

## Publikationen

**Prof. Dr. Hans Kudlich**, Univ. Erlangen – **(Nichts) Neues zum Missbrauch des Beweisantragsrechts** - Zugleich Besprechung von BayObLG HRRS 2005 Nr. 2 S. 10

Die Ausgabe umfasst zudem fünf Rezensionen zu strafrechtlich relevanten Publikationen.

## Entscheidungen

- EGMR ***Edwards u. Lewis v Großbritannien (No. 2) – Offenlegungsanspruch und Zurückhaltung von Beweismaterial bei möglicher Tatprovokation***
- BVerfG **Voraussetzungen des Widerrufs der Strafaussetzung zur Bewährung**
- BVerfG **Meinungs- und Informationsfreiheit in der Haft (Broschüre „Positiv in Haft“)**
- BGH **Keine Unterbringung nach § 64 StGB wegen „Spielsucht“**
- BGH **Abgrenzung von Sachrüge und Verfahrensrüge beim Recht auf Verfahrensbeschleunigung (BGHSt)**
- BGH **Verwertbarkeit von in der Schweiz beschlagnahmten Unterlagen bei Steuerhinterziehung / Verweigerung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren / etc.**
- BGH **Befragung der Angehörigen des Angeklagten durch einen Vertreter der Jugendgerichtshilfe als Fall des § 252 StPO**
- BGH **Anwendbarkeit des § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO auch bei Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO im Revisionsverfahren**
- BGH **Einheitliche Tat bei Umsatzsteuerhinterziehung (BGHSt)**
- BGH **Nicht geringe Menge bei Khat-Pflanzen (BGHSt)**
- BayObLG **Begrenzung von Einschränkungen wegen Rechtsmissbrauchs auf Ausnahmefälle**

SCHRIFTFLEITUNG  
Wiss. Assistent Karsten Gaede  
Freie Straße 15, CH 8032 Zürich  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (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).

Diese Ausgabe umfasst 71 Entscheidungen.

# HRRS HRR-Strafrecht

Onlinezeitschrift für Höchststrichterliche  
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*, LLM (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).

6. Jahrgang, Januar 2005, Ausgabe **1**

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 1. EGMR Nr. 39647/98 u. 40461/98 – Urteil der Großen Kammer vom 27. Oktober 2004 (Edwards und Lewis v. Großbritannien No. 2)

Recht auf ein faires Verfahren (Offenlegungsanspruch; Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen, prozedurale Schutzinstrumente; Akteneinsichtsrecht; Tatprovokation; entrapment; Waffengleichheit; kontradiktorisches Verfahren; rechtliches Gehör; Beweisrecht; Gesamtbetrachtung; verdeckte Ermittler; V-Leute; fair trial; Jasper; Fitt; Tatfrage; Jury, Tatgericht; special counsel); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 147 StPO; § 96 StPO

1. Das öffentliche Interesse an einer effektiven Verbrechensbekämpfung kann die Verwertung von Beweisen, die durch eine polizeiliche Tatprovokation (entrapment) gewonnen worden sind, nicht rechtfertigen. Sie stellt einen Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK dar.

2. Es ist nicht die Aufgabe des EGMR, das Vorliegen einer Tatprovokation (entrapment) festzustellen. Wenn aber diesbezüglich möglicherweise relevante Informationen von den Strafverfolgungsorganen zurückgehalten werden, prüft der EGMR, ob der Einwand einer Tatprovokation (entrapment) noch wirksam in einem Verfahren erhoben werden konnte,

welches die Verteidigungsrechte adäquat wahrt.

3. Das Recht auf ein faires Verfahren erfordert ein kontradiktorisch ausgestaltetes Verfahren, in dem zwischen Verteidigung und Anklage Waffengleichheit besteht. Dies bedeutet, dass sowohl der Anklage als auch der Verteidigung die Gelegenheit gegeben werden muss, von den Verfahrensbeiträgen der Gegenseite Kenntnis zu erhalten und diese zu kommentieren. Zusätzlich erfordert Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, dass die Strafverfolgungsorgane der Verteidigung alle in ihrem Besitz befindlichen und hinsichtlich der Anklage bedeutenden Beweismaterialien offen legen. Letzteres Recht kann zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsinteressen eingeschränkt werden, soweit die Benachteiligung der Verteidigung adäquat durch das Verfahren ausgeglichen wird und die Einschränkungen strikt verhältnismäßig bleiben.

4. Das danach bei einer Zurückhaltung erforderliche Ausgleichsverfahren kann dann nicht durch einen – im Gegensatz zur Verteidigung – im Besitz des möglicherweise belastenden Materials befindlichen und nicht selbst über die eigentliche Tatfrage entscheidenden Verfahrensrichter bei einer Möglichkeit zur Stellungnahme der Verteidigung erfolgen (so aber mit 9 zu 8 Stimmen noch die Jasper und Fitt Rechtsprechung), wenn der Verfahrensrichter selbst über eine vom

streitigen Beweismaterial betroffene Frage zu entscheiden hat, die – wie bei der möglicherweise zu einer Verfahrenseinstellung führenden Tatprovokation – für die Tatfrage selbst wesentliche Bedeutung hat.

5. Die Große Kammer des EGMR sieht keinen Grund, von der auf eine Verletzung des Art. 6 EMRK ererkennenden Kammerentscheidung in Sachen Edwards und Lewis gegen Großbritannien vom 22. Juli 2004 abzuweichen.

**8. BVerfG 2 BvR 2314/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2004 (LG Mainz/AG Worms)**

Unschuldsumutung; Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (Erforderlichkeit einer Verurteilung, Ausreichen eines glaubwürdigen Geständnisses; konventionskonforme Auslegung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Es spricht vieles dafür, dass mit Blick auf die Unschuldsumutung von Verfassungen wegen der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB wegen einer neuen Straftat regelmäßig voraussetzt, dass der Täter wegen dieser neuen Straftat verurteilt worden ist.

2. Der Widerruf der Strafaussetzung wegen einer neuen Tat des Betroffenen ist jedenfalls aber auch ohne deren Aburteilung zulässig und widerstreitet insoweit nicht der Unschuldsumutung, wenn der Betroffene die neue Straftat glaubhaft gestanden hat.

**6. BVerfG 2 BvR 2219/01 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2004 (OLG Nürnberg/LG Regensburg/Abteilungsleiter der JVA Straubing)**

Schutzbereich von Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit (Meinungen; Tatsachenbehauptungen; Recht auf Teilnahme am Kommunikationsprozess; Übersendung der Broschüre „Positiv in Haft“ an einen Strafgefangenen; Gebot der Deutung im Licht der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre); Beschwerdebefugnis (Entbehrlichkeit der Nennung im Impressum); Anhalten einer Sendung im Strafvollzug; vollzugsablehnendes Verhalten (Gefahr der missbräuchlichen Handhabung des Beschwerderechts; juristisch zutreffende Ratschläge); Verhältnismäßigkeit (mildestes Mittel; Schwärzen und Entfernen beanstandeter Passagen).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG; § 82 StVollzG.

1. Der kommunikationsgrundrechtliche Schutz desjenigen, der staatlicherseits daran gehindert wird, einem anderen zu dessen Information und Meinungsbildung einen gedruckten Text zu übersenden, hängt nicht davon ab, dass es sich bei diesem Text um einen vom Übersender verfassten, herausgegebenen oder auf andere Weise mitverantworteten handelt. Art. 5 Abs. 1 GG schützt subjektivrechtlich wie objektivrechtlich die Freiheit der Äußerung und Verbreitung von Meinungen auf der einen,

die Informationsfreiheit auf der anderen Seite als einander ergänzende Elemente eines Kommunikationsprozesses; geschützt ist objektivrechtlich der Prozess der Kommunikation, subjektivrechtlich die Freiheit, daran teilzunehmen.

2. Die allgemeinen Gesetze sind so auszulegen und anzuwenden, dass die besondere Bedeutung der Meinungsfreiheit als unmittelbarster Ausdruck der menschlichen Persönlichkeit und konstitutive Voraussetzung des freiheitlichen demokratischen Staates zur Geltung kommt (vgl. BVerfGE 7, 198, 208 f.; 93, 266, 290; stRSpr).

3. Wird ein Strafgefangener in sachlicher, vollständiger und juristisch zumindest vertretbarer Weise in einer Broschüre über seine Rechte informiert, so begründet dies ebenso wenig wie der Besitz juristischer Fachzeitschriften oder Kommentare eine Gefahr im Sinne des § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG, selbst wenn sich die rechtliche Information zu Aspekten des Vollzugs kritisch verhält.

**4. BVerfG 2 BvR 1249/04 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (BGH/LG Frankfurt/Main)**

Darlegungsanforderungen bei einer Verfassungsbeschwerde (Geltendmachung einer verfassungsrechtlich zwingenden Rechtsfolge in Abweichung zu einer fachgerichtlich gewählten); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Folterverbot (Verfahrenshindernis; Beweisverwertungsverbot; Beweiserhebungsverbot; „Fall Gäfgen“).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 3 EMRK; § 136a StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Die Anwendung von Folter macht die Vernehmungsperson zum bloßen Objekt der Verbrechensbekämpfung unter Verletzung ihres verfassungsrechtlich geschützten sozialen Wert- und Achtungsanspruchs und zerstört grundlegende Voraussetzungen der individuellen und sozialen Existenz des Menschen.

2. Grundrechtsverletzungen außerhalb der strafverfahrensrechtlichen Hauptverhandlung, führen nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt.

3. Strebt ein Beschwerdeführer hinsichtlich aus der Verfassung abgeleiteter strafprozessualer Verwertungsverbote eine andere Rechtsfolge als die Fachgerichte an, so muss er darlegen, dass die von ihm geltend gemachte Folge verfassungsrechtlich zwingend sei. In derartigen Konstellationen hat er deshalb unter Berücksichtigung der Rechtsansicht der angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidungen die Frage zu behandeln, welche Folgerungen sich aus dem Verfahrensverstoß im Ermittlungsverfahren für die Verwertbarkeit der dabei gewonnenen Erkenntnisse in der Hauptverhandlung und im Urteil ergeben.

### 3. BVerfG 2 BvR 1034/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2004 (OLG München/LG München I)

Durchsuchung (Verhältnismäßigkeit; mildestes Mittel; gerichtliche Aufklärungspflicht); Durchsuchungsbeschlusses (Begrenzungsfunktion; inhaltliche Anforderungen; Einzelfall des Ausreichens einer pauschalen Nennung des Tatvorwurfes); Schweigerecht des Angeklagten (nemo tenetur se ipsum accusare; Teilschweigen; Verwertung; freie richterliche Beweiswürdigung;); Beschwerdebefugnis (Betroffenheit in eigenen Rechten).  
Art. 13 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. Ein Durchsuchungsbeschluss in dem als Tatvorwurf lediglich der pauschale und zeitlich nicht eingeschränkte

Verdacht der Steuerhinterziehung genannt wird genügt jedenfalls dann seiner verfassungsrechtlich gebotenen Begrenzungsfunktion, wenn er im Rahmen einer Hauptverhandlung in Anwesenheit sämtlicher, an der Maßnahme Beteiligter angeordnet wurde und zum Auffinden von Beweismitteln im Zusammenhang mit dem der Hauptverhandlung zugrunde liegenden Tatvorwurf dient.

2. Eine Aufforderung an den Betroffenen, bestimmte Beweismittel vorzulegen kann dann gegenüber der Anordnung einer Durchsuchung das mildere, gleich geeignete Mittel darstellen, wenn das Gericht im Hinblick auf ein teilweises Schweigen aus einer etwaigen Nichtbefolgung der Aufforderung verwertbare Schlüsse ziehen kann.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

##### 60. BGH 5 StR 239/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Potsdam)

Versuchter Totschlag; Rücktritt (Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch; Unterlassung weiterer unerkannt untauglicher Versuche).  
§ 22 StGB; § 24 StGB; § 212 StGB

Bei einem unbeendeten Versuch muss der Verzicht auf weitere unerkannt untaugliche Versuche zur Straffreiheit entsprechend § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB führen, da sonst der gefährlichere Täter, der auf tatsächlich taugliche weitere Tatanläufe verzichtet, sachwidrig bevorzugt würde.

##### 49. BGH 4 StR 268/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Münster)

Tatmehrheit bei Mord (juristische Handlungseinheit: Grenzen der Klammerwirkung und konkreter Wertvergleich; natürliche Handlungseinheit; höchstpersönliche Rechtsgüter); versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge.  
§ 211 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 251 StGB; § 255 StGB

1. Voraussetzung für die Tateinheit infolge Klammerwirkung ist, dass die Ausführungshandlungen zweier an sich selbständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit der Ausführungshandlung eines dritten Tatbestandes (teil-)identisch sind und dass zwischen wenigstens einem der beiden an sich selbständigen Delikte und dem sie verbindenden Delikt zumindest annähernde Wertgleichheit besteht oder die verklammernde Tat die schwerste ist.

2. Der Wertevergleich ist nicht nach einer abstrakten generalisierenden Betrachtungsweise, sondern anhand der konkreten Gewichtung der Taten vorzunehmen (vgl. BGHSt 33, 4 f.). Gegenüber Morden mit der absoluten Strafordrohung des § 211 Abs. 1 StGB ist die versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge nicht annähernd wertgleich.

3. Eine natürliche Handlungseinheit liegt dann vor, wenn mehrere, im wesentlichen gleichartige Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werden und aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen Dritten als einheitliches Geschehen darstellt (vgl. BGHSt 10, 230, 231). Ausnahmsweise kann eine natürliche Handlungseinheit auch dann vorliegen, wenn es um die Beeinträchtigung höchstpersönlicher Rechtsgüter verschiedener Personen geht (vgl. BGH NJW 1985, 1565; BGH NStZ 2001, 219, 220); sie ist dann anzunehmen, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene.

##### 9. BGH 2 StR 242/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Köln)

Hinweispflicht (Verurteilung wegen Versuchs nach Anklage einer vollendeten Tat); Strafzumessung (Ersatzfreiheitsstrafe; Härteausgleich); Mittäterschaft (Exzess: neue Qualität der Ausführungshandlungen, Vorsatzsteigerung); schwere Körperverletzung (Überlebenszeit des Opfers; apallisches Syndrom); Körperverletzung mit Todesfolge (Fahrlässigkeit; Vorhersehbarkeit); vermin-

derte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung; Ausfallerscheinungen; Strafrahmenschiebung: Alkohol).

§ 265 StPO; § 55 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 227 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Ist eine Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt worden, so ist ein Härteausgleich wegen der nicht mehr möglichen Gesamtstrafenbildung wie bei einer vollstreckten Freiheitsstrafe zu gewähren, da der Angeklagte durch die Verbüßung einen Nachteil erlitten hat. Dem steht nicht entgegen, dass bei einer gemeinsamen Aburteilung aller Taten möglicherweise neben der Freiheitsstrafe gesondert auf Geldstrafe hätte erkannt werden können.

2. Jeder Mittäter haftet für das Handeln der anderen nur im Rahmen seines Vorsatzes, ist also für den Erfolg nur

insoweit verantwortlich, als sein Wille reicht. Ein Exzess der anderen fällt ihm nicht zur Last (vgl. BGHSt 36, 231, 234). Jedoch werden Handlungen eines anderen Tatbeteiligten, mit denen nach den Umständen des Falles gerechnet werden muss, vom Willen des Mittäters umfasst, auch wenn er sie sich nicht besonders vorgestellt hat. Ebenso ist er für jede Ausführungsart einer von ihm gebilligten Straftat verantwortlich, wenn ihm die Handlungsweise seines Tatgenossen gleichgültig ist.

3. Die Steigerung des Vorsatzes von bedingtem Vorsatz zur Absicht bei einem Mittäter hindert die Zurechnung des Erfolges zu einem nur bedingt vorsätzlichen handelnden anderen Mittäter nicht, sofern die Vorsatzänderung nicht auch zu einer vom lediglich bedingt vorsätzlich handelnden Mittäter nicht mehr vorgestellten Qualität der tatbestandlichen Ausführungshandlungen führt.

## 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

### 42. BGH 1 StR 331/04 – Urteil vom 23. November 2004 (LG Ravensburg)

Heimtückemord und Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105: außergewöhnliche Strafmilderung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von 12 Jahren; restriktive Anwendung insbesondere bei anderweitigen Konfliktausweichmöglichkeiten des Täters).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Auf die vom Großen Senat für Strafsachen im Wege verfassungskonformer Rechtsanwendung eröffnete Möglichkeit, anstatt der an sich verwirkten lebenslangen Freiheitsstrafe eine Strafe aus dem in analoger Anwendung des § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB bestimmten Strafrahmen zuzumessen, darf nicht voreilig ausgewichen werden (BGH NStZ 2003, 482; 484; NStZ 1984, 20).

2. Vielmehr kann das Gewicht des Mordmerkmals der Heimtücke nur durch Entlastungsfaktoren, die den Charakter außergewöhnlicher Umstände haben, so verringert werden, dass jener Grenzfall eintritt, in welchem die Verhängung lebenslanger Freiheitsstrafe trotz der Schwere des tatbestandsmäßigen Unrechts wegen erheblich gemildeter Schuld unverhältnismäßig wäre (vgl. BGH NStZ 1982, 69). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hat der Tatrichter aufgrund einer umfassenden Würdigung der Tat sowie der zu ihr hinführenden Umstände zu prüfen (BGH NStZ 1982, 69; BGH NStZ 1984, 20; BGHR StGB § 211 Abs. 1 Strafmilderung 2 und 3).

3. Die Rechtsfolgenlösung des BGH hat nicht allgemein einen Sonderstrahmen für minder schwere Fälle eingeführt. Die in dem Beschluss entwickelten Grundsätze für die Anwendung des gemilderten Strafrahmens betreffen nur solche Fälle, in denen das Täterschulden soviel geringer ist, dass die Verhängung der lebenslangen Freiheitsstrafe das verfassungsrechtliche Gebot schuldangemessenen Strafens missachten würde. Es müssen

schuldmindernde Umstände besonderer Art vorliegen, die in ihrer Gewichtung gesetzlichen Milderungsgründen vergleichbar sind (vgl. BGH NStZ 1984, 20).

### 27. BGH 2 StR 381/04 - Beschluss vom 29. Oktober 2004 (LG Bad Kreuznach)

Besonders schwere Brandstiftung (Wohnung von Menschen: Entwidmung durch alle berechtigten Fremdbesitzer, Entwidmung unter Vorbehalt; Ermöglichung einer anderen Straftat und Ausnutzung der spezifischen situativen Auswirkungen des Brandes); Betrug.

§ 306a StGB; § 306 b Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. StGB; § 263 StGB

1. Die Aufgabe des Willens, ein Gebäude weiter zu bewohnen, durch sämtliche Bewohner nimmt dem Tatobjekt einer Brandstiftung auch dann die von § 306 a Abs. 1 Nr. 1 StGB vorausgesetzte Zweckbestimmung, zur Wohnung von Menschen zu dienen, wenn die Bewohner nicht Eigentümer, sondern nur berechnigte unmittelbare Fremdbesitzer sind (vgl. BGH 2 StR 475/92, Beschluss vom 10. Februar 1992).

2. Darauf, ob ein die Zweckbestimmung eines Wohngebäudes aufgebender Nutzer das Gebäude für den Fall des Fehlschlagens der Brandlegung weiter bewohnen will, kommt es für die Frage der Entwidmung nicht an.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, entgegen einer in der Literatur vertretenen einschränkenden Auslegung auch zur Erfüllung des Qualifikationstatbestands des § 306 b Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. StGB nicht erforderlich, dass die zu ermöglichende andere Straftat gerade unter Ausnutzung der spezifischen situativen Auswirkungen des Brandes begangen werden soll. Ausreichend ist vielmehr auch die Absicht, nach Beendigung des Brandes einen Betrug zum Nachteil der Brandversicherung zu begehen (vgl. BGHSt 45, 211, 216 ff.; NStZ 2000, 197, 198; NJW 2000, 3581).

**41. BGH 1 StR 286/04 – Urteil vom 6. Oktober 2004 (LG Nürnberg)**

Verdeckungsmord und niedrige Beweggründe (Verdeckungsabsicht; Beurteilung bei Motivbündeln; Feststellung des bewusstseinsdominanten Motivs); Notwehr (Verteidigungswille).

§ 211 StGB; § 32 StGB

Kommen bei der Prüfung der subjektiven Mordmerkmale verschiedene, möglicherweise zusammenwirkende Motive des Täters in Betracht (sogen. Motivbündel), hat der Tatrichter sämtliche wirkmächtige Elemente in seine Würdigung einzubeziehen. Entscheidend ist, ob der leitende, die Tat prägende Handlungsantrieb für sich betrachtet die Voraussetzungen erfüllt, also „niedrig“ ist oder auf Verdeckung einer Straftat gerichtet ist. Für den Tatrichter stellt sich damit die Aufgabe, bei mehreren Zielen und Anlässen der Tat das bewusstseinsdominante Motiv festzustellen. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für den Verdeckungsmord anerkannt, dass auch die Absicht, durch Tötung eine Entdeckung früherer Straftaten zu vermeiden, mit anderen Beweggründen zusammenfallen kann; sie muss aber für sich gesehen Triebfeder des Täterhandels sein (BGH

MDR bei Dallinger 1976, 15; MDR bei Holtz 1984, 276).

**19. BGH 2 StR 248/04 – Urteil vom 10. November 2004 (LG Kassel)**

Mord (niedrige Beweggründe; Heimtücke; subjektiver Tatbestand; Ausnutzungsbewusstsein); Totschlag; Spontantat; Vorkonstituierung der Handlung; verminderte Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit; affektive Anspannung).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

Der Täter muss die Mordmerkmale subjektiv in ihren tatsächlichen Voraussetzungen erfassen. Bei der Prüfung der niedrigen Beweggründe gehört dazu, dass er die Umstände kennt und mit seinem Bewusstsein erfasst, welche die Bewertung seines Handlungsantriebs es als niedrig begründen. Die rechtliche Bewertung der Handlungsantriebe als niedrig braucht der Täter hingegen nicht vorzunehmen oder nachzuvollziehen, er muss nur zu einer zutreffenden Wertung überhaupt in der Lage sein. Soweit gefühlsmäßige oder triebhafte Regungen (wie Wut, Hass oder Zorn) als Handlungsantriebe in Betracht kommen, muss der Täter diese auch gedanklich beherrschen und mit seinem Willen steuern können.

**II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht****70. BGH 5 StR 411/04 – Urteil vom 25. November 2004 (LG Berlin)**

BGHSt; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (keine Anwendung auf die Spielsucht wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder auf Grund verfassungsrechtlicher Schutzpflichten; mildestes Mittel); Sicherungsverwahrung; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; verminderte Schuldfähigkeit bei Spielsucht.

§ 64 StGB; § 72 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB; § 66 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

1. Keine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt bei „Spielsucht“. (BGHSt)

2. Die Entscheidung des Gesetzgebers, aus der Vielzahl delinquenzfördernder psychischer Fehlentwicklungen lediglich den Hang, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, zur Voraussetzung einer Unterbringung in der Entziehungsanstalt auszuwählen, ist verfassungsrechtlich unbedenklich. (Bearbeiter)

3. „Pathologisches Spielen“ oder „Spielsucht“ stellt für sich genommen keine die Schuldfähigkeit erheblich einschränkende oder ausschließende krankhafte seelische Störung oder schwere andere seelische Abartigkeit dar (BGH NStZ 2004, 31; BGHR StGB § 21 seelische Abartigkeit 8). Maßgeblich ist insoweit vielmehr, ob der Be-

troffene durch seine „Spielsucht“ gravierende psychische Veränderungen in seiner Persönlichkeit erfährt, die in ihrem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung gleichwertig sind (vgl. BGH NStZ 2004, 31). Nur wenn die „Spielsucht“ zu schwersten Persönlichkeitsveränderungen führt oder der Täter bei Beschaffungsstaten unter starken Entzugserscheinungen gelitten hat, kann ausnahmsweise eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit im Sinne von § 21 StGB anzunehmen sein (vgl. BGH aaO). (Bearbeiter)

**71. BGH 5 StR 472/04 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Berlin)**

Strafzumessung (Warnfunktion eines früheren, ohne Verurteilung endenden Strafverfahrens und privater Bezeichnungen wegen einschlägiger Straftaten; Unschuldsvermutung).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 46 StGB

Ein früheres Strafverfahren kann eine bei der Strafzumessung berücksichtigungstaugliche Warnfunktion selbst dann entfalten, wenn es mit einer Einstellung nach § 170 Abs. 2, §§ 153 ff. oder § 260 Abs. 3 StPO oder gar mit einem Freispruch geendet hat. Auch die Zustellung einer Anklage wegen eines vergleichbaren Vorwurfs kann in diesem Sinne beachtlich sein. Auch ist es grundsätzlich möglich, der Bezeichnung durch eine Privatperson eine Warnfunktion der genannten Art beizumessen – nämlich dann, wenn die Richtigkeit der Bezeichnung festgestellt

ist. Indes ist es ausgeschlossen, privaten Bezichtigungen ohne Rücksicht auf deren Wahrheitsgehalt, also möglicherweise unwahren Verdächtigungen eine solche strafschärfend wirkende Warnfunktion zuzusprechen.

