

# HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 2/2005  
6. Jahrgang

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

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

## Publikationen

- Gunnar Spilgies, Hannover – Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht** S. 43
- Mit einer **Duplik** von Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen S. 51
- RiOLG Detlef Burhoff, Münster – HRRS-Praxishinweis: Die Verfahrensverzögerung in der Praxis** S. 52

Die Ausgabe umfasst zudem vier Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

## Entscheidungen

- EGMR (Marpa Zeeland BV v. Niederlande) Effektive Rechtsmittelgewährung bei gescheiterter Verfahrensabsprache
- BVerfG Zulässige Verfassungsbeschwerde gegen strafprozessualen Eröffnungsbeschluss
- BVerfG Unzulässige Verhängung eines Jugendarrests bei gleichzeitiger Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe
- BGH Sexueller Missbrauch bei der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind (BGHSt)
- BGH Auschwitzlüge: Verharmlosen in einer öffentlichen Versammlung
- BGH Zur Auslegung des § 354 Abs. 1a StPO (BGHSt)
- BGH Eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts bei nicht rechtsfehlerfreiem Strafausspruch (Schuldspruch)
- BGH Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit
- BGH Unrichtige Darstellung des Vermögensstandes nach § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG (BGHSt)

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Oberass. Dr. Daniela Demko, LL.M. (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (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 62 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 Kleyszewski* (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, Februar 2005, Ausgabe **2**

## **Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG**

### **72. EGMR Nr. 46300/99 – Urteil vom 9. November 2004 (Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. Niederlande)**

Recht auf faires Strafverfahren (staatliche Einflussnahme auf die Ausübung der Verteidigungsrechte: unzulässige Willensbeeinflussung, Irreführungsverbot, Zusicherungen, Vertrauensschutz; Schutz des Art. 6 EMRK bezüglich national eröffneter Rechtsmittel; Recht auf Zugang zum Gericht; effektiver Rechtsschutz; Rechtsmittelverzicht; Verfahrensabsprachen; Anwendung auf juristische Personen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Steuerstrafverfahren und Wirtschaftsstrafverfahren (Fristende bei Streitigkeiten über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels; Gesamtbetrachtung; Verfahrenslücken; Komplexität); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 302 StPO

1. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gewährt kein Recht auf ein Rechtsmittel als solches. Existieren jedoch in einem Vertragsstaat mehrere Instanzen, so muss jede Instanz mit den Garantien des Art. 6 EMRK vereinbar sein.

2. Dies schließt auch das Teilrecht auf einen effektiven Zugang zum Gericht (effektiven Rechtsschutz) mit ein. Den Rechtsmittelführern muss es möglich sein, von den ihnen eröffneten Rechtsmitteln tatsächlich sinnvoll Gebrauch zu machen.

3. Wird ein Rechtsmittelführer durch die staatliche Anklagevertretung (hier: Generalstaatsanwalt) dazu überzeugt, sein Rechtsmittel zugunsten eines zunächst unberechtigt zugesicherten, sodann aber verweigerten Straferlasses nicht formgerecht zu erheben, so dass das Rechtsmittel nach nationalem Recht verfällt, stellt dies eine Verletzung des fairen Verfahrens in seiner Ausprägung als Recht auf effektiven Rechtsschutz und in seiner Ausprägung als Recht auf die sinnvolle Ausübbarkeit eröffneter Rechtsmittel dar.

4. Bei der tatsächlichen Feststellung einer unzulässigen Einflussnahme der staatlichen Anklagevertretung (hier: Generalstaatsanwalt) auf die Ausübung des Rechtsmittels stützt sich der EGMR grundsätzlich auf die Würdigung der nationalen Instanzen.

5. Zu den Grundsätzen des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 I 1 EMRK in Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren (vgl. bereits Hennig v. Österreich).

### **133. BVerfG 2 BvR 2001/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. September 2004 (OLG Frankfurt/Main/LG Kassel)**

Verfassungsbeschwerde gegen strafprozessuale Eröffnungsbeschlüsse (Subsidiarität; Ausnahme; keine Möglichkeit der Ausräumung im fachgerichtlichen Verfahren); Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem; Ver-

bot doppelter Strafverfolgung); Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses (Zweitverfahren; Geltendmachung des Fehlens von nova); Nötigung durch Verfahrenshandlungen von Strafverteidigern; Justizgewährleistungsanspruch (Rechtsschutz durch Rechtsmittel gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 210 Abs. 1 StPO; § 211 StPO; § 304 Abs. 1 StPO; § 240 StGB; § 119 Abs. 5 StPO; § 240 StGB

1. Die Gewährleistung des Art. 103 Abs. 3 GG bietet nicht nur Schutz vor Doppelbestrafung, sondern auch Schutz vor doppelter Strafverfolgung (vgl. BVerfGE 12, 62, 66).

2. Die Vorschrift des § 210 Abs. 1 StPO ist verfassungskonform einengend dahingehend auszulegen, dass sie im Fall eines Eröffnungsbeschlusses in einem Zweitverfahren dann nicht anzuwenden ist, wenn der Angeklagte das Fehlen von nova geltend macht.

3. Zwar können strafprozessuale Eröffnungsbeschlüsse nach feststehender Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundsätzlich nicht Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein (vgl. BVerfGE 1, 9, 10; Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 29. Dezember 1998 - 2 BvQ 37/98), was auch für Beschwerdeentscheidungen gilt, die auf solche Beschlüsse hin ergehen. Etwas anderes gilt jedoch ausnahmsweise dann, wenn die angegriffene Entscheidung nach dem substantiierten Vortrag des Beschwerdeführers Verfassungsrecht verletzen kann und die verfassungsrechtliche Beschwer im weiteren fachgerichtlichen Verfahren nicht folgenlos ausgeräumt werden könnte.

4. Die Gerichte haben bei Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Rechtsmittel die verfassungsrechtliche Grundentscheidung zu berücksichtigen, bei einer möglichen Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten frühzeitigen und effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten (vgl. BVerfGE - Plenum - 107, 395, 407 f.). Der aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Grundrechten abgeleitete allgemeine Justizgewährleistungsanspruch gewährleistet dabei Rechtsschutz gegen die erstmalige Verletzung von Verfahrensgrundrechten durch ein Gericht.

### **132. BVerfG 2 BvR 930/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2004 (LG Bielefeld/AG Herford)**

Unzulässige Verhängung eines Jugendarrests bei gleichzeitiger Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe; Analogieverbot (Verbot jeder Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht; Wortlautgrenze); verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe (Anwendung auf Ahndungsmittel nach § 5 Abs. 2 JGG); Begründung der Verfassungsbeschwerde (keine Nennung einschlägiger Artikel des Grundgesetzes; Ausreichen der sinngemäßen Nennung des beeinträchtigten Rechtes).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 28 JGG; § 27 JGG; § 8 Abs. 2 JGG; § 13 Abs. 1 JGG; § 5 Abs. 2 JGG; § 92 BVerfGG

1. Die Verhängung eines Jugendarrests bei gleichzeitiger Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe verstößt unter dem derzeit geltenden Jugendgerichtsgesetz gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG.

2. § 92 BVerfGG verpflichtet den Führer einer Verfassungsbeschwerde nicht, den jeweiligen Artikel des Grundgesetzes zu nennen (BVerfGE 1, 332, 343; 47, 182, 187). Es genügt, wenn er sinngemäß zum Ausdruck bringt, welches verfassungsrechtlich gewährleistete Recht er beeinträchtigt sieht. Übersieht er dabei einen (gleichfalls) einschlägigen Grundrechtsartikel, so ist dies unschädlich.

3. Art. 103 Abs. 2 GG verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (BVerfGE 73, 206, 234; 78, 374, 381 f.). Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, dass im Bereich des Strafrechts nur der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (BVerfGE 105, 135, 153). Das Gebot der Gesetzesbestimmtheit gilt auch für die Strafandrohung, die in einem vom Schuldprinzip geprägten Straftatsystem gerecht auf den Straftatbestand und das in ihm vertypete Unrecht abgestimmt sein muss (BVerfGE 105, 135, 153; 86, 288, 313). Dieser Grundsatz beansprucht auch für Ahndungsmittel nach § 5 Abs. 2 JGG Geltung.

4. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie. Dabei ist Analogie nicht im engeren technischen Sinne zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht (BVerfGE 71, 108, 115). Der mögliche Wortsinn markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (BVerfGE 64, 389, 393 f.; 92, 1, 12).

5. Die Rechtsfolgen des § 5 Abs. 2 JGG haben - anders als Erziehungsmaßregeln nach § 5 Abs. 1 JGG - den Unrechtsgehalt der Tat unmittelbar insoweit zu berücksichtigen, als er sich nach der charakterlichen Haltung und Persönlichkeitsentwicklung des Täters in Schuld niedergeschlagen hat.

### **131. BVerfG 2 BvR 1873/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Neuruppin/AG Prenzlau)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsanordnung (Begründung mit schon längere Zeit bekannten Befundtatsachen; Betäubungsmittelkriminalität; überschaubarer Zeitraum).

Art. 13 GG; § 102 StPO.

Ein unzulässiger Eingriff in das Wohnungsgrundrecht nach Art. 13 GG liegt nicht schon dann vor, wenn eine

Durchsuchungsanordnung auf Befundtatsachen gestützt wird, die den Strafverfolgungsbehörden bereits neun Monate zuvor bekannt waren. Die Rechtsprechung des BVerfG, nach der nach einem halben Jahr von einer

einmal erteilten Durchsuchungsanordnung nicht mehr Gebrauch gemacht werden darf, ist auf eine solche Fallkonstellation nicht übertragbar.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

##### 85. BGH 2 StR 432/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Trier)

Räuberische Erpressung; Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont); unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

1. Für die Abgrenzung des unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzung eines strafbefreienden Rücktritts kommt es darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (sog. Rücktrittshorizont).

2. Der Täter, der sich keine Gedanken über den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges gemacht hat, ist grundsätzlich demjenigen gleichzustellen, der ihn nicht für möglich hält, so dass er durch bloßes Aufgeben der weiteren Ausführung zurücktreten kann.

3. Lediglich nach besonders gefährlichen Gewalthandlungen, die zu schweren Verletzungen des Opfers geführt haben, kann ein beendeter Versuch auch dann bejaht werden, wenn der Täter sowohl mit der Möglichkeit gerechnet hat, dass der angestrebte (Todes-)Erfolg eintritt, als auch damit, dass er ausbleibt. Denn der Gleichgültige soll nicht gegenüber dem Bedächtigen privilegiert werden, der sich Gedanken über die Folgen seines Tuns macht, die Gefahr für sein Opfer erkennt und damit nur noch durch erfolgsverhinderndes Handeln Straffreiheit erlangen kann (BGHSt 40, 304, 306).

##### 123. BGH 4 StR 326/04 – Urteil vom 25. November 2004 (LG Bochum)

Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (korrigierter Rücktrittshorizont; fehlende Vorstellungen; versuchter Totschlag; erhebliche sichtbare Verletzung des Tatopfers); Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit bei einem mehraktigen aber von einem einheitlichen Tötungswillen getragenen Tötungsversuch (natürliche Handlungseinheit; Zäsur bei zwischenzeitlichem Fehlschlagen des Versuchs).

§ 212 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Ein beendeter Versuch im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB, der für die Straffreiheit Gegenmaßnahmen des Täters zur Erfolgsabwendung verlangt, liegt entgegen nicht erst bei Kenntnis vom sicheren Todesverlauf (vgl. BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 4), sondern schon dann vor, wenn der Täter die naheliegende Möglichkeit des Erfolgseintritts erkennt, selbst wenn er ihn nunmehr weder will noch billigt (BGHSt 31, 170, 177; 33, 295, 300). Die Kenntnis der tatsächlichen Umstände, die den Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahe legen, reicht aus. Sie liegt bei gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, insbesondere bei tief in den Brust- oder Bauchraum eingedrungenen Messerstichen, deren Wirkungen der Täter, wahrgenommen hat, auf der Hand (BGHSt 39, 221, 231 m.w.N.).

2. Dies gilt auch dann, wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst noch nicht gerechnet hat, unmittelbar darauf jedoch erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat (BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 12).

3. Eine natürliche Handlungseinheit und damit eine Tat im materiellrechtlichen Sinne liegt bei einer Mehrheit gleichartiger strafrechtlich erheblicher Verhaltensweisen nach der Rechtsprechung nur dann vor, wenn die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element verbunden sind und zwischen ihnen ein derart unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint (vgl. BGHSt 41, 368; BGHSt 43, 381, 387). Auch für die Beurteilung einzelner Versuchshandlungen als eine natürliche Handlungseinheit ist eine solche Gesamtbetrachtung vorzunehmen (st. Rspr., vgl. BGHSt 40, 75, 76).

4. Dabei begründet der Wechsel eines Angriffsmittels nicht ohne weiteres eine die Annahme einer Handlungseinheit ausschließende Zäsur (vgl. BGHSt 40, 75, 77; 41, 368, 369). Eine tatbestandliche Handlungseinheit endet jedoch mit dem Fehlschlagen des Versuchs (vgl. BGHSt 41, 268, 269; 44, 91, 94). Ein solcher Fehlschlag, der nach der Rechtsprechung einen Rücktritt ausschließt

(vgl. BGHSt 34, 53, 56; 39, 221, 228), liegt vor, wenn der Täter die Tat, wie er weiß, mit den bereits eingesetzten oder den zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur vollenden kann (vgl. BGHSt 39, 221,

228; BGHSt 41, 368, 369), so dass ein erneutes Ansetzen notwendig ist, um zu dem gewünschten Ziel zu gelangen (vgl. BGHSt 39, 221, 232; 41, 368, 369).

## 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

### 121. BGH 4 StR 255/04 – Urteil vom 14. Dezember 2004 (LG Bielefeld)

BGHSt; sexueller Missbrauch eines Kindes bei der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind (Einbeziehung der Wahrnehmung des Kindes in das sexuelle Geschehen; teleologische Auslegung).

§ 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.

1. Sexueller Missbrauch eines Kindes setzt bei der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind voraus, dass der Täter das Kind in der Weise in das sexuelle Geschehen einbezieht, dass für ihn gerade die Wahrnehmung der sexuellen Handlung durch das Tatopfer von Bedeutung ist. (BGHSt)

2. Die Streichung der Absichtsklausel des früheren § 176 Abs. 5 StGB dient nicht der Ausdehnung der Strafbarkeit des sexuellen Missbrauchs eines Kindes. (Bearbeiter)

### 81. BGH 2 StR 365/04 - Urteil vom 22. Dezember 2004 (LG Erfurt)

BGHR; Volksverhetzung und Auschwitzlüge (Herunterspielen von Opferzahlen; Verbreiten von Schriften; Zugänglichmachen von Schriften; Vorrätighalten von Schriften zum Zwecke der Verbreitung; Verharmlosen in einer Versammlung; Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens); Meinungsfreiheit.

§ 130 StGB; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK

1. Zum Tatbestand des Verharmlosens in einer öffentlichen Versammlung im Sinne von § 130 Abs. 3 StGB. (BGHR)

2. Ein Verharmlosen liegt vor, wenn der Äußernde die Anknüpfungstatsachen für die Tatsächlichkeit der NS-Gewalttaten herunterspielt, beschönigt oder in ihrem wahren Gewicht verschleiert (BGHSt 46, 36, 40; 47, 278). Nicht erforderlich ist das Bestreiten des Völkermordes als historisches Gesamtgeschehen, es genügen ein „Herunterrechnen der Opferzahlen“ und sonstige Formen des Relativierens oder Bagatellisierens seines Unrechtsgehalts, sofern nicht nur ein zahlenmäßiges Infragestellen im Randbereich der geschichtlich feststehenden Größenordnung vorliegt. (Bearbeiter)

3. Beschwichtigende Bekundungen, wonach es dem sich Äußernden nicht um die Relativierung der NS-Verbrechen gehe, entlasten ihn nicht, wenn dem Gesamtzusammenhang der Äußerung die die Verbrechen verharmlosende Hauptaussage zu entnehmen ist, die Zahl der Opfer in Auschwitz entspreche nicht der Wahrheit. (Bearbeiter)

4. Gestört ist der öffentliche Frieden unter anderem dann, wenn das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit erschüttert wird (BGHSt 34, 329, 331; 46, 212, 218), etwa weil die Äußerungen auf die Betroffenen als Ausdruck unerträglicher Missachtung wirken, und die Äußerung vernünftigerweise eine solche Reaktion erwarten lassen muss. (Bearbeiter)

### 122. BGH 4 StR 294/04 – Urteil vom 9. Dezember 2004 (LG Schwerin)

Untreue (Gewährung einer Abfindung an einen städtischen Bediensteten durch den Oberbürgermeister; Vermögensbetreuungspflicht; Haushaltsuntreue; Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit; Gegenleistungsanspruch bei Prozessrisiko; Ermessenspielraum bei Personalentscheidungen; Orientierung am geltenden Recht im Hinblick auf die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht). § 266 StGB; Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 AÜG a.F.

1. Die kommunalen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind als rechtliche Steuerungsnormen dazu bestimmt, einen äußeren Begrenzungsrahmen für den gemeindlichen Entfaltungs- und Gestaltungsspielraum dahin gehend zu bilden, solche Maßnahmen zu verhindern, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlechthin unvereinbar sind. Den darin enthaltenen Grundsatz, dass der Staat nichts „verschenken“ darf (BGHZ 47, 30, 39 f. m.w.N.), müssen alle staatlichen und kommunalen Stellen beachten, unabhängig davon, auf welcher Grundlage sie tätig werden. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz führt zur Nichtigkeit von Verträgen, die eine Zuwendung an Private ohne Gegenleistung zum Gegenstand haben und unter keinem Gesichtspunkt als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt angesehen werden können. Strafrechtlich gilt insoweit kein anderer Maßstab (vgl. BGH NJW 1999, 1489, 1490).

2. Eine strafrechtlich relevante pflichtwidrige Schädigung der zu betreuenden Haushaltsmittel kommt insbesondere in Betracht, wenn ohne entsprechende Gegenleistung Zahlungen erfolgen, auf die im Rahmen vertraglich geregelter Rechtsverhältnisse ersichtlich kein Anspruch bestand (vgl. BGH NSTZ-RR 2002, 237 f.). Dies ist aber etwa dann nicht der Fall, wenn in einem einzubeziehenden Rechtsstreit eine Verpflichtung zu höheren Gegenleistungen hätte festgestellt werden können.

3. Zuwendungen an Bedienstete im öffentlichen Dienst dürfen grundsätzlich bestehende gesetzliche Regelungen nicht außer Acht lassen oder über gesetzlich festgelegte

Ansprüche hinausgehen (vgl. BGH NJW 1991, 990, 991).

### 130. BGH 4 StR 81/04 – Beschluss vom 4. November 2004 (LG Essen)

Beweiswürdigung (mangelnde Feststellungen beim Raub einer leeren Geldbörse); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug nur bei beweglichen Gegenständen; Tritte gegen den Kopf); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (sichere Feststellung eines länger andauernden Zustandes der Schuldunfähigkeit oder der erheblich verminderten Schuldfähigkeit; hypomanische Episode ohne psychotische Symptome).

§ 63 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 249 StGB; § 261 StPO

Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass Werkzeuge im Sinne des § 224 Abs. Nr. 1 StGB nur solche Gegenstände sind, die durch menschliche Einwirkung in Bewegung gesetzt werden können, nicht dagegen unbewegliche Gegenstände wie etwa ein Fußboden oder eine Wand (BGHSt 22, 235; BGH NSTZ 1988, 361, 362). Eine Verwirklichung des Qualifikationstatbestandes kommt allerdings durch die Tritte in das Gesicht des Opfers in Betracht (vgl. BGHSt 30, 375 f.; BGHR StGB § 224 Abs. 1 Nr. 2 Werkzeug 1 m.w.N.).

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

### 73. BGH 1 ARs 31/03 - Beschluss vom 13. Mai 2004

Anfrageverfahren; Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit; spezifischer Zusammenhang zwischen Anlass und Verkehrssicherheit; Rechtsprechung des BVerwG); Zusammenhangstaten; Begründungsanforderungen im Urteil; redaktioneller Hinweis.

§ 132 GVG; § 69 StGB; § 2 Abs. 4 StVG; § 267 Abs. 6 StPO; § 2 RsprEinhG

1. Die Maßregel der Entziehung der Fahrerlaubnis kommt bei sogen. Zusammenhangstaten (1. Alternative des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB) auch dann in Betracht, wenn die Verkehrssicherheit nicht konkret beeinträchtigt worden ist, die Tat und ihre Umstände aber dennoch den unmittelbaren Schluss auf die charakterliche Unzuverlässigkeit und damit die Ungeeignetheit des Täters tragen.

2. Der Begriff der Eignung umfasst nicht nur die persönliche Gewähr für die regelgerechte Ausübung der Fahrerlaubnis, also die Beachtung der Vorschriften des Straßenverkehrsrechts. Wer eine Fahrerlaubnis inne hat, der muss auch die Gewähr für eine im umfassenden Sinne verstandene Zuverlässigkeit dahin bieten, dass er die Erlaubnis auch sonst nicht zur Begehung rechtswidriger Taten (bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges) ausnutzen und missbrauchen werde.

3. Für die Bewertung als „ungeeignet“ zum Führen von Kraftfahrzeugen reicht die begründete Annahme aus, der Täter werde weitere sogen. Zusammenhangstaten im Sinne des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB begehen, ohne dass durch diese konkret Verkehrssicherheitsbelange beeinträchtigt werden müssten. Es genügt die Besorgnis, er werde die Fahrerlaubnis erneut zu Taten auch nicht-verkehrsrechtlicher Art missbrauchen.

4. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts steht dem nach dem Anfragebeschluss beabsichtigten Rechtsatz entgegen. Dies könnte gem. § 2 RsprEinhG zur Anrufung des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes zwingen.

### 82. BGH 2 StR 367/04 - Beschluss vom 12. November 2004 (LG Koblenz)

Ablehnung eines Beweisantrags (Beweis des Gegenteils; zweifelhafte Sachkunde eines Sachverständigen; Widersprüche zwischen schriftlichem und mündlichem Gutachten); Objektivität eines Sachverständigen (abwertende Beschreibungen des Angeklagten); Darlegungsanforderungen bei Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; reformatio in peius; Verschlechterungsverbot.

§ 244 Abs. 4 StPO; § 20 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

1. Die Grenzen zwischen diagnostischen Zuordnungen psychischer Störungen mögen fließend und die Einordnung unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB schwierig sein. Dennoch ist das Tatgericht verpflichtet, zum einen konkrete Feststellungen zu den handlungsleitenden Auswirkungen der Störung zum Zeitpunkt der Tat (§ 20 StGB) zu treffen und zum anderen auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung von Persönlichkeit, Lebensgeschichte, Lebensumständen und Verhalten des Angeklagten und der Anlassstat in nachprüfbarer Weise darzulegen, worin der „Zustand“ des Beschuldigten besteht und welche seiner Auswirkungen die Anordnung der Maßregel der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 63 StGB) gebieten.

2. Die bloße Angabe einer Diagnose in einem psychiatrischen Gutachten ersetzt weder die Feststellung eines der Merkmale des § 20 StGB, noch belegt sie das Vorliegen eines Zustands im Sinne des § 63 StGB. Entscheidend für die inhaltliche Brauchbarkeit des Gutachtens ist, ob es wissenschaftlich hinreichend begründete Aussagen über den Zusammenhang zwischen einer diagnostizierten psychischen Störung und der Tat enthält, welche Gegenstand des Verfahrens ist. Es ist also - unabhängig von der Einordnung unter ein Eingangsmerkmal des § 20 StGB - im Einzelnen konkret darzulegen, ob und ggf. wie sich die Störung auf das Einsichts- oder Hemmungsvermögen des Beschuldigten tatsächlich ausgewirkt hat.

3. Das zur Frage der Schuldfähigkeit und zu den Voraussetzungen des § 63 StGB einzuholende Gutachten wird zwar auf Verhaltensbeschreibungen, wertungsbehaftete Charakterisierungen und alltagssprachliche Umsetzungen klinischer Befunde nicht verzichten können, um die Diagnose rational nachvollziehbar und für das Gericht verständlich und überprüfbar zu machen. Eine Häufung von Beschreibungen, die die Grenze zwischen der Darstellung von Befundtatsachen und allgemein persönlichen Abwertungen überschreiten, kann jedoch die Objektivität des Gutachters in Frage stellen.

4. Das Gericht, das sich zur Prüfung der Voraussetzungen der §§ 20, 63 StGB der Hilfe eines Sachverständigen zu bedienen hat (§ 246 a StPO), muss dessen Tätigkeit überwachen und leiten. Dazu gehört insbesondere auch die Prüfung, ob Grundlagen, Methodik und Inhalt des Gutachtens den anerkannten fachwissenschaftlichen Anforderungen genügen.

#### **112. BGH 1 StR 395/04 – Urteil vom 7. Dezember 2004 (LG München)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten bei Eigentums- und Vermögensdelikten: pflichtgemäßes Ermessen des Tatrichters und restriktive Auslegung).  
§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Unterbringung nach § 66 Abs. 2 StGB liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters. Zudem steht dem Tatrichter, der allein in der Lage ist, eine umfassende Würdigung aller Umstände der Tat und der Persönlichkeit des Täters vorzunehmen, bei der seiner Ermessensausübung vorgelagerten Feststellung eines Hangs zu erheblichen Straftaten ein nur begrenzt revisionsgerichtlicher Kontrolle unterliegender Beurteilungsspielraum zu (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 1 Erheblichkeit 4; BGH JZ 1980, 532).

2. Was unter „erheblichen Straftaten“ im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu verstehen ist, lässt sich nicht allgemein sagen. Das gesetzliche Beispiel der Verursachung „schweren wirtschaftlichen Schadens“ stellt jedenfalls klar, dass auch die Gefahr einer Schädigung des Vermögens die Sicherungsverwahrung rechtfertigen kann. Allerdings kommen die in der Regel zum Bereich der mittleren Kriminalität gehörenden Vermögensdelikte als Grundlage dieser Maßregel nur dann in Betracht, wenn sie einen hohen Schweregrad aufweisen und den Rechtsfrieden empfindlich stören (BGHR StGB § 66 Abs. 1 Erheblichkeit 2; BGHSt 24, 153; 24, 160). Der Schweregrad bestimmt sich in erster Linie nach Art und Umfang des Eingriffs, des Weiteren nach dem Ausmaß des Schadens (BGH aaO). Da der Gesetzgeber die Sicherungsverwahrung auf ganz schwere Fälle der Kriminalität beschränken wollte, ist insoweit eine restriktive Auslegung geboten.

#### **116. BGH 1 StR 493/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Landshut)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anwendung nur bei zumindest mittlerer Kriminalität;

erhebliche weitere rechtswidrige Straftat: Schluss aus Anlasstat oder der Ausgestaltung der konkret zu befürchtenden Taten; Gesamtwürdigung; symptomatischer Zusammenhang).

§ 63 StGB

1. Nur Störungen des Rechtsfriedens, die zumindest in den Bereich der mittleren Kriminalität hineinragen, rechtfertigen die für den Betroffenen außerordentlich beschwerende Maßnahme einer Unterbringung gemäß § 63 StGB (vgl. BVerfGE 70, 279, 312; BGHSt 27, 246, 248; st. Rspr.). Auch muss aufgrund einer umfassenden Würdigung von Tat und Täter eine höhere oder doch bestimmte, jedenfalls über die bloße Möglichkeit hinausreichende Wahrscheinlichkeit zu bejahen sein, dass der schuldunfähige Täter infolge seines Zustandes weitere erhebliche rechtswidrige Taten begehen wird.

2. Die Erheblichkeit drohender Taten kann sich, ohne dass weitere Darlegungen erforderlich wären, aus dem Anlassdelikt selbst ergeben, z. B. bei Verbrechenstatbeständen; auch bei Vergehen mag, ohne dass dies hier einer abschließenden Entscheidung bedürfte, eine solche Annahme vielfach nahe liegen. Ergibt sich die Erheblichkeit der drohenden Taten nicht ohne weiteres aus dem Deliktcharakter als solchem, kommt es auf die zu befürchtende konkrete Ausgestaltung der Taten an, da das Gesetz keine Beschränkung auf bestimmte Tatbestände vorgenommen hat.

