33, 34.

²⁶ EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182, Ziff. 32, 33, 34.

²⁷ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A Ziff. 52 ff., 60, 63.

²⁸ EGMR, O'Hara, Nr. 37555/97, Ziff. 34 ff.

²⁹ EGMR, K.-F./Deutschland, EuGRZ 1998, 129, 134 Ziff. 57; EGMR, Erdagöz/Türkei, Reports 1997-VI, Ziff. 51.

³⁰ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 58.

Vergleich zur Deliktsgruppe „*conventional crime*“ zu begründen und zu rechtfertigen vermag.

1. Die Plausibilität des hinreichenden Tatverdachts bei „*conventional crime*“ und *terrorist crime*“ sowie das Bestehen „minimaler“ und „maximaler“ Eckpunkte

Die Fälle Fox, Campbell u. Hartley, Murray und O'Hara, in denen terroristische Aktivitäten den Gegenstand des Strafverfahrens bildeten, zeigten auf, dass der EGMR zwar von „*conventional crime*“ in Abgrenzung zu „*terrorist crime*“ sprach³¹, dies aber nicht verstanden in dem Sinne, dass er mit der Deliktskategorie der gewöhnlichen Kriminalität und mit der terroristischen Straftaten nun schlichtweg ein von der Sache her jeweils anderes Begriffsverständnis des hinreichenden Tatverdachts verband. Unter Beachtung der Eigenarten und Schwierigkeiten bei der Untersuchung und Verfolgung von Terrorismusdelikten versuchte er vielmehr eine Lösung zu finden, die sowohl den Kerngehalt des durch Art. 5 Abs.1 (c) zu sichernden Schutzes wahrt als auch der besonderen Natur terroristischer Straftaten gerecht wird.

Insofern stellte der EGMR zunächst fest, dass mit Blick auf die Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Terrorismusdelikten die Sachlichkeit/Plausibilität bzw. Vernünftigkeit des Tatverdachts *nicht nach denselben Maßstäben* beurteilt werden kann wie im Falle gewöhnlicher Kriminalität³². Jenem Erfordernis, in Terrorismusfällen *nicht gleich strenge Anforderungen* an die Plausibilität des Tatverdachts zustellen wie bei gewöhnlichen Straftaten, folgte aber sogleich der Hinweis, dass dennoch selbst die Besonderheiten und Schwierigkeiten bei der Terrorismusbekämpfung *eine Ausdehnung des Begriffs „hinreichend“ nicht in einem Maß rechtfertigen können, dass der Kerngehalt des durch Art. 5 Abs.1 (c) zu gewährenden Schutzes beeinträchtigt wird*: „Nevertheless, the exigencies of dealing with terrorist crime cannot justify stretching the notion of „reasonableness“ to the point where the essence of the safeguard secured by Article 5 para. 1 (c) is impaired ...“³³.

Im Zusammenhang mit jenem unbedingt einzuhaltenden Kerngehalt des durch Art. 5 Abs.1 (c) zu sichernden Schutzes hob der EGMR zugleich wieder den Gesichtspunkt des *Erfordernisses einer effektiven gerichtlichen Kontrolle* und Nachprüfung hervor, indem er ein „absolutes, wenngleich abstraktes Minimum an verdachtsbegründenden Umständen ... auch bei der Bekämpfung von Terrorismusdelikten“³⁴ verlangte: „Nevertheless the Court must be enabled to ascertain whether the essence of

the safeguard afforded by Article 5 para. 1 (c) ... has been secured. Consequently, the respondent Government have to furnish *at least some facts or information capable of satisfying the Court that the arrested person was reasonably suspected of having committed the alleged offence*“³⁵.

Wenn sich der EGMR nun zwar weder in positiver konkreter Hinsicht näher zu Art und Qualität jener als Minimum notwendigen Tatsachen und Informationen äusserte noch zum etwaig erforderlichen quantitativen Umfang, so lassen sich aus den Kriterien einer zu verwirklichenden effektiven gerichtlichen Kontrolle und des Schutzes vor willkürlichem Freiheitsentzug dennoch durchaus Eingrenzungen in zeitlicher und qualitativer/quantitativer Hinsicht *im Sinne minimaler und maximaler Eckpunkte* ableiten: erfordert der Kerngehalt des durch Art. 5 Abs.1 (c) zu gewährenden Schutzes einerseits *nicht die Preisgabe und Offenlegung sämtlicher* Tatsachen und Informationen, so ist mit einer zu verwirklichenden effektiven gerichtlichen Kontrollmöglichkeit andererseits die Mindestanforderung verbunden, dass *spätestens im Verfahren vor dem EGMR*³⁶ (zeitliche Komponente) Tatsachen und Informationen *zumindest in einer solchen Qualität und Quantität vorgelegt werden müssen, die in ihrem Zusammenspiel die Überzeugung des EGMR vom Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu begründen geeignet sind*. Es wird wieder von den speziellen Umständen des Einzelfalles anhängen, wie viel und welche der vorhandenen Tatsachen und Informationsquellen in ihren wechselseitigen Zusammenwirken das Bestehen eines hinreichenden Tatverdachts genügend zu untermauern geeignet sind, ohne dabei außer Acht zu lassen, dass *unverhältnismäßige Schwierigkeiten* („*disproportionate difficulties* ... in taking effective measures to counter organised terrorism“³⁷) bei der Bekämpfung des organisierten Terrorismus zu vermeiden sind.

Hinsichtlich der Schwierigkeiten bei der Verfolgung von Terrorismusdelikten wies der EGMR etwa auf die mit dem Terrorismus verbundenen Risiken des Verlustes des Lebens und menschlichen Leidens, die Notwendigkeit einer von äußerster Dringlichkeit/Schnelligkeit gekennzeichneten Informationsgewinnung, einschließlich solcher Informationen aufgrund *geheimer* Quellen hin.³⁸ Gerade im Zusammenhang mit solchen *geheimen Informationsquellen* stellte er heraus, dass die Polizei einen Terroristen *auch aufgrund vertraulicher Informationen festnehmen darf, wenn diese nur zuverlässig sind*

³⁵ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

³⁶ Darauf verweist auch Esser, S. 228.

³⁷ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

³⁸ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

³¹ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32, 33.

³² EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

³³ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51.

³⁴ Esser, S. 228.

(„which is reliable“³⁹), jedoch dem Tatverdächtigen gegenüber nicht aufgedeckt oder vor dem Gericht zur Unterstützung der Anklage nicht eingebracht werden können, ohne die Informationsquelle zu gefährden.⁴⁰ Es besteht mithin das besondere Problem, dass die Polizei im Interesse der öffentlichen Sicherheit einen verdächtigen Terroristen auf der Grundlage einer *verlässlichen Informationsquelle* zwar festnehmen, diese dem Verdächtigen bzw. dem Gericht aber *nicht mitteilen* kann, ohne den Informanten zu gefährden⁴¹.

Dies nun steht im Konflikt mit dem Erfordernis einer *effektiven gerichtlichen Kontrolle*, welche unmöglich wäre, wenn sämtliche Informationsquellen vor dem Gericht geheim blieben würden. Der EGMR stellte insoweit fest, dass in Anbetracht der besonderen Natur terroristischer Straftaten von den Vertragsstaaten *nicht ein Nachweis* des hinreichenden Tatverdachts durch *Preisgabe* vertraulicher Informationsquellen verlangt werden könne, wenn dies zu einer Offenlegung jener Quellen oder ihrer Identität führen würde⁴². Mit Blick auf die notwendige effektive gerichtliche Kontrollmöglichkeit kann dies nur in dem Sinne verstanden werden, dass das Zurückgreifen auf *geheime Informationsquellen* vom EGMR zwar nicht von vornherein und gänzlich als unzulässig angesehen wird. Vielmehr stellte er im Fall Murray sogar ausdrücklich heraus, dass das Benutzen von *vertraulichen* Informationen für die Bekämpfung terroristischer Gewalt und der Bedrohung, welche der organisierte Terrorismus für das Leben der Bürger und die demokratische Gesellschaft als Ganzes darstellt, nötig ist⁴³. Dies wiederum *bedeute jedoch nicht – was der EGMR zugleich betonte –, dass die Strafverfolgungsbehörden bei der Festnahme einer Person wegen des Verdachts terroristischer Straftaten nun „freie Hand“ hätten*: „this does not mean, however, that the investigating authorities have *carte blanche* under Article Art. 5 Abs.1 (c) ... to arrest suspects for questioning, free from effective control by the domestic courts or by the Convention supervisory institutions, whenever they choose to assert that terrorism is involved“⁴⁴.

2. Anforderungen an den Nachweis und die Belegbarkeit der verdachtsbegründenden Tatsachen

³⁹ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

⁴⁰ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. Rn. 52.

⁴¹ EGMR, O'Hara, Nr. 37555/97, Ziff. 34 ff; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff.

⁴² EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 51; EGMR, Fox, Campbell u. Hartley/Vereinigtes Königreich, Serie A 182 Ziff. 32 ff; EGMR, O'Hara, Nr. 37555/97, Ziff. 34 ff.

⁴³ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 58.

⁴⁴ EGMR, Murray/Vereinigtes Königreich, Serie A 300-A, Ziff. 57.

Bei Terrorismusdelikten muss daher wie bei gewöhnlicher Kriminalität auch als Mindestgarantie eine effektive gerichtliche Kontrolle gewährleistet sein⁴⁵. Jenem Mindestanforderung gerecht zu werden, zugleich aber die besonderen Gefahren bei der Verfolgung terroristischer Straftaten nicht aus den Augen zu verlieren, kann nur heißen, dass sich nicht die begriffsbildenden Kriterien des hinreichenden Tatverdachts als solche, sondern dass sich die Anforderungen an den *Nachweis und die Belegbarkeit* des hinreichenden Tatverdachts in den Fällen von „conventional crime“ einerseits und „terrorist crime“ andererseits unterscheiden. Auch der EGMR wich in den Terrorismusdelikte betreffenden Fällen nicht von seinen von ihm aufgestellten grundsätzlichen Anforderungen an den Begriff des hinreichenden Tatverdachts ab: auch hier verlangte er *konkrete Anhaltspunkte und ausreichende Tatsachen*, die aus der Perspektive eines „objective observer“ einen hinreichenden Tatverdacht zu begründen in der Lage sind. Maßstab war wie in den Fällen gewöhnlicher Kriminalität auch das Gegebensein einer *objektiven Tatsachengrundlage*. Ersichtlich wird hier jedoch zugleich, dass die „Quellen, aus denen die Strafverfolgungsbehörden das für die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts erforderliche Wissen ziehen, ... weitgehend unbegrenzt (sind). Die erforderlichen Informationen können daher auch von anonymen Informanten stammen, wengleich die Schwierigkeiten bei der nachträglichen Überprüfung entsprechender Informationen und deren konventionskonforme Verwertung im Strafprozeß offensichtlich sind“⁴⁶.

Der ins Spiel kommende Gesichtspunkt, dass *gerade die Aufdeckung* bestimmter Informationsquellen vor dem Verdächtigen oder dem Gericht eine Gefahr für Leib und Leben u./o. die öffentliche Sicherheit sein kann mit der Folge einer u. U. nötigen *Geheimhaltung* dieser zum Schutz der betreffenden Rechtsgüter betrifft nun nicht das den Begriff des hinreichenden Tatverdachts ausmachende Kriterium, dass es sich bei den durch sie vermittelten Informationen um solche von objektiver Natur handeln muss, sondern vielmehr davon differenzierend den *Gesichtspunkt der Belegbarkeit und nachträglichen Kontrolle* jener (objektiven) Tatsachen und Informationen.

Nicht nur beim EGMR, sondern auch in der Literatur findet sich der Gesichtspunkt des *Nachweises und der Belegbarkeit* des Tatverdachts wieder: so heißt es z.B., der EGMR lasse es genügen, wenn „zur *Belegung* des Tatverdachts auf geheime, nicht offen gelegte Erkenntnisse Bezug genommen wird“⁴⁷ oder, dass „soviel an Informationen und Beweismitteln *anzugeben*“⁴⁸ bzw. „durch *Offenbarung vertraulicher* Quellen über diesen Verdacht stützende Informationen oder Tatsachen *darzulegen*“⁴⁹ ist, dass anhand der konkreten Einzelfallum-

⁴⁵ Darauf verweist auch Esser, S. 228, 277.

