

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 11/2004
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

Publikationen

Oberassistentin Dr. *Daniela Demko* (LLM), Zürich – **Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfälle“** (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Wiss. Ass. *Karsten Gaede* (Hamburg/Zürich) – **HRRS-Praxishinweis: Steigerung der verfassungsrechtlichen Bedeutung der EMRK durch Berücksichtigungspflicht und erhöhte Kontrolldichte**

Die Ausgabe umfasst zudem zwei Rezensionen zu strafrechtlich relevanten Publikationen.

Entscheidungen

BVerfG **Bindung an Recht und Gesetz im Zusammenhang mit der EMRK**

EGMR ***Amihalachioaie v Moldawien* – Meinungsfreiheit des Rechtsanwalts bei öffentlicher Kritik an einem Verfassungsgericht**

BGH **Missbrauch der Untersuchungshaft zur Herbeiführung einer Absprache**

BGH **Konkurrenzen bei der versuchten Brandstiftung mit Todesfolge**

BGH **Voraussetzungen für eine Strafrahmenermilderung bei § 46a StGB**

BGH **Beginn der Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde bei Abwesenheit des Betroffenen**

BGH **Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen weiterhin wesentlicher Teil der Hauptverhandlung?**

BGH **Unwirksame Revisionsrücknahme bei Verletzung der Fürsorgepflicht und des fairen Verfahrens**

Diese Ausgabe umfasst 67 Entscheidungen.

SCHRIFTFLEITUNG

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, LLM (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden / Zürich); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

HRRS HRR-Strafrecht

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

HERAUSGEBER

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

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 Kleczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden/Zürich); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmaier, Karlsruhe); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

5. Jahrgang, November 2004, Ausgabe **11**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

867. BVerfG 2 BvR 1481/04 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 14.10.2004 (OLG Naumburg)

Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK); Mangelhafte Umsetzung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR); Rechtsstaatsprinzip (Bindung an Recht und Gesetz; Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR; faires Verfahren); Stellung der EMRK in der nationalen Rechtsordnung (Normenhierarchie; einfaches Bundesgesetz); Berücksichtigung der EMRK im Verfassungsbeschwerdeverfahren (kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab; Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes); völkerrechtliche Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR (Bindung an einen bestimmten Streitgegenstand [res iudicata]; keine die Rechtskraft beseitigende Wirkung); Umsetzungen von die Bundesrepublik Deutschland verurteilenden Entscheidungen des EGMR (keine schematische „Vollstreckung“; Beendigung eines fortdauernden Konventionsverstoßes; Herbeiführung eines konventionsgemäßen Zustandes); Anforderungen an gerichtliche Entscheidungen nach verurteilenden Entscheidungen des EGMR (Kenntnisnahme der entsprechenden Texte und Judikate; Berücksichtigung im Willensbildungsprozess; erkennbare Auseinandersetzung; nachvollziehbare Begründung einer Abweichung).

Art. 6 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 Abs. 1 GG; Art. 59 Abs. 2 GG; Art. 23 GG; Art. 24 GG; Art. 25 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 36 Abs. 2 EMRK; § 621 g ZPO; § 620 e ZPO; § 621 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO; § 1684 Abs. 4 Satz 1 und 2 BGB; § 359 Nr. 6 StPO; § 48 VwVfG

1. Zur Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte im Rahmen methodisch vertretbarer Gesetzesauslegung. Sowohl die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofes als auch deren gegen vorrangiges Recht verstoßende schematische „Vollstreckung“ können gegen Grundrechte in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. (BVerfG)

2. Bei der Berücksichtigung von Entscheidungen des Gerichtshofes haben die staatlichen Organe die Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung in ihre Rechtsanwendung einzubeziehen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich bei dem einschlägigen nationalen Recht um ein ausbalanciertes Teilsystem des innerstaatlichen Rechts handelt, das verschiedene Grundrechtspositionen miteinander zum Ausgleich bringen will. (BVerfG)

3. Die Bindungswirkung einer Entscheidung des EGMR

erstreckt sich auf alle staatlichen Organe und verpflichtet diese grundsätzlich, im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ohne Verstoß gegen die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) einen fortdauernden Konventionsverstoß zu beenden und einen konventionsgemäßen Zustand herzustellen. (Bearbeiter)

4. Die Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und ihrer Zusatzprotokolle sind als einfache Bundesgesetze kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab. Ein Beschwerdeführer kann insofern vor dem Bundesverfassungsgericht nicht unmittelbar die Verletzung eines in der Europäischen Menschenrechtskonvention enthaltenen Menschenrechts mit einer Verfassungsbeschwerde rügen (vgl. BVerfGE 74, 102, 128 m.w.N.). (Bearbeiter)

5. Die Gewährleistungen der Konvention beeinflussen jedoch die Auslegung der Grundrechte und rechtsstaatlichen Grundsätze des Grundgesetzes. Aus Art. 1 Abs. 2 GG in Verbindung mit Art. 59 Abs. 2 GG folgt die verfassungsrechtliche Pflicht, auch bei der Anwendung der deutschen Grundrechte die Europäische Menschenrechtskonvention in ihrer konkreten Ausgestaltung heranzuziehen. Der Konventionstext und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte dienen auf der Ebene des Verfassungsrechts als Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes, sofern dies nicht zu einer – von der Konvention selbst nicht gewollten (vgl. Art. 53 EMRK) – Einschränkung oder Minderung des Grundrechtsschutzes nach dem Grundgesetz führt (vgl. BVerfGE 74, 358, 370; BVerfG NJW 2001, 2245 ff.). (Bearbeiter)

6. Die über das Zustimmungsgesetz zur EMRK durch den Gesetzgeber ausgelöste Pflicht zur Berücksichtigung der Gewährleistungen der Konvention und der Entscheidungen des EGMR erfordert zumindest, dass die entsprechenden Texte und Judikate bei der Rechtsanwendung zur Kenntnis genommen werden und in den Willensbildungsprozess des zu einer Entscheidung berufenen Gerichts, der zuständigen Behörde oder des Gesetzgebers einfließen. (Bearbeiter)

7. Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des EGMR einschlägig, so sind grundsätzlich die vom Gerichtshof in seiner Abwägung berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung, namentlich die Verhältnismäßigkeitsprüfung einzubeziehen, und es hat eine Auseinandersetzung mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden (vgl. Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 2004 – 2 BvR 1570/03 –, EuGRZ 2004, 317, 319). (Bearbeiter)

8. Solange im Rahmen geltender methodischer Standards Auslegungs- und Abwägungsspielräume eröffnet sind, trifft deutsche Gerichte die Pflicht, der konventionsgemäßen Auslegung den Vorrang zu geben. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Beachtung der Entscheidung des Gerichtshofs etwa wegen einer geänderten Tatsachenba-

sis gegen eindeutig entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen, namentlich auch gegen Grundrechte Dritter verstößt. (Bearbeiter)

9. Hat der EGMR in einem konkreten Beschwerdeverfahren unter Beteiligung der Bundesrepublik Deutschland einen Konventionsverstoß festgestellt und dauert dieser Verstoß an, so ist die Entscheidung des Gerichtshofs im innerstaatlichen Bereich zu berücksichtigen, das heißt die zuständigen Behörden oder Gerichte müssen sich mit der Entscheidung erkennbar auseinander setzen und gegebenenfalls nachvollziehbar begründen, warum sie der völkerrechtlichen Rechtsauffassung gleichwohl nicht folgen. (Bearbeiter)

10. Bei einem Konventionsverstoß durch Gerichtsentscheidungen verpflichten weder die EMRK noch das Grundgesetz dazu, einem Urteil des Gerichtshofs, in dem festgestellt wird, dass die Entscheidung eines deutschen Gerichts unter Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention zustande gekommen sei, eine die Rechtskraft dieser Entscheidung beseitigende Wirkung beizumessen (vgl. BVerfG EuGRZ 1985, 654). (Bearbeiter)

11. Hat ein Gericht im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts die Möglichkeit zu einer weiteren Entscheidung, bei der es das einschlägige Urteil des Gerichtshofs berücksichtigen kann, so ist es verfassungsrechtlich nicht hinnehmbar, den Beschwerdeführer lediglich auf eine vom EGMR zugesprochene Entschädigung in Geld zu verweisen, obwohl eine Restitution weder an tatsächlichen noch an rechtlichen Gründen scheitern würde. (Bearbeiter)

12. Für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung der Auslegung und Anwendung völkerrechtlicher Verträge, die durch Gesetz die Kraft innerstaatlichen deutschen Rechts erhalten haben, gelten dieselben Grundsätze wie für die verfassungsgerichtliche Nachprüfung von Gerichtsentscheidungen, d.h. es kann grundsätzlich nur daraufhin geprüft werden, ob sie willkürlich sind oder auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts beruhen oder mit anderen verfassungsrechtlichen Vorschriften unvereinbar sind (vgl. BVerfGE 18, 441, 450; 94, 315, 328). Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen (vgl. BVerfGE 58, 1, 34; 59, 63, 89; 109, 13, 23). Aus diesem Grund kann es geboten sein, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern. (Bearbeiter)

868. EGMR Nr. 60115/00 – Urteil vom 20. April 2004 (Amihalachioaie v. Moldawien)

Meinungsfreiheit von Rechtsanwälten bei der öffentlichen Kritik von (Verfassungs-) Gerichten (Bedeutung der Rechtsanwälte für das Justizwesen; Presse; Schutz der Form der Meinungskundgabe; Eingriff; Rechtfertigung; Verhältnismäßigkeit; Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt; bereichsbezogene Bestimmtheit; Interessenausgleich; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; dringendes gesellschaftliches Bedürfnis; Sondervoten Loucaides und Thomassen: enge Auslegung der Schranken des Art. 10 II EMRK). *Redaktioneller Hinweis.*

Art. 10 EMRK; Art. 5 Abs. 1 GG

1. Rechtsanwälten steht die Meinungsfreiheit des Art. 10 EMRK zu. Sie dürfen insbesondere auch die Rechtspflege öffentlich kritisieren, solange bestimmte Grenzen gewahrt bleiben. Art. 10 EMRK schützt nicht nur die verbreiteten Ideen und Informationen an sich, sondern auch die Wahl der Form, in der diese vorgetragen werden. Dabei muss ein Ausgleich der betroffenen Interessen vorgenommen werden. Namentlich sind insoweit das öffentliche Interesse an Informationen über Fragen, die sich aus Gerichtsentscheidungen ergeben, die Anforderungen an

eine einwandfreie Rechtspflege und das Ansehen der Rechtsanwaltschaft einzubeziehen.

2. Obschon den Vertragsstaaten bei der Herbeiführung eines solchen Ausgleichs ein Beurteilungsspielraum zukommt, wird der Ausgleich doch von einer europäischen Überprüfung begleitet, welche sich sowohl auf das nationale Recht, als auch auf die dieses anwendenden Entscheidungen bezieht. Zur Beurteilung derartiger Fälle prüft der EGMR den behaupteten Eingriff im Lichte des gesamten Falles einschließlich der Grundaussage der Äußerungen sowie der Umstände, unter denen sie getroffen worden sind. Hierbei prüft der EGMR, ob für den Eingriff ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis besteht, der Eingriff bei der Verfolgung eines legitimen Ziels verhältnismäßig ist und ob die von den nationalen Stellen zur Rechtfertigung vorgetragenen Gründe stichhaltig und hinreichend sind.

3. Eine Verletzung der Meinungsfreiheit liegt danach etwa vor, wenn der Anwalt zwar einen Mangel an Respekt vor dem Verfassungsgericht zeigt und er nur mit einer höhenmäßig niedrigen Buße belegt wird, seine Äußerungen jedoch in einer hitzigen Debatte über ein Thema öffentlichen Interesses getroffen worden sind und weder die Richter persönlich beleidigen, noch schwerwiegend sind.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

886. BGH 1 StR 202/04 – Urteil vom 14. September 2004 (LG Mannheim)

Verfall von Wertersatz gegen einen Drittbegünstigten (Zurechnung der Taten von Angestellten einer betrieblichen Organisation ohne Organstellung, mögliche Ausweisung eines niedrigeren Verfallsbetrages bei Gutgläubigkeit des Drittbegünstigten; Revisibilität der Härtefallregelung; Bruttoprinzip; Schuldgrundsatz).

Art. 1 GG; Art. 20 III GG; § 73 Abs. 3 StGB; § 73a StGB

1. Hinsichtlich der Zurechnung nach § 73 Abs. 3 StGB bedarf es keiner Organstellung. Auch Taten von Angestellten einer betrieblichen Organisation können dieser im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB zugeordnet werden. Dies gilt auch dann, wenn die Unternehmensleitung gutgläubig ist (vgl. zum Ganzen bereits BGHSt 45, 235). Der Senat sieht keinen Anlass, von dieser Entscheidung abzuweichen.

2. Die Anwendung der Härteregelung des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB ist in erster Linie Sache des Tatrichters

(BGH wistra 2003, 424, 425). Die Gewichtung der für das Vorliegen einer unbilligen Härte maßgeblichen Umstände ist daher der revisionsrechtlichen Beanstandung nicht zugänglich. Mit der Revision kann aber angegriffen werden, dass das Tatbestandsmerkmal „unbillige Härte“ selbst unzutreffend ausgelegt wird (BGH aaO).

3. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Voraussetzungen des § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB nur erfüllt, wenn die Härte „ungerecht“ wäre und das Übermaßverbot verletzt würde (BGH aaO; BGH NSTZ-RR 2002, 9). Die Auswirkungen der Maßnahme müssen daher im konkreten Einzelfall außer Verhältnis zu dem vom Gesetzgeber damit angestrebten Zweck stehen. Es müssen dabei besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer mit der Vollstreckung des Verfalls eine außerhalb des Verfallszwecks liegende zusätzliche Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen auch unter Berücksichtigung des Zwecks des Verfalls nicht zugemutet werden kann.

889. BGH 1 StR 233/04 – Urteil vom 16. September 2004 (LG Regensburg)

Beweiswürdigung (bedingter Tötungsvorsatz beim Umgang mit Schusswaffen: Vertrauen auf einen glücklichen Zufall; Willenselement des Vorsatzes bei gefährlichen Handlungen und Bedeutung einer „Minderbegabung“); Anforderungen an die Feststellung einer alkoholbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit (Indizwirkung der BAK und umfassende Gesamtwürdigung zur Rechtsfrage).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wird in der Regel das Vertrauen auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges dann zu verneinen sein, wenn der vorgestellte Ablauf eines Geschehens einem tödlichen Ausgang so nahe ist, dass nur noch ein glücklicher Zufall diesen verhindern kann (vgl. nur BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 38).

869. BGH 2 StR 149/04 - Urteil vom 29. September 2004 (LG Köln)

Rücktritt vom unbeendeten Versuch (Freiwilligkeit;

Rücktrittshorizont); Mord; gefährliche Körperverletzung.

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

1. Wenn der Täter eines objektiv unbeendeten Versuchs nach seiner letzten Ausführungshandlung zunächst den Eintritt des angestrebten Erfolgs für möglich hält, aber unmittelbar darauf diesen Irrtum erkennt, so erlangt seine korrigierte Vorstellung für den „Rücktrittshorizont“ maßgebliche Bedeutung. Daher kann er in diesem Fall durch bloßes Abstandnehmen von weiteren Ausführungshandlungen mit strafbefreiender Wirkung zurücktreten, sofern seine Handlungsmöglichkeiten unverändert fortbestehen, der Versuch also nicht fehlgeschlagen ist.

2. Die Freiwilligkeit des Rücktritts wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Täter nicht aus einem sittlich billigen Motiv von weiteren Angriffen auf sein Opfer absah, sondern aus verbrecherischem Kalkül (st. Rspr.).

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

896. BGH 1 StR 347/04 – Beschluss vom 31. August 2004 (LG Stuttgart)

Konkurrenzen bei versuchter Brandstiftung mit Todesfolge und schwerer Brandstiftung (Tateinheit; Gesetzesinheit: Rechtsgutsbezug und Klarstellungsfunktion).