**24. BGH 2 StR 329/04 - Urteil vom 10. November 2004 (LG Aachen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Übermaß bei Heroinkonsum); verminderte Schuldfähigkeit.  
§ 64 StGB; 21 StGB

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

2. Es kann offen bleiben, ob bei einer Heroinabhängigkeit - unabhängig von der Konsumform - überhaupt ein kontrollierter, nicht übermäßiger Konsum des Betäubungsmittels möglich ist. Ausreichend für die Annahme eines Hangs zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist jedenfalls, dass der Betroffene aufgrund seiner Abhängigkeit sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Das kommt insbesondere auch bei Beschaffungskriminalität in Betracht.

**21. BGH 2 StR 295/04 - Beschluss vom 3. November 2004 (LG Wiesbaden)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Tatmodalitäten und Tatmotive sowie des Nachtatverhaltens nur nach dem Maß der Vorwerfbarkeit bzw. nach Maßgabe der verminderten Schuldfähigkeit; Borderline-Syndrom).  
§ 46 StGB; § 21 StGB

1. Tatmodalitäten und Tatmotive dürfen einem Angeklagten nur dann strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie vorwerfbar sind, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt. Ihm dürfen demgemäß solche Umstände nicht strafschärfend angelastet werden, die unverschuldete Folgen dieses Zustands darstellen.

2. Auch der im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert schuldfähige Täter ist für die von ihm begangene Tat in ihrer konkreten Ausgestaltung verantwortlich, so dass für eine strafschärfende Verwertung durchaus Raum bleibt, jedoch nur nach dem Maß der geminderten Schuld (BGHSt 16, 360, 364; BGH NStZ 1992, 538).

3. Gleiches gilt für die strafschärfende Berücksichtigung des Nachtatverhaltens.

**22. BGH 2 StR 315/04 - Urteil vom 25. November 2004 (LG Aachen)**

Absehen vom Verfall (Vermögen des Angeklagten; pflichtgemäßes Ermessen).  
§ 73 StGB; § 73c StGB

§ 73 c Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 StGB eröffnet für den Fall, dass der Wert des Erlangten im Vermögen des Betroffenen ganz oder teilweise nicht mehr vorhanden ist, die Möglichkeit, nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Verfallsanordnung abzusehen. Für die Anwendbarkeit dieser Ermessensvorschrift kommt es darauf an, ob der Wert des Erlangten noch im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist. Die entsprechende Beurteilung setzt die Feststellung der Vermögensverhältnisse des Angeklagten voraus.

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

**66. BGH 5 StR 376/03 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Frankfurt [Oder])**

BGHSt; Abgrenzung von Sachrüge und Verfahrensrüge beim Recht auf Verfahrensbeschleunigung bzw. bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (grundsätzliche Pflicht zur Erhebung von Verfahrensrügen und Ausnahmen anhand der Urteilsgründe; Erörterungsmangel und diesbezügliche Divergenzen der Strafsenate); Vorlageverfahren (mangelnde Erforderlichkeit); redaktioneller Hinweis.

§ 132 Abs. 2 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

1. Ein Revisionsführer, der das Vorliegen einer Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK verletzenden Verfahrensverzögerung geltend machen will, muss grundsätzlich eine Verfahrensrüge erheben. Ergeben sich indes bereits aus den Urteilsgründen die Voraussetzungen einer solchen Verzögerung, hat das Revisionsgericht auf Sachrüge einzugreifen. (BGHSt)

2. Das gilt auch, wenn sich bei der auf Sachrüge veranlassten Prüfung, namentlich anhand der Urteilsgründe, ausreichende Anhaltspunkte ergeben, die das Tatgericht zur Prüfung einer solchen Verfahrensverzögerung drängen mussten, so dass ein sachlichrechtlich zu beanstandender Erörterungsmangel vorliegt. (BGHSt)

3. Die Voraussetzungen eines solchen Erörterungsmangels werden nach den individuellen Gegebenheiten eines jeden Einzelfalls zu beurteilen sein. So wird eine überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer wegen der vielen denkbaren Ursachen nicht ohne weiteres einen sachlichrechtlichen Erörterungsbedarf in diesem Sinne auslösen. Den – im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK freilich dokumentationspflichtigen – Tatrichtern wird in diesem Bereich kein unangemessener übergroßer Begründungsbedarf abverlangt: Selbstverständlich wird eine schlüssige schlagwortartige Erklärung für eine auffällige Verfahrensverzögerung ausreichen. (Bearbeiter)

4. Soweit danach eine Verfahrensrüge erforderlich ist, dürfen die Anforderungen an den Revisionsvortrag (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) nicht übersteigert werden. (Bearbeiter)

5. Ein Vorlageverfahren ist mangels entgegenstehender Rechtsprechung anderer Strafsenate nicht erforderlich. Zwischen den Senaten bestehen im Ergebnis lediglich im einzelnen noch unterschiedliche Auffassungen zur sachlichrechtlichen Erörterungspflicht bei Anzeichen für eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung. (Bearbeiter)

#### **61. BGH 5 StR 299/03 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Augsburg)**

BGHSt; Verwertbarkeit von Unterlagen, die im Wege der Rechtshilfe in der Schweiz beschlagnahmt wurden, für ein Strafverfahren wegen Untreue und Steuerhinterziehung (Arglist; Verwaltungsbetrug nach schweizerischem Recht); Verweigerung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks (wesentliche Beschränkung der Verteidigung und revisionsrechtliche Darlegungspflichten; Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren; Bindungswirkung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft); Recht auf ein faires Strafverfahren (effektive Verteidigung); Nachteil im Sinne der Untreue (verschleierte Provisionen; kick-back-Zahlungen); einkommensteuerrechtliche Relevanz eines nicht offen gelegten Treuhandverhältnisses.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. b, lit. c EMRK; § 266 Abs. 1 StGB; § 147 Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 96 StPO; § 370 Abs. 1 AO; § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG; § 72 IRG

1. Zulässigkeit der Verwertung von Unterlagen, die im Wege der Rechtshilfe in der Schweiz beschlagnahmt wurden, für ein Strafverfahren wegen Untreue und Steuerhinterziehung. (BGHSt)

2. Revisionsrechtliche Beanstandung unterbliebener Beiziehung von Akten eines weiteren gegen den Angeklagten geführten Ermittlungsverfahrens, deren Einsicht in jenem Verfahren von der Staatsanwaltschaft wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks versagt wird. (BGHSt)

3. Ein Nachteil im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB kann auch dann vorliegen, wenn der Vermögensbetreuungspflichtige Provisionen erhält, die zwar vom Vertragspartner seines Geschäftsherrn stammen, aber über den Geschäftsherrn an einen Dritten ausbezahlt und von dort an den Treupflichtigen weitergeleitet werden. (BGHSt)

4. Einkommensteuerrechtliche Relevanz eines nicht offen gelegten Treuhandverhältnisses. (BGHSt)

5. Der Anspruch auf Akteneinsicht bezieht sich nur auf die dem Gericht tatsächlich vorliegenden Akten (BGHSt 30, 131, 138; 42, 71). Insoweit ist der Akteneinsichtsanspruch freilich uneingeschränkt und auch nicht etwa im Wege eines „in camera“-Verfahrens beschränkbar (vgl. BGHR StPO § 96 Sperrerklärung 5; BGH NSTz 1998, 97). (Bearbeiter)

6. Für die Annahme, die Verteidigung sei in einem für die Entscheidung wesentlichen Punkt beschränkt worden, genügt nicht, dass die Beschränkung nur generell (abstrakt) geeignet ist, die gerichtliche Entscheidung zu beeinflussen. Vielmehr ist § 338 Nr. 8 StPO nur dann gegeben, wenn die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs zwischen dem Verfahrensverstoß und dem Urteil konkret besteht (BGHR StPO § 338 Nr. 8 Beschränkung 6 m. w. N.). Dies hat auch Auswirkungen auf die Vortragspflicht, weil die Revision dartun muss, welcher konkrete Zusammenhang zwischen dem geltend gemachten Verfahrensfehler und einem für die Entscheidung bedeutsamen Punkt besteht. Damit korrespondiert das Erfordernis möglichst konkreten Vortrages bei einer Rüge wegen unterlassener Beiziehung von Akten unter dem Aspekt der Verletzung der Aufklärungspflicht (vgl. BGHSt 30, 131, 136 ff.; BVerfGE 63, 45, 69 ff.). (Bearbeiter)

7. Die Möglichkeit einer Beschlagnahme von Ermittlungsakten durch das erkennende Gericht ist grundsätzlich zweifelhaft. (Bearbeiter)

8. Der Senat hält es für erwägenswert, die Versagung der Akteneinsicht durch die Staatsanwaltschaft in dem vorliegenden ganz speziell und außergewöhnlich gelagerten Fall in erweiterter Auslegung des § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO oder gemäß § 23 EGGVG (vgl. BGHSt 46, 261; BVerfGE 63, 45, 66) sofortiger gerichtlicher Überprüfbarkeit zu unterwerfen. (Bearbeiter)

#### **2. BayObLG 4 StRR 22/04 – Beschluss vom 5. März 2004 (LG München I)**

Beschränkung des Beweisantragsrechts wegen Missbrauch nur in extremen Ausnahmefällen; Beweisantragsrecht als Bestandteil des Rechts auf ein faires Strafverfahren; Revisionsgrund der wesentlichen Beschränkung der Verteidigung; Ablehnungsbegründung bei der Verschleppungsabsicht.

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Der Tatrichter kann nur in ganz extremen Ausnahmefällen als letztes Mittel zur Verhinderung eines Rechtsmissbrauchs dem Angeklagten auferlegen, Beweisanträge künftig nur noch durch seinen Verteidiger stellen zu lassen. Aus der Begründung eines solchen Beschlusses muss sich ergeben, warum nach Ansicht des Tatrichters der Angeklagte sein Beweisantragsrecht bis zu diesem Zeitpunkt rechtsmissbräuchlich eingesetzt hat. (BayObLG)

2. Das Recht des Angeklagten, selbständig neben seinem Verteidiger Gegenstand und Umfang der Beweisaufnahme durch Beweisanträge mitzubestimmen, ist unabdingbarer Bestandteil eines rechtsstaatlich fairen Verfahrens. (Bearbeiter)

3. Dem Tatrichter ist das Recht abzusprechen, die weitere Entgegennahme von Anträgen eines Verteidigers schlechthin und von vornherein abzulehnen,



selbst wenn der Verteidiger seine prozessualen Rechte missbraucht haben sollte (BGH JR 1980, 218/219). (Bearbeiter)

### 35. BGH 3 StR 185/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Krefeld)

Beweiserhebungsverbot und Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht; Angaben von Angehörigen gegenüber der Jugendgerichtshilfe; weiter Vernehmungsbegriff; nichtrichterliche Vernehmungspersonen; Ungewissheit über die Ausübung des Rechts); Stellung der Jugendgerichtshilfe; Beruhen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang); Strafzumessungserwägungen im Jugendstrafrecht (Heranwachsender; Erziehungsgedanke; Schwere der Schuld). § 252 StPO; § 52 StPO; § 337 StPO; § 64 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 JGG

1. Unter den Begriff der Vernehmung im Sinne des § 252 StPO fällt auch die Befragung der Angehörigen des Angeklagten im Sinne von § 52 Abs. 1 StPO durch einen Vertreter der Jugendgerichtshilfe. (BGHR)

2. Nach ständiger Rechtsprechung dürfen in entsprechender Anwendung der Vorschrift nichtrichterliche Vernehmungspersonen in der Hauptverhandlung grundsätzlich so lange nicht über den Inhalt früherer Angaben eines zur Zeugnisverweigerung berechtigten Zeugen gehört werden, wie Ungewissheit darüber besteht, ob dieser von seinem Weigerungsrecht Gebrauch macht oder darauf verzichtet (vgl. BGHSt 25, 176, 177 m. w. N.). (Bearbeiter)

3. Der Erziehungsgedanke als beherrschender Zweck des Jugendstrafrechts hat bei der Strafbemessung auch dann Vorrang, wenn Jugendstrafe allein wegen der Schwere der Schuld verhängt wird. (Bearbeiter)

### 55. BGH 4 StR 392/04 – Beschluss vom 16. November 2004 (LG Bonn)

BGHR; Anwendbarkeit des § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO auch bei Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO im Revisionsverfahren und anschließender neuer Gesamtstrafenbildung. § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

§ 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO ist auch dann anwendbar, wenn im Revisionsverfahren eine Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO erfolgt und deshalb über die Gesamtstrafe neu zu befinden ist. (BGHR)

### 44. BGH 1 StR 424/04 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Mosbach)

BGHR; faires Verfahren; Gestattung von Fragen des Verletztenbeistandes im Rahmen der Sachleitungsbefugnis (Zwischenentscheidung des Gerichts; Darlegungsvoraussetzungen einer erfolgreichen Rüge). Art. 6 EMRK; § 406g StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 240 StPO

1. Dem als Beistand eines nebenklageberechtigten Verletzten bestellten Rechtsanwalt (§ 406g StPO) kann der

Vorsitzende im Rahmen seiner Sachleitungsbefugnis gestatten, in der Hauptverhandlung einzelne Fragen zu stellen. (BGHR)

2. Eine auf ein solches Verhalten des Vorsitzenden gestützte Verfahrensrüge könnte nur dann erfolgreich sein, wenn in der Hauptverhandlung gemäß § 238 Abs. 2 StPO eine Entscheidung des Gerichts herbeigeführt wurde. Weitere Voraussetzung für eine erfolgreiche Rüge wäre, dass durch die Zulassung der Frage(n) eine Sachaufklärung oder die Wahrnehmung von Verfahrensinteressen beeinträchtigt worden wäre. Dies muss der Revisionsführer unter Angabe der einzelnen Fragen und aller für die Beurteilung maßgebenden Tatsachen, insbesondere auch hinsichtlich der Art der Beeinträchtigung, dartun. (Bearbeiter)

### 67. BGH 5 StR 380/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Hamburg)

Zu unrecht abgelehntes Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit nach länger zurückliegenden Auseinandersetzungen über die (überschrittenen) Grenzen des Fragerechts des Verteidigers (absoluter Revisionsgrund; gesetzlicher Richter; unzulässiges, mutwilliges Befangenheitsgesuch; Spannungen zwischen Verteidiger und Gericht; Tatsachengrundlage bei der Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 lit. d EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 26a StPO; § 24 Abs. 2 StPO

1. Erst im Verfahren entstandene Spannungen zwischen Richtern und Verteidigern begründen in aller Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit (vgl. BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 8; BGH NJW 1998, 2458, 2459). Im besonderen Fall kann eine Besorgnis der Befangenheit jedoch begründet sein.

2. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn das Gericht eine kritikwürdige Zeugenbefragung in ungewöhnlich drastischer und damit unsachlicher Form kritisiert hat und sich die übersteigerte Kritik nicht mehr als spontane Unmutsäußerung darstellt. Dies gilt zumal dann, wenn das – bei der Befragung nicht intervenierende Gericht – eine Mitverantwortung an der kritikwürdigen Befragung trifft. Die Kritik des Gerichts ist dann auch aus der Sicht eines besonnenen Angeklagten als unsachliche Beanstandung der Berufsausübung der Verteidiger zu verstehen, die besorgen lässt, das Gericht werde auch künftiges Verteidigerhandeln und Verteidigungsvorbringen nicht in der erforderlichen abwägenden Distanziertheit zur Kenntnis nehmen (vgl. BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 8).

3. Eine Anwendung von § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO auf Befangenheitsanträge mit sachlichem Gehalt kann das Revisionsgericht wegen der – infolge fehlender dienstlicher Erklärungen – eingeschränkten Tatsachengrundlage dazu nötigen, den im Befangenheitsgesuch anwaltlich als richtig versicherten Vortrag der Revisionsentscheidung zugrunde zulegen (vgl. BGHR StPO § 338 Nr. 3 Revisibilität 1).

4. Der Vorsitzende muss in Ausübung der Verhandlungsleitung unzulässige, ungeeignete und nicht zur Sache gehörende Fragen zurückweisen, um der Achtung der menschlichen Würde der Zeugin sowie dem Rechtsstaatsprinzip zu genügen (BGHSt 48, 372).

**50. BGH 4 StR 309/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Dortmund)**

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit (fehlerhafte Ablehnung durch die Annahme von allgemeinen Erfahrungssätzen über die Erinnerungsfähigkeit von Zeugen; Grenzen der Beweisantizipation); Beruhen bei Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der einzigen Belastungszeugin; Abgrenzung von Beweismittlungsantrag und Beweisantrag bei Negativtatsachen.

§ 337 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

1. Ob ein Zeuge, der für länger zurückliegende Vorgänge benannt worden ist, völlig ungeeignet ist, weil auszuschließen ist, dass er sie zuverlässig in seinem Gedächtnis behalten hat (vgl. BGHSt 14, 339, 342; NStZ 1999, 362, 363), hat der Tatrichter anhand allgemeiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung aller Umstände, die dafür oder dagegen sprechen, dass der Zeuge die in sein Wissen gestellten Wahrnehmungen gemacht und im Gedächtnis behalten hat, zu beurteilen (vgl. BGH NStZ 1993, 295, 296). Maßgeblich für die Beurteilung ist insbesondere, ob der Vorgang, zu dem der Zeuge aussagen soll, für ihn bedeutsam gewesen ist, sein Interesse geweckt hat und ob sich der Zeuge auf Erinnerungshilfen stützen kann.

2. Bei der Prüfung der Geeignetheit des Beweismittels ist zwar in Grenzen eine Vorwegnahme der Beweiswürdigung und dabei auch Freibeweis zulässig, wobei jedoch feststehen muss, dass eine verwertbare Aussage keinesfalls zu erwarten ist (vgl. BGH NStZ 1999, 362, 363 m.w.N.). Dies aber schon dann nicht der Fall, wenn eine Zeugin bei ihrer freibeweislichen Anhörung nachvollziehbare Gründe dafür genannt hat, dass sie den Wortlaut der Äußerung im Gedächtnis behalten hat. Zu berücksichtigen ist es auch, wenn es sich – wie bei der Behauptung sexueller Belästigungen – um einen nicht völlig belanglosen Vorgang handelt (vgl. BGH NStZ 1993, 295, 296).

**38. BGH 5 StR 480/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Berlin)**

Verletzung der Aufklärungspflicht (sich aufdrängende Beweiserhebung); Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeits-

beurteilung) bei Betäubungsmittelstraftaten (Aufklärungshilfe; eigene Vorteile; Darstellungsobliegenheiten). § 29 BtMG; § 31 BtMG; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

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

2. Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist es regelmäßig ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob sich der Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG entlasten wollte; für diesen Fall besteht nämlich die nicht fernliegende Gefahr, daß der „Aufklärungsgehilfe“, der sich durch seine Aussage Vorteile verspricht, den Nichtgeständigen zu Unrecht belastet (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 245). Ist ein geständiger Mitbeschuldigter, auf dessen belastende Aussage die Überführung des Angeklagten entscheidend gestützt wird, bereits wegen seiner Beteiligung an derselben Betäubungsmittelstraftat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung deshalb erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafmilderung als „Aufklärungsgehilfe“ verdient hat oder nicht und ob er sich möglicherweise darüber hinaus in bedenklicher Weise zu Lasten des nicht geständigen Angeklagten eingelassen haben kann (vgl. BGH StV 2004, 578, 579).

**43. BGH 1 StR 379/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Waldshut)**

Darlegungspflichten hinsichtlich der Rüge einer fehlerhaften Ausschließung des Angeklagten nach § 247 StPO (Erstreckung auf einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung); allgemeine Grundsätze zur Revisionsbegründung (keine Begründung ins Blaue hinein; Erkundigungspflichten des für die Revision mandatierten Verteidigers).

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

Revisionsrügen können nicht mit Behauptungen „ins Blaue hinein“ begründet werden (vgl. schon BGHSt 7, 162, 164, 165). Lässt sich weder aus dem Protokoll, noch aus dem Urteil das Vorliegen entscheidungserheblicher Verfahrensfehler klären, kann der für die Revisionsinstanz mandatierte Verteidiger im Hinblick auf § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO verpflichtet sein, Erkundigungen einzuziehen.

## IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**58. BGH 5 StR 206/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Frankfurt a.M.)**

BGHSt; einheitliche Tat bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuervoranmeldungen und anschließende

Umsatzsteuerjahreserklärung; Anklageschrift; materiellrechtliche Tatmehrheit); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; überlange Verfahrensdauer; Gesamtbetrachtung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 53 StGB; § 199 StPO; § 264 StPO

1. Bei der Umsatzsteuerhinterziehung bilden die Umsatzsteuervoranmeldungen eines Jahres und die anschließende Umsatzsteuerjahreserklärung des nämlichen Jahres eine einheitliche Tat im Sinne des § 264 StPO. (BGHSt)

2. Grundsätze des BGH zur überlangen Verfahrensdauer. (Bearbeiter)

#### 52. BGH 4 StR 59/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Münster)

BGHSt; nicht geringe Menge bei Khat-Pflanzen (Wirkstoffgehalt; Cathinon; allgemeine Grundsätze der Bestimmung geringer Mengen im Betäubungsmittelstrafrecht); Beihilfe hinsichtlich selbständiger Taten, die sich nicht jeweils allein schon auf eine nicht geringe Menge beziehen.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

1. Bei Khat-Pflanzen beginnt die „nicht geringe Menge“ bei einem Wirkstoffgehalt von 30 g Cathinon. (BGHSt)

2. Unterstützt der Gehilfe durch eine Handlung mehrere je für sich selbständige Taten des Handelstreibens mit Betäubungsmitteln, die sich erst in ihrer Gesamtheit auf eine „nicht geringe Menge“ beziehen, so macht er sich nur wegen einer Beihilfe zu einem Vergehen nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG strafbar. (BGHSt)

3. Die nicht geringe Menge eines Betäubungsmittels ist grundsätzlich nicht anders festzusetzen als durch ein Vielfaches des zum Erreichen eines Rauschzustandes erforderlichen jeweiligen Wirkstoffs (Konsumeinheit). Dabei müssen die Grenzwerte für die verschiedenen Betäubungsmittel gerade wegen ihrer qualitativ unterschiedlichen Wirkung aufeinander abgestimmt sein (BGHSt 42, 1, 10). (Bearbeiter)

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### (Nichts) Neues zum Missbrauch des Beweisantragsrechts

Zugleich Besprechung des Beschlusses Bay-OblG 4St RR 22/04 vom 5.3.2004 (HRRS 2005 Nr. 2).

Von Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Univ. Erlangen.