⁴⁶ Kühne/Esser, StV 2002, 383, 385.

⁴⁷ Grabenwarter, S. 183.

⁴⁸ Frowein/Peukert, S. 109 Rn. 76.

⁴⁹ Esser, S. 228.

stände *nachträglich überprüfbar*⁵⁰ ist, ob die Annahme des hinreichenden Tatverdachts vernünftigerweise gerechtfertigt war.

3. Vergleich mit der verfassungskonformen Auslegung des § 112 dt. StPO

Geht es nicht um Definitionsmerkmale des Begriffs des hinreichenden Tatverdachts als solche, sondern um die Frage, welche *Anforderungen an die Belegbarkeit* der den hinreichenden Verdacht begründenden Tatsachen und Informationen gestellt werden, so sei in diesem Zusammenhang ein Hinweis auf die verfassungskonforme Auslegung des BVerfG⁵¹ im Rahmen des § 112 Abs. 3 dt. StPO gestattet: Nach dem Wortlaut des § 112 Abs. 3 dt. StPO darf Untersuchungshaft auch angeordnet werden, wenn kein Haftgrund nach § 112 Abs. 2 dt. StPO (Flucht oder Fluchtgefahr bzw. Verdunkelungsgefahr) besteht, jedoch der Beschuldigte unter dringendem Tatverdacht eines der in Abs. 3 genannten Kapitaldelikte steht. Als rechtspolitisch bedenklich kritisiert, legte das BVerfG die Norm dahin aus, dass die Untersuchungshaft nach Abs. 3 nur angeordnet werden darf, wenn zu dem dringenden Tatverdacht eines Kapitaldelikts der Haftgrund der Flucht- oder Verdunkelungsgefahr hinzutritt. Entscheidend ist hierbei nun aber, dass – und insoweit finden sich Parallelen zur Argumentation des EGMR in den Terrorismusfällen – das BVerfG im Rahmen des § 112 Abs. 3 dt. StPO an den *Nachweis* der Haftgründe nicht so hohe Anforderungen wie in Abs. 2 stellte: so sind *nicht notwendigerweise bestimmte Tatsachen zum Beleg* der Haftgründe erforderlich, sondern es *reicht eine nicht auszuschließende* Flucht- oder Verdunkelungsgefahr bzw. *die ernstliche Befürchtung*, dass der Beschuldigte ähnliche Taten wiederholen wird, aus⁵². § 112 Abs. 3 dt. StPO befreit daher von den strengen Anforderungen des Abs. 2, indem für die die Haftgründe belegende Feststellung *als ausreichend, aber auch erforderlich* angesehen wird, dass eine verhältnismäßig geringe Gefahr für deren Vorliegen besteht bzw. dass das Vorliegen jener Haftgründe *zumindest nicht völlig auszuschließen* ist⁵³.

Bezogen sich die Ausführungen des BVerfG nun zwar auf die *Anforderungen an den Nachweis* der Haftgründe des § 112 Abs. 2 dt. StPO, so ist eine Ähnlichkeit mit den Ausführungen des EGMR und der Literatur hinsichtlich der *Anforderungen an den Nachweis* eines hinreichenden Tatverdachts für Terrorismusdelikte zumindest nicht gänzlich von der Hand zu weisen: ist zwar *keine Offenbarung aller* Tatsachen und Informationen erforderlich, müssen aber als zwingende Untergrenze *wenigstens so viele* Tatsachen und Informationen vorgelegt und angegeben werden, dass gerichtlich nachprüfbar ist, ob der

hinreichende Tatverdacht vernünftigerweise annehmbar war, so scheint ein allumfassend mit bestimmten Tatsachen belegter und damit quasi „100%“ tig nachgewiesener Tatverdacht für eine terroristische Straftat nicht erforderlich zu sein. Dennoch geht mit dem vom EGMR verlangten Mindestanforderung „wenigstens gewisser“ offengelegter Tatsachen die Notwendigkeit einher, dass eine *ernstliche Befürchtung/eine nicht gänzlich fernliegende Gefahr* für solche Terrorismusdelikte zu bestehen hat bzw. dass eine solche *zumindest nicht vollständig ausgeschlossen* werden kann. Durch das *Erfordernis, aber auch das Ausreichenlassen eines zumindest nicht auszuschließenden* Tatverdachts einer terroristischen Straftat kann sowohl Schutz vor willkürlicher Freiheitsentziehung gewährt als auch den mit der Preisgabe geheimer Informationsquellen einhergehenden Gefahren für Leib und Leben und die öffentliche Sicherheit begegnet werden.

4. Hinweis auf weitere, zukünftig zu beantwortende Fragestellungen

Fordert der EGMR mit Blick auf die effektive gerichtliche Kontrollmöglichkeit und den Schutz vor Willkür beim Freiheitsentzug, dass „zumindest einige Tatsachen“ spätestens vor dem EGMR offen zu legen sind, so kann dies weiterhin nur bedeuten, dass die *Auswahl* der preisgebenden Tatsachen in Abwägung zur jeweils bestehenden Gefahr für die betreffenden Informationsquellen zu erfolgen hat. Es lässt sich zudem schlussfolgern, dass bei einer Vielzahl vorhandener Informationsquellen jedenfalls diejenigen zu offenbaren sind, für die keinerlei Gefahren bestehen, während bei den infolge ihrer Preisgabe gegenüber dem Verdächtigen oder dem Gericht gefährdeten Informationsquellen in jedem Einzelfall zu entscheiden und abzuwägen ist, wie viel und welche der vertraulichen Informationen preisgegeben sind, damit mittels dieser zwar eine effektive gerichtliche Kontrolle anhand eines objektiv hinreichenden Maßstabs möglich ist, andererseits jedoch Grad und Ausmaß der durch die Offenbarung entstehenden Gefährdung so gering wie möglich gehalten werden kann. Dass insofern keine allgemein verbindlichen und vom Einzelfall losgelösten Regeln gelten können und dass die Abwägung insbesondere schwierig wird, wenn es z.B. nur eine einzige, den Tatverdacht einer terroristischen Straftat begründende Informationsquelle gibt, deren Preisgabe jedoch eine akute Gefahr für Leib und Leben bedeuten würde, liegt auf der Hand. Zugleich verdeutlicht es die Notwendigkeit von – seitens des EGMR zukünftig näher zu entwickelnden – in qualitativer wie quantitativer Hinsicht richtungweisenden konkreteren Leitlinien und –maßstäben, mit Hilfe derer der gegenwärtig noch „unbeschriebene“ und im Ergebnis ungeklärte Raum zwischen den vom EGMR bisher aufgestellten Eckpunkten – dem Verzicht auf die Preisgabe *aller* Tatsachen/Informationen einerseits und der notwendigen Offenlegung „wenigstens einiger“ Tatsachen andererseits – *in sachgerechter Weise ausgefüllt* werden kann.