§ 306c StGB; § 23 StGB; § 306a StGB

1. Der Schuldspruch soll den Unrechtsgehalt der Tat umfassend kennzeichnen. Dementsprechend liegt Gesetzesinheit nur vor, wenn rechtsgutbezogen der Unrechtsgehalt einer Handlung schon durch einen von mehreren, dem Wortlaut nach anwendbaren Straftatbeständen erschöpfend erfasst wird; ist dies nicht der Fall, liegt Tateinheit vor (BGHSt 44, 196, 198; 39, 100, 108 m.w.Nachw.). Dies kann dazu führen, dass zwar Gesetzesinheit vorliegt, wenn die beiden in Rede stehenden Delikte vollendet sind, aber Tateinheit vorliegt, wenn das schwerere Delikt lediglich versucht und nur das minder schwere vollendet ist.

2. Diese Grundsätze gelten auch im Verhältnis zwischen § 306c StGB und § 306a StGB. Bei einem vollendeten Delikt gemäß § 306c StGB tritt gegebenenfalls § 306a StGB hinter § 306c StGB im Hinblick auf Gesetzesinheit zurück (BGH NStZ-RR 2000, 209 <LS>). Anders verhält es sich, wenn nur ein Versuch von § 306c StGB vorliegt. Dies ist sowohl dann der Fall, wenn der Brand Erfolg nicht eingetreten ist, aber bereits die versuchte

Brandstiftung den Tod zurechenbar verursacht hat, als auch dann, wenn der Täter, mit dem Tod des Opfers rechnet, dieser jedoch ausbleibt, obwohl die (hier schwere) Brandstiftung vollendet ist.

878. BGH 3 StR 231/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Sich-Verschaffen: Abgrenzung von der Beihilfe zur Hehlerei); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 259 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Hehlerei in der Begehungsform des „Sich-Verschaffen“ im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter aufgrund einer Übertragungshandlung des Vortäters einverständlich eine eigene tatsächliche Herrschaft und Verfügungsgewalt über die Sache erwirbt, so dass der Vortäter jede Möglichkeit verliert, auf die Sache einzuwirken.

2. Bei einem der Hehlerei schuldigen Angeklagten legt die strafscharfende Erwägung, dass der Täter sich bewusst gewesen sei, rechtswidrige Vermögenszustände aufrechtzuerhalten und damit eigene Geschäfte zu machen, einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB nahe.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

900. BGH 4 StR 199/04 – Urteil vom 9. September 2004 (LG Essen)

Voraussetzungen für eine Strafrahmenermilderung infolge eines Täter-Opfer-Ausgleichs bei der Leistung von Schadensersatz (friedensstiftende Wirkung; kommunikativer Prozess); gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall).

§ 46a StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen allein genügt nicht, um die durch § 46a StGB eröffnete Strafrahmenermilderung zu rechtfertigen (BGHR StGB § 46 a Wiedergutmachung 5). Das gilt umso mehr dann, wenn die Zahlung ihrer Höhe nach angesichts der Schwere der Verletzungen und der Folgen der Tat für das Opfer dessen berechtigten Ansprüchen auch nicht annähernd gerecht wird und diese Art der Schadenswiedergutmachung schon deshalb eine friedensstiftende Wirkung, wie sie § 46a StGB voraussetzt, nicht entfalten kann.

2. § 46 a Nr. 2 StGB betrifft den materiellen Schadensersatz, während sich der für eine Strafrahmenermilderung erforderliche Ausgleich der immateriellen Folgen einer Straftat jedenfalls vorrangig nach Nr. 1 des § 46 a StGB bestimmt (vgl. BGHR StGB § 46 a Nr. 1 Ausgleich 1). Diese Vorschrift setzt einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftaten verursachten Folgen gerichtet sein muss; das einseitige Wiedergutmachungsbestreben ohne den Versuch einer Einbeziehung des Opfers genügt nicht (BGHSt 48, 134, 142 f.; BGHR StGB § 46 a Nr. 1 Ausgleich 5). Regelmäßig sind dazu Feststellungen erforderlich, wie sich das Opfer zu den

Bemühungen des Täters gestellt hat und wie sicher die Erfüllung der über den bisher gezahlten Betrag hinausgehenden weiteren Schmerzensgeldzahlungsverpflichtung ist (BGHR aaO Ausgleich 6). Ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich im Sinne von § 46 a Nr. 1 StGB setzt grundsätzlich voraus, dass das Opfer die erbrachten Leistungen oder Bemühungen des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert.

880. BGH 3 StR 243/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung der fehlenden Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit); Sachverständigengutachten (Übernahme durch den Tatrichter: Darlegung, Urteilsgründe, Überprüfbarkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

1. Grundsätzlich muss für die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB festgestellt werden, auf welchem der in § 20 StGB genannten Eingangsmarkale der für die Unterbringung notwendige länger andauernde Zustand des Angeklagten beruht.

2. Schließt sich der Tatrichter ohne weitere eigene Erwägungen den Ausführungen eines Sachverständigen an, so muss er im Urteil die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Darlegungen des Sachverständigen bei der Beurteilung der Schuldfähigkeit des Angeklagten so wiedergeben, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

904. BGH 4 StR 84/04 – Urteil vom 16. September 2004 (LG Paderborn)

Verbotene Vernehmungsmethoden (Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme: Missbrauch der Untersuchungshaft in Form der Androhung einer Invollzugsetzung des Haftbefehls zur Abwehr eines angekündigten Beweisantrages und zur Herbeiführung einer Urteilsabsprache bzw. eines Geständnisses; neu hervorgetretene Umstände gemäß § 116 Abs. 4 StPO; Verwertungsverbot; Geständnis); Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts (unzulässige Willensbeeinflussung; „übliche Usancen der hiesigen Justiz“; Fortwirkung der unzulässigen Androhung der Invollzugsetzung des Haftbefehls).

§ 112 StPO; § 116 Abs. 4 StPO; § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO; Art. 1 GG; Art. 5 I lit. c EMRK; Art. 18 EMRK

1. Fall der Zweckentfremdung der Untersuchungshaft zur Herbeiführung einer Verfahrensabsprache bzw. eines

Geständnisses: Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme i.S. des § 136a Abs. 1 Satz 3 1. Alt. StPO durch die Ankündigung der Invollzugsetzung des Haftbefehls.

2. Die mögliche Verurteilung als solche oder auch die Höhe der zu erwartenden Strafe stellen nicht als solche „neu hervorgetretene Umstände“ gemäß § 116 Abs. 4 StPO dar, welche die Verhaftung des Angeklagten rechtfertigen, soweit schon bei der Aussetzungsentscheidung von der Möglichkeit der Verurteilung ausgegangen und im Falle des Schuldnachweises mit einer „erheblichen“ Freiheitsstrafe gerechnet worden war.

881. BGH 3 StR 255/04 - Beschluss vom 23. September 2004 (LG Kleve)

Wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen); absoluter Revisionsgrund; Entfernung des Angeklagten.

§ 61 StPO a.F.; § 59 StPO n.F.; § 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

1. Die Verhandlung über die Vereidigung eines Zeugen gehört nicht mehr zur Vernehmung des Zeugen, während derer der Angeklagte gemäß § 247 StPO entfernt gehalten werden kann. Wird die Entscheidung über die Vereidigung daher in Abwesenheit des Angeklagten getroffen, so begründet dies den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO.

2. Der Senat erwägt, dass die Frage, ob die vorschriftswidrige Abwesenheit des Angeklagten bei der Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung im Sinne von § 338 Nr. 5 StPO betrifft, nach der Neuregelung des Vereidigungsrechts (§ 59 StPO n.F.) durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz - wonach Zeugen nur vereidigt werden, wenn es das Gericht wegen der ausschlaggebenden Bedeutung der Aussage oder zur Herbeiführung einer wahren Aussage nach seinem Ermessen für notwendig hält - neuer Betrachtung bedürfen könnte. Insbesondere könnte die Änderung zur Folge haben, dass in den Fällen, in denen die Verfügung des Vorsitzenden nicht zum Gegenstand von Erörterungen gemacht, insbesondere keine gerichtliche Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO beantragt wurde, die Abwesenheit des Angeklagten keinen wesentlichen Verfahrensteil betrifft.

929. BGH 5 StR 566/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Bautzen)

Aufhebung des tatrichterlichen Beschlusses über die Verwerfung der Revision; Erfordernis des Revisionsantrages (Auslegung der Revisionsbegründung); Unwirksamkeit der Revisionsrücknahme wegen der Art und Weise ihres vom Gericht zu verantwortenden Zustandekommens (Hinweispflicht bei erkennbarer Gefahr einer den Interessen des Angeklagten zuwiderlaufenden Revisionsrücknahme auf Grund der Fürsorgepflicht und des Gebots, dem Angeklagten die jederzeitige Möglichkeit zu einer geordneten und effektiven Verteidigung zu gewähren); Hinweispflicht bezüglich des ungenügend verteidigenden Verteidigers.

Art. 6 EMRK; § 302 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

1. Eines ausdrücklichen Antrages im Sinne der § 344 Abs. 1, § 352 Abs. 1 StPO bedarf es dann nicht, wenn sich das Begehren des Beschwerdeführers nach umfassender Aufhebung des Urteils sicher aus der Revisionsbegründung ergibt (vgl. BGH NStZ 1990, 96; NStZ-RR 2000, 38).

2. Eine Revisionsrücknahme ist wegen der Art und Weise ihres vom Gericht zu verantwortenden Zustandekommens unwirksam (vgl. BGHSt 45, 51, 53, 55; 46, 257, 258), wenn das Gericht den Angeklagten – ausnahmsweise – nach Kenntnisnahme eines seiner Schreiben über den Fortgang des Revisionsverfahrens hätte aufklären müssen, um einer erkennbaren Gefahr einer den Interessen des Angeklagten zuwiderlaufenden Revisionsrück-

nahme entgegenzutreten. Eine Pflicht hierzu kann sich nach den besonderen Umständen des Falles auf Grund der Fürsorgepflicht (vgl. BGHSt 45, 51, 57) und auf Grund des Gebots ergeben, dem Angeklagten die jederzeitige Möglichkeit zu einer geordneten und effektiven Verteidigung zu gewähren (vgl. BGHSt 45, 51, 57).

905. BGH 4 StR 293/04 – Beschluss vom 24. August 2004 (LG Dortmund)

Voraussetzungen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Anwendung bei Verfahrensstillstand in einem Teil des Verfahrens; Bedeutung der Ressourcenknappheit; Gesamtwürdigung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

Nach ständiger Rechtsprechung führt – unabhängig davon, ob ein Verfahren gegen einen inhaftierten oder einen nicht inhaftierten Angeklagten geführt wird (vgl. BGH NStZ 2003, 384) – lediglich ein vorübergehender Engpass in der Arbeits- und Verhandlungskapazität der Strafverfolgungsorgane nicht zu einem Verstoß gegen Artikel 6 Abs. 1 Satz 1 MRK (vgl. BGH StV 1992, 452; BGH NStZ 1996, 506; EGMR NJW 1984, 2749, 2750).

891. BGH 1 StR 44/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Heilbronn)

Ablehnungsrüge (Beurteilung der Zurückweisungsbeurteilung nach Beschwerdegrundsätzen; Besorgnis der Befangenheit bei Ankündigung der straferschwerender Verwertung der Wahrnehmung prozessualer Rechte und Ausräumung durch den Kontext).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 27 StPO; § 304 StPO; § 338 StPO

Das Revisionsgericht ist an die Begründung des Beschlusses, mit dem ein Ablehnungsgesuch durch das Tatgericht zurückgewiesen wurde, nicht gebunden. Es hat das Ablehnungsgesuch vielmehr nach Beschwerdegrundsätzen zu beurteilen.

893. BGH 1 StR 304/04 – Beschluss vom 15. September 2004 (LG Würzburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen (Faxausfall); Übergang von der Zeugenvernehmung zur Beschuldigtenvernehmung (pflichtgemäße Beurteilung; Beurteilungsspielraum bei Tötungsdelikten).

§ 136 StPO; § 163a StPO; § 44 Satz 1 StPO; § 45 StPO; § 46 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 1 StPO

Nach pflichtgemäßer Beurteilung der Strafverfolgungsbehörde muss erst dann von der Zeugen- zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen werden, wenn sich der Verdacht so verdichtet hat, dass die vernommene Person ernstlich als Täter der untersuchten Straftat in Betracht kommt. Die Grenzen des Beurteilungsspielraums sind – gerade bei Tötungsdelikten – erst dann überschritten, wenn trotz starken Tatverdachts nicht von der Zeugen zur Beschuldigtenvernehmung übergegangen wird (BGHSt 37, 48, 51 f.) und auf diese Weise die Beschuldigtenrechte umgangen werden (BGHR StPO § 136 Belehrung 6).

885. BGH 1 StR 180/04 – Urteil vom 14. September 2004 (LG Waldshut)

Beweiswürdigung (bedingter Vorsatz; Grenzen der Revisibilität; Rechtsfehler; überspannte Anforderungen; Widerspruch zu den Feststellungen); fahrlässige und vorsätzliche Körperverletzung.

§ 15 StGB; § 223 StGB; § 230 StGB; § 261 StPO

1. Kann der Tatrichter die erforderliche Gewissheit nicht gewinnen und zieht er die hiernach gebotene Konsequenz, so hat das Revisionsgericht dies zwar regelmäßig hinzunehmen. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; es kommt nicht darauf an, ob das Revisionsgericht angefallene Erkenntnisse anders gewürdigt oder Zweifel überwunden hätte. Daran ändert sich auch nicht allein dadurch etwas, dass eine vom Tatrichter getroffene Feststellung 'lebensfremd erscheinen' (BGH NStZ 1984, 180) mag. Es gibt im Strafprozess keinen Beweis des ersten Anscheins, der nicht auf Gewissheit, sondern auf der Wahrscheinlichkeit eines Geschehensablaufs beruht.

2. Eine Beweiswürdigung ist demgegenüber etwa dann rechtsfehlerhaft, wenn sie lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht erörtert, widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt sind (st. Rspr., vgl. BGH NJW 2002, 2188, 2189). Dies ist auch dann der Fall, wenn eine nach den Feststellungen naheliegende Schlussfolgerung nicht gezogen ist, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen können. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat (BGH NJW 2002, 2188, 2189; BGH StraFo 2003, 381). Für die Feststellung von Tatsachen genügt demnach, dass ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit besteht, an dem vernünftige Zweifel nicht aufkommen können. Außer Betracht zu bleiben haben solche Zweifel, die keinen realen Anknüpfungspunkt haben (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 332, 333 m.w.N., zu den Anforderungen an die Beweiswürdigung vgl. BGH NStZ-RR, 2003, 271).

894. BGH 1 StR 317/04 – Urteil vom 28. September 2004 (LG Coburg)

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (Affekt und gegenindizierende Sicherheitstendenz; Saß-Kriterien; eigene Sachkunde bei der Vorfrage nach medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen; Rechtsfrage der Erheblichkeit: Ausschluss des Zweifelssatzes und besondere Anforderungen bei Tötungsdelikten).

§ 21 StGB; § 244 Abs. 4 StPO

1. Im Grundsatz bestehen keine Bedenken, wenn der Richter im Rahmen der Schuldfähigkeitsprüfung auch die Vorfrage nach medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen auf Grund eigenen Wissens beantwortet (BGH StV 1999, 309, 310). Zumindest ungewöhnlich ist

es dann jedoch, wenn der Richter zugleich sachverständiger Beratung hinsichtlich der an sich geläufigen Frage bedarf, welche Gesichtspunkte generell bei der Prüfung eines schuld mindernden Affekts Gewicht gewinnen können.

2. Die Frage, ob eine Beeinträchtigung im Sinne von § 21 StGB „erheblich“ ist, ist eine Rechtsfrage und kann somit nicht auf der Grundlage des Zweifelssatzes beantwortet werden (st. Rspr.). Bei der Beurteilung der Erheblichkeit fließen normative Gesichtspunkte ein. Entscheidend sind die Anforderungen, die die Rechtsordnung an jedermann stellt. Diese sind umso höher, je schwerwiegender das in Rede stehende Delikt ist (st. Rspr., vgl. zuletzt BGH NStZ 2004, 437 f. m.w.N.), bei vorsätzlichen Tötungsdelikten also besonders hoch (vgl. BGH, Beschluß vom 3. August 2004 - 1 StR 293/04).