I. Mitten in die Diskussionen um die Schaffung eines (stärker) partizipatorischen Ermittlungsverfahrens,<sup>1</sup> dessen mögliche Anfälligkeit für „Störungen“ bei der Sachverhaltsermittlungen – soweit neben anderen möglichen Problemen überhaupt ins Blickfeld genommen – auch von Autoren eingestanden wird,<sup>2</sup> die gewiss nicht der Justizlastigkeit und der Nivellierung von Beschuldigtenrechten verdächtig sind, nun auf einmal wieder ein Beitrag zum mittlerweile wahrlich viel diskutierten<sup>3</sup> Miss-

brauch des Beweisantragsrechts in der (schon traditionell im hohem Maße partizipatorisch gestalteten) Hauptverhandlung – muss das sein? So wenig bei Beachtung eines strengen „kategorischen Inhibitivs“<sup>4</sup> von „müssen“ die Rede sein kann, so sehr ist der Missbrauch von Verfahrensrechten als Fragestellung nach wie vor aktuell und allemal einige kurze Überlegungen wert: Die einschlägige Diskussion wurde zwar – möglicherweise als Reaktion auf die Leitentscheidung BGHSt 38, 111<sup>5</sup> – besonders intensiv vor allem Mitte der 90-er Jahre geführt,<sup>6</sup> hat aber nichts von ihrer Bedeutung verloren. Es findet in der Literatur nach wie vor Beachtung<sup>7</sup> und beschäftigt – wie

und zur Monographie von *Eschenhagen* bereits *Kudlich*, JA 2002, 580 ff.).

<sup>4</sup> „Schreibe nur das, was Du wahrscheinlich auch lesen würdest, wenn es ein anderer geschrieben hätte und das Thema nicht zufällig zu Deinen bevorzugten Interessen gehört!“

<sup>5</sup> Vgl. dazu auch die Besprechungen von *Hamm*, NJW 1993, 289 ff.; *Maatz*, NStZ 1992, 513 ff.; *Scheffler*, JR 1993, 170 ff., sowie *Widmaier*, NStZ 1992, 519 ff.

<sup>6</sup> So waren Aspekte des Themas kurz nacheinander Gegenstand der strafrechtlichen Abteilung des 60. Deutschen Juristentags 1994, des 20. Strafverteidigertages 1996 sowie des 6. Strafrechtsfrühjahrssymposiums des DAV 1996. Umfangreiche Nachweise zur Diskussion in dieser Zeit (statt aller nur *Fischer*, NStZ 1997, 212 ff.; *Kempf*, StV 1996, 507 ff.; *Kröpil* DRiZ 1996, 448 ff.; *ders.*, ZRP 1997, 9 ff.; *ders.*, JuS 1997, 355 ff.; *ders.*, JR 1997, 315 ff.; *ders.*, JZ 1998, 135 f. *Kühne*, StV 1996, 684 ff.; *Niemöller*, StV 1996, 501 ff.; *Rüping*, JZ 1997, 865 ff.) in den Monographien von *Jahn*, Konfliktverteidigung und Inquisitionsmaxime (1998) und *Kudlich*, Strafprozeß und allgemeines Mißbrauchsverbot (1998).

<sup>7</sup> Vgl. aus der jüngeren Zeit etwa die Beiträge von *Fezer*, *Weber-FS* (2004), S. 475 ff., sowie *Senge*, NStZ 2002, 225 ff., die Dissertation von *Abdallah* (Fn. 3) sowie vor allem die voluminöse Habilitationsschrift von *Fahl*, Rechtsmißbrauch im Strafprozeß (2003), der insbesondere das Verdienst zukommt,

<sup>1</sup> Vgl. dazu die Forderungen im Gutachten C zum 65. Deutschen Juristentag 2004 von *Satzger* sowie dazu statt vieler die Stellungnahme von *Meier*, GA 2004, 441 ff.; zum „Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens“ vom Februar 2004 der Koalitionsfraktionen und des Justizministeriums (vgl. auch *Zypries*, StraFo 2004, 221 f.) statt vieler *Schlottbauer/Weider*, StV 2004, 504 ff.

<sup>2</sup> Vgl. in jüngerer Zeit *Schünemann*, in Triffterer (Hrsg.), *Vogler-GS* (2004), S. 81 ff.

<sup>3</sup> Siehe in den letzten Jahren allein die Monographien von *Abdallah*, Die Problematik des Rechtsmißbrauchs im Strafverfahren (2002, dazu *Kudlich*, GA 2003, 852 ff.), *Eschenhagen*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts (2001), *Grüner*, Über den Mißbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß (2000), sowie *Spiekermann*, Der Mißbrauch des Beweisantragsrechts (2001 – dazu

die hier interessierende Entscheidung des BayObLG deutlich zeigt – selbstverständlich auch nach wie vor die Gerichte.

Auf den ersten – und letztlich auch auf den zweiten – Blick nun ist die Entscheidung nicht wirklich spektakulär: Das BayObLG hält in Anlehnung an BGHSt 38, 111 ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot für an sich möglich, welches offenbar auch die konkret angeordnete Beschränkung des Beweisantragsrechts auf den Verteidiger tragen kann (wobei zumindest bemerkenswert ist, wie ausführlich das Gericht zunächst frühere Judikate zitiert, die sich in sehr grundsätzlicher Weise gegen eine Missbrauchskontrolle mit im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehenen Maßnahmen aussprechen). Im konkreten Fall allerdings sieht es die – darüber besteht wohl weitgehend Einigkeit – sehr hohen Anforderungen an das Eingreifen eines solchen Verbots als nicht gegeben, zumindest aber nicht als hinreichend dargetan an.

II. Zugleich ist die Entscheidung aber in mehrerlei Hinsicht symptomatisch für das Missbrauchsproblem: Denn die Tatsache, dass sich Tat- und Revisionsgericht im Ausgangspunkt zumindest mehr oder weniger hinsichtlich der Respektierung der in BGHSt 38, 111 aufgestellten Grundsätze einig sind, dass aber andererseits die Einschätzung der konkreten Verfahrenssituation stark differiert, ist wohl mehr als nur Ausfluss der Binsenweisheit, dass verschiedene Juristen bestimmte Fragen eben unterschiedlich beantworten. Vielmehr wird dreierlei deutlich:

– Je knapper ein Obergericht in einer Leitentscheidung zu einem komplexen Problem<sup>8</sup> seine Sichtweise entwickelt und begründet, desto weiter differiert auch die Umsetzung in der späteren instanzgerichtlichen Rechtsprechung. Die Entscheidung BGHSt 38, 111 ist insoweit zwar keinesfalls ein „Negativbeispiel“ – ein wirklich ausführliche Begründung und vor allem auch Handreichungen für die praktische Anwendung eine Missbrauchsverbots finden sich aber allenfalls angedeutet.

– Trotz aller Bemühungen um eine stärker rationale Begründung eines Missbrauchsurteils wird die Frage, wann eine Verfahrensbefugnis nicht nur „zweckwidrig“, aber eben noch in den Grenzen dessen, was der Gesetzgeber durch die Einräumung eines Rechts zwangsläufig

eine Reihe von Sachfragen, die man mit der Missbrauchsproblematik im Zusammenhang sehen könnte, in einen solchen zu stellen und dabei auch die Frage nach einem Missbrauch durch andere Verfahrensbeteiligte (d.h. vor allem auch die Strafverfolgungsbehörden, vgl. hierzu auch bereits instruktiv Kühne, StV 1996, 684 ff.) nicht auszublenden. Eine so weite Perspektive kann vorliegend schon aus Raumgründen nicht eingenommen werden, was die Ambivalenz der Problematik nicht in Frage stellen soll.

<sup>8</sup> Und der Rechtsmissbrauch ist – nicht nur tatsächlich, sondern insbesondere auch methodisch – ein sehr komplexes Problem, vgl. zu den methodischen Grundlagen der Problematik Kudlich (Fn. 6) S. 60 ff., sowie ausführlich auch Christensen/Kudlich in: Feldner/Forgó (Hrsg.) Norm und Entscheidung (2000), S. 189 ff.

auch an Missbrauch des Rechts hinnehmen muss“,<sup>9</sup> sondern bereits in einer Weise *einseitig zweckwidrig* eingesetzt wird, die nicht mehr hinnehmbar ist, selten trennscharf zu entscheiden sein. Die unterschiedliche Perspektive von Revisionsgericht<sup>10</sup> einer- und Tatgericht<sup>11</sup> andererseits wird hier immer wieder einmal zu verschiedenen Beurteilungen führen.

– Zuletzt ist<sup>12</sup> der Vorwurf des BayObLG, ein offenkundiger Missbrauch werde „weder aus dem Hauptverhandlungsprotokoll noch aus der Begründung des Gerichtsbeschlusses ersichtlich“ und das LG habe sich nicht nur vorhergehend „seiner Pflicht zur Begründung der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Verschleppungsabsicht (...) jeweils gänzlich entzogen“, sondern dem Revisionsgericht auch sonst „keine Kontrollmöglichkeit“ an die Hand gegeben, „ob das Landgericht zu Recht von einem missbräuchlichen Verhalten des Angeklagten ausgehen durfte oder ob und warum ein solches Handeln zu erwarten war“, besonders hervorzuheben: Wenn man nicht unterstellen möchte, dass sich Tatgerichte in solchen Situationen in der Begründung bewusst bedeckt halten, um damit (vermeintlich) weniger angreifbar zu werden,<sup>13</sup> so müssen sie sich zumindest den Vorwurf machen lassen, dass die Einschlägigkeit eines ungeschriebenen Missbrauchsverbots stets ein *Ausnahmefall* ist, der von der Regelanordnung einer Rechtsnorm abweicht und damit eine *erhebliche Begründungslast* nach sich zieht.<sup>14</sup>

III. Lässt sich nun mangels näher Hinweise auf das tatsächliche Prozessgeschehen in den Gründen des Beschlusses nicht verbindlich sagen, ob – die grundsätzliche Zulässigkeit eines solchen Vorgehens einmal unterstellt<sup>15</sup> – das Tatgericht mit seiner „Missbrauchsreakti-

<sup>9</sup> Vgl. hierzu auch das Statement von Schulz, StV 1991, 354, 362, wonach ein strafprozessuales „Verfahrensrecht, das nicht mißbraucht werden kann, (...) den Namen nicht (verdient)“. Daraus freilich die Konsequenz zu ziehen, dass jede Form von Missbrauchsbekämpfung des Rechts in grundsätzlicher und unzulässiger Weise in Frage steht, wäre in jeder Hinsicht zu kurz gegriffen.

<sup>10</sup> Vgl. etwa die hohen Anforderungen, welche die revisionsgerichtliche Rechtsprechung an das Vorliegen der ja ebenfalls im Zusammenhang mit dem Missbrauchsproblem stehenden Verschleppungsabsicht nach § 244 III 2 Mod. 6 StPO entwickelt hat.

<sup>11</sup> Vgl. nur die anschauliche Darstellung von Schmitt (als Vorsitzendem Richter einer Großen Strafkammer), GA 2001, 411 (speziell zum Beweisantragsrecht S. 417 mit anschaulichem Beispiel aus seiner Praxis), der etwa in der „Konfliktverteidigung“ auch den wesentlichen Kern der Absprachenproblematik sieht.

<sup>12</sup> Und zwar ungeachtet der Frage, ob das Vorgehen des LG bei einer ausführlicheren Begründung gehalten worden wäre.

<sup>13</sup> Insoweit sind Urteilsaufhebung und Kritik des BayObLG ein wichtiges und richtiges Signal (wenn einmal unterstellt wird, dass die – dem Verfasser nicht vorliegenden – tatrichterlichen Gründe hier wirklich so „dünn“ sind).

<sup>14</sup> Vgl. dazu bereits Kudlich (Fn. 6), S. 247 f. sowie ders., NSStZ 1998, 588, 589.

<sup>15</sup> Dazu näher sogleich.

on“<sup>16</sup> in der Sache zu schnell bei der Hand oder aber „nur“ eine hinreichende Begründung unterlassen hat,<sup>17</sup> so gibt die Entscheidung doch Anlass dazu, darüber nachzudenken, ob in entsprechenden „Extremfällen“ und bei ordnungsgemäßer Begründung das vom Tatgericht angeordnete Vorgehen einer Beschränkung des Beweisantragsrechts auf den Verteidiger *überhaupt* vorstellbar ist oder ob dieser auch von BGHSt 38, 111 eingeschlagene Weg mit der *lex lata* letztlich nicht zu vereinbaren ist:

1. Versucht man, sich dem Missbrauchsproblem in allgemeiner Form von den strukturellen Grundlagen her anzunähern, so zeichnen sich drei grundsätzliche Fragen ab: Kann ein „Missbrauchsverbot“ überhaupt begründet und insbesondere mit Blick auf den Vorbehalt des Gesetzes legitimiert werden? Bejahendenfalls:<sup>18</sup> Was sind seine Voraussetzungen? Und: Welche Rechtsfolgen kann es (auch in welcher formalen Weise) nach sich ziehen?<sup>19</sup>

a) Ohne dass der ersten – auch in der einschlägigen Literatur selten vertieft und etwa in ihren methodischen<sup>20</sup> und verfassungsrechtlichen Dimensionen<sup>21</sup> angesprochenen –

<sup>16</sup> Zur Frage nach der zulässigen Missbrauchsreaktion als zentralem Punkt dieser Problematik vgl. näher *Kudlich* (Fn. 6), S. 115 f., 176 f., 229 ff., 267 ff., 333.

<sup>17</sup> Zur Klarstellung: Auch falls es „nur“ an der erforderlichen Begründung für ein in der Sache möglicherweise gerechtfertigtes Vorgehen gefehlt haben sollte, wäre die Aufhebung des Urteils zu begrüßen; denn angesichts der oben bereits kurz skizzierten *besonders hohen* Anforderungen an die Darlegung eines „Missbrauchsfalls“, der eine von der gesetzlichen Regelanordnung abweichende Rechtsfolge legitimieren soll, handelt es sich bei der fehlenden Begründung um einen ernst zu nehmenden Rechtsverstoß und beim Beharren auf eine solche Begründung keinesfalls um eine leere Förmel; zur Bedeutung der Entscheidungsbegründung zur Legitimierung staatlicher Gewaltausübung allgemein *Christensen/Kudlich*, Theorie richterlichen Begründens (2001), passim; speziell zu den Begründungsanforderungen im Strafverfahren(srecht) vgl. *Kudlich/Christensen*, GA 2002, 237 ff.

<sup>18</sup> Verneinendenfalls würde sich die Frage stellen: Sollte dies *de lege ferenda* geändert werden? Vgl. dazu näher *Eschenhagen* (Fn. 3), S. 215 ff.

<sup>19</sup> Vgl. zu dieser Fragetrias *Kudlich* (Fn. 35), passim, insb. S. 189 ff., 248 ff., sowie *ders.*, NSTZ 1998, 588 ff.

<sup>20</sup> Also: Wie ist die Figur des Rechtsmissbrauchs in das (insbesondere traditionelle) System der Rechtsfindung einzuordnen? Vgl. hierzu nochmals *Christensen/Kudlich* in: Feldner/Forgó (Hrsg.) Norm und Entscheidung (2000), S. 189 ff. So geht etwa *Fahl* (Fn. 7), S. 116 ff., insb. 124 ff., davon aus, dass jedes Recht von vornherein nur in den Grenzen seines zweckmäßigen Einsatzes eingeräumt wird, und dürfte damit letztlich von einem Fall der teleologischen Auslegung ausgehen, während *Weber*, GA 1975, 289, 295, darin einen Sonderfall der teleologischen Reduktion sieht.

<sup>21</sup> Insbesondere: Wie ist die Beschränkung prozessualer Rechte (die – wie besonders deutlich beim Beweisantragsrecht – häufig Ausfluss des grundrechtlich geschützten rechtlichen Gehörs sind) unter Berücksichtigung des natürlich auch und gerade im Strafverfahrensrechts geltenden Vorbehalts des Gesetzes zu legitimieren, vgl. dazu zunächst grundlegend zur Vorbehaltsproblematik im Strafverfahren *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht (1977), passim; *ders.*, Keine Strafe ohne Gesetz (1983), passim; *ders.* Parallelitäten und Divergenzen zwischen strafrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Gesetzesvorbehalt, in: Blau-FS (1985), 123 ff.; speziell mit Blick auf

Frage hier angemessen nachgegangen werden könnte, dürfte – aus Sicht des Verfassers: zu Recht! – verbreitet Konsens darüber bestehen, dass ein ungeschriebenes Missbrauchsverbot auch im Strafprozessrecht jedenfalls nicht von vorneherein ausgeschlossen ist.<sup>22</sup> Sieht man als wesentliches Strukturmerkmal des Missbrauchs den zweckwidrigen Einsatz einer Befugnis, erscheint die grundsätzliche Zulässigkeit einer Missbrauchskontrolle nämlich durchaus mit den anerkannten Regeln der Methodenlehre, aber auch mit den meisten Aspekten des Gesetzesvorbehalts (Demokratieprinzip, Gewaltenteilungsgrundsatz und wohl auch Willkürverbot) vereinbar. Dies freilich nur unter der Voraussetzung, dass es dadurch nicht im konkreten Einzelfall zu einem klaren Überspielen des Wortlauts bei einer deutlich als abschließend beabsichtigten Regelung kommt.

Aber davon kann jedenfalls in dieser Allgemeinheit für das Strafverfahrensrecht keine Rede sein: Zwar geben die *de lege lata* bestehenden missbrauchsrelevanten Vorschriften<sup>23</sup> wohl angesichts ihrer Punktualität und ihres jeweils sehr speziellen Regelungsbereichs keine taugliche Analogiebasis her; dem Rückgriff auf einen allgemeinen Rechtsgedanken wie das Missbrauchsverbot stehen aber gesetzliche Einzelausprägungen nicht entgegen, wie insbesondere im Zivilrecht (als dem traditionellen Hauptanwendungsgebiet des Missbrauchsprinzips) deutlich wird: So enthält z.B. § 814 BGB eine spezielle Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben in Form des Verbots des *venire contra proprium factum* und § 226 BGB<sup>24</sup> sogar eine (allerdings an enge Voraus-

die Missbrauchsproblematik näher m.w.N. *Kudlich* (Fn. 6), S. 126 ff.; soweit es um die Beschneidung von Rechten speziell des Verteidigers geht, stärker auf Art. 12 I GG abstellend *Jahn* (Fn. 6), S. 192 ff., 220 f.

<sup>22</sup> Die Entscheidung BGHSt 38, 111 wird nicht nur in der Kommentarliteratur überwiegend zustimmend zitiert, sondern zumindest im *Ergebnis* etwa auch in der Monographie von *Spiekermann* (Fn. 3), S. 138; krit. allerdings (de lege lata) *Eschenhagen* (Fn. 3), S. 183.

<sup>23</sup> Vgl. zu diesen *Kröpil*, JR 1997, 315 ff., *ders.*, AnwBl 1997, 575 ff., sowie *Kudlich* (Fn. 6), S. 26 ff.

<sup>24</sup> Nicht unerwähnt bleiben soll in diesem Kontext ein Vorschlag von *Scheffler* (JR 1993, 170, 172 f.), ein strafprozessuales Missbrauchsverbot generell an die engeren und nach seiner Meinung schärfer konturierten Voraussetzungen des Schikaneverbots nach § 226 BGB zu binden. Zwingend erforderlich ist dies allerdings trotz des Vorteils einer (allerdings wohl eher schein-) positivistischen Anbindung nicht: Denn zum einen dürften die tatsächlich bedeutsamen Fallgruppen des Missbrauchs unter eine Schädigung des Gerichts (Verschleppung, Verfahrensabotage) oder Dritter (Zeugenbeleidigung, demonstrative Zwecke) zu subsumieren und damit auch von § 226 BGB erfasst sein, zumal ein mögliches Interesse des Angeklagten an der Obstruktion des Verfahrens jedenfalls nicht *rechtlich* schützenswert ist, selbst falls diese ihm *tatsächlich* äußerst gelegen kommen sollte. *Soweit* zum anderen § 226 BGB dennoch einen engeren Anwendungsbereich hat, wäre zu beachten, dass die engere Interpretation aus dem *Privatrecht* herrührt. Dort darf aber (außerhalb des Grundsatzes von Treu und Glauben) zumindest nach dem Modell der *Privatautonomie* jeder Rechtsträger seine Rechte grundsätzlich so ausüben darf, wie er es will, und es gibt (anders als oben für das Strafverfahrensrecht beschrieben) regelmäßig *keine funktionale Bindung*. Dass das Vorliegen solcher „funktionaler Bindungen“

setzungen geknüpft) generalklauselartige Ausprägung des Missbrauchsgedankens – ungeachtet dessen werden der Grundsatz von Treu und Glauben bzw. das allgemeine Missbrauchsverbot im Zivilrecht auch in vielen anderen (insbesondere die Voraussetzungen des § 226 BGB nicht erfüllenden) Fällen angewendet.

Möchte man dies anders sehen, müsste man konsequenterweise wohl davon ausgehen, dass einem auch noch so krassen Missbrauch – der gewiss nicht den Regelfall bildet, aber eben auch nicht auszuschließen ist – nicht in rechtsstaatlicher Weise begegnet werden kann. Der Begründung eines Missbrauchsverbots mit methodischen Standards<sup>25</sup> jedenfalls kaum überlegen erscheint die zuletzt von *Spiekermann* vorgeschlagene Lösung, das im Einzelfall auch von ihr zugestandene Bedürfnis nach einer Missbrauchsreaktion § 34 StGB zu befriedigen. Denn von den bekannten grundsätzlichen Einwänden gegen die Interpretation eines Rechtfertigungsgrundes als staatliche Eingriffsmächtigung (die hier nicht vertieft werden sollen) einmal abgesehen, gelten die gegen ein allgemeines Missbrauchsverbot traditionell erhobenen Einwände der geringen Bestimmtheit, des Fehlens verlässlicher Aussagen zur Rechtsfolge, des Erfordernisses einer ausführlichen Begründung usw. hier ganz genauso. Hinzu kommt u.a. das Problem, dass bei der nach § 34 StGB erforderlichen Abwägung auf der „Rettungsseite“ jedes Mal in unveränderter Form die „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ steht, d.h. etwaige Unterschiede könnten sich nur auf der „Eingriffsseite“ ergeben, wo mal schwerer, mal weniger schwerer Missbrauch unterbunden wird; damit läuft aber die vorgeblich umfassende Abwägung im Ergebnis doch nur auf eine Bewertung des Maßes der Zweckwidrigkeit hinaus – und damit auf die Gedanken, die auch einem ungeschriebenen Missbrauchsverbot zu Grunde liegen.

b) Hinsichtlich des tatsächlichen Vorliegens eines Missbrauchsfalles in der konkreten Situation muss geprüft werden, ob die Zweckwidrigkeit ein Maß erreicht, das es gerechtfertigt erscheinen lässt, als Ausnahme von der gesetzlichen Regelanordnung die Ausübung einer prozessualen Befugnis als unzulässig anzusehen<sup>26</sup> oder sie für die Zukunft sogar völlig zu entziehen bzw. einzuschränken. Hinsichtlich der Bestimmung dieser Zweckwidrigkeit ist zu beachten, dass die konkrete Bezugsgröße dieses Urteils *nicht* der Zweck des Strafverfahrens als Institution oder der Zweck des Strafverfahrensrechts insgesamt sein kann, sondern stets der Zweck der *jeweils*

*betroffenen Befugnis*. Zwar ist dieser oft durch den Zweck des Verfahrens als Institution mehr oder weniger stark beeinflusst; gleichwohl kann nur das Anknüpfen an der Einzelbefugnis zu überzeugenden Ergebnissen führen. Dies ergibt sich nicht nur methodisch aus der allgemeinen Regel des Vorrangs der *lex specialis*, sondern auch aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber mit der Einräumung bestimmter Verteidigungsbefugnisse bewusst in Kauf genommen hat, dass durch sie z.B. der Verfahrensabschluss erschwert wird, und ganz offenbar auch davon ausgeht, dass die Meinungen etwa über die Zweckmäßigkeit einer Beweiserhebung zwischen Gericht und Verteidigung auseinander gehen.

c) Drittes Kernproblem ist schließlich die Auswahl einer Missbrauchsreaktion, bei der das Gesetz im Anwendungsbereich eines *ungeschriebenen* Missbrauchsverbots notwendigerweise keine klaren Vorgaben macht. Es kommt zum einen in Betracht, eine einzelne Befugnisausübung zurückzuweisen (wobei sich durchgesetzt hat, diese im Sinne der prozessualen Wertkategorien als „unzulässig“ zu bezeichnen) oder - effektiver, aber auch eingriffsintensiver<sup>27</sup> - ihre zukünftige Ausübung zu untersagen. Wichtiges Kriterium für die Auswahl der konkreten Rechtsfolge muss dabei zum einen sein, ob nur eine einzelne Befugnisausübung „missbräuchlich“ war oder aber das „Ausübungsverhalten“ insgesamt, m.a.W.: die Missbrauchsreaktion sollte mit dem Gegenstand des Missbrauchs korrespondieren.<sup>28</sup> Zum anderen ist aber jede Missbrauchsreaktion als Eingriff in (prozess-) grundrechtlich geschützte Positionen<sup>29</sup> am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messen. Hier kann etwa auf das Erfordernis einer „Abmahnung“ hingewiesen werden,<sup>30</sup> die – um ihrem Zweck gerecht werden zu können – hinreichend klar sein muss, die mögliche Missbrauchsreaktion nennen sollte und erst einem bereits erfolgten Missbrauch nachfolgen (und nicht „gleichsam auf Vorrat“ zu Beginn der Verhandlung erfolgen) darf. Eher „technischer Natur“ ist die – im vorliegenden Fall offenbar unproblematische – Frage, ob die Missbrauchsreaktion durch eine bloße Verfügung des Vorsitzenden erfolgen kann oder aber eines Beschlusses des Gerichts als Kollegium bedarf. Vorzugswürdig erscheint, generell einen solchen Beschluss zu fordern, wie etwa auch der Vergleich mit den geschriebenen Fällen einer Missbrauchsreaktion in §§ 26a I Nr. 3, II, 244 III 2 Mod. 6, VI StPO zeigt und was auch dem o.g. Ausnahmeharakter besser gerecht wird.<sup>31</sup>

bedeutsam ist, wird ebenfalls wieder im Privatrecht deutlich: Wo dort solche angenommen werden, führen sie ebenso zu weitergehenden Beschränkungen der Rechtsausübungsmöglichkeiten, wie das Beispiel des (Wohnungs-) Mietrechts zeigt. Dort ist wegen der Sozialbindung des Eigentums nicht jeder privatrechtlich mögliche Gebrauch (so z.B. eine unbeschränkte Kündigung) auch rechtlich zulässig, sondern es findet vielmehr in verschiedener Weise eine (wenngleich hier gesetzlich geregelte) Billigkeitskontrolle statt.