#### **79. BGH 2 StR 362/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Frankfurt)**

Einziehung (Tatmittel).  
§ 74 StGB

1. Zwar können gemäß § 74 Abs. 1 StGB als Tatwerkzeuge nicht nur solche Gegenstände eingezogen werden, die zur eigentlichen Begehung der Tat Verwendung finden bzw. nach der Planung des Täters hierzu bestimmt sind, sondern alles, was die Tat überhaupt ermöglicht und zu ihrer Durchführung dient oder hierzu erforderlich ist. Jedoch reicht die nur gelegentliche Benutzung eines Gegenstandes im Zusammenhang mit der Tat nicht aus. Erforderlich ist darüber hinaus, dass sein Gebrauch gezielt die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens fördert bzw. nach der Planung des Täters fördern soll (vgl. BGHR StGB § 74 Abs. 1 Tatmittel 7).

2. Gegenstände, die sowohl zur Tatbegehung als auch weiteren Zwecken dienen, unterliegen gleichwohl der Einziehung (vgl. BGHR StGB § 74 Abs. 1 Tatmittel 4).

#### **89. BGH 2 StR 444/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Wiesbaden)**

Erlös aus Betäubungsmittelgeschäften (Einziehung; Verfall).  
§ 73 StGB; § 74 StGB

Der Erlös aus Betäubungsmittelgeschäften ist kein Gegenstand, der im Sinne von § 74 Abs. 1 StGB durch die Straftat hervorgebracht worden ist. Daher kommt eine Einziehung nur in Betracht, wenn der jeweilige konkrete

Geldbetrag zur Durchführung weiterer Betäubungsmittelgeschäfte „bestimmt“ war und diese Geschäfte wiederum Gegenstand der Anklage sind (vgl. BGHR StGB § 74 Abs. 1, Tatmittel 1 und 2). In Betracht kommt vielmehr regelmäßig ein gewinnabschöpfender Verfall gemäß §§ 73 ff. StGB.

### 102. BGH 3 StR 246/04 - Urteil vom 2. Dezember 2004 (LG Kiel)

Verfall (Zusammenhang zwischen Straftat und Vermögensgegenstand; Entreichung; Absehen vom Verfall; Ermessensausübung).

§ 73 StGB; § 73c StGB

1. Für die Anordnung des Verfalls gem. §§ 73 ff StGB braucht beim Angeklagten vorhandenes Vermögen kei-

nen konkreten oder unmittelbaren Bezug zu den Straftaten zu haben, derentwegen der Verfall angeordnet werden soll.

2. Von der Anordnung des Verfalls darf grundsätzlich nicht nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt. StGB abgesehen werden, soweit der Angeklagte insgesamt über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem anzuordnenden Verfallbetrag zurückbleibt. Daher ist der Tatrichter regelmäßig gehalten, den gesamten Erlös aus den Straftaten zu ermitteln, um auf diese Weise den Verfallbetrag festzustellen, und diesem den Wert des vorhandenen Nettovermögens des Angeklagten gegenüberzustellen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angeklagte unter Umständen über nicht nur unerhebliches Vermögen verfügt.

## III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

### 103. BGH 3 StR 273/04 - Beschluss vom 2. Dezember 2004 (LG Kiel)

BGHSt; Absehen von der Urteilsaufhebung (Angemessenheit der Rechtsfolgen; Fehler bei der Strafzumessung; Fehler beim Schuldspruch; Einstimmigkeit).

§ 354 Abs. 1 a StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 263 StPO

1. Zur Auslegung von § 354 Abs. 1 a StPO. (BGHSt)

2. Die Wendung „wegen einer Gesetzesverletzung nur bei Zumessung der Rechtsfolgen“ in § 354 Abs. 1a StPO ist so auszulegen, dass das Revisionsgericht abschließend in der Sache entscheiden kann, wenn eine Gesetzesverletzung nur zur Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs führen würde, unabhängig davon, ob der Rechtsfehler nur die Strafzumessung oder auch den Schuldspruch betrifft. (Bearbeiter)

3. Eines speziellen Antrags der Staatsanwaltschaft, nach § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO zu verfahren, bedarf es nicht.

4. Um die Angemessenheit der verhängten Rechtsfolge und das Absehen von der Aufhebung des Rechtsfolgenausspruchs gemäß § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO zu bejahen, ist bei einer Entscheidung im Beschlussverfahren Einstimmigkeit notwendig, da es sich inhaltlich um eine Verwerfung der Revision gemäß § 349 Abs. 2 StPO handelt. (Bearbeiter).

5. Obiter spricht sich der Senat dafür aus, dass ist in den Fällen einer Entscheidung gemäß § 354 Abs. 1a StPO im Urteilsverfahren das Zwei-Drittel-Quorum des § 263 StPO gelte. (Bearbeiter)

### 114. BGH 1 StR 483/04 – Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Waldshut-Tiengen)

BGHR; gesetzlicher Richter: eigene Sachentscheidung bei nicht rechtsfehlerfreiem Strafausspruch (JuMoG; entsprechende Anwendung bei rechtsfehlerhaftem Schuldspruch; Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe bei

Wegfall eines kleinen Teils von verhängten Einzelstrafen; Befugnis zur Analogie im Strafverfahrensrecht; Verjährung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes bzw. beim sexuellen Missbrauch einer Schutzbefohlenen. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1a und 1b StPO; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

1. Eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts bei nicht rechtsfehlerfreiem Strafausspruch. (BGHR)

2. Nach Wegfall eines kleinen Teils von verhängten Einzelstrafen konnte schon vor der Neufassung von § 354 StPO die Gesamtstrafe bestehen bleiben, wenn sie sich aufgrund der Sachlage, insbesondere auch aus der Zahl und der Höhe der übrigen Einzelstrafen ohne weiteres gerechtfertigt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH wistra 1999, 28, 29 m. w. N.). Hieran hat sich durch die Änderung des § 354 StPO durch das Erste Gesetz zur Modernisierung der Justiz vom 24. August 2004 nichts geändert. (Bearbeiter)

### 74. BGH 2 StR 156/04 – Urteil vom 3. Dezember 2004 (LG Koblenz)

Konfrontationsrecht und faires Verfahren (Gesamtbeurteilung; Verantwortlichkeit des Staates für fehlende Konfrontation; Bestätigung einer Aussage durch Umstände außerhalb der Aussage; Zeugenbegriff); Beweis-antragsrecht und Aufklärungspflicht (fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages; Darlegung; Bedeutungslosigkeit); Beruhen.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

1. Zwar kann der Tatrichter Indiztatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos betrachten, wenn er eine nur mögliche, aber nicht zwingende Schlussfolgerung nicht ziehen will. Jedoch muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst.



Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte.

2. Die Ablehnung des Beweisantrags darf nicht dazu führen, dass aufklärbare, zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden.

3. Auch wenn eine kontradiktorische Erörterung einer belastenden Aussage mit dem Zeugen zu keinem Zeitpunkt erfolgt ist, liegt ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK nicht vor, wenn das Verfahren insgesamt fair war. Dies ist der Fall, wenn weder Justiz noch Polizei für die unterbliebene Konfrontation verantwortlich sind, das Gericht die Aussage des Belastungszeugen detailliert analysiert und sie durch andere Beweismittel außerhalb der fraglichen Aussage Bestätigung findet (vgl. BGHSt 46, 93, 95 f.).

4. Wer als Belastungszeuge im Sinne der Konvention anzusehen ist, ist in der Konvention eigenständig bestimmt. Zeuge in diesem Sinne kann auch der Mitbeschuldigte sein, der in seinem früheren Verfahren als Beschuldigter ausgesagt hat.

#### **119. BGH 1 BGs 107/2003 2 BJs 65/95-2 (7) – Beschluss vom 20. März 2003**

Gegenvorstellung gegen Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH; Annexkompetenzen bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen hinsichtlich der Art und Weise des Eingriffs (hier Telefonüberwachung; retrograde Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten; Auskunft auf elektronischen Datenträgern; Gesetzesvorbehalt; Bestimmtheitsgrundsatz; Anordnungscompetenz und Prüfungspflicht des Ermittlungsrichters hinsichtlich der Maßnahmedurchführung).

Art. 10 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 100a StPO; § 100g StPO; § 100h StPO

1. Die Art und Weise des Vollzugs einer richterlich gestatteten strafprozessualen Maßnahme - welcher Art auch immer - ist in aller Regel nicht im Gesetz geregelt. Angesichts der Vielfalt der Lebenssachverhalte und der nicht vorhersehbaren technischen Entwicklung wäre eine umfassende, allen Erfordernissen genügende gesetzliche Regelung auch gar nicht möglich. Gesetzliche Ermächtigungen zu bestimmten strafprozessualen Grundrechtseingriffen umfassen jeweils auch die konkludente Ermächtigung zu jenen Maßnahmen, die zur Vorbereitung und Durchführung des gesetzlich ausdrücklich genannten Grundrechtseingriffs erforderlich sind (Annexkompetenz).

2. Diese konkludenten Ermächtigungen sind nicht schrankenlos. Von ihnen werden jedoch stets solche Maßnahmen erfasst, die eine ausschließlich dienende Funktion haben. Darunter sind auch jene Maßnahmen zu verstehen, die der Vorbereitung oder Ermöglichung der gesetzlich vorgesehenen Maßnahmen dienen und die den

gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Eingriff nicht an Intensität übertreffen (vgl. zu konkludent erteilten Ermächtigungen BGHSt 46, 266 [273 f.]).

3. Dem Richter ist es jedoch unbenommen zur Begrenzung des Eingriffs im Einzelfall schon im Beschluss zur Gestattung einer unter Richtervorbehalt stehenden Maßnahme Einzelheiten der Art und Weise von deren Durchführung zu regeln. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft bzw. des Beklagten wird er darüber zu entscheiden haben (vgl. BGH St 28, 207, 209).

#### **76. BGH 2 StR 274/04 - Urteil vom 25. November 2004 (LG Frankfurt)**

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Rügeanforderungen; Sachrüge; Verfahrensrüge; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 StPO

Nur in wenigen Ausnahmefällen erachtet der Senat die Erhebung allein der Sachrüge als Grundlage für die Prüfung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung als ausreichend (vgl. Beschluss vom 26. Mai 2004 - 2 ARs 33/04). In Betracht kommt allein die Möglichkeit, dass sich bereits aus den Urteilsgründen alles zur Beurteilung eines Verstoßes gegen das Beschleunigungsgebot des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK entnehmen lässt und es nur um die Überprüfung der Wertung des Tatrichters geht.

#### **94. BGH 2 ARs 329/04 / 2 AR 204/04 - Beschluss vom 12. November 2004**

Verfahrensverbinding (Rechtshängigkeit; Antrag der Staatsanwaltschaft).

§ 4 Abs. 1 StPO; § 13 Abs. 1 StPO

1. Voraussetzung für eine Verfahrensverbinding gemäß § 4 Abs. 1 StPO ist, dass die Strafsache, die bei dem Gericht höherer Ordnung angeklagt wurde, bereits eröffnet ist.

2. Voraussetzung für eine Verfahrensverbinding durch das gemeinschaftliche obere Gericht gemäß § 13 Abs. 1 StPO ist, dass die beteiligten Staatsanwaltschaften einen übereinstimmenden Antrag auf eine entsprechende Vereinbarung der beteiligten Amtsgerichte gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 StPO gestellt haben.

#### **86. BGH 2 StR 441/04 - Urteil vom 8. Dezember 2004 (LG Frankfurt)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Zeuge; Zirkelchluss).

§ 261 StPO

Eine Beweiswürdigung ist rechtfehlerhaft, wenn sie auf einem Zirkelchluss beruht. Dies ist bei einem Zeugenbeweis jedenfalls dann der Fall, wenn die Überzeugung von der Glaubhaftigkeit einer Aussage auf Tatsachen gestützt wird, von denen der Tatrichter lediglich aufgrund der gerade zu bewertenden Aussage überzeugt ist und für die keine Beweiszichen außerhalb dieser Aussage vorhanden sind.

## IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 113. BGH 1 StR 420/03 – Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG München I)

BGHSt; unrichtige Darstellung des Vermögensstandes gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG bei Quartalsberichten über Umsätze und Erträge gemäß §§ 53, 54 BörsZulV (Gesamtbilddarstellung; Eindruck der Vollständigkeit; Fall EM.TV; ad-hoc-Mitteilung); Recht auf ein faires Verfahren (keine bindende Zusage des Gerichts bei gescheiterter Verfahrensabsprache; kein Vertrauensschutz bei Äußerungen des Gerichts außerhalb der Hauptverhandlung; Protokollierungspflicht; Offenlegungsobliegenheit); Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (Prüfung nach Revisionsgrundsätzen; entbehrliche Anhörung des Sachverständigen; Beweiserhebungspflicht nach § 245 StPO); Bestimmtheit der unrichtigen Darstellung über die Verhältnisse der Gesellschaft gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG; Zweifel an der Verfassungskonformität der Strafbarkeit der Kurs- und Marktmanipulation (Unrechtskontinuität; Bestimmtheit); redaktioneller Hinweis.  
§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG; §§ 53 BörsZulV; § 54 BörsZulV; § 20a WpHG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 ERMK; § 354a Abs. 1a StPO; § 245 Abs. 1 StPO; § 74 StPO

1. Quartalsberichte über Umsätze und Erträge (§§ 53, 54 BörsZulV) geben die Verhältnisse der Aktiengesellschaft über den Vermögensstand wieder, wenn sie ein Gesamtbild über die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft ermöglichen und den Eindruck der Vollständigkeit erwecken. BGHSt)

2. Die Unrechtskontinuität zwischen § 88 Nr. 1 BörsG aF und §§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 39 WpHG aF ist gegeben. (Bearbeiter)

3. Äußerungen des Gerichts außerhalb der Hauptverhandlung können zugunsten eines Angeklagten keinen Vertrauensschutz begründen, der nur durch einen förmlichen Hinweis wieder zu beseitigen wäre (BGH NStZ 2004, 342; BGHR StPO vor § 1 faires Verfahren Vereinbarung 14). Vertrauensbegründend im Sinne des Grundsatzes des fair trial sind nur solche Absprachen oder Zusicherungen, die protokolliert sind (vgl. BGH NStZ 2004, 342; BGH NStZ 2004, 338; BVerfG StV 2000, 3). (Bearbeiter)

4. Die Beweiserhebungspflicht des § 245 Abs. 1 StPO wird durch die Ladung bestimmt. Die Auskunftsperson

(Sachverständiger oder Zeuge) muss nur in der Eigenschaft vernommen werden, in der sie vorgeladen worden ist. (Bearbeiter)

### 120. BGH 4 StR 164/04 – Urteil vom 9. Dezember 2004 (LG Münster)

Bandenmäßiger Betäubungsmittelhandel (Auslegungsgrundsätze zur Bande; keine Bande bei Beteiligten auf der Verkäuferseite und der Käuferseite; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Maßgeblichkeit der Abrede; Bewertungseinheit).

§ 30 a Abs. 1 BtMG; § 29 BtMG

1. Nach der neueren Rechtsprechung (vgl. BGHSt 46, 321) setzt der Begriff der Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Abweichend von der früheren Rechtsprechung ist ein „gefestigter Bandenwille“ oder ein „Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse“ nicht mehr erforderlich. Die Mitglieder der Bande können vielmehr in der Bande ihre eigenen Interessen an einer risikolosen und effektiven Tatausführung und Beute- oder Gewinnerzielung verfolgen (BGHR BtMG § 30 a Bande 10).

2. Wesentliches Element einer Bande ist danach eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Personen zur zukünftigen gemeinsamen Deliktsbegehung (BGHSt 46, 321, 329), wobei Mitglied einer Bande auch sein kann, wem nach der – stillschweigend möglichen - Bandenabrede, nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfenaktivitäten darstellen (BGHSt 47, 214). An einer Verbindung zur gemeinsamen Tatbegehung fehlt es aber, wenn sich Beteiligte eines Drogengeschäfts – sei es auch in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem – lediglich jeweils auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüberstehen (vgl. BGH StraFo 2004, 253).

3. Für die Tatbestandsverwirklichung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln kommt es maßgeblich auf die vom Täter getroffene Abrede über das nach seiner Vorstellung zu liefernde Betäubungsmittel und nicht auf die (spätere) tatsächliche Lieferung an (BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 1 Handeltreiben 30).

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht

Mit einer Replik auf Kudlich, HRRS 2004, 217 ff.

Von **Gunnar Spilgies**, Hannover

#### I. Einführung

Strafe setzt Schuld voraus („nulla poena sine culpa“). Nach diesem dem deutschen Strafrecht zugrunde liegenden Schuldgrundsatz ist Strafe nur dann gerechtfertigt, wenn der Täter nicht nur tatbestandsmäßig und rechtswidrig, sondern auch schuldhaft gehandelt hat. Hierfür verlangt die ganz herrschende Meinung in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung der Schuldfähigkeit in § 20 StGB, dass der Täter tatsächlich rechtmäßig hätte handeln können, eine *Willensfreiheit* im indeterministischen Sinne also zu bejahen ist. Grundlegend für die herrschende Meinung im Strafrecht ist bis heute die Entscheidung des Großen Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1952, in der es heißt:

„Mit dem Unwerturteil der Schuld wird dem Täter vorgeworfen, daß er sich nicht rechtmäßig verhalten, daß er sich für das Unrecht entschieden hat, obwohl er sich rechtmäßig verhalten, sich für das Recht hätte entscheiden können.“<sup>1</sup>

In jüngster Zeit bestreiten nun jedoch renommierte Hirnforscher und Handlungspsychologen, vornehmlich *Wolfgang Prinz*, *Gerhard Roth* und *Wolf Singer*, die Existenz einer solchen dem deutschen Schuldstrafrecht zugrunde liegenden Willensfreiheit und fordern mehr oder weniger offen eine Änderung des Strafrechts.<sup>2</sup> Dabei stützen sie

<sup>1</sup> BGHSt 2, 194, 200; vgl. zur heutigen Rechtsprechung z. B. BGH, HRRS 2005 Nr. 19, Rdnr. 13; BGH, NJW 2004, 1466, 1468 = HRRS 2004 Nr. 261, Rdnr. 16, 20, sowie die Nachweise bei *Haddenbrock*, MschrKrim 1994, 44–46; zur heute herrschenden Lehre vgl. z. B. *Lenckner*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, Vorbem §§ 13 ff., Rdnr. 110, 118; *Rudolphi*, in: SK-StGB, Stand: April 2003, Vor § 19, Rdnr. 1; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl. 1996, § 37 I 1; *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 3. Aufl. 1997, § 19, Rdnr. 36 ff.; *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Aufl. 2004, Rdnr. 397.

<sup>2</sup> Vgl. z. B. *Prinz*, in: von Cranach/Foppa (Hrsg.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, S. 86 ff.; *ders.*, Das Magazin 2/2003, <http://www.wz.nrw.de/magazin/magazine.asp>; *Roth*, Fühlen, Denken, Handeln, 2001, S. 427 ff.; *ders.*, Aus Sicht des Gehirns, 2003, S. 166 ff.; *ders.*, in: Festschrift für Lampe, 2003, S. 43 ff.; *Singer*, Der Beobachter im Gehirn, 2002, S. 32 f.; *ders.*, Ein neues Menschenbild?, 2003, S. 9 ff., 24 ff.; *ders.*, in: *Geyer* (Hrsg.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, S. 30 ff.

ihre Kritik auf neuere neurowissenschaftliche und handlungspsychologische Erkenntnisse.<sup>3</sup> So hat zu Beginn der 80er Jahre des vorigen Jahrhunderts der amerikanische Neurobiologe *Benjamin Libet* in Experimenten festgestellt, dass zumindest bei einfachen Bewegungen dem bewussten Willensentschluss stets eine unbewusste neuronale Aktivität, das sog. Bereitschaftspotential, vorausging, dieses Bereitschaftspotential also niemals mit dem bewussten Willensentschluss zeitlich zusammenfiel oder ihm nachfolgte. *Prinz* prägte für diese Beobachtung den Satz: „Wir tun nicht, was wir wollen; wir wollen, was wir tun.“<sup>4</sup> Die Ergebnisse *Libets* sind vor kurzem von den Psychologen *Patrick Haggard* und *Manfred Eimer* in modifizierten Experimenten, die auch Einwände gegen die Experimente *Libets* berücksichtigten, bestätigt worden. Die Ergebnisse der *Libet*-Experimente stimmen außerdem sowohl mit handlungspsychologischen Erkenntnissen (z. B. aus Versuchen mit Hinweisreizen oder elektrischen Hirnreizungen) als auch mit neurobiologischen Einsichten in die Steuerung von Willkürhandlungen überein. Danach entscheidet letztlich das limbische System, nachdem es das emotionale Erfahrungsgedächtnis abgefragt hat, was in die Tat umgesetzt wird. Diese Letztentscheidung fällt 1–2 Sekunden bevor diese Entscheidung bewusst wahrgenommen wird und man den Willen hat, die Handlung auszuführen. Hinzu kommen handlungs- und sozialpsychologische Erkenntnisse über systematische Fehler bei der Selbstzuschreibung von Handlungen. So schreiben sich Menschen einerseits unter Umständen Handlungen zu, die sie gar nicht begangen haben, andererseits leugnen sie Handlungen, deren Urheber sie nachweislich sind. Zusammengefasst zeigten die genannten Forschungsergebnisse daher,

„dass die beiden entscheidenden Komponenten des Phänomens ‚Willensfreiheit‘, nämlich etwas frei zu wollen (zu beabsichtigen, zu planen) und etwas in einem freien Willensakt aktuell zu verursachen, eine Täuschung sind. Das erstere Gefühl tritt auf durch Zuschreibung bzw. Aneignung von unbewussten Handlungsmotiven, die aus dem limbischen System stammen, das letztere Gefühl tritt auf, nachdem das Gehirn längst entschieden hat, was es im nächsten Augenblick tun wird.“<sup>5</sup>

#### II. Die aktuelle Debatte über „Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“ – nur ein Modethema?

Die von den Hirnforschern vorgetragene Kritik an der Willensfreiheit und am Strafrecht hat eine breite Debatte ausgelöst. Neben Tageszeitungen, Fernsehsendungen und Zeitschriften beschäftigen sich zahlreiche Symposien und

<sup>3</sup> Ausführlich und m. w. N. dazu *Roth*, Fühlen (Fn. 2), S. 435 ff.; *ders.*, Sicht (Fn. 2), S. 170 ff.; *ders.*, Festschrift (Fn. 2), S. 47 ff.; *Pauen*, Illusion Freiheit?, 2004, S. 187 ff.

<sup>4</sup> *Prinz*, in: von Cranach/Foppa (Fn. 2), S. 98 ff.

<sup>5</sup> *Roth*, Fühlen (Fn. 2), S. 445.

Seminare mit dem Thema „Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“. Auch der kommende Strafverteidigertag vom 4.–6. März 2005 in Aachen geht in der Arbeitsgruppe 3 der Frage nach „Tun wir, was wir wollen, oder wollen wir, was wir tun?“ – Neue Erkenntnisse aus Wissenschaft und Forschung zur Willensfreiheit und ihre Relevanz für das Strafrecht.“ So berechtigt die Kritik der Hirnforscher aus meiner Sicht auch ist, der bisherige Verlauf dieser aktuellen Debatte über „Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“ nährt jedoch die Befürchtung, dass es sich nur um ein medial inszeniertes Modethema handelt, über das nicht sachlich diskutiert wird, sondern bei dem die Beteiligten aneinander vorbeireden. Dies wird bestätigt durch die Klage *Roths*, die Ausführungen der Autoren, die sich in jüngster Zeit kritisch zu den Ansichten von Hirnforschern und Handlungspsychologen geäußert hätten, ließen in ihren Ausführungen von einem vertieften Verständnis der Hirnforschung und der Handlungspsychologie wenig erkennen, sondern beschränkten sich überwiegend auf globale Kritik, und es zeige sich, dass Kritiker die kritisierten Texte nicht gelesen hätten.<sup>6</sup>

Insbesondere lässt auch die strafrechtliche Rezeption bislang zu wünschen übrig. Eine erfreuliche Ausnahme ist *Anja Schiemann*, die es als „positive Nebenwirkung“ der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht für möglich hält, „sich nicht mehr künstlich blind und taub zu stellen, sondern sich für neue Erkenntnisse zu öffnen und die Chance zu ergreifen, die strafrechtliche Schuldzuschreibung und Verantwortlichmachung zu überdenken.“<sup>7</sup> Die Erwiderung von *Ekkehart Reinelt* auf den Aufsatz von *Schiemann* zeigt dagegen, dass dies wohl eher ein frommer Wunsch zu sein scheint und man in dieser Hinsicht nicht allzu optimistisch sein sollte.<sup>8</sup> Vielmehr verstärkt sich der Eindruck, dass sich die Strafrechtswissenschaft gegenüber der Kritik an der Willensfreiheit immunisiert hat, wenn man weitere Stellungnahmen von Strafrechtlern zur gegenwärtigen Kritik der Hirnforschung in den Blick nimmt. So bezweifelt z. B. auch *Hans Kudlich*, dass die Forderung *Roths*, wir müssten zunehmend „die Begriffe ‚Willensfreiheit‘ und ‚Schuld‘ aus unserem Vokabular streichen“<sup>9</sup>, aufgrund der Erkenntnisse der Hirnforschung tatsächlich gerechtfertigt sei.<sup>10</sup> *Udo Ebert* bezeichnet die Thesen der Hirnforschung sogar als „radikalen Biologismus“, dem eine andere Richtung gegenüberstehe, „deren Vertreter die von der Hirnforschung aufgeklärten neuronalen Prozesse zwar nicht leugnen, gleichwohl aber – teils aufgrund postulierter weiterer mentaler Kräfte – an der Annahme einer Willensfreiheit des Menschen meinen festhalten zu können.“<sup>11</sup> Und für *Günter Stratenwerth* und *Lothar Kuhlen* lässt sich der Determinismus-Indeterminismus-Streit mit wissenschaftlichen Mitteln nicht entscheiden. Daran änderten auch die neueren Ergebnisse der Hirnforschung nichts.

Sie bestätigten „nur die altbekannte Einsicht, dass mentale Prozesse wie Denken und Wollen eine neurobiologische Grundlage haben, ohne doch daraus abgeleitet werden zu können.“<sup>12</sup>

Ärgerlich sind in der aktuellen Debatte zudem Äußerungen, die versuchen die Bedeutung und Brisanz der Kritik der Hirnforscher herunterzuspielen. So fasste *Peter Bieri* im Rahmen der letztjährigen Werner-Reihlen-Vorlesung an der Humboldt-Universität zu Berlin zu dem Thema „Freier oder unfreier Wille? Handlungsfreiheit und Schuldfähigkeit im Dialog der Wissenschaften“ seine Verwunderung über die gegenwärtige „Aufregung“ um das Thema in den Satz: „Es ist nichts geschehen!“ Warum gerade jetzt so heftig und emotional über das Thema diskutiert werde, sei durch die Erkenntnisse der Hirnforschung sachlich nicht begründet. Und von strafrechtlicher Seite wendet sich *Björn Burkhardt* entschieden gegen die These der Hirnforscher, die neurowissenschaftlichen Ergebnisse würden tiefgreifende Veränderungen des menschlichen Selbstverständnisses erzwingen und dem Prinzip persönlicher Schuld die Grundlage entziehen.<sup>13</sup> Einen solchen relativierenden Standpunkt kann jedoch nur einnehmen, wer die herrschende Meinung im Strafrecht ausblendet und zugleich die eigene Freiheitskonzeption *nicht* auf einem indeterministischen Menschenbild aufbaut. Und so ist es denn auch im Falle *Bieris* und *Burkhardts*. Beide lehnen eine indeterministische Willensfreiheit ab und befürworten ein mit dem Determinismus verträgliches Freiheits- und Verantwortlichkeitskonzept. Für *Bieri* kann nämlich durch die Kritik der Hirnforschung nur „erschreckt“ werden, wer sich die Freiheit des Willens auf unplausible Weise denke, d. h. als „unbewegten Beweger“, als „nicht-physischen Willen“ oder als „spontanen Willen“. Das Freiheitsverständnis des „Unerschrockenen“ sei dagegen im Kern dieses: „Unser Wille ist frei, wenn er sich unserem Urteil darüber fügt, was zu wollen richtig ist.“<sup>14</sup> Und *Burkhardt* möchte strafrechtliche Schuld abweichend von der herrschenden Meinung auf die subjektive Freiheit, also auf das Freiheitsbewusstsein des Menschen, gründen.<sup>15</sup> Die Hirnforschung gebe, so *Burkhardt*, was die Willensfreiheit betrifft, keine falschen Antworten, sondern beantworte die falschen Fragen; eine richtige und wichtige

<sup>12</sup> *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2004, § 1, Rdnr. 7 mit Fn. 10.

