

HRRS HRR-Strafrecht

Ausgabe 12/2005
6. Jahrgang

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

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

Publikationen

Oberass. Dr. Daniela Demko (LLM), Zürich - **Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Strafverfahren und dessen Verhältnis zum Recht auf wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR – Teil 2** S. 403

Karsten Gaede, Hamburg/Karlsruhe – **HRRS-Praxishinweis: Verfahrensverzögerung durch zur Zurückweisung führende staatliche Verfahrensfehler und Detailprüfung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen** Zugl. Anmerkung zu BVerfG HRRS 2005 Nr. 900. S. 409

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- | | | |
|--------|--|---|
| BVerfG | Staatliche Verfahrensverzögerung infolge der Zurückweisung nach einer Revision | |
| EGMR | <i>Shannon v. Großbritannien</i> – Schutz des Schweigerechts und Verhörzwang | |
| BGH | Fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende Belehrung eines mittellosen Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation | |
| BGH | Gebot einheitlichen Revisionsvortrages - Verbot hilfweise erhobener Verfahrensrügen | |
| BGH | Hinweispflicht bei Zurückweisung eines Beweisantrages über die Wahrunterstellung | |
| BGH | Anspruch auf Einzelunterbringung während der Ruhezeit - Umbau eines Einzelbauwerks (BGHSt) | |
| BGH | Illegal erworbene Drogen als Gegenstände eines Eigentumsdelikts | SCHRIFTLICHTUNG
Karsten Gaede
c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net |
| BGH | Europarechtskonforme Auslegung der Bundesärzteordnung bei ruhender Approbation (BGHSt) | REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster) |
| BGH | AnwSt - keine sanktionsbewehrte Berufspflichtverletzung bei unbeantwortetem Auskunftsverlangen ohne Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht (BGHSt) | Als ständige Mitarbeiter wirken mit:
Oberass. Dr. Daniela Demko, LLM (Zürich); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Universität Erlangen); Wiss. Mit. Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rügenstahl, mag. iur. (Kanzlei Redeker Sellner Dahs & Widmayer, Karlsruhe); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich). |

Diese Ausgabe umfasst 66 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

SCHRIFTFLEITUNG

Karsten Gaede
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
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* (Univ. Erlangen); Wiss. Mit. *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

6. Jahrgang, Dezember 2005, Ausgabe **12**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

900. BVerfG 2 BvR 1964/05 - Urteil vom 5. Dezember 2005 (OLG Düsseldorf)

Recht auf Freiheit der Person (Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; verfahrensabschnittsbezogene Detailprüfung; Terminierung der Hauptverhandlung; eingeschränkte Verhandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft trotz einer vorausgegangenen, dem Begehren des Beschwerdeführers stattgebenden Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts; Bindungswirkung von Kammerentscheidungen; gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei langandauernder Untersuchungshaft); Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf ein faires Verfahren (Waffengleichheit; rechtliches Gehör; Unschuldsvermutung); Vollstreckungsanordnung durch das BVerfG; redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 31 Abs. 1 BVerfGG; § 35 BVerfGG; § 168c StPO

1. Eine dem Staat zuzurechnende Verfahrensverzögerung liegt schon dann vor, wenn ein erstinstanzliches Urteil aufgehoben wird und eine Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung erfolgt, weil das ergangene Urteil verfahrensfehlerhaft war (vgl. hier

zu bereits den Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 2005 – 2 BvR 109/05 –, StV 2005, 220, 223; auch BVerfG K NJW 2005, 3485, 3487). Es bedarf hierbei keiner Entscheidung, ob der ausschlaggebende Verstoß ein kaum verständlicher Rechts- oder Verfahrensfehler ist. Maßgebend ist allein, ob er offensichtlich der Justiz oder dem Beschwerdeführer zuzurechnen ist.

2. Im Rahmen der von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gebotenen Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch und dem Strafverfolgungsinteresse kommt es in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Vielzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann. Dies bedingt eine auf den Einzelfall bezogene Analyse des Verfahrensablaufs. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft sind höhere Anforderungen an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zu stellen.

3. Entsprechend dem Gewicht der zu ahndenden Straftat kann die Fortdauer der Untersuchungshaft trotz kleinerer Verfahrensverzögerungen gerechtfertigt sein. Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung können aber bei erheblichen, vermeidbaren und

dem Staat zuzurechnenden Verzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden.

4. Dauert die Untersuchungshaft bereits ein Jahr an, so kann schon eine Verzögerung um einen Monat oder sechs Wochen das Beschleunigungsgebot in Haftsachen verletzen.

5. Ist es in vorausgegangenen Verfahrensabschnitten zu erheblichen Verzögerungen gekommen, verpflichtet das Beschleunigungsgebot das Revisionsgericht regelmäßig dazu, das Verfahren in besonderer Weise zu fördern und für eine rasche Bearbeitung des Rechtsmittels Sorge zu tragen. Letzteres gilt vor allem dann, wenn eine Aufhebung des Urteils unter Zurückverweisung der Sache infolge eines der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers im Raum steht.