<sup>25</sup> Wie auch immer diese aussehen sollen, vgl. nochmals Fn. 20.

<sup>26</sup> So etwa im (zutreffend entschiedenen) Fall BGHSt 40, 287 m. Anm. *Kudlich*, JuS 1997, 507 ff. (missbräuchliche Verknüpfung zwischen Bedingung und Antragsinhalt beim Hilfsbeweisantrag).

<sup>27</sup> Sogar die *einzig* Möglichkeit einer Reaktion ist dieses Vorgehen, wo es für den Berechtigten auf eine Entscheidung über Zulässigkeit, Wirksamkeit etc. seiner Erklärungen nicht ankommt, so etwa beim „Abschneiden“ eines missbräuchlich ausufernden (hypothetischer Extremfall: viele Verhandlungstage dauernden und keinen Bezug zur angeklagten Tat herstellenden) letzten Wortes des Angeklagten.

<sup>28</sup> Vgl. auch bereits *Kudlich* (Fn. 6), S. 256, 333.

<sup>29</sup> Vgl. nochmals oben Fn. 21.

<sup>30</sup> Vgl. bereits *OLG Hamburg* NSTZ 1998, 586, 587 f.

<sup>31</sup> Freilich ist *Fahl* (Fn. 7), S. 434 (dort mit Fn. 3099 – 3101) zuzugestehen, dass Vorschriften wie § 238 I, II oder insb. 241 I StPO zumindest auf den ersten Blick auch die Anordnung von Missbrauchsreaktionen durch den Vorsitzenden nicht ausgeschlossen erscheinen lassen – in diesen Fällen müsste der Be-

2. Mit Blick auf die konkrete Verfahrenssituation – also hypothetischer zweckfremder Einsatz des Beweisantragsrechts in erheblichem Umfang – lassen sich diese allgemeinen Überlegungen folgendermaßen näher konkretisieren (wobei die Erwägungen zur *grundsätzlichen* Möglichkeit eines ungeschriebenen Missbrauchsverbots [oben 1a] konstellationsunspezifisch sind und daher hier nur auf die Missbrauchsargumente und die Missbrauchsreaktion eingegangen werden muss<sup>32</sup>):

a) Wurde oben als Grenze einer Anwendung des Missbrauchsverbots *im Einzelfall* postuliert, dass klare gesetzliche Regelungen dadurch nicht konterkariert werden dürfen, so ist zunächst zu fragen, ob die „missbrauchsrelevanten“ Vorschriften im Bereich des Beweisantragsrechts<sup>33</sup> hier in jeder Hinsicht abschließend sind. Dies ließe sich zwar für die *Zurückweisung* von Beweisanträgen im Einzelfall angesichts der ausführlichen Aufzählung in §§ 244 III 2, 245 StPO (zumindest innerhalb ihres thematischen Anwendungsbereichs) vertreten; die Frage der *Beschränkung* des Beweisantragsrechts *für die Zukunft* ist hier aber nicht einmal angesprochen und liegt damit außerhalb des Regelungsbereichs der §§ 244, 245 StPO. Ebenso wenig lässt sich aus dem detaillierten System von Zurückweisungsgründen entnehmen, dass dieses – etwa um eine Umgehung zu verhindern – auch gegenüber anderen Beschränkungen abschließend sein müsste; denn Anknüpfungspunkt einer solchen Missbrauchsreaktion sind ja gerade nicht einzelne Beweisanträge, sondern das *Beweisantragsverhalten insgesamt*.

Liegt somit kein in jeder Richtung abschließender Regelungskomplex vor, so könnte man für die konkrete „Zweckwidrigkeitsprüfung“ aber immer noch in mehr oder weniger pauschaler Form darauf abstellen, dass die Einräumung des Beweisantragsrechts nach h.M. den Antragsberechtigten bewusst die Möglichkeit schafft, das Gericht auch in einem Bereich, der über den Umfang der Amtsermittlungspflicht hinausgeht, zur Beweiserhebung zu zwingen, so dass die nach der Amtsermittlungspflicht und auf etwaige Beweisanträge hin jeweils durchzuführenden Beweisaufnahmen sich zwar teilweise, aber eben keineswegs völlig decken, sondern vielmehr zwei sich überschneidende Kreise bilden.<sup>34</sup> Diese Möglichkeit müsse aber, so könnte man weiter argumentieren, ausnahmslos unangetastet bleiben, da sie gerade damit zusammenhänge, dass trotz der grundsätzlichen Verpflichtung der Strafverfolgungsbehörden zur Neutralität naturgemäß teilweise unterschiedliche Sichtweisen darüber bestehen,

troffene eine Entscheidung nach § 238 II StPO herbeiführen, um einen Beschluss des ganzen Kollegiums erlangen zu können.

<sup>32</sup> Vgl. auch bereits (ausführlicher als hier) zur – von der Missbrauchsreaktion her gleich gelagerten – Entscheidung BGHSt 38, 111 *Kudlich* (Fn. 6), S. 279 ff.

<sup>33</sup> Vgl. zu diesen *Eschenhagen* (Fn. 3), S. 77 ff., sowie *Spiekermann*, (Fn. 3), S. 98 ff.

<sup>34</sup> Vgl. *Schlüchter* GA 1994, 397, 412 f.; umfangreiche Nachweise für die h.M. bei *Frister* StV 1994, 445, 448 (dort Fn 50); zur entgegengesetzten „Identitätslehre“ *Wessels* JuS 1969, 1, 3; zuzf. *Eschenhagen* (Fn. 3), S. 16 ff.; *Spiekermann* (Fn. 3), S. 87 ff.

welche Beweise im Einzelnen noch etwas zur Wahrheitsfindung beitragen könnten.<sup>35</sup>

Aber damit würde – so richtig der Gedankengang im Ausgangspunkt ist – zu kurz gegriffen. Vielmehr kann auch hier der Zweckwidrigkeitsgedanke als wichtigstes Kriterium des Missbrauchs gewinnbringend herangezogen werden. Speziell für das Beweisantragsrecht lässt er sich folgendermaßen präzisieren: Wie insbesondere die systematische Stellung der §§ 244 ff. StPO zeigt, dient das Beweisantragsrecht der Teilhabe an der Sachverhaltsaufklärung, d.h. die Wahrheitsfindung ist hier als wichtigstes (Zwischen-) Ziel zum Verständnis der Befugnis prägend. Zwar kann das Beweisantragsrecht dabei natürlich auch legitimerweise „destruktiv“ dahingehend ausgeübt werden, dass mit den beantragten Beweisen die Überzeugungsbildung des Gerichts erschüttert wird und daher der Nachweis einer tatsächlich begangenen Tat nicht mehr zur Überzeugung des Gerichts gelingen kann – das Verfahrensziel wird ja nicht nur durch die Wahrheitsfindung (und schon gar nicht: nur durch eine Verurteilung) erreicht, sondern auch durch das Ergebnis, dass ein bestimmter Verdacht sich nicht prozessordnungsgegemäß bestätigen lässt (bzw. dagegen vorgebrachte Einwände sich nicht hinreichend widerlegen lassen). Diese Überlegung zeigt aber gerade, dass die Einräumung eines eigenen Beweisantragsrecht dem Schutz des Angeklagten gerade *durch die Teilhabe* an der Wahrheitsfindung bzw. *am Herbeischaffen der für die richterliche Überzeugungsbildung entscheidenden Fakten* gewährleistet werden soll – dagegen wird es nicht eingeräumt, um durch eine Vielzahl von völlig unergiebigem Anträgen des Verfahrens insgesamt zu obstruieren. Oder anders gewendet: auch das Beweisantragsrecht des Angeklagten ist in einem bestimmten Sinne *funktional gebunden*, und wenn die Analyse einer großen Vielzahl von Beweisanträgen zeigt, dass ein Beitrag zur Wahrheitsfindung bzw. Überzeugungsbildung in nahezu keiner Weise vorliegt, wird das Beweisantragsrecht als solches im konkreten Fall zweckwidrig eingesetzt.

Oder in einen noch größeren Zusammenhang gestellt: Die Vorschriften über das Beweisantragsrecht sind in den 6. Abschnitt des 2. Buches der StPO über die Hauptverhandlung eingebunden, der den Ablauf der Hauptverhandlung von ihrem Beginn (vgl. § 243 I StPO) bis zu ihrem Abschluss (vgl. §§ 260 ff. StPO zum Urteil, insbesondere § 275 StPO zur Urteilsausfertigung) regelt. Dies zeigt, dass die Beweisaufnahme integrierter Bestandteil eines auf einen Abschluss gerichteten Verfahrens ist,<sup>36</sup>

<sup>35</sup> Vgl zu diesen in einer antagonistischen Verfahrensstruktur angelegten unterschiedlichen Sichtweisen *Kudlich* (Fn. 6), S. 228.

<sup>36</sup> *Insoweit* ist *Malmendier*, NJW 1997, 227, 228, zuzustimmen, wenn er postuliert, dass i.d.R. keine Befugnis dazu führen darf, dass „der Angeklagte und sein Verteidiger es in der Hand haben, die Durchführung des Strafverfahrens nach Belieben zu verhindern“. Sein Schritt, die dazu erforderliche Einschränkung von Verteidigungsrechten durch eine unter dem Gesichtspunkt des Funktionstüchtigkeitstopos gebotene verfassungskonforme Auslegung zu erreichen, erscheint gleichwohl (zumindest in dieser Formulierung) sehr weit gehend.

zumal ohne einen solchen Abschluss auch das weitergehende Ziel der Durchsetzung des materiellen Strafrechts nicht verwirklicht werden kann. Deswegen ist es keinesfalls Zweck des Beweisantragsrechts, den Verfahrensabschluss in grundsätzlicher Weise zu vereiteln oder länger als bis zur Erforschung und rechtlichen Bewertung des Sachverhalts erforderlich hinaus zu zögern. Auch aus diesem Grunde ist das exzessive Stellen von nicht weiterführenden Beweisanträgen als Missbrauch des gesamten Beweisantragsrechts zu sehen.

b) Hinsichtlich der möglichen Rechtsfolgen eines Missbrauchs (also der hier sogenannten „Missbrauchsreaktion“) wurde bereits auf das Korrespondieren zwischen Missbrauchsgegenstand und –reaktion hingewiesen. Ist hier das Beweisantragsverhalten *insgesamt* betroffen, ist es nur konsequent, dass auch die Reaktion des Gerichts daran anknüpft. Dass das Beweisantragsrecht dabei nicht schlechterdings entzogen, sondern „nur“ gleichsam gefiltert wird, lässt sich als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deuten. Denn auch wenn eine solche Filterfunktion sicher nicht dem Leitbild der StPO vom eigenen Antragsrecht des Angeklagten entspricht, verringert sich *sub specie* Art. 103 I GG die Eingriffsintensität ganz erheblich.<sup>37</sup> Hinzu kommt, dass durch die einer solchen Entziehung zwangsläufig vorhergehende mehr oder weniger ausführliche Beschäftigung mit Beweisanträgen<sup>38</sup> in derartigen Fällen bereits in erheblichem Umfang rechtliches Gehör gewährt worden ist, was die Eingriffsintensität noch weiter herabsetzt.

Aus systematischer Sicht bedarf jedoch das Verhältnis der gesetzlich geregelten Rechtsfolge einer „Zurückweisung eines Beweisantrags“ zu der Entziehung bzw. Beschneidung des gesamten Beweisantragsrechts noch ergänzender Erläuterung: Zumindest auf den ersten Blick könnte man nämlich – wie von *Hamm* in seiner Besprechung der Entscheidung BGHSt 38, 111 vorgetragen<sup>39</sup> – einen Widerspruch darin sehen, dass bei der Vielzahl von zukünftigen Beweisanträgen, die als bloße Gefährdung des Rechtsguts „Lauterkeit des verfahrensrechtlichen Handelns“ zu bewerten seien, eine schärfere Sanktion ausgesprochen werden könne als bei einem einzelnen vorangegangenen in Verschleppungsabsicht gestellten Beweisantrag, der dieses Rechtsguts sogar bereits verletzt habe. Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch zwei-

erlei: Zum einen könnte man das vermeintliche Stufenverhältnis auch umgekehrt sehen, indem man einen Missbrauch des Beweisantragsverhaltens insgesamt, der auf die *Verhinderung* eines Verfahrensabschlusses abzielt, gegenüber der *Verzögerung* bzw. Verschleppung gerade als ein *maius* sieht;<sup>40</sup> zugegebenermaßen ist jedoch diese Unterscheidung zwischen Prozessverschleppung und -verhinderung (zwar theoretisch klar, aber) praktisch nur schwer durchführbar. Entscheidend ist daher der oben bereits angesprochene Gesichtspunkt einer Unterscheidung zwischen der Zurückweisung eines *ganz bestimmten* Antrags (etwa wegen Verschleppungsabsicht) und dem *Beweisantragsverhalten insgesamt*. Dem *tatbestandlichen* Unterschied zwischen der Stellung eines einzelnen Beweisantrags in Verschleppungsabsicht und einem insgesamt missbräuchlichen Beweisantragsverhalten (an dessen Vorliegen auch entsprechend höhere Anforderungen zu stellen sind!) *entspricht* bei der Wahl der Rechtsfolge die Unterscheidung zwischen der Zurückweisung dieses einzelnen Beweisantrages und der Beschneidung des Beweisantragsrechts insgesamt.<sup>41</sup>

IV. Was bleibt als Fazit? Die Entscheidung beschreitet kein Neuland, sondern orientiert sich – wenngleich mit aus dem Duktus der Entscheidung deutlich werdender großer Zurückhaltung gegen das Institut des „Rechtsmissbrauchs im Strafverfahren“ – an den Ergebnissen und Schlagworten der Grundlagenentscheidung BGHSt 38, 111. Dass diese auch einer näheren (in dieser Form weder damals vom BGH noch nunmehr vom BayObLG geleisteten) Überprüfung und Einlösung der Begründungspflicht standhalten könnten, sollte vorliegend deutlich geworden sein. Darüber hinaus zeigt die Entscheidung aber zwei praktisch wichtige Aspekte noch einmal sehr klar: Zwar scheinen auf der einen Seite Tatgerichte zuweilen der Versuchung zu erliegen, über die Figur des Missbrauchs „nur lästige oder unbequeme Beweisanträge“ zu bewältigen;<sup>42</sup> das BayObLG hat aber auf der anderen Seite die Hoffnung bzw. Prognose bestätigt, dass die Revisionsgerichte gerade über die Anwendung eines „allgemeinen Missbrauchsverbots“ sorgfältig und kritisch wachen werden,<sup>43</sup> so dass eine Anerkennung dieses Instituts in engen Grenzen kein Grund ist, das drohende Ende eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens anzumahlen.

<sup>37</sup> Dass das Erfordernis einer Rechtsausübung durch einen Anwalt nicht grundsätzlich gegen Art. 103 I GG verstößt, wird beispielsweise im Zivilprozessrecht deutlich (in dem Art. 103 I GG ganz genauso Geltung beansprucht), wo bei Prozessen vor dem Landgericht die anwaltlose Partei alleine nicht einmal postulationsfähig ist. Allerdings stößt diese sinnvolle und verhältnismäßige Maßnahme an ihre Grenzen, wenn der Angeklagte unverteidigt ist oder wenn das missbräuchliche Verhalten gerade beim Verteidiger liegt: Im ersten Fall, weil dann gar keine Beweisanträge mehr gestellt werden könnten, im zweiten, weil (zumindest in den Fällen notwendiger Verteidigung) der Verlust des Antragsrechts des juristisch ausgebildeten Beraters durch das eigene Antragsrecht des Angeklagten schwerlich ausgeglichen werden kann.

<sup>38</sup> Ohne eine solche könnte das Missbrauchsurteil über das „Beweisantragsverhalten“ nicht getroffen werden.

<sup>39</sup> Vgl. NJW 1993, 289, 296.

<sup>40</sup> Von einem solchen Stufenverhältnis zwischen Missbrauch i.S.d. Verfahrensvereitelung und der Verfahrensverschleppung geht z.B. *Niemöller*, StV 1996, 501, 503, aus.

<sup>41</sup> Zur Frage, wie in einer solchen Verfahrenssituation mit (möglicherweise vielen) bereits gestellten, aber noch nicht beschiedenen Anträgen umgegangen werden könnte, vgl. *Kudlich* (Fn. 6), S. 287 ff.

<sup>42</sup> So schon zu BGHSt 38, 111, die Warnung bei *Scheffler*, JR 1993, 170, 171.

<sup>43</sup> Dazu bereits (in etwas anderem Kontext) *Kudlich* (Fn. 6), S. 359 f.



## Prozessdokumentation

Wie im Dezember des vergangenen Jahres bereits angekündigt, wird HRR-Strafrecht.de nunmehr auch eine Rubrik Prozessdokumentation umfassen. HRR-Strafrecht.de will die besonderen Vorteile eines Onlineangebotes nutzen und Publikationen ermöglichen, die gerade den Verlauf und die praktische Wirklichkeit von Strafverfahren anhand von Prozessbeiträgen dokumentieren, ohne auf die Form der Anmerkung oder des Aufsatzes angewiesen zu sein. Anträge, Erklärungen und Beschlüsse aus Strafverfahren sollen in dieser neuen Rubrik Aufnahme finden. Die Texte werden dabei als PDF-Dokumente zur Verfügung gestellt.

HRR-Strafrecht.de folgt dabei einer Entwicklung, welche in anderen Ländern schon weit fortgeschritten ist. So gibt es in den Vereinigten Staaten von Amerika bei führenden juristischen Portalen wie Findlaw (<http://www.findlaw.com>) längst die Möglichkeit, Verfahrensbeiträge wie etwa Anklageschriften öffentlich zugänglich zu machen (vgl. etwa beispielhaft zu jüngeren Verfahren zum Terrorismus: <http://news.findlaw.com/legalnews/us/terrorism/cases>). Aber auch in Deutschland gab es insbesondere zum „Mannesmann-Verfahren“ bereits Anstrengungen zur Prozessdokumentation via Internet (vgl. insoweit empfehlenswert <http://www.mannesmann-prozess.de/>). Die Redaktion ist überzeugt, dass auch in Deutschland eine entsprechende Publikationsmöglichkeit – unter Wahrung der Rechte der Verfahrensbeteiligten – zum Erfahrungsaustausch unter den in der Strafjustiz tätigen Juristen aber auch zu einer für die Öffentlichkeit transparenten Strafjustiz beitragen kann.

Die Zeitschrift HRRS wird dazu in ihrer entsprechenden Rubrik monatlich Hinweise auf aufgenommene Doku-

mente geben. In der neuen Rubrik Prozessdokumentation können derzeit insbesondere Dokumente zum laufenden **Strafverfahren gegen Alexander Falk u.a.** eingesehen werden. Auf dem heutigen Stand (13.1.2005) sind zuletzt insbesondere eingestellt worden:

- Präsentation von Prof. Dr. Dr. h.c. Jochen Drukarczyk, Inhaber des Lehrstuhls für Finanzierung an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg (vorgetragen und erläutert in der Hauptverhandlung vom 22.12.2004)
- Beschluß des Landgerichts Hamburg vom 5.1.2005 zu dem Aussetzungsantrag der Verteidiger vom 3.12.2004 (verkündet in der Hauptverhandlung vom 6.1.2005)
- Befangenheitsgesuch des Alexander Falk (gestellt in der Hauptverhandlung vom 6.1.2005 durch Rechtsanwalt Thomas Bliwier)
- Antrag der Verteidigung auf Sicherstellung aller DKB-Unterlagen zum Kauf der ISION (gestellt in der Hauptverhandlung am 6.1.2005)
- Antrag der Verteidigung vom 2.1.2005 zur Zurückhaltung von Beweismitteln durch die Staatsanwaltschaft (gestellt in der Hauptverhandlung am 6.1.2005)
- Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 5.1.2005 zu dem Antrag der Verteidigung vom 2.1.2005 (erörtert in der Hauptverhandlung am 6.1.2005)

Darüber hinaus wurde ein von Herrn Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Herbert Posner (Plauen) eingesandtes und durchaus denkwürdiges Prozessbeispiel zur – ansonsten selten – erfolgreichen Ablehnung eines Richters nach Spannungen mit dem Verteidiger eingestellt:

- Befangenheitsantrag des Verteidigers vom 12.10.04 sowie der stattgebende Beschluss des AG Plauen vom 25.10.04.

Die Leser der HRRS bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

## Schrifttum

*Detlef Burhoff*: **Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren** (3., aktualisierte und wesentlich erweiterte Aufl. 2003 mit CD-ROM, 1298 Seiten, ZAP-Verlag, 97,- €) und **Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung** (4., aktualisierte und wesentlich erweiterte Aufl. 2003, 1008 Seiten, ZAP-Verlag, 86,- €).

1. Einem Rezensenten der aktuellen Auflagen der strafverfahrensrechtlichen Handbücher von Detlef Burhoff

fällt eine denkbar undankbare Aufgabe zu. Zwar muss sich der Rezensent weder durch schwer lesbare Ausführungen kämpfen, noch muss er etwa einen geringen Informationswert beklagen. Ganz im Gegenteil. Die Handbücher von Burhoff bieten – um das Ergebnis vorweg zu nehmen – ein Maß an Komfort und Information bei der Darstellung der wesentlich erscheinenden Rechtsfragen des Ermittlungsverfahrens und der Hauptverhandlung, das nur schwerlich zu übertreffen ist. Nur, was soll ein Rezensent zu Folgeauflagen noch ausführen, der nicht nur Eulen nach Athen tragen und ebenso wenig – stets nach subjektiven Vorlieben mögliche – Hinweise auf vereinzelt denkbare Erweiterungen oder Präzisierungen

geben will, die bei ihrer Hervorhebung in einer gerafften Rezension über 2300 Seiten Gesamtdarstellung doch nur ein falsches Bild abgeben müssten? Vielleicht sollte der Rezensent zunächst knapp erinnern, was der Nutzer der Handbücher von Burhoff konzeptionell an die Hand bekommt, um sodann kurz den Stand der aktuellen Auflagen zu kennzeichnen (vgl. 2). Darüber hinaus sollten Eindrücke zur Einsetzbarkeit der Handbücher hervorgehoben werden, die sich beim Rezensenten eingestellt haben und zum Teil bislang vielleicht eher wenig herausgestellt worden sind. (vgl. 3). Vom untauglichen Versuch, die rechtlichen Darlegungen vollständig zu würdigen, wird jeweils Abstand zu nehmen sein.