<sup>13</sup> *Burkhardt*, Das Magazin 2/2003, <http://www.wz.nrw.de/magazin/magazine.asp>; *ders.*, „Düsseldorfer Thesen“, <http://www.wz.nrw.de/Neuro2004/referenten/burkhardt.htm>.

<sup>14</sup> *Bieri*, Der Spiegel 2/2005, <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,336325,00.html>; ausführlich *ders.*, Das Handwerk der Freiheit, 2001. Ähnlich wie *Bieri* argumentiert z. B. auch *Ansgar Beckermann*, in: *Hermann/Koslowski* (Hrsg.), Der freie und unfreie Wille, 2004, S. 19 ff.; *ders.*, in: *Schmidinger/Sedmak* (Hrsg.), Der Mensch – ein freies Wesen?, 2005, S. 111 ff.; *ders.*, Neuronale Determiniertheit und Freiheit, 2004 (alle Aufsätze online verfügbar unter: <http://www.unibielefeld.de/philosophie/personen/beckermann>).

<sup>15</sup> Vgl. *Burkhardt*, in: Festschrift für Lenckner, 1998, S. 3 ff.; *ders.*, Das Magazin 2/2003 (Fn. 13); *ders.*, „Düsseldorfer Thesen“ (Fn. 13).

<sup>6</sup> Siehe *Roth*, FAZ, Nr. 279 vom 1. 12. 2003, S. 31 (auch in: *Geyer* (Fn. 2), S. 218, 222).

<sup>7</sup> *Schiemann*, NJW 2004, 2056, 2059.

<sup>8</sup> Siehe *Reinelt*, NJW 2004, 2792 ff.

<sup>9</sup> *Roth*, Festschrift (Fn. 2), S. 57.

<sup>10</sup> Siehe *Kudlich*, HRRS 2004, 362, 363.

<sup>11</sup> *Ebert*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2001, S. 94.

Frage wäre etwa: „Ist das Freiheitserleben ein legitimer Anknüpfungspunkt für strafrechtliche und moralische Verantwortlichkeit?“<sup>16</sup> Damit fordert *Burkhardt* jedoch, den zweiten Schritt (nämlich die Begründung eines deterministischen Verantwortlichkeitskonzepts) vor dem ersten Schritt (der Kritik des gegenwärtigen indeterministischen Verantwortlichkeitskonzepts) zu machen. Eine Antwort auf *Burkhardts* Frage ist also zweitrangig und kann zunächst dahinstehen.<sup>17</sup>

### III. Plädoyer für eine Neudiskussion

Zuletzt war es im vorigen Jahrhundert der Mediziner *Manfred Danner*, der in den 60er und 70er Jahren leidenschaftlich gegen die Willensfreiheit argumentierte und sich vergeblich um eine Änderung des Strafrechts bemühte.<sup>18</sup> Sollte sich die aktuelle Debatte in der soeben beschriebenen Weise fortsetzen, drohte das gleiche Schicksal heute letztlich auch den Hirnforschern. Das wäre bedauerlich. Damit wäre die Chance für die Strafrechtswissenschaft abermals vertan, für das Thema „Willensfreiheit und Strafrecht“ wieder ein Problembewusstsein zu entwickeln, das seit dem Ausgang des Schulenstreits zu Beginn des vorigen Jahrhunderts immer mehr verloren gegangen ist.<sup>19</sup> Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit sollte daher von der Strafrechtswissenschaft zum Anlass genommen werden, das Thema sachlich neu zu diskutieren. Das soll heißen, nicht nur das Problem der Willensfreiheit als solches ist zu diskutieren, sondern es gilt überdies, die *Konsistenz der Willensfreiheitsprämisse* des Strafrechts zu untersuchen. Denn zwar geht das deutsche Strafrecht von einem indeterministischen Menschenbild aus, also von der Willensfreiheit des Menschen, und der Straftäter wird nur dann bestraft, wenn er schuldhaft gehandelt hat, d. h., wenn er rechtmäßig hätte handeln können. Im Folgenden soll jedoch gezeigt werden, dass die Implikationen eines solchen auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts und damit die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits nicht beachtet werden. Dies kann an dieser Stelle jedoch nur skizzenhaft geschehen. Eine ausführliche Darstellung findet sich in meinem Buch

<sup>16</sup> *Burkhardt*, „Düsseldorfer Thesen“ (Fn. 13).

<sup>17</sup> Ein wesentliches Problem seiner Schuldkonzeption sei an dieser Stelle aber erwähnt: Meines Erachtens übersieht *Burkhardt*, dass es im Rahmen der subjektiven Zurechnung der Tat nicht um eine Selbstzuschreibung von Verhalten geht (wie in der Handlungspsychologie), also um die Frage, ob sich eine Person für ein Verhalten selbst die Verantwortung zuschreibt, sondern um Fremdzuschreibung von Verantwortung (also letztlich um sozialpsychologische Attribution). Und die Mechanismen der Fremdzuschreibung von Verantwortung sind von der Selbstzuschreibung verschieden. Kritisch auch *Schiemann*, NJW 2004, 2056, 2059.

<sup>18</sup> Vgl. *Danner*, Gibt es einen freien Willen?, 1967, 4. Aufl. 1977; *ders.*, Tatvergeltung oder Tätererziehung?, 2. Aufl. 1972.

<sup>19</sup> Vgl. zu den Gründen hierfür *Holzhauser*, Willensfreiheit und Strafe, 1970, S. 191 ff.; *ders.*, in: Hommel, Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 2. Ausg., 1970 = 1772, S. 8.

„Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht“<sup>20</sup>.

## 1. Der Determinismus-Indeterminismus-Streit

Voraussetzung für das Verständnis der Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht ist, dass über die verwendeten Begriffe Klarheit herrscht. Daher sind zunächst die Grundaussagen der beiden Theorien darzustellen.

### a) Determinismus

Der Determinismus ist die Theorie, nach der alles Geschehene so geschehen musste und nicht anders sein konnte. Das Weltgeschehen ist determiniert (= (vorher)bestimmt) und es gilt das Gesetz der Kausalität: Jeder Zustand ist die Wirkung seines früheren und die Ursache des folgenden Zustands, d. h., jeder Zustand ist sowohl Ursache als auch Wirkung. Entscheidend ist, dass die Wirkung mit Notwendigkeit aus der Ursache folgt. Aus dem deterministischen Programm ergeben sich zwei wichtige praktische Möglichkeiten, die zugleich als Maßstab für die Qualität wissenschaftlicher Theorien gelten. Dabei handelt es sich um die Möglichkeit der Ursachenerklärung und der Vorhersage von Ereignissen. Diese Möglichkeiten bedeuten aber nicht, in praxi alles erklären und vorhersagen zu können; das könnte nur der sog. *Laplace'sche Dämon*.<sup>21</sup> *Henrik Walter* hebt zutreffend hervor: „Es gilt daher, die ontologische und epistemologische Ebene sauber auseinanderzuhalten.“<sup>22</sup> Aus dem Determinismus folgt schließlich die Verneinung der Willensfreiheit. Jede Person ist vielmehr durch Werte und Interessen bestimmbar (motivierbar). Auch Entscheidungen sind Wirkungen und mussten so ausfallen, wie sie ausgefallen sind.

### b) Indeterminismus

Der Indeterminismus ist die Theorie, nach der bestimmte Ereignisse nicht geschehen mussten, sondern etwas anderes geschehen konnte. Solche Ereignisse sind nicht die Wirkung von etwas, nicht durch Ursachen determiniert, sondern indeterminiert (= unbestimmt) oder absolut zufällig. Aus der Annahme solcher „objektiv zufallsartigen Vorgänge“<sup>23</sup> folgt, dass eine Ursachenerklärung und eine Vorhersage von Ereignissen unmöglich ist. Eine Ursachenerklärung scheidet, weil: „Die Frage ‚Warum ist das geschehen?‘ ist nicht lediglich eine Frage, die wir nicht zu beantworten wissen, sondern es gibt gar keine Antwort, die dieser Frage entspräche.“<sup>24</sup> Und eine Vorhersage von Ereignissen scheidet, weil „mit dem Außerkraft-

<sup>20</sup> *Spilgies*, Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, 2004.

<sup>21</sup> Zu Letzterem *de Laplace*, Philosophischer Versuch über die Wahrscheinlichkeit, 2. Aufl. 1996 = 1814, S. 1 f.

<sup>22</sup> *Walter*, Neurophilosophie der Willensfreiheit, 1998, S. 39.

<sup>23</sup> *Popper*, in: Popper/Eccles, Das Ich und sein Gehirn, 1989, S. 45.

<sup>24</sup> *Honderich*, Wie frei sind wir?, 1995, S. 25.

setzen des Gesetzes der Kausalität sich immer das Gesetz der Regellosigkeit ergeben muß, nach dem überhaupt keine – auch nicht wahrscheinliche – Aussagen für den Verlauf eines Vorganges möglich sind.<sup>25</sup> Aus dem Indeterminismus ergibt sich schließlich die Möglichkeit von Willensfreiheit. Denn die traditionelle und im Strafrecht zugrunde gelegte Theorie der Willensfreiheit setzt jedenfalls voraus, dass Entscheidungen nicht aufgrund von Ursachen (Motiven) so ausfallen mussten, wie sie ausgefallen sind. Neben dieser *Akausalität* von Entscheidungen ist aber für Willensfreiheit zusätzlich erforderlich, dass Personen die Motive ihrer Entscheidungen selbst bestimmen (sog. *Urheberschaft*), denn eine absolut zufällige Entscheidung wäre noch keine freie Entscheidung der Person. Mit *Ulrich Pothast* lässt sich Willensfreiheit somit wie folgt definieren: „Willensfreiheit ist demnach zu verstehen als die Fähigkeit zu außerkausaler (oder kontrakausaler) Selbstbestimmung.“<sup>26</sup> Die so verstandene Willensfreiheit als Akteurskausalität wurde von *Roderick M. Chisholm* mit der Metapher des „unbewegten Bewegers“ („prime mover unmoved“) beschrieben,<sup>27</sup> auf die sich auch *Bieri* oben bezieht.

## 2. Die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts

Ein auf Willensfreiheit gegründetes Schuldstrafrecht ist nun mit Implikationen verbunden, die im Interesse der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit des Strafrechts beachtet werden müssen. Die Annahme von Willensfreiheit hat Einfluss auf die Straftheorie, die Kriminologie und dogmatische Fragen der Strafbegründung und der Strafzumessung. Bis heute wird diese Bedeutung der Willensfreiheitsprämisse aber nicht beachtet.

1. In straftheoretischer Hinsicht impliziert ein auf Willensfreiheit gegründetes Schuldstrafrecht zunächst den *Ausschluss präventiver Strafzwecke*. Unter Voraussetzung von Willensfreiheit ist eine Prävention von Straftaten überflüssig und sinnlos. Eine Prävention ist überflüssig, weil jeder Schuldfähige rechtmäßig handeln kann, und sie ist sinnlos, insofern versucht wird, auf den Willen des Menschen durch erzieherische oder abschreckende Maßnahmen psychisch einzuwirken. Denn eine solche psychische Beeinflussung ist ja gerade ausgeschlossen, wenn Menschen nicht bestimmbar sind und ihre Entscheidung selbst bestimmen. Zwar ist eine Prävention durch das „Wegsperrn“ von Personen möglich. Aber es gibt im Einzelfall keine Begründung dafür. Da eine Vorhersage des Verhaltens bei Annahme von Willensfreiheit nicht möglich ist, kann man nicht wissen, wen man einsperren müsste. Dieser Ausschluss präventiver Strafzwecke bei Annahme von Willensfreiheit wird aber bis heute

nicht beachtet. Vielmehr herrscht gegenwärtig über den Präventionszweck der Strafe praktische Einigkeit. Dazu *Roxin*: „Der Ausgangspunkt jeder heute vertretbaren Straftheorie muß in der Einsicht liegen, daß der Zweck der Strafe nur präventiver Art sein kann.“<sup>28</sup> Dementsprechend liegt auch einer Reihe von Strafzumessungsvorschriften der Präventionsgedanke zugrunde (siehe nur § 46 I 2 StGB) und auch das Strafvollzugsgesetz bestimmt in § 2 allein spezialpräventive Aufgaben des Vollzugs.

2. Aus der Annahme von Willensfreiheit folgt weiter der *Ausschluss kriminalätiologischer Forschung*, denn eine Suche nach den Ursachen des Verbrechen ist sinnlos, weil es ja unter Voraussetzung von Willensfreiheit gerade keine Ursachen des Verbrechen gibt. Kriminalätiologische Forschung ist zudem überflüssig, weil sie nur zu dem Zweck betrieben wird, durch Beseitigung der ermittelten Ursachen, Straftaten zu verhindern. Dieser Präventionsgedanke ist aber wie gerade gezeigt mit der Annahme von Willensfreiheit unvereinbar. Trotz dieser Unvereinbarkeit von kriminalätiologischer Forschung und Willensfreiheit gilt die Klärung der Ursachenfrage der Kriminalität auch gegenwärtig als eine der „Hauptaufgaben der Kriminologie“.<sup>29</sup> Die hierzu entwickelten Theorien werden als „Rückgrat der Kriminologie“<sup>30</sup> bezeichnet und in jedem Lehrbuch der Kriminologie jedenfalls im Überblick dargestellt.<sup>31</sup>

3. Aus einem auf Willensfreiheit gegründeten Strafrecht ergibt sich auch der *Ausschluss einer Entschuldigung* wegen eines Motivationsdrucks zu unrechtmäßigem Verhalten, denn die Begründung einer solchen Entschuldigung muss letztlich auf die Determinierbarkeit des Täters durch Motive und damit auf ein deterministisches Menschenbild rekurren. Für einen willensfreien Täter kann es dagegen einen solchen Motivationsdruck gar nicht geben, denn er vermag ja die Motive seiner Entscheidung selbst zu wählen. Dessen ungeachtet ist allgemein anerkannt, dass die Entschuldigungsgründe, wie z. B. der entschuldigende Notstand nach § 35 StGB, (zumindest auch<sup>32</sup>) mit Rücksicht auf diesen Motivationsdruck zu unrechtmäßigem Verhalten zu erklären sind.<sup>33</sup>

4. Die Annahme von Willensfreiheit führt damit vice versa auch zu einem *Ausschluss der Strafbarkeit einer Nötigung* durch *Vis compulsiva* oder Drohung mit einem empfindlichen Übel, denn diese Nötigungshandlungen sind den Entschuldigungsfällen strukturell gleich. Während in den Entschuldigungsfällen der Genötigte wegen des Motivationsdrucks für straffrei erklärt wird, bestim-

<sup>25</sup> *Weinschenk*, Entschluß zur Tat, Schuldfähigkeit, Resozialisierung, Prävention, 1981, S. 424 f.

<sup>26</sup> *Pothast*, JA 1993, 104, 106.

<sup>27</sup> Siehe *Chisholm*, Human Freedom and the Self (1964), in: *Watson* (Ed.), Free Will, 2. ed. 2003, S. 34 (dt. Übers. in: *Pothast* (Hrsg.), Freies Handeln und Determinismus, 1978, S. 71 ff., 82).

<sup>28</sup> *Roxin* (Fn. 1), § 3, Rdnr. 37.

<sup>29</sup> Siehe *Hans Joachim Schneider*, Jura 1996, 337.

<sup>30</sup> *Bernd-Dieter Meier*, Kriminologie, 2003, § 3, Rdnr. 1.

<sup>31</sup> Vgl. nur *Bernd-Dieter Meier* (Fn. 30), § 3.

<sup>32</sup> Nach der „Theorie der doppelten Schuldminde- rung“ sind die Entschuldigungsgründe bekanntlich nicht allein auf den Motivationsdruck, sondern auch auf eine Unrechtsminde- rung zurückzuführen, vgl. nur *Lenckner*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 1), Vorbem §§ 32 ff., Rdnr. 111 m. w. N.

<sup>33</sup> Vgl. z. B. *Roxin*, in: *Ehrengabe für Brauneck*, 1999, S. 397 f.

men die Nötigungstatbestände (z. B. § 240 StGB) die Strafbarkeit desjenigen, der den Motivationsdruck ausübt, also des Nötigenden.

5. Rechtsprechung und noch herrschende Lehre begründen die „Freiwilligkeit“ des Rücktritts vom Versuch (§ 24 StGB) mit der aufgrund des Motivationsdrucks zu rechtmäßigem Verhalten ausgeschlossenen Möglichkeit der Tatvollendung durch den Täter.<sup>34</sup> Bei Annahme von Willensfreiheit ist dies jedoch ausgeschlossen, weil dann Motive per definitionem nicht die Entscheidung bestimmen können, der Täter also qua Willensfreiheit stets die Tat auch vollenden könnte und damit stets „freiwillig“ handelt.

6. In einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht kann schließlich die Willensfreiheit nicht zur *Strafzumessung* verwendet werden. Das folgt daraus, dass die Willensfreiheit nicht steigerbar ist, sondern im Tatzeitpunkt nur entweder vorgelegen haben kann oder nicht (näher dazu gleich unter 3 im Rahmen der Ausführungen zum „relativen Indeterminismus“). Die Vorstellung, die Höhe der Strafe sei nach dem jeweiligen Grad der Willensfreiheit zu bemessen, ist jedoch bis heute Grundlage für die Begründungen von einzelnen Strafrahmensverschiebungen (z. B. nach den §§ 21, 157 I, 212 II, 213, 216 StGB) und auch im Vordringen bei der Bestimmung der schuldangemessenen Strafe gem. § 46 I 1 StGB. Das bedeutet, die Höhe der Strafzumessungsschuld wird danach bestimmt, in welchem Maße der Täter anders hätte handeln können.<sup>35</sup>

### 3. Gründe für die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts

Dass diese Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts nicht beachtet werden, ist im Wesentlichen auf die fehlende intellektuelle Durchdringung des Determinismus-Indeterminismus-Streits zurückzuführen.<sup>36</sup> Zum Teil lassen die Ausführungen überhaupt ein Problembewusstsein vermissen. So schreibt etwa *Eduard Dreher*:

„Willensfreiheit, und zwar im Sinne des Andershandelns, ist gewiß Voraussetzung für Schuld und Strafe. Doch über die Vorstellung, dass im Vollzug ‚nichts als Vergeltung‘ geübt und der Täter seinem Schicksal [!] überlassen werden soll, sind wir doch längst hinaus.“<sup>37</sup>

<sup>34</sup> Vgl. *BGHSt* 7, 296, 299; 35, 184, 186; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 24, Rdnr. 43 ff.; *Wessels/Beulke* (Fn. 1), Rdnr. 651 f.

<sup>35</sup> Vgl. z. B. *Horn*, in: SK-StGB, Stand: Januar 2001, § 46, Rdnr. 41 f., 97; *Jescheck/Weigend* (Fn. 1), § 83 II 4; *Bernd-Dieter Meier*, Strafrechtliche Sanktionen, 2001, S. 165, 171; *Frisch*, in: Festschrift für Müller-Dietz, 2001, S. 240 ff.

<sup>36</sup> Daneben gibt es vereinzelte Tendenzen, intrasystematische Widersprüche des Strafrechts bewusst zu verdecken, vgl. dazu *Spilgies* (Fn. 20), S. 76 ff.

<sup>37</sup> *Dreher*, Die Willensfreiheit, 1987, S. 42.

*Dreher* scheint offenbar gar nicht zu sehen, dass das Leben bei Annahme von Willensfreiheit gerade kein „Schicksal“ ist. Besonders bei dem Versuch, eine deterministische Strafbegründung ad absurdum zu führen, zeigt sich weiter, dass der Determinismus häufig als Fatalismus missverstanden wird. Daneben wird vielfach auch die Trennung zwischen ontologischer und epistemischer Ebene bezüglich der Freiheitsfrage (vgl. oben unter 1 a) sowie die Unmöglichkeit einer Vorhersage bei Annahme von Willensfreiheit (vgl. oben unter 1 b) nicht beachtet. So vertreten z. B. *Karl-Ludwig Kunz* und *Heinz Schöch* die Auffassung, angesichts der Unkenntnis aller Ursachen von Kriminalität und damit der Unmöglichkeit einer genauen praktischen Erklärung bzw. Vorhersage von Kriminalität könne die Willensfreiheit als dogmatische Prämisse des Strafrechts bestehen bleiben und auf diese Weise kriminalätiologische Forschung mit einem auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrecht versöhnt werden.<sup>38</sup> Mit den Worten *Schöch*:

„Nur wenn kriminologische Theorien als deterministische Kausalgesetze formuliert wären, würden sie die individuelle Zurechenbarkeit ausschließen. ...

Da es sich nur um **Wahrscheinlichkeitsaussagen** handelt, bleibt ein gewisser – nicht determinierter – **Spielraum für eine individuelle Zurechnung**. ...

... Erst wenn 100 %ige Erklärungen oder Vorhersagen beim Vorliegen bestimmter Merkmale möglich wären, könnte die individuelle Zurechenbarkeit in Frage gestellt werden. Für diesen Fall wäre die Frage der Schuldunfähigkeit und einer daran anknüpfenden Maßregelbehandlung neu zu überdenken.“<sup>39</sup>

Auch von philosophischer Seite findet diese Auffassung Zustimmung. So meint etwa *Vittorio Hösle*, dass der Determinismus nicht notwendig zu einer Aufgabe der Freiheitsintuition führe, denn man könne zwar kaum bestreiten, dass z. B. die Kriminologie verschiedene Ursachen kriminellen Verhaltens aufgezeigt habe, es sei

„jedoch stets möglich, diese Ursachen so anzusehen, daß sie ein bestimmtes Verhalten nur wahrscheinlicher machen, nicht jedoch hinreichende Ursachen darstellen, da niemand, wenigstens in der nahen Zukunft, alle Faktoren nennen können wird, die zusammen eine hinreichende Bedingung für ein bestimmtes Verhalten ausmachen.“<sup>40</sup>

Besonders hartnäckig verteidigt wird aber schließlich seit je ein logisch unhaltbarer, auf intuitiven, alltagspsychologischen Vorstellungen beruhender „relativer Indeterminismus“, dessen Vertreter zwar nicht leugnen, dass es Ursachen für Entscheidungen gebe, aber glauben, diese würden die Entscheidung nicht vollständig determinieren, vielmehr ein Minimum an Willensfreiheit im Sinne eines Spielraums zu freier Entscheidung verbleiben.

<sup>38</sup> Vgl. *Kunz*, in: Jung (Hrsg.), Fälle zum Wahlfach Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 1988, S. 30 f.; *ders.*, Kriminologie, 3. Aufl. 2001, § 14, insbesondere Rdnr. 9; *Schöch*, in: Kaiser/Schöch, Kriminologie, Jugendstrafrecht, Strafvollzug, 5. Aufl. 2001, S. 15 f., 96; *ders.*, in: Eisenburg (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen, 1998, S. 94 f.

<sup>39</sup> *Schöch*, in: Kaiser/Schöch (Fn. 38), S. 15 f. (Hervorhebung im Original).

<sup>40</sup> *Hösle*, Die Philosophie und die Wissenschaften, 1999, S. 30.

Schon der soeben angeführten Auffassung mit den Zitate von *Schöch* und *Hösle* ist ein solcher „relativer Indeterminismus“ inhärent. Ein Paradebeispiel hierfür aber sind die folgenden Ausführungen von *Christian Fahl*:

„Denkbar ist es schon, und die moderne Zwillingsforschung scheint darauf hinzuweisen, dass wir durch in wesentlich größerem Maße als von uns allen geahnt durch unsere Gene bestimmt werden. Wenn man dann ... auch noch der Prägung durch die Umwelt den ihr gebührenden Platz einzuräumen bereit ist, dann schmilzt der Raum, in dem von einem (von der Steuerung durch unsere Anlagen und Umwelteinflüsse) ‚freien‘ Willen die Rede sein kann, auf einen sehr schmalen Bereich zusammen, was nicht ohne Rückwirkungen auf das Strafrecht bleiben kann: Wenn der Mensch komplett durch Anlage und Umwelt determiniert ist, mit welchem Recht und vor allem wofür (doch nicht für seine Gene?) dürften wir ihn dann eigentlich bestrafen? Dennoch halten wir aus gutem Grunde [Es wäre interessant zu wissen, aus welchem.] (normativ) an der Vorstellung fest, dass der Mensch (normalerweise) nicht auf Grund irgendwelcher Dispositionen oder Einflüsse gezwungen ist, Straftaten zu begehen, sondern sich *frei* entscheiden kann.“<sup>41</sup>

Insgesamt lässt sich sagen, dass die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts vor allem auf dieser verbreiteten Annahme eines „relativen Indeterminismus“ beruht. Dieser bildet letztlich die Grundlage für die Vereinigungsversuche zwischen Willensfreiheit und Kriminologie, für die Begründung der Entschuldigung, der Strafbarkeit der Nötigung durch *Vis compulsiva* oder Drohung mit einem empfindlichen Übel sowie der „Unfreiwilligkeit“ des Rücktritts vom Versuch und für die Strafzumessung nach dem Grad der Willensfreiheit.

Zwar ist der „relative Indeterminismus“ von deterministischer Seite seit *Karl Ferdinand Hommel* mit dem Hinweis auf seine logische Unhaltbarkeit kritisiert worden,<sup>42</sup> jedoch scheint diese Kritik heute vergessen. War es für *Alexander Frhr. Hold von Ferneck* im Jahre 1903 noch einleuchtend, „dass ein Vorgang nicht theilweise verursacht, theilweise ursachlos sein kann“, eine Vermittlung zwischen den beiden einander kontradiktorisch gegenüberstehenden Prinzipien (Determinismus und Indeterminismus) daher nicht möglich sei,<sup>43</sup> so sucht z. B. selbst in *Jürgen Tiemeyers* Arbeit mit dem Titel „Der ‚relative Indeterminismus‘ und seine Bedeutung für das Strafrecht“<sup>44</sup> vergebens nach einem Hinweis auf die logische Unhaltbarkeit des „relativen Indeterminismus“. Es

<sup>41</sup> *Fahl*, JA 2003, 757, 758 (Hervorhebung im Original).

<sup>42</sup> Siehe *Hommel*, Über Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen, 2. Ausg., 1970 = 1772, § 152: „Schicksal oder blindes Ungefähr, wähle, welches dir gefällt, kein drittes hat man nicht“ und passim, z. B. §§ 162, 166, 269 ff.; seitdem ständig, vgl. z. B. *Traeger*, Wille, Determinismus, Strafe, 1895, S. 62 ff.; *Ferri*, Das Verbrechen als sociale Erscheinung, 1896, S. 236 ff. und passim; *Hold von Ferneck*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, Bd. 1, 1903, S. 53 f.; *von Hippel*, ZStW 1903, 396, 399; *von Liszt*, in: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Bd. 2, 1905, S. 40 ff.; *Petersen*, Willensfreiheit, Moral und Strafrecht, 1905, S. 122 ff., 131 ff.; *Katz*, Das Problem der Willensfreiheit und das Strafrecht, 1910, S. 27 ff.

<sup>43</sup> Siehe *Hold von Ferneck* (Fn. 42), S. 53.

<sup>44</sup> *Tiemeyer*, ZStW 1993, 483 ff.

scheint daher geboten, noch einmal darzulegen, dass der „relative Indeterminismus“ gegen den Satz vom ausgeschlossenen Dritten verstößt. Das gilt zunächst für die Annahme des „relativen Indeterminismus“, Entscheidungen seien durch ihre Ursachen nur unvollständig determiniert. Denn der Begriff einer „unvollständigen Determiniertheit“ ist eine *Contradictio in Adjecto*. Wie sollen Entscheidungen denn mehr oder weniger determiniert, mehr oder weniger notwendig sein können, mehr oder weniger so ausfallen müssen?<sup>45</sup> Das „Determiniertsein“, „Notwendigsein“ oder „Soseinmüssen“ lässt sich doch nicht steigern. Entweder sind Entscheidungen determiniert oder nicht, entweder sind sie notwendig herbeigeführt oder nicht, entweder mussten sie so ausfallen oder nicht; ein Drittes ist ausgeschlossen – *tertium non datur*. Ebenso ist auch der Begriff einer „verminderten Willensfreiheit“ eine *Contradictio in Adjecto*, denn wie soll man denn mehr oder weniger anders entscheiden und handeln können? Auch die Willensfreiheit, das Andershandelnkönnen oder das „Indeterminiertsein“ lässt sich nicht steigern: Entweder sind Entscheidungen frei und man kann sich anders entscheiden oder eben nicht; ein Drittes ist ausgeschlossen – *tertium non datur*. Dies hat vor über 200 Jahren schon *Paul Johann Anselm von Feuerbach* deutlich herausgestellt: „Ich will es nicht in Anregung bringen, daß eine Freiheit, die dem Grade nach geschwächt, vermindert ist, ein gerader Widerspruch, ein viereckter Zirkel, oder ein rundes Viereck ist.“<sup>46</sup> Als Ergebnis kann man also festhalten: „Logisch und denkbar ist nur die Alternative: absoluter freier Wille – oder absoluter Determinismus.“<sup>47</sup> Und als Gretchenfrage für das Freiheitsproblem, auf die man nur mit Ja oder Nein antworten kann, ergibt sich damit: Konnte der Straftäter die Straftat unterlassen oder nicht?