6. Zur Wahrung des Beschleunigungsgebots muss das Bemühen des Gerichts erkennbar sein, Zeugen und Sachverständige auf eine effiziente Art zu laden und einen straffen Verhandlungsplan festzulegen (vgl. hierzu auch EGMR, Urteil vom 29. Juli 2004 – Individualbeschwerde Nr. 49746/99 <Rechtssache Cevizovic/Deutschland> -, StV 2005, 136, 138). Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen wird verletzt, wenn lediglich an einem Sitzungstag pro Woche für wenige Stunden verhandelt wird und sich die Hauptverhandlung dadurch über Monate hinzieht, ohne dass ein Ende abzusehen wäre.

7. Die Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verzögerung zwingt die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte regelmäßig, dies bei der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zu berücksichtigen. So wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz allgemein dazu anhält, in jeder Lage des Verfahrens zu prüfen, ob die eingesetzten

Mittel der Strafverfolgung und der Bestrafung unter Berücksichtigung der davon ausgehenden Grundrechtsbeschränkung für den Betroffenen noch in einem angemessenen Verhältnis zum dadurch erreichbaren Rechtsgüterschutz stehen (vgl. BVerfGE 46, 17, 29; m.w.N.), verpflichtet er im Falle eines mit dem Rechtsstaatsprinzip nicht im Einklang stehenden überlangen Verfahrens zu sorgfältiger Prüfung, ob und mit welchen Mitteln der Staat gegen den Betroffenen (noch) strafrechtlich vorgehen kann. Dementsprechend ist ein Haftbefehl aufzuheben, wenn die Fortdauer der Untersuchungshaft unverhältnismäßig ist.

935. EGMR Nr. 6563/03 - Urteil vom 4. Oktober 2005 (Shannon gegen Großbritannien - 4. Kammer)

Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit (Grundsätze des Schutzes gemäß Art. 6 EMRK; Anwesenheitspflicht bei Vernehmungen im Ermittlungsverfahren durch Finanzbehörden; unzulässiger Aussage- und Anwesenheitszwang gegenüber Finanzbehörden ohne Verwertungsverbot im Strafverfahren; Steuerstrafverfahren); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 393 AO

1. Wird eine im Sinne der EMRK angeklagte Person verpflichtet, bei einem Verhör durch Finanzbehörden anwesend zu sein und Fragen auch zum Tatvorwurf zu beantworten, ist Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK verletzt, wenn die Finanzbehörden die Informationen an die strafrechtlichen Ermittlungsbehörden weitergeben dürfen. Besondere Sicherheitsbedürfnisse [hier: Nordirland] begründen hiervon keine Ausnahme.

2. Zum Schutz des Art. 6 EMRK gegen die zwangsweise Erlangung von Information vom Beschuldigten (vgl. § 32 und § 36 der Entscheidung).

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

873. BGH 2 StR 237/05 - Urteil vom 2. November 2005 (LG Frankfurt)

Körperverletzung mit Todesfolge; Einschränkung des Notwehrrechts (Absichtsprovokation; sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten; Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens).

§ 32 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB

1. Eine Notwehreinschränkung aufgrund des Vorverhaltens des Angegriffenen setzt voraus, dass die tatsächlich

bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges oder wenigstens sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht. Die Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens ist nicht erforderlich.

2. In welchem Maße das Recht des Angegriffenen, sich gegen einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff zur

Wehr zu setzen, durch eine rechtswidrige und vorwerfbare Verursachung der Notwehrlage eingeschränkt ist, hängt insbesondere von dem Gewicht der schuldhaften Verursachung einerseits und dem Gewicht der drohenden Rechtsgutsverletzung andererseits ab.

3. Die bloße Kenntnis oder die Annahme, ein bestimmtes eigenes Verhalten werde eine andere Person zu einem

rechtswidrigen Angriff provozieren, führt für sich allein nicht zu einer Einschränkung des Rechts, sich gegen einen solchen Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zur Wehr zu setzen.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

888. BGH 3 StR 295/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Flensburg)

Fremde Sache (Diebstahl; Betäubungsmittel; Verkehrsfähigkeit; Eigentum; Vorsatz).

§ 242 StGB; § 249 StGB; § 29 BtMG; § 134 BGB; § 903 BGB; § 15 StGB

1. Illegal erworbene Drogen können tauglicher Gegenstand eines Eigentumsdeliktes sein. (BGHR)

2. Fremd ist eine Sache, wenn sie verkehrsfähig ist, das heißt überhaupt in jemandes Eigentum stehen kann, nicht herrenlos ist und nicht im Alleineigentum des Täters steht. (Bearbeiter)

3. Die Verkehrsfähigkeit illegaler Drogen wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Eigentum an ihnen nach den Verbotsvorschriften des Betäubungsmittelgesetzes in Verbindung mit § 134 BGB nicht rechtsgeschäftlich übertragen werden kann. (Bearbeiter)