⁵⁰ Haefliger/Schürmann, S. 106; Frowein/Peukert, S. 109 Rn. 76; Kühne/Esser, StV 2002, 383, 385.

⁵¹ BVerfGE 19, 342 ff.

⁵² Beulke, Strafprozessrecht, 2002, S. 109, 110 Rn. 214; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 112 Rn. 36-38; Benfer, JuS 1083, 113.

⁵³ Beulke, S. 109, 110 Rn. 214; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, § 112 Rn. 36-38; Benfer, JuS 1083, 113

Es stellt sich im übrigen die Frage, inwieweit die im Zusammenhang mit der besonderen Situation der Terrorwelle in Irland vom EGMR entwickelten Grundsätze überhaupt auf andere terroristische Aktivitäten betreffende Strafverfahren übertragbar sind⁵⁴. Weiterhin sind die gebotene Dringlichkeit bei der Aufklärung und Verfolgung einer Straftat und die Tatsache der Gefährdung einer Informationsquelle im Falle ihrer Preisgabe keine ausschließlich in der Deliktsgruppe terroristischer Kriminalität vorkommenden Merkmale. Vielmehr sind dies zwar typische Kennzeichen terroristischer Kriminalität, aber nicht auf diese begrenzt: auch in Fällen von conventional crime können diese durchaus in Erscheinung treten, was die Frage aufwirft, ob dann auch für solche „gewöhnliche“ Straftaten betreffenden Strafverfahren die vom EGMR im Zusammenhang mit terroristischen Aktivitäten entwickelten Grundsätze gelten.

Das allein die abstrakte Zugehörigkeit von Straftaten zu einer bestimmten Deliktsgruppe (hier die der terroristischen Delikte) *nicht automatisch und ohne eine konkrete Abwägung* zwischen dem Freiheitsanspruch des noch als unschuldig geltenden Beschuldigten und der Notwendigkeit, diesen im Interesse einer wirksamen Strafverfolgung vorläufig festzunehmen⁵⁵, zur Festnahme und Inhaftierung führen darf, liegt auf der Hand. Denn dies würde die zu vermeidende Gefahr einer weiteren Aushöhlung der *Unschuldsvermutung* des Art. 6 II EMRK mit sich bringen und die sich in der Rechtsprechung des EGMR stetig wiederholenden Aussage in Frage stellen, dass die Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts immer von den *besonderen Umständen des Einzelfalles abhängt*, nicht jedoch allein von einer abstrakten Zugehörigkeit zu einer bestimmten Deliktskategorie. Interessant ist insoweit auch, dass der EGMR im Rahmen der 2. Alternative des Art. 5 Abs.1 (c) – Vorbeugehaft zur Verhinderung der Begehung einer Straftat – die Präventivhaft nur in engen Grenzen zulässt, und zwar nur zur Ver-

hinderung einer *konkreten* und speziellen strafbaren Handlung. *Unzulässig* ist hingegen eine Inhaftnahme einer aufgrund krimineller Neigungen allgemein als gefährlich eingeschätzten Person unter *generalpräventiven* Gesichtspunkten. Die Tatsache vorhandener Verbindungen zur Mafia oder dem internationalen Drogenhandel und die damit verbundene allgemeine Gefahr für die Gesellschaft bei einer Person, gegen die bereits eine Freiheitsstrafe verhängt, aber noch nicht vollstreckt wurde, reicht ebenso wenig aus⁵⁶.

Dass es strikt getrennte und sich von der Sache her völlig unterscheidende Beurteilungskriterien für „terrorist crime“ und „conventional crime“ nicht geben kann und auch vom EGMR nicht verlangt werden, sondern es nur um die *Anforderungen an das Ausmaß und den Konkretisierungsgrad der den hinreichenden Tatverdacht belegenden Tatsachen* gehen kann, folgt nicht zuletzt daraus, dass Zweck jeder Untersuchungshaft bei allen Deliktsarten die Sicherung des Strafverfahrens ist⁵⁷. Der *Schutz vor willkürlichem Freiheitsentzug*, nicht jedoch die abstrakte Zuordnung zu einer bestimmten Deliktskategorie ist *Leitmaßstab für die Interpretation des Begriffs des „hinreichenden Tatverdachts“* des Art. 5 Abs.1 (c), wobei natürlich im Rahmen der Beurteilung des hinreichenden Tatverdachts *die mit bestimmten Deliktsarten einhergehenden Besonderheiten* (wie etwa die spezielle Dringlichkeit und Gefährlichkeit der Aufklärung terroristischer Delikte) *als Teil der besonderen Umstände des Einzelfalles* heranzuziehen und zu beachten sind.

⁵⁴ Auf diesen Gesichtspunkt verweist auch Esser, S. 228, 229.

⁵⁵ Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO-Komm., § 112 Rn. 1- 5.

⁵⁶ EGMR, Guzzardi/Italien, EuGRZ 1983, 633, 640 Ziff. 102; EGMR, Urt. v. 22.2.1989, Ciulla/Italien, Serie A 148, Ziff. 40; vgl. auch Frowein/Peukert, S. 111 Rn. 81.

⁵⁷ Kühne/Esser, StV 2002, 383, 385.

Vollständige Rechtsprechung des BGH

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen.