#### IV. Replik auf Kudlich

*Kudlich* hat in dieser Zeitschrift eine sehr kritische Rezension meines Buches vorgelegt.<sup>48</sup> Da sich seine Kritik als vollständig unbegründet erweist und an der Arbeit vorbeigeht, möchte ich an dieser Stelle auf einige Aspekte seiner Kritik antworten.

1. Verwundern muss insbesondere sein Hauptvorwurf, ich hätte mir nicht die Mühe gemacht, mich mit dem „relativen Indeterminismus“ auseinanderzusetzen und

<sup>45</sup> Vgl. *Hold von Ferneck* (Fn. 42), S. 54: „Wer vermöchte die Nothwendigkeit nach Graden abzustufen?“

<sup>46</sup> *Von Feuerbach*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil 2, 1800, S. 289. Heute wird dieses Zitat irrtümlich als Nachweis dafür verwendet, die Annahme, die verminderte Schuldfähigkeit im Sinne von § 21 StGB bedeute eine „halbe“ Schuldfähigkeit, sei logisch undenkbar (siehe z. B. *Rautenberg*, Verminderte Schuldfähigkeit, 1984, S. 34; *Frister*, Die Struktur des „voluntativen Schuldelements“, 1993, S. 188). *Von Feuerbachs* logische Kritik galt jedoch nicht der Annahme eines solchen „Mittelzustands“ zwischen Zurechnung und Nichtzurechnung, sondern bezog sich auf die Verwendung der Willensfreiheit für die Strafzumessung überhaupt, vgl. dazu auch *Holzhauser*, Willensfreiheit (Fn. 19), S. 51.

<sup>47</sup> *Ferri* (Fn. 42), S. 237.

<sup>48</sup> Siehe *Kudlich*, HRRS 2004, 217 ff.



näher zu begründen, warum eine abgestufte Willensfreiheit per definitionem nicht existieren können soll (siehe S. 218, 220). Denn die kritische Auseinandersetzung mit diesem weit verbreiteten „relativen Indeterminismus“ bildet gerade einen Schwerpunkt meiner Arbeit (siehe S. 40–54). *Kudlich* selbst attestiert mir ja auch eine „scharfe“ (S. 218) bzw. „harsche“ (S. 219) Kritik des „relativen Indeterminismus“, verweist explizit auf die einschlägigen Seiten in meiner Arbeit (S. 40 ff.) und fasst den Kern meiner Kritik dann zutreffend mit den Worten zusammen, „dass das Modell einer ‚unvollständigen Determiniertheit‘ logisch in sich unstimmig, ja sogar eine ‚contradictio in adjecto‘ sei.“ (S. 218) Vor diesem Hintergrund wirkt *Kudlichs* Vorwurf der fehlenden Auseinandersetzung befremdlich ebenso wie sein Insistieren auf einem „relativen Indeterminismus“ mit dem Hinweis auf die Alltagserfahrung, die ich auf den S. 52–54 meiner Arbeit ja gerade als Grund für die anhaltende Beliebtheit des logisch unhaltbaren „relativen Indeterminismus“ angeführt habe.

2. *Kudlich* gesteht mir dann zwar einerseits zu, dass der Determinismus in der Tat nicht selten fatalistisch interpretiert werde, andererseits vermisst er aber ein „klares Gegenkonzept zu einem solchen ‚fatalistischen Determinismus‘“ (S. 219, linke Spalte). Dieses „klare Gegenkonzept“ (wenn man denn hiervon sprechen möchte) ist jedoch schlicht der richtig verstandene, nicht fatalistische Determinismus, der nicht dem doppelten Missverständnis des Fatalismus unterliegt, also nicht davon ausgeht, dass erstens der Weltlauf von Kausalketten bestimmt werde, auf die unsere Handlungen keinerlei Einfluss hätten, und zweitens das zukünftige Geschehen genau bekannt sei (vgl. näher S. 80–82 meiner Arbeit).

Überraschend sind auch *Kudlichs* weitere Ausführungen bezüglich der fatalistischen Fehldeutung des Determinismus. Wenn er formuliert, „zum einen berührt ja die Frage nach der subjektiven Vorhersehbarkeit der zukünftigen Ergebnisse bei der Annahme eines strengen Determinismus gerade nicht die Frage, ob man durch die eigenen Handlungen den Ablauf von vorherbestimmten Kausalketten tatsächlich beeinflussen kann“, so hat es den Anschein, als unterliege er nun genau dem soeben genannten ersten Missverständnis des Fatalismus, denn offenbar denkt er die eigenen Handlungen getrennt vom „Ablauf von vorherbestimmten Kausalketten“. Die eigenen Handlungen sind jedoch selbst Bestandteil dieser (vorherbestimmten) Kausalketten; sie sind selbst Ursache des Geschehens und haben daher Einfluss auf die „zukünftigen Ergebnisse“ (vgl. S. 80 f. meiner Arbeit). Nicht zutreffend ist weiter *Kudlichs* Behauptung, „zum anderen würde ein Konzept eines ‚nichtfatalistischen Determinismus‘, in dem Individuen durchaus vor einer Wahlmöglichkeit stehen, ihr konkretes Verhalten dann aber in deterministischer, d. h. kausal wirkender Weise bestimmte Folgen nach sich zieht, sich gerade nicht mehr wesentlich von dem von Spilgies harsch kritisierten ‚relativen Indeterminismus‘ unterscheiden.“ Denn der wesentliche Unterschied liegt gerade darin, dass der „nichtfatalistische Determinismus“ von einem deterministischen Menschenbild ausgeht und nur eine subjektive (epistemische)

Freiheit entsprechend dem Freiheitsgefühl bejaht, während der „relative Indeterminismus“ aus dem subjektiven Freiheitsgefühl ja eine *ontologische* „Restwillensfreiheit“ postuliert und somit auf einem indeterministischen Menschenbild basiert. Ungeachtet meiner logischen Kritik am „relativen Indeterminismus“ und meiner Klarstellung, dass bei Annahme eines Indeterminismus, Vorhersagen unmöglich sind (vgl. S. 26 ff. meiner Arbeit), meint *Kudlich* dann: „Selbst wenn man eine die Willensfreiheit ausschließende ‚Necessisierbarkeit durch Motive‘ für regelmäßig nicht möglich hält, bleibt doch ohne weiteres das Bild einer Beeinflussbarkeit des menschlichen Willens im Sinne einer Lenkung bzw. Verengung des Handlungsspielraums möglich, welche zumindest die statistische Häufigkeit bestimmter Verhaltensmuster zu beeinflussen mag.“ Und aufbauend auf dieser Vorstellung des „relativen Indeterminismus“ erscheint *Kudlich* dann die These plausibel, dass ein deterministisches Weltbild mit präventiven Strafzwecken nicht zu vereinbaren sei, weil die Möglichkeit einer solchen Beeinflussung des menschlichen Willens „bei einer vollständigen Vorherbestimmung sämtlicher Geschehensabläufe“ ausgeschlossen sei. Diese Begründung enthält nun aber genau die von mir kritisierte fatalistische Umdeutung des Determinismus. Dieses erstaunt umso mehr, als mir *Kudlich* ja anfangs sogar zugestanden hatte, dass der Determinismus in der Tat nicht selten fatalistisch interpretiert werde.

Anschließend resümiert *Kudlich* noch, man gewinne daher den Eindruck, „als ob es sich zumindest teilweise auch um ein Definitionsproblem darüber handelt, was in einem strafrechtlichen Sinne als ‚Wirkung‘ eines Verhaltens auf die Psyche anderer Menschen verstanden wird bzw. wann eine nur noch eingeeengte Restfreiheit bei normativer Betrachtung eben nicht mehr als freie Handlungsmöglichkeit verstanden wird.“ Sicher bleibt es *Kudlich* unbenommen den Begriff der „Wirkung“ anders zu definieren, als man ihn gewöhnlich definiert. Durch einen solchen Privatgebrauch von bestimmten Wörtern, die eine Kausalbeziehung ausdrücken, befindet man sich jedoch außerhalb des in der Arbeit behandelten Determinismus-Indeterminismus-Streits. In Auseinandersetzung mit der *Welzel*'schen Freiheitslehre hat *Pothast* solche Versuche als „metaphysisches Phantasieren“ bezeichnet.<sup>49</sup>

3. Meine Ausführungen zum Ausschluss einer Entschuldigung und einer Nötigung durch *Vis compulsiva* bzw. Drohung bei Annahme von Willensfreiheit wirken auf *Kudlich* „beinahe schon bizarr“, weil das offenbare Leugnen jeglicher Möglichkeit einer Abstufung hinsichtlich der Handlungsfreiheit ersichtlich jeglicher Alltagserfahrung widerspreche (siehe S. 219, rechte Spalte). Diese Begründung bedeutet m. a. W., dass letztlich die Logik trügerisch sein müsse, weil sie der Alltagserfahrung widerspreche. Damit glaubt *Kudlich*, meine Argumentation retorquieren zu können: Denn in meiner Arbeit habe ich gerade umgekehrt argumentiert, die Alltagserfahrung sei trügerisch, weil sie der Logik widerspreche (siehe

<sup>49</sup> Siehe *Pothast*, Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise, 1987, S. 356 f. mit Fn. 86.

S. 52–54). Schon für sich genommen ist das in *Kudlichs* Retorqueo Argumentum zum Ausdruck kommende Plädoyer für ein Primat der Alltagserfahrung gegenüber der Logik seltsam, galt für den wissenschaftlichen Arbeiter doch bislang der Primat der Logik.<sup>50</sup> *Kudlichs* Standpunkt verwundert aber umso mehr, weil ich im Rahmen meiner Ausführungen zum Ausschluss einer Entschuldigung und einer Nötigung durch *Vis compulsiva* bzw. Drohung bei Annahme von Willensfreiheit näher gezeigt habe, dass sich die logische Unhaltbarkeit des intuitiven, alltagspsychologischen „relativen Indeterminismus“ zudem in einer widersprüchlichen Begründung der Entschuldigung bzw. der Nötigung durch die herrschende Meinung äußert (siehe S. 123 ff., 138 ff.). So wird nämlich zwar einerseits behauptet, der Täter bzw. Genötigte könne anders handeln und sei folglich nicht determinierbar, andererseits rekuriert die Begründung der Entschuldigung bzw. der Nötigung dann doch latent bzw. offen auf das Nichtandershandelnkönnen und die Determinierbarkeit des Täters bzw. Genötigten und damit auf ein deterministisches Menschenbild. Das lässt sich an *Kudlichs* Beispielsfall, in dem jemand durch die Drohung, sein Kind werde anderenfalls getötet, zur Begehung einer Sachbeschädigung genötigt wird, noch einmal veranschaulichen: So meint *Kudlich* einerseits, es könne nicht zweifelhaft sein, dass der Genötigte „nicht im Sinn einer klaren Vorherbestimmtheit die Sachbeschädigung begehen muss; genauso gut könnte er sich weigern und das Leben seines Kindes riskieren.“ Andererseits meint er, es sei ebensowenig zweifelhaft, „dass die Freiheit seiner Entscheidung dadurch [durch die Todesdrohung] eingeschränkt ist“, und es müsse dem Gesetzgeber freistehen, solche Freiheitsbeschränkungen zu berücksichtigen. Entgegen *Kudlich* trifft es jedoch nicht zu, dass beide Aussagen zugleich „nicht zweifelhaft“ sein können. Bei einer solchen Argumentation stellt sich nämlich folgende Frage: Wenn der Genötigte die Sachbeschädigung nicht begehen muss, sondern das Leben des Kindes riskieren kann, er also durch die Todesdrohung nicht determinierbar ist, warum sollte der Gesetzgeber dann diese Todesdrohung entschuldigend berücksichtigen? Anders gefragt: Was ist damit gemeint, die Todesdrohung führe zu einer Freiheitsbeschränkung? Und die Antwort auf diese Frage rekuriert notwendig doch auf die Determinierbarkeit des Genötigten durch die Todesdrohung, also auf ein deterministisches Menschenbild. Es wird nämlich in Rechnung gestellt, dass der Bedrohte sich der Todesdrohung beugt und möglicherweise nicht rechtmäßig handelt.<sup>51</sup> Diesen Widerspruch herausgestellt zu haben, erscheint mir nicht „bizar“, sondern vielmehr das Insistieren auf einem logisch unhaltbaren, auf intuitiven, alltagspsychologischen Vorstellungen beruhenden „relativen Indeterminismus“.

<sup>50</sup> So ist nach *Stein*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit, 2000, S. 30, „die Beherrschung der Logik eine unabdingbare Voraussetzung erfolgreichen wissenschaftlichen Arbeitens.“

<sup>51</sup> Mit den Worten *Alexander Graf zu Dohnas*, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit, 1907, S. 18: „das beängstigende Gefühl, daß vielleicht wir selber unter dem Druck so bedeutsamer Einwirkungen dem Bösen verfallen wären, macht uns geneigt, ihm die Schuld abzunehmen.“

4. *Kudlich* erwartet weiter bei einem im Jahr 2004 erschienenen Buch entweder kurze Ausführungen oder aber zumindest weiterführende Nachweise zur neueren naturwissenschaftlichen Diskussion etwa im Bereich der Neurobiologie (vgl. S. 220). Aus dreierlei Gründen ist eine solche Erwartungshaltung gegenüber meinem Buch unbegründet. Erstens zeigt schon der Titel meines Buches an, dass mit der Arbeit ein anderer Zweck verfolgt werden soll. In der Einleitung (siehe S. 14 meiner Arbeit) weise ich dann explizit darauf hin, dass meine Arbeit nicht den Determinismus-Indeterminismus-Streit als solchen behandelt, also nicht das Problem der Willensfreiheit selbst, sondern vielmehr die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht, und zwar genauer die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts. Ausführungen oder aber über die in Fn. 4 auf S. 13 meiner Arbeit hinausgehenden Nachweise zur neueren Diskussion seitens der Hirnforschung bezüglich der Willensfreiheit waren also nicht erforderlich. Zweitens ergibt sich aus meiner Arbeit, dass diesbezügliche Ausführungen im Übrigen m. E. auch unergiebig wären. Denn wie ich auf S. 35 f. darlege, hat sich die Strafrechtswissenschaft gegenüber der Kritik an der Willensfreiheit, namentlich von Seiten der Hirnforschung, immunisiert.<sup>52</sup> Daraus erklärt sich ja auch meine andere Herangehensweise an das Thema „Willensfreiheit und Strafrecht“. Da die naturwissenschaftliche *Methode* per se den Determinismus voraussetzt, stellt sich schließlich drittens die Frage nach dem Nutzen naturwissenschaftlicher *Erkenntnisse* für das Problem der Willensfreiheit im klassischen Sinne. Darauf weist auch *Prinz* hin:

„... um festzustellen, dass wir determiniert sind, bräuchten wir die Libet-Experimente nicht. Die Idee eines freien menschlichen Willens ist mit wissenschaftlichen Überlegungen prinzipiell nicht zu vereinbaren. Wissenschaft geht davon aus, dass alles, was geschieht, seine Ursachen hat und dass man diese Ursachen finden kann. Für mich ist unverständlich, dass jemand, der empirische Wissenschaft betreibt, glauben kann, dass freies, also nicht-determiniertes Handeln denkbar ist.“<sup>53</sup>

5. Aus dem Thema der Arbeit ergibt sich auch das Fehlen eines „klaren eigenen Standpunkt[s] des Verfassers“ (S. 220) bezüglich des Determinismus-Indeterminismus-Streits, den *Kudlich* vermisst. Jedoch kann der Impetus der Arbeit nicht ernsthaft fraglich sein. Natürlich möchte ich nicht für die Beachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts, also z. B. für ein reines Vergeltungsstrafrecht oder gegen kriminal-ätiologische Forschung, plädieren. Schon mein früherer der Arbeit vorangehender Aufsatz<sup>54</sup> und die der Arbeit vorangestellten Mottos lassen vielmehr deutlich erkennen, dass es mir darum geht, die (teilweise absurden) Folgen eines indeterministischen Menschenbilds offenzulegen und dadurch die indeterministische Grundlage des Strafrechts in Frage zu stellen.

<sup>52</sup> Natürlich lasse ich mich durch die tatsächliche Entwicklung gerne eines Besseren belehren.

<sup>53</sup> *Prinz*, Das Magazin 2/2003 (Fn. 3).

<sup>54</sup> Siehe *Spilgies*, Rechtstheorie 1999, 525, 537 f.

6. Wenn *Kudlich* schließlich im letzten Absatz auf S. 220 meint, es sei nicht angemessen, „zahlreiche namhafte Autoren ... in derart polemischer Weise des mangelnden Verstandes und offensichtlicher logischer Fehlschlüsse zu bezichtigen, wie *Spilgies* dies in seiner häufig sehr kämpferischen Sprache tut“, und einen „sachlichen Ton sowie eine gewisse Bescheidenheit des eigenen Ansatzes“ fordert, so möchte ich darauf erwidern: Über Sprachstile lässt sich sicher trefflich streiten – polemisch wären meine Ausführungen – nach meinem Empfinden – allerdings nur dann zu nennen, wenn die von mir behaupteten Missverständnisse<sup>55</sup> und logischen Fehlschlüsse in Wahrheit gar keine wären, meine Kritik in der Sache also nicht berechtigt wäre. Dieses hat *Kudlich* aber nicht dargetan. Stattdessen insistiert er ungeachtet meiner Kritik auf einem logisch unhaltbaren „relativen Indeterminismus“, auf der fatalistischen Umdeutung des Determinismus sowie auf einer in sich widersprüchlichen Begründung der Entschuldigung. Insofern scheint mir eher der Polemik-Vorwurf polemisch zu sein und von meiner (unliebsamen?) Kritik ablenken zu wollen.

## Nochmals: Die Bedeutung des Determinismus–Indeterminismus–Streits für das Strafrecht – Duplik und Abschluss

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

I. Wer nicht nur die „Replik“ (Teil IV) von *Spilgies* auf die Besprechung seines Buches<sup>56</sup> in HRRS 2004, 217, sondern auch den dieser Replik „vorne angefügten“ Aufsatz über Hirnforschung und Willensfreiheit liest, merkt rasch, dass *Spilgies* in der einschlägigen Diskussion bewandert ist, bei der kritischen Analyse mitunter großen Scharfsinn zeigt und über die Fähigkeit verfügt, markante Thesen zu formulieren. Sollte dies in meiner Besprechung so gar nicht zum Ausdruck gekommen sein, täte mir das leid.

Ich glaube es aber eigentlich nicht, habe ich der Untersuchung doch an verschiedenen Stellen zugestimmt und ihr u.a. attestiert, sie sei „interessant“, ihr komme „das Verdienst zu (...), das Determinismus-Indeterminismus-Problem unter Verarbeitung vieler ‚Klassiker‘ zu diesem Thema noch einmal anschaulich aufzubereiten“ und sie sei „– nicht zuletzt durch die geschickte Vorankündigungstechnik des Verfassers sowie einen häufig parallelen Aufbau seiner Darstellung – stets gut lesbar“. Wird daher die Rezension als „sehr kritisch“ empfunden, drängt sich der Eindruck einer gewissen Dünnhäutigkeit

<sup>55</sup> An dieser Stelle möchte ich den Lapsus Calami *Kudlichs* korrigieren und betonen, dass ich in keiner Zeile meines Buches, wie *Kudlich* schreibt, jemanden des „mangelnden Verstandes“ bezichtigt, d. h. die Fähigkeit abgesprochen habe, zu verstehen, sondern den Autoren fehlendes *Verständnis* vorhalte.

<sup>56</sup> Die Bedeutung des Determinismus–Indeterminismus–Streits für das Strafrecht. Über die Nichtbeachtung der Implikationen eines auf Willensfreiheit gegründeten Schuldstrafrechts, Dr. Kovac, 2004.

auf, gerade wenn man andererseits berücksichtigt, in welch scharfem Ton *Spilgies* (nicht in seinem Aufsatz, aber in seiner Monographie) die Vertreter abweichender Standpunkte schildert.<sup>57</sup> Aber darum soll es hier nicht gehen.

II. In der Sache kann ich auf eine breite Duplik verzichten. Da *Spilgies* in Teil III des vorstehenden Aufsatzes im Wesentlichen die Überlegungen aus seiner Monographie noch einmal zusammenfasst, meine Überlegungen dazu aber schon in HRRS 2004, 217 nachgelesen werden können, muss nicht alles wiederholt werden: Ist es unzutreffend, wird es durch eine Wiederholung nicht richtiger; ist es dagegen zutreffend, genügt es auch, wenn ich es einmal geschrieben habe. Ich kann mich daher auf einige zentrale Punkte und mein eigentliches Anliegen (nämlich das fehlende klare Offenlegen der praktischen Konsequenzen der Überlegungen) beschränken:

1. Der Wunsch, mehr darüber zu erfahren, „warum eine abgestufte Willensfreiheit per definitionem nicht existieren können soll“ besteht nach wie vor. Denn *dass* sie als „*contradictio in adjecto*“ *bezeichnet* wird, belegt ja noch nicht, dass sie eine solche *ist*. Oder anders formuliert: Natürlich lässt sich der Begriff der Willensfreiheit so verstehen, dass er abgestuft nicht vorstellbar ist (und da *Spilgies* auch anderenorts die allein mögliche Verständnisweise von Begriffen für sich in Anspruch nimmt, soll einmal ein solches Verständnis zu Grunde gelegt werden) – aber auch dann vermisst der Leser eine Auseinandersetzung damit, warum dem Gesetzgeber (etwa bei den Nötigungstatbeständen, aber spiegelbildlich auch bei der Entschuldigung nach § 35 StGB) versagt sein soll, Einflussnahmen (strafbegründend bzw. spiegelbildlich strausschließend) zu berücksichtigen, mit denen die als solche freie Entscheidung des anderen in die eine oder andere Richtung „gelenkt“ werden soll. Man wende hiergegen nicht ein, ein solches „Lenken“ sei mit einem freien Willen unvereinbar: Warum soll es nicht gerade Ausfluss der Willensfreiheit sein, sich *situationsabhängig* entscheiden zu können? Und wenn diese Situation, d.h. die Entscheidungsparameter (etwa durch die Aussicht, bei einer bestimmten Entscheidung „ungeschoren davon zu kommen“, bei einer anderen erschossen zu werden) verändert werden, werden auch dem sich „wil-

<sup>57</sup> Auf die von *Spilgies* aufgeworfene Frage, ob allein eine überzogene *fortitudo in modo* das Prädikat „polemisch“ rechtfertigt oder ob dieses voraussetzen würde, dass seine Thesen *in re* offenkundig unhaltbar wären (was ich nie zu behaupten wagen würde), möchte ich hier nicht vertieft eingehen. Das wäre ein wenig hilfreicher Streit um Worte, und wer sich ein Bild davon machen möchte, ob *Spilgies* in seinem Buch – ganz unabhängig von den Sachfragen – immer den richtigen Ton trifft, möge es zur Hand nehmen und die in meiner Besprechung nachgewiesenen (sowie viele weitere) Stellen lesen. Betonen möchte ich nur, dass ich hinsichtlich des Vorwurfes des „mangelnden Verstandes“ *Spilgies* jedenfalls nicht falsch zitiert habe – denn die entsprechende Passage in meiner Besprechung enthält gar kein Zitat, sondern nur eine Umschreibung der zahlreichen Vorwürfe, die *Spilgies* Andersdenkenden macht; auch hier gilt wieder: wer überprüfen möchte, ob die von mir verwendete Begrifflichkeit völlig an der Sache vorbeigeht, möge selbst noch einmal nachlesen.

lensfrei“ Entscheidenden bestimmte Entscheidungsoptionen näher oder weniger nahe gelegt.

2. Ausdrücklich zugestanden sei der Antikritik von *Spilgies*, dass sich in meiner Besprechung Passagen finden, die den Determinismus in einer „fatalistischen Deutung“ treffen und dann – ohne hinreichende Differenzierung – auch mit dem *Spilgies*'schen Konzept in Zusammenhang gebracht werden. Das bedauere ich, auch wenn es teilweise nur der (zugegebenermaßen aber offenbar nicht gelungene) Versuch war, eine „griffige“ Gegenposition zum relativen Indeterminismus zu finden, da *Spilgies*' eigene Position – jedenfalls für mich und auch nach Lektüre seiner Replik – verschwommen bleibt. Denn wenn der einzige Unterschied zwischen seinem „schlicht (...) richtig verstandenen, nicht fatalistischen Determinismus“ und dem relativen Indeterminismus darin liegt, dass ersterer von einem „deterministischen Menschenbild“ ausgeht (...), während der ‚relative Indeterminismus‘ (...) auf einem indeterministischen Menschenbild“ beruht, empfinde ich das als etwas dünn. *Spilgies* argumentiert begrifflich, nicht pragmatisch; er postuliert ein – von mir gar nicht bestrittenes – „für den wissenschaftlichen Arbeiter“ geltendes „Primat der Logik“, ich vermisse aber einen hinreichenden Beleg für die Prämissen, die den weiteren logischen Ableitungen zu Grunde liegen. Natürlich müssen diese nicht mit der Alltagserfahrung übereinstimmen (auf die ich im Übrigen nur für die Prämissen, nicht für weitere Ableitungen zurückgreife!); aber wer in seinen Prämissen davon abweicht, sollte sich doch die Mühe machen, das näher zu begründen.

Das wird deutlich an *Spilgies*' Behandlung des von mir gebildeten Beispielsfalles einer nach § 35 StGB entschuldigenden Wirkung der Drohung mit der Tötung des Kindes des Bedrohten, wenn dieser sich weigere, eine Schaufensterscheibe einzuwerfen: Meine damalige Argumentation kommt zugegebenermaßen relativ „intuitiv“ daher – aber was soll man auf die Frage: „Wenn der Genötigte die Sachbeschädigung nicht begehen muss, sondern das Leben des Kindes riskieren kann, (...) warum sollte der Gesetzgeber dann diese Todesdrohung entschuldigend berücksichtigen?“ antworten? Natürlich hat die „vorstellbare Beeinflussbarkeit“ durch die Drohung ein Element der „Determinierbarkeit“, wenn darunter „nur“ verstanden wird, dass die Drohung ihr Opfer nicht

notwendig „unberührt“ lässt, sondern dass er sie in seinen Entscheidungsprozess als Parameter mit einbeziehen könnte – aber was ist mit dieser spektakulären Erkenntnis gewonnen und inwiefern sollten sie „Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht“ sein?

3. Wenn von *Spilgies* nach eigener Aussage in seiner Replik „natürlich (...) nicht (...) für ein reines Vergeltungsstrafrecht oder gegen kriminalätiologische Forschung“ – und vermutlich genauso „natürlich“ nicht gegen die Strafbarkeit von Nötigung, räuberischer Erpressung oder Vergewaltigung auf der einen Seite oder gegen eine Berücksichtigung des Nötigungsnotstandes als Entschuldigungsgrund auf der anderen Seite – „plädiert“ werden soll, was ist dann Zweck der Übung? Der Nachweis, dass die Grundlage der offenbar auch von *Spilgies* für angemessen erachteten Regelungen nicht in einem relativen Indeterminismus, sondern in einem in den Ergebnissen weitgehend ähnlichen und in der Letztbegründung ebenso unbeweisbaren „schlicht richtig verstandenen“ (um nicht ebenfalls zu sagen: „relativen“) Determinismus liegt? Dass also das Glas nicht halb voll, sondern halb leer ist?