4. Für die Verurteilung wegen eines Eigentumsdeliktes genügt die Feststellung, dass fremdes Eigentum verletzt ist; nicht notwendig ist die Ermittlung der Person des Eigentümers. Dementsprechend ist es auch belanglos, welche Vorstellungen der Täter über die Person des Eigentümers hat; es genügt, dass er weiß, dass die Drogen nicht in seinem Alleineigentum stehen und nicht herrenlos sind. (Bearbeiter)

912. BGH 4 StR 185/05 - Urteil vom 25. Oktober 2005 (LG Halle)

Das Leben gefährdende Behandlung (Würgen; Angriff auf den Hals des Opfers); bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtwürdigung; Ausschluss einer entgegenstehenden hochgradigen Alkoholisierung und affektiver Erregung trotz mangelnder Erörterung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

1. Nicht jeder Angriff auf den Hals des Opfers in der Form des Würgens, der zu würgemalähnlichen Druckmalen oder Hautunterblutungen führt, ist eine das Leben gefährdende Behandlung im Sinne dieser Vorschrift. Von maßgeblicher Bedeutung sind vielmehr Dauer und Stärke der Einwirkung, die zwar nicht dazu führen muss, dass das Opfer der Körperverletzung tatsächlich in Lebensgefahr gerät, aber abstrakt geeignet sein muss, das Leben

des Opfers zu gefährden (vgl. BGH NJW 2002, 3264, 3265; NStZ 2004, 618, jeweils m.w.N.).

2. Bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen, zu denen ein Schnitt in den Hals zählt, ist der Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahe liegend. Er ist nach ständiger Rechtsprechung allerdings nur dann rechtsfehlerfrei, wenn der Tatrichter alle nach Sachlage in Betracht kommenden Tatumstände in seine Erwägungen einbezogen hat, die dieses Ergebnis in Frage stellen können (vgl. BGH NStZ 2004, 51, 52; BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 7, jeweils m.w.N.). Nach ständiger Rechtsprechung gehören hochgradige Alkoholisierung und affektive Erregung zu den Umständen, die der Annahme eines Tötungsvorsatzes entgegenstehen können und deshalb ausdrücklicher Erörterung in den Urteilsgründen bedürfen (vgl. BGHR StGB § 212 Abs. 1 Vorsatz, bedingter 54 m.w.N.) - zur möglichen Entbehrlichkeit dessen nach den Fallumständen.

908. BGH 1 StR 455/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Augsburg)

Konkurrenzverhältnis von Nötigung und Bedrohung (Klarstellungsfunktion; Vorrang des konkreten vor dem abstrakten Rechtsgüterschutz).

§ 240 StGB; § 241 StGB; § 52 StGB

Die Bedrohung tritt auch hinter einer nur versuchten Nötigung zurücktritt (BGHR StGB § 240 Abs. 3 Konkurrenzen 2. Abstrakter Rechtsgüterschutz hat jedoch nach den allgemeinen Grundsätzen unter Konkurrenzgesichtspunkten hinter dem konkreten zurückzutreten. Bedrohungen mit einem Verbrechen, auf die § 241 StGB beschränkt ist, stellen auch kein im Verhältnis zu § 240 StGB eigenständiges Handlungsunrecht dar.

895. BGH 1 StR 195/05 - Urteil vom 11. Oktober 2005 (LG Tübingen)

Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ (Wut und Verärgerung; Beurteilungsspielraum; deutscher Bewertungsmaßstab für kulturelle Vorstellungen); natürliche Handlungseinheit und höchstpersönliche Rechtsgüter.

§ 211 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Tötungsbeweggrund niedrig, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht

und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt (vgl. BGHSt 47, 128, 130 m.w.N.). Bei einer Tötung aus Wut oder Verärgerung kommt es darauf an, ob diese Antriebsregungen ihrerseits auf einer niedrigen Gesinnung beruhen (BGH NJW 1995, 3196). Bei diesen Abwägungen steht dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zu, den das Revisionsgericht nicht durch eigene Erwägungen ausfüllen kann (vgl. Senat, Urteil vom 10. Mai 2005 - 1 StR 30/05).

2. Der Maßstab für die Bewertung der Beweggründe (hier: Verteidigung der Ehre) ist den Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland zu entnehmen und nicht den Anschauungen einer Volksgruppe die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt (vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 41 m.w.N.).

3. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen sind einer additiven Betrachtungsweise, wie sie der natürlichen Handlungseinheit zugrunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift daher der Täter einzelne Menschen nacheinander an, um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtungsweise selbst bei einheitlichem Tatentschluss und engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen (vgl. BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit Entschluss, einheitlicher 9). Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs, etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden (vgl. BGHR StGB vor § 1/natürliche Handlungseinheit Entschluss, einheitlicher 2 und 5) oder bei einem gegen eine aus der Sicht des Täters nicht individualisierten Personenmehrheit gerichteten Angriff (vgl. BGH NJW 1985, 1565), willkürlich und gekünstelt erschiene.