2. Sowohl das Handbuch zum Ermittlungsverfahren als auch dasjenige zur Hauptverhandlung streben ausdrücklich an, eine praxistaugliche Arbeitshilfe sein zu wollen, die insbesondere Verteidigern eine zügige Information ermöglicht. Hierzu wird – abweichend vom System der Kommentare aber auch der Lehrbücher – die „ABC-Form“ gewählt und damit anhand von Darstellungen zu – oftmals näher untergliederten (vgl. etwa Berufung, Allgemeines und Berufungseinlegung etc.) – Ausgangsschlagworten themenbezogen das im Ermittlungsverfahren oder in der Hauptverhandlung relevante Strafrechtsrecht dargestellt. Dies geschieht jeweils auf aktuellem Stand einschließlich des umfassenden Nachweises von Rechtsprechung und Schrifttum, wobei insbesondere auch oft – unter Verwendung übersichtlicher Aufzählungspunkte – praktisch hilfreiche Fallgruppen der Rechtsprechungskasuistik aufgefächert werden. Die zitierten Entscheidungen werden in einem umfassenden Register mit Nachweis von Parallelfundstellen und Entscheidungsanmerkungen gesondert ausgewiesen. Muster-texte für etwaige Verteidigerschriftsätze bzw. Anträge sind aufgenommen. Wesentliches wird optisch, im Wege der Gliederung und insbesondere auch über Zusammenfassungen und Übersichten äußerst benutzerfreundlich hervorgehoben, wobei freilich die kleinste eingesetzte Schriftgröße jedenfalls nicht noch kleiner sein sollte.

a) Das Ermittlungsverfahren stellt Burhoff auf insgesamt 1298 Seiten dar. Beigefügt ist eine zitierte Entscheidung und weitere Materialien (insbes. Antragsmuster) umfassende CD-ROM, die den Bearbeitungskomfort auch im Vergleich zu herkömmlichen Kommentaren nochmals steigert. Die dritte Auflage bringt dabei nicht wenige neue Schlagwörter (vgl. EV VI). Aktualisiert wurden insbesondere die Ausführungen zur Akteneinsichtsrecht (vgl. EV Rn. 58 ff). Burhoff hat rund 700 Entscheidungen eingearbeitet und dabei insbesondere auch die Rechtsprechung des BVerfG aus der von der Aktualisierung betroffenen Zeit eingebracht.

b) Der vom Ermittlungsverfahren vorgeprägten strafrechtlichen Hauptverhandlung widmet Burhoff in der nunmehr bereits vierten Auflage seines zweiten Handbuchs 1008 Seiten. Die – leider ohne CD-ROM – konzipierte vierte Auflage bringt im Vergleich zur vorherigen vor allem einen Ausbau der Darstellung zur Berufung (HV Rn. 178 ff.). Auch in ihr sind nochmals einzelne

neue Stichwörter aufgenommen worden (vgl. HV VII). Einzuarbeiten waren hier 600 Entscheidungen.

3. Die Arbeit mit den so konzeptionierten Handbüchern lässt sich nur als äußerst angenehm beschreiben. Burhoff eröffnet mit diversen Registern und eben auch über die Schlagwörter der ABC-Form zahlreiche Suchstrategien, die zu oftmals eingehenden Darstellungen des heutigen Strafprozessrechts unter der für ein Praxishandbuch erforderlichen Betonung der Rechtsprechung führen. Hinzu kommt, dass die Handbücher über die Homepage Burhoffs (<http://www.burhoff.de>) eine Art kostenlose Aktualisierung erfahren. Obschon der Rezensent die Handbücher mangels entsprechender Möglichkeiten kaum inmitten des „Pulverdampfs strafrechtlicher Verfahren“ testen konnte, ist ihm doch besonders aufgefallen, wie klar und deutlich die vom Rezensenten gesuchten Problembereiche in den Handbüchern von Burhoff dargestellt werden, so dass gerade auch für den Einsatz der Bücher etwa im Rahmen der Hauptverhandlung beste Bedingungen bestehen. Die gewählte ABC-Form ist dabei gleichsam nur eine zusätzliche Option auf dem Weg zur Information: Das umfassende Paragrafenregister und das ebenso eingehende allgemeine Stichwortverzeichnis ermöglichen es auch auf jedem sogleich vertrauten Wegen, zur gewünschten Information durchzudringen. Die von Burhoff gewählte ABC-Form bzw. ihre Schlagwörter haben sich aber auch für den Rezensenten als vorteilhafte und zuverlässige Suchoption dargestellt.

Gerade für Berufseinsteiger, gelegentlich strafverteidigende Anwälte und auch für Referendare erscheinen dabei die zahlreichen praktischen Hinweise Burhoffs als ganz besonders hilfreich (vgl. beispielhaft HV 94, 177, 296, 1063d f.; EV Rn. 3, 11, 18, 62, 98 f., 115, 414 usw.; für einen problematischen Ratschlag vgl. aber auch EV Rn. 51: Aufforderung zur Distanzierung vom Mandanten zur Wahrung eigener Glaubwürdigkeit). An vielen Stellen hebt Burhoff in beiden Büchern solche Tipps hervor, die für den Mandanten bzw. zur Vermeidung von Verteidigungsfehlern besonders bedeutsam scheinen. Zwar mag so mancher Hinweis dem versierten und erfahrenen Kenner der StPO geradezu banal erscheinen. Burhoff wählt hingegen für seine Bücher stets eine auf die sichere Information seiner Leser abzielende Darstellung, die jedem die zu beachtenden Rechtsmaßstäbe in leicht zugänglicher Form eröffnet und er dürfte genau damit den Bedürfnissen des typischen Praktikers entgegen kommen, mehr noch einen wesentlichen Grundstein für den begründeten Erfolg seiner Handbücher legen.

Doch auch derjenige (Verteidiger), dessen strafprozessuale Kenntnisse bereits bestens sind, kann aus den Handbüchern Burhoffs Gewinn ziehen. Zwar sind die Abhandlungen des OLG-Richters Burhoff gewiss und erklärmaßen nicht so zu verstehen, dass er die letzten Grenzen möglicher Verteidigung ausloten will. Die „Konfliktverteidigung“ nimmt er etwa in seine Darstellungen sogleich als von vornherein außerhalb jeder Diskussion liegendes Phänomen auf (HV, V; vgl. aber etwa auch den Hinweis zu EV Rn. 1, der exemplarisch dafür stehen darf, dass

Burhoff selbst in beiden Handbüchern durchweg gerade nicht vorschnell von einer so kategorisierten „Konfliktverteidigung“ ausgeht!). Man spürt durchaus, dass mit Burhoff ein „echter Richter“ schreibt, der sich jedoch kritisch hinterfragt und für die Anliegen der Strafverteidigung und der von ihr regelmäßig ins Feld geführten freiheitlich-rechtsstaatlichen Positionen offen ist (vgl. nur HV VII unten). Insoweit lassen sich die Darlegungen Burhoffs zu streitigen Rechtsfragen wohl auch als Indizien dafür heranziehen, wann ein Insistieren der Verteidigung in der Richterschaft praktische Durchsetzungschancen haben könnte. Es besteht insofern für den *statistischen* Normalfall von Verteidigung vielleicht eher ein Vor- als ein Nachteil darin, dass kein Verteidiger, sondern ein Richter die Handbücher verfasst. Mehr noch liegen bei einem nicht nur durch diese beiden umfassenden Veröffentlichungen ausgewiesenen Autor wie Burhoff auch für die wissenschaftliche Aufarbeitung streitiger Fragen beachtliche Stellungnahmen vor. Die Handbücher sollten gerade auch auf Grund der anhand der Publikationen reflektierten breiten praktischen Erfahrungen des Autors verstärkt neben den herkömmlichen Kommentaren in die Diskussion einbezogen werden, die keineswegs notwendig (eingehendere) Begründungen für die in ihnen vertretenen Auffassungen vorweisen können. Wenn auch der herausragende Service bei der Information über den heute vorherrschenden Auslegungsstand das zentrale Kennzeichen der Burhoffschen Handbücher bleibt, so sollte doch über die angenehm unpräzise Darlegung in ABC-Form nicht vergessen werden, dass Burhoff umfassende Gesamtdarstellungen zu den Kernstücken des deutschen Strafverfahrensrechts aus einer Feder gelungen sind, die in dieser Breite und in diesem Detailreichtum kaum ein zweiter deutscher Strafprozessautor aufzuweisen hat. Wenn sich Burhoff etwa kritisch zur Rechtsprechung des BGH äußert, so führt dies oftmals zu wegweisenden und praxistauglichen Differenzierungen (vgl. etwa zum gebotenen Umgang mit der Widerspruchslösung Sicht HV, Rn. 1166a ff., insbes. 1166c; darüber hinaus etwa Rn. 82a, 156, 195, 293a, 298a, 576a, 724d, 1113 f. und 324 zur Verwertbarkeit privater rechtswidriger Ermittlungen; siehe auch EV Rn. 178, 326, 630, 900 und 945). Zu allem kommt noch hinzu, dass – obschon Burhoff selbst bescheiden eine etwa im Vergleich mit Kommentaren eher zurückgenommene Literaturliste ankündigt – die Handbücher letztlich mit ihren Nachweisen eher den Eindruck hinterlassen, dass Burhoff hinsichtlich der Einarbeitung von neuer Literatur an Akribie etwa den Heidelberger Kommentar und bisweilen auch den Meyer-Goßner hinter sich lässt: Wer nähere Prüfungen streitiger Rechtsfragen in Praxis und/oder Wissenschaft zu unternehmen hat, findet hierfür in den jeweils sorgsam aktualisierten Handbüchern Burhoffs oftmals eine breitere Ausgangsbasis.

4. So bleibt auch für diesen Rezensenten letztlich nur festzuhalten, dass die besprochenen Handbücher bestehend komfortable Informationsquellen darstellen, die vor allem für Verteidiger äußerst empfehlenswert sind. Es handelt sich um vielseitig ertragreiche Kompendien, deren Preis von insgesamt 183 Euro jedem Preis-Leistungsvergleich standhält. Allen weiteren Strafrecht-

lern ist vom Kauf ebenfalls nicht abzuraten, es sei denn, die bereits vor einiger Zeit erscheinenden Bände stehen längst im dafür vorgesehenen Regal.

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

\*\*\*

*B. Sharon Byrd, Joachim Hruschka, Jan C. Joerden* (Hrsg./Ed.), **Jahrbuch für Recht und Ethik – Annual Review of Law and Ethics, Band/Volume 11 (2003): Strafrecht und Rechtsphilosophie/Criminal Law and Legal Philosophy**, Duncker&Humblot, Berlin 2003, 559 S., ISBN 3-428-11227-X, € 104,- / sFr 175,-

I. Der 11. Band des Jahrbuchs für Recht und Ethik, der dem *Themenschwerpunkt* „Strafrecht und Rechtsphilosophie / Criminal Law and Legal Philosophy“ gewidmet ist, hat es sich zur Aufgabe gemacht, einen Überblick über den gegenwärtigen Diskussionsstand zum Verhältnis von Strafrecht und Rechtsphilosophie zu geben. Nicht nur die einzelnen, in das Jahrbuch aufgenommenen Beiträge von namhaften Wissenschaftlern für sich betrachtet, sondern auch der Gesamtaufbau und die Gliederung des Sammelbandes sowie die Aneinanderreihung und Zusammenstellung der verschiedenen Einzelbeiträge in thematischen Unterabschnitten macht deutlich, dass sich der Frage nach dem Wechselverhältnis von Strafrecht und Rechtsphilosophie von ganz verschiedenen Richtungen her genähert werden kann. Angesichts der Fülle einschlägiger Themen erhebt das vorliegende Jahrbuch – wie dem Vorwort zu entnehmen ist – kein Anspruch auf Vollständigkeit, sondern verdeutlicht vielmehr umgekehrt, dass „die Debatte keineswegs als abgeschlossen betrachtet werden kann“ (Vorwort). In jedem der einzelnen Unterabschnitte mit den in diesen zusammengefassten Einzelbeiträgen wird gezeigt, dass „das Strafrecht nach wie vor von seiner traditionellen Nähe zur Rechts- und Moralphilosophie profitiert“ (Vorwort) wie auch umgekehrt die rechtsphilosophischen Fragestellungen im Strafrecht umfassendes Anschauungs- und Beispielsmaterial finden, anhand dessen diese zu stets neuartigen Diskussionen und Auseinandersetzungen anregen.

II. Das Jahrbuch gliedert sich in drei thematische Unterabschnitte, wobei der erste den „Philosophische(n) Grundlagen des Strafrechts“ (S. 3-218), der zweite Abschnitt verschiedenen „Einzelprobleme(n) des Strafrechts im Lichte der Rechtsphilosophie“ (S. 219-434) und der dritte Abschnitt der „Internationalisierung des Strafrechts und ihre philosophischen Grenzen“ (S. 435- 490) gewidmet ist. Es folgen ein Diskussionsforum (S. 491-534) und anschließend einige thematisch einschlägige Rezensionen (S. 535-542).

Eine inhaltlich nähere Darstellung sämtlicher, immerhin insgesamt 26 Einzelbeiträge würde den Rahmen der Rezension übersteigen, weshalb im folgenden zwar alle

Autorenbeiträge aufgeführt werden, jedoch nur in bezug auf zwei dieser Beiträge auf dort angesprochene und behandelte Aspekte eingegangen werden kann. Um etwaigen Missverständnissen vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, dass mit der getroffenen Auswahl der näher erörterten Autorenbeiträge allein versucht werden soll, die inhaltliche Bandbreite und den Facettenreichtum, die im Wechselverhältnis von Strafrecht und Rechtsphilosophie bestehen, aufzuzeigen, damit aber keineswegs eine (Be-)Wertung der anderen, nur kurz genannten Autorenbeiträge einhergeht. Vielmehr lässt sich gerade umgekehrt sagen, dass alle Autorenbeiträge eine inhaltlich tiefgehende Bearbeitung und eine gründliche argumentative Auseinandersetzung mit dem einschlägigen Themenbereich belegen, wenn sich diese der zu untersuchenden Frage nach dem Verhältnis von Strafrecht und Rechtsphilosophie auch aus jeweils unterschiedlichen Richtungen und bezogen auf zum Teil ganz verschiedene strafrechtliche Problempunkte nähern.

III. 1.) Im ersten Abschnitt zu den „Philosophische(n) Grundlagen des Strafrechts“ befasst sich – im Anschluss an die drei vorangehenden Beiträge von *Gert*, „Obey the Law“ as a Moral Rule (S. 3 ff.), *Hill, Jr.*, Treating Criminals as Ends in Themselves (S. 17 ff.) und *Potter*, Applying the Categorical Imperative in Kant's Rechtslehre (S. 37 ff.) – *Küpper* mit dem Thema „Richtiges Strafen – Fragestellungen zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie“ (S. 53 ff.): *Küpper* stellt in einer umgreifend durchdachten Weise verschiedene Bereiche dar, hinsichtlich derer die eng miteinander verbundenen Disziplinen Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft sich gegenseitig anregen und im Dialog stehen (S. 53, 81). So untersucht er im ersten Gliederungspunkt „Grundfragen“ das beide Disziplinen seit jeher beschäftigende Thema nach Grund und Grenzen der Strafbarkeit (S. 53 ff.). Der zweite Gliederungspunkt widmet sich einigen „Dogmatischen Fragen“, die sich auf den drei Stufen des strafrechtlichen Deliktsaufbaus wieder finden, wobei *Küpper* aus jeder der drei Stufen eine Fragestellung herausgreift und dessen Bezug zu rechtsphilosophischen Gedankengängen aufzeigt (S. 63 ff.), so zur Zurechnungslehre auf Tatbestandsebene, den Notrechten auf Rechtswidrigkeitsebene und der Willensfreiheit auf Schuldebene.

Auch im dritten Gliederungspunkt „Einzelfragen“ (S. 72 ff.) offenbart sich der fruchtbare interdisziplinäre Dialog zwischen Moralphilosophie und Strafrecht, indem *Küpper* Fragestellungen, „die Anfang und Ende des menschlichen Lebens berühren“ (S. 72) aufgreift und sich zum einen dem Suizid und der Tötung auf Verlangen und zum anderen der Humangenetik und dem Embryonenschutz widmet.

Es folgen Beiträge von *Hilgendorf*, Naturalismus im (Straf-)Recht – Ein Beitrag zum Thema „Recht und Wissenschaft“ (S. 83 ff.), *Duttge*, Zum typologischen Denken im Strafrecht – Ein Beitrag zur „Wiederbelebung“ der juristischen Methodenlehre (S. 103 ff.), *Alwart*, Grundzüge einer Theorie des Protostrafrechts (S. 127 ff.), *Merle*, Was ist Hegels Straftheorie? (S. 145 ff.), *West-*

*phal*, Objektive Gültigkeit zwischen Gegebenem und Gemachten – Hegels kantischer Konstruktivismus in der praktischen Philosophie (S. 177) und *Wolf*, Strafe als Wiederherstellung eines Gleichgewichts (S. 199 ff.).

III. 2.) Der zweite Gliederungsabschnitt zu „Einzelprobleme(n) des Strafrechts im Lichte der Rechtsphilosophie“ enthält Beiträge von *Kühl*, „Sozialethische“ Argumente im Strafrecht (S. 219 ff.), *Aichele*, Was ist und wozu taugt das Brett des Carneades? Wesen und ursprünglicher Zweck des Paradigmas der europäischen Notrechtslehre (S. 245 ff.), *Renzikowski*, Entschuldigung im Notstand (S. 269 ff.), *Pawlik*, Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung (S. 287 ff.), *Koriath*, Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik (S. 317 ff.), *Botke*, Gehöre ich mir? Oder: Hat jeder Mensch als Person Eigenerhoheit über sein Selbst? (S. 337 ff.), *Cohen*, Insider Trading: Searching for Similes (S. 361 ff.), *Campagna*, Gibt es ein Recht auf Begnadigung? Benjamin Constants Paradigmenwechsel in der Problematik des Gnadenrechts (S. 373 ff.), *Chartier*, Victims and Parole Decisions (S. 405 ff.).

III. 3.) Der dritte Gliederungsabschnitt zur „Internationalisierung des Strafrechts und ihre philosophischen Grenzen“ umfasst die zwei Beiträge von *Köhler*, Zum Begriff des Völkerstrafrechts (S. 435 ff.) und von *Prittwitz*, Internationales Strafrecht: Die Zukunft einer Illusion? (S. 469 ff.).

*Prittwitz* widmet sich in seinem ansprechenden und interessant gestalteten Beitrag der Suche nach den tatsächlichen Zukunftschancen des internationalen Strafrechts und stellt in den Mittelpunkt die Frage, ob das internationale Strafrecht eine „Zukunft als Realität“ (S. 471) hat. Unter Aufgreifen des Illusionsbegriffes von Freud und des Titels seiner kulturtheoretischen Schrift „Die Zukunft einer Illusion“ (S. 470) setzt sich *Prittwitz* mit der Realität (S. 469 f.) als auch der „Zukunft des internationalen Strafrechts als „Zukunft einer Illusion“?“ (S. 471 ff.) auseinander. Anschließend beschäftigt er sich mit Begriffen, Phänomenen und Entwicklungen im Zusammenhang mit dem internationalen Strafrecht (S. 474 ff.) und fragt nach dessen Rolle in der internationalisierten Welt, den Koordinatensystemen und Linien der Auseinandersetzung (S. 478 ff.). Zum Abschluss erörtert *Prittwitz* in umfassender Weise die Bedingungen funktionierender Strafrechts (S. 482 ff.) und stellt heraus, dass noch nicht feststehe, ob sich „das Internationale Strafrecht tatsächlich als Illusion oder als Illusion mit Zukunft – also in Wirklichkeit keine Illusion – herausstellt“ (S. 486). Vielmehr hänge dies vom Überwiegen der rationalen oder illusionären Elemente des Umgangs mit Strafrecht und Strafe ab (S. 486) und Bedingung dafür, dass das internationale Strafrecht ein zukunftsträchtiges Projekt bleibt, sei die Beachtung der in den nationalen Kontexten des Strafrechts gelernten Lektionen (S. 482, 486 f.).

III. 4.) Im vierten Abschnitt, dem Diskussionsforum (S. 491 ff.) finden sich die Beiträge von *Maultzsch*, Greifen Steuern in moralische Rechte der Besteuerten ein? Eine

Erwiderung auf Liam Murphy und Thomas Nagel: *The Myth of Ownership: Taxes and Justice* (S. 491 ff.) und *Joerden*, Gibt es „Supererogationslöcher“? Eine Auseinandersetzung mit: Ulla Wessels, *Die gute Samariterin* (S. 513 ff.).

Der fünfte Abschnitt enthält *Rezensionen* (S. 535 ff.) der Bücher von *Bernat/Kröll*, *Recht und Ethik der Arzneimittelforschung* (S. 535 ff.), *Cohen-Almagor*, *Speech, Media, and Ethics: The Limits of Free Expression* (S. 537 ff.) und *Türkdogan*, *Der Einzige und das Nichts. Essays zu Max Stirner* (S. 540 f.).

IV. Das vorliegende Jahrbuch mit den dort aufgenommenen, sorgfältig aufbereiteten und gut lesbaren Autorenbeiträgen leistet einen wertvollen Beitrag nicht nur für die Darstellung des aktuellen Diskussionsstandes zum Verhältnis von Strafrecht und Rechtsphilosophie, sondern auch als eine den interdisziplinären Diskurs in der Zukunft verstärkt anregende reichhaltige Quelle zahlreicher Anknüpfungs- und Verbindungspunkte zwischen rechtsphilosophischen und strafrechtlichen Fragestellungen. Es bereitet Freude, sich in die einzelnen Beiträge einzulesen, so dass dieses Jahrbuch jedem zum empfehlen ist, der sich zum eigenen Nach- und Weiterdenken anregen lassen und sich auf den fruchtbaren interdisziplinären Diskurs einlassen möchte.

Dr. **Daniela Demko**, LL.M., Oberassistentin, Universität Zürich

\*\*\*

**Freiheitsentzug - Die Empfehlungen des Europarates 1962-2003.** Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz in Deutschland (Berlin), Bundesministerium für Justiz in Österreich (Wien), Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Bern). Mit einem Vorwort von Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner und Wiss. Mit Frank Czerner. 369 Seiten. Kartoniert. € 20,00. ISBN: 3-9369-9907-4. Forum-Verlag Godesberg 2004.

I. Der Freiheitsentzug stellt einen der massivsten Eingriffe in die Grundrechte eines jeden Bürgers dar. Dies erkannte auch der 1949 gegründete Europarat und maß der mit dem Freiheitsentzug verbundenen Problematik von Beginn seiner Tätigkeit an eine große Bedeutung zu. Da die Probleme, mit denen der Strafvollzug zu kämpfen hat, in den – mittlerweile 45 – Ländern, die dem Europarat angehören, ähnlich sind, sind einheitliche Empfehlungen zur Setzung von Mindeststandards wichtig und förderlich. Ziel ist es, für ganz Europa faktisch vergleichbare Verhältnisse im Strafvollzug herzustellen. Schon seit jeher ist es ein besonderes Anliegen des Europarates, menschenwürdige Haftbedingungen in einem gut funktionierenden Strafvollzug zu gewährleisten. Dazu hat er bisher nicht weniger als 32 Empfehlungen herausgegeben, die zwar rechtlich nicht verbindlich sind, jedoch

einen von allen Mitgliedsstaaten getragenen Mindeststandard bilden. Dieses sog. „soft-law“ entfaltet sowohl rechtspolitische, als auch rechtspraktische Kraft. Es schafft einen Orientierungsrahmen für die Rechtspolitik, die Praxis und die Wissenschaft. Sie geben einen Maßstab für die Praxis, wobei im Falle der Nichteinhaltung eben dieser Grundsätze zumindest eine „faktische Begründungspflicht“ für das Abweichen besteht (Kerner / Czerner, S. 2 f.).