III. Wahrscheinlich sind also die Unterschiede *in der Sache* doch gering, auch wenn ich hier nun darauf verzichte, einen Unterschied vorrangig in den Begrifflichkeiten zu sehen, um mir nicht nochmals den Vorwurf des „metaphysisches Phantasierens“ zuzuziehen (der mich aber andererseits durch die Bezugnahme auf *Welzel* schon fast wieder ehrt). Und wo ich die tatsächliche Tragweite der Unterschiede unterschätze, kann das gut auch an mir liegen. Vielleicht kann man sich aber darauf einigen: Obwohl natürlich auch im Bereich der Juristerei „Grundlagenforschung“ wichtig ist, sollten in einem zweihundertseitigen Buch zur Vermeidung von Missverständnissen die Implikationen für Rechtsdogmatik und Rechtspraxis jedenfalls dann klar gemacht werden, wenn sie zugleich Hauptangriffspunkt der theoretischen Überlegungen sind – geheime Hoffnung, sie könnten mittelbar mit Hilfe eines „früheren der Arbeit vorangehenden Aufsatzes“ vage erschlossen werden, könnten enttäuscht werden und zu Missverständnissen führen.

\*\*\*

## HRRS-Praxishinweis: Die Verfahrensverzögerung in der Praxis

Von RiOLG Detlef Burhoff, Münster\*

Insbesondere Steuerstrafverfahren dauern wegen ihrer Komplexität häufig lange. Eine zu lange Verfahrensdauer kann gegen das Recht des Beschuldigten auf beschleunigte Erledigung des Verfahrens verstoßen (eingehend dazu Gaede wistra 04, 166). Der Verteidiger muss sich mit den damit zusam-

\* Der aufgenommene Beitrag stellt die aktualisierte Fassung eines Beitrages dar, den Burhoff erstmals in der PStR (04, 275 ff.) publiziert hat, für deren Zustimmung zur Publikation an dieser Stelle zu danken ist. Vgl. auch <http://www.iww.de/rechtsanwaelte/praxissteuer/>.

menhängenden Fragen möglichst früh auseinander setzen und die Auswirkungen auf die Verteidigung(ssstrategie) prüfen. Wir zeigen Ihnen, worauf dabei zu achten ist.

### Checkliste 1: Allgemeine Fragen zur Verfahrensverzögerung

Frage	Antwort
<p>1. Ist das Recht auf beschleunigte Erledigung des Verfahrens <b>gesetzlich geregelt</b>?</p>	<p><b>Ja.</b> Die allgemeine Regelung findet sich in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK,  <b>Hinweis:</b>            In Art. 5 Abs. 3 Satz 2 MRK befindet sich eine besondere Regelung für den inhaftierten Beschuldigten.</p>
<p>2. Welchen <b>Inhalt</b> hat das Recht auf beschleunigte Erledigung?</p>	<p><b>Nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK hat jeder Beschuldigte das Recht, auf beschleunigte Erledigung seines Verfahrens (BGH NSTZ 03, 384 = wistra 02, 328).</b>  <b>Hinweis:</b>            Dies gilt nach Art 5 Abs. 3 Satz 2 MRK erst Recht für den inhaftierten Beschuldigten. Ausfluss dieser Verpflichtung der staatlichen Behörden sind die §§ 121, 122 StPO.</p>
<p>3. Gelten für Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren <b>besondere Regeln</b>?</p>	<p><b>Nein.</b> Auch in diesen Verfahren hat der Beschuldigte ein Recht auf beschleunigte Erledigung. Zwar sind diese häufig (besonders) schwierig. Art 6 Abs. 1 MRK verpflichtet den Staat aber, seine Justiz so einzurichten, dass die Gerichte allen Anforderungen dieser Vorschrift entsprechen können. Dazu gehört auch die Verpflichtung, innerhalb angemessener Frist zu entscheiden (EGMR wistra 04, 177; Gaede wistra 166, 171).</p>
<p>4. Lässt sich die Frist, innerhalb der ein Strafverfahren abgeschlossen sein muss, <b>allgemein bestimmen</b>?</p>	<p><b>Nein,</b> das ist nicht möglich. Die Angemessenheit der Frist hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab (BVerfG NJW 92, 2472; BGH NSTZ 99, 313; StV 02, 598; wistra 02, 428; 04, 181).</p>
<p>5. Welche <b>Umstände</b> sind für die Angemessenheit der Frist von Bedeutung?</p>	<p>Entscheidend sind alle Umstände des konkreten Einzelfalls (vgl. u.a. EGMR 04, 177; BGH wistra 04, 181; vgl. dazu auch Gaede wistra 04, 166 ff.), wie z.B.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• eine besondere Bedeutung für den Beschuldigten (vgl. die Nachw. bei Gaede wistra 04, 166, 169 Fn. 57),</li> <li>• Umfang und Schwierigkeit des Verfahrens,</li> <li>• nach der Rechtsprechung des BGH und des BVerfG die Schwere des Tatvorwurfs,</li> </ul> <p><b>Hinweis:</b>  <b>Einen besonderen/allgemeinen Bonus für Steuer- und Wirtschaftsstrafverfahren gibt es. Auch hier ist die Komplexität des Verfahrens im konkreten Einzelfall entscheidend (Gaede wistra 04, 166, 173).</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Art und Weise der Ermittlungen,</li> <li>• Art und Umfang der durch das Verfahren für den Beschuldigten eingetretenen Belastungen;</li> <li>• (prozessuales) Verhalten des Beschuldigten.</li> </ul> <p><b>Hinweis:</b>            Der Beschuldigte ist aufgrund der Selbstbelastungsfreiheit nicht verpflichtet, aktiv an dem gegen ihn geführten Strafverfahren mitzuwirken. Andererseits kann aber, wenn der Beschuldigte seine Verteidigungsrechte ausschöpft, die hierfür verstrichene Zeit dem Staat grundsätzlich nicht als unangemessene Verzögerung zugerechnet werden (Gaede wistra 04, 166, 169 m.w.N. aus der Rspr. des EGMR in Fn. 72). Eine Verfahrensverzögerung darf dem Beschuldigten aber nur</p>

	dann zugerechnet werden, wenn sie auch tatsächlich auf seinem Verhalten beruht (EGMR wistra 04, 177; zur Zurechnung des Verhaltens des Verteidigers s. die Nachw. bei Gaede wistra 04, 166, 179 in Fn. 74).
6. Ist jede Verfahrensverzögerung <b>rechtsstaatswidrig</b> ?	<b>Nein</b> , nicht jede Verfahrensverzögerung kann als rechtsstaatswidrig angesehen werden. Das gilt insbesondere für die Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache durch das Revisionsgericht. Die dadurch eintretende Verfahrensverzögerung ist Ausfluss der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems (BVerfG NJW 03, 2897; BGH NStZ 01, 106 = wistra 00, 462; a.A. Roxin StV 03, 379 in der Anm. zu BVerfG, a.a.O.; siehe auch unten Ziffer 9).
7. Kann die Verzögerung in einem Verfahrensabschnitt durch besondere Beschleunigung in anderen Abschnitten <b>kompensiert</b> werden?	Nach Auffassung des BGH ist das möglich. Er ist der Meinung, dass die gewisse Untätigkeit in einem einzelnen Verfahrensabschnitt bei einer insgesamt angemessenen Verfahrensdauer noch nicht zu einem Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK führt (BGH StraFo 01, 409; NStZ-RR 02, 219; wistra 04, 339).  <b>Hinweis:</b> A.A. ist insoweit der EGMR. Danach kann, wenn es im Ermittlungsverfahren zu einer übermäßigen Verzögerung gekommen ist, eine Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK nicht allein durch die zügige Durchführung des gerichtlichen Verfahrens verneint werden (wistra 04, 177).
8. <b>Wann</b> beginnt die angemessene <b>Frist</b> ?	Nach dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK ist auf die „erhobene strafrechtliche Anklage“ abzustellen. Insoweit stellt die h.M. aber nicht auf die formale Anklageerhebung nach § 201 StPO ab. Die Frist beginnt vielmehr (schon) zu laufen, wenn der Beschuldigte von der Einleitung des Ermittlungsverfahrens in Kenntnis gesetzt wird (EGMR wistra 04, 177; BVerfG NJW 93, 3254; Gaede wistra 04, 166, 168).
9. <b>Wann endet</b> die Frist?	Die zu berücksichtigende Zeitdauer endet, wenn das Verfahren durch eine endgültige und verbindliche Entscheidung über die Anklage beendet worden ist (EGMR NJW 01, 2694). Dazu gehört auch noch eine ggf. erforderliche Entscheidung über das Strafmaß. Auch das Rechtsmittelverfahren wird grundsätzlich erfasst (vgl. Wohlers/Gaede NStZ 04, 9, 13 ff.; BGH NStZ 95, 335 f.).
10. Gibt es eine <b>Höchstdauer</b> für Verfahren?	<b>Nein</b> , abstrakte Höchstdauern sind weder im Gesetz noch von den Obergerichten bestimmt. Entscheidend sind für die zulässige = rechtsstaatsmäßige Dauer des Verfahrens die Umstände des Einzelfalls. Dabei stellt der EGMR zunehmend auf die konkrete Dauer einzelner Verfahrensabschnitte ab. Haben die ggf. zu lange gedauert, kann das nicht (mehr) durch besondere Beschleunigung in anderen Verfahrensabschnitten kompensiert werden (EGMR wistra 04, 177).  <b>Hinweis:</b> Wegen Einzelfälle wird auf die Checkliste 4 verwiesen.
11. Ist auch eine Verfahrensverzögerung <b>nach Erlass</b> des tatrichterlichen Urteils zu berücksichtigen?	<b>Ja</b> (vgl. die Nachweise bei MG, StPO, 47. Aufl., Art. 6 MRK Rn. 9 a).

**Checkliste 2: Folgen der Verletzung des Beschleunigungsgebots**

<b>Frage</b>	<b>Antwort</b>
<b>1.</b> Wie wird eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zugunsten des Beschuldigten berücksichtigt?	Es kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht, und zwar <ul style="list-style-type: none"> <li>• die Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses (siehe dazu Ziffer 2 f.) und/oder</li> <li>• die Berücksichtigung beim Rechtsfolgenausspruch (vgl. dazu Ziffer 4 ff.).</li> </ul>
<b>2.</b> Führt die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung zu einem <b>Verfahrenshindernis</b> mit der Folge, dass das Verfahren einzustellen wäre?	Nach wohl h.M. in der Rspr. begründet die Verletzung des Beschleunigungsgebots grundsätzlich kein Verfahrenshindernis (zuletzt BGHSt 46, 160 = StV 01, 189, StV 00, 670; so auch BVerfG NJW 92, 2472; 03, 22, 25; OLG Koblenz NJW 95, 1887; OLG Schleswig StV 03, 379; LG Mainz wistra 03, 472).
<b>3.</b> Gilt ggf. in <b>Ausnahmefällen</b> etwas anderes?	Ja, die Rspr. nimmt in außergewöhnlichen Einzelfällen etwas anderes an. Das gilt dann, wenn eine angemessene Berücksichtigung des Verstoßes im Rahmen einer Sachentscheidung nicht mehr in Betracht kommt (BGHSt 46, 160). Erforderlich sind dazu dann aber tatsächliche Feststellungen (BGH, a.a.O.).
<b>4.</b> Wie wird eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung <b>im allgemeinen</b> berücksichtigt?	I.d.R. wird die Verfahrensverzögerung beim Rechtsfolgenausspruch berücksichtigt.
<b>5.</b> In welcher Weise ist die Verfahrensverzögerung bei der Strafbemessung zu berücksichtigen?	<b>Das Tatgericht muss im Urteil eine Kompensation in Form einer Strafmilderung vornehmen (BGH NJW 03, 2759). Das Ausmaß der Kompensation muss im Urteil konkret dargelegt werden, und zwar wie folgt:</b> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Es ist ausdrücklich die an sich verwirkte Strafe festzustellen.</li> <li>2. Es ist die unter Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung konkret verhängte Strafe festzustellen.</li> </ol> Hinweis: Bei einer Gesamtstrafe muss sowohl diese als auch die ihr zugrunde liegenden Einzelstrafen ermäßigt werden (BGH NStZ 02, 589; wistra 02, 337). Die Kompensation darf aber nicht zu einem doppelten Rabatt führen (BGH NJW 03, 2759).
<b>6.</b> Kann die lange Verfahrensdauer <b>auch sonst</b> im Rahmen der Strafzumessung noch berücksichtigt werden?	Neben der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK kommt als allgemeiner Strafmilderungsgrund (§ 46 StGB) der lange zeitliche Abstand zwischen Tat und Urteil und die Belastungen durch die lange Verfahrensdauer in Betracht (BGH NJW 99, 1198; StV 02, 598; vgl. z.B. auch Beschl. v. 21. 4. 04, 5 StR 540/03.).
<b>7.</b> Führt die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung <b>nur</b> zu einer <b>Strafmilderung</b> ?	Nein, der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK kann auch andere Auswirkungen zugunsten des Beschuldigten haben. In Betracht kommen: <ul style="list-style-type: none"> <li>• Verwarnung mit Strafvorbehalt nach § 59 StGB (BVerfG NJW 03, 2897; BGHSt 46, 160; OLG Karlsruhe NJW 04; 1887),</li> <li>• Strafaussetzung zur Bewährung (BGH StV 85, 411 m.w.N.),</li> <li>• Absehen von Strafe (BGHSt 24, 239, 242),</li> <li>• ggf. Einstellung des Verfahrens bei Vergehen gem. §§ 153, 153 a StPO (BGHSt 46, 160).</li> </ul> <b>Hinweis:</b> Ist das Beschleunigungsgebot in erheblicher Weise noch nach Erlass des tatrichterlichen Urteils verletzt worden, kann das z.B. zur Aufhebung des ansonsten nicht zu beanstandenden Urteils führen (OLG Koblenz StV 97, 409). Das Revisionsgericht kann das Verfahren aber auch „abbrechen“

	oder eine geringere Strafe festsetzen (vgl. die Nachweise bei MG, a.a.O., Art. 6 MRK Rn. 9 a).
--	--

### Checkliste 3: Verteidigerhinweise

Frage	Antwort
<p><b>1.</b> Ist die Verfahrensverzögerung von Amts wegen zu beachten?</p>	<p><b>Ja.</b> Wenn die Verfahrensverzögerung (ausnahmsweise) zu einem Verfahrenshindernis führt (vgl. dazu oben Checkliste 2 Ziffer 2 f.) muss dieses wie jedes Verfahrenshindernis von Amts wegen von Amts wegen beachtet werden (BGHSt 46, 160). In der Revision muss das Revisionsgericht das Hindernis auf die Sachrüge hin berücksichtigen (BGH, a.a.O.).</p> <p><b>Hinweis:</b> Unabhängig davon sollte der Verteidiger auf die (rechtsstaatswidrige) Verfahrensverzögerung auf jeden Fall aber auch hinweisen.</p>
<p><b>2.</b> Wie muss der Verteidiger eine lange Verfahrensdauer daraufhin <b>prüfen</b>, ob diese eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung darstellt.</p>	<p>Der Verteidiger muss in folgenden Schritten vorgehen:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li><b>1</b> Feststellung der zu berücksichtigenden Verfahrensdauer (siehe dazu oben Checkliste 1 Ziffer 8f).</li> <li><b>2</b> Frage: Ist diese unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zu lang?</li> <li><b>3</b> Wem ist die lange Verfahrensdauer anzulasten, den staatlichen Behörden oder dem Beschuldigten?</li> <li><b>4</b> Wenn den staatlichen Behörden: Kompensation einfordern.</li> <li><b>5</b> Wenn dem Beschuldigten: Kommt ggf. doch eine Berücksichtigung zugunsten des Beschuldigten in Betracht (Stichwort: Selbstbelastungsfreiheit).</li> </ol> <p><b>Hinweis:</b> Das tatrichterliche Urteil muss sorgfältig darauf geprüft werden, ob die Verfahrensverzögerung ausreichend und zutreffend bei der Strafzumessung und den Rechtsfolgen berücksichtigt worden ist (vgl. dazu oben Checkliste 2 Ziffer 4 ff.).</p>
<p><b>3.</b> Welche Rüge muss der Verteidiger in der Revision erheben?</p>	<p>Bislang war in der Rspr. des BGH, die Frage, wie die die Verfahrensverzögerung geltend zu machen ist, nicht eindeutig geklärt. In der Vergangenheit waren die Senate übereinstimmend davon ausgegangen, dass i.d.R. die Verfahrensrüge zu erheben war (vgl. u.a. BGH NSTZ 00, 418; MG, a.a.O., Art. 6 Rn. 9 c m.w.N.). Der 5. Strafsenat hatte dann die Sachrüge ausreichend sein lassen wollen und deshalb bei den übrigen Senaten angefragt, ob diese an der früheren Rechtsprechung festhalten (vgl. wistra 04, 181). Die Antwortbeschlüsse der anderen Strafsenate haben kein einheitliches Bild ergeben. Der 2. Strafsenat wollte an der bisherigen Rechtsprechung festhalten (BGH 2 ARs 33/04; insoweit nicht in StraFo 04, 356). Der 5. Strafsenat hat nun unter Aufgabe seines weitergehenden Standpunktes im Anfragebeschluss die Rechtsposition des 3. Strafsenats in dessen Antwortbeschluss vom 12. 8. 04 - 3 ARs 5/04 - prinzipiell übernommen (vgl. eingehend BGH HRRS 2005 Nr. 66, für BGHSt vorgesehen), dem auch die Auffassung des 4. Strafsenats tendenziell nahe kommt (vgl. dessen Antwortbeschluss vom 25. 3. 04 - 4 ARs 6/04). Danach muss ein Revisionsführer, der das Vorliegen einer Art. 6 Abs. 1 S. 1 MRK verletzenden Verfahrensverzögerung geltend machen will, grundsätzlich eine Verfahrensrüge erheben. Ergeben sich indes bereits aus den Urteilsgründen die Voraussetzungen einer solchen Verzögerung, hat das Revisionsgericht auf Sachrüge einzugreifen. Das gilt auch, wenn sich bei der auf</p>



	<p>Sachrüge veranlassen Prüfung, namentlich anhand der Urteilsgründe, ausreichende Anhaltspunkte ergeben, die das Tatgericht zur Prüfung einer solchen Verfahrensverzögerung drängen mussten, so dass ein sachlichrechtlich zu be- anstandender Erörterungsmangel vorliegt.</p> <p><b>Hinweis:</b> Die Frage wird daher nun nicht mehr den Großen Senat des BGH in Strafsachen beschäftigen. Der Verteidiger sollte vorsorglich immer die Verfahrensrüge erheben.</p>
<p>4. Welche <b>Anforderungen</b> sind an die Verfahrensrüge zu stellen?</p>	<p>Die Verfahrensrüge, mit der eine Verfahrensverzögerung geltend gemacht wird, unterliegt den allgemeinen (strengen) Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Vorgetragen werden müssen alle mit der Verfahrensverzögerung zusammenhängenden Umstände, soweit sie sich nicht bereits aus dem Urteil ergeben. Das gilt insbesondere für solche, die nur dem Beschuldigten bekannt sein können (siehe auch die „Checkliste“ bei BGH StraFo 04, 356).</p>

**Checkliste 4: Einzelfälle aus der Rechtsprechung**

**Hinweis.** Die nachfolgende Zusammenstellung kann nur einen ausschnittartigen Überblick über die Rechtsprechung der letzten Jahre geben. Zur Frage der Verfahrensverzögerung liegen zahlreiche Entscheidungen vor. Wer sich noch weiter über die Rechtsprechung des BGH informieren will, kann z.B. bei [www.hrr-strafrecht.de](http://www.hrr-strafrecht.de) das Suchwort „Verfahrensverzögerung“ eingeben und erzielt allein dort über 140 Treffer.

<b>Gericht/Besonderheiten</b>	<b>Rechtsfolge</b>
<p>1. EGMR StV 2001, 489: Neun Jahre Verfahrensdauer, komplexes Verfahren (ähnlich EGMR wistra 04, 177).</p>	<p>Verfahrensdauer auch bei komplexen Verfahren zu lang</p>
<p>2. BVerfG NJW 03, 2897: 7 ½-jährige Dauer des Verfahrens, Verfahrensverzögerungen im Ermittlungsverfahren (ähnlich Beschl. v. 14. 8. 03, 2 BvR 153/03; s. auch BVerfG StraFo 03, 232). ).</p>	<p>Unangemessen lang und nicht gerechtfertigt, bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. <b>Hinweis:</b> Nach Aufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht muss, wenn bis dahin schon längere Zeit verstrichen ist, besonders zügig terminiert werden.</p>
<p>3. BGHSt 46, 160: Das Verfahren dauert seit der erstmaligen Bekanntgabe an den Angeklagten bereits 13 1/2 Jahre an, bis zum Schlussbericht der Kriminalpolizei vergehen mehr als fünf Jahre, in denen die Ermittlungen mehrfach ausgedehnt wurden, zwischen dem Eingang des Schlussberichts der Kriminalpolizei und der Erhebung der Anklage, die im wesentlichen den Inhalt des Schlussberichts wiedergibt, vergehen weitere zwei Jahre, zwischen dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses und der Terminierung der Hauptverhandlung sind weitere vier Jahre vergangen, in denen außer der Einholung von Sachverständigengutachten eine Verfahrensförderung nicht festzustellen ist. Eine durch das Verhalten des Angeklagten verursachte Verzögerung des Verfahrens liegt nicht vor; die Verzögerungen sind vielmehr allein auf organisatorische Gründe im Bereich der Justiz zurückzuführen.</p>	<p>Aufhebung und Zurückverweisung, aber Hinweis auf Einstellungsmöglichkeit nach §§ 153, 153 a StPO oder Anwendung von § 59 StGB durch das neue Tatgericht.</p>
<p>4. BGH StraFo 03, 247 (drei Jahre keine Verfahrensförderung), wistra 00, 382 (vier Jahre keine Förderung des Verfahrens); wistra 04, 184 (mehr als vier Jahre zwischen Anklage und Beginn der Hauptverhandlung)</p>	<p>Berücksichtigung bei der Strafzumessung</p>
<p>5. BGH NSTz 96, 506: Tat liegt 14 Jahre zurück, fast</p>	<p>Einstellung im Revisionsverfahren.</p>

zwei Jahre Stillstand der Ermittlungen, ein Jahr U-Haft des Beschuldigten	
6. BGH wistra 04, 337. nach Anklageerhebung 6 ½ Jahre lang keine Verfahrensförderung, U-Haft des Angeklagten, erhebliche gesundheitliche Belastungen des Angeklagten.	Absehen von Strafe nach § 60 StGB
7. BGH, Beschl. v. 11. 5. 04, 3 StR 139/04: Revisionsgegenerklärung der Staatsanwaltschaft erst fünf Monate nach Zugang der Akten.	Kein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot
8. OLG Schleswig StV 03, 379 = StraFo 03, 247: Zwischen Tat und Revisionsentscheidung liegen 11,5 Jahre, das Revisionsgericht müsste die Entscheidung des Berufungsgerichts, das den Angeklagten zu einer Geldstrafe von 180 Tagessätzen verurteilt hat, aufheben und zurückverweisen, die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft haben trotz des tatsächlich und rechtlich überschaubaren Falls über 4 Jahre gedauert, wovon während eines Zeitraums von 2 Jahren keinerlei Ermittlungstätigkeit erfolgte, das Berufungsverfahren hat weitere 4 Jahre gedauert, ohne dass das Verfahren in dieser Zeit angemessen gefördert worden wäre.	Es liegt ein Verfahrenshindernis vor, das zur Einstellung im Revisionsverfahren führt.
9. OLG Frankfurt NStZ-RR 98, 52: 12 Jahre dauern des Wirtschaftsstrafverfahren	Unzumutbar, daher Einstellung des Verfahrens nach §153 StPO
10. OLG Stuttgart NStZ 93, 450: siebenjährige Verfahrensdauer	Unzumutbar, daher Einstellung des Verfahrens durch das Landgericht gerechtfertigt.
11. OLG Karlsruhe NJW 04, 1887: Sperrberufung der StA, daher Vorlage der Akten an das Revisionsgericht erst mehr als 18 Monate nach Einlegung der Revision	Anwendung von § 59 StGB und Festsetzung der denkbar mildesten Sanktion
12. LG Kaiserslautern wistra 98, 270 : Verfahrensverzögerung von drei Jahren wegen eines Zuständigkeitsstreit zwischen zwei Finanzämtern	rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung, die bei der Strafzumessung zu berücksichtigen ist.
13. LG Frankfurt NJW 97, 1994: 12 Jahre Verfahrensdauer, fortgeschrittenes Lebensalter des Angeklagten, großzügige Spende des Angeklagten zur Errichtung eines Universitätslehrstuhls	Einstellung im Revisionsverfahren
14. LG Mainz wistra 03, 472: Straftaten liegen zwischen 9 und 15 Jahren zurück, während der Hauptverhandlung nicht ausreichend gefördert (zu kurze Verhandlungsdauer), nach Aussetzung der HV keine ausreichende weitere Förderung.	Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses

## Prozessdokumentation

Unter HRR-Strafrecht.de wurden zwischenzeitlich folgende Dokumente zum Verfahren gegen Alexander Falk aufgenommen:

- [Erklärung des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Strate vom 20.1.2005 und Gutachten des Prof. Dr. Wolfgang Wohlers vom 12.1.2005 zur Bestimmung des betrugsrechtlich relevanten Vermögensschadens](#) (vorgetragen durch die Verteidigung in der Hauptverhandlung am 20.1.2005) (PDF-Dokument)
- [Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft BDO zum Konzernabschluss der ISION AG zum 31.12.2000](#) (erörtert in der Hauptverhandlung am 20.1.2005) (PDF-Dokument)
- [Präsentation des Sachverständigen Prof. Dr. Dr. h.c. Jochen Drukarczyk "Zur Brauchbarkeit von Umsatz-Multiplikatoren für Zwecke der Schaden-Quantifizierung"](#) (vorgestellt und erläutert in der Hauptverhandlung am 21.1.2005) (PDF-Dokument)

- Erklärung des Rechtsanwalts Thomas Bliwier gemäß § 257 StPO nach der Anhörung des Sachverständigen (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 21.1.2005) (PDF-Dokument)
- Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu dem Antrag auf Haftentlassung des Alexander Falk (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 26.1.2005) (PDF-Dokument)
- Erklärung des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Strate vom 25.1.2005 (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 26.1.2005) (PDF-Dokument)
- Antrag des Rechtsanwalts Thomas Bliwier vom 26.1.2005 (gestellt in der Hauptverhandlung am 26.1.2005) (PDF-Dokument)
- Beschluß des Landgerichts Hamburg vom 26.1.2005 (verkündet in der Hauptverhandlung am 26.1.2005) (PDF-Dokument)
- Stellungnahme des Rechtsanwalts Thomas Bliwier vom 3.2.2005 zu den Ergebnissen der Anhörung des Sachverständigen (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 3.2.2005) (PDF-Dokument)
- Stellungnahme des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Strate vom 2.2.2005 (vorgetragen in der Hauptverhandlung am 3.2.2005) (PDF-Dokument)
- Schriftsatz des Rechtsanwalts Dr. Gerhard Strate vom 17.1.2005 an das Landgericht zur Vorenthaltung von Akten durch die Staatsanwaltschaft (erörtert in der Hauptverhandlung am 3.2.2005) (PDF-Dokument)
- Stellungnahme der Staatsanwaltschaft vom 19.1.2005 hierzu (erörtert in der Hauptverhandlung am 3.2.2005) (PDF-Dokument)
- Schreiben des Staatsanwalts Hitziger an die Privatbank Hauck & Aufhäuser vom 13.1.2005 zur Freigabe gepfändeter Guthaben zugunsten von Energis plc. (verlesen und erörtert in der Hauptverhandlung am 3.2.2005) (PDF-Dokument)
- Beschluß des Landgerichts Hamburg vom 9.2.2005 zur Fortdauer der Haft (verkündet in der Hauptverhandlung vom 10.2.2005)

Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

## Schrifttum

Folker Bittmann (Hg.), **Insolvenzstrafrecht. Handbuch für die Praxis**, de Gruyter, Berlin 2004, XXXV, 855 S., gebunden, ISBN 3-89949-121-1, 98 €

I. Liest man Vorwort und/oder Klappentext des hier anzuzeigenden „Handbuchs für die Praxis“ so wird rasch klar, dass es sich – je nach Sichtweise – um ein völlig neuen Entwurf bzw. um ein Experiment handelt: Das Insolvenzstrafrecht soll in all seinen Bezügen, d.h. einschließlich der insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Grundlagen (wie man bei der Lektüre des Werkes dann jedoch merkt: darüber hinaus auch noch z.B. mit seinen strafverfahrensrechtlichen Verflechtungen) dargestellt werden. Da die Verfasser um den Herausgeber Bittmann mit diesem Konzept tatsächlich ernst gemacht haben, kann wenig erstaunen, dass – trotz einer bis an die Grenzen der guten Lesbarkeit gehenden geringen Schriftgröße – insgesamt ein voluminöses Werk mit über 850 Seiten zusammengekommen ist.