168. EGMR Nrn. 32578/96 und 32579/96 – 8. Januar 2004 (Çolak und Filizer v. Türkei)

Folterverbot; unmenschliche Behandlung (Anwendung auf den Terrorismus: PKK; Beweislastverteilung bei Inhaftierung und Verletzung der Inhaftierten; Untersuchungshaft); Beweis einer Konventionsverletzung (Beweiswürdigung des EGMR: Indizienschlüsse; Tatsachenvermutungen; Beweislastumkehrung).

Art. 3 EMRK; Art. 1 EMRK; Art. 5 EMRK

169. BVerfG 2 BvR 834/02 und 2 BvR 1588/02 – Urteil vom 10. Februar 2004 (OLG Bamberg, LG Bayreuth, LG Halle, OLG Naumburg)

Sicherungsverwahrung und staatliche Schutzpflichten; Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Begriff des Strafrechtes; weiter Strafrechtsbegriff; Sanktionen und Reak-

tionen auf Straftaten; Sachzusammenhang: konkurrierende Gesetzgebung; abschließender Gebrauch; Normen, die der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen; Annexkompetenz des Bundes; Polizeirecht; Bayerisches Gesetz zur Unterbringung von besonders rückfallgefährdeten hochgefährlichen Straftätern (BayStrUBG); Gesetz des Landes Sachsen-Anhalt über die Unterbringung besonders rückfallgefährdeter Personen zur Abwehr erheblicher Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung (UnterbringungsG – UBG); Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit dem Grundgesetz (Erklärung der Unvereinbarkeit; Erklärung der Nichtigkeit; Geltung während einer Übergangszeit); abweichende Meinung (Nichtigkeit; mittelbare Gesetzgebungsinitiative durch kompetenzwidrigen Erlass von Landesgesetzen; Richterrecht; allgemeines Rückwirkungsverbot).

Art. 30 GG; Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG; Art. 70 Abs. 1 GG; Art. 72 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 104 GG; Art. 1 Abs. 3 GG; § 95 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG; § 31 Abs. 2 Satz 3 BVerfGG; § 66 StGB; § 66a StGB

170. BVerfG 1 BvR 2378/98 und 1 BvR 1084/99 – Urteil des Ersten Senats vom 3. März 2004

Großer Lauschangriff (akustische Wohnraumüberwachung; Menschenwürde: keine Gleichsetzung mit dem Wesensgehalt; Objektformel; Wohnungsgrundrecht; Strafverfolgung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz); Informationen aus dem absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung (Abbruch der Überwachung; Löschung; Verwertungsverbot; Vertrauensverhältnis; Familienangehörige; andere Personen des besonderen Vertrauens: Seelsorger, Ärzte, Strafverteidiger); Anordnung (Prognoseentscheidung; Verlängerung; Abbruch); gerichtliche Kontrolle (Überprüfung durch den Beschuldigten und Wohnungsinhaber; Beschwerde für sonstige Betroffene; Feststellungsinteresse / Rechtsschutzinteresse auch bei Erledigung); Verfahrensakten (rechtliches Gehör; faires Verfahren; Aufnahme in die Hauptakten, wenn Benachrichtigung zulässig; Gefährdung des Ermittlungszwecks; Gefährdung von Leib oder Leben; Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und des weiteren Einsatzes eines nicht offen ermittelnden Beamten als nicht ausreichendes Kriterium); Zweckänderung der gewonnenen personenbezogenen Informationen (eigenständiger Eingriff; Grundsatz der Zweckbindung; Rechtfertigung durch Allgemeinbelange; Vereinbarkeit der Verwendungszwecke; Normenklarheit; bereichsspezifische Regelung); Übermittlung zur Gefahrenabwehr (Übermittlungsschwelle; dringende Gefahr; vergleichbare Wertigkeit der bedrohten Rechtsgüter mit den Anforderungen des Primäreingriffes); Kennzeichnung der personenbezogenen Informationen; Löschung (Vernichtungspflicht; Sperrung; Rechtsschutzinteresse); Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz (exakte Bezeichnung der angegriffenen Bestimmungen; Betroffenheit bei verfassungsändernden Gesetzen; mittelbare Prüfung verfassungsändernder Gesetze im Rahmen der Prüfung der Ausführungsgesetze; fehlender Rechtsweg; fehlende Kenntnis der Maßnahme; unmittelbare Betroffenheit ohne Vollzug; Darlegung der Betroffenheit; ausreichen „einiger

Wahrscheinlichkeit der Betroffenheit“); Prüfung nicht zulässig angegriffener Vorschriften (Regelungszusammenhang; Prüfung von Amts wegen; Ausstrahlung); Erledigung der Verfassungsbeschwerde (Tod des Beschwerdeführers; Fortführung durch den Erben nur bei eigenem Interesse).

Art. 13 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 und 2 GG; § 100 c Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 100 d Abs. 3 StPO; § 100 d Abs. 5 S. 2 StPO; § 100 f Abs. 1 StPO; § 101 Abs. 1 S. 1 und 2 StPO; § 101 Abs. 1 S. 3 StPO; § 100 d Abs. 4 S. 3 StPO; § 100 b Abs. 6 StPO; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK

171. BVerfG 2 BvR 2060/03 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Bielefeld)

Verfassungsbeschwerde (Begründungsfrist; substantiierte Begründung); Vollzugslockerungen (lebenslange Freiheitsstrafe; Mord; Prognosemaßstab: kein Erfordernis der an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit des Ausschlusses der erneuten Begehung derartiger Straftaten; vertretbares Risiko).