928. BGH 5 StR 347/05 - Urteil vom 13. Oktober 2005 (LG Dresden)

Strafzumessung (Erörterungsmangel hinsichtlich der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit bei Ersttättern im vorgerückten Alter im Bereich des Sexualstrafrechts); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (eigenständiger Strafmilderungsgrund).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 21 StGB

Bei Ersttättern im vorgerückten Alter im Bereich des Sexualstrafrechts ist die Frage der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB) infolge altersbedingter psychischer Veränderungen zu erörtern (vgl. u. a. BGH NJW 1964, 2213; BGHR StGB § 21 Sachmangel 1, 2, 3; Sachverständiger 5).

887. BGH 3 StR 260/05 - Beschluss vom 26. August 2005 (LG Verden)

Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung (schutzlose Lage; Wohnung; Tenorierung beim besonders schweren Fall).

§ 177 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

1. Eine schutzlose Lage (§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB) ist gegeben, wenn die Schutz- und Verteidigungsmöglichkeiten des Opfers in einem solchen Maß verringert sind, dass es dem ungehemmten Einfluss des Täters preisgegeben ist. Dies ergibt sich nicht schon daraus, dass sich der Täter mit dem Opfer allein in einer Wohnung befindet. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, etwa die Einsamkeit der Wohnung oder das Fehlen von Fluchtmöglichkeiten.

2. Wenn der Tatrichter eine sexuelle Nötigung (§ 177 Abs. 1 StGB) wegen sonstiger, nicht im Katalog des Abs. 2 Satz 2 StGB aufgeführter Umstände als besonders schweren Fall beurteilt, kommt dies im Schuldspruch nicht zum Ausdruck. Der Grundsatz, dass Strafzumessungsvorschriften nicht in den Urteilstenor aufzunehmen sind, wird nur für das schon durch die gesetzliche Überschrift besonders hervorgehobene Regelbeispiel der Vergewaltigung durchbrochen.

896. BGH 1 StR 234/05 - Urteil vom 9. November 2005 (LG Stuttgart)

Mord (niedrige Beweggründe; fehlender nachvollziehbarer Grund); Totschlag (Wertungsfehler bei der Strafzumessung; besonders schwerer Fall; Nähe zu Mordmerkmalen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Wenn der Angeklagte ohne jeglichen Grund gehandelt hätte, stellt dies für sich im Grundsatz noch keinen niedrigen Beweggrund dar. Es wäre auch im Hinblick auf § 103 Abs. 2 GG und die absolute Rechtsfolge des § 211 StGB verfehlt, jede vorsätzliche Tötung, für welche sich kein ‚nachvollziehbarer‘ oder nahe liegender Grund finden lässt, als Mord aus niedrigen Beweggründen anzusehen.

924. BGH 5 StR 315/05 - Urteil vom 12. Oktober 2005 (LG Berlin)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (sexuelle Handlung gegen Entgelt).

§ 176a StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB

Entgelt im Sinne von § 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB ist jede in einem Vermögensvorteil bestehende Gegenleistung (§ 11 Abs. 1 Nr. 9 StGB). Tatbestandsmäßig sind Vermögensvorteile jedweder Art. Für die Verwirklichung des Tatbestandes des § 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB reicht es aus, dass sich Täter und Opfer vor oder spätestens während des sexuellen Kontaktes darüber einig sind, dass der Vermögensvorteil die Gegenleistung für das Sexualverhalten des Jugendlichen sein soll. Dabei ist es ausreichend, wenn der Jugendliche zur Duldung oder

Vornahme der sexuellen Handlung durch die Entgeltvereinbarung wenigstens mitmotiviert wird, da er schon hierdurch die Erfahrung der Käuflichkeit sexueller Handlungen macht, die seine ungestörte sexuelle Entwicklung nachhaltig negativ beeinflussen kann (vgl. BGHR StGB § 182 Abs. 1 Nr. 1 Entgelt 1 m.w.N.).

911. BGH 4 StR 163/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Paderborn)

Strafrahmenwahl bei Vergewaltigung (Begriff der Vergewaltigung; Entfallen der Regelwirkung; "ambivalentes Verhalten"; Prüfung des minder schweren Falles); redaktioneller Hinweis.

§ 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 1 StGB

Entfällt die Regelwirkung des § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB, weil das Regelbeispiel mit gewichtigen Milderungsgründen zusammentrifft, so kommt in Betracht, die Tat darüber hinaus als minder schwerer Fall nach § 177 Abs. 5 StGB (Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren) zu beurteilen. Allerdings müssen die Umstände, die der Tat trotz Erfüllung eines Regelbeispiels das Gepräge eines minder schweren Falles geben könnten, in einem ganz außergewöhnlichen Umfang schuld mindernd sein (vgl. BGH StV 2000, 557; BGHR StGB § 177 Abs. 5 [i.d.F. d. 6. StrRG] Strafrahmenwahl 1, 3).

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

931. BGH 5 StR 394/05 (alt: 5 StR 239/04) - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Potsdam)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung einer Zustands im Sinne des § 21 StGB: keine vage Feststellung einer Persönlichkeitsstörung); verminderte Schuldfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit: Kombination von Persönlichkeitsstörung und Alkoholabhängigkeit).