879. BGH 3 StR 240/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (LG Lübeck)

Aufklärungspflicht (zweiter Sachverständiger; bessere Erkenntnismittel; Beweis des Gegenteils der behaupteten Tatsache); Sicherungsverwahrung (Hang zur Begehung erheblicher Straftaten); Hilfsbeweisanspruch; eigene Sachkunde; Beruhen.

§ 244 StPO; § 246a StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 66 StGB

Mit der Begründung, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei „durch das frühere Gutachten“ bewiesen, darf die Einholung eines weiteren Gutachtens nur abgelehnt werden, wenn tatsächlich allein durch ein früheres Gutachten zu demselben Beweisthema das Gegenteil der behaupteten Tatsache bewiesen ist (vgl. BGHSt 39, 49, 52 m. w. N.). Dies kommt hingegen nicht in Betracht, wenn der Tatrichter gerade im Widerspruch zu diesem Gutachten das Gegenteil der Überzeugung des ersten Gutachters annimmt.

870. BGH 2 StR 173/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Koblenz)

Zurückweisung eines Beweisantrages auf Hinzuziehung eines Sachverständigen (eigene Sachkunde); Aufklärungspflicht; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Urteilsgründe.

§ 244 Abs. 4 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

Das Tatgericht hat nur dann Anlass, die Hinzuziehung eines Sachverständigen zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit eines Zeugen zu prüfen, wenn Eigenart und besondere Gestaltung des Einzelfalles diese Beurteilung so erschweren, dass sie lediglich mit Hilfe einer Sachkunde vollzogen werden kann, die ein Richter normalerweise selbst dann nicht hat, wenn er über spezifische forensische Erfahrungen verfügt. Im Übrigen kann er darauf gerichtete Beweisanträge unter Hinweis auf eigene Sachkunde zurückweisen (§ 244 Abs. 4 StPO).

874. BGH 2 StR 232/04 - Beschluss vom 15. September 2004 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Nachholung von Verfahrensrügen, rechtliches Gehör).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung von (weiteren) Verfahrensrügen kommt nur in besonderen Ausnahmefällen in Betracht, nämlich wenn dies zur Wahrung des Anspruchs des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint, etwa wenn der Beschwerdeführer durch äußere Umstände oder Maßnahmen des Gerichts gehindert worden ist, Verfahrensrügen innerhalb der Revisionsbegründungsfrist geltend zu machen.

895. BGH 1 StR 342/04 – Beschluss vom 2. September 2004 (LG Regensburg)

Verbescheidung ohne Beweisantrag und Aufklärungspflicht; Bindungswirkung.
§ 244 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StPO; § 358 Abs. 1 StPO

Hat der Tatrichter einen Antrag, bei dem es sich nicht um einen Beweisantrag handelt, nach Beweisantragsgrundsätzen verbeschieden, begründet dies die Revision nur, wenn zugleich die Aufklärungspflicht verletzt ist (vgl. BGH StV 1996, 581 m.w.N.).

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

876. BGH 2 StR 523/03 - Beschluss vom 6. August 2004 (OLG Koblenz)

BGHSt; Rechtsbeschwerde (Einlegungsfrist); Urteilsverkündung (abwesender Betroffener); Zustellung des Urteils (Vollständigkeit, endgültiges Urteil); rechtliches Gehör.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 77 b Abs. 1 Satz 3 OWiG; § 79 Abs. 4 OWiG; § 121 Abs. 2 GVG

1. Die Frist zur Einlegung der Rechtsbeschwerde beginnt für den bei der Urteilsverkündung abwesenden Betroffenen auch dann mit der Zustellung des Urteils, wenn das Urteil nicht mit Gründen versehen ist und die Voraussetzungen des § 77 b Abs. 1 Satz 3 OWiG nicht vorliegen. (BGHSt)

2. Die „Zustellung des Urteils“ im Sinne von § 79 Abs. 4 OWiG erfordert nicht die Zustellung eines verfahrensrechtlich ordnungsgemäßen, insbesondere mit Gründen versehenen bzw. zulässigerweise nicht mit Gründen versehenen Urteils, sondern lediglich die Zustellung des vom Richter als endgültig zu den Akten gebrachten Ur-

teils, mag es auch unvollständig sein. Die Zustellung auch der Urteilsgründe ist daher nur dann Voraussetzung einer wirksamen Zustellung, wenn solche überhaupt abgesetzt worden sind. (Bearbeiter)

873. BGH 2 StR 232/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Darmstadt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Versuch; Vollendung; verbindliches und ernsthaftes Verkaufsangebot; Umsatzgeschäft; Anfrage des dritten Strafensatz zur Neubestimmung des Handeltreibens: Aufsuchen von Bestellungen).

§ 29 BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB

Ein vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln liegt bereits dann vor, wenn der Verkäufer dem Kaufinteressenten ein verbindliches und ernsthaftes Verkaufsangebot unterbreitet. Dabei ist es rechtlich unerheblich, ob es zu Umsatzgeschäften tatsächlich gekommen ist, ob der Täter über das angebotene Rauschgift verfügen konnte oder ob er eine gesicherte Lieferantenzusage hatte.

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Zur Rechtsprechung des EGMR in Sachen „Hörfälle“

(Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

Von Frau Oberassistentin Dr. **Daniela Demko** (LLM), Zürich

A. Einleitung

Die Verpflichtung zur Gewährleistung der Menschenrechte der EMRK richtet sich an die Mitgliedstaaten als

Vertragspartei der Konvention¹, wobei jeder Mitgliedstaat die völkerrechtliche Verantwortung „für das Verhalten aller seiner verfassungsmäßigen, mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteten Organe“² trägt. Die Staaten sind damit für die Ausübung hoheitlicher Gewalt verantwortlich³ und ihre Verpflichtung zur Einhaltung der Menschenrechte umfasst alle sich auf die Konventionsrechte unmittelbar auswirkenden Hoheitsakte der gesetzgeben-

¹ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, § 17 Rn.6, S. 121.

² Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 1996, Art.25 Rn.49, S.552.

³ Frowein/Peukert, (Fn.2), Art.25 Rn. 50, S. 553; Grabenwarter, (Fn.1), § 17 Rn. 6, S. 121.

den, vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt.⁴ Infolge der völkerrechtlichen Natur der Konvention besteht also eine entsprechende Verpflichtung für Privatpersonen grundsätzlich nicht und eine Verletzung der Konvention durch ein ausschließlich und rein privates Verhalten kommt grundsätzlich nicht in Betracht.⁵

Hier nun eröffnet sich der im folgenden zu besprechende Problemkreis der Einschaltung und Mithilfe privater Dritter bei der Strafverfolgung und der damit verbundenen Gefahr eines bewussten Unterlaufens der Rechtsbindung der Mitgliedstaaten.⁶ Gerade im Zusammenhang mit den sog. Hörfällen, bei denen private Personen an der Überwachung und Aufzeichnung von Telefongesprächen mit dem Beschuldigten beteiligt sind, erlangt das Umgehungsverbot in Bezug auf Art. 8 EMRK und der dort garantierten Achtung der Korrespondenz⁷ an Bedeutung.⁸

Der EGMR beschäftigte sich mit der sich bei den sog. *Hörfällen* stellenden Problematik insbesondere in der schon etwas älteren Entscheidung A. v. Frankreich aus dem Jahre 1993⁹ sowie der neueren Entscheidung M.M. v. Niederlande aus dem Jahre 2003,¹⁰ in der auf die frühere Entscheidung Bezug genommen wurde.¹¹

B. Aufgabenstellung und Ziel der folgenden Darstellung

In einer Zusammenschau beider Entscheidungen soll im Folgenden versucht werden, den Prüfungsaufbau des EGMR und die dabei von ihm im besonderen Maße hervorgehobenen Beurteilungskriterien nachzuzeichnen.¹² Das Aufzeigen der speziell in Bezug auf die sog. Hörfällen vom EGMR entwickelten Lösungen bzw. Lösungsansätze für ein Zusammenwirken von staatlichen Behörden und Privatpersonen eröffnet sodann den Raum für weiterführende Hinweise auf im Schrifttum zu findende Überlegungen und Schlussfolgerungen zur Abgrenzung rein privaten Verhaltens von solchem hoheitlicher Natur.

⁴ Frowein/Peukert, (Fn.2), Art.25 Rn. 40, S. 548; Grabenwarter, (Fn.1), § 17 Rn. 6, S. 121

⁵ So auch Gaede, StV 1/2004, 46, 46.

⁶ Beulke, Strafprozessrecht, 2001, § 23 Rn. 481g, S. 247.

⁷ Frowein/Peukert, (Fn.2), Art. 8 Rn.6; Grabenwarter, (Fn.1), § 22 Rn.9, S. 207; Meyer-Ladewig, Handk. EMRK, 2003, Art. 8 Rn.35.

⁸ Die folgende Besprechung konzentriert sich allein auf Art. 8 EMRK, nicht jedoch auf die Anschlussfrage eines mit Blick auf Art. 6 EMRK zu beantwortenden Verwertungsverbots bei Hörfällen; vgl. insoweit die weiterführende Untersuchung von Gaede, StV 1/2004, 46, 48 ff.

⁹ EGMR, A.v.Frankreich, U.v. 23.11.1993, Serie A, Nr. 277-B.

¹⁰ EGMR, M.M. v. Niederlande, U.v. 8.4.2003, Beschwerde Nr. 39339/98, StV 1/2004, 1ff.

¹¹ Siehe zum „normgestützte(n) case-law“ auch Gaede, StV 1/2004, 46, 46; Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1999, Rn. 167.

¹² Vgl. auch die – in drei Grundschritte unterteilte – Strukturierung der Prüfung eines Umgehungsverbots bei Gaede, StV 1/2004, 46, 50ff.

C. Der Fall M.M. v. Niederlande

I. Sachverhalt

Dem Fall M.M. lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Bf., ein niederländischer Anwalt, wirkte für Herrn K in dem gegen diesen geführten Strafverfahren als Verteidiger. Im Zusammenhang mit diesem Fall traf sich der Bf. mehrmals mit Frau S, die zu dieser Zeit die Frau des K war. Nachdem S ihrem Mann K erzählte, dass der Bf. am 8.11.1993 ihr gegenüber sexuelle Annäherungsversuche gemacht hatte, informierte K den seinen Fall untersuchenden Polizeibediensteten N. N wiederum informierte den gegen K ermittelnden StA T, der anordnete, eine Strafanzeige gegen den Bf. bei der Sittenpolizei einzureichen. Da S aus ihrer Furcht heraus, ihr Wort würde als einzig verfügbarer Beweis gegen das des Bf. nicht genügen, mit einer Strafanzeige zögerte, wurde in den folgenden Besprechungen zwischen N, dem Polizeibediensteten R von der Sittenpolizei und dem StA T der Frau S der Vorschlag gemacht, ein Tonbandgerät an ihr Telefon anzuschließen, damit sie ankommenden Gespräche mit dem Bf. aufnehmen konnte. Im Folgenden verbanden Polizeibedienstete ein Tonbandgerät mit dem Telefon der S in ihrer Wohnung und rieten ihr, dass sie ihre Gespräche mit dem Bf. auf dessen sexuelle Avancen lenken solle. Frau S wurde gezeigt, wie sie das Gerät bedienen muss; die Polizei kam zweimal in ihre Wohnung, um die Aufnahmen einzusammeln und neue Bänder in das Tonband zu laden. Frau S nahm drei Gespräche mit dem Bf. auf, die von der Polizei protokolliert und die Protokolle zu den Verfahrensakten im Verfahren gegen den Bf. genommen wurden. Der Bf., der wegen sexueller Angriffe auf Frau S verurteilt wurde, rügte in der Revision vor dem niederländischen Obersten Gerichtshof, dass seine Argumentation hinsichtlich des hier betroffenen Art. 8 EMRK unzutreffend zurückgewiesen worden sei, wonach die Strafverfolgung für unzulässig erklärt bzw. die rechtswidrige Erlangung der Beweismittel hinsichtlich der Telefongespräche mit Frau S festgestellt werden sollte. Jene Rüge wies der Oberste Gerichtshof mit der Begründung zurück, dass „unter den Umständen des Falles ein *Eingriff* in Art. 8 EMRK nicht festzustellen“¹³ sei.

II. Begründungsaufbau und –erwägungen des EGMR

1. Prüfungsreihenfolge

Jene Frage, ob die Aufzeichnung der Telefongespräche des Bf. mit Frau S für eine Verwendung derselben als strafverfahrensrechtliches Beweismittel nun einen *Eingriff einer staatlichen Behörde* in die Rechte des Bf. gem. Art. 8 EMRK darstellt, und anhand welcher Kriterien jener staatliche Eingriffscharakter zu bestimmen ist, ist dann auch Hauptgegenstand der Begründungserwägungen des EGMR.¹⁴ Zu betonen ist, dass der EGMR der

¹³ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1,1.

¹⁴ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1,2 Ziff. 36-42.

Frage nach einem „Eingriff in die Rechte des Bf. gem. Art. 8 EMRK ..., der einer staatlichen Behörde zugeordnet werden kann oder nicht“¹⁵ als ersten Prüfungsschritt nachgeht. Erst im Anschluss an das von ihm festgestellte Zwischenergebnis, dass seiner Ansicht nach und im Unterschied zur Meinung des niederländischen Obersten Gerichtshofs „ein Eingriff durch eine staatliche Behörde in das Recht des Bf. auf Achtung seiner Korrespondenz“¹⁶ vorliege, prüfte der EGMR in einem zweiten Prüfungsschritt die „Verletzung des Art. 8 EMRK“.¹⁷

2. Begründungserwägungen zum 1. Prüfungsschritt des „Eingriffs durch eine staatliche Behörde“

Jener „heikle(n) und schwierige(n) Frage“¹⁸, ob und wann das Zusammenwirken der Polizei mit Privatpersonen den Charakter eines Eingriffs einer staatlichen Behörde annimmt, widmet sich auch das abweichende Sondervotum der Richterin Palm, die im Unterschied zur Mehrheitsauffassung des EGMR und in Anlehnung an den niederländischen Obersten Gerichtshof einen Eingriff durch eine staatliche Behörde ablehnte.