II. Das Buch, an dem rund ein Dutzend Verfasser unterschiedlicher Fachrichtungen und aus unterschiedlichen Berufsfeldern mitgewirkt haben, ist auf der ersten Ebene sehr übersichtlich in sechs sinnvoll zusammengestellte

Kapitel gegliedert: Die Informationsbeschaffung im Zusammenhang mit Insolvenzverfahren, die gesellschaftsrechtlichen Funktionsträger, die materiellrechtliche Strafbarkeit nach verschiedenen Strafvorschriften, Sonderfälle eines strafrechtlichen Risikos für bestimmte Berufsträger bzw. in bestimmten Konstellationen, ausgewählte strafprozessuale Verfahrensfragen sowie ausgewählte Aspekte des Zwischen- und Hauptverfahrens.

1. Das erste Kapitel über Informationsbeschaffung im Insolvenz(straf)verfahren beginnt in seinem § 1 mit einem Abschnitt über die Informationsbeschaffung der Staatsanwaltschaft und die Gestaltung des Ermittlungsverfahrens. Dieser, weitgehend aus der Feder Bittmanns stammende, Teil ist im wesentlichen (durchaus nicht in einem negativen Sinne) recht allgemein gehalten und gibt einen Überblick über die internen Vorgänge bei der Aufnahme von (insolvenzstrafrechtlichen) Ermittlungen einschließlich praktischer Hinweise (wie z.B. zum Aktenaufbau, vgl. Rn. 44, oder Verfügungsmuster, vgl. Rn. 283 ff., 287 ff.). Bittmann „drückt“ sich jedoch auch nicht um die Behandlung rechtlicher Streitfragen, so etwa bei seinen Bemühungen um das richtige Verständnis der Verwendungsbeschränkungen nach § 97 I 3 InsO (vgl. Rn. 16 ff.). Eine Reihe von strafprozessualen Grundlagen

– z.B. hinsichtlich der Voraussetzung einer Beschlagnahme – werden fast kommentarartig breit erläutert. Knapper fallen dagegen die Teile von Joecks und Schulze über die Informationsbeschaffung bei anderen Behörden (insbesondere Steuerbehörden und Arbeitsverwaltung) aus.

Für Juristen ganz außerordentlich interessant ist die instruktive Einführung in „Die Buchhaltung als wesentliche Informationsquelle“ von Martinez Ferber (§ 2). Die Ausführungen wirken zwar – jedenfalls für den bilanzrechtlich und betriebswirtschaftlich nur unvollkommen vorgebildeten Rezensenten – teilweise sehr technisch und dezidiert betriebswirtschaftlich; gerade dadurch werden sie jedoch auch sehr konkret und können für Strafrjuristen damit einen guten Einstieg in die Beschäftigung mit der Buchhaltung bilden.

§ 3 behandelt die Rolle der Gerichte (Ermittlungsrichter, aber auch Haftrichter) im Ermittlungsverfahren in recht allgemeiner Form. Dabei wirkt freilich – bei allem Verständnis für den (vielleicht auch berufsrollenbedingten) Verfolgungseifer von Bittmann – die massive Kritik am Institut des Richtervorbehalts für strafprozessuale Zwangsmaßnahmen zumindest sub specie der Bedeutung, welche das Bundesverfassungsgericht dieser richterlichen Kontrolle zubilligt, etwas befremdlich.

§ 4 schließlich behandelt anwaltliche Strategien im Ermittlungsverfahren (und über den Titel des Abschnitts hinaus auch schon im zeitlichen Stadium vorher). Was Ferner hierzu ausführt, ist ein Beispiel für ein im wahren Wortsinne partizipatorisches Eingreifen im Ermittlungsverfahren, wenn es etwa darum geht, dass auch die Einigung mit Gläubigern organisiert werden kann usw.

2. Das ungefähr ebenso lange (ca. 150 S.) zweite Kapitel beschäftigt sich mit den gesellschaftsrechtlichen Funktionsträgern:

Diese werden zunächst in § 5 ausführlich dargestellt, wobei ein besonderes Schwergewicht auf der Funktion des Geschäftsführers (einschließlich seiner Weisungsgewundenheit und deren Grenzen) liegt, aber auch Themen wie die Gesellschafterversammlung, der Aufsichtsrat, der faktische Geschäftsführer (samt seiner möglichen strafrechtlichen Verantwortung für verschiedene Tatbestände) der Strohmann oder die Rolle der Liquidatoren nicht fehlen.

In § 6 werden die Pflichten eben dieser Funktionsträger im Vorfeld der „Krise“ (welche trotz vielfacher Überschneidungen von der Insolvenzreife abzugrenzen ist) beschrieben, d.h. insbesondere die Pflicht zur Kapitalerhaltung, der sonstige Schutz des Gesellschaftsvermögens sowie allgemeine Treuepflichten. Diese Pflichten wirken auch nach Eintritt der Krise fort, mit dem sich § 7 beschäftigt. Im Mittelpunkt steht hier insbesondere die Prüfung der (ebenfalls kommentarartig bereit dargestellten) Insolvenzeröffnungsgründe sowie die aus der Insolvenzantragspflicht resultierenden Konsequenzen.

In § 8 werden die Konsequenzen des Insolvenzeröffnungsverfahrens, d.h. die Wirkungen zwischen dem Antrag auf Eröffnung und dem Eröffnungsbeschluss näher beschrieben, während in § 9 die Auswirkungen des eröffneten Verfahrens nachgezeichnet werden. Auch dies geschieht umfangreich und – wie im Vorwort angekündigt – unter substantiiertem Darstellung der insolvenzrechtlichen Rechtslage (etwa einschließlich einer näheren Beschreibung der Rolle der Verfahrensbeteiligten oder der Konstitution der Insolvenzmasse). Das zweite Kapitel schließt mit dem relativ kurzen § 10 über die Pflichten, die sich nach Abweisung eines Insolvenzantrags (etwa mangels Masse) ergeben können.

3. Den umfangmäßigen Schwerpunkt des Buches bilden naturgemäß die fast 300 Seiten langen Ausführungen über die mögliche Strafbarkeit der Beteiligten nach den verschiedenen Strafvorschriften.

Den Auftakt bildet in § 11 die Insolvenzverschleppung, welche bekanntlich in verschiedenen Vorschriften unter Strafe gestellt ist und von Bittmann am Beispiel des – wohl praxisrelevantesten – § 84 GmbHG dargestellt wird. Obwohl – um ein permanentes Zurückblättern zu vermeiden – eine knappe Wiederholung der gerade für dieses Delikt so wichtigen Insolvenzeröffnungsgründe ohne Zweifel auch im Kontext des § 84 GmbHG sinnvoll ist, erscheint doch fraglich, ob diese Gründe nach der übersichtlichen Darstellung von Gruber in § 7 (vgl. oben) nochmals in diesem Umfang erörtert werden müssen, der z.B. zum Insolvenzgrund der Zahlungsunfähigkeit (Rn. 55-75) mit sieben Seiten sogar noch eine Seite länger ausfällt als der eigentlich diesem Thema gewidmete Abschnitt in § 7 (vgl. Rn. 9-32).

§ 12 ist dem Bankrott, §§ 283, 283 a StGB, gewidmet. Bittmann geht hier auf Auswirkungen der Auslegung der Vorschrift durch die Insolvenzrechtsreform ein und bringt auf insgesamt rund 90 Seiten kommentarhafter Darstellung eine ausführliche Auseinandersetzung mit allen Tatbestandsmerkmalen und den wesentlichen Problemen des Tatbestandes. Vergleichsweise kürzer fallen demgegenüber die §§ 13 (Verletzung der Buchführungspflichten, § 283 b StGB, 4 Seiten) und 14 (Gläubigerbegünstigung, § 283 c StGB, 16 Seiten) aus.

Nach diesen Insolvenzdelikten des StGB im eigentlichen Sinn wird noch eine Reihe weiterer Vorschriften dargestellt, welche im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Krise eines Unternehmens typischerweise eine Rolle spielen können. § 15 behandelt dabei den Betrug, was schon deswegen zu begrüßen ist, weil der (z.B. Lieferanten-)Betrug nicht zuletzt aufgrund der häufigen Strafanzeigen, die in diesem Bereich von den Lieferanten eingehen, um die Zahlungsmoral des Schuldners zu verbessern, die Ermittlungsbehörden besonders oft beschäftigt. Dies ändert freilich nichts daran, dass die allgemeinen Ausführungen zum Betrug in diesem Kontext länger ausfallen, als es unbedingt nötig gewesen wäre (vgl. nur die Schilderung des interessanten, aber mit dem hier in Rede stehenden Problem nicht zusammenhängenden Fall

des KG zum vorgetäuschten Versprechen, die Ehefrau des Betrugsoffiziers umzubringen, in Rn. 31).

Mit rund 40 Seiten ebenfalls relativ umfangreich dargestellt ist die Untreue (§ 266 StGB). Ausgesprochen instruktiv ist hier die (einer ebenfalls relativ breiten allgemeinen Einführung folgende) Darstellung der verschiedenen tauglichen Täter innerhalb eines Unternehmens in Rn. 55 ff. In der Frage, ob ein entsprechender Funktionsträger tauglicher Täter einer Tat nach § 266 StGB sein kann, spiegelt sich letzten Endes ja nichts anderes wider, als die für die Untreue nach h.M. konstitutive und in ihren Details stets ausgesprochen umstrittene qualifizierte Vermögensbetreuungspflicht.

Vier kurze Abschnitte auf insgesamt nur rund 17 Seiten sind in §§ 17-20 dem Kreditbetrug (§ 265 b StGB), dem Subventionsbetrug (§ 264 StGB), der Unterschlagung (§ 246 StGB) sowie der Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 StGB) gewidmet. Anders als in seiner Darstellung des Betrugs (§ 15, vgl. oben) hat sich Schulze hier offenbar bewusst zurückgenommen, so dass die Erläuterungen die allgemeinen Fragen der genannten Vorschriften in der Regel nicht tiefer thematisieren als erforderlich; für den hier verfolgten Zweck erscheint mir aber für diese Vorschriften (denen zumindest teilweise im Insolvenzfall auch keine vertiefte Bedeutung zukommt) der gewählte Umfang absolut ausreichend.

Einen Schwerpunkt der Untersuchung bildet dagegen (auf rund 50 S.) wieder völlig zu Recht das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt nach § 266 a StGB, welcher seinen praktischen Anwendungsbereich fast ausschließlich in der Situation von Unternehmenskrisen hat. Auch hier werden alle Merkmale mehr oder weniger kommentarartig aufbereitet, wobei Bittmann (der in früheren Veröffentlichungen ein Anhänger der Lohnzahlungstheorie gewesen ist) auch hier zwar eine Kritik an der nunmehr Gesetz gewordenen Lohnpflichttheorie übt (Rn. 64 ff.), jedoch zutreffend darauf hinweist, dass sie zumindest im Ausgangspunkt nun de lege lata so hinzunehmen sei. Bei der für eine Strafbarkeit nach § 266 a StGB u.U. problematischen Leistungsfähigkeit des Schuldners (vgl. Rn. 71 ff.) billigt Bittmann die Rechtsprechung des BGH (und h.M.), welche grundsätzlich von einem Vorrang der Verpflichtung zur Abgabe der Beiträge zur Sozialversicherung ausgeht. Soweit diese allerdings aus dem Arbeitgeber aufgrund der späteren Fälligkeit erwachsenen Liquiditätsvorteilen abgeleitet wird (vgl. Rn. 77 f.), ist dieses Argument jedenfalls auf dem Boden der Lohnpflichttheorie problematisch, da hier eine Zahlungspflicht ja auch besteht, wenn der Lohn tatsächlich gar nicht ausgezahlt (und dementsprechend auch kein Beitragsanteil einbehalten) worden ist. Bittmann sieht dieses Problem auch selbst (vgl. Rn. 81), meinte sie jedoch mit einer „Anleihe“ bei der im übrigen nicht mehr vertretbaren Lohnzahlungstheorie praktikabel lösen zu können (vgl. Rn. 82), indem eine Vorsorgepflicht zur Bewahrung der Sozialabgaben mit der Auszahlung des Nettoentgelts eintritt, was freilich streng genommen auch bereits einen Vorrang der Abgabepflich-

ten vor der Lohnzahlungspflicht voraussetzt. Auch die in der neueren Rechtsprechung des BGH anerkannte rechtfertigende Wirkung des § 64 GmbHG wird von Bittmann kritisch gesehen; jedenfalls sei selbst auf der Basis dieser Rechtsprechung ein Rechtfertigungsgrund nur während der Drei-Wochen-Frist des § 64 GmbHG anzuerkennen und damit eine Strafbarkeit regelmäßig nicht ausgeschlossen, sondern zeitlich nur hinausgeschoben (vgl. Rn. 89 ff.).

Relativ knapp fällt schließlich wieder § 22 zur Schuldnerbegünstigung, § 283 d StGB. aus.

4. Ein gewisses „Sammelbecken“ von – thematisch jedoch durchaus zusammenhängenden und daher auch sinnvoll im Zusammenhang behandelten – Sonderproblemen stellt das vierte Kapitel über „Besondere strafrechtliche Risiken“ dar. Dabei behandeln die §§ 23 bis 26 die mögliche strafrechtliche Verantwortlichkeit des Insolvenzverwalters unter einer Vielzahl denkbarer Aspekte von der Untreue bis zum verbotenen Insiderhandel. Damit werden auch solche Strafbarkeitsrisiken berücksichtigt, die sich nicht unmittelbar aus der Amtsstellung des Insolvenzverwalters, sondern auch aus seiner Vertretungsbefugnis für die Masse ergeben. Die §§ 27 bis 30 behandeln Strafbarkeitsrisiken auf Seiten von Banken, Beratern, „professionellen Unternehmensbestattern“ sowie den Mitgliedern von Gläubigerpools.

§ 31 schließlich bildet den Abschluss des vierten Kapitels und befasst sich mit der Untreue im (qualifizierten) faktischen Konzern. Dabei wird insbesondere auch auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen im „Vulkanurteil“ eingegangen; wenn in Rn. 27 die Rede davon ist, es sei noch ungeklärt, „inwiefern diese neuere Rechtsprechung (...) auch auf die strafrechtliche Beurteilung solcher Vorfälle nach § 266 durchschlägt“, so scheint leider gerade in diesem wichtigen Feld der Bearbeitungsstand des Buches „nur“ beim 1.4.2004, nicht beim teilweise noch erreichten 1.6.2004 (vgl. Vorwort, S. V) zu liegen (vgl. die Entscheidung des 5. Strafsenats 5 StR 73/03 vom 13.5.2004 zur Untreue durch AG-Vorstandsmitglieder zum Nachteil einer abhängigen GmbH im Fall Bremer Vulkan, NJW 2004, 2248 = HRRS 2004 Nr. 604).

5. Das fünfte und sechste Kapitel schließlich befasst sich mit prozessualen Fragestellungen, wobei im fünften Kapitel die Komplexe „Deal“ und Gewinnabschöpfung, im sechsten Kapitel die Rolle von Staatsanwaltschaft, Gericht, Finanzbehörden und Verteidigung behandelt wird.

Der Abschnitt über die Verständigung im Strafverfahren (sog. Deal) behandelt ebenfalls fast handbuchartig die damit zusammenhängenden Fragestellungen, wobei im Mittelpunkt die Zulässigkeit und Grenzen der Verständigung über den Urteilsinhalt (selbstverständlich unter Berücksichtigung der Leitentscheidung BGHSt 43, 195) sowie die prozessuale Behandlung einer fehlgeschlagenen Vereinbarung stehen. § 33 über „Gewinnabschöp-

fung und Rückgewinnungshilfe“ enthält einen Überblick über die materiell-rechtlichen Regelungen der §§ 73 ff. StGB sowie über prozessrechtliche Grundlagen.

Der kurze § 34 über die Staatsanwaltschaft beschäftigt sich insbesondere mit den verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten im Rahmen der staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung, d.h. mit Verfahrenseinstellungen aus Opportunitätsgründen sowie mit dem Vorgehen in Fällen, in denen eine solche nicht möglich ist (Verwarnung, Strafbefehl oder Anklageerhebung). Ebenfalls recht knapp werden in § 35 und 36 die Rolle des Gerichts in Zwischen- und Hauptverfahren sowie die Beteiligung der Finanzbehörden beschrieben. Mit etwas über 20 Seiten wieder ausführlicher wird in § 37 die mögliche Rolle der Verteidigung erörtert, wobei im Mittelpunkt Verteidigungsstrategien in der Hauptverhandlung stehen. Unter ihnen werden etwa mögliche Zuständigkeitsrügen, Ablehnungsanträge, Aussetzungsanträge oder Beweisanträge beschrieben. Die Ausführungen sind hier freilich mit Blick auf das eigentliche Thema sehr unspezifisch gehalten; exemplarisch: in Rn. 72 ff. wird zwar auf rund zwei Seiten das Plädoyer des Verteidigers hinsichtlich seiner Bedeutung, seines Ablaufs und seiner Gestaltung beschrieben, es fehlt dabei jedoch jeglicher Hinweis auf eventuelle Spezifika in Zusammenhang mit Insolvenzverfahren.

III. Aus dem – notwendigerweise ganz stark gerafften – Eindruck der vorhergehenden Ausführungen dürfte deutlich gewesen sein, dass Herausgeber und Verfasser eine wirklich imposante Leistung gelungen ist. Ob sie tatsächlich ein „großer Wurf“ ist, wage ich noch nicht zu prognostizieren: Denn wie in der Darstellung des Inhalts ebenfalls an mehreren Stellen deutlich wurde (und noch an vielen anderen Stellen hätte aufgezeigt werden können), erliegt das Buch an vielen Stellen der Versuchung, auch sehr allgemeine Überlegungen allzu breit und gelegentlich auch zu unspezifisch darzustellen. Auch finden sich teilweise mehr Redundanzen, als zur Vermeidung ständigen Hin- und Herblättern unverzichtbar gewesen wären.

Möglicherweise ist jedoch vor allem der erste Einwand nur die verzerrte Perspektive eines Strafrechtlers, da der Rezensent etwa die zivilrechtlichen Überlegungen zum Insolvenzrecht oder zu den Funktionsträgern bei der Gesellschaft ebenso wie die bilanzrechtlichen bzw. betriebswirtschaftlichen Ausführungen zur Buchführung ganz und gar nicht als zu lang (sondern für das richtige Verständnis als durchaus erforderlich) empfunden hat. Möglicherweise ist daher das, was man in seiner eigenen Disziplin (wenngleich vielleicht nicht als Manko, so doch zumindest) als entbehrlich empfindet, für den Leser, der eine jeweils andere – aber dennoch mit dem Komplex Insolvenzstrafrecht zusammenhängende – Heimatdisziplin hat, gerade der große Vorteil des Buches: Das eingangs erwähnte und vom Herausgeber betonte Konzept, das Insolvenzstrafrecht in all seinen Facetten und mit all seinen Grundlagen wirklich umfassend darzustellen. Und wer – dies jedenfalls aus strafrechtlicher Perspektive – tatsächlich ehrlich zu sich selbst ist,

wird wohl eingestehen müssen, dass er auch in den Bereichen „seiner“ Disziplin jedenfalls dann, wenn er nicht tagtäglich mit den entsprechenden Fragestellungen zu tun hat, relativ rasch an den Punkt stößt, an den er zur Absicherung ohnehin noch einmal in einem Kommentar nachschlagen würde. Dies kann man sich jedoch mit Hilfe des Handbuchs zum Insolvenzstrafrecht häufig ersparen, da auch zu Vorfragen der Umfang der Darstellung sowie die Anzahl der Nachweise hinter einem Handkommentar keinesfalls zurückstehen. Von daher bietet das Buch für jeden – egal aus welcher Perspektive – mit dem Insolvenzstrafrecht Beschäftigten einen großen Fundus des verfügbaren Wissens einerseits sowie wichtige weiterführende Informationen aus möglicherweise weniger genau beherrschten Bereichen andererseits. Auf diese Weise ermöglicht es die Behandlung eines insolvenzstrafrechtlichen Falles gleichsam aus einem Guss (wenngleich auch aus verschiedenen Federn) und dürfte damit das sich selbst gesetzte Ziel eigentlich erreicht haben. Nach meinem Dafürhalten ist dem Buch zu wünschen, dass die von ihm angesprochenen Leser dies ähnlich beurteilen und es am Markt freundlich aufnehmen.

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

\*\*\*

*Franz Isak und Alois Wagner, Strafvollstreckung. 7., neubearbeitete Aufl., 2004. Handbuch der Rechtspraxis, Band 9. Verlag C. H. Beck, München. 676 Seiten, gebunden. ISBN 3-406-51235-6. Preis 66 €.*

Das Handbuch „*Strafvollstreckung*“, das zum zweiten Mal von den beiden Autoren *Isak* – einem ehemaligen leitenden Oberstaatsanwalt, Vorsitzenden einer Strafvollstreckungskammer und Strafrichter – und *Wagner* – dem Leiter einer Justizvollzugsanstalt und ehemaligen Rechtspfleger bei einer Staatsanwaltschaft – verantwortet wird, befindet sich nunmehr auf dem Stand vom Jahreswechsel 2002/2003, nachdem es zuletzt 4 Jahre zuvor aktualisiert worden war. Es dürfte sich dabei zur Zeit um das ausführlichste und umfassendste Praxisbuch zur Strafvollstreckung handeln. Es soll schon hier darauf hingewiesen werden, dass mit Praxis die Justizpraxis, die Praxis der Strafvollstreckungsbehörden, Strafvollzugsbehörden und Gerichte gemeint ist. Die Autoren sehen völlig davon ab, die Praxis des Rechtsgebiets aus der Perspektive des in der Strafvollstreckung tätigen Strafverteidigers zu erläutern. Dies zeigt sich unter anderem daran, dass sämtliche im Text zahlreich abgedruckten Formulare, Formulierungsbeispiele bzw. Muster für Anschreiben, Anträge, Verfügungen, gerichtlichen Entscheidungen etc. für die Justiz bestimmt sind und praktische Hinweise ebenfalls nur deren Vorgehen betreffen. Angesichts des beruflichen Hintergrunds der Autoren darf vernünftigerweise nichts anderes erwartet werden. Überdies macht der Umstand, dass deren Ausführungen ganz aus der Sichtweise der Justiz heraus erfolgen, das

Werk gerade (auch) für den Strafverteidiger wertvoll. Diesem wird ein außergewöhnlich tiefer und unverstellter Einblick in das Denken, die Entscheidungsabläufe und -bedingungen seines Gegenübers auf der Seite der Justiz gegeben. Dies liefert ihm zahlreiche wichtige Informationen und Anregungen für seine Verteidigertätigkeit, die er aus einem Buch eines Verteidigerkollegen vielleicht nicht erlangen könnte. Allerdings muss er diesen „Input“ gewissermaßen transformieren und selbstständig in taktisch und rechtlich richtiges Verteidigungshandeln umsetzen. Um das Handbuch zu einer für den Verteidiger praktisch noch leichter zu nutzenden Arbeitshilfe zu machen, sei vorgeschlagen, für die Neuauflage als Koautor einen Strafverteidiger mit einschlägigen Erfahrungen zu gewinnen, der ergänzende praktische (und taktische) Hinweise aus Verteidigersicht sowie Muster für Schriftsätze und Anträge beisteuern könnte. Diese Ergänzungen müssten den Text nicht übermäßig aufblähen.

Trotz der Unüberschaubarkeit des Themas soll versucht werden, einen Überblick über den Aufbau und Inhalt des Werks zu geben: Gemäß ihren beruflichen Erfahrungen haben die Autoren die Bearbeitung der Thematik aufgeteilt: *Wagner* bearbeitete das weit umfangreichere erste Buch (S. 1-559) - Strafvollstreckung - mit Ausnahme des 12. Teils (S. 498-532) - zur Amtshilfe und Rechtshilfe in Strafsachen - während *Isak* das zweite Buch zu den gerichtlichen Entscheidungen in der Strafvollstreckung und im Strafvollzug (S. 559-661) und den 12. Teil des ersten Buches abdeckt. Nach den einführenden Bemerkungen finden sich gleich im ersten Teil (S. 1-39, allgemeine Grundsätze der Strafvollstreckung) die praktisch durchaus relevanten und zur Lektüre empfohlenen Ausführungen zur Zuständigkeit der Strafvollstreckungsbehörden und insbesondere zur Zuständigkeit des Rechtspflegers und zur Abgrenzung von dessen Kompetenzen von denen des Staatsanwalts einerseits und denen des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle andererseits (S. 6-17). Ebenfalls hervorgehoben werden soll die sehr übersichtliche Darstellung der Rechtsbehelfe und Rechtsmittel in der Strafvollstreckung (S. 19-25). Es folgen Ausführungen zur Pflichtverteidigung, zur Rechtskraft als Vollstreckungsvoraussetzung, dem allgemeinen Pflichten der Vollstreckungsbehörde – namentlich der Pflicht zur Vollstreckung mit Nachdruck und Beschleunigung (§ 2 Abs. 1 StVollstrO) die den Begehren der Verteidigung häufig entgegensteht – und zur geschäftlichen Behandlung der Strafvollstreckungssachen. Dahinter verbergen sich erhellende Bemerkungen zur Aktenführung in der Strafvollstreckung, insbesondere zum Inhalt des Vollstreckungshefts und zur Registerführung (S. 34-39), die man als (noch unerfahrener) Verteidiger zu schätzen weiß.

Der zweite Teil behandelt die Vollstreckung von Freiheitsstrafen (S. 39-185). Gewissermaßen chronologisch wird die Einleitung der Vollstreckung (durch die sogenannte Vollstreckungsverfügung), die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Justizvollzugsanstalten (gemäß dem Vollstreckungsplan der Länder), die Ladung zum Strafantritt, die Verschiebung der Verurteilten in die zuständige Anstalt, die Einweisung des Verurteilten, der

Vorführungsbefehl und der (Vollstreckungs-) Haftbefehl und evtl. notwendige Fahndungsmaßnahmen geschildert. Auch für den Verteidiger von großer Bedeutung sind die sehr eingehend behandelte korrekte Strafzeitberechnung (S. 87-129), die Reihenfolge und mögliche Unterbrechungen der Vollstreckung (S. 129-146), sowie schließlich der Abschluss der Vollstreckung und besondere Vollstreckungsverfahren (etwa die Vollstreckung von nachträglich gebildeten Gesamtstrafen, S. 157-174, und das Absehen von der Vollstreckung gegenüber Ausländern, § 456a StPO, S. 180-185). § 456a StPO kann für den Verteidiger (und dessen ausländischen Mandanten) die Chance auf eine ansonsten nicht denkbare Verkürzung der Haftzeit eröffnen. Die Bereitschaft, etwaige (aussichtslose) Rechtsmittel im Strafverfahren zurückzunehmen sowie die Bereitschaft, die gegen die - bei Haftstrafen ab ca. drei Jahren zumeist drohende - Ausweisung (§ 45 ff AuslG) und Abschiebung (§ 49 AuslG) umgehend rechtskräftig werden zu lassen, kann nicht selten zur Entlassung beträchtlich vor dem 2/3-Zeitpunkt (§ 57 Abs. 1 StGB; in Baden-Württemberg etwa ist der 7/12-Zeitpunkt üblich) oder – wohl seltener – der Halbstrafe (§ 57 Abs. 2 StGB) führen. Aus der Sicht der Justiz hat dies den Vorteil, dass die entsprechenden (aufwändig vorzubereitenden) Entscheidungen überflüssig gemacht und potenziell weiter gefährliche Straftäter schnellstmöglich außer Landes gebracht werden. Maßgeblich für die Entscheidung des zuständigen (Vollstreckungs-)Staatsanwalts (§ 1 Nr. 1 BegrenzVO) sind in erster Linie die in den jeweiligen Bundesländern unterschiedlichen Richtlinien der Justizministerien bzw. der Generalstaatsanwaltschaften. Das Buch von *Isak/Wagner* beschreibt leider nur die allgemeinen Gesichtspunkte, die eine Rolle zu spielen haben (S. 182); sehr interessant wäre hier zumindest der Abdruck der Richtlinien eines Bundeslandes oder jedenfalls die Angabe der Fundstellen, da diese Rechtsquellen nicht für jeden Verteidiger ohne weiteres verfügbar oder auffindbar sind. Lesenswert sind die knappen aber wichtigen Ausführungen (S. 184) zur grundsätzlich obligatorischen Nachholung (d. h. Fortsetzung) der Vollstreckung, wenn der Verurteilte freiwillig in das Bundesgebiet zurückgekehrt. Hervorzuheben wäre eventuell gewesen, dass dann in der Praxis auch eine Strafrestaussatzung zur Bewährung regelmäßig nicht mehr durchsetzbar sein wird.