II. Das Bundesministerium der Justiz in Deutschland und in Österreich sowie das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement der Schweiz haben nunmehr gemeinsam alle bisher vom Europarat herausgegebenen Empfehlungen zum Freiheitsentzug in deutscher Sprache herausgebracht. Zwar liegen die vom Europarat verabschiedeten *Mindestgrundsätze für die Behandlung der Gefangenen im Strafvollzug* sowie die *Europäischen Strafvollzugsgrundsätze* schon seit langem in deutscher Übersetzung vor. Die darüber hinaus jedoch in den letzten Jahrzehnten durch den Europarat verabschiedeten einschlägigen *Empfehlungen* zum Freiheitsentzug lagen bisher als Sammelwerk nicht vor. Dieses Defizit ist durch die Herausgeber jetzt behoben worden, indem sie erstmals seit der Existenz des Europarates seine einschlägigen Empfehlungen zum Freiheitsentzug in deutscher Übersetzung als Gesamtwerk der breiten Öffentlichkeit zur Verfügung stellen.

III. Die in diesem insgesamt 369seitigen Werk gesammelten Empfehlungen repräsentieren die über 40jährige Arbeit des Europarates im Bereich des Strafvollzuges und der Freiheitsentziehung. Nach Geleitworten des Generalsekretärs des Europarates sowie der drei Herausgeber sowie einem gemeinsamen Vorwort von Christian Lehman, Dr. Michael Neider und Dr. Priska Schürmann folgt eine Einführung von Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner sowie seinem Mitarbeiter Frank Czerner über den Europarat an sich, seine Entstehung und Aufgaben, ferner über die Stellung der Empfehlungen und ihre praktische Bedeutung, die Menschenrechte als Ausgangspunkt und die EMRK sowie eine Einführung in die grundlegenden Rechte im Bereich der Strafverfolgung, der Strafvollstreckung sowie des Strafvollzuges, die eine gelungene Einleitung in diesen Themenbereich darstellt. Die Verfasser führen dem Leser so die praktische Bedeutung der vorliegenden Empfehlungen vor und helfen ihm seine Anwendung in der Praxis anzustreben.

Hiernach folgen die Empfehlungen des Europarates in deutscher Sprache. Ihr Inhalt ist vielfältig. Die insgesamt 32 Empfehlungen gliedern sich grob in folgende neun Fachbereiche:

1. **Allgemeine Grundsätze des Strafvollzuges**  
Empfehlung R (87) 3 – Europäische Strafvollzugsgrundsätze  
Empfehlung R (99) 19 – Mediation in Strafsachen
2. **Besondere Regelungen für die Ausgestaltung des Strafvollzuges**

Empfehlung R (62) 2 – Wahlrechte, Bürgerliche und Soziale Rechte des Häftlings

Empfehlung R (75) 25 – Gefängnisarbeit

Empfehlung R (89) 12 – Weiterbildung im Strafvollzug

Empfehlung R (89) 14 – Ethische Auswirkungen der HIV-Infektion auf das Gesundheits- und Sozialwesen

Empfehlung R (93) 6 – Strafvollzugsbezogene und kriminologische Aspekte der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten einschließlich AIDS und damit zusammenhängender Gesundheitsprobleme im Strafvollzug

Empfehlung R (98) 7 – Ethische und organisatorische Aspekte der gesundheitlichen Versorgung in Vollzugsanstalten

### 3. Grundsätze zur Ausgestaltung der Untersuchungshaft

Empfehlung R (65) 11 - Untersuchungshaft

Empfehlung R (80) 11 - Untersuchungshaft

### 4. Besondere Gefangenengruppen

Empfehlung R (66) 25 – Kurzfristiger Strafvollzug für jugendliche Strafgefangene unter 21 Jahren

Empfehlung R (75) 25 – Kurzfristiger Strafvollzug für erwachsene Straftäter

Empfehlung R (76) 2 – Behandlung von Strafgefangenen mit langen Freiheitsstrafen

Empfehlung R (82) 17 – Unterbringung und Behandlung gefährlicher Gefangener

Empfehlung R (84) 12 – Ausländische Gefangene

Empfehlung Rec (2003) 20 – Neue Wege im Umgang mit Jugenddelinquenz und der Rolle der Jugendgerichtsbarkeit

Empfehlung Rec (2003) 23 – Die Behandlung der zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten und anderen Langzeitgefangenen durch die Strafvollzugsverwaltungen

### 5. Grundsätze für das Vollzugspersonal

Empfehlung R (66) 26 – Stellung, Rekrutierung und Ausbildung von Vollzugsbediensteten

Empfehlung R (68) 24 – Stellung, Auswahl und Schulung von Führungspersonal in Strafanstalten

Empfehlung R (70) 1 – Praktische Gestaltung von Maßnahmen der Aufsicht und Fürsorge für bedingt verurteilte und bedingt entlassene Personen

Empfehlung R (97) 12 – Bedienstete, die mit der Durchführung von Sanktionen und Maßnahmen befasst sind

Empfehlung Rec (2001) 1 – Sozialarbeiter

Empfehlung Rec (2001) 10 – Europäischer Kodex für die Polizeietik

### 6. Grundsätze zur Vermeidung von Überbelegung und Haft

Empfehlung R (92) 16 – Europäische Grundsätze betreffend „community sanctions and measures“

Empfehlung R (99) 22 – Überbelegung in den Strafanstalten sowie zahlenmäßiger Anstieg der Zahl inhaftierter Personen

Empfehlung Rec (2000) 22 – Verbesserung der Durchführung der Europäischen Grundsätze betreffend die „community sanctions and measures“

### 7. Gestaltung des Übergangs in die Freiheit

Empfehlung R (82) 16 – Gefangenenurlaub

Empfehlung Rec (2003) 22 – Bedingte Entlassung

### 8. Grundsätze zur Überstellung von Gefangenen

Empfehlung R (84) 11 – Orientierung Verurteilter betreffend das Übereinkommen über die Überstellung verurteilter Personen

Empfehlung R (88) 13 – Vollzug des Übereinkommens über die Überstellung verurteilter Personen

Empfehlung R (92) 18 – Praktische Anwendung des Übereinkommens über die Überstellung verurteilter Personen

### 9. Forschung im Strafvollzug

Empfehlung R (67) 5 – Forschung in Bezug auf Strafgefangene als Einzelpersonen und im Hinblick auf die Strafvollzugsgemeinschaft

Hierauf folgt – und das ist besonders hervorzuheben – ein knapp 100seitiges ausführliche Stichwortverzeichnis, das dem Leser erlaubt, über Suchbegriffe auf konkrete Stellen in den Empfehlungen verwiesen zu werden. Und genau hier liegt die praktische Bedeutung. Das Werk kann so als Nachschlagewerk fungieren, in dem über konkrete Fragestellungen zum Strafvollzug die einschlägige Empfehlung des Europarates gefunden wird. Der Rezensent hat so selbst stichprobenartig auf die unterschiedlichsten Fragestellungen angefangen von „Drogen im Strafvollzug“ bis hin zu „verspäteter Rückkehr aus dem Hafturlaub“ die entsprechenden Stellen in den Empfehlungen genannt bekommen.

Ein über 30seitiges Quellen- und Literaturverzeichnis über ausgewählte, vornehmlich jüngere Literaturstellen aus Deutschland, Österreich und der Schweiz, sowie Europäischen und Internationalen Institutionen, das ebenfalls Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner und Frank Czerner zusammengestellt haben, schließen das Werk ab. Hierbei ist insbesondere hervorzuheben, dass sämtliche vorhandenen Internetadressen ebenso genannt werden, so dass ein schnelles Nachschlagen ermöglicht wird.

IV. Das Werk stellt eine gelungene Sammlung von Grundsätzen beim Freiheitsentzug dar, dessen Publikation längst fällig war. Es stellt für sämtliche mit einer Freiheitsentziehung befassten Personengruppen ein wichtiges Arbeitsinstrument dar, sowohl in der Wissenschaft, als auch in der Praxis. Dem Kriminologen ermöglicht es, nicht nur der historischen Reihenfolge wegen, eine Bewertung der Arbeit des Europarates und der Akzentuierung im Umgang mit Strafgefangenen. Für die im Strafvollzug tätigen Bediensteten stellt das Regelwerk eine Leitlinie für die Ausgestaltung ihrer Arbeitstätigkeit dar, dem mit dem Strafvollzug befassten Richter gestattet es eine über das StVollzG sowie die Rechtsprechung hierzu hinausgehende Erweiterung des Horizonts, die etwa bei der Bescheidung von Beschwerden nützlich sein kann. Letztlich fungiert das Werk für den als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalt als wirksames Werkzeug, um ins-

besondere Forderungen und Anliegen seines Mandanten im Strafvollzug mit zwar weichen, weil unverbindlichen, aber dennoch einzuhaltenden Normen zu untermauern.

V. Fazit: Die Publikation stellt eine ordentliche Sammlung von europäischen Grundsätzen bei Freiheitsentzug und damit insbesondere im Strafvollzug dar. Dem geringen Anschaffungspreis liegt ein zu erwartender hoher Nutzen für die in diesem Fachbereich tätigen Personen gegenüber. Kurzum: Das Buch sollte zumindest bei keinem Strafverteidiger in der Bibliothek fehlen.

Nikolaos Gazeas, Köln / Thessaloniki

\*\*\*

**Antje Kroß, Notwehr gegen Schweigegelderpressung.** Zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Notwehr. Schriften zum Strafrecht Heft 147, Duncker & Humblot GmbH, Berlin 2004, 243 Seiten, 74,00 €, ISBN 3-428-11181-8.

I. Darf sich das Opfer mit den Mitteln der Notwehr gegen einen Erpresser verteidigen, wenn dieser mit einer Strafanzeige oder der öffentlichen Bekanntgabe kompromittierenden Verhaltens droht? – Diese Frage wird seit ihrer „Entdeckung“ durch den Rechtsanwalt *Winfried Haug* Mitte der 1960er Jahre (vgl. MDR 1964, S. 548-554) lebhaft diskutiert und hat, wie bereits ein oberflächlicher Blick auf die Rechtsprechung der vergangenen Jahre belegt (vgl. nur BGH, NStZ 2003, S. 425-428), auch heute nichts von ihrer praktischen Relevanz eingebüßt. Allerdings konnten die mit der Notwehr gegen Schweigegelderpressung verbundenen Problembereiche bislang weder umfassend noch zufrieden stellend gelöst werden. Diese Lücke versucht *Antje Kroß* mit ihrer Dissertation aus dem Jahr 2003 zu schließen. Abzüglich des Inhalts- und Literaturverzeichnisses setzt sich die Verfasserin auf 199 Seiten „Nettotext“ ausführlich mit der Frage einer Rechtfertigung von Verteidigungshandlungen gegen Schweigegelderpressung auseinander.

II. Die Arbeit ist neben einer Einleitung und einer Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in zwei Teile gegliedert. Beschäftigt sich die Autorin im nicht ganz 50 Seiten umfassenden ersten Teil abstrakt mit den Grundprinzipien der Notwehr, folgt im zweiten Teil die konkrete Auseinandersetzung mit der Frage, ob § 32 StGB die wehrhafte Verteidigung gegen eine Schweigegelderpressung rechtfertigt.

1. In der knappen Einleitung (S. 17-19) umreißt die Autorin das zu bearbeitende Themengebiet. In der gebotenen Kürze werden die mit der Notwehr gegen Schweigegelderpressung verbundenen Problemfelder skizziert und der aktuelle Meinungsstand dargestellt.

2. Der anschließende erste Teil (S. 20-65) entfernt sich zunächst von der konkreten Fragestellung der Arbeit.

Stattdessen beschäftigt sich *Kroß* ausführlich mit den Grundprinzipien der Notwehr. Diese abstrakte Diskussion eines der wohl am intensivsten diskutierten Probleme des Notwehrrechts soll, so betont die Verfasserin ausdrücklich, kein von der eigentlichen Problemstellung losgelöster Bestandteil des Buches sein, sondern als eine dogmatisch widerspruchsfreie Konzeption des Notwehrrechts die Grundlage für den weiteren Verlauf der Arbeit bilden. Obwohl in nahezu jeder Monographie zum Notwehrrecht eine Auseinandersetzung mit den tragenden Prinzipien des Notwehrrechts zu finden ist, gelingt es der Verfasserin, sich deutlich von den üblichen Darstellungen abzuheben. Klar strukturiert stellt sie die unterschiedlichen Konzepte dar und entscheidet sich mit überzeugenden Argumenten gegen die herrschende dualistische und für eine rein individualistische Begründung des Notwehrrechts.

a) Zielsicher arbeitet *Kroß* die Schwächen an der dualistischen Notwehrkonzeption heraus: Es gelänge der herrschenden Meinung nicht, die zum Teil gegenläufigen Strukturen von Individualschutz- und Rechtsbewährungsinteresse dogmatisch überzeugend zu vereinigen. Unabhängig von der Frage, wie der überindividuelle Aspekt dieses Notwehransatzes inhaltlich überhaupt ausgestaltet sein soll, könne die herrschende Ansicht nicht erklären, in welchem Verhältnis Rechtsbewährung und Individualschutz zueinander stehen. Dadurch gehe die für den Normadressaten notwendige Klarheit über das „Ob“ und „Wie“ der Verteidigung verloren.

b) Auch eine monistisch überindividualistische Notwehrkonzeption könne nach Ansicht der Verfasserin das Notwehrrecht nicht überzeugend erklären. Ausgehend von den rechtsphilosophischen Grundlagen dieses Notwehransatzes weist *Kroß* nach, dass weder die These, Notwehr diene der „Selbstbehauptung des Rechts“, noch ein Verständnis der Notwehr als Instrument der „Verteidigung der normativen Geltung der Rechtsordnung“ die ratio dieses Rechtfertigungsgrundes widerspruchsfrei begründen können.

c) Trotz der plausiblen Ablehnung sowohl der dualistischen als auch der rein überindividualistischen Notwehrkonzeption, untersucht *Kroß* ausführlich, ob mittels einer monistisch individualistischen Notwehrkonzeption die Schwächen der beiden anderen Ansätze vermieden werden können. Dabei stellt sie einleitend deutlich klar, welche Anforderungen ein derartiger rein individualistischer Begründungsansatz dennoch erfüllen müsse: Zum einen sei es erforderlich, dass die besondere Schneidigkeit und die damit verbundene fehlende Ausweichpflicht widerspruchsfrei erklärt werden könne. Zum anderen müsse eine derartige Konzeption auch Möglichkeiten der Notwehrhilfe erfassen. Im Rahmen einer tiefgründigen Auseinandersetzung mit unterschiedlichen individualistischen Begründungsversuchen zeigt die Verfasserin auf, dass Argumente, die allein in der Sphäre des Angreifers wurzeln, die weitreichenden Verteidigungsbefugnisse des § 32 StGB nicht erklären können. Dennoch gelangt *Kroß* zu dem Ergebnis, dass eine vom Selbstschutzgedanken ausgehende Erklärung des Notwehr-

rechts widerspruchsfrei möglich sei. Ihr Ergebnis begründet die Verfasserin damit, dass neben materiellen Individualrechtsgütern zugleich immer das Persönlichkeitsrecht des Opfers (mit-)angegriffen werde. Nur ein solches Verständnis der Notwehr erkläre einerseits die besondere Härte der Selbstverteidigungsbefugnisse und ermögliche gleichzeitig eine Einschränkung der Notwehrbefugnisse unter sozialem Gesichtspunkten. Auch lasse sich die Notwehrhilfe unproblematisch in eine solche Konzeption einordnen.

3. Den umfangreichsten Teil des Buches (S. 66-211) nimmt die Beantwortung der Frage ein, ob unter Rückgriff auf die Notwehrvorschrift Abwehrhandlungen gegen Schweigegelderpressungen gerechtfertigt werden können. Didaktisch überzeugend setzt sich *Kroß* in diesem Abschnitt zunächst mit generellen Einwänden gegen die Zulässigkeit der Notwehr bei Schweigegelderpressungen auseinander, bevor sie dann die einzelnen Merkmale des § 32 StGB mit Blick auf die besonderen Eigenheiten der Abwehr von Schweigegelderpressung untersucht.

a) Grundsätzliche Einwände, die gegen die Zulässigkeit der Notwehr gegen Schweigegelderpressung sprechen, vermögen nach Ansicht *Kroß*' nicht zu überzeugen (vgl. S. 69-80). So spreche die zwangsläufige Heimlichkeit der Abwehrhandlung eines mit der Veröffentlichung kompromittierender Sachverhalte bedrohten Erpressten nicht von vornherein gegen eine Notwehrrechtfertigung. Denn anders als die in älteren Rechtsordnungen verankerten Verteidigungsbefugnisse beinhalte das heutige Notwehrrecht keine Pflicht zur Verklärung der Notwehrhandlung. Auch ein „Kampf im Dunklen“ sei grundsätzlich von § 32 StGB erfasst. Auch die Behauptung, dass der Erpresste jedenfalls dann keinen Schutz durch die Notwehrregelung verdiene, wenn er mit einer legalen Strafanzeige bedroht wird, widerlegt die Verfasserin schlüssig. Selbst bei der Unterstellung, dass das Interesse an der Verhinderung einer Strafanzeige nicht schutzwürdig sei, bedrohe der Erpresser zugleich andere schützenswerte Individualrechtsgüter des Angegriffenen, wie die Willensfreiheit und das Vermögen. Ferner beinhalte auch § 154c StPO keine generelle Entscheidung des Gesetzgebers gegen ein Notwehrrecht des Erpressten. Und auch sonstige kriminalpolitische Erwägungen könnten eine vollständige Versagung der Verteidigungsbefugnisse nicht begründen.

b) Mit diesem Zwischenergebnis wendet sich die Verfasserin anschließend der Frage zu, ob die Verteidigung gegen eine Schweigegelderpressung die Voraussetzungen des § 32 StGB erfüllt. Dem klassischen Prüfungsschema folgend untersucht sie dabei zunächst das Vorliegen einer Notwehrlage (vgl. S. 80-128).

Den Ausgangspunkt bildet die Definition des Merkmals „Angriff“. Zwar beschränkt *Kroß* den Angriff weder auf ausschließlich gewalttätiges Vorgehen des Angreifers noch auf unmittelbare Rechtsgutsverletzungen. Anders als die überwiegende Ansicht in der Literatur verzichtet sie bei der Begriffsbestimmung jedoch auf jegliche zeitli-

che Komponente und definiert diese Notwehrvoraussetzung als Beeinträchtigung notwehrfähiger Interessen. *Kroß* führt an, dass durch die Drohung mit der Offenbarung eines Geheimnisses zur Erzielung eines Vermögensvorteils unterschiedliche Interessen des Erpressungsoffers berührt sein können. Als solche kommen neben der Ehre und dem Vermögen grundsätzlich auch die Willensfreiheit sowie das Interesse an der Vermeidung staatlicher Strafverfolgung in Betracht. Mit dieser Aufzählung beschränkt sich die Verfasserin jedoch nicht, sondern untersucht in zwei klar strukturierten Schritten, welches dieser Interessen überhaupt rechtlich geschützt ist und ob das grundsätzlich notwehrfähige Interesse durch die Drohung mit der Offenbarung eines wahren Geheimnisses konkret beeinträchtigt wird. Als Ergebnis hält die Verfasserin fest, dass der Wunsch nach Vermeidung von Strafverfolgung kein rechtlich geschütztes Interesse darstelle. Die Ehre sei hingegen zwar grundsätzlich notwehrfähig, werde jedoch durch die Drohung mit der Offenbarung kompromittierender wahrer Tatsachen regelmäßig nicht tangiert. Etwas anderes gelte nur für die Fälle, in denen die Chantage eine Formalbeleidigung darstelle. Grundsätzlich notwehrfähig und auch konkret beeinträchtigt seien hingegen sowohl die Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit als auch das Vermögen.

In einem nächsten Schritt untersucht die Verfasserin die Gegenwärtigkeit des Angriffs. Dabei weist sie nach, dass die grundsätzlich anerkannte isolierte Bestimmung der Gegenwärtigkeit in Abhängigkeit vom jeweils beeinträchtigten Rechtsgut bei der Chantage nicht in Betracht komme. Da die beeinträchtigten Interessen des Erpressungsoffers nicht losgelöst nebeneinander stünden, der Eingriff in die Willensfreiheit vielmehr ein notwendiges Mittel für die über das Opfer vermittelte Beeinträchtigung des Vermögens darstelle, müsse die Gegenwärtigkeit des Angriffs im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ermittelt und bejaht werden.

Schließlich setzt sich die Verfasserin mit der Rechtswidrigkeit des gegenwärtigen Angriffs auseinander. Da die Auseinandersetzung um die inhaltliche Bestimmung dieses Notwehrmerkmals keinen unmittelbaren Einfluss auf die von *Kroß* untersuchte Fragestellung hat, fällt die Darstellung des Streitstandes jedoch etwas zu ausführlich aus.

c) Nachdem sie das Vorliegen einer Notwehrlage bejaht hat, wendet sich die Verfasserin der Erforderlichkeit der Verteidigungshandlung zu (vgl. S. 128-211). Sie erörtert in diesem Zusammenhang zunächst die Eignung bestimmter Abwehralternativen, bevor sie sich der Bestimmung des relativ mildesten Mittels widmet.

Zielsicher blendet *Kroß* alle für ihre Arbeit irrelevanten Probleme im Zusammenhang mit der Frage der Eignung einer bestimmten Verteidigungshandlung aus. In der gebotenen Kürze erläutert sie abstrakt, warum die Geeignetheit ein unabdingbarer Bestandteil des Merkmals der Erforderlichkeit ist, welche inhaltlichen Anforderungen an dieses Merkmal zu stellen sind und welche Sichtweise bei ihrer Bestimmung einzunehmen ist. Deutlich ausführ-



licher erfolgt hingegen die Auseinandersetzung mit den konkreten Abwehrmöglichkeiten des Erpressten. Konsequenter untersucht sie in diesem Zusammenhang, ob sich für die jeweilige Verteidigungshandlung (etwa die Aufnahme eines erpresserischen Anrufs auf Tonband) überhaupt die Frage der Rechtfertigung stellt. Dies wäre nur dann der Fall, wenn die Abwehrhandlung den Tatbestand eines Strafgesetzes (etwa § 201 StGB) erfüllt. Die Verfasserin ordnet dafür die denkbaren Verteidigungsmöglichkeiten für den Leser gut nachvollziehbar in drei Gruppen ein, nämlich Einwirkungen zum Auffinden von Erpresser und Beweismaterial, Einwirkungen auf das Fundament der Drohung sowie (physische und psychische) Einwirkungen auf den Erpresser selbst.

Nach der Bestimmung der tauglichen Verteidigungshandlungen des Chantageopfers, wirft *Kroß* die Frage auf, ob diese eigenhändigen Abwehrmöglichkeiten angesichts des mit der Schweigegelderpressung verbundenen zeitlichen Spielraums die relativ mildesten Mittel sind. Als Alternative führt die Verfasserin die Inanspruchnahme staatlicher Hilfe an. In Übereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen der Erforderlichkeit müsse das Erpressungsopfer staatliche Hilfe grundsätzlich dann in Anspruch nehmen, wenn die staatlichen Organe über mildere Abwehrmöglichkeiten verfügten. Nach dem Grundsatz vom Vorrang staatlicher Gefahrenabwehr gelte Entsprechendes für die Fälle, in denen dem Erpressten und dem Staat gleich intensive Abwehrmittel zur Verfügung stehen. Allerdings, so führt die Verfasserin weiter aus, könnte dieser Grundsatz dann nicht eingreifen, wenn die mit der Einbeziehung der staatlichen Organe zwangsläufig verbundene Offenbarung des kompromittierenden Geheimnisses in der konkreten Situation nicht mit der unzumutbaren Preisgabe rechtlich geschützter Interessen des Angegriffenen verbunden wäre. In Abhängigkeit davon, ob der Erpresser mit der Offenbarung strafbaren oder sonst kompromittierenden Verhaltens drohe, komme zum einen eine Beeinträchtigung des Interesses, sich nicht selbst belasten zu müssen, und zum anderen des Interesses, sich nicht selbst demütigen zu müssen, in Betracht. *Kroß* erörtert in diesem Zusammenhang, dass im ersten Fall die Verpflichtung zur Inanspruchnahme polizeilicher Hilfe zugleich mit einer Selbstbelastung des Erpressungsopfers einherginge. Allerdings sei die durch den Grundsatz *nemo tenetur se ipsum accusare* abgesicherte Freiheit, nicht durch Zwang zu einer Selbstbelastung genötigt zu werden, nicht als absolutes Recht garantiert. Eingriffe in die Selbstbelastungsfreiheit seien vielmehr bei angemessener Kompensation zulässig. Eine derartige Kompensationsmöglichkeit sieht *Kroß* insbesondere darin, dass hinsichtlich der vom Erpressten offenbaren belastenden Tatsachen ein Verwertungsverbot anzunehmen sei. Folglich stelle die mit der Selbstbeziehung verbundene Inanspruchnahme staatlicher Hilfe keine unzumutbare Aufopferung rechtlich geschützter Interessen des Erpressten dar. Gleiches gelte angesichts der besonderen Verschwiegenheitspflichten der staatlichen Organe und der sonstigen prozessualen Schutzmöglichkeiten des Erpressungsopfers erst recht für den Fall der Drohung mit der Offenbarung eines bloß kompromittierenden Sachverhaltes. Folglich habe der Erpresste staatli-

che Hilfe in Anspruch zu nehmen; ein eigenhändiges Vorgehen gegen den Erpresser sei nicht durch § 32 StGB gerechtfertigt.