Bei der Prüfung des Vorliegens eines „Eingriffs einer staatlichen Behörde“ geht es um nichts anderes als darum zu beurteilen, ob es sich bei dem zusammenwirkenden Verhalten der staatlichen Behörden mit den Privatpersonen noch um eine rein private Handlung oder bereits um eine solche hoheitlicher Natur handelt. Da die Verantwortlichkeit der Vertragsstaaten nur bei einem Verhalten von hoheitlicher Natur eingreift, stellt sich damit die Frage, wie sich das Zusammenwirken der staatlichen Behörden mit den Privatpersonen zu gestalten hat, damit der Eingriff in Art. 8 EMRK den staatlichen Behörden als eigener zugerechnet und die Verantwortlichkeit der Mitgliedstaaten infolgedessen bejaht werden kann.¹⁹

Für jenen „Zurechnungsansatz des EGMR“²⁰ weist der Gerichtshof zum einen darauf hin, dass „es die Polizei gewesen ist, die Frau S den Vorschlag unterbreitete, die Telefongespräche mit dem Bf. aufzunehmen“²¹, also die Initiative und Urhebung des Vorhabens von der staatlichen Behörde ausging.²² Ebenso wie die Polizeibediensteten für die Urhebung des Vorhabens verantwortlich waren, leisteten sie zum anderen zugleich „einen wesentlichen Beitrag zur Ausführung des Vorhabens“²³, indem

sie das Telefon der Frau S mit einem Tonbandgerät verbunden, ihr rieten, ihre Gespräche mit dem Bf. auf die sexuellen Annäherungsversuche zu lenken, sie im Umgang mit dem Tonbandgerät instruierten, ihre Wohnung betreten und die Aufnahmen einsammelten.²⁴

Nach Ansicht und Bewertung des EGMR lag darin ein wesentlicher maßgeblicher Beitrag der staatlichen Behörden bei der Ausführung des Vorhabens, wobei der Gerichtshof auf den früheren Fall A. v. Frankreich zurückgriff, dessen „gleiche(n) Erwägungen ... hier anzuwenden“²⁵ seien. Da die StA und die Polizei zudem in Ausübung ihrer dienstlichen Pflichten agierten, greife die Verantwortlichkeit des beklagten Staates folglich ein.²⁶

Dies änderte sich aus Sicht des EGMR auch nicht durch den Umstand, dass es S „überlassen (war), das Tonbandgerät zu aktivieren und den Bf. zu Ausführungen zu verleiten, die auf ein Schuldeingeständnis hinauslaufen“.²⁷ Vielmehr betonte der Gerichtshof ausdrücklich, dass er im „vorliegenden Fall, der sich wie A. gegen Frankreich dadurch auszeichnet, dass die Polizei einen privaten Bürger einsetzt, um Beweismittel in einem Kriminalfall zu erlangen, ... nicht vom Argument der Regierung überzeugt (ist), dass es allein Frau S war, die das Geschehen in der Hand hielt. Die Anerkennung eines solchen Arguments würde bedeuten, daß die Strafverfolgungsbehörden ihre aus der EMRK folgenden Verpflichtungen durch den Einsatz privater Ermittler umgehen könnten“.²⁸

Betrafen die vorgängigen Ausführungen des EGMR nun die Frage, ob überhaupt ein wesentlicher Beitrag einer staatlichen Behörde gegeben war, so äußerte er sich zu der Frage der Kausalität jener Mitwirkung für das Gelingen des Vorhabens eher vorsichtig bzw. nur andeutungsweise, indem es hieß, es sei „nicht erforderlich, ... zu prüfen, daß Frau S selbst ohne die Einschaltung der staatlichen Behörden uneingeschränkt berechtigt gewesen wäre, die Telefonanrufe des Bf. aufzuzeichnen und so wie von ihr beabsichtigt zu verwenden. Die in diesem Fall allein zu stellende Frage ist die der Mitwirkung einer staatlichen Behörde“.²⁹ Unter Zurückgreifen auf den im Strafrecht anerkannten Grundsatz, dass hypothetische Kausalverläufe nicht zu berücksichtigen seien, da sie die Ursächlichkeit eines realen, tatsächlichen Geschehensablaufs nicht zu beseitigen vermögen³⁰, ließe sich die Tatsache, „dass eine hypothetisch rein private Ersatzhandlung die tatsächliche Mitwirkung nicht ausräumt ...“, durchaus dahin deuten, „... dass eine kausale Bedeutung der staatlichen Mitwirkung für das tatsächliche Geschehen aus seiner Sicht (des EGMR) zu fordern ist“.³¹

¹⁵ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 36.

¹⁶ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 42.

¹⁷ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 43, 44-46.

¹⁸ So die Formulierung der Richterin Palm im abweichenden Sondervotum, StV 1/2004, 1, 2.

¹⁹ Frowein/Peukert, (Fn.2), Art. 25 Rn.49, S. 553: „das Handeln einzelner Amtsträger ist dem Staat zuzurechnen, soweit es mit dem diesem übertragenen Aufgabenbereich in Verbindung steht“.

²⁰ Gaede, StV 1/2004, 46, 47.

²¹ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 37.

²² EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 39.

²³ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 39.

²⁴ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 37.

²⁵ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 39.

²⁶ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 39.

²⁷ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 37.

²⁸ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff. 40.

²⁹ EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.41.

³⁰ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2001, S. 52 Rn. 161.

³¹ Gaede, StV 1/2004, 46, 51.

3. Offengebliebene Fragestellungen zum „Eingriff durch eine staatliche Behörde“

Festzuhalten bleibt, dass der EGMR auf einen sog. *maßgeblichen Beitrag, eine wesentliche Beteiligung* der staatlichen Behörden abstellt und dies sowohl hinsichtlich der *Initiative und Urhebung* als auch bezüglich des *Ausführungsstadiums* des Vorhabens erwähnt. Offen und ungeklärt lässt er aber die Frage, was nun genau die Beteiligung der staatlichen Behörde zu einer eben „wesentlichen“, „maßgeblichen“ Beteiligung erhebt, die die Staatenverantwortlichkeit begründet. Gerade der Hinweis des EGMR, dass es aus seiner Sicht nicht „allein Frau S war, die das Geschehen in der Hand hielt“³², wirft die Folgefrage auf, ob er schon jeden noch so geringen staatlichen Beitrag ausreichen lässt oder ob er nicht vielmehr eine Art „staatliche Tatherrschaft“ verlangt, die der staatlichen Behörde, wenn auch keine Allein-, so doch zumindest eine überwiegende „Haupt-Tatherrschaft“ über das Geschehen einräumt. Die Frage der Beurteilung der „Maßgeblichkeit“ des staatlichen Beitrages bewegt sich damit zwischen den zwei Eck- bzw. Grenzpunkten, dass das Geschehen einerseits ausschließlich und allein in den Händen der Privatpersonen liegt und folglich rein privaten Charakter trägt und andererseits ein die Eigenverantwortlichkeit der Privatpersonen vollständig ausschließendes Verhalten der staatlichen Behörden von infolgedessen klar hoheitlichem Charakter gegeben ist.³³

Offen lässt der EGMR weiterhin, ob dieser maßgebliche Beitrag der staatlichen Behörden *kumulativ* im Urhebungs-/Planungsstadium *und zugleich* im Aus-/Durchführungsstadium des Vorhabens vorliegen muss oder ob insoweit etwa an ein *Alternativverhältnis* zu denken ist.

D. Der Fall A. v. Frankreich

I. Sachverhalt und Begründungserwägungen

Gerade zur Beantwortung letzterer Frage sind in dem vom EGMR früher entschiedenen *Fall A. v. Frankreich* nun insoweit deutlichere Hinweise zu finden:

Hier erschien die Privatperson G bei der Polizei und teilte dem zuständigen Polizeibeamten aus eigenem Antrieb mit, dass die Bf. ihn zur Tötung einer dritten Person beauftragt habe. Freiwillig bot G an, die Bf. anzurufen, um mit ihr verschiedene Möglichkeiten des Mordes zu diskutieren, und schlug vor, diese Telefongespräche aufzunehmen. Unter Eingehen auf dieses Angebot rief G vom Dienstapparat im Büro des Polizeibeamten bei der Bf. an, wobei das Telefongespräch durch den Polizeibeamten aufgezeichnet wurde.

Im Unterschied zum Fall M.M. ging die Initiative zur Aufzeichnung der Telefongespräche hier nicht von der Polizei, sondern von der Privatperson aus, so dass ein

³² EGMR, M.M.v.Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.40.

³³ Dahingehend auch Gaede, StV 1/2004, 46, 51.

maßgeblicher Beitrag der staatlichen Behörde bei der *Urhebung* des Vorhabens nicht vorlag. Dennoch kam der EGMR zum Ergebnis einer Bejahung eines Eingriffs einer staatlichen Behörde in Art. 8 EMRK, was er damit begründete, dass der Polizeibeamte „einen maßgeblichen Beitrag bei der *Ausführung* des Vorhabens (leistete), indem er für eine kurze Zeit sein Büro, sein Telefon und ein Tonbandgerät zur Verfügung stellte ...“; zudem „... handelte er *in Ausübung seiner Pflichten* ...“, so dass folglich „... die staatlichen Behörden *in einem solchen Umfang involviert* (waren), daß die Verantwortlichkeit des Staates i.S.d. Konvention eingreift“³⁴

II. Offengebliebene Fragestellungen zum „Eingriff durch eine staatliche Behörde“

Hier finden sich also dieselben Argumente, wie sie der EGMR auch im Fall M.M. aufgegriffen hatte. Wenn der EGMR zwar auch im Fall A. v. Frankreich offen ließ, welche Kriterien im Einzelnen den staatlichen Beitrag zu einem solchen von maßgeblichen, wesentlichen Gewicht machen, so verdeutlichte er aber zumindest, dass ein solcher *wesentlicher staatlicher Beitrag nicht kumulativ* bei der *Urhebung und zugleich* der *Ausführung* des Vorhabens vorliegen muss. Vielmehr hielt er für ausreichend, aber eben auch erforderlich, dass bei der *Ausführung* des Vorhabens ein wesentlicher Beitrag der staatlichen Behörden vorlag. Unbeantwortet bleibt insoweit nun die Folgefrage, ob dies wiederum bedeutet, dass jedenfalls bzw. zumindest im Ausführungsstadium eine wesentliche staatliche Beteiligung vorliegen muss oder ob umgekehrt eine solche auch bei der Initiative und Planung des Vorhabens ausreichend sein könnte. Mit anderen Worten fragt sich, ob der eingeforderte staatliche Beitrag alternativ entweder im Initiativ- oder im Ausführungsstadium vorliegen muss oder ob nicht von einer Vorrangstellung des Ausführungsstadiums auszugehen ist, wonach als unverzichtbares Mindestanforderung ein maßgeblicher staatlicher Beitrag jedenfalls bei der Ausführung des Vorhabens vorliegen muss, ein solcher bei der Initiative und Planung hingegen als verzichtbar erscheint.³⁵

E. Weiterführende Lösungsansätze zum „Eingriff durch eine staatliche Behörde“

Jene bisher ungeklärten Fragen gehen auf das eigentliche Grundproblem zurück, anhand welcher Leitkriterien zu beurteilen ist, wann sich ein Kommunikationsvorgang zwischen Privatpersonen trotz Beteiligung staatlicher Behörden noch als private Handlung erweist und wann jener Kommunikationsvorgang gerade wegen einer sich in einer bestimmten Art und Weise gestaltenden staatlichen Beteiligung nun hoheitlichen Charakter annimmt.³⁶

³⁴ EGMR, A.v.Frankreich, Ziff. 36, StV 1/2004, 1,2 Ziff.38.

³⁵ Für ein Alternativverhältnis scheint sich unter Heranziehung des Gedankens positiver Handlungspflichten zum Schutz des Privatlebens Esser auszusprechen, vgl. Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 149.

³⁶ Vgl. dazu auch Tietje, MDR 11/1994, 1078, 1080.

I. Das ablehnende Sondervotum der Richterin Palm im Fall M.M. v. Niederlande

Das Fehlen eben solcher anerkannten Beurteilungskriterien macht insbesondere das Sondervotum der Richterin Palm im Fall M.M. deutlich, die im Unterschied zum EGMR eine Verletzung des Art. 8 EMRK aus dem Grund verneinte, dass schon kein *Eingriff einer staatlichen* Behörde gegeben sei. Unter Aufwerfen der Frage, ob „die Polizei ... so sehr in die Tonbandaufnahme involviert (war), daß die Verantwortung des Staates nach der EMRK eingreift ...“ oder ob „... die Polizeiaktionen eher als Information und Beratung in einer Art und Weise gesehen werden (können), die nicht zu einem Eingriff in Art. 8 EMRK führen“³⁷, beurteilte sie unter Aufgreifen des Ansicht des niederländischen Obersten Gerichtshofs ein- und dasselbe Tatgeschehen dahingehend, dass die Polizei eben „nicht in einer solchen *leitenden* Art und Weise“³⁸ gehandelt habe, die auf einen Eingriff einer staatlichen Behörde hinauslaufen würde. Festzuhalten bleibt insofern, dass auch Palm wie der EGMR, der von maßgeblicher, wesentlicher Bedeutung spricht, für einen staatlichen Eingriff eine bestimmte Art von *leitender* Beteiligung und ein „so sehr“³⁹ in den Kommunikationsvorgang Involviertsein verlangt, dass dies einer „beginnenden Polizeiuntersuchung *nahe kam*“⁴⁰. Auch nach Palm ist daher eine Art und Weise einer staatlichen Beteiligung erforderlich, die dem Gesamtgeschehen eine hoheitliche Prägung und Färbung vermittelt.

Palm differenziert insoweit nun zwar zwischen einem rechtswidrigen Eingriff der Polizei in Art. 8 EMRK einerseits und einem sog. „akzeptierten Polizeiverhalten“⁴¹ andererseits, das in der Beratung und Hilfe für bedrängte Bürger – und in der hier vorliegenden Opferhilfekonstellation speziell für Frauen, die sexueller Belästigung und Gewalt ausgesetzt sind – besteht.⁴² Offen lässt aber auch sie, anhand welcher qualitativer und/oder quantitativer Maßstäbe zu bestimmen ist, wann ein Zusammenwirken von Privatpersonen und staatlichen Behörden den Charakter einer privaten Handlung trägt und wann dieses in ein Verhalten von hoheitlicher Natur übergeht.

II. Der Fall Allan v. Großbritannien

Stellt sich das Verhalten privater Personen im Rahmen der Strafverfolgung als „prinzipiell konventionsneutral“⁴³ dar und erlangt das Zusammenwirken von Privatpersonen und Strafverfolgungsbehörden erst dann konventionsrechtliche Relevanz, wenn sich die staatlichen Behörden das private Verhalten *zuzurechnen* haben,⁴⁴ so sei auf der

Suche nach inhaltlich jenes *Zurechnungsprinzip* näher ausgestaltenden Kriterien kurz auf einen weiteren, vom EGMR entschiedenen Fall hingewiesen: So heißt es in der Entscheidung *Allan v. Großbritannien*⁴⁵, die den Schutz des Schweigerechts und der Selbstbelastungsfreiheit „gegen Umgehung ... durch dem Staat zurechenbare Informanten in Fällen besonderer persönlicher Beziehungen zum Beschuldigten und bei funktionalen Vernehmungen anerkennt“⁴⁶, dass die Prüfung einer Verletzung des Schweigerechts „vor allem auf die *Beziehung* zwischen dem Informanten und dem Staat sowie auf das Verhältnis zwischen dem Informanten und dem Beschuldigten zu fokussieren ist: Das Schweigerecht ist nur dann verletzt, wenn der Informant als Agent des Staates handelte ... Wann ein Informant *als dem Staat zuzurechnender* Agent anzusehen ist, hängt davon ab, ob der Wortwechsel zwischen dem Angekl. und dem Informanten in der gleichen Art und Weise auch erfolgt wäre, wenn die Behörden nicht eingegriffen hätten“⁴⁷. Auch hier stellt der EGMR für seine *Zurechnungslösung* daher auf eine sich in einer bestimmten Art und Weise gestaltende „*Beziehung*“ zwischen der Privatperson und der staatlichen Behörde und eine den Kommunikationsvorgang *tatsächlich beeinflussende Beteiligung* der staatlichen Behörde ab. Unbeantwortet lässt er aber wiederum, welche Kriterien genau jene staatliche Mitwirkung zu einer solchen machen, die einem Kommunikationsvorgang zwischen Privatpersonen den Charakter einer privaten Handlung abspricht und diesem hoheitlichen Charakter verleiht.

III. Lösungsansätze im Schrifttum

Auch im Schrifttum sind zu jener Problematik bisher nur wenige Lösungsvorschläge zu finden. Hingewiesen sei beispielsweise – wenn auch nur in Kürze und mit hinweisendem Charakter – etwa auf die Ausführungen von Trechsel, der, – wenn auch im Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung unter Verletzung der Souveränität – auf eine interessante „*Analogie aus der Strafrechtsdogmatik*“⁴⁸ zurückgreift und die Teilnahmelehre zur Lösung heranzieht: jene „*Teilnahmeverantwortlichkeit*“⁴⁹ liege vor, wenn der Mitgliedstaat zur Grundrechtsverletzung mindestens mittelbar beiträgt bzw. eine solche begünstigt.⁵⁰

Auch Tietje stellt in seinen, wenn auch etwas allgemeiner gehaltenen Ausführungen darauf ab, dass „ein Eingriff in den Schutzbereich der Kommunikationsfreiheit vorliegt, wenn ein Hoheitsträger *an dem Kommunikationsvorgang beteiligt* ist“⁵¹. In einer differenzierten Untersuchung zum Umgehungsverbot der EMRK durch den Einsatz von Privatpersonen bei der Strafverfolgung spricht Gaede

³⁷ Sondervotum der Richterin Palm, StV 1/2004, 1,2.