§ 21 StGB; § 63 StGB

Für die Verhängung des § 63 StGB reicht - auch in Verbindung mit Alkoholmissbrauch und -abhängigkeit eine mehr oder weniger vage Diagnose einer Persönlichkeitsstörung nicht aus: In diesem Bereich besteht die Gefahr, dass Eigenschaften und Verhaltensweisen, die sich noch innerhalb der Bandbreite des Verhaltens uneingeschränkt schuldfähiger Menschen bewegen, zu Unrecht als Symptome einer die Schuldfähigkeit - zudem gesichert -

erheblich beeinträchtigenden seelischen Abartigkeit bewertet werden.

902. BGH 1 StR 344/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Stuttgart)

Verfall (Begriff des Erlangten: keine Erfassung von erzielbaren Vermögenszuwächsen; Gesamtschuldnerschaft).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 a Satz 1 StGB

Unter Erlangen im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB ist zu verstehen, dass tatsächlich 'etwas' erlangt ist; nicht erfasst ist, was der Täter nur erlangen wollte; ein lediglich erzielbarer Vermögenszuwachs kann nicht für verfallen erklärt werden (BGH NSTZ-RR 2001, 82 Nr. 2). Auch für einen Verfall des Wertersatzes ist in diesem Fall kein Raum.

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

893. BGH 1 StR 114/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG Regensburg)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung: fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation (kein Verwertungsverbot bei lediglich defizitärer Belehrung); Pflicht des Verteidigers zur Weiterleitung von Informationen, welche die Befangenheit eines Schöffen begründen (Verspätung der Befangenheitsrüge); Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (Übernahme der vollen Verantwortung; effektiver Rechtsschutz); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 137 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 43 BRAO; § 345 Abs. 2 StPO

1. Erklärt ein Angeklagter bei seiner polizeilichen Vernehmung auf die Frage, ob er einen Rechtsanwalt nehmen wolle, lediglich, er könne sich keinen Rechtsanwalt leisten ohne die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts zu verneinen, und wird damit klar, dass der Angeklagte eigentlich einen Rechtsanwalt konsultieren wollte, sich dazu aber allein durch seine Mittellosigkeit gehindert sah, ist es angezeigt, den so inzident geäußerten Wunsch des Angeklagten nach einem Verteidiger nicht zu übergehen.

2. Der Angeklagte ist in diesem Fall zunächst darüber zu belehren, dass fehlende Mittel einen ersten Kontakt zu einem Rechtsanwalt nicht ausschließen, da dieser in Fällen der vorliegenden Art - hinsichtlich des dringenden Tatverdachts abgeklärter Tatvorwurf eines Verbrechens -

in der Regel trotzdem im Hinblick auf die später zu erwartende Pflichtverteidigerbestellung sofort tätig wird, und dass dem Beschuldigten deshalb die Möglichkeit gegeben werden kann, einen Rechtsanwalt seines Vertrauens zu kontaktieren oder - gegebenenfalls - den anwaltlichen Notdienst anzurufen.

3. Wird dieser Pflicht nicht genügt, folgt daraus aber kein Verwertungsverbot. Nur gravierende Verfahrensverstöße können ein Verwertungsverbot auslösen.

4. Es kann dahinstehen bleiben, ob mit der Vernehmung des nach Belehrung gemäß § 136 StPO aussagebereiten Angeklagten nicht überhaupt bis zu einer Pflichtverteidigerbestellung zugewartet werden musste (vgl. hierzu BGHSt 47, 172 einerseits, BGHSt 47, 233 andererseits), da dies bei der dann gebotenen Abwägung (vgl. BGHSt 47, 172 [179 f.]) im vorliegenden Fall jedenfalls nicht zu einem Verwertungsverbot führen könnte.

894. BGH 1 StR 117/05 - Beschluss vom 19. Oktober 2005 (LG München)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende, täuschende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation (kein Verwertungsverbot bei lediglich defizitärer Belehrung); effektiver Rechtsschutz und Zulässigkeit der Verfahrensrüge (hilfsweise erhobene Verfahrensrügen; Widerspruchlichkeit; Rechtsweggarantie; effektiver Rechtsschutz); Verwertung von früheren Aussagen eines Zeugnisverweigerungsberechtigten bei dessen Zustimmung (Verzicht auf das Verwertungsverbot außerhalb der Hauptverhandlung; Recht auf ein faires Verfahren: Konfrontationsrecht, Fragerecht des Angeklagten, effektiver Zugang zu eröffneten Rechtsmitteln, Verbot des überspitzten Formalismus); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 136a StPO; § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unzulässig erhobene Verfahrensrügen wegen widersprüchlichen Vortrags (Gebot der "Einheit des Revisionsvortrages").

2. Hilfsweise erhobene Verfahrensrügen sind nicht zulässig. Dies gilt auch dann, wenn sie für den Fall erhoben sind, dass der Beleg von Verfahrenstatsachen misslingt, die für die in erster Linie erhobene Verfahrensrüge konstitutiv sind.