4. Den Abschluss der Arbeit bildet schließlich eine Zusammenfassung (S. 212-215), in der *Kroß* noch einmal übersichtlich alle gefundenen Resultate mit den entscheidenden Argumenten darstellt.

III. *Kroß* gelingt es mit ihrer Arbeit nicht nur, die Problematik der Notwehr gegen Schweigegelderpressung systematisch und überzeugend aufzuarbeiten. Besonders gelungen ist zugleich auch die Auseinandersetzung mit den Grundprinzipien der Notwehr. Plausibel gelingt es der Verfasserin, Schwachstellen und Widersprüche in den Konzepten von Gegenansichten aufzuzeigen und einen in sich stimmigen eigenen Lösungsansatz zu entwickeln. Durch ihre punktgenaue und klar strukturierte Argumentation gewinnt sie den Leser für sich.

Wissenschaftlicher Mitarbeiter **René Sengbusch**, Universität Rostock

\*\*\*

*Otto Triffterer* (Hg.), **Gedächtnisschrift für Theo Vogler**, C.F. Müller, Heidelberg, 2004, X, 283 S., gebunden, ISBN 3-8114-5229-0, EUR 92,00.

I. Die hier anzuzeigende Gedächtnisschrift ist dem im Jahre 1997 verstorbenen Gießener Strafrechtslehrer *Theo Vogler* gewidmet, der im April 2004 75 Jahre alt geworden wäre. Den wissenschaftlichen Interessen Voglers entsprechend vereinigt die Gedächtnisschrift – neben zwei *ad personam* sehr einfühlsamen und *ad rem* sehr interessanten Erinnerungsbeiträgen zu Person und Werk von *Theo Vogler* aus der Feder seines Lehrers *Jescheck* sowie von *Kühl* – dreizehn Beiträge aus den Bereichen Strafrecht (mit Rechtsvergleichung), Kriminalpolitik/Schutz der Menschenrechte sowie Völkerstrafrecht.

II. 1. Der strafrechtliche Abschnitt wird von einem Beitrag von *Hirsch* „Zur Behandlung des ungefährlichen ‚Versuchs‘ de lege lata und de lege ferenda“ eröffnet (vgl. S. 31 ff.). *Hirsch* stellt dabei als „Alternative zur subjektiven Theorie (...) eine bereits die objektive Seite des Handlungsgeschehens stärker berücksichtigende versuchsspezifische Auffassung“ dar, wie er sie schon andernorts früher entwickelt hat. Mehr als nur zwischen den Zeilen wird der Beitrag dabei vor allem auch zu einer Auseinandersetzung mit einschlägigen Stellungnahmen von *Herzberg*, dem *Hirsch* ein (von ihm offenbar in einem negativen Sinn verstandenes) „akzentuiert gesetzespositivistisches Verständnis von Strafrechtswissenschaft“ vorwirft. Dieser Vorwurf mag – auch in anderen Zusammenhängen – einen berechtigten Kern haben; gleichwohl erscheint mir fraglich, ob man es sich wirklich „zu einfach (macht), wenn man die Problematik als positiv rechtlich erledigt ansieht“, statt „wissenschaftlich die Sachfrage im Vordergrund“ zu sehen (vgl. S. 35).

Vor dem Hintergrund dieser Auseinandersetzung muss man kein Schelm sein, um (mit Blick auf die Kommentierungstätigkeit von *Herzberg* zum Versuch im Münchner Kommentar) auch in dem – als solchen gewiss richtigen – Fazit von Hirsch ebenfalls einen kleinen Seitenhieb zu sehen: „Greift man abschließend noch einmal zur Kommentierung von *Vogler*, so wird einem sehr bewusst, welche Lücke dessen früher Tod gerissen hat. Seine Ausführungen bestechen durch umfassende Sachkenntnis, zuverlässige, nicht nur einseitige Dokumentation, Vornehmheit der Auseinandersetzung und gedankliche Qualität.“ (S. 48).

*Letzger* greift mit seinem Betrag über „Vorstufen der Beihilfe“ einen Teil des Themas seiner ähnlich lautenden Monographie über „Vorstufen der Beteiligung“ aus dem Jahre 1972 noch einmal auf. Dabei konzentriert er sich auf Vorstufen und Versuchsformen der Beihilfe und ihre mögliche Strafwürdigkeit, wobei auf der obersten Ebene zwischen erfolgreichen Beihilfeversuchen und erfolglosen Beihilfeversuchen unterschieden wird. Dabei kommt er zu dem Ergebnis, dass nicht nur die zugesagte (aber unter Umständen nicht geleistete) Beihilfe schon *de lege lata* nach der heute herrschenden Dogmatik oft als vollendete psychische Beihilfe erfasst wird, sondern ist darüber hinaus der Ansicht, „dass die versprochene und ermöglichende Beihilfe infolge der psychischen Stärkung des Täters und der dadurch bewirkten gruppenspezifischen Stärkung des Gefährlichkeitsmoments“ grundsätzlich als ebenso strafwürdig eingestuft werden kann wie die sog. erfolglose Anstiftung oder die Verabredung im Sinne des § 30 StGB; daher verdienen nach seiner Ansicht in der Sache (wenngleich gesetzessystematisch und dogmatisch m.E. fragwürdig) gewisse Tendenzen durchaus Beifall, „in der Praxis die versprochene Beihilfe schon *de lege lata* durch die Figur der Verbrechenverabredung“ mit zu erfassen (vgl. S. 65).

*Heine* beschäftigt sich mit dem Thema „Die Schweiz, das Bankgeheimnis und die Rechtshilfe, insbesondere bei Fiskaldelikten“. Es geht hierbei um das fast schon sprichwörtlich sichere Schweizer Bankgeheimnis, das als Thema gerade vor dem aktuellen Hintergrund der geplanten weitgehenden Nivellierung eben dieses Bankgeheimnisses zugunsten der Steuerbehörden in Deutschland ein besonders interessanter Betrachtungsgegenstand ist. Heine stellt dar, dass eine Rechtshilfe in Strafsachen in der Schweiz bei Fiskaldelikten bzw. bei Straftaten wegen der Verletzung währungs-, handels- oder wirtschaftspolitischer Maßnahmen regelmäßig ausgeschlossen ist. Eine Ausnahme bildet insoweit – zumindest in Gestalt der „kleinen“ Rechtshilfe – der Abgabebetrag. Die Voraussetzungen dieses Deliktes, das sich als eine Art Mischform aus Urkundendelikt und Betrug darstellt, werden näher entfaltet. Ein Ausblick behandelt die Frage, ob die relativ restriktive Handhabung des Bankgeheimnisses in der Schweiz aufgrund von internationalem Druck mittelfristig wohl modifiziert wird.

In einem strafprozessualen Beitrag widmet sich *Schünemann* dem gegenwärtigen Modethema des „partizipatorischen Ermittlungsverfahrens“ (vgl. S. 81 ff.), dem er sein

eigenes Modell einer „kontradiktorischen Ausbalancierung“ gegenüber stellt. Seine kritische Haltung gegenüber einem Partizipationsmodell begründet *Schünemann* – der die Defizite bei der Verteidigung im gegenwärtigen Strafverfahren durchaus sieht – damit, dass aufgrund der Vorverlagerung von bisher in der Hauptverhandlung angesiedelten Teilnahmerechten nicht nur eine „Aufblähung“ des Ermittlungsverfahrens zu einem vorgezogenen Hauptverfahren droht, sondern dass in der Konsequenz auch die Position des Beschuldigten und seines Verteidigers in der Hauptverhandlung selbst verschlechtert werden könnten. Ziel muss nach *Schünemann* vielmehr sein, „die Stellung der Verteidigung im Ermittlungsverfahren zu stärken, ohne das Verfahrensziel der Verdachtsklärung zu beeinträchtigen“ (vgl. S. 87), wofür er unter anderem die Videoaufzeichnung sämtlicher Zeugenvernehmungen im Ermittlungsverfahren, die Einräumung eigener Ermittlungsmöglichkeiten an den Verteidiger sowie die Möglichkeit einer konsensualen Beendigung des Verfahrens auf der Grundlage eines solchermaßen gestärkten Ermittlungsverfahrens (durchaus auch mit einer Sanktion auf der Grundlage eines förmlichen Strafzumessungsvorschlags der Staatsanwaltschaft) vorschlägt.

*Hans Jürgen Schroth* stellt in seinem Beitrag die im Detail wenig bekannten strafähnlichen Sanktionsvorschriften samt entsprechenden Verfahren vor, die nach geltendem EU-Recht auch gegen die Mitgliedstaaten (auf der Grundlage von Art. 228 II EGV) verhängt werden können.

Der strafrechtlich-strafrechtsvergleichende Teil der Gedächtnisschrift endet mit einem Beitrag von *Appl*, in dem dieser die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 54 SDÜ kritisch hinterfragt. Ungeachtet einer gewissen Vernünftigkeit des Ergebnisses, zu dem der EuGH im Zusammenhang einer Verfahrenseinstellung nach § 153 a I 2 kommt, fragt *Appl*, ob man „einen deutschen Amtsrichter, der sich über den Wortlaut eines Gesetzes, dessen Systematik und dem Willen des Gesetzgebers bewusst hinwegsetzt, um seine eigene Vorstellung von Recht zum Durchbruch zu verhelfen“, wohl ein gutes Zeugnis ausstellen würde, und wagt die Prognose, dass ein „Prüfer im Zweiten Juristischen Staatsexamen (...) – würde er danach fragen, was unter einer ‚rechtskräftigen Aburteilung‘ zu verstehen ist – nicht eben positiv überrascht (wäre), würde ihm ein Prüfling eine staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügung ohne richterliche Beteiligung als Antwort anbieten.“ *Schroth* ist daher der Ansicht, das an sich durchaus wünschenswerte Ergebnis des EuGH hätte der Errichtung eines Zusatzprotokolls bedurft, hat dabei aber Zweifel, ob die Schengen-Staaten zu einem solchen bereit gewesen wären (vgl. S. 120).

2. Der folgende, mit drei Beiträgen kürzeste Abschnitt der Gedächtnisschrift über den „Schutz der Menschenrechte“ wird mit einem Beitrag von *Heinz* über Menschenhandel und Menschenschmuggel eingeleitet (vgl. S. 127 ff.). Er betont, dass die „deutschsprachige Kriminologie (...) dieses Thema (fast) noch nicht entdeckt“ habe und dass insbesondere zum Dunkelfeld empirische

Befunde noch weitgehend fehlen (vgl. S. 128 f.). Die aussagkräftigsten und umfangreichsten Nachweise zum Menschenhandel (i. e. S. der §§ 180 b, 181 StGB) sollen auf der Ebene der Polizei vorliegen, deren Lagebilder „Menschenhandel“ *Heinz* im Anschluss darstellt und nach einigen, ihm wichtig erscheinenden Gesichtspunkten analysiert. Hinsichtlich der „strafrechtlichen Sozialkontrolle des Menschenhandels“ (vgl. S. 138 ff.) weist *Heinz* auf die Schwierigkeiten hin, die daraus entstehen, dass die Straftaten meist nur durch Aussagen der Opferzeuginnen zur Anklage bzw. Verurteilung gebracht werden, welche aus verschiedenen Gründen jedoch oft gerade nicht aussagebereit sind. Den Abschluss bilden kriminalpolitische Perspektiven, die *Heinz* auf internationaler und nationaler Ebene nachzeichnet (vgl. S. 143 ff.) und um Konsequenzen der kriminologischen Grundlagen für eine rationale Kriminalpolitik ergänzt (vgl. S. 146 ff.).

Im Anschluss untersucht *Peukert* den (letzten Endes nicht zur Entscheidung gekommenen) Fall *Sholam Weiss* / Österreich vor dem EGMR, in dem es um die Frage nach einer Auslieferung zur Verbüßung einer Gefängnisstrafe von 845 Jahren wegen reiner Vermögensdelikte in die USA ging, welche von den österreichischen Behörden für möglich gehalten wurde, ohne darin einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK (Verbot der unmenschlichen Strafe) zu sehen. *Peukert*, der in dem Fall im Verfahren vor dem österreichischen OGH als Berater der österreichischen Verfahrensbevollmächtigten von *Weiss* tätig war, skizziert den Verlauf der unterschiedlichen Verfahren und tritt nach einer Reihe von verfahrensrechtlichen Bemerkungen in eine vertiefte Prüfung von Art. 3 EMRK ein. Er kritisiert dabei insbesondere die vom OLG Wien (als Vorinstanz zum OGH) angestellten Überlegungen, dass nach dem einschlägigen nationalen Recht die Verweigerung der Auslieferung nur für den Fall der Androhung oder Vollstreckung der Todesstrafe vorgesehen sei. Der nationale Gesetzgeber könne nämlich die Tragweite der Konventionsrechte nicht willkürlich einschränken; ob eine Auslieferung mit Art. 3 EMRK vereinbar sei, entscheide sich vielmehr „allein aufgrund einer autonomen Auslegung dieser Vorschrift, zu der in letzter Instanz der EGMR berufen ist“, der sich im konkreten Fall seiner Verantwortung jedoch aus *Peukert* nicht überzeugenden verfahrensrechtlichen Erwägungen entzogen habe.

Den Abschluss der menschenrechtlichen Erwägungen bildet die Beleuchtung „aktueller Aspekte der Todesstrafe“ durch *Kreuzer*. Er schildert aus verschiedenen Blickwinkeln, welche grundsätzlichen (z. B. fehlende Nachweisbarkeit einer wirklich generalpräventiven Wirkung) und praktischen Probleme hinsichtlich der Durchführung der Todesstrafe in einer Reihe von Staaten in den USA bestehen. Auch wenn die Argumente zu dieser Frage auf den ersten Blick bereits hinlänglich bekannt erscheinen, bringt *Kreuzers* Beitrag nicht nur aufgrund der ungebrochenen Aktualität der Fragestellung, sondern auch aufgrund der vielen von ihm einbezogenen Aspekte Gewinn; insbesondere die zahlreichen Fallschilderungen aus der amerikanischen Literatur sowie Entwicklungen und Zahlen (z. B. über die mit der Vollziehung der Todesstrafe verbundenen Kosten oder über die Entwicklung der Ein-

stellung zur Todesstrafe in der deutschen sowie der amerikanischen Bevölkerung) beleuchten manchen neuen Aspekt und machen den Beitrag zu einem eindrucksvollen Plädoyer gegen das Institut der Todesstrafe.

3. Den abschließenden dritten Teil der Gedächtnisschrift bilden vier Beiträge zum Völkerstrafrecht, dem der geehrte *Vogler* – zeitlich bedingt vor allem in den Bereichen des Auslieferungs- und Rechtshilferechts – ebenfalls besonders zugeneigt war.

*Torsten Stein* beschäftigt sich mit „vorbehaltenden“ Erklärungen zum Rome Statute des internationalen Strafgerichtshofes, welche grundsätzlich nach Art. 120 des Statutes nicht zulässig sind. Im Grenzbereich zu solchen Vorbehalten befinden sich jedoch auslegende (interpretative) Erklärungen und Erklärungen zur Rechtsverwahrung. Eine solche Erklärung hatte bei der Hinterlegung der Ratifikationsurkunde Uruguay abgegeben, welcher sieben Mitgliedstaaten der europäischen Union (darunter auch die Bundesrepublik Deutschland) und Norwegen widersprochen haben. *Stein* geht der Frage nach, warum ausgerechnet der Erklärung Uruguays widersprochen wurde, während andere – letztlich wesentlich weitergehende – Erklärungen (z. B. Australiens oder Frankreichs) nicht entgegnet worden ist.

In seinem Beitrag über „Das Völkerstrafgesetzbuch – nationale Kodifikation internationalen Rechts“ gibt *Weigend* nach einigen Einleitungen einen Überblick über die Umsetzung des „materiellen IStGH-Strafrechts“ im „Besonderen“ und insbesondere „Allgemeinen Teil“.

Den umfangreichsten Beitrag des Buches liefert eine Untersuchung von *Triffterer* über die Vorgesetzten-Verantwortlichkeit (Command Responsibility) nach Art. 28 des Rome Statutes (vgl. auch § 4 VStGB). In seinem im Wesentlichen englischsprachigen Aufsatz geht *Triffterer* insbesondere der Frage nach, ob Art. 28 (den er als „one of the most discussed articles of the Rome Statute“ bezeichnet, vgl. S. 215) mit dem ebenfalls im Statut (Art. 22) verankerten Grundsatz „nullum crimen sine lege“ vereinbar ist.

Den Abschluss des völkerstrafrechtlichen Abschnitts und damit der gesamten Gedächtnisschrift bildet ein Beitrag von *Wilkitzki* über „Deutsche Vollstreckungshilfe für den internationalen Jugoslawien-Gerichtshof“.

III. Der thematische Zuschnitt dieser Gedächtnisschrift unterscheidet sich – nicht zuletzt in Anlehnung an die Hauptarbeitsgebiete von *Theo Vogler* – deutlich von demjenigen der meisten anderen Gedächtnis- und Festschriften der letzten Jahre. Vor allem die weitgehende Konzentration auf im weiteren Sinn internationale Themen mag (obwohl diese gegenwärtig sicher viel mehr Konjunktur haben, als sie es in der Zeit hatten, in der *Vogler* sich mit ihnen zu befassen begann) dazu geführt, dass das Werk gemessen an Umfang und Zahl der Beiträge verglichen mit den mittlerweile gängigen ausufernden Festschriften mit „nur“ gut 280 S. geradezu schmal wirkt. Dieses Urteil gilt jedoch bestimmt

nicht für die Qualität der Beiträge; vielmehr handelt es sich um eine Sammlung ausgesprochen interessanter und z. T. origineller Aufsätze, die jedem Leser ein Vergnügen bereiten

dürften, der etwas über die Grenzen der nationalen Dogmatik hinaus am Strafrecht interessiert ist.

Professor Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen

\*\*\*

## 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.

### 1. EGMR Nr. 39647/98 u. 40461/98 – Urteil der Großen Kammer vom 27. Oktober 2004 (Edwards und Lewis v. Großbritannien No. 2)

Recht auf ein faires Verfahren (Offenlegungsanspruch; Verhältnismäßigkeit von Einschränkungen, prozedurale Schutzinstrumente; Akteneinsichtsrecht; Tatprovokation; entrapment; Waffengleichheit; kontradiktorisches Verfahren; rechtliches Gehör; Beweisrecht; Gesamtbetrachtung; verdeckte Ermittler; V-Leute; fair trial; Jasper; Fitt; Tatfrage: Jury, Tatgericht; special counsel); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 147 StPO; § 96 StPO

### 2. BayObLG 4 StRR 22/04 – Beschluss vom 5. März 2004 (LG München I)

Beschränkung des Beweisantragsrechts wegen Missbrauch nur in extremen Ausnahmefällen; Beweisantragsrecht als Bestandteil des Rechts auf ein faires Strafverfahren; Revisionsgrund der wesentlichen Beschränkung der Verteidigung; Ablehnungsbegründung bei der Verschleppungsabsicht.

Art. 6 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 244 Abs. 3 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

### 3. BVerfG 2 BvR 1034/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. November 2004 (OLG München/LG München I)

Durchsuchung (Verhältnismäßigkeit; mildestes Mittel; gerichtliche Aufklärungspflicht); Durchsuchungsbeschlusses (Begrenzungsfunktion; inhaltliche Anforderungen; Einzelfall des Ausreichens einer pauschalen Nennung des Tatvorwurfes); Schweigerecht des Angeklagten (nemo tenetur se ipsum accusare; Teilschweigen; Verwertung; freie richterliche Beweiswürdigung;); Beschwerdebefugnis (Betroffenheit in eigenen Rechten).

Art. 13 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

### 4. BVerfG 2 BvR 1249/04 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Dezember 2004 (BGH/LG Frankfurt/Main)

Darlegungsanforderungen bei einer Verfassungsbeschwerde (Geltendmachung einer verfassungsrechtlich zwingenden Rechtsfolge in Abweichung zu einer fachge-

richtlich gewählten); Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Folterverbot (Verfahrenshindernis; Beweisverwertungsverbot; Beweiserhebungsverbot; „Fall Gäfgen“).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 3 EMRK; § 136a StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

### 5. BVerfG 2 BvR 1953/04 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 7. Dezember 2004 (OLG Hamburg)

Mehrheitlicher Nichtannahmebeschluss; „Fall Falk“.

§ 93a BVerfGG

### 6. BVerfG 2 BvR 2219/01 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2004 (OLG Nürnberg/LG Regensburg/Abteilungsleiter der JVA Straubing)

Schutzbereich von Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit (Meinungen; Tatsachenbehauptungen; Recht auf Teilnahme am Kommunikationsprozess; Übersendung der Broschüre „Positiv in Haft“ an einen Strafgefangenen; Gebot der Deutung im Licht der Meinungsfreiheit; Wechselwirkungslehre); Beschwerdebefugnis (Entbehrlichkeit der Nennung im Impressum); Anhalten einer Sendung im Strafvollzug; vollzugsablehnendes Verhalten (Gefahr der missbräuchlichen Handhabung des Beschwerderechts; juristisch zutreffende Ratschläge); Verhältnismäßigkeit (mildestes Mittel; Schwärzen und Entfernen beanstandeter Passagen).

Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; § 70 Abs. 2 Nr. 2 StVollzG; § 82 StVollzG.

### 7. BVerfG 2 BvR 2236/04 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 24. November 2004 (OLG Hamburg)

Einstweilige Anordnung im Verfahren der Verfassungsbeschwerde (Folgenabwägung); Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl; Auslieferung nach Spanien; unverzichtbare Grundsätze eines freiheitlichen Rechtsstaats.

Art. 16 Abs. 2 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 81 Abs. 1 Nr. 4 IRG

Zu einer einstweiligen Anordnung des BVerfG in einem Auslieferungsverfahren zum Zwecke der inzidenten Überprüfung des Gesetzes über die Internationale

Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) anhand von verfassungsrechtlichen Vorgaben.

**8. BVerfG 2 BvR 2314/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2004 (LG Mainz/AG Worms)**

Unschuldvermutung; Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (Erforderlichkeit einer Verurteilung, Ausreichen eines glaubwürdigen Geständnisses; konventionskonforme Auslegung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB

**9. BGH 2 StR 242/04 - Urteil vom 15. September 2004 (LG Köln)**

Hinweispflicht (Verurteilung wegen Versuchs nach Anklage einer vollendeten Tat); Strafzumessung (Ersatzfreiheitsstrafe; Härteausgleich); Mittäterschaft (Exzess: neue Qualität der Ausführungshandlungen, Vorsatzsteigerung); schwere Körperverletzung (Überlebenszeit des Opfers; apallisches Syndrom); Körperverletzung mit Todesfolge (Fahrlässigkeit; Vorhersehbarkeit); verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung; Ausfallerscheinungen; Strafrahmenschiebung: Alkohol).

§ 265 StPO; § 55 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 227 StGB; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**10. BGH 5 StR 429/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Frankfurt [Oder])**

Fehlerhafte Beschlussverwerfung wegen Unzulässigkeit bei fehlender Urteilszustellung; Anwendung des § 189 ZPO nur bei Empfangsbereitschaft des Adressaten.