³⁸ Sondervotum der Richterin Palm, StV 1/2004, 1,2.

³⁹ Sondervotum der Richterin Palm, StV 1/2004, 1,2.

⁴⁰ Sondervotum der Richterin Palm, StV 1/2004, 1,3.

⁴¹ Sondervotum Palm, StV 1/2004, 1,2.

⁴² Vgl. zu jener „Opferfallgruppe“ auch die Ausführungen von Gaede, StV 1/2004, 46, 47f.

⁴³ Esser, (Fn.35), S. 178.

⁴⁴ Esser, (Fn.35), S. 178, 180; Gaede, StV 1/2004, 46, 47.

⁴⁵ EGMR, *Allan v. Großbritannien*, U.v. 5.11.2002, Beschwerde Nr. 48539/99, StV 5/2003, 257 ff.

⁴⁶ Gaede, StV 5/2003, 260, 260.

⁴⁷ EGMR, *Allan v. Großbritannien*, StV 5/2003, 257, 259 Ziff.51.

⁴⁸ Trechsel, EuGRZ 1987, 69, 77.

⁴⁹ Trechsel, EuGRZ 1987, 69, 77.

⁵⁰ Trechsel, EuGRZ 1987, 69, 77 mit weiteren Ausführungen.

⁵¹ Tietje, MDR 11/1994, 1078, 1080.

insoweit von einer „staatliche(n) Mitverantwortung ...“, welche „... die private Natur der späteren Eingriffshandlung (überlagert)“⁵² und stellt in einer sich „im jeweiligen Recht der EMRK seinen Anfangsgrund findende(n) Vorverlagerung des Menschenrechtsschutzes“⁵³ auf eine über ein allgemeines Lebensrisiko hinausgehende „staatliche Risikosetzung“⁵⁴ ab. Esser geht davon aus, dass die Anforderungen an den entscheidenden Beitrag der Strafverfolgungsbehörden „nicht allzu hoch“⁵⁵ anzusetzen und „mittlerweile eher niedriger einzustufen“⁵⁶ seien, wobei er den weiterführenden Gedanken an „positive Handlungspflichten zum Schutz des Privatlebens ...“ aufwirft und „... eine staatliche Schutzpflicht zur Abwehr privater Eingriffe in die von Art.8 EMRK geschützten Rechte“⁵⁷ für denkbar hält.

F. Begründungserwägungen des EGMR zum 2. Prüfungsschritt der „Verletzung“ des Art. 8 EMRK

An das Zwischenergebnis einer Bejahung eines maßgeblichen staatlichen Beitrages und damit eines Eingriffs durch eine staatliche Behörde in den Schutzbereich des Art.8 EMRK schließt der EGMR die Prüfung der „Verletzung“⁵⁸ des Art.8 EMRK bzw. umgekehrt, positiv formuliert, der Voraussetzungen einer Rechtfertigung jenes Eingriffs an. Danach verletzte ein solcher Eingriff Art.8 EMRK, „es sei denn, er basiert auf einem Gesetz i.S.d. EMRK, verfolgt ein gem. Art. 8 II EMRK legitimes Ziel und ist in einer demokratischen Gesellschaft

hinsichtlich dieses Zieles verhältnismäßig“.⁵⁹ In den Fällen M.M. v. Niederlande und A. v. Frankreich kam der EGMR nun zum Ergebnis einer Verletzung des Art.8 EMRK, weil es schon an einer entsprechenden Grundlage im nationalen Recht, also einem Gesetz i.S.d. EMRK fehlte.⁶⁰ Allein schon dies genügte dem Gerichtshof und es sei „nicht erforderlich zu prüfen, ob der vorliegende Eingriff ein legitimes Ziel verfolgte oder in einer demokratischen Gesellschaft diesbezüglich verhältnismäßig war“.⁶¹ Infolgedessen fanden sich folgerichtig auch keine weitergehenden Auseinandersetzungen mit der in Art. 8 Abs. 2 EMRK niedergelegten „Schrankenregelung“.⁶²

G. Schlussbemerkung

Lag der Schwerpunkt der Ausführungen des EGMR in den Fällen M.M. v. Niederlande und A. v. Frankreich bei dem ersten Prüfungsschritt des Vorliegens eines „Eingriffs durch eine staatliche Behörde“, so bleibt insoweit anzuwarten, in welcher Weise er sich zur inhaltlichen Ausgestaltung der von ihm eingeforderten maßgeblichen, wesentlichen Beteiligung der staatlichen Behörden zukünftig äußern wird. Wünschenswert wäre insofern, dass er es nicht nur bei einem Berufen auf die berühmten „Umstände des Einzelfalls“ beließe – die unbestritten ja stets von Bedeutung sind –, sondern Leitkriterien formuliert, an denen er sich zur Beurteilung der Maßgeblichkeit der die völkerrechtliche Staatenverantwortlichkeit begründenden Beteiligung einer staatlichen Behörde orientiert und ausrichtet.

⁵² Gaede, StV 1/2004, 46, 51.

⁵³ Gaede, StV 1/2004, 46, 51.

⁵⁴ Gaede, StV 1/2004, 46, 52.

⁵⁵ Esser, (Fn.35), S. 185.

⁵⁶ Esser, (Fn.35), S. 149.

⁵⁷ Esser, (Fn.35), S. 149; vgl. zudem seine Ausführungen zur Zurechnungslösung im Fall EGMR, Stocke v. Deutschland, Serie A Nr. 199, wonach es auf „eine persönliche Verantwortlichkeit der ... beteiligten Beamten“ ankomme, S. 180.

⁵⁸ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.43ff.

⁵⁹ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.43.

⁶⁰ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.45; EGMR, A.v.Frankreich, Serie A Nr. 277-B, §§ 36f.

⁶¹ EGMR, M.M. v. Niederlande, StV 1/2004, 1, 2 Ziff.46.

⁶² Grabenwarter, (Fn.1), § 22 Rn. 29, S. 221; siehe dazu näher § 22 Rn. 30ff. sowie § 18 Rn. 5ff.; zudem Meyer-Ladewig, (Fn.7), Art.8 Rn.42ff.; Frowein/Peukert, (Fn.2), S. 329 ff.; Esser, (Fn.35), S. 145 ff.

HRRS-Praxishinweis: Steigerung der verfassungsrechtlichen Bedeutung der EMRK durch Berücksichtigungspflicht und erhöhte Kontrolldichte

Hinweis auf den Beschluss BVerfG 2 BvR 1481/04 (Zweiter Senat) vom 14.10.2004 (OLG Naumburg)

Von Wiss. Ass. **Karsten Gaede** (Hamburg/Zürich)

I. Ob das Bundesverfassungsgericht mit dieser Grundsatzentscheidung tatsächlich alle vom Grundgesetz eröffneten Möglichkeiten ausgeschöpft hat, um Deutschland aus seiner im Schrifttum beklagten aber doch heute

bereits abnehmenden Grundrechtsintrovertiertheit verstärkt herauszulösen, mag bezweifelt werden. In jedem Fall aber muss nun nicht mehr auf Schlagworte wie „Bodenreform“ oder „Caroline“ verwiesen werden, wenn auf die tatsächlich mittlerweile erhebliche verfassungsrechtliche Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR hingewiesen werden soll. Sicherlich lässt das BVerfG mit dem jetzigen Beschluss noch immer deutlich spüren, dass es sich die Auslegung des Grundgesetzes nicht ohne weiteres vom EGMR diktieren lassen wird. Es behält sich im Ergebnis auch das bessere Wissen über die Menschenrechte vor und scheint gar – verfehlt (vgl. nur das auch allgemein empfehlenswerte Lehrbuch von Grabenwarter, ERMK [2003], § 2 Rn. 16) – zu meinen, es dürfe bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen infolge Art. 53 EMRK völkerrechtlich ohne weiteres vom EGMR abweichen. Dennoch hebt die Entscheidung aber unmissverständlich die mehrfach angeknüpfte (vgl. etwa Art. 1 II, 2 – 14; 20 III, 23, 24, 59 II GG) und intensivier-

te *verfassungsrechtliche Bedeutung* der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR hervor. Mit dem Verweis auf Art. 1 II GG ist nunmehr auch die bislang praktisch funktionslose eigentliche menschenrechtliche Stellungnahme des Grundgesetzes mit der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR in eine fruchtbare Verbindung gebracht worden. Das BVerfG hat zwar einerseits im Grunde seine langjährige Rechtsprechung schlicht fortgesetzt und weder die direkte Abstützung einer Verfassungsbeschwerde auf die EMRK zugelassen, noch etwas am Rang der EMRK an sich verändert. Andererseits hat das Gericht aber letztlich viel mehr getan: Das BVerfG hat über die von der EMRK inspiriert auszulegenden Grundrechte und über Art. 20 III GG eine *allgemeine verfassungsrechtliche Berücksichtigungspflicht* entwickelt, ohne dass sich seine begründenden Ausführungen mit Erfolg auf Fälle vom EGMR explizit festgestellter deutscher Verletzungen begrenzen ließen. Diese Berücksichtigungspflicht steht letztlich bei der Überprüfung von Gerichtsentscheidungen durch das BVerfG der heutigen Prüfung der Grundrechte im Allgemeinen in nichts nach: es gilt ausdrücklich der gleiche, freilich allgemein zurückgenommene Maßstab und damit die gleiche Kontrolldichte.

Wie im Grunde schon mit einer früheren Kammerentscheidung angedeutet, muss so ein gerichtliches Abweichen vom EMRK- bzw. EGMR-Standard heute *verfassungsrechtlich gerechtfertigt* werden, auch wenn die EMRK selbst im einfachen Gesetzesrang steht (vgl. so bereits m.w.N. Gaede wistra 2004, 166, 167). Jedenfalls dann, wenn eine bindende Entscheidung des EGMR zum konkreten Fall vorliegt, wird das BVerfG nun den Anlass sehen, infolge des EMRK-Hintergrundes seine eigene Prüfung überhaupt zu intensivieren. Da eine völkerrechtlich-verfassungsrechtlich begründete Steigerung der Kontrolldichte aber kaum nur die Vermeidung von Folgerletzungen, sondern überhaupt die Vermeidung von Völkerrechtsverletzungen zum Ansatz haben müsste, wird die Kontrolldichte im Zusammenhang mit der EMRK und den Entscheidungen des EGMR aber ganz allgemein steigen müssen. Das Gericht selbst führt aus:

„Allerdings ist das Bundesverfassungsgericht im Rahmen seiner Zuständigkeit auch dazu berufen, Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder *Nichtbeachtung* völkerrechtlicher Verpflichtungen durch deutsche Gerichte liegen und *eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit Deutschlands begründen können*, nach Möglichkeit zu verhindern und zu beseitigen (vgl. BVerfGE 58, 1, 34; 59, 63, 89; 109, 13, 23). Aus diesem Grund kann es geboten sein, abweichend von dem herkömmlichen Maßstab die Anwendung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch die Fachgerichte zu überprüfen. Dies gilt in besonderem Maße für die völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention, die dazu beiträgt, eine gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung zu fördern.“ [Hervorhebungen des Verfassers]

Erkennt man aber, welche praktische Bedeutung gerade die Kontrolldichte des BVerfG für die Grundrechtsverwirklichung auch im Strafverfahren hat, so muss man diese Neujustierung der deutschen Rechtsprechung zur EMRK aus der Sicht der EMRK als einen bedeutenden Fortschritt werten. Sie muss auch für die Fälle gelten, in denen eine Verletzung über bislang nicht gegen Deutschland ergangene Entscheidungen des EGMR dargelegt wird. Will sich das BVerfG in die gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung einreihen, dürfte es bei seiner anschließenden Entscheidungspraxis bedenken, dass der EGMR in ständiger Rechtsprechung unter dem insoweit ausnahmslosen Beifall des Schrifttums die primäre Verwirklichung der EMRK den Vertragsstaaten zuweist und sich selbst als subsidiäre Kontrollinstanz sieht (vgl. statt vieler *Kudla v. Polen* [GC], Rep. 2000-XI, §§ 132 ff., 148 ff., 155 = NJW 2001, 2694). Der EGMR verlangt etwa bei der Meinungsfreiheit des Rechtsanwaltes ohne weiteres, dass die nationalen Instanzen die *Grundsätze seiner Rechtsprechung* beachtet haben, auch wenn diese gegenüber anderen Vertragsstaaten entwickelt worden sind (vgl. *Steur v. NL* §§ 36 ff. HRRS 2004 Nr. 1 = dt. in JR 2004, 339 m. Anm. Gaede). Es kann nicht sein, dass eine sich „völkerrechtsfreundlich“ nennende Verfassungsauslegung dies ignoriert und alle plausibel dargelegten Verletzungen zunächst durch den bereits heute heillos überlasteten EGMR entscheiden lässt, während sich das nationale Gericht auch weiterhin nicht mit ihnen prüfend auseinander setzen muss. Zudem dürfte es das BVerfG selbst kaum erfreut haben, dass es in der Grundsatzentscheidung bei der Schilderung des Falles nicht umhin kam, zu bemerken, dass auch eine Kammer des BVerfG mit einem – unbegründeten – Nichtannahmebeschluss ihren Beitrag zur Feststellung einer deutschen Menschenrechtsverletzung geleistet hat. Ohne diesen Beitrag hätte es auch der Grundsatzentscheidung nicht bedurft. Wenn auch unterschiedliche Entscheidungen bei Abwägungskonstellationen kaum völlig auszuschließen sind, dürfte doch nach den jüngeren Entwicklungen ein Bestreben des BVerfG zu verzeichnen sein, sich durch Straßburg keine Korrekturen aufdrängen zu lassen, die das BVerfG mit Blick auf Straßburg nicht auch bereits selbst hätte vornehmen können. So wird man nicht ohne Grund festhalten dürfen: Wer heute die konventionsrechtliche Unterstützung seiner grundrechtlich abgestützten Verfassungsbeschwerde wohl begründet aufzeigen kann, hat jedenfalls gesteigerte Chancen, den heutigen Wall an Voraussetzungen mit einer begründeten Verfassungsbeschwerde tatsächlich zu überwinden.

II. Die Grundsatzentscheidung dürfte im Einzelnen umfangreich diskutiert werden. Ihre Konstruktion aus diversen Normen lädt zu dogmatischen Fragestellungen geradezu ein. Ihre Reichweite wird in Zweifel gezogen werden. Versuche der Begrenzung aller ausgesprochenen Pflichten etwa nur auf den Fall der Verurteilung Deutschlands dürften unternommen werden. Blickt man aber auf die völkerrechtliche und die (bald auch ausdrücklich) gemeinschaftsrechtliche Realität der Bindung Deutschlands an die EMRK und erneut auf Art. 1 Abs. 2 GG, sollte die Praxis es vorziehen, sich mit der erneuten Ausdehnung des Einflusses der EMRK auch im Strafverfah-

ren bereits heute anzufreunden. Dabei brauchen keine Revolutionen gefürchtet werden. Es geht darum, neue Sichtweisen einzubeziehen und bei bestimmten Problemkonstellationen Neujustierungen vorzunehmen. Der nationale Grundrechtsschutz wird mit dem Blick von Außen verfeinert. Tatsächlich – auch dies gilt es keineswegs zu vergessen – sind konkrete gesetzliche Maßstäbe der StPO den *heutigen* Maßstäben der EMRK in manchen Bereichen aus grundrechtlicher Sicht schlicht haushoch überlegen, was etwa beim Beweisantragsrecht im Allgemeinen der Fall ist (vgl. etwa zur Kritik des heutigen Standes der Rechtsprechung des EGMR anhand des Entlastungszeugen etwa *SK-StPO-Paeffgen*, Art. 6 EMRK Rn. 167 f.). Nur: dafür, diese Fälle weiterhin zu verallgemeinern, um sodann die EMRK im Allgemeinen außer Acht lassen zu dürfen, besteht kein überzeugender und methodisch haltbarer Grund. Worauf es ankommt ist einzig und allein, die EMRK und ihre Maßstäbe regelmäßig und flächendeckend wahrzunehmen, damit man sich aus Straßburg gar nicht erst plötzlich über alte oder in der Entwicklung des „*living instrument*“ EMRK längst ange deutete neue europäische Maßstäbe „belehren lassen muss“.