3. Muss bei der ersten Vernehmung der dringende Tatverdacht eines Kapitalverbrechens erst noch abgeklärt werden, besteht - auch wenn ein Staatsanwalt anwesend ist - keine Veranlassung, mit der Vernehmung des nach Belehrung aussagebereiten Angeklagten bis zur Bestellung eines Pflichtverteidigers zuzuwarten (vgl. BGHSt 47, 172, 176; Senatsbeschluss vom 18. Oktober 2005 - 1 StR 114/05 m. N.).

4. Irrt der Angeklagte ersichtlich über die Unverfügbarkeit des von ihm erwünschten aber infolge Mittellosigkeit nicht wahrgenommenen anwaltlichen Beistandes ist es angezeigt, den Angeklagten (Beschuldigten) darauf hinzuweisen, dass ihm trotz seiner fehlenden Mittel Gelegenheit gegeben werden könne, bei einem Rechtsanwalt seines Vertrauens bzw. dem anwaltlichen Notdienst anzurufen. Gleichwohl handelt es sich bei der kommentarlosen Hinnahme des aufgezeigten Irrtums des nach Maßgabe von § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrten Beschuldigten nicht um eine Täuschung i. S. d. § 136a StPO.

5. Es gibt keinen Rechtssatz, wonach ein Verzicht auf ein Zeugnisverweigerungsrecht - auch in der Form des Einverständnisses mit der Beweiserhebung über den Inhalt einer polizeilichen Vernehmung - nicht auch außerhalb einer Hauptverhandlung erklärt werden könnte.

6. Das wirksame Einverständnis eines aussageverweigerungsberechtigten Zeugen mit der Verwertung einer früheren nichtrichterlichen Vernehmung führt dazu, dass die frühere Aussage durch die Vernehmung der Verhörsperson in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf.

899. BGH 1 StR 320/05 - Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Augsburg)

Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; rechtliches Gehör; Recht auf einen gesetzlichen Richter); Rechtsweggarantie; Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 354 Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b StPO in zumindest analoger Anwendung (Anwendung auf Fehler beim Schuldspruch; angemessene Rechtsfolge).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 354 Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b StPO

Eine Gesamtfreiheitsstrafe kann zumindest in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1, 1a, 1b StPO bestehen bleiben, auch wenn der Rechtsfehler nicht „nur“ die Gesamtstrafenbildung betrifft, sondern auch den Schuldspruch erfasst, der sich (möglicherweise) auf die Gesamtstrafenbildung auswirkt, soweit die Rechtsfolge angemessen ist und neue, für den Angeklagten günstige Erkenntnisse in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nicht ersichtlich sind.

903. BGH 1 StR 365/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG München)

Verwertbarkeit ausländischer Telefonüberwachungsprotokolle bei Verletzung von bloßen Formvorschriften (keine Begründung von Verwertungsverboten über die Verletzung ausländischen Verfahrensrechts).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 100a StPO; § 88 Abs. 4 Satz 1 tschechische StPO

Eine etwaige Verletzung ausländischer Formvorschriften kann kein Verwertungsverbot nach der deutschen Strafprozessordnung begründen.

874. BGH 2 StR 296/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Darmstadt)

Hinweispflicht; faires Verfahren (Vertrauenstatbestand; Wahrunterstellung; Beweisantrag zur Feststellung eines Alibis).

§ 265 Abs. 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a EMRK

1. Der Tatrichter darf einen Angeklagten nicht darüber im Unklaren lassen, dass er die Verurteilung auf tatsächliche Umstände stützen will, die so in der Anklage bezeichnete Tatzeit ein Alibi, so darf das Gericht keine andere Tatzeit feststellen, ohne den Angeklagten vorher auf diese Möglichkeit hinzuweisen. Dass sich eine andere Tatzeit aus den Bekundungen von Beweispersonen ergibt, ist für sich allein nicht ausreichend. Es muss vielmehr deutlich geworden sein, dass das Gericht selbst diesen Gesichtspunkt aufgenommen und in die Erwägungen einbezogen hat, die für die Entscheidung bedeutsam sind.

2. Weist der Tatrichter einen Beweisantrag im Wege der Wahrunterstellung zurück, so schafft er dadurch einen Vertrauenstatbestand, der jedenfalls in den Fällen eines als wahr unterstellten Alibis die Nicht-Verurteilung wegen der betreffenden Tat insgesamt umfasst. Daher muss das Gericht aus Gründen der Fairness des Verfahrens einen Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO auch dann erteilen, wenn es Feststellungen zu Lasten des Angeklagten treffen will, die zwar der als wahr unterstellten Tatsache nicht unmittelbar widersprechen, auf deren Nichtannahme der Angeklagte jedoch aufgrund der Wahrunterstellung seines Alibis erkennbar vertraut hat.