Art. 93 Nr. 4a GG; § 23 BVerfGG; § 92 BVerfGG; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; § 57a StGB; § 57 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB; § 211 StGB; § 454 StPO; § 454a StPO; § 15 Abs. 1 StVollzG

172. BVerfG 2 BvR 1621/03 (3. Kammer des 2. Senats) – Beschluss vom 5. Februar 2004 (LG Karlsruhe)

Rechtliches Gehör (Begründungspflicht / Erörterungspflicht des Gerichtes bezüglich des Vorbringens der Beteiligten; Verarbeitung in den Entscheidungsgründen; Bedeutung des Vorbringens für das Verfahren; Schwere des Grundrechtseingriffs); Durchsuchung (Wohnung und Dienstzimmer einer Richterin; Verdacht der Verletzung eines Dienstgeheimnisses; Presse); Rechtsweg zum Bundesverfassungsgericht (nachträgliche Anhörung nach § 33a StPO).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; 33a StPO; § 102 StPO; § 353b Abs. 1 StGB

173. BVerfG 2 BvR 1709/02 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Ulm)

Disziplinarmaßnahme im Strafvollzug (Arrest; Schuldgrundsatz); Rechtsschutz (nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit; Rechtsschutzinteresse trotz Erledigung wegen Vollzugs bei tiefgreifenden Grundrechtseingriffen: hier Arrest); Prüfungsumfang des Gerichts (Ermessen des Anstaltsleiters; Prüfung der Tatsachengrundlage; eigene Überzeugung); Ablösung aus dem offenen Vollzug; Verlegung in den geschlossenen Vollzug.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 10 StVollzG; § 109 StVollzG; § 102 StVollzG; § 103 Abs. 1 StVollzG; § 105 StVollzG

174. BGH 2 ARs 347/03 - Beschluss vom 21. Januar 2004

Antwort auf einen Anfragebeschluss (unterschiedliche Auffassungen im Gesamtsenat); Entziehung der Fahrerlaubnis (Maßregel; Zusammenhang mit dem Führen

eines Kraftfahrzeugs; Ungeeignetheit zum Führen eines Kraftfahrzeugs; Symptomtat; verkehrsspezifische Anlassat; potentielle Gefährlichkeit; außergesetzliche Regelvermutung; Indiztat; Betriebsgefahr.
§ 69 StGB Abs. 1 StGB; § 44 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG; § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG

175. BGH 2 StR 331/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Bonn)

Tötungsvorsatz (äußerst gefährliches Tatmittel; billigen des Inkaufnehmens; verminderte Einsichtsfähigkeit; Beweiswürdigung; Überzeugungsbildung).
§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

176. BGH 3 StR 375/03 - Urteil vom 11. Dezember 2003 (LG Mönchengladbach)

Täterschaft und Teilnahme beim unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit; eigenes Interesse am Taterfolg; Vorrätighalten zum Weiterverkauf; Fremdbesitz); Tateinheit; Tatmehrheit; Bewertungseinheit; Klammerwirkung.
§ 29 a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

177. BGH 2 StR 341/03 - Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Frankfurt)

Auslegung des Tenors eines Verwerfungsbeschlusses nach seinen Gründen; Begründung des Strafausspruchs (Tagessatzhöhe, Tagessatzanzahl); Vermögensstrafe; zusätzliche Geldstrafe; konfiskatorische Geldstrafe.
§ 349 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 4 StPO; § 40 StGB; § 41 StGB

178. BGH 2 StR 435/03 - Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Frankfurt)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Minderung der Einzelstrafen; Minderung der Gesamtstrafe; Urteilsgründe; eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 StPO; § 354 StPO

179. BGH 2 StR 475/03 - Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Limburg)

Maßstab für die Aussichtslosigkeit der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

180. BGH 2 StR 515/03 - Beschluss vom 16. Januar 2004 (LG Koblenz)

Bildung der Gesamtstrafe (Summe der Einzelstrafen); Beschlusssentscheidung nach Revision der Staatsanwaltschaft.
§ 54 StGB; § 349 Abs. 4 StPO

181. BGH 2 ARs 417/03 2 AR 275/03 - Beschluss vom 16. Januar 2004

Zuständigkeitsbestimmung; Führungsaufsicht.
§ 463 Abs. 6 StPO; § 462 a Abs. 1 und 4 StPO; § 14 StPO

182. BGH 3 StR 282/03 – Urteil vom 13. November 2003 (LG Kleve)

Wegnahmevorsatz und Zueignungsabsicht bei Raub und Diebstahl (Irrtum über Eignung der Sache zu weiterem Zweck; unbeachtlicher Motivirrtum); Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan; Irrtum des Mittäters; Zurechnung).
§ 16 StGB; § 242 StGB; § 249 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

183. BGH 3 StR 359/03 - Beschluss vom 13. November 2003 (LG Flensburg)

Kognitionspflicht hinsichtlich der angeklagten Tat (Bezeichnung; Identität; Tatzeitpunkt; Tat im prozessualen Sinn; Vergewaltigung (Gewalt durch Verabreichen von Betäubungsmitteln); eingeschränkte Schuldfähigkeit (Darstellung; Beweiswürdigung; Sachverständigengutachten); Steuerungsfähigkeit (Erheblichkeit der Beeinträchtigung; Rechtsfrage); Einweisung in eine Entziehungsanstalt (Hang); Urteilsgründe.
§ 177 Abs. 2 StGB; § 264 Abs. 1 StPO; § 21 StGB; § 64 StGB; § 267 StPO

184. BGH 3 StR 345/03 - Beschluss vom 11. November 2003 (LG Itzehoe)

Schwerer Raub (ungeladene Schreckschusspistole; Waffe; Verwendung eines anderen gefährlichen Werkzeugs; In-der-Hand-Halten; Beisichführen); BGHSt 48, 197.
§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

185. BGH 3 StR 382/03 - Urteil vom 15. Januar 2004 (LG Aurich)

Mordmerkmale (Verdeckung einer Straftat; Ermöglichung einer Straftat); Affekt; Überzeugungsbildung (Zweifelssatz; tatsächliche Voraussetzungen für das Vorliegen eines Zweifels).
§ 211 StGB; § 261 StPO

186. BGH 3 StR 478/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Karlsruhe)

Verstoß gegen ein vereinsrechtliches Betätigungsverbot.
§ 20 Abs. 1 Nr. 4 VereinsG; § 18 Satz 2 VereinsG

187. BGH 3 StR 401/03 - Beschluss vom 26. November 2003 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (Bewegungsunfähigkeit nach Bauschuss; Urteilsgründe).
§ 261 StPO

188. BGH 3 StR 418/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Berlin)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Bestätigung der Gesamtstrafe.
§ 154 StPO; § 354 StPO

189. BGH 3 StR 421/03 - Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Duisburg)

Nötigung (Versuch; Vollendung; Teilerfolg; Zwischenziel; Enderfolg); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Darlegung; Urteilsgründe).

§ 240 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; 64 StGB; § 267 StPO

190. BGH 3 StR 456/03 - Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Oldenburg)

Strafzumessung bei gefährlicher Körperverletzung (Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Gesichtspunkte).