III. Wenn freilich die vom BVerfG begonnene Neujustierung wirklich in der Praxis ankommen soll, muss das Gericht selbst mit einer eigenen Praxis brechen, die derjenigen des kritisierten OLG Naumburg in ihrer „Völkerrechtsunfreundlichkeit“ kaum nachsteht: Es kann nicht sein, dass das BVerfG noch im Jahre 2004 zur nachträglichen Sicherungsverwahrung entscheidet, unter anderem auf eine geltende gesetzliche Grundlage verzichtet und wortlos unterstellt, dass eine solche Rechtsprechung mit Art. 5 EMRK zu vereinbaren sein soll (vgl. auch mit Recht abl. *Renzikowski* JR 2004, 271 ff.). Dass nicht einmal das scharf ablehnende Sondervotum die EMRK als Argumentationsoption gesehen zu haben scheint, hinterlässt mehr als nur Erstaunen. Derartige Entscheidungsbegründungen müssen der Vergangenheit angehö-

ren, wenn die intensiviertere Völkerrechtsfreundlichkeit des BVerfG nicht nur ein Mittel sein soll, um Fachgerichte hier und da zu kritisieren. Das BVerfG selbst muss die Praxis an relevante Parallelmaßstäbe der Konvention durch seine Autorität ausstrahlenden Entscheidungen heranzuführen. Neben dem BVerfG wird vor allem zum Strafverfahren auch der BGH gefordert sein, der Praxis den Zugang zu relevanten Ansätzen des EGMR zu erleichtern und Abgleiche seiner eigenen Entscheidungsmaßstäbe auf mögliche Unvereinbarkeiten oder auch Entwicklungsansätze vorzunehmen. Auch hier bestehen jedenfalls Reserven. Schaut man auf das aktuelle Vorlageverfahren zur Wirksamkeit des Rechtsmittelverzichts bei Absprachen, so muss man sehen, dass die allgemeinen Grundsätze zur Wirksamkeit des Verzichts auf Rechte des Art. 6 EMRK bislang keinerlei Rolle spielen, obgleich das faire Verfahren auch den *verfassungsrechtlichen* Hauptmaßstab für Absprachen darstellen soll (vgl. dazu näher *Gaede/Rübenstahl* HRRS 2004, 342 ff.). Die hier offenbar durchscheinende Praxis, die Grundsätze der EMRK nur dann näher zu prüfen, wenn der EGMR selbst eine Konstellation bereits im Detail entschieden hat, fällt etwa hinter die schweizerische und die heutige englische Gerichtspraxis mit Abstand zurück. Sie kann im Licht einer völkerrechtsfreundlichen deutschen Verfassung nicht ernsthaft bestehen bleiben. Im Gegenteil wird vor allem dem BVerfG und den Revisionsgerichten eine besondere Verantwortung dafür zufallen, dass in der Instanzpraxis die zum Teil auch sprachlich erschwerte (Abfassung nur in englisch und/oder französisch) und durch die zum Teil „*sybillinischen* Entscheidungen“ des EGMR überdies weiter verkomplizierte (vgl. nur mit vollem Recht *Nack*, Sonderheft der NJW für Gerhard Schäfer, 2002, S. 46, 51) Berücksichtigung der menschenrechtlichen Maßstäbe der EMRK tatsächlich gelingt. BVerfG und BGH sollten die Rechtsprechung des EGMR für die übrige Praxis nicht nur zufällig erschließen.

Schrifttum

Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten. Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, München, 2004, II 233 S., kart., ISBN 3-452-25740-1, EUR 22,00

I. Die enorme praktische Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts ist nicht zuletzt durch spektakuläre Verfahren in der jüngsten Vergangenheit – exemplarisch genannt seien hier nur der Mannesmann-Prozess (vgl. dazu *Rönnau/Hohn*, NStZ 2004, 113), die Entscheidung des BGH zur Untreue bei Vulkan (NJW 2004, 2248) sowie die Entscheidung des BVerfG zur Aufhebung des dinglichen Arrests in der Strafsache gegen Alexander Falk (HRRS 2004, 228 (Nr. 546) = StV 2004, 409) – über-

deutlich geworden. Eine Reihe von Indizien spricht dafür, dass die praktische Bedeutung dieses Rechtsgebiets (etwa im Bereich der Präventivberatung) noch zunehmen wird. Sogar sicher erscheint jedoch, dass die Bedeutung des Wirtschaftsstrafrechts für die Ausbildung anwachsen wird: Waren bislang nämlich eventuelle „strafrechtsnahe“ Wahlfachgruppen in den meisten Bundesländern eher „kriminologielastig“, so zeichnet sich für die zukünftige universitäre Schwerpunktbereichsausbildung in vielen Fakultäten ab, dass das Wirtschaftsstrafrecht in strafrechtlichen und/oder forensisch orientierten Schwerpunktbereichen eine Rolle spielen wird. Möglicherweise auch vor diesem Hintergrund ist zu erklären, dass nunmehr nahezu zeitgleich neben die schon länger bestehenden mehr oder weniger umfangreichen Handbücher zum Wirtschaftsstrafrecht mit den beiden Werken von *Hell-*

mann/Beckemper (Kohlhammer) und *Tiedemann* (Heymanns) zwei Lehrbücher zu dieser Materie erschienen sind.

Das hier anzuzeigende Werk von *Tiedemann* ist daher als (uneingeschränkt auch allein nutzbarer) erster Band einer zumindest zweiteiligen Darstellung konzeptioniert und enthält eine Einführung sowie einen Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts samt einer Sammlung wichtiger (und in den klassischen strafrechtlichen Sammlungen oftmals schwer zugänglicher) Rechtstexte. Abzüglich dieser Rechtstexte umfasst das Buch freilich nur noch rund 145 Seiten „Nettotext“, was zwar immer noch deutlich mehr ist, als die nur rund 45 (quasi den Allgemeinen Teil darstellenden) Seiten zum Unternehmensstrafrecht bei *Hellmann/Beckemper*, gleichwohl für die komplexe und weitgespannte Materie nicht sonderlich viel ist. Man kann sich daher leicht vorstellen, dass die Darstellung bei *Tiedemann* grundsätzlich bereits auf einem soliden Verständnis des allgemeinen Strafrechts aufbaut und selbst die wirtschaftsstrafrechtlichen Spezialfragen des Allgemeinen Teils eher punktuell anspricht und nur selektiv vertieft. Der Inhalt und auch die Art und Weise der Darstellung dessen, was *Tiedemann* als ein unbestrittener „Altmeister“ des Wirtschaftsstrafrechts darbietet, führen aber dazu, dass das Buch – so viel sei hier schon vorweggenommen – nicht nur für den studentischen Leser ein wertvolles Hilfsmittel, sondern auch für den fortgeschrittenen Strafrechtler ein echtes Lesevergnügen ist.

II. Das Buch ist in eine Einführung sowie sechs nachfolgende Paragraphen und den o.g. Anhang gegliedert:

1. In der knappen Einführung (S. 1-18) werden der behandelte Stoff sowie das Wirtschaftsstrafrecht als Gebiet knapp skizziert. Es finden sich u.a. bereits Hinweise auf das Phänomen der Internationalisierung der Wirtschaftskriminalität (vgl. Rn. 7 ff.), eine erste Auflistung der einschlägigen (in dem Buch dann aber nicht vertieft behandelten) Tatbestände des Besonderen Teils (vgl. Rn. 12 ff.) sowie eine Übersicht über „Gesetzessammlungen und literarische Hilfsmittel“ (vgl. Rn. 33 ff.), welche insbesondere für Studenten, die sich erstmals mit der Materie befassen (oder aber sich für die Erstellung einer Seminararbeit darin vertiefen müssen), gewiss hilfreich ist.

2. Der anschließende § 1 bringt noch einmal eine Art Einführung in die Materie, in der andere Aspekte in den Vordergrund rücken, nämlich der Versuch einer Begriffsbestimmung, die historische Entwicklung sowie allgemeine Prinzipien des Wirtschaftsstrafrechts (vgl. S. 19 ff.):

a) Hinsichtlich des umstrittenen Begriffs des Wirtschaftsstrafrechts legt sich *Tiedemann* nicht eindeutig auf eine Linie fest, sondern zeigt (m.E. zu Recht) die unterschiedlichen Perspektiven auf, unter denen das Phänomen betrachtet werden kann, so etwa die kriminologische oder rechtsdogmatische Sicht; die entsprechenden Bestimmungen werden dabei eher miteinander kombiniert als gegeneinander abgegrenzt. Als Fazit kommt er zu

dem Ergebnis (vgl. Rn. 47), dass das Wirtschaftsstrafrecht zusammen mit dem privaten und dem öffentlich-rechtlichen Wirtschaftsrecht die Teile der Gesamtmaterie „Wirtschaftsrecht“ bildet und dabei mit seinen Sanktionen vor allem wirtschaftsverwaltungsrechtliche, handelsrechtliche und Verbraucherschützende Regelungen flankiert.

b) Ausgesprochen gut gelungen ist der Abschnitt über Besonderheiten und Prinzipien der wirtschaftsstrafrechtlichen Gesetzgebung (Rn. 55 ff.), wo auf den Charakter vieler Wirtschaftsstraftaten als Sonderdelikte und abstrakte Gefährdungsdelikte sowie auf die im Wirtschaftsstrafrecht besonders problematischen Aspekte der Subsidiarität des Strafrechts als staatlichem Steuerungsinstrument und des Verhältnisses zwischen materiellem Recht und Prozessrecht (etwa im Spannungsfeld zwischen Vorfeldtatbeständen und Beweiserleichterungen) eingegangen wird. Es handelt sich hier um Grundsatzfragen, welche im größeren Zusammenhang allein in der jüngeren Vergangenheit von drei Habilitationsschriften (von *Hefendehl*, *Wohlers* und *Zieschang*) behandelt worden sind und bei allen Bemühungen um effektiven Rechtsgüterschutz nicht aus den Augen verloren werden dürfen. Der studentische Leser wird anhand der von *Tiedemann* verwendeten Beispiele Sinn, aber auch Problematik der genannten dogmatischen Kategorien gut erfassen können.

3. Die §§ 2 und 3 befassen sich in geraffter Form mit Kodifikationen und sonstigen Quellen des Wirtschaftsstrafrechts sowie mit einem knappen Hinweis auf das Prozessrecht (in dem in der wirtschaftsstrafrechtlichen Praxis ja teilweise auch „eigene Gesetze gelten“, welche in der Literatur vielfach noch nicht so ausführlich behandelt werden wie das materielle Wirtschaftsstrafrecht).

4. Den umfangreichsten Abschnitt des Buches bildet § 4 über den „Allgemeinen Teil des Wirtschaftsstrafrechts“. In ihm werden vor allem Besonderheiten bei Tatbestands-, Rechtfertigungs-, Irrtums- und Beteiligungslehre dargestellt:

a) Als Besonderheiten bei der Tatbestandsbildung (S. 55 ff.) hebt *Tiedemann* insbesondere das Phänomen der „Blankettstrafgesetzgebung“ hervor (vgl. Rn. 99 ff.), welche das Wirtschaftsstrafrecht im besonderen Maße prägen. In diesem Abschnitt geht es dabei zunächst nur um die Beschreibung der Regelungstechnik und die Frage ihrer Zulässigkeit (insbesondere auch bei dynamischen Verweisungen [vgl. Rn. 109]). Auch die Verwendung von Generalklauseln wird erörtert, wobei *Tiedemann* das nur selten überhaupt gesehene Problem der „Normspaltung“ anspricht, die seines Erachtens notwendig werden kann, wenn wirtschaftsrechtliche Begriffe in anderen Rechtsgebieten zwar noch akzeptabel sind, den besonderen Anforderungen des strafrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatzes jedoch nicht genügen können.

Ausgesprochen instruktiv ist auch die Darstellung (und deutliche Unterscheidung) von Schein- und Umgehungs-handlungen (vgl. Rn. 137 ff.), welche naturgemäß im Wirtschafts- und Steuerstrafrecht ebenfalls eine große

Rolle spielen. *Tiedemann* arbeitet dabei klar heraus, dass bei Umgehungs- bzw. Vermeidungshandlungen insbesondere deskriptive Tatbestandsmerkmale einer erweiternden Auslegung nur schwer zugänglich sind, wodurch Strafbarkeitslücken entstehen könnten. Gesetzliche „Umgehungsklauseln“ seien für eine Anwendung im Strafrecht oftmals zu unbestimmt.

Weitere Fragestellungen in diesem Abschnitt sind Kausalitätsprobleme (vgl. Rn. 167 ff.), insbesondere bei der strafrechtlichen Produkthandlung sowie bei Kollegialentscheidungen, sowie spezielle Fragen der Garantenstellung, insbesondere in Unternehmen (vgl. Rn. 181).

b) Im Rahmen der Rechtfertigungslehren (S. 95 ff.) wird zunächst das Phänomen der Sozialadäquanz und des berufsrollengemäßen Verhaltens angesprochen, welches in der sonstigen (auch wirtschaftsstrafrechtlichen) Diskussion insbesondere unter dem Schlagwort der neutralen Beihilfe bzw. der berufsbedingten Unterstützungshandlung diskutiert wird; die etwas ungewohnte Verankerung im Kapitel Rechtfertigungslehre verdeutlicht dabei jedoch zutreffend, dass es sich nicht allein um ein Problem der Teilnahme handelt.

Des Weiteren wird die Bedeutung des Notstands (vgl. Rn. 193 ff.) sowie von Genehmigungen und Einwilligungen (vgl. Rn. 201) erörtert; im letztgenannten Kontext spricht *Tiedemann* auch das Problem der Organuntreue (vgl. Rn. 210 ff.) an, welche trotz eines Handelns im Einvernehmen mit allen Gesellschaftern vorliegen kann, wenn der Gesellschaft in unzulässiger Weise Stammkapital entzogen wird und dadurch Gläubigerinteressen gefährdet werden.

c) Knapp, aber ausgesprochen eingängig wird anschließend die Irrtumslehre behandelt (vgl. S. 110 ff.), welche naturgemäß insbesondere im Zusammenhang mit normativen Tatbestandsmerkmalen und Blanketttatbeständen vor Schwierigkeiten stellt. *Tiedemann* übt dabei (m.E. berechnete) Kritik an der h.M. des „Zusammenlesens“ von Blankett- und Ausfüllungstatbestand, welches regelmäßig dazu führt, dass außerstrafrechtliche Irrtümer im Vorfeldbereich nur zu Verbotsirrtümern führen können; insbesondere, soweit es um die Verletzung „sittlich neutraler“ Pflichten geht, hat die von *Tiedemann* präferierte Annäherung der Behandlung an diejenige von normativen Tatbestandsmerkmalen (vgl. Rn. 225) einiges für sich.

d) Nachdem das Problem der berufsbedingten Beihilfe und der Kollegialentscheidungen bereits in vorhergehenden Kapiteln angesprochen wurde, kann sich der Abschnitt über Täterschaft und Teilnahme (vgl. S. 117 ff.) auf eine allgemeine Beschreibung von Verantwortlichkeitsstrukturen auf vertikaler und horizontaler Ebene innerhalb von Wirtschaftsunternehmen sowie auf die „Unternehmenstäterschaft“ (einschließlich einer Diskussion der Frage nach der Strafbarkeit von Personenverbänden [vgl. Rn. 242 ff.]) beschränken.

5. § 5 beschreibt einen allgemeinen, aus mehreren Verordnungen ableitbaren Teil des EU-Sanktionenrechts (vgl. S. 125 ff.). Dieses wird als Recht der Verwaltungssanktionen gekennzeichnet und mit den Regelungen des nationalen Straf- und Bußgeldrechts verglichen.

6. § 6 schließlich bringt einen Überblick zu denjenigen Sanktionen (vgl. S. 139 ff.), denen in wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren eine besondere Bedeutung zukommt, d.h. insbesondere zu der (mittlerweile vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärt und daher in Rn. 278 nur knapp genannten) Vermögensstrafe, dem Verfall, der Gewinnabschöpfung, der Mehrerlösabschöpfung im Kartellstrafrecht sowie den Auflagen bei einer in Wirtschaftstrafsachen nicht unwichtigen Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO.