§ 189 ZPO; § 345 StPO

**11. BGH 2 StR 401/04 - Beschluss vom 29. Oktober 2004 (LG Koblenz)**

Nachholung rechtlichen Gehörs (Irrelevanz von Verteidigerverschulden); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 33a StPO; § 44 StPO

**12. BGH 2 StR 437/04 - Beschluss vom 3. November 2004 (LG Köln)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verschulden).

§ 44 StPO

**13. BGH 2 StR 443/04 - Beschluss vom 19. November 2004 (LG Aachen)**

Angemessene Gesamtstrafe.

§ 354 Abs. 1a StPO

**14. BGH 2 ARs 356/04 2 AR 218/04 - Beschluss vom 3. November 2004**

Bewährungsüberwachung (Zuständigkeitsbestimmung; Gericht des ersten Rechtszugs; Gericht des Wohnsitzes).

§ 14 StPO; § 462 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 462a Abs. 2 StPO

**15. BGH 3 StR 221/04 - Beschluss vom 19. Oktober 2004 (LG Oldenburg)**

Tateinheit (höchstpersönliche Rechtsgüter; Zusammenfallen in einem Handlungsteil; tödliche Gewalt als Nötigungsmittel beim Raub).

§ 52 StGB

**16. BGH 3 StR 382/04 - Beschluss vom 9. November 2004 (LG Duisburg)**

Wegfall einer Einzelstrafe (vorläufige Einstellung des Verfahrens); angemessene Gesamtstrafe.

§ 54 StGB; § 354 Abs. 1 a StPO; § 154 StPO

**17. BGH 3 StR 399/04 - Beschluss vom 18. November 2004 (LG Verden)**

Überzeugungsbildung; Einziehung.

§ 261 StPO; § 74 StGB

**18. BGH 3 StR 417/04 - Beschluss vom 17. November 2004 (LG Düsseldorf)**

Ecstasy; MDMA (nicht geringe Menge).

§ 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 30 a Abs. 1 BtMG

**19. BGH 2 StR 248/04 - Urteil vom 10. November 2004 (LG Kassel)**

Mord (niedrige Beweggründe; Heimtücke; subjektiver Tatbestand; Ausnutzungsbewusstsein); Totschlag; Spontantat; Vorkonstituierung der Handlung; verminderte Schuldfähigkeit (Steuerungsfähigkeit; affektive Anspannung).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 21 StGB

**20. BGH 2 StR 252/04 - Beschluss vom 19. November 2004**

Erinnerung gegen einen Kostenansatz; Anwendung neuen Kostenrechts.

§ 66 Abs. 1 GKG; § 19 Abs. 2 Satz 4 GKG; § 72 Nr. 2 GKG

**21. BGH 2 StR 295/04 - Beschluss vom 3. November 2004 (LG Wiesbaden)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Tatmodalitäten und Tatmotive sowie des Nachtatverhaltens nur nach dem Maß der Vorwerfbarkeit bzw. nach Maßgabe der verminderten Schuldfähigkeit; Borderline-Syndrom).

§ 46 StGB; § 21 StGB

**22. BGH 2 StR 315/04 - Urteil vom 25. November 2004 (LG Aachen)**

Absehen vom Verfall (Vermögen des Angeklagten; pflichtgemäßes Ermessen).

§ 73 StGB; § 73c StGB

§ 73 c Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 StGB eröffnet für den Fall, dass der Wert des Erlangten im Vermögen des Betroffenen ganz oder teilweise nicht mehr vorhanden ist, die Möglichkeit, nach pflichtgemäßem Ermessen von einer Verfallsanordnung abzusehen. Für die Anwendbarkeit dieser Ermessensvorschrift kommt es darauf an, ob der Wert des Erlangten noch im Vermögen des Angeklagten vorhanden ist.

Die entsprechende Beurteilung setzt die Feststellung der Vermögensverhältnisse des Angeklagten voraus.

**23. BGH 2 StR 316/04 - Beschluss vom 15. Oktober 2004 (LG Aachen)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs.  
§ 154 Abs. 2 StPO

**24. BGH 2 StR 329/04 - Urteil vom 10. November 2004 (LG Aachen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Übermaß bei Heroinkonsum); verminderte Schuldfähigkeit.  
§ 64 StGB; 21 StGB

**25. BGH 2 StR 374/04 - Beschluss vom 3. November 2004 (LG Darmstadt)**

Tenorkorrektur; Erfolg des Rechtsmittels.  
§ 260 Abs. 4 StPO; § 354 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

**26. BGH 2 StR 380/04 - Beschluss vom 12. November 2004 (LG Frankfurt)**

Unzulässige Revision der Nebenklage (Revisionsantrag; andere Rechtsfolge; Änderung des Schuldspruchs; allgemeine Sachrüge; Gesetzesverletzung).  
§ 344 StPO; § 400 StPO

Im Hinblick auf § 400 StPO kann der Nebenkläger ein Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird. Deshalb bedarf es bei einer Revision des Nebenklägers grundsätzlich der Mitteilung, dass das Urteil mit dem Ziel einer Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich der zum Anschluss als Nebenkläger berechtigenden Gesetzesverletzung angefochten wird.

**27. BGH 2 StR 381/04 - Beschluss vom 29. Oktober 2004 (LG Bad Kreuznach)**

Besonders schwere Brandstiftung (Wohnung von Menschen: Entwidmung durch alle berechtigten Fremdbesitzer, Entwidmung unter Vorbehalt; Ermöglichung einer anderen Straftat und Ausnutzung der spezifischen situativen Auswirkungen des Brandes); Betrug.  
§ 306a StGB; § 306 b Abs. 2 Nr. 2, 1. Var. StGB; § 263 StGB

**28. BGH 5 StR 470/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Leipzig)**

Erörterungsmangel bei der Anordnung des Verfalls des Wertersatzes für erlangte Erlöse aus dem Verkauf von Betäubungsmitteln (Härtefallklausel; Ermessen).  
§ 73a StGB; § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB

**29. BGH 2 StR 407/04 - Beschluss vom 12. November 2004 (LG Darmstadt)**

Rechtlicher Hinweis.  
§ 265 StPO

**30. BGH 2 StR 429/04 - Beschluss vom 12. November 2004 (LG Darmstadt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe nach allgemeinen Grundsätzen).

§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**31. BGH 2 StR 431/04 - Beschluss vom 19. November 2004 (LG Gießen)**

Entziehung der Fahrerlaubnis; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Teilentscheidung im Revisionsverfahren im Hinblick auf ein schwebendes Verfahren vor dem Großen Senat für Strafsachen; Beschleunigungsgrundsatz).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 GG; § 132 GVG; § 69 StGB; § 349 StPO

**32. BGH 5 StR 463/04 – Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Braunschweig)**

Verhängung einer Einheitsstrafe nach DDR-Strafrecht; milderes Gesetz.

§ 63 DDR-StGB; § 64 StGB-DDR; § 2 Abs. 3 StGB

**33. BGH 2 StR 450/04 - Beschluss vom 24. November 2004 (LG Koblenz)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; verminderte Schuldfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 63 StGB; § 21 StGB

Zur Entscheidung darüber, ob eine Persönlichkeitsstörung den Täter erheblich beeinträchtigt und damit den von § 21 StGB vorausgesetzten Schweregrad erreicht, bedarf es einer Gesamtschau, ob die nicht pathologisch bestimmten Störungen in ihrem Gewicht den krankhaften seelischen Störungen entsprechen und Symptome aufweisen, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 22, 28; 37, 397, 401; BGH, Beschluss vom 8. Januar 2004 – 4 StR 539/03).

**34. BGH 2 StR 453/04 - Beschluss vom 19. November 2004 (LG Fulda)**

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

**35. BGH 3 StR 185/04 - Beschluss vom 21. September 2004 (LG Krefeld)**

Beweiserhebungsverbot und Verwertungsverbot gemäß § 252 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht; Angaben von

Angehörigen gegenüber der Jugendgerichtshilfe; weiter Vernehmungsbegriff; nichtrichterliche Vernehmungspersonen; Ungewissheit über die Ausübung des Rechts); Stellung der Jugendgerichtshilfe; Beruhen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang); Strafzumessungserwägungen im Jugendstrafrecht (Heranwachsender; Erziehungsgedanke; Schwere der Schuld).

§ 252 StPO; § 52 StPO; § 337 StPO; § 64 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 JGG

**36. BGH 3 StR 256/04 - Beschluss vom 5. Oktober 2004 (LG Aurich)**

Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (Fortwirken früherer Gewaltanwendung; konkludente Drohung; finaler Zusammenhang); eingeschränkte Schuldfähigkeit.  
§ 177 StGB; § 21 StGB

**37. BGH 3 StR 391/04 - Beschluss vom 16. November 2004 (LG Aurich)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Aufrechterhaltung des Rechtsfolgenausspruchs.  
§ 154 StPO

**38. BGH 5 StR 480/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Berlin)**

Verletzung der Aufklärungspflicht (sich aufdrängende Beweiserhebung); Beweiswürdigung (Glaubhaftigkeitsbeurteilung) bei Betäubungsmitteltat (Aufklärungshilfe; eigene Vorteile; Darstellungsobliegenheiten).  
§ 29 BtMG; § 31 BtMG; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

**39. BGH 3 StR 415/04 - Beschluss vom 16. November 2004 (LG Oldenburg)**

Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts; Zuständigkeit zur Verwerfung der Revision (Tatgericht; Revisionsgericht); Rechtsmittelverzicht.  
§ 346 StPO; § 302 StPO

**40. BGH 5 StR 458/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Chemnitz)**

Betrug (Erörterungsmangel; Beweiswürdigung; Bindungswirkung von Hehlereitaten).  
§ 263 StGB; § 259 StGB; § 261 StPO

**41. BGH 1 StR 286/04 – Urteil vom 6. Oktober 2004 (LG Nürnberg)**

Verdeckungsmord und niedrige Beweggründe (Verdeckungsabsicht; Beurteilung bei Motivbündeln; Feststellung des bewusstseinsdominanten Motivs); Notwehr (Verteidigungswille).  
§ 211 StGB; § 32 StGB

**42. BGH 1 StR 331/04 – Urteil vom 23. November 2004 (LG Ravensburg)**

Heimtückemord und Rechtsfolgenlösung (BGHSt 30, 105: außergewöhnliche Strafmilderung zu einer zeitigen Freiheitsstrafe von 12 Jahren; restriktive Anwendung insbesondere bei anderweitigen Konfliktausweichmöglichkeiten des Täters).  
§ 211 StGB; § 212 StGB; § 213 StGB; § 46 StGB; § 49 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**43. BGH 1 StR 379/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Waldshut)**

Darlegungspflichten hinsichtlich der Rüge einer fehlerhaften Ausschließung des Angeklagten nach § 247 StPO (Erstreckung auf einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung); allgemeine Grundsätze zur Revisionsbegründung (keine Begründung ins Blaue hinein; Erkundigungspflichten des für die Revision mandatierten Verteidigers).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 5 StPO; § 247 StPO

**44. BGH 1 StR 424/04 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Mosbach)**

BGHR; faires Verfahren; Gestattung von Fragen des Verletztenbeistandes im Rahmen der Sachleitungsbefugnis (Zwischenentscheidung des Gerichts; Darlegungsvoraussetzungen einer erfolgreichen Rüge).  
Art. 6 EMRK; § 406g StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 240 StPO

**45. BGH 1 StR 449/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Konstanz)**

Aufrechterhaltung des Strafausspruchs durch das Revisionsgericht; strafscharfende Berücksichtigung verjährter Straftaten (Vorleben); redaktioneller Hinweis.  
§ 46 StGB; § 78 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

**46. BGH 1 StR 457/04 – Beschluss vom 18. November 2004 (LG Mannheim)**

Mord (Habgier: Verknüpfung von Tod und Bereicherung).  
§ 211 StGB

**47. BGH 1 StR 500/04 – Beschluss vom 29. November 2004 (LG Rottweil)**

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

**48. BGH 4 StR 151/04 – Beschluss vom 26. Oktober 2004 (LG Rostock)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags (Glaubhaftmachung und Zurechnung von Verteidigerverschulden).  
§ 44 StPO; § 45 StPO

**49. BGH 4 StR 268/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Münster)**

Tatmehrheit bei Mord (juristische Handlungseinheit: Grenzen der Klammerwirkung und konkreter Wertvergleich; natürliche Handlungseinheit; höchstpersönliche Rechtsgüter); versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge.  
§ 211 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 251 StGB; § 255 StGB

**50. BGH 4 StR 309/04 – Beschluss vom 14. September 2004 (LG Dortmund)**

Ablehnung eines Beweisantrages wegen Ungeeignetheit (fehlerhafte Ablehnung durch die Annahme von allgemeinen Erfahrungssätzen über die Erinnerungsfähigkeit von Zeugen; Grenzen der Beweisantizipation); Beruhen bei Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der einzigen Belastungszeugin; Abgrenzung von Beweisermittlungsantrag und Beweisantrag bei Negativtatsachen.  
§ 337 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

**51. BGH 4 StR 349/04 – Urteil vom 11. November 2004 (LG Essen)**

Versuchter Mord (Heimtücke; Bewusstsein der Ausnutzung der Arglosigkeit und der Wehrlosigkeit bei Drogeneinfluss; niedrige Beweggründe: krasses Missverhältnis zwischen Tatentschluss und Tötung); Rücktritt (Abgren-

zung von beendetem und unbeendetem Versuch: korrigierter Rücktrittshorizont bei gefährlichen Gewalthandlungen).

§ 211 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 22 StGB; § 24 StGB

Ob ein Beweggrund niedrig ist, also nach allgemeiner Wertung auf tiefster Stufe steht, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung zu beurteilen, welche die Umstände der Tat und ihre Vorgeschichte, sowie die Persönlichkeit des Täters und seine seelische Situation einbezieht (BGH NStZ-RR 2000, 333). Hierbei kommt dem krassen Missverhältnis zwischen Tatentschluss und Tötung maßgebliche Bedeutung zu. Die Feststellung eines solchen Missverhältnisses genügt aber allein nicht für die Annahme eines niedrigen Beweggrundes. Fasste der Täter, wie hier, den Tatentschluss vielmehr ohne Plan und Vorbereitung „spontan“ aus der Situation heraus, ist besonders sorgfältig zu prüfen, ob sich der Täter der Umstände bewusst war, die seine Beweggründe als niedrig erscheinen lassen (BGH NStZ 1983, 19; BGH NStZ-RR aaO).

**52. BGH 4 StR 59/04 – Urteil vom 28. Oktober 2004 (LG Münster)**

BGHSt; nicht geringe Menge bei Khat-Pflanzen (Wirkstoffgehalt; Cathinon; allgemeine Grundsätze der Bestimmung geringer Mengen im Betäubungsmittelstrafrecht); Beihilfe hinsichtlich selbständiger Taten, die sich nicht jeweils allein schon auf eine nicht geringe Menge beziehen.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

**53. BGH 4 StR 381/04 – Beschluss vom 30. September 2004 (LG Kaiserslautern)**

Strafantragserfordernis bei der Untreue durch Gewinnentnahmen zuungunsten einer GmbH bzw. ihrer Gesellschafter (Verfahrenshindernis; Gesellschafter als Verletzte; Verletzung der Gesellschaft selbst nach den Grundsätzen des BGH).

§ 247 StGB; § 266 Abs. 2 StGB; § 77 StGB

Auch die Gesellschafter einer GmbH sind als Verletzte im Sinne des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 247 StGB anzusehen (vgl. BGH NJW 2003, 2924, 2926). Ein Fehlen des danach grundsätzlich erforderlichen Strafantrages der Mitgesellschafter würde nur dann kein Strafverfolgungshindernis begründen, wenn die Gewinnentnahmen zu einem im Rahmen des § 266 StGB bedeutsamen Vermögensnachteil der GmbH selbst geführt hätten. Ein solcher Vermögensnachteil der GmbH selbst liegt vor, wenn durch die Entnahmen eine konkrete Existenzgefährdung für die Gesellschaft entsteht (vgl. BGHSt 35, 333, 336 f.; BGH NJW 2003, 2924, 2926, jew. m.w.N.).

**54. BGH 4 StR 388/04 – Beschluss vom 4. November 2004 (LG Rostock)**

Schuldunfähigkeit (unzureichender Ausschluss des § 20 StGB bei Intelligenzminderung in Form der Imbezillität; Verhältnis zu § 21 StGB).

§ 20 StGB; § 21 StGB

Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat (BGHSt 21, 27, 28 f.; 34, 22, 25 ff.). Die Schuld des Angeklagten wird hingegen nicht gemindert, wenn er ungeachtet seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen hat (vgl. BGHR StGB § 21 Einsichtsfähigkeit 6 m.w.N.). Erkannte er hingegen das Unrecht seiner Tat nicht, kann § 21 StGB nur angewendet werden, wenn dem Täter das Fehlen der Unrechtseinsicht vorzuwerfen ist. Kann ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden, greift § 20 StGB ein mit der Folge, dass eine Bestrafung ausscheidet (st. Rspr., vgl. nur BGHR StGB § 20 Einsichtsfähigkeit 2 m.w.N.).

**55. BGH 4 StR 392/04 – Beschluss vom 16. November 2004 (LG Bonn)**

BGHR; Anwendbarkeit des § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO auch bei Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO im Revisionsverfahren und anschließender neuer Gesamtstrafenbildung.

§ 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**56. BGH 4 StR 452/04 – Beschluss vom 2. Dezember 2004 (LG Dessau)**

Verschlechterungsverbot; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellungen zur Schuldunfähigkeit oder erheblich verminderten Schuldfähigkeit; schwere andere seelische Abartigkeit; unzureichende Diagnose der Persönlichkeitsstörung).

§ 63 StGB; § 21 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

**57. BGH 4 StR 471/04 – Beschluss vom 2. Dezember 2004 (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**58. BGH 5 StR 206/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Frankfurt a.M.)**

BGHSt; einheitliche Tat bei der Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuervoranmeldungen und anschließende Umsatzsteuerjahreserklärung; Anklageschrift; materiellrechtliche Tatmehrheit); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; überlange Verfahrensdauer; Gesamtbetrachtung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 53 StGB; § 199 StPO; § 264 StPO

**59. BGH 5 StR 220/04 – Urteil vom 24. November 2004 (LG Berlin)**

Abgrenzung von Betrug und Steuerhinterziehung bei der bloßen Anmeldung von Scheinfirmen; Konkurrenzen bei Steuerstraftaten (fehlerhafte Annahme von Tateinheit).

§ 370 AO; § 263 StGB; § 22 StGB

**60. BGH 5 StR 239/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Potsdam)**

Versuchter Totschlag; Rücktritt (Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch; Unterlassung weiterer unerkannt untauglicher Versuche).

§ 22 StGB; § 24 StGB; § 212 StGB



**61. BGH 5 StR 299/03 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Augsburg)**

BGHSt; Verwertbarkeit von Unterlagen, die im Wege der Rechtshilfe in der Schweiz beschlagnahmt wurden, für ein Strafverfahren wegen Untreue und Steuerhinterziehung (Arglist; Verwaltungsbetrug nach schweizerischem Recht); Verwehrung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks (wesentliche Beschränkung der Verteidigung und revisionsrechtliche Darlegungspflichten; Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren; Bindungswirkung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft); Recht auf ein faires Strafverfahren (effektive Verteidigung); Nachteil im Sinne der Untreue (verschleierte Provisionen; kick-back-Zahlungen); einkommensteuerrechtliche Relevanz eines nicht offen gelegten Treuhandverhältnisses.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. b, lit. c EMRK; § 266 Abs. 1 StGB; § 147 Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 96 StPO; § 370 Abs. 1 AO; § 11 Abs. 1 Satz 1 EStG; § 72 IRG

**62. BGH 5 StR 331/04 – Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Hamburg)**

Lückenhafte Beweiswürdigung bei Steuerhinterziehung (unzulässige Vermutungen).

§ 261 StPO; § 370 AO

**63. BGH 5 StR 356/04 – Beschluss vom 10. November 2004 (LG Berlin)**

Beihilfe (Voraussetzung der Feststellung einer Haupttat; Beweiswürdigung); Straflosigkeit des Versuchs der Beihilfe.

§ 27 StGB; § 261 StPO

Die Bestrafung als Gehilfe setzt nach § 27 StGB voraus, dass die Haupttat begangen, mindestens versucht worden sein muss. Der Versuch der Beihilfe ist nicht strafbar.

**64. BGH 5 StR 357/04 – Beschluss vom 29. September 2004 (LG Chemnitz)**

Gründungsschwindel bei der GmbH (Beweiswürdigung; Leistung des Stammkapitals; Betrug; Steuerhinterziehung); kurze Freiheitsstrafe (besonders schwerwiegende Tatumstände).

§ 263 StGB; § 22 StGB; § 370 AO; § 47 StGB

**65. BGH 5 StR 372/04 – Urteil vom 11. November 2004 (LG Berlin)**

Strafzumessung (Grenzen der Revisibilität; Grenzen der

Strafmilderung bei Vollzug von Untersuchungshaft).

§ 46 StGB; § 112 StPO

**66. BGH 5 StR 376/03 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Frankfurt [Oder])**

BGHSt; Abgrenzung von Sachrüge und Verfahrensrüge beim Recht auf Verfahrensbeschleunigung bzw. bei rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung (grundsätzliche Pflicht zur Erhebung von Verfahrensrügen und Ausnahmen anhand der Urteilsgründe; Erörterungsmangel und diesbezügliche Divergenzen der

Strafsenate); Vorlageverfahren (mangelnde Erforderlichkeit); redaktioneller Hinweis.

§ 132 Abs. 2 GVG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 267 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

**67. BGH 5 StR 380/04 – Beschluss vom 9. November 2004 (LG Hamburg)**

Zu unrecht abgelehntes Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit nach länger zurückliegenden Auseinandersetzungen über die (überschrittenen) Grenzen des Fragerechts des Verteidigers (absoluter Revisionsgrund; gesetzlicher Richter; unzulässiges, mutwilliges Befangenheitsgesuch; Spannungen zwischen Verteidiger und Gericht; Tatsachengrundlage bei der Anwendung des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Satz 3 lit. d EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 3 StPO; § 26a StPO; § 24 Abs. 2 StPO

**68. BGH 5 StR 401/04 – Urteil vom 25. November 2004 (LG Berlin)**

Mord (Heimtücke; Ausnutzungsbewusstsein).

§ 211 StGB; § 15 StGB

Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zu dessen Tötung ausnutzt. Dabei muss der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst haben, dass er sich dessen bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen (BGH NStZ 1984, 506, 507). Dabei kann die Spontanität des Tatenschlusses im Zusammenhang mit der Vorgeschichte und dem psychischen Zustand des Täters ein Beweisanzeichen dafür sein, dass ihm das Ausnutzungsbewusstsein fehlte (BGH NJW 1983, 2456). Andererseits hindert nicht jede affektive Erregung oder heftige Gemütsbewegung einen Täter daran, die Bedeutung der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers für die Tat zu erkennen (BGH StV 1981, 523, 524; BGH NStZ-RR 2000, 166, 167).

**69. BGH 5 StR 403/04 – Urteil vom 10. November 2004 (LG Görlitz)**

Minder schwerer Fall des schweren Raubes (Strafzumessung; Grenzen der Revisibilität); Mittäterschaft und Beihilfe (Abgrenzung nach Wertungsgesichtspunkten).

§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

**70. BGH 5 StR 411/04 – Urteil vom 25. November 2004 (LG Berlin)**

BGHSt; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (keine Anwendung auf die Spielsucht wegen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes oder auf Grund verfassungsrechtlicher Schutzpflichten; mildestes Mittel); Sicherungsverwahrung; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; verminderte Schuldfähigkeit bei Spielsucht.

§ 64 StGB; § 72 StGB; § 62 StGB; § 63 StGB; § 66 Abs. 2 StGB; § 21 StGB

**71. BGH 5 StR 472/04 – Beschluss vom 11. November 2004 (LG Berlin)**

Strafzumessung (Warnfunktion eines früheren, ohne Verurteilung endenden Strafverfahrens und privater Bezeichnungen wegen einschlägiger Straftaten; Unschuldsvermutung).

Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 46 StGB