§ 46 Abs. 2 StGB; § 224 StGB

191. BGH 4 StR 147/03 - Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Bielefeld)

BGHR; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (rechtswidrige Tat: Sichberauschen; Anlasstat; Zweifelsatz; in dubio pro reo); Sicherungsverwahrung; verminderte Schuldfähigkeit.

§ 323 a StGB; § 63 StGB; § 64 StGB; § 66 StGB

192. BGH 1 StR 524/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

193. BGH 1 StR 319/03 – Urteil vom 20. Januar 2004 (LG Freiburg)

Körperverletzung (tatbestandlicher Heileingriff; hypothetische Einwilligung; Behandlungsfehler; Aufklärungsfehler); Strafzumessung bei ärztlichem Fehlverhalten (Arztstrafrecht; Grenzen der Revisibilität; Verlust der beruflichen Stellung; Bedeutung der Pflichtverletzung / der bewussten Fahrlässigkeit); Berufsverbot (innerer Zusammenhang zur Berufsausübung; bewusster / planmäßiger Missbrauch); kein Verwertungsverbot bei unterbliebener Belehrung über ein mögliches Auskunftsverweigerungsrecht (Rechtskreistheorie; Schutzzwecklehre).

§ 223 StGB; § 46 StGB; § 70 StGB; § 55 StPO

194. BGH 1 StR 380/03 – Beschluss vom 18. Dezember 2003 (LG Traunstein)

Konsultationsrecht bei der Beschuldigtenvernehmung und Bestellung eines Verteidigers im Ermittlungsverfahren (Antrag der Staatsanwaltschaft; Verwertungsverbot; Abwägungslehre; Abbruch der Vernehmung bei Ausübung des Schweigerechts; freie Entschließung; Bewusstsein der Rechte in der Vernehmungssituation: differenzierter Umgang; Verwertbarkeit von Spontanäußerungen nach einer Vernehmung); faires Verfahren.

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163a Abs. 4 Satz 2 StPO; § 141 Abs. 3 StPO

195. BGH 1 StR 412/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

196. BGH 1 StR 517/03 – Beschluss vom 13. Januar 2004 (LG Nürnberg)

Hinweispflicht (unzulässige Einschränkung der Verteidigungsmöglichkeiten durch neue Begründung des Eigennutzes hinsichtlich des Handeltreibens mit Betäubungs-

mitteln; Heranziehung des wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen).

§ 265 StPO; § 29 BtMG; § 200 Abs. 2 Satz 1 StPO

197. BGH 1 StR 538/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Nürnberg)

Tat im Rechtssinne beim Betäubungsmittelhandel (Handeltreiben; Umtausch einer wirkungslosen Substanz).

§ 29 BtMG; § 52 StGB

198. BGH 2 StR 391/03 – Beschluss vom 9. Januar 2004 (LG Bonn)

Mord (Habgier: Irrelevanz eines funktionalen Zusammenhangs zwischen Tötung und Erlangung eines Vermögensvorteils).

§ 211 Abs. 2 StGB

199. BGH 1 StR 547/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

200. BGH 3 StR 218/03 – Urteil vom 4. März 2004 (OLG Hamburg)

Faires Verfahren (Recht auf Vernehmung eines Entlastungszeugen und Offenlegungsanspruch: Zurückhaltung durch die Exekutive, einen ausländischen Staat, Gesamtbetrachtung; Regulativ und Kompensation; Unerreichbarkeit des Zeugen; Gefahr der Steuerung durch selektive ausländische Rechtshilfeentscheidungen; Verfahrenshindernis nur im Ausnahmefall); Rechtsstaatsprinzip; vorsichtige Beweiswürdigung bei Zurückhaltung eines zentralen Beweismittels (lückenhafte Beweiswürdigung; Zweifelsatz; in dubio pro reo); Aufklärungspflicht und Wahrheitsermittlung (Ablehnungsgründe); Zeuge vom Hörensagen; Schuldgrundsatz; Fall Motassadeq; 11. September.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 2 StPO; § 96 StPO; § 261 StPO

201. BGH 1 StR 561/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

202. BGH 2 StR 302/03 – Beschluss vom 26. November 2003 (LG Meiningen)

Fälschung technischer Aufzeichnungen (Wegstreckenanzeige / Kilometerstand in einem Kraftfahrzeug keine technische Aufzeichnung); Beweiswürdigung (Beihilfe zum Betrug).

§ 268 StGB; § 263 StGB; § 261 StPO

203. BGH 2 StR 314/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Wiesbaden)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

204. BGH 2 StR 422/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Gera)

Strafzumessung (Täter-Opfer-Ausgleich: Erörterungsmangel bei Anzeichen für einen kommunikativen Prozess).

§ 46a Nr. 1 StGB

205. BGH 2 StR 442/03 – Beschluss vom 9. Januar 2004 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

206. BGH 2 StR 424/03 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Gera)

Strafzumessung (kein Vorwurf des fehlenden Rücktritts, doch Vorwurf skrupelloser Gesinnung).

§ 46 StGB; § 24 StGB

207. BGH 2 StR 424/03 – Beschluss vom 14. Januar 2004

Unbegründeter Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes für die Revisionsinstanz (unbegründet verworfene Revision des Angeklagten).

§ 397 a Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

208. BGH 2 StR 429/03 – Beschluss vom 21. Januar 2004 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

209. BGH 2 StR 429/03 – Beschluss vom 21. Januar 2004 (LG Koblenz)

Auslagerstattung (keine Überbürdung der Kosten bei erfolglosem Rechtsmittel sowohl des Angeklagten als auch des Nebenklägers).

§ 473 Abs. 1 Satz 3 StPO

Bei erfolglosem Rechtsmittel sowohl des Angeklagten als auch des Nebenklägers trägt jeder seine notwendigen Auslagen selbst (BGHR StPO § 473 Abs. 1 Satz 3 Auslagerstattung 1).

210. BGH 2 StR 445/03 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Hanau)

Tateinheit bei Raub und Körperverletzung; Strafzumessung (Änderung des Konkurrenzverhältnisses von Tateinheit in Tateinheit).