III. Durch die Beschränkung auf den Allgemeinen Teil wird es das Buch von *Tiedemann* – jedenfalls solange nur dieser eine Band erschienen ist – schwer haben, als vorrangige oder gar alleinige Begleitlektüre in einer Veranstaltung zum Wirtschaftsstrafrecht empfohlen zu werden. Das ist schade (und deswegen kann man nicht nur jedem mit der Materie befassten Praktiker die Lektüre raten, sondern auch jeden Lehrenden nur ermahnen, den Studierenden das Werk als zusätzliche/ergänzende Lektüre zu empfehlen), da sich das Buch mit einer selten gelungenen Mischung aus Leichtigkeit und Ernsthaftigkeit der Materie annähert. Man spürt fast auf jeder Seite die Souveränität, mit der *Tiedemann* die Materie beherrscht. Besonders gut gefallen haben mir neben der ständigen Einbeziehung europarechtlicher und anderer internationaler Bezüge insbesondere der häufige Rekurs auf Grundlagen (der klar macht, dass auch für die Beschäftigung mit dem Wirtschaftsstrafrecht ein solides Fundament im Allgemeinen Strafrecht unverzichtbar ist) sowie die große Aktualität der von *Tiedemann* angeführten Beispiele. Der Verfasser ist damit der Gefahr mancher – sit venia verbo – Alterswerke entgangen, ein Buch, das nach eigenen Angaben im Vorwort in seinem Kern „in langjährigen Vorlesungen (...) erprobt“ ist, vor allem mit Problemen und Fällen aus den ersten dieser langen Jahre zu füllen.

Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen.

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Die amtliche Sammlung auf CD-ROM; Mohr Siebeck, 2003/04 (Grundwerk Bände 1-105; Update Bände 106-107); Grundwerk ohne Subskription € 398,00; Update 44,00 € (jeweils Einzelplatzlizenz).

I. Während die amtliche Sammlung etwa des BGH seit einiger Zeit in elektronischer Form vorliegt, ließ die aus dem Hause Mohr Siebeck zu erwartende amtliche Sammlung des BVerfG etwas auf sich warten. Heute aber lässt

sich sagen, dass sich dieses Warten gelohnt hat. Der Verlag hat nun ein mittlerweile durch ein Update erweitertes Grundwerk auf CD-ROM erstellt, das 107 Bände der deutschen Verfassungsrechtsprechung des BVerfG in bester Form elektronisch aufbereitet. Die CD-ROM hat dabei folgende Systemvoraussetzungen: Als Betriebssysteme kommen Windows™ 9x, NT 4x, 2000, ME, XP in Frage. Erforderlich sind ebenso der – mitgelieferte – Internet Explorer, ein Pentium-Prozessor, ein VGA-Monitor mit 256 Farben und ein Arbeitsspeicher von 32 MB. Für eine komplette Installation sind mindestens 318 MB Plattenspeicher einzuplanen. Die Installation gelingt Dank der Informationen des Verlages problemlos. Die Lizenzierung wird vom Verlag ebenfalls insbesondere über das Internet zügig durchgeführt, wobei – wie der Rezensent selbst auf Grund seines eigenen Anwenderfehlers feststellen konnte – die Mitarbeiterinnen des Verlages zügig und hilfsbereit entstandene Probleme lösen. Die CD-ROM-Ausgabe ist in Einzelplatz- und Netzwerkversionen erhältlich und wird laut Verlag in regelmäßigen Abständen aktualisiert. Der Bezug der Updates setzt den Erwerb einer CD mit dem seitherigen Grundwerk voraus. Der Erwerb allein des Grundwerks ist möglich.

II. Auch dem Nutzer, der sich wie der Rezensent nicht als Experte für die Ausschöpfung von Windowsprogrammen bezeichnen würde, bietet die CD-ROM überzeugende Arbeitsmöglichkeiten. Die CD-ROM erschließt die Entscheidungen der Bände über benutzerfreundliche Menüs. Eine Hilfe beantwortet etwaige Fragen. Selbstverständlich zeichnet sich die Benutzeroberfläche durch eine ganze Reihe von Suchstrategien aus, die sich etwa nach Senaten, Zeiträumen oder Bänden ausrichten lassen. Der Benutzer kann die Bände wie Bücher aufschlagen, eine Direktsuche (etwa nach dem Zitat der Sammlung: BVerfGE 57, 250) und eine Volltextsuche durchführen. Die Volltextsuche ist dabei hinsichtlich der Schreibweise auch bei Gesetzeszitaten tolerant gestaltet, so dass der Nutzer hier recht frei suchen kann. Die Entscheidungen sind untereinander verknüpft, so dass Verweisen auf andere Entscheidungen mittels einer blauen, anklickbaren Sprungmarke („Hyperlink“) nachgegangen werden kann. Die dabei aufgefundenen Entscheidungen und Zitate lassen sich problemlos in Schriftsätze oder Publikationen unter Word übernehmen. Die Entscheidungen werden mit dem seitengenaue Umbruch der Bandausgabe dargestellt, so dass Zitate uneingeschränkt nach der CD-ROM möglich sind. Liest man die Entscheidungen am Bildschirm, so zeichnet sich das Schriftbild durch einen klaren Kontrast aus. Eine Zoomansicht fehlt hingegen, was freilich durch die Kopie in Word überwunden werden kann. Der Entscheidungsausdruck funktioniert problemlos. Der Nutzer kann sich die Arbeit mit der CD-ROM individuell ertragreicher gestalten, indem er Notizen schreibt – in denen sodann auch gesucht werden kann und die dauerhaft erhalten bleiben – oder einzelne Stellen in den Entscheidung farblich markiert.

III. Bei der Arbeit mit der Entscheidungssammlung kommen die Vorzüge einer CD-ROM zum Ausdruck. Sie ermöglicht eine vollständige Erfassung der einschlägigen

Grundentscheidungen des BVerfG und vor allem ermöglicht sie, Querverbindungen zwischen Entscheidungen oder Rechtsprechungen des BVerfG leichter zu erkennen. Gerade der Strafrechtler stößt so vielleicht auf bedeutende verfassungsrechtliche Ansätze. So mancher Schatz früher Entscheidungen (vgl. etwa zur Messbarkeit und Kontrollierbarkeit von Grundrechtseingriffen bereits BVerfGE 20, 162, 224 [Spiegel-Urteil] und heute wieder BVerfGE 96, 44, 51) lässt sich auf diese Art und Weise heben bzw. lassen sich bedeutende Passagen wieder auffinden und in die aktuelle Diskussion einführen. Auch wenn es wie etwa bei Verfassungsbeschwerden darum geht, verfassungsrechtliche Argumentationen gegenüber der problematischen „Willkürformel“ abzusichern, können gerade präzise dargestellte frühere konkrete Ansätze des BVerfG selbst bedeutend sein. Auch für rechtswissenschaftliche Analysen ist die CD-ROM sehr hilfreich. Sie lässt etwa den bekannten Aufstieg und Fall der ominösen Wendung „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ (vgl. etwa Hassemer StV 1982, 275 ff. und heute Hassemer, Meyer-Goßner-FS, S. 127, 142 Fn. 76) sichtbar werden. Mehr noch weist sie sogar auf einen Ansatz zu einer möglicherweise positiv gewandelten Wiedergeburt hin (vgl. BVerfGE 103, 44, 64). Ernüchternd stellt man Dank der CD-ROM fest, dass das BVerfG in 53 Jahren ganze 21 Mal (!) in für die amtliche Sammlung bedeutsamen Entscheidungen auf die europäischen Menschenrechte der EMRK und ganze 9 Mal auf den EGMR Bezug genommen hat. Gleichwohl sieht man auch hier deutlich: die Bezugnahmen finden sich in den letzten dreißig Bänden, und sie nehmen zu.

Die CD-ROM lädt schließlich auch ganz allgemein dazu ein, die für die deutsche Rechtskultur prägenden Entscheidungen des BVerfG nicht nur zum Strafrecht einmal zur Hand zu nehmen. In den Bänden der CD-ROM schlägt sich viel jüngere deutsche Geschichte nieder. Gerade auch straf- oder strafverfahrensrechtliche je nach Standpunkt grundlegende und/oder bedenkliche Entscheidungen wie BVerfGE 37, 1 ff. (Schwangerschaftsabbruch I); BVerfGE 90, 145 ff. (Cannabis-Urteil) und BVerfGE 57, 250 ff. (V-Mann-Sperrung und Zeuge vom Hörensagen) stehen durch die CD-ROM nach wenigen Mausklicks bequem zur Verfügung, so dass man eingeladen ist, prägende Entscheidungen (erneut) zu lesen, um sich so auch von ihren grundlegenden Aussagen in Praxis und/oder Wissenschaft anregen zu lassen.

IV. Kurzum: die elektronische Publikation der amtlichen Sammlung des BVerfG ist ein überzeugendes Produkt. Sie bereitet in elektronischer Form wesentliche Beiträge zur deutschen Rechtskultur leicht handhabbar auf und eröffnet damit zahlreiche Möglichkeiten, die Rechtsprechung des BVerfG und damit auch das Grundgesetz optimal zu berücksichtigen. Natürlich hat die CD-ROM einen stolzen Preis, der viele von einem Kauf abhalten kann. Ein etwas niedriger Einstiegspreis und insbesondere eine vergünstigte Version für Studenten und Referendare wäre wünschenswert, wengleich zu bedenken ist, dass der Verlag immerhin 2.800 Entscheidungen mit rund 48.000 Druckseiten aufzuarbeiten hatte, die er nun in vorbildlicher Form präsentiert. Immerhin stellt die

elektronische Version im Vergleich zur – sicherlich auch eigene Vorteile aufweisenden – Druckausgabe aller Bände preislich einen Fortschritt dar: Für das Paket aus CD-ROM und gedruckten Bänden veranschlagt der Verlag derzeit 3935.00 €. Soweit der Preis der CD-ROM jedoch im Bereich des Möglichen liegt, sollte eine Anschaffung

angesichts der Vorzüge der elektronischen Version durchaus überdacht werden.

Wiss. Ass. **Karsten Gaede**, Hamburg/Zürich

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.

867. BVerfG 2 BvR 1481/04 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 14.10.2004 (OLG Naumburg)

Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens; Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK); Mangelhafte Umsetzung eines Urteils des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR); Rechtsstaatsprinzip (Bindung an Recht und Gesetz; Berücksichtigung der EMRK und der Entscheidungen des EGMR; faires Verfahren); Stellung der EMRK in der nationalen Rechtsordnung (Normenhierarchie; einfaches Bundesgesetz); Berücksichtigung der EMRK im Verfassungsbeschwerdeverfahren (kein unmittelbarer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab; Auslegungshilfen für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten und rechtsstaatlichen Grundsätzen des Grundgesetzes); völkerrechtliche Bindungswirkung von Entscheidungen des EGMR (Bindung an einen bestimmten Streitgegenstand [res iudicata]; keine die Rechtskraft beseitigende Wirkung); Umsetzungen von die Bundesrepublik Deutschland verurteilenden Entscheidungen des EGMR (keine schematische „Vollstreckung“; Beendigung eines fortdauernden Konventionsverstoßes; Herbeiführung eines konventionsgemäßen Zustandes); Anforderungen an gerichtliche Entscheidungen nach verurteilenden Entscheidungen des EGMR (Kenntnisnahme der entsprechenden Texte und Judikate; Berücksichtigung im Willensbildungsprozess; erkennbare Auseinandersetzung; nachvollziehbare Begründung einer Abweichung).

Art. 6 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 97 Abs. 1 GG; Art. 59 Abs. 2 GG; Art. 23 GG; Art. 24 GG; Art. 25 GG; Art. 8 EMRK, Art. 6 EMRK; Art. 36 Abs. 2 EMRK; § 621 g ZPO; § 620 e ZPO; § 621 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ZPO; § 1684 Abs. 4 Satz 1 und 2 BGB; § 359 Nr. 6 StPO; § 48 VwVfG

868. EGMR Nr. 60115/00 – Urteil vom 20. April 2004 (Amihalachioaie v. Moldawien)

Meinungsfreiheit von Rechtsanwälten bei der öffentlichen Kritik von (Verfassungs-) Gerichten (Bedeutung der Rechtsanwälte für das Justizwesen; Presse; Schutz der Form der Meinungskundgabe; Eingriff; Rechtfertigung; Verhältnismäßigkeit; Anforderungen an den Gesetzesvorbehalt:

bereichsbezogene Bestimmtheit; Interessenausgleich; legitimes Ziel; notwendig in einer demokratischen Gesellschaft; dringendes gesellschaftliches Bedürfnis; Sondervoten Loucaides und Thomassen: enge Auslegung der Schranken des Art. 10 II EMRK). *Redaktioneller Hinweis.*

Art. 10 EMRK; Art. 5 Abs. 1 GG

869. BGH 2 StR 149/04 - Urteil vom 29. September 2004 (LG Köln)

Rücktritt vom unbeendeten Versuch (Freiwilligkeit; Rücktrittshorizont); Mord; gefährliche Körperverletzung. § 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

870. BGH 2 StR 173/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Koblenz)

Zurückweisung eines Beweisantrages auf Hinzuziehung eines Sachverständigen (eigene Sachkunde); Aufklärungspflicht; Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Urteilsgründe. § 244 Abs. 4 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

871. BGH 2 StR 178/04 - Urteil vom 29. September 2004 (LG Darmstadt)

Aufklärungspflicht (unerreichbarer Zeuge); Überzeugungsbildung; Urteilsgründe (Darlegung des Inhalts von Zeugenaussagen). § 244 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

872. BGH 2 StR 203/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Trier)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Strafrahmenwahl; vertypter Milderungsgrund; minder schwerer Fall). § 30 BtMG; § 31 BtMG; § 49 Abs. 1 StGB

873. BGH 2 StR 232/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Darmstadt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Versuch; Vollendung; verbindliches und ernsthaftes Verkaufsangebot; Umsatzgeschäft; Anfrage des dritten Strafensatzes zur Neubestimmung des Handeltreibens: Aufsuchen von Bestellungen).

§ 29 BtMG; § 22 StGB; § 23 StGB

874. BGH 2 StR 232/04 - Beschluss vom 15. September 2004 (LG Darmstadt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Nachholung von Verfahrensrügen, rechtliches Gehör).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

875. BGH 2 StR 312/04 - Beschluss vom 6. Oktober 2004 (LG Aachen)

Verfallsanordnung bei Zuhälterei und Menschenhandel (Schadensersatzansprüche der Verletzten; Schutzgesetz).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 181 StGB; § 181a StGB; § 823 Abs. 2 BGB; § 1 ProStG

876. BGH 2 StR 523/03 - Beschluss vom 6. August 2004 (OLG Koblenz)

BGHSt; Rechtsbeschwerde (Einlegungsfrist); Urteilsverkündung (abwesender Betroffener); Zustellung des Urteils (Vollständigkeit, endgültiges Urteil); rechtliches Gehör.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 77 b Abs. 1 Satz 3 OWiG; § 79 Abs. 4 OWiG; § 121 Abs. 2 GVG

877. BGH 2 ARs 307/04 2 AR 181/04 - Beschluss vom 29. September 2004

Zuständigkeitsbestimmung (Strafvollstreckungskammer). § 111 Abs. 1 StVollzG; § 9 Abs. 1 StVollzG

878. BGH 3 StR 231/04 – Beschluss vom 20. Juli 2004 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Gewerbsmäßige Hehlerei (Sich-Verschaffen: Abgrenzung von der Beihilfe zur Hehlerei); Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 259 StGB; § 27 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

879. BGH 3 StR 240/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (LG Lübeck)

Aufklärungspflicht (zweiter Sachverständiger; bessere Erkenntnismittel; Beweis des Gegenteils der behaupteten Tatsache); Sicherungsverwahrung (Hang zur Begehung erheblicher Straftaten); Hilfsbeweis Antrag; eigene Sachkunde; Beruhen.