Der dritte Teil (S. 185-243) handelt von der Vollstreckung von Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen, Themen der Unterabschnitte sind die Einforderung und Beitreibung (S. 190-220), die Vollstreckung der Ersatzfreiheitsstrafe (S. 220-236) und die Abwendung der Vollstreckung durch freie Arbeit (S. 236-243). In diesem Zusammenhang behandelt die Autoren eingehend die weiterhin strittige Frage, ob eine Strafrestaussatzung gemäß § 57 StGB auch bei der Ersatzfreiheitsstrafe möglich ist und verneinen dies mit beachtlichen rechtssystematischen Gründen (S. 234/235, vgl. auch OLG Stuttgart Justiz 1986, 469; anderer Ansicht OLG Koblenz NSTz 1987, 120; 1995, 254). Eingehend wird auch die Abwendungsbefugnis durch Erbringung freier, unentgeltlicher und gemeinnütziger Arbeitsleistungen (gemäß Art. 293 EGStGB i. V. m. den unterschiedlichen Rechtsverord-

nungen der Länder; deren Abdruck wäre hilfreich gewesen, s.o.) besprochen. Die Justiz steht diesem – vielleicht nicht allgemein bekannten – Rechtsinstitut insbesondere aufgrund der Kosten der Haft anscheinend sehr abgeschlossen gegenüber (S. 236). Ablehnungsgründe sind insbesondere Anhaltspunkte dafür, dass der Verurteilte freie Arbeit nicht leisten will oder kann (S. 239). Der vierte Teil (S. 243-246) zur Vermögensstrafe ist durch das (dort zusammengefasste) Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. März 2002 (NJW 2002, 1779), durch das § 43a StGB für verfassungswidrig und nichtig erklärt wurde, überflüssig geworden. Im fünften Teil (Vollstreckung von Maßregeln der Besserung und Sicherung) findet man nach allgemeinen Vorbemerkungen zunächst Ausführungen zu den freiheitsentziehenden Maßregeln (S. 251-291). Im Mittelpunkt steht dabei das Verhältnis zur daneben zu verbüßenden Freiheitsstrafe, insbesondere die Vollstreckungsreihenfolge (S. 268-287). Es folgt die Erörterung der Maßregeln ohne Freiheitsentziehung (S. 291-310), Führungsaufsicht (S. 291-301), Entziehung der Fahrerlaubnis (S. 301-306) und Berufsverbot (S. 306-310). Der sechste Teil (S. 310-336) behandelt die Vollstreckung von dem Strafen und Nebenfolgen, von besonderer praktischer Relevanz sind hier das Fahrverbot (S. 313-323) und Verfall, Einziehung etc. (S. 326-332). Im siebten Teil (S. 336-169) wird die Vollstreckung von Entscheidungen nach dem OWiG behandelt, im achten Teil die Vollstreckung von Ordnungsgeldern und Zwangsgeldern etc. (S. 369-380). Von deutlich größerer praktischer Bedeutung sind die Ausführungen im neunten Teil zur Vollstreckung der Sanktionen gegen Jugendliche und Heranwachsende (S. 380-429). Hervorzuheben sind die Ausführungen zur Vollstreckungszuständigkeit des Jugendrichters (S. 387-390, statt wie üblich der Staatsanwaltschaft), die Darstellung der wenig übersichtlich geregelten Anfechtung der Vollstreckungsentscheidungen im Jugendstrafverfahren (S. 396-399), sowie der Durchführung der Vollstreckung der für des Jugendstrafrecht typischen Erziehungsmaßregeln (S. 401-404), Zuchtmittel (S. 404-409) insbesondere des Jugendarrestes (S. 409-419). Bündig (S. 419-427) fällt demgegenüber die Abhandlung zur Vollstreckung der Jugendstrafe aus. Der zehnte Teil (S. 429-458), der die sogenannten Nebengeschäfte der Vollstreckung behandelt, nämlich Mitteilungs- und Unterrichtspflichten etc., dürfte vordergründig nur für den im Bereich der Strafvollstreckung tätigen Beamten interessant sein, es ist jedoch auch für den Verteidiger und dessen Mandanten bedeutsam, welche Stellen im Anschluss an Akte der Strafvollstreckung Mitteilung in Strafsachen (S. 431 ff; eine sehr übersichtliche tabellarische Darstellung der Mitteilungsempfänger und Mitteilungsanlässe) erhalten bzw. welche Mitteilungen an das Verkehrszentralregister (S. 438 ff) oder das Bundeszentralregister (S. 442 ff) erfolgen. Dies kann das berufliche und private Leben des Mandanten bzw. dessen Resozialisierung nicht unerheblich beeinflussen, da sich an die Mitteilungen häufig weitere Rechtsfolgen in anderen Bereichen anschließen.

Der elfte Teil (S. 458-498) behandelt die Vollstreckungshindernisse im weiteren Sinne (Amnestie, Immunität, Spezialität der Auslieferungsbewilligung, Vollstre-

ckungsverjährung, Strafausstand (Hafturlaub), Vollstreckungsaufschub, Vollzugsuntauglichkeit, Zurückstellung der Strafvollstreckung gem. §§ 35, 36 BtMG und Gnadenmaßnahmen). Aus der Sicht der Verteidigung dürften besonders die letzten fünf Themen von besonderem Interesse sein; die Ausführungen zur Vollzugsuntauglichkeit aus gesundheitlichen Gründen bzw. wegen sonstiger Lebensgefahr zeigen deutlich, dass insbesondere wegen der Möglichkeit des Strafvollzugs in Justizvollzugskrankenhäusern und der strengen Maßstäbe der Praxis die Bejahung der Haftunfähigkeit des Mandanten nur ganz selten zu erreichen sein dürfte (vgl. S. 475 ff). Eingehend und überzeugend – insbesondere hervorragend mit Rechtsprechungsnachweisen belegt – sind auch die Ausführungen zu den §§ 35, 36 BtMG (S. 480-490). Es ist hervorzuheben, dass hiernach die Zurückstellung von der Vollstreckung - i. d. R. einer Haftstrafe – auch dann möglich ist, wenn der Zusammenhang zwischen Straftat und Betäubungsmittelabhängigkeit nicht durch die Urteilsgründe belegt ist, da daraus nur eine widerlegliche Vermutung erwächst und der Vollstreckungsbehörde bei entsprechenden Anhaltspunkten aufgegeben ist, den Sachverhalt eigenständig zu ermitteln und zu beurteilen (vgl. S. 480; OLG Oldenburg StV 2001,467; OLG Frankfurt NSTz-RR 1998, 314). Wichtig ist auch der Hinweis, dass der neueren Rechtsprechung zufolge auch wegen ambulanter Drogenentziehungstherapien bei staatlich anerkannten Einrichtungen die Vollstreckung von Freiheitsstrafen zurückgestellt werden kann und die Zeiten in der Regel auf die Straftat anzurechnen sind, wenn durch die ambulante Therapie keine geringeren Anforderungen an den Verurteilten gestellt werden (S. 481, 487); dies eröffnet der Verteidigung positive Gestaltungsmöglichkeiten, ähnlich wie die Möglichkeit, mit der Therapie bereits vor der Verurteilung zu beginnen (S. 487). Die Ausführungen zum Gnadenrecht sind zwar knapp, bieten aber die Fundstellen der Gnadenordnung sämtlicher Bundesländer (S. 491-493). Der 12. Teil (S. 498-532) beschäftigt sich mit der Rechtshilfe und Amtshilfe in Strafsachen; dieses auch für die Verteidigung sehr interessante Rechtsgebiet wird leider in ausgeprägter Weise aus der Sicht der Justiz dargestellt. Zum Doppelbestrafungsverbot des Art. 54 SDÜ (S. 530) wird noch die durch eine neue Entscheidung des EuGH (NSTz 2003, 332) überholte Rechtsauffassung deutscher Revisionsgerichte, dass nämlich nur von Gerichten getroffene abschließende Entscheidung zum Strafklageverbrauch führen, wiedergegeben. Die Klarstellung des Europäischen Gerichtshofs, staatsanwaltschaftliche Einstellungsentscheidungen etwa nach § 153a StPO hätten dieselbe Folge, konnte wohl aufgrund des frühen Redaktionsschlusses nicht mehr berücksichtigt werden. Der 13. Teil (S. 532-559) behandelt die Kosten in Strafsachen und Bußgeldsachen und ist für den Verteidiger insoweit von Bedeutung, als er selbst betroffen ist; die Autoren geben einen knappen Einblick in die Praxis der Justiz, die Gebühren und Auslagen des Verteidigers zu berechnen (S. 551-557).

Das wesentlich kürzere zweite Buch (S. 558-661) behandelt die gerichtlichen Entscheidungen in der Strafvollstreckung und im Strafvollzug. Der Hauptvorzug der



Ausführungen - etwa gegenüber den Kommentierungen in den Standardkommentaren - liegt in der systematischen und - wo es möglich ist - chronologischen Schilderung des gerichtlichen Verfahrens in der Strafvollstreckung: Im ersten Teil werden zunächst allgemeine Verfahrensfragen geklärt (S. 559-582). Auch für den Verteidiger nützlich sind die Ausführungen zur sachlichen und örtlichen Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (S. 558-569), besonders die übersichtliche und verständliche Darstellung der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen dem Gericht des ersten Rechtszugs und der Strafvollstreckungskammer im Hinblick auf die durch die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe bei der letzteren eintretenden Zuständigkeitskonzentration (§ 462a Abs. 1 Satz 1 StPO). Im Anschluss werden die einzelnen gerichtlichen Entscheidungen in der Strafvollstreckung erörtert (S. 582-623). Im Vordergrund steht hier die Entscheidung über die Aussetzung des Strafrestes (§§ 57 ff StGB) unter verfahrensrechtlichen, aber auch unter materiellrechtlichen Gesichtspunkten; gerade diese Kombination ist als nützlich anzusehen; die systematische und übersichtliche Darstellung der Voraussetzungen der Zulässigkeit und Begründetheit des Aussetzungsantrags und des Inhalts positiver bzw. negativer Entscheidungen ist uneingeschränkt empfehlenswert (S. 597-608). Gleiches gilt für die Ausführungen zur Überwachung der Bewährung und nachträglicher Entscheidungen, insbesondere im Widerrufsverfahren (S. 610-614). Äußerst knapp fallen leider - wohl wegen des Redaktionsschlusses im Dezember 2002 - die Ausführungen zum Verfahren der Anordnung einer vorbehaltene Sicherungsverwahrung aus, die durch Gesetz vom 21. August 2002 (BGBl I 2002, S. 3344) eingeführt wurde. Aus demselben Grund konnten die Autoren zur nachträglichen Sicherungsverwahrung überhaupt nicht Stellung nehmen. Im zweiten Teil werden knapp die Entscheidungen der Strafvollstreckungskammer nach dem Strafvollzugsgesetz abgehandelt (S. 623-631), ebenso knapp im dritten Teil die Entscheidungen nach dem IRG (S. 631-639). Der vierte Teil behandelt die Entscheidungen des erstinstanzlichen Gericht in Fragen der Strafvollstreckung (S. 639-658). Hier ist die sorgfältige Darstellung der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (§§ 460 StPO, 55 StGB) zu loben (S. 642-654). Der fünfte Teil schließlich schildert kurz den Rechtsweg nach § 23 EGGVG gegen Justizverwaltungsakte in der Strafvollstreckung (S. 658-660).

Fazit: Das Handbuch der Strafvollstreckung ist für den Verteidiger eine Fundgrube. Es könnte, wenn es dessen Sichtweise stärker einbezieht (s.o.), in diesem Bereich auch für diesen konkurrenzlos nützlich werden. Für Justizangehörige, die in der Strafvollstreckung tätig sind, dürfte es mit seinen praktischen Hilfestellungen, insbesondere den zahlreichen Mustern für unterschiedlichste Entscheidungen jedenfalls zu Beginn der Tätigkeit eine wichtige Stütze, wenn nicht gar unentbehrlich sein. Es sollte jedem auf diesem Gebiet tätigen Richter, Staatsanwalt oder Rechtspfleger zur Verfügung stehen.

Rechtsanwalt **Markus Rübenstahl**, mag. iur Karlsruhe

\*\*\*

**Gabriele Jansen, Zeuge und Aussagepsychologie**, C.F. Müller; Heidelberg 2004; 39, 90 €; ISBN 3-8114-0861-5.

*Max Alsbergs* vielzitierte, aus dem Vorwort zur ersten Auflage seines „Der Beweisantrag im Strafprozeß“ (1930, S. 1) stammende Äußerung, das Beweisproblem sei schlechthin *das* Zentralproblem des Strafprozesses, liegt 75 Jahre zurück. Gleichwohl führte erst die Diskussion über die Verzahnung rechts- und sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in der zweiten Hälfte des letzten Jahrhunderts dazu, daß die normative Kopflastigkeit des juristischen Arbeitens, insbesondere im Rahmen der Diskussion über die Juristenausbildung in Frage gestellt wurde. Die „Tatsachenfeststellung vor Gericht“ – so der Titel des hierbei Schrittmacherdienste leistenden und einer Neuauflage harrenden Werkes von *Bender/Röder/Nack* – geriet in den Fokus der Aufmerksamkeit nicht nur der Verfasser von Lehrplänen für Studiengänge und Fortbildungsveranstaltungen: Die vermeintlichen Hilfswissenschaften – z.B. Vernehmungslehre, Glaubwürdigkeitslehre, Kriminalistik – wurden in ihrem Stellenwert für die forensische (nicht nur polizeiliche) Praxis erkannt. Daß ihre Beherrschung oder wenigstens die Beachtung ihrer potentiellen Bedeutung für den richterlichen Überzeugungsbildungsprozeß unumgänglich ist, um das Fehlurteilsrisiko zu reduzieren, wurde, wenn auch manchmal widerwillig anerkannt, und zwar theoretisch wie praktisch: Ersteres manifestierte sich in der Entwicklung des Schrifttums: Zunehmend wurde durch Überblicksartikel aus der Feder von Strafruristen (z.B. *Nack*, StraFo 2001, 1 ff; *Neuhaus*, StraFo 2001, 8 ff., 406 ff.; 2002, 254 ff.; 2004, 117 ff. ) versucht, die entsprechenden Erkenntnisse der Praxis zugänglich zu machen, eine Entwicklung, die durch das exzeptionelle Handbuch von *Ulrich Eisenberg* (Das Beweisrecht der StPO, 4. Auflage) gekrönt wurde. Gleichzeitig wurden auch fachwissenschaftliche Publikationen für den praktisch tätigen Strafruristen zugänglich: Erinnert sei nur für den Bereich der forensisch-psychologischen Glaubhaftigkeitsbeurteilung an die Kette der Veröffentlichungen von *Günter Köhnken*, *Max Steller* und *Luise Greuel*, die ihren vorläufigen Abschluß in dem Handbuch „Glaubhaftigkeit der Zeugenaussage“ (1998), der Habilitationsschrift von *Greuel* und dem Handbuchartikel von *Steller/Volbert* in der 4. Auflage des von *Venzlaff/Foerster* herausgegebenen Kompendiums „Psychiatrische Begutachtung“ gefunden hat. Flankiert wurde diese Publikationsentwicklung durch Veröffentlichungen zu (spektakulären) Strafverfahren, in denen beispielsweise die Glaubhaftigkeitsbegutachtung über das Schicksal der Angeklagten entschied (vgl. zuletzt eindringlich *Eisenberg*, JR 2004, 358 ff.). Mit dieser Entwicklung korrespondierte praktisch eine vor allem von dem 1. Strafsenat des *Bundesgerichtshofs* vorangetriebene Öffnung der Rechtsprechung einschließlich der revisionsgerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten gegenüber den Erkenntnissen etwa der forensischen Psychologie. Paradigmatisch hierfür steht die auch in ihrer revisionsverfahrensrechtlichen Vorbereitung innovative Entscheidung dieses Senats zur Überprüfung von Glaubhaftigkeitsgutachten (*BGHSt* 45, 164 ff.), die unlängst für Schuldfähigkeitsgutachten eine

adäquate Fortschreibung durch eine Entscheidung des 2. Strafsenats des *Bundesgerichtshofs* gefunden hat (2 StR 367/04 vom 12.11.2004). Diese eher auf die Beweisaufnahme und die Partizipation der Verfahrensbeteiligten an ihr bezogene Rechtsprechung wird durch eine stetige Strukturierung der Anforderungen an die tatgerichtliche Beweiswürdigung in kritischen Fallkonstellationen (vgl. *Ventzke*, HRRS 2004, 340/342 m.w.N) abgerundet.

Vor diesem Hintergrund sind die Erwartungen des Lesers hoch, wenn in der bewährten Reihe „Praxis der Strafverteidigung“ als Band 29 ein „Zeuge und Aussagepsychologie“ betiteltes Werk einer Strafverteidigerin vorgelegt wird, die bereits mit erfahrungsfundierten Veröffentlichungen auf diesem Gebiet hervorgetreten ist. Was erwartet er konkret? Oder anders gefragt: Wo besteht in der Literatur eine gerade aus praktischer Sicht zu schließende Lücke? Die Antwort scheint klar: Vor allem für „Einsteiger“ erscheint die Präsentation *einerseits* der einschlägigen juristischen Vorgaben, *andererseits* der außerstrafrechtlichen Erkenntnisse und ihre – möglicherweise an Einzelfällen illustrierte - Zusammenführung und Umsetzung in Handlungsempfehlungen hilfreich.

Das stellt auch den Ausgangspunkt der *Verfasserin* dar, die allerdings die Literaturlage eher skeptischer einschätzt (Rn. 3 ff.). Ihr Werk untergliedert sie in vier Abschnitte: „§ 1 Zeugenaussage“, „§ 2 Zeugenvernehmung“, „§ 3 Aussagepsychologische Begutachtung“ und „§ 4 Prozesse“. Ein praxisorientierter Anhang und ausführliche, gut handhabbare Literatur- und Stichwortverzeichnisse runden die Arbeit ab. Um mit der größten Enttäuschung zu beginnen: Wer sich in § 4 die – und sei es exemplarische – Dokumentation eines konkreten Strafverfahrens erhofft, wird enttäuscht: Der Abschnitt umfasst zwei Seiten und erschöpft sich in einer Literaturliste zu den Wormser Mißbrauchsverfahren und dem Montessori-Verfahren (Rn. 579 - 581). Gerade für den Berufsanfänger oder denjenigen Verteidiger, der mit derartigen Verfahren nur ausnahmsweise befaßt ist, hätte es eine erhebliche Erleichterung beim Nachvollzug der theoretischen Ausführungen bedeutet, wäre vor dem Hintergrund der abgedruckten Arbeitshilfen zur Zeugenvernehmung und Beurteilung der Qualität von psychologischen Gutachten (Rn. 582 ff., 586 ff.) ein derartiges Anwendungsbeispiel anschaulich präsentiert worden: Wie muß in diesen Fallkonstellationen ein Beweisantrag aufgebaut werden? Wie pflegen Gerichte typischerweise zu entscheiden? Wie kann oder muß hierauf reagiert werden? Welche Beweismittlungsmöglichkeiten etwa zur Aussagegenese gibt es? Wie lassen sich konkrete Gutachtenmängel aufzeigen? Wie sieht eine Aussageanalyse anhand eines konkreten Vernehmungsprotokolls aus? All dies wäre naturgemäß an einem konkreten – möglicherweise auch völlig unspektakulären - Fall wesentlich anschaulicher aufzuzeigen gewesen (vgl. auch *Eisenberg* a.a.O. S. 358 ff.).

*Jansen* begreift ihre Arbeit – und das erscheint im Ausgangspunkt schlüssig – als Kommentar zu der von ihr im Wortlaut abgedruckten (Rn. 585) Leitentscheidung *BGHSt* 45, 164. Auf die jeweils einschlägigen Urteils-

passagen kommt sie auch im laufenden Text – druckgraphisch hervorgehoben - zu sprechen, sie bilden gleichsam das Rückgrat ihrer Ausführungen. Gewöhnungsbedürftig und die Lektüre nicht unbedingt erleichternd ist der Umstand, daß *Jansen* sich ausdrücklich (S. 3 a.E.) damit bescheidet, die Erkenntnisse Dritter z. T. in indirekter Rede zu referieren.

*Jansen* wählt den Einstieg über eine kurze rechts- und wissenschaftsgeschichtliche Darstellung der Entwicklung von Zeugenbeweis und Aussagepsychologie (Rn. 7 ff.), die in eine erste skizzenhafte Schilderung der *BGH*-Rechtsprechung und der methodischen Prinzipien der Aussagepsychologie einmündet (Rn. 26 ff., 31 ff.). Nach einer Auseinandersetzung mit den Begriffen der Glaubhaftigkeit und Glaubwürdigkeit (Rn. 69 f.) wird die „*BGH*-Rechtsprechung zur aussagepsychologischen Begutachtung“ (vor Rn. 71) ausführlich und thematisch gut strukturiert dargestellt (Rn. 72 - 127), wobei z.T. aber nur schlagwortartig die einschlägigen Fundstellen wiedergegeben werden. Eine Analyse der Rechtsprechung und etwaiger ihr immanenter Brüche und Schwächen findet sich – der praktischen Zielsetzung des Buches entsprechend - nicht. Im nächsten Abschnitt (Rn. 128 - 243) wird die Vernehmungslehre – „technisch“ wie rechtlich - z.T. mit aus der Literatur übernommenen Befragungsbeispielen erschöpfend dargestellt. Die im Text enthaltenen Querverweise gestatten hierbei auch die stichwortorientierte Nutzung des Buches als Nachschlagewerk zur Klärung von Einzelfragen. Der quantitativ umfangreichste Abschnitt (Rn. 244 - 578) widmet sich sodann der „aussagepsychologischen Begutachtung“ (Rn. 244) in all ihren rechtlichen wie tatsächlichen Facetten. Hervorzuheben ist hierbei die durch Beispiele und Übersichten ergänzte umfassende Schilderung der Fragen der Aussagekompetenz und ihrer Untersuchung (Rn. 258 ff.), die auch eine Einführung in die Gedächtnispsychologie enthält (Rn. 275 ff.). Dabei orientiert sich die Darstellung insoweit an der Trias Wahrnehmung (Rn. 259 ff.), Erinnerung (Rn. 275 ff.) und Wiedergabe (Rn. 319 ff.). Im Zusammenhang mit den detailliert dargestellten Diagnosemethoden wird auch auf auszuschöpfende Quellen für weitere Anknüpfungstatsachen hingewiesen (Rn. 371 ff.). Während sich diese Ausführungen mehr auf die Untersuchungsinstrumente wie Testverfahren beziehen (Rn. 324 ff.), wird in einem gesonderten Abschnitt die Problematik der Exploration dargestellt (Rn. 375 ff.). Besonders wichtig sind insoweit die auf die Aussagegenese bezogenen Erläuterungen (Rn. 379 ff.). Hieran anknüpfend tritt *Jansen* sodann in eine ausführliche Darstellung der für eine Fehlerquellenanalyse wesentlichen Aspekte ein (Rn. 413 ff.), so u.a. die Suggestionproblematik (Rn. 417 ff, 434 ff.) sowie die unselige Rolle parteilicher Befragungen, insbesondere der sog. Aufdeckungsarbeit bei der Generierung nicht valider Aussagen (Rn. 465 ff.; 467 ff.). Der forensisch wichtigen – „Warum sollte der Zeuge die Unwahrheit sagen, Herr Verteidiger?“ – Frage nach der Motivation falscher Aussagen wendet sich die *Verfasserin* in einem weiteren Abschnitt zu (Rn. 477 ff.). Der Abschnitt § 3.11 befaßt sich mit den Maßstäben der sog. kriterienorientierten Aussageanalyse, des von dem *BGH* als Methode der Wahl angesehe-

nen Glaubhaftigkeitsprüfungsansatzes, und vermittelt - zum Teil in Aufnahme der einleitenden Ausführungen (Rn. 31 ff.) - das notwendige Basiswissen. Nur ganz kurz kommt *Jansen* darauf zu sprechen, daß diese Analyse nicht dazu führen darf, daß einer Falsifizierung der Aussage anhand sog. Außenkriterien (Rn. 546) keinerlei Aufmerksamkeit (§ 244 Abs. 2 und 3 StPO) mehr zugewandt wird. Wer kennt nicht die prozessuale Situation, in der ein sog. Opferzeugen schonendes Tatgericht sich darauf beschränkt, nur tiefbetroffen von ihm die Aussage und von dem Sachverständigen ihre Zertifizierung als glaubhaft entgegenzunehmen, ohne zu prüfen, welche Objektivierungsmöglichkeiten bestehen?

Der Begutachtungsakt (Rn. 547 ff.) und seine dokumentierte Umsetzung (Rn. 552 ff.) runden thematisch diesen Abschnitt ab. Untersuchungshaftrechtlichen Folgerungen aus der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung (dringender Tatverdacht bei Aussage gegen Aussage?) und wiederaufnahmerechtlichen Problemen (methodenkritische Gutachten als neue Beweismittel?) wendet sich *Jansen* leider nicht zu. Ohnehin kommen verfahrenstaktische Hinweise, etwa zur Einholung eigener Gutachten, etwas kurz, wie sich schlaglichtartig auch daraus ergibt, daß das Stichwortverzeichnis (S. 283) den Begriff „Beweisantrag“ schlicht nicht nennt

Alles in allem: Der Verteidiger wird sich hinsichtlich der aktuellen Entwicklungen auf dem Gebiet der Aussagepsychologie, insbesondere zur Frage der methodischen Absicherung der kriterienorientierten Aussageanalyse, anhand der Primärquellen ebenso auf dem Laufenden halten müssen wie hinsichtlich der Tendenzen der einschlägigen revisionsgerichtlichen Rechtsprechung. Um dies kompetent tun, also überhaupt die richtigen Fragen stellen zu können, wird er auch ohne weiteres auf das benutzerfreundlich gestaltete Buch von *Jansen* zurückgreifen können.

Rechtsanwalt **Klaus-Ulrich Ventzke**, Hamburg

\*\*\*

**Dirk Quasten, Die Judikatur des Bundesgerichtshofs zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, 2003, 295 Seiten, 78 Euro, Berlin: Duncker & Humblot, ISBN 3-428-10920-1**

*Karl Binding* beklagte in seinem Lehrbuch im Zusammenhang mit dem Rechtsbeugungstatbestand eine „geradezu unerhörte Liederlichkeit“ der Amtsführung mancher Richter. Demgegenüber kam *Josef Esser* in seinem Werk „Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts“ zu dem Befund, dass „die elementaren Weisheiten des Richters und seine Kunst“ sich „glücklicherweise der Druckerschwärze der Gesetzblätter“ entzögen. Überraschend ist nicht die Gegensätzlichkeit dieser Verdikte, sondern der Umstand, dass *Esser* diesen Satz in der Nachkriegszeit schrieb, nachdem sich so mancher Richter wegen ebenjener Druckerschwärze an

seinen Händen mit dem Vorwurf der Rechtsbeugung konfrontiert sah. Aber: Machen sich Richter strafbar, wenn sie menschenverachtende Gesetze vollstrecken, die ihnen ein Unrechtsregime in die Gesetzblätter diktiert hat? Soll man von ihnen verlangen, dass sie sich auf überpositives Recht berufen, um sich dem Normbefehl unrechten Rechts zu verweigern? *Quasten*, der in seiner Kölner Dissertation die Rechtsprechung des BGH in den Strafverfahren gegen Richter der beiden totalitären Regime analysiert, verneint dies.