§ 52 StGB; § 249 StGB; § 223 StGB; § 46 StGB

211. BGH 3 StR 201/03 – Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Kiel)

Zurückweisung einer „Beschwerde“ gegen den unanfechtbaren Verwerfungsbeschluss.

§ 349 Abs. 2 StPO

212. BGH 2 StR 473/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Aachen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

213. BGH 2 StR 465/03 – Beschluss vom 14. Januar 2004 (LG Gießen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

214. BGH 3 StR 394/03 – Beschluss vom 11. November 2003 (LG Duisburg)

Schwerer Raub (Waffe: Schreckschusswaffe; Schreckschussrevolver; Drohung mit einer ungeladenen Waffe).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB

Nur eine geladene Schreckschusswaffe ist Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB (BGH NJW 2003, 1677). Die Drohung mit einer ungeladenen Waffe unterfällt § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB (BGHSt 44, 103, 105 ff.).

215. BGH 2 StR 463/03 – Beschluss vom 10. Dezember 2003 (LG Koblenz)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung (erforderlicher Tatsachenvortrag über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses; Kenntnis des Angeklagten).

§ 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

216. BGH 3 StR 397/03 – Beschluss vom 27. November 2003 (LG Hannover)

Schuldpruchberichtigung bei einem offensichtlichen Versehen.

§ 354 Abs. 1 StPO

217. BGH 3 StR 490/03 – Beschluss vom 15. Januar 2004 (LG Kleve)

Vollendung bei der Nötigung (unbeachtliche Erreichung eines Fernziels; rechtsgutsbezogene Auslegung; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung; autonome Entscheidung); Rücktritt (außertatbestandliches Handlungsziel; fehlgeschlagener Versuch; Unfreiwilligkeit).

§ 240 StGB; § 24 StGB

218. BGH 3 StR 404/03 – Beschluss vom 11. Dezember 2003 (LG Itzehoe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

219. BGH 3 StR 417/03 – Beschluss vom 16. Dezember 2003 (LG Krefeld)

Hinweise des BGH zur Abfassung der Urteilsgründe (Beschränkung auf entscheidungsrelevante Angaben entsprechend der Aufgabe des Revisionsgerichts; Gefahr sachlich-rechtlicher Mängel des Urteils).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

220. BGH 3 StR 487/03 – Beschluss vom 15. Januar 2004 (LG Mönchengladbach)

Schwere räuberische Erpressung (Waffe: geladene / ungeladene Gaspistole).

§ 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

221. BGH 3 StR 489/03 – Beschluss vom 27. Januar 2004 (LG Wuppertal)

Mittäterschaft bei Erpressung (unbedeutende Planabweichung hinsichtlich des Taterfolges: „übliche Spielbreite einschlägiger Taten“, Möglichkeit der Umwandlung in den erstrebten Erfolg).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 253 StGB

222. BGH 4 StR 16/04 – Beschluss vom 12. Februar 2004 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

223. BGH 4 StR 477/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Dortmund)

Mittäterschaft (wertende Betrachtung; wesentliche Anhaltspunkte: Tatherrschaft; Abgrenzung zur Anstiftung).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 26 StGB

224. BGH 4 StR 319/03 – Urteil vom 22. Januar 2004 (LG Dortmund)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, Wehrlosigkeit, entscheidender Zeitpunkt, kein Ausschluss durch jeden vorausgegangenen Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen); erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (affektive Bewusstseinsstörung; tiefgreifende Bewusstseinsstörung).

§ 211 StGB; § 21 StGB

225. BGH 4 StR 393/03 – Beschluss vom 9. Dezember 2003 (LG Siegen)

Strafzumessung (fehlerhafte Abstützung auf aufgehobene Feststellungen zum Strafausspruch; eigene Feststellungen des Tatgerichts zu den Tatfolgen bei Vergewaltigung).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB; § 353 StPO

226. BGH 4 StR 415/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Stendal)

Verfall (kein Erlangtes bei fehlender Erwerbsmöglichkeit: nichtiges Erfüllungsgeschäft; Herausgabeanspruch); Teilfreispruch zur Klarstellung.

§ 73 StGB; § 354 StPO

227. BGH 4 StR 440/03 – Beschluss vom 7. Januar 2004 (LG Frankenthal)

Verbreitung pornographischer Schriften (Strafverfolgungsverjährung; Prüfung für jede Gesetzesverletzung; Aufrechterhaltung des Strafausspruchs).

§ 184 Abs. 5 StGB; § 78 Abs. 1 StGB

228. BGH 4 StR 539/03 – Beschluss vom 8. Januar 2004 (LG Saarbrücken)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung eines

länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekts; erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit: fixe / überwertige Idee; rechtswidrige Tat: symptomatischer Zusammenhang).

§ 63 StGB; § 21 StGB

229. BGH 5 StR 473/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Frankfurt)

Strafzumessung bei minder schwerem Fall des Totschlages (eingeschränkte Berücksichtigung von Strafschärfungsgründen bei verminderter Schuldfähigkeit; Nachtatverhalten: Vernichten von Tatspuren; Verteidigungsverhalten).

§ 46 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

230. BGH 4 StR 554/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Stendal)

Konkurrenzverhältnis zwischen schwerem Raub und versuchter schwerer räuberischer Erpressung (mitbestrafte Vortat).

§ 250 StGB; § 253 StGB

231. BGH 4 StR 558/03 – Beschluss vom 3. Februar 2004 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

232. BGH 5 StR 447/03 – Beschluss vom 1. Dezember 2003 (LG Berlin)

Faires Verfahren; Notwendige Verteidigung (Scheinverteidiger; Widerruf der Zulassung des Rechtsanwalts).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 140 StPO; § 36 Abs. 2 BRAO; § 31 BRAO; § 338 Nr. 5 StPO

233. BGH 5 StR 466/03 – Beschluss vom 3. Dezember 2003 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

234. BGH 5 StR 510/03 – Beschluss vom 1. Dezember 2003 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

235. BGH 5 StR 514/03 – Beschluss vom 17. Dezember 2003 (LG Stuttgart)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

236. BGH 5 StR 516/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Potsdam)

Gesamtstrafenbildung (Festsetzung einer Hauptstrafe).

§ 64 StGB-DDR; § 2 Abs. 3 StGB