§ 244 StPO; § 246a StPO; § 337 StPO; § 338 Nr. 8 StPO; § 66 StGB

880. BGH 3 StR 243/04 - Beschluss vom 10. August 2004 (auswärtige große Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung der fehlenden Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit); Sachverständigengutachten (Übernahme durch den Tatrichter: Darlegung, Urteilsgründe, Überprüfbarkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

881. BGH 3 StR 255/04 - Beschluss vom 23. September 2004 (LG Kleve)

Wesentlicher Teil der Hauptverhandlung (Entscheidung über die Vereidigung eines Zeugen); absoluter Revisionsgrund; Entfernung des Angeklagten.

§ 61 StPO a.F.; § 59 StPO n.F.; § 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

882. BGH 3 StR 291/04 - Beschluss vom 15. September 2004 (LG Wuppertal)

Beschwer.

vor § 296 StPO

883. BGH 3 StR 316/04 - Beschluss vom 16. September 2004 (LG Hannover)

Totschlag (Tateinheit bei Tötung zweier Opfer; sich überschneidende Ausführungshandlungen).

§ 212 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

884. BGH 3 StR 372/04 - Beschluss vom 13. Oktober 2004 (LG Hannover)

Strafzumessung (Berücksichtigung generalpräventiver Aspekte, Zunahme bestimmter Delikte).

§ 46 Abs. 1 StGB

885. BGH 1 StR 180/04 – Urteil vom 14. September 2004 (LG Waldshut)

Beweiswürdigung (bedingter Vorsatz; Grenzen der Revisibilität; Rechtsfehler; überspannte Anforderungen; Widerspruch zu den Feststellungen); fahrlässige und vorsätzliche Körperverletzung.

§ 15 StGB; § 223 StGB; § 230 StGB; § 261 StPO

886. BGH 1 StR 202/04 – Urteil vom 14. September 2004 (LG Mannheim)

Verfall von Wertersatz gegen einen Drittbegünstigten (Zurechnung der Taten von Angestellten einer betrieblichen Organisation ohne Organstellung, mögliche Ausweisung eines niedrigeren Verfallsbetrages bei Gutgläubigkeit des Drittbegünstigten; Revisibilität der Härtefallregelung; Bruttoprinzip; Schuldgrundsatz).

Art. 1 GG; Art. 20 III GG; § 73 Abs. 3 StGB; § 73a StGB

887. BGH 1 StR 212/04 – Urteil vom 16. September 2004 (LG Augsburg)

Verfahrenshindernis der fehlenden Anklage (keine Zurückweisung; Einstellung).

§ 200 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

888. BGH 1 StR 213/04 – Urteil vom 31. August 2004 (LG Landshut)

Bemessung der Jugendstrafe (Strafzumessung; Erziehungsgedanke; Sühnegedanke bei Kapitalverbrechen und gerechter Schuldausgleich).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 46 StGB

889. BGH 1 StR 233/04 – Urteil vom 16. September 2004 (LG Regensburg)

Beweiswürdigung (bedingter Tötungsvorsatz beim Umgang mit Schusswaffen: Vertrauen auf einen glücklichen Zufall; Willenselement des Vorsatzes bei gefährlichen

Handlungen und Bedeutung einer „Minderbegabung“); Anforderungen an die Feststellung einer alkoholbedingten erheblichen Verminderung der Steuerungsfähigkeit (Indizwirkung der BAK und umfassende Gesamtwürdigung zur Rechtsfrage).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

890. BGH 1 StR 284/04 – Beschluss vom 5. Oktober 2004 (LG München)

Ermessen des Tatrichters über die Beauftragung eines Sachverständigen bei der Überschneidung der Kompetenzen von Sachverständigen (psychologische Kenntnisse des Psychiaters).

§ 73 StPO

891. BGH 1 StR 44/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Heilbronn)

Ablehnungsrüge (Beurteilung der Zurückweisungsbeurteilung nach Beschwerdegrundsätzen; Besorgnis der Befangenheit bei Ankündigung der straferschwerender Verwertung der Wahrnehmung prozessualer Rechte und Ausräumung durch den Kontext).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 27 StPO; § 304 StPO; § 338 StPO

892. BGH 1 StR 294/04 – Beschluss vom 28. September 2004 (LG Waldshut)

Einstellung wegen Verfahrenshindernis (Anklage der Tat).

§ 200 StPO; § 260 Abs. 3 StPO

893. BGH 1 StR 304/04 – Beschluss vom 15. September 2004 (LG Würzburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen (Faxausfall); Übergang von der Zeugenvernehmung zur Beschuldigtenvernehmung (pflichtgemäße Beurteilung; Beurteilungsspielraum bei Tötungsdelikten).

§ 136 StPO; § 163a StPO; § 44 Satz 1 StPO; § 45 StPO; § 46 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 Satz 1 StPO

894. BGH 1 StR 317/04 – Urteil vom 28. September 2004 (LG Coburg)

Erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (Affekt und gegenindizierende Sicherheitstendenz; Saß-Kriterien; eigene Sachkunde bei der Vorfrage nach medizinisch-psychiatrischen Anknüpfungstatsachen; Rechtsfrage der Erheblichkeit: Ausschluss des Zweifelsgrundsatzes und besondere Anforderungen bei Tötungsdelikten).

§ 21 StGB; § 244 Abs. 4 StPO

895. BGH 1 StR 342/04 – Beschluss vom 2. September 2004 (LG Regensburg)

Verbescheidung ohne Beweisantrag und Aufklärungspflicht; Bindungswirkung.

§ 244 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StPO; § 358 Abs. 1 StPO

896. BGH 1 StR 347/04 – Beschluss vom 31. August 2004 (LG Stuttgart)

Konkurrenzen bei versuchter Brandstiftung mit Todesfolge und schwerer Brandstiftung (Tateinheit; Gesetzesinheit: Rechtsgutsbezug und Klarstellungsfunktion).

§ 306c StGB; § 23 StGB; § 306a StGB

897. BGH 1 StR 359/04 – Beschluss vom 3. September 2004 (LG Traunstein)

Totschlag; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit (erforderliche Gesamtwürdigung der Eingangsmerkmale; isolierte Berücksichtigung des Nachtatverhaltens; Erörterungsmangel hinsichtlich einer sinnlosen Tatbegehungsweise).

§ 212 StGB; § 21 StGB

898. BGH 1 StR 378/04 – Beschluss vom 28. September 2004 (LG Offenburg)

Nachholung der fehlenden Festsetzung einer Einzelstrafe durch das Revisionsgericht.

§ 354 Abs. 1 StPO

899. BGH 1 StR 565/03 – Beschluss vom 29. September 2004 (LG München)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung von Verfahrensrügen (Übermittlungsversehen); Unterbrechung der Verjährung (keine Analogie hinsichtlich der Unterbrechungsmaßnahmen); Strafzumessung (Berücksichtigung verjährter Straftaten; Vorleben); Beweiswürdigung (Verschleierungshandlungen bei der Untreue).

§ 44 StPO; § 78 StGB; § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB; § 46 StGB; § 266 StGB; § 261 StPO

900. BGH 4 StR 199/04 – Urteil vom 9. September 2004 (LG Essen)

Voraussetzungen für eine Strafrahmenermilderung infolge eines Täter-Opfer-Ausgleichs bei der Leistung von Schadensersatz (friedensstiftende Wirkung; kommunikativer Prozess); gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall).

§ 46a StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB

901. BGH 4 StR 230/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Saarbrücken)

Reduktion der Gesamtstrafe um eine weggefallene Einzelstrafe in vollem Umfang als niedrigst mögliche Gesamtstrafe.

§ 354 Abs. 1 StPO analog

902. BGH 4 StR 234/04 – Beschluss vom 7. September 2004 (LG Bielefeld)

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen (Nichterfassung rein „vertikaler“ Absprachen).

§ 298 Abs. 1 StGB

903. BGH 4 StR 265/04 – Beschluss vom 19. Oktober 2004 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

904. BGH 4 StR 84/04 – Urteil vom 16. September 2004 (LG Paderborn)

Verbotene Vernehmungsmethoden (Drohung mit einer unzulässigen Maßnahme: Missbrauch der Untersuchungshaft in Form der Androhung einer Invollzugsetzung des Haftbefehls zur Abwehr eines angekündigten

Beweisantrages und zur Herbeiführung einer Urteilsab-sprache bzw. eines Geständnisses; neu hervorgetretene Umstände gemäß § 116 Abs. 4 StPO; Verwertungsverbot; Geständnis); Unwirksamkeit des absprachebedingten Rechtsmittelverzichts (unzulässige Willensbeeinflussung; „übliche Usancen der hiesigen Justiz“; Fortwirkung der unzulässigen Androhung der Invollzugsetzung des Haftbefehls).

§ 112 StPO; § 116 Abs. 4 StPO; § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO; Art. 1 GG; Art. 5 I lit. c EMRK; Art. 18 EMRK

905. BGH 4 StR 293/04 – Beschluss vom 24. August 2004 (LG Dortmund)

Voraussetzungen der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Anwendung bei Verfahrensstillstand in einem Teil des Verfahrens; Bedeutung der Ressourcenknappheit; Gesamtwürdigung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

906. BGH 4 StR 296/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

907. BGH 4 StR 297/04 – Beschluss vom 30. September 2004 (LG Dortmund)

Unerlaubtes Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Beurteilung eines Scheinangebots: versuchter Betrug).

§ 29 BtMG; § 263 StGB; § 23 StGB

908. BGH 4 StR 327/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004

Unbegründeter Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts in der Revisionsinstanz.

§ 397 a Abs. 2 StPO

909. BGH 4 StR 356/04 – Beschluss vom 14. Oktober 2004 (LG Kaiserslautern)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

910. BGH 5 StR 18/04 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Berlin)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

911. BGH 5 StR 50/03 – Beschluss vom 25. März 2003 (LG Berlin)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist zur Nachholung von Verfahrensrügen (grundsätzliche Unzulässigkeit; Ausnahmen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs; Entpflichtung des Verteidigers).

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 44 StPO

912. BGH 5 StR 205/04 – Urteil vom 2. September 2004 (LG Berlin)

Fehlerfreie Beweiswürdigung (gescheiterte Zuordnung eines Messereinsatzes bei einer Schlägerei).

§ 261 StPO

913. BGH 5 StR 231/04 – Beschluss vom 22. Juni 2004 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

914. BGH 5 StR 251/04 – Beschluss vom 8. Juli 2004 (LG Bremen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

915. BGH 5 StR 257/03 – Beschluss vom 30. Oktober 2003 (LG Berlin)

Förderung der Prostitution nach § 180a Abs. 1 Nr. 2 StGB aF (Neufassung durch das ProstG); Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte.

§ 180a Abs. 1 Nr. 2 StGB aF; § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 357 StPO

916. BGH 5 StR 306/03 – Beschluss vom 4. Mai 2004

Zurückweisung eines Antrages auf Beiordnung eines Rechtsanwalts als Nebenklägervertreter (fehlende Legitimation).

§ 397a StPO

917. BGH 5 StR 69/04 – Beschluss vom 30. März 2004

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

918. BGH 5 StR 71/03 – Beschluss vom 26. März 2003 (LG Hamburg)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsur; Gleichstellung mit der gemeinsamen Aburteilung; Verkennung der Zäsurwirkung; Beschwer infolge des Neubeginns von Bewährungszeiten); entsprechende Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO.

§ 55 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

919. BGH 5 StR 312/04 – Urteil vom 30. September 2004 (LG Berlin)

Darlegungsvoraussetzungen bei der Verfahrensrüge (Beweisantrag ins Blaue hinein; unerlässliche Kenntnis der vorherigen polizeilichen Ermittlungen; Aufklärungsrüge; Konnexität).

§ 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

920. BGH 5 StR 339/04 – Beschluss vom 29. September 2004 (LG Neuruppin)

Erstreckung der Revision auf Mitangeklagte nach Anhörung und ausgebliebenem Widerspruch; schwere räuberische Erpressung (ungeladene Pistole keine Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB).

§ 357 StPO; § 255 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB

921. BGH 5 StR 345/04 – Beschluss vom 6. Oktober 2004 (LG Berlin)

Strafzumessung (unzureichende Berücksichtigung der erhöhten Strafempfindlichkeit bei schwerer Krankheit; Strafmilderung bei außergewöhnlichen Belastungen).

§ 46 StGB

922. BGH 5 StR 358/03 – Urteil vom 29. Oktober 2003 (LG Dresden)

Fehlerhafte und namentlich lückenhafte Beweiswürdigung bei Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung (Darlegung der für erwiesen erachteten Tatsachen; Darstellungen der Einlassung des Angeklagten und der möglichen Geschädigten bei Aussage gegen Aussage; Überzeugungsmaßstab: Außerbetrachtbleiben bloß gedanklich abstrakttheoretisch möglicher Zweifel, die realer Anknüpfungspunkte entbehren).
§ 267 StPO; § 261 StPO

923. BGH 5 StR 387/04 – Beschluss vom 11. Oktober 2004 (LG Hamburg)

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

924. BGH 5 StR 389/04 – Beschluss vom 11. Oktober 2004 (LG Berlin)

Betruges (Tatbestandsmerkmal der Erregung eines Irrtums; Trennung der Zuständigkeit für die Rechnungsprüfung und die Auszahlungsanordnung).
§ 263 StGB

925. BGH 5 StR 394/03 – Beschluss vom 15. Oktober 2003 (LG Cottbus)

Strafzumessung bei Vergewaltigung (Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot nach einer Gesamtschau der Urteilsausführungen).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

926. BGH 5 StR 494/03 – Beschluss vom 2. Dezember 2003 (LG Berlin)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verzögerung; Gesamtbetrachtung; Feststellung von Verzögerungen in einzelnen Verfahrensschnitten).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

927. BGH 5 StR 539/03 – Beschluss vom 20. Juli 2004

Unzulässiges Ablehnungsgesuch gegenüber Richtern des BGH (Vorwurf der versäumten Entpflichtung des Pflichtverteidigers bei unzulässig erhobenen Verfahrensrügen); Gegenvorstellung.
Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 III lit. c EMRK; § 143 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO

928. BGH 5 StR 546/03 – Beschluss vom 22. Januar 2004 (LG Hamburg)

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

929. BGH 5 StR 566/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Bautzen)

Aufhebung des tatrichterlichen Beschlusses über die Verwerfung der Revision; Erfordernis des Revisionsantrages (Auslegung der Revisionsbegründung); Unwirksamkeit der Revisionsrücknahme wegen der Art und Weise ihres vom Gericht zu verantwortenden Zustandekommens (Hinweispflicht bei erkennbarer Gefahr einer den Interessen des Angeklagten zuwiderlaufenden Revisionsrücknahme auf Grund der Fürsorgepflicht und des Gebots, dem Angeklagten die jederzeitige Möglichkeit zu einer geordneten und effektiven Verteidigung zu gewähren); Hinweispflicht bezüglich des ungenügend verteidigenden Verteidigers.
Art. 6 EMRK; § 302 StPO; § 344 Abs. 1 StPO; § 352 Abs. 1 StPO; § 346 Abs. 2 StPO

930. BGH 5 StR 589/03 – Beschluss vom 18. Februar 2004 (LG Bremen)

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

931. BGH 5 ARs 55/04 – Beschluss vom 1. September 2004

Zuständigkeit zur Bescheidung des Antrages auf Erlass von Pfändungsbeschlüssen (lediglich sinngemäße Geltung der Vorschriften der ZPO).
§ 111f Abs. 3 Satz 3 StPO; § 162 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 StPO; § 111e Abs. 1 StPO; § 111f Abs. 3 Satz 3 StPO; § 111d Abs. 2 StPO

932. BGH 5 StR 394/04 – Beschluss vom 12. Oktober 2004 (LG Hamburg)

Überschreitung der Urteilsabsetzungsfrist (nicht voraussehbarer unabänderlicher Umstand; keine Rechtfertigung mit falscher Berechnung).
§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 275 Abs. 1 Satz 4 StPO

933. BGH 5 StR 428/04 – Beschluss vom 11. Oktober 2004 (LG Göttingen)

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