914. BGH 4 StR 235/05 - Urteil vom 27. Oktober 2005 (LG Essen)

Aufklärungsrüge (Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; nötiger Zwischenrechtsbehelf der Staatsan-

waltschaft; Bindung des Revisionsgerichts an die angenommene Verfolgungsgefahr); Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung bei einem Freispruch.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

Die tatsächliche Beurteilung der Verfolgungsgefahr bindet das Revisionsgericht, das sie nur rechtlich daraufhin nachzuprüfen hat, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind (BGHSt 10, 104, 105; 43, 321, 326).

922. BGH 5 StR 278/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Hamburg)

Besorgnis der Befangenheit („Meinen Sie, dass wir die Anträge noch schneller ablehnen können?“; keine Überwindung begründeten Misstrauens durch die Behauptung einer spaßhaften Reaktion; Ausräumung durch Klarstellung und Entschuldigung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

1. Das Vorliegen eines Ablehnungsgrundes im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO ist grundsätzlich vom Standpunkt des Angeklagten zu beurteilen. Misstrauen gegen die Unparteilichkeit eines Richters ist dann gerechtfertigt, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zu der Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine Haltung ein, die dessen Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.

2. Die Relevanz des unbedachten Verhaltens eines Richters kann dieser unter Umständen durch Klarstellung und Entschuldigung beseitigen, spätestens im Rahmen der dienstlichen Erklärung nach § 26 Abs. 3 StPO (vgl. dazu BGHR StPO § 338 Nr. 3 Revisibilität 1). Zu einem Einzelfall, in dem dies nach den Fallumständen ausgeschlossen ist.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**937. BGH 5 ARs (Vollz) 54/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (OLG Naumburg)**

BGHSt; BGHR; Anspruch auf Einzelunterbringung während der Ruhezeit (nach Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes umgebautes Einzelbauwerk in einer aus mehreren Bauwerken bestehenden vor Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes erbauten Justizvollzugsanstalt; Gesamtzustand der Justizvollzugsanstalt; Überbelegung in deutschen Haftanstalten); Bedingungen, unter denen die Doppelbelegung keinen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeutet; Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts nach § 116 Abs. 1 StVollzG; Zeitgesetze ohne Befristung (kein Wandel der Normsituation; keine Verwirkung; Reform).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; § 18 Abs. 1 Satz 1 StVollzG; § 201 Nr. 3 Satz 1 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

1. Bei der Entscheidung über einen Anspruch auf Einzelunterbringung während der Ruhezeit (§ 18 Abs. 1 Satz 1 StVollzG) in einem nach Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes umgebauten Einzelbauwerk einer aus mehreren Bauwerken bestehenden – vor Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes erbauten – Justizvollzugsanstalt ist auf den Gesamtzustand der Justizvollzugsanstalt abzustellen mit der Folge, dass § 201 Nr. 3 Satz 1 StVollzG auf die gesamte Justizvollzugsanstalt weiter anzuwenden ist. (BGHSt)

2. Eine bloße gemeinsame Unterbringung entgegen § 18 Abs. 1 Satz 1 StVollzG verstößt ohne Hinzutreten erschwerender, den Gefangenen benachteiligender Umstände nicht gegen das Gebot der Menschenwürde. Ein Verstoß ist erst bei nicht abgetrennter Toilette oder deren fehlender gesonderten Entlüftung und bei einem Unter-

schreiten von 16 m³ Luftraum oder 12 m² Bodenfläche anzunehmen (OLG Frankfurt NJW 2003, 2843, 2845 mit umfangreichen Nachweisen der Rspr. und Literatur; OLG Naumburg NJW 2005, 514, 515). (Bearbeiter)

3. Indes erschöpft sich die Wirkkraft des Gebots der menschenwürdigen Behandlung der Strafgefangenen nicht in dem Anspruch auf eine (hier gemeinsame) Unterbringung in angemessenen Hafträumen. Eine länger dauernde Mehrfachunterbringung gegen den Willen des Strafgefangenen kann sich – trotz der gebotenen Zurückhaltung gegenüber unmittelbaren Folgerungen aus Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. OLG Frankfurt NJW 2003, 2843, 2845 m.w.N.) – als ein die Menschenwürde des Gefangenen tangierender Verlust der Intim- und Privatsphäre darstellen. Auch dem Gefangenen muss ein Innenraum verbleiben, in dem er in Ruhe gelassen wird und in welchem er ein Recht auf Einsamkeit genießen kann (vgl. BVerfGE 27, 1, 6; BVerfG – Kammer NJW 1996, 2643; BGHSt 37, 380, 382). Der starke Eingriff in die Privatsphäre des Gefangenen infolge der Doppelbelegung muss auf Wunsch des Gefangenen durch die Gestaltung des Vollzugs teilweise ausgeglichen werden. Dafür bietet sich an – und solches ist auch geboten, – dass jeweils jedem der in dem doppelt belegten Haftraum untergebrachten Gefangenen außerhalb der Schlafenszeit angemessene Ruhezeiten gewährt werden, während derer der jeweils andere Gefangene arbeitet, sich in Gemeinschaftsräumen oder im Freien aufhält (§ 64 StVollzG). (Bearbeiter)