Bevor sich der Verfasser aber mit dieser Frage auseinandersetzt, stellt er die höchstrichterliche Konstruktion dar, welche es dem BGH ermöglichte, „Lippenbekenntnisse“ (S. 114) zugunsten des Naturrechts abzulegen, ohne dass dies in der Überzahl der Fälle zur Strafbarkeit der angeklagten Richter führte: Indem der BGH für den Rechtsbeugungstatbestand direkten Vorsatz forderte, war der Grundstein für die „Schaffung eines Standesprivilegs“ gelegt (S. 36), welcher sich auf der Auffassung des BGH gründete, der Rechtsbeugungstatbestandes diene der Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit. Dies wird vom Verfasser zu Recht kritisiert, wählt der BGH doch (ergebnisorientiert) eine Prämisse, welche die wesentliche Funktion des Rechtsbeugungstatbestands ausklammert: Er begrenzt vor allem die richterliche Macht durch strafrechtliche Verantwortungszuweisung. Nicht zu teilen vermag man freilich die Kritik des Verfassers an der vom BGH postulierten „Sperrwirkung“ der Rechtsbeugung auch gegenüber Vorsatztaten – diese ist systematisch zwingend und führt allein wegen der (unberechtigten) Verengung der Rechtsbeugung zu schwer nachvollziehbaren Ergebnissen. Unterstützung verdient der Verfasser wiederum in seiner Ablehnung der Rechtsprechung des BGH zu den „Scheinverfahren“: Der BGH folgerte in derartigen Fällen zwar aus der Feststellung übermäßig vieler formeller und materieller Rechtsfehler, dass es sich nicht mehr um Rechtsanwendung, sondern um „Willkür“ gehandelt habe (S. 70), erachtete die Urteile aber nicht als nichtig und konnte somit die Sperrwirkung auch derartiger Willkürurteile gegenüber dem Vorwurf des Totschlags aufrecht erhalten. Komplettiert wird das „Standesprivileg“ durch die Rechtsprechung, nach welcher sich ein durch die NS-Ideologie verblendeter Richter auf einen vorsatzausschließenden Irrtum berufen könne, was *Quasten* mit dem überzeugenden Einwand kontert, dass der Richter, welcher sich sehenden Auges sogar über positives Recht hinwegsetze, allein über die Erlaubtheit solcher „Rechtsfortbildung“ irre.

Einen Großteil der Arbeit nimmt die rechtsphilosophische Kernfrage ein, ob die Rechtsbeugung lediglich die Verfehlung des positiven Rechts oder auch die „Sünde wider dem rechtlichen Geist“ sanktioniere, wie *Spendel* im Leipziger Kommentar meint. *Quasten* verdeutlicht zunächst, wie sich Richter und Rechtsprechung in der Weimarer Republik auf überpositive Grundsätze beriefen, um sich von der „subjektiven Meinung des Gesetzgebers“ lösen und ihre „antirepublikanischen“ Vorstellungen durchsetzen zu können (S. 79). Sodann widerlegt er die These Radbruchs, der Positivismus habe die Richterschaft gegenüber dem NS-Staat wehrlos gemacht: Es

sei vielmehr der Austausch von Gesetzesauslegung durch die „Einlegung der NS-Weltanschauung“ in die Gesetze gewesen, welcher das NS-Regime stabilisiert habe (S. 85 f.). Gegen eine Öffnung des Rechtsbeugungstatbestandes für überpositives Naturrecht spricht nach Ansicht *Quastens*, dass sich Richter mit gleichem Recht auf die Gültigkeit von „NS-Naturrecht“ berufen könnten, wie ihnen die Nachkriegsjustiz menschengerechtes Richten abverlangt habe (S. 89). Spätestens an dieser Stelle wäre dem Anliegen des Verfassers gedient gewesen, wenn er einen Überblick über das Verständnis der verwendeten Termini „Naturrecht“ und „NS-Naturrecht“ gegeben hätte. Vor allem hätte er darlegen müssen, wann und weshalb auch bloße NS-Ideologie unter der Kategorie „Naturrecht“ normative Verbindlichkeit hätte erlangen können. Dies hätte zu der Frage führen müssen, ob Naturrecht nur das sein kann, was sich „bei allen Kulturvölkern auf dem Boden übereinstimmender sittlicher Grundanschauungen im Laufe der Zeit herausgebildet habe“, oder ob sich das Naturrecht ebenso relativ zur jeweiligen Gesellschaftsverfasstheit verhält wie das positive Recht. Der BGH hat sich zur erstgenannten Formulierung bekannt, anhand welcher er die NS-Gesetze und ihre Anwendung prüfte. Der Verfasser, der die Säuberung der Gesetze von den im Sinne Radbruchs unrechten Gesetzen zusätzlich als Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot und das Rückwirkungsverbot brandmarkt, will der nationalsozialistischen Weltanschauung aber dann keinen Geltungsanspruch für die Bestimmung des „richtigen Rechts“ zubilligen, wenn sie zwar mit Macht durchgesetzt wurde, nicht aber Ausdruck in formellen Gesetzen fand: Die Begründung, auch der NS-Staat habe seine „Daseinsberechtigung“ durch Gesetze „manifestiert“ (S. 120), verschließt freilich die Augen vor der Tatsache, dass sich das NS-Regime in entscheidenden Momenten – man denke an den „Röhm-Putsch“ – nicht lange mit Gesetzen aufhielt, seine Existenz also mittels Gewalt und Zwang stabilisierte. Gesetze stellten dabei nicht mehr dar als schlichte Legalitätssignaturen der Macht.

Seine formalistische Spielart des Positivismus begründet der Verfasser näher im Zusammenhang mit der Aufarbeitung des Richterunrechts in der DDR. Zuvor nutzt er einen langen Abschnitt über das anzuwendende Recht für die Darlegung, die Rechtsbeugung schütze individuelle Rechtsgüter. Er begründet dies mit dem unzutreffenden Vorwurf, die herrschende Auffassung unterscheide nicht zwischen Handlungsobjekt (dies ist – anders als der Verfasser insinuiert [S. 172]. – die Norm im konkreten

Rechtsstreit) und Rechtsgut (also das Vertrauen der Allgemeinheit in eine funktionierende Rechtsordnung). Sodann bekräftigt er seine Auffassung, jede andere (menschenrechtsorientierte) Auslegung des DDR-Rechts verstoße gegen das Rückwirkungsverbot. Bemerkenswert ist aber, dass ausgerechnet der positivistisch denkende Verfasser die Alternative, ein rückwirkendes Gesetz einzuführen, durch eine naturrechtliche Wendung ablehnt: Der Positivismus – jedenfalls in der von *Quasten* vertretenen Variante – sei dem „Gerechtigkeitsprinzip verpflichtet“ (S. 201), so dass das Rückwirkungswirkungsverbot und das Gesetzlichkeitsgebot „unabdingbar“ seien (S. 207). Hier aber muss man dem Verfasser vorhalten, dass er nicht begründet, weshalb sich die Verpflichtung auf den Gerechtigkeitsgedanken in der Gewährleistung des nulla-poena-Grundsatzes erschöpfen soll und andere Gerechtigkeitsprinzipien ausgeklammert werden. In seinem letzten Teil verdeutlicht *Quasten* durch eine Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zu den DDR-Fällen, dass der BGH sein offenes Gelöbnis, die Fehler der Nachkriegszeit nicht wiederholen zu wollen, nur bei der Einordnung ideologischer Verblendung als Verbotsirrtum einlöst, zugleich aber mittels der Restriktion des Rechtsbeugungstatbestandes auf Fälle eines „elementaren Rechtsbruch im Sinne schwerer Menschenrechtsverstöße“ selbst in eklatanten Fällen eine Rechtsbeugung verneinen konnte. Das Urteil des Verfassers lautet auch hier: „unangemessene Privilegierung der Richterschaft“ (S. 252).

Die oft inkonsistente, teils ergebnisorientierte, teils gar an der politischen Couleur (S. 150) ausgerichtete Rechtsprechung offengelegt zu haben, ist ein Verdienst *Quastens*. Seine ideologiekritische, formal-positivistische Position führt freilich zu einem Ergebnis, welches er nur an einer verdeckten Stelle anspricht: Das Strafrecht ist kein Mittel zur Wiedergutmachung der Folgen von Systemunrecht (S. 234). Diese Auffassung kann sich auf gute rechtstheoretische Gründe stützen und ist rechtspolitisch durchaus modern. Doch bleibt die Frage, ob man eine Wendegesellschaft erfolgreich stabilisieren kann, ohne dem berechtigten Solidaritätsverlangen der Opfer, das sich zumeist in der Forderung nach strafrechtlicher Schuldzuweisung artikuliert, Genüge getan zu haben.

Wiss. Ass. Dr. **Michael Kubiciel**, Regensburg

\*\*\*

## 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.

### 72. EGMR Nr. 46300/99 – Urteil vom 9. November 2004 (Marpa Zeeland B.V. and Metal Welding B.V. v. Niederlande)

Recht auf faires Strafverfahren (staatliche Einflussnahme auf die Ausübung der Verteidigungsrechte: unzulässige Willensbeeinflussung, Irreführungsverbot, Zusicherungen, Vertrauensschutz; Schutz des Art. 6 EMRK bezüglich national eröffneter Rechtsmittel; Recht auf Zugang zum Gericht; effektiver Rechtsschutz; Rechtsmittelverzicht; Verfahrensabsprachen; Anwendung auf juristische Personen); Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei Strafverfahren und Wirtschaftsstrafverfahren (Fristende bei Streitigkeiten über die Zulässigkeit eines Rechtsmittels; Gesamtbetrachtung; Verfahrenslücken; Komplexität); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 302 StPO

### 73. BGH 1 ARs 31/03 - Beschluss vom 13. Mai 2004

Anfrageverfahren; Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit; spezifischer Zusammenhang zwischen Anlassstat und Verkehrssicherheit; Rechtsprechung des BVerwG); Zusammenhangstaten; Begründungsanforderungen im Urteil; redaktioneller Hinweis.

§ 132 GVG; § 69 StGB; § 2 Abs. 4 StVG; § 267 Abs. 6 StPO; § 2 RsprEinhG

### 74. BGH 2 StR 156/04 – Urteil vom 3. Dezember 2004 (LG Koblenz)

Konfrontationsrecht und faires Verfahren (Gesamtbetrachtung; Verantwortlichkeit des Staates für fehlende Konfrontation; Bestätigung einer Aussage durch Umstände außerhalb der Aussage; Zeugenbegriff); Beweis-antragsrecht und Aufklärungspflicht (fehlerhafte Ablehnung eines Beweisantrages; Darlegung; Bedeutungslosigkeit); Beruhen.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Buchst. d EMRK; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 338 Nr. 8 StPO

### 75. BGH 2 StR 265/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Limburg/Lahn)

Ablehnung eines Antrags der Nebenklage auf Beiordnung eines Rechtsanwalts und auf Prozesskostenhilfe (unbegründete Revision).

§ 397a StPO

### 76. BGH 2 StR 274/04 - Urteil vom 25. November 2004 (LG Frankfurt)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (Rügeanforderungen; Sachrüge; Verfahrensruhe; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 StPO

### 77. BGH 2 StR 356/04 - Beschluss vom 1. Dezember 2004 (LG Bonn)

Unzulässige Revision des Nebenklägers (Beschwer; Rügeanforderungen; andere Rechtsfolge).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

### 78. BGH 2 StR 78/04 - Urteil vom 1. Dezember 2004 (LG Hanau)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf Therapieerfolg); letztes Wort des Angeklagten; Sitzungsprotokoll (Auslegung; Beweiskraft; Freibeweis).

§ 64 StGB; § 258 StPO; § 274 StPO

### 79. BGH 2 StR 362/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Frankfurt)

Einziehung (Tatmittel).

§ 74 StGB

### 80. BGH 2 StR 417/04 - Beschluss vom 22. Dezember 2004 (LG Erfurt)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe.

§ 44 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

### 81. BGH 2 StR 365/04 - Urteil vom 22. Dezember 2004 (LG Erfurt)

BGHR; Volksverhetzung und Ausschwitzlüge (Herunterspielen von Opferzahlen; Verbreiten von Schriften; Zugänglichmachen von Schriften; Vorrätighalten von Schriften zum Zwecke der Verbreitung; Verharmlosen in einer Versammlung; Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens); Meinungsfreiheit.

§ 130 StGB; Art. 5 GG; Art. 10 EMRK

### 82. BGH 2 StR 367/04 - Beschluss vom 12. November 2004 (LG Koblenz)

Ablehnung eines Beweisantrags (Beweis des Gegenteils; zweifelhafte Sachkunde eines Sachverständigen; Widersprüche zwischen schriftlichem und mündlichem Gutachten); Objektivität eines Sachverständigen (abwertende Beschreibungen des Angeklagten); Darlegungsanforderungen bei Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; reformatio in peius; Verschlechterungsverbot.

§ 244 Abs. 4 StPO; § 20 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO; § 358 Abs. 2 StPO

### 83. BGH 2 StR 380/03 - Beschluss vom 18. Juni 2004 (LG Frankfurt)

Gesetzlicher Richter; spruchkörperinterne Geschäftsverteilung (schriftlicher Geschäftsverteilungsplan).

§ 21g GVG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1 StPO

**84. BGH 2 StR 426/04 - Beschluss vom 24. November 2004 (LG Frankfurt)**

Tateinheit (natürliche Handlungseinheit; einheitlicher Tatentschluss; Spontantat).

§ 52 StGB

**85. BGH 2 StR 432/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Trier)**

Räuberische Erpressung; Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont); unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begründung).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

**86. BGH 2 StR 441/04 - Urteil vom 8. Dezember 2004 (LG Frankfurt)**

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Zeuge; Zirkelschluss).

§ 261 StPO

**87. BGH 2 StR 441/04 - Beschluss vom 10. Dezember 2004 (LG Frankfurt)**

Tenorkorrektur; Verkündungsversehen.

§ 260 Abs. 4 StPO; § 268 StPO

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

Angemessenheit der verhängten Einzelstrafe.

§ 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO

**89. BGH 2 StR 444/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Wiesbaden)**

Erlös aus Betäubungsmittelgeschäften (Einziehung; Verfall).

§ 73 StGB; § 74 StGB

**90. BGH 2 StR 470/04 - Beschluss vom 22. Dezember 2004 (LG Frankfurt)**

Besonders schwere Vergewaltigung (Tenor); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht des Behandlungserfolges; Therapiebereitschaft).

§ 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

**91. BGH 2 StR 486/04 - Beschluss vom 17. Dezember 2004 (LG Koblenz)**

Aussetzung der Hauptverhandlung (neue Umstände).

§ 265 Abs. 3 StPO

**92. BGH 2 StR 490/04 - Beschluss vom 3. Dezember 2004 (LG Erfurt)**

Gesamtstrafenbildung (Begründungsanforderungen bei sehr starker Erhöhung der Einsatzstrafe); Urteilsaufhebung zur Nachholung der Festsetzung von Einzelstrafen.

§ 46 StGB; § 54 StGB

**93. BGH 2 StR 510/04 - Beschluss vom 19. Januar 2005 (LG Meiningen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**94. BGH 2 ARs 329/04 / 2 AR 204/04 - Beschluss vom 12. November 2004**

Verfahrensverbund (Rechtshängigkeit; Antrag der Staatsanwaltschaft).

§ 4 Abs. 1 StPO; § 13 Abs. 1 StPO

**95. BGH 2 ARs 377/04 / 2 AR 237/04 - Beschluss vom 3. Dezember 2004**

Zuständigkeitsbestimmung (weitere Entscheidungen über die Aussetzung des Strafrests zur Bewährung).

§ 462a Abs. 1 StPO; § 14 StPO

**96. BGH 2 ARs 421/04 / 2 AR 265/04 - Beschluss vom 2. Februar 2005**

Zuständigkeitsbestimmung (nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe).

§ 460 StPO; § 462 Abs. 3 StPO; § 14 StPO

**97. BGH 2 ARs 435/04 / 2 AR 260/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004**

Antrag auf Übertragung an ein anderes zuständiges Gericht; Prioritätsprinzip.

§ 12 StPO

**98. BGH 2 ARs 445/04 / 2 AR 259/04 - Beschluss vom 17. Dezember 2004**

Zuständigkeitsbestimmung; Wohnsitzwechsel.

§ 42 Abs. 3 JGG; § 12 Abs. 1 StPO

**99. BGH 3 StR 157/04 - Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG Hildesheim)**

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht; Vermögensschaden); Rechtsberatungsgesetz (Wirksamkeit einer Abtretung zur Geltendmachung im eigenen Namen); Einstellung aus Opportunitätsgründen (überlange Verfahrensdauer; Ermittlungsaufwand).

§ 266 StGB; § 1 Abs. 1 RBERG; § 134 BGB; § 398 BGB; § 153 StPO

**100. BGH 3 StR 219/04 - Urteil vom 2. Dezember 2004 (LG Aurich)**

Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe (Beweiswürdigung); Mittäterschaft (gemeinsamer Tatplan; Exzess; Abweichung vom vorgestellten Tatablauf).

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

**101. BGH 3 StR 226/04 - Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Hannover)**

Unzulässige Revision des Nebenklägers; Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 StPO

**102. BGH 3 StR 246/04 - Urteil vom 2. Dezember 2004 (LG Kiel)**

Verfall (Zusammenhang zwischen Straftat und Vermö-

gensgegenstand; Entreichung; Absehen vom Verfall; Ermessensausübung).

§ 73 StGB; § 73c StGB

**103. BGH 3 StR 273/04 - Beschluss vom 2. Dezember 2004 (LG Kiel)**

BGHSt; Absehen von der Urteilsaufhebung (Angemessenheit der Rechtsfolgen; Fehler bei der Strafzumessung; Fehler beim Schuldspruch; Einstimmigkeit).

§ 354 Abs. 1 a StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 263 StPO

**104. BGH 3 StR 352/04 - Beschluss vom 2. Dezember 2004 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**105. BGH 3 StR 379/04 - Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG Oldenburg)**

Aufdeckung der Beteiligung anderer; Mittäterschaft bei der Einfuhr von Betäubungsmitteln; Strafzumessung.

§ 31 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

**106. BGH 3 StR 387/04 - Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG Hannover)**

Akkusationsprinzip; Verfahrenshindernis der fehlenden Anklage (Begrenzungsfunktion und Informationsfunktion der Anklage; Bezeichnung des Verfahrensgegenstands bei Serienstraftaten); Verfahrenseinstellung.

§ 260 Abs. 3 StPO; § 151 StPO; § 200 Abs. 1 StPO

**107. BGH 3 StR 422/04 - Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Oldenburg)**

Zurückweisung eines Beweisantrags (eigene Sachkunde; Glaubwürdigkeit eines Zeugen).

§ 244 Abs. 4 StPO

**108. BGH 3 StR 429/04 - Beschluss vom 21. Dezember 2004 (LG Düsseldorf)**

Beruhung (Strafzumessung; Wegfall einer Einzelstrafe).

§ 337 StPO; § 46 StGB

**109. BGH 3 StR 437/04 - Beschluss vom 21. Dezember 2004 (LG Bückeburg)**

Besetzungsrüge (Präkclusion).

§ 222b StPO

**110. BGH 3 StR 458/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Aurich)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Beschwer.

§ 349 Abs. 2 StPO; vor § 296 StPO

**111. BGH 3 StR 463/04 - Beschluss vom 11. Januar 2005 (LG Itzehoe)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**112. BGH 1 StR 395/04 – Urteil vom 7. Dezember 2004 (LG München)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang zu erheblichen Straftaten bei Eigentums- und Vermögensdelikten: pflichtgemäßes Ermessen des Tatrichters und restriktive Auslegung).

§ 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**113. BGH 1 StR 420/03 – Urteil vom 16. Dezember 2004 (LG München I)**

BGHSt; unrichtige Darstellung des Vermögensstandes gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG bei Quartalsberichten über Umsätze und Erträge gemäß §§ 53, 54 BörsZulV (Gesamtbilddarstellung; Eindruck der Vollständigkeit; Fall EM.TV; ad-hoc-Mitteilung); Recht auf ein faires Verfahren (keine bindende Zusage des Gerichts bei gescheiterter Verfahrensabsprache; kein Vertrauensschutz bei Äußerungen des Gerichts außerhalb der Hauptverhandlung; Protokollierungspflicht; Offenlegungsobliegenheit); Ablehnung eines Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit (Prüfung nach Revisionsgrundsätzen; entbehrliche Anhörung des Sachverständigen; Beweiserhebungspflicht nach § 245 StPO); Bestimmtheit der unrichtigen Darstellung über die Verhältnisse der Gesellschaft gemäß § 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG; Zweifel an der Verfassungskonformität der Strafbarkeit der Kurs- und Marktmanipulation (Unrechtskontinuität; Bestimmtheit); redaktioneller Hinweis.

§ 400 Abs. 1 Nr. 1 AktG; §§ 53 BörsZulV; § 54 BörsZulV; § 20a WpHG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 7 ERMK; § 354a Abs. 1a StPO; § 245 Abs. 1 StPO; § 74 StPO

**114. BGH 1 StR 483/04 – Beschluss vom 8. Dezember 2004 (LG Waldshut-Tiengen)**

BGHR; gesetzlicher Richter: eigene Sachentscheidung bei nicht rechtsfehlerfreiem Strafausspruch (JuMoG; entsprechende Anwendung bei rechtsfehlerhaftem Schuldspruch; Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe bei Wegfall eines kleinen Teils von verhängten Einzelstrafen; Befugnis zur Analogie im Strafverfahrensrecht); Verjährung beim sexuellen Missbrauch eines Kindes bzw. beim sexuellen Missbrauch einer Schutzbefohlenen. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1a und 1b StPO; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

**115. BGH 1 StR 487/04 – Beschluss vom 7. Dezember 2004 (LG Hechingen)**

Unverständiger Versuch.

§ 23 Abs. 3 StGB

**116. BGH 1 StR 493/04 – Beschluss vom 24. November 2004 (LG Landshut)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anwendung nur bei zumindest mittlerer Kriminalität; erhebliche weitere rechtswidrige Straftat: Schluss aus Anlasstat oder der Ausgestaltung der konkret zu befürchtenden Taten; Gesamtwürdigung; symptomatischer Zusammenhang).

§ 63 StGB

**117. BGH 1 StR 522/04 – Beschluss vom 17. Dezember 2004 (LG Ulm)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**118. BGH 1 StR 540/04 – Beschluss vom 13. Januar 2005 (LG Mannheim)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht des Angeklagten.  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**119. BGH 1 BGs 107/2003 2 BJs 65/95-2 (7) – Beschluss vom 20. März 2003**

Gegenvorstellung gegen Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH; Annexkompetenzen bei strafprozessualen Grundrechtseingriffen hinsichtlich der Art und Weise des Eingriffs (hier Telefonüberwachung; retrograde Auskunft über Telekommunikationsverbindungsdaten; Auskunft auf elektronischen Datenträgern; Gesetzesvorbehalt; Bestimmtheitsgrundsatz; Anordnungscompetenz und Prüfungspflicht des Ermittlungsrichters hinsichtlich der Maßnahmedurchführung).

Art. 10 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; § 100a StPO; § 100g StPO; § 100h StPO

**120. BGH 4 StR 164/04 – Urteil vom 9. Dezember 2004 (LG Münster)**

Bandenmäßiger Betäubungsmittelhandel (Auslegungsgrundsätze zur Bande; keine Bande bei Beteiligten auf der Verkäuferseite und der Käuferseite; eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Maßgeblichkeit der Abrede; Bewertungseinheit).

§ 30 a Abs. 1 BtMG; § 29 BtMG

**121. BGH 4 StR 255/04 – Urteil vom 14. Dezember 2004 (LG Bielefeld)**

BGHSt; sexueller Missbrauch eines Kindes bei der Vornahme von sexuellen Handlungen vor einem Kind (Einbeziehung der Wahrnehmung des Kindes in das sexuelle Geschehen; teleologische Auslegung).

§ 176 Abs. 3 Nr. 1 StGB a.F. StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 1 StGB n.F.

**122. BGH 4 StR 294/04 – Urteil vom 9. Dezember 2004 (LG Schwerin)**

Untreue (Gewährung einer Abfindung an einen städtischen Bediensteten durch den Oberbürgermeister; Vermögensbetreuungspflicht; Haushaltsuntreue; Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit; Gegenleistungsanspruch bei Prozessrisiko; Ermessenspielraum bei Personalentscheidungen; Orientierung am geltenden Recht im Hinblick auf die beamtenrechtliche Fürsorgepflicht).

§ 266 StGB; Art. 1 § 1 Abs. 2, § 13 AÜG a.F.

**123. BGH 4 StR 326/04 – Urteil vom 25. November 2004 (LG Bochum)**

Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt (korrigierter Rücktrittshorizont; fehlende Vorstellungen; versuchter Totschlag; erhebliche sichtbare Verletzung des Tatopfers); Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit bei einem mehraktigen aber von einem einheitlichen Tötungswillen getragenen Tötungsversuch (natürliche Handlungseinheit; Zäsur bei zwischenzeitlichem Fehlschlagen des Versuchs).

§ 212 StGB; § 24 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**124. BGH 4 StR 347/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Stralsund)**

Verfolgungsverjährung bei sexuellem Missbrauch von Schutzbefohlenen.

§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 174 StGB

**125. BGH 4 StR 362/04 – Beschluss vom 23. November 2004 (LG Frankenthal)**

Urteilsberichtigung (offensichtliches Verkündungsversehen); Tenorierung (Regelbeispiel).

§ 260 StPO; § 267 StPO

**126. BGH 4 StR 363/04 – Beschluss vom 16. Dezember 2004 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**127. BGH 4 StR 465/04 – Urteil vom 14. Dezember 2004 (LG Neubrandenburg)**

Tötungsvorsatz bei Messerstichen (voluntatives Element; besonders gefährliche Gewalthandlungen; keine vertrauensbegründenden Umstände; nur vages Vertrauen; Abgrenzung zur Fahrlässigkeit; persönlichkeitsfremde Spontantat).

§ 212 StGB; § 15 StGB

**128. BGH 4 StR 501/04 – Beschluss vom 4. Januar 2005 (LG Dessau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**129. BGH 4 StR 510/04 – Beschluss vom 16. Dezember 2004 (LG Frankenthal)**

Unbegründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.

§ 346 StPO

**130. BGH 4 StR 81/04 – Beschluss vom 4. November 2004 (LG Essen)**

Beweiswürdigung (mangelnde Feststellungen beim Raub einer leeren Geldbörse); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug nur bei beweglichen Gegenständen; Tritte gegen den Kopf); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (sichere Feststellung eines länger andauernden Zustandes der Schuldunfähigkeit oder der erheblich verminderten Schuldfähigkeit; hypomanische Episode ohne psychotische Symptome).

§ 63 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 249 StGB; § 261 StPO

**131. BVerfG 2 BvR 1873/04 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Dezember 2004 (LG Neuruppin/AG Prenzlau)**

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchungsanordnung (Begründung mit schon längere Zeit bekannten Befundtatsachen; Betäubungsmittelkriminalität; überschaubarer Zeitraum).

Art. 13 GG; § 102 StPO.

**132. BVerfG 2 BvR 930/04 (3. Kammer des Zweiten**



**Senats) – Beschluss vom 9. Dezember 2004 (LG Bielefeld/AG Herford)**

Unzulässige Verhängung eines Jugendarrests bei gleichzeitiger Aussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe; Analogieverbot (Verbot jeder Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht; Wortlautgrenze); verfassungsrechtlicher Begriff der Strafe (Anwendung auf Ahndungsmittel nach § 5 Abs. 2 JGG); Begründung der Verfassungsbeschwerde (keine Nennung einschlägiger Artikel des Grundgesetzes; Ausreichen der sinngemäßen Nennung des beeinträchtigten Rechtes).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 28 JGG; § 27 JGG; § 8 Abs. 2 JGG; § 13 Abs. 1 JGG; § 5 Abs. 2 JGG; § 92 BVerfGG

**133. BVerfG 2 BvR 2001/02 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. September 2004 (OLG Frankfurt/Main/LG Kassel)**

Verfassungsbeschwerde gegen strafprozessuale Eröffnungsbeschlüsse (Subsidiarität; Ausnahme; keine Möglichkeit der Ausräumung im fachgerichtlichen Verfahren); Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem; Verbot doppelter Strafverfolgung); Anfechtung des Eröffnungsbeschlusses (Zweitverfahren; Geltendmachung des Fehlens von nova); Nötigung durch Verfahrenshandlungen von Strafverteidigern; Justizgewährleistungsanspruch (Rechtsschutz durch Rechtsmittel gegen die Verletzung von Verfahrensgrundrechten).

Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 210 Abs. 1 StPO; § 211 StPO; § 304 Abs. 1 StPO; § 240 StGB; § 119 Abs. 5 StPO