4. Die Frage, ob die räumlichen Anstaltsverhältnisse tatsächlich eine gemeinsame Unterbringung erfordern, unterliegt eingehender gerichtlicher Nachprüfung (vgl. OLG Celle NJW 2004, 2766, 2767), in deren Rahmen einem etwaigen rechtsmissbräuchlichen Verhalten entgegenzutreten wäre. (Bearbeiter)

892. BGH 3 StR 385/04 - Urteil vom 13. Oktober 2005 (LG Wuppertal)

Dienstleistungsfreiheit; Bundesärzteordnung (europarechtskonforme Auslegung); Zahnheilkundengesetz (europarechtskonforme Auslegung); bloß vorübergehende Tätigkeit; Ruhen der Approbation; Angemessenheit von Einzelstrafen.

Art. 49 EGV; Art. 50 EGV; § 10b Abs. 1 BÄO; § 2 Abs.

3 BÄO; § 13 BÄO; § 1 ZahnheilkundeG; § 13a ZahnheilkundeG; § 18 Nr. 2 ZahnheilkundeG; § 354 Abs. 1a StPO

1. Die Befugnis eines Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen (oder zahnärztlichen) Berufs in Deutschland (§ 2 Abs. 3 BÄO, § 1 Abs. 2 ZHG) wird durch das Ruhen einer ihm etwa erteilten deutschen Approbation nicht berührt. (BGHSt)

2. Gegenstand des durch § 13 BÄO strafbewehrten Verbots, den ärztlichen Beruf auszuüben, wenn die Approbation ruht (§ 6 Abs. 3 BÄO), ist nur die ärztliche Tätigkeit, die auf Grund einer erteilten Approbation erbracht wird und dem Erbringer nicht aufgrund eines anderen Legitimationstatbestands erlaubt ist. (Bearbeiter)

936. BGH AnwSt (R) 9/04 - Urteil vom 26. September 2005 (Hessischer Anwaltsgerichtshof)

BGHSt; BGHR; keine sanktionsbewehrte Berufspflichtverletzung bei unbeantwortetem Auskunftsverlangen ohne Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht (Unabhängigkeit von der Kenntnis dieses Rechts).

§ 56 Abs. 1 BRAO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

Kommt ein Rechtsanwalt einem Auskunftsverlangen des Vorstands oder eines beauftragten Vorstandsmitglieds nicht nach, liegt eine sanktionsbewehrte Berufspflichtverletzung nicht vor, wenn ihm ein Hinweis über sein Recht, die Auskunft nach § 56 Abs. 1 Satz 2 BRAO zu verweigern und seine Pflicht, sich ggfs. darauf zu berufen, nicht vom Vorstand oder von einem beauftragten Mitglied erteilt worden ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der Rechtsanwalt sein Auskunftsverweigerungsrecht kannte. (BGHSt)

875. BGH 2 StR 298/05 - Urteil vom 12. Oktober 2005 (Landgericht Frankfurt/Main)

BGHR; Schreckschusspistole als Schusswaffe im Sinne des BtMG.

§ 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Die geladene Schreckschusswaffe, bei der der Explosionsdruck nach vorne austritt, ist eine Schusswaffe im Sinne des § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG. (BGH)

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Das Recht auf Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK in Strafverfahren und dessen Verhältnis zum Recht auf wirksame Beschwerde gemäß Art. 13 EMRK in der Rechtsprechung des EGMR – Teil 2

(Reihe Strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)

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

I. Einleitung

Gegenstand der folgenden Ausführungen ist die vom EGMR im Fall *Kudła gegen Polen* im Zusammenhang mit dem Gebot der angemessenen Verfahrensdauer vorgenommene Neuinterpretation des Verhältnisses von Art. 6 I EMRK zu Art. 13 EMRK.

Unter kurzem Aufzeigen der bisherigen Rechtsprechungspraxis wird auf den faktischen Anlass sowie die inhaltlichen Gründe für die vom EGMR für notwendig gehaltene Rechtsprechungsänderung eingegangen. Erkennbar gemacht werden dabei zum einen der bestehende Bezug zu einem übergeordneten Strukturprinzip der Europäischen Menschenrechtskonvention und zum anderen die Verbindung zu einem zugrunde liegenden Auslegungsgrundsatz, welcher in der Rechtsprechung des EGMR seit jeher einen festen Platz einnimmt und in der Entscheidung *Kudła gegen Polen* einen weiteren konkreten Anwendungsfall fand.

II. Bisherige Rechtsprechung zum Verhältnis von Art. 6 I EMRK zu Art. 13 EMRK im Zusammenhang mit dem Gebot angemessener Verfahrensdauer

In früheren, wegen überlanger Verfahrensdauer ergangenen Entscheidungen, etwa in den Fällen *Airey gegen Irland*¹, *Sporrong und Lönnroth gegen das Königreich Schweden*² oder *Silver und andere gegen Vereinigtes Königreich*³, stellte der EGMR in kurzer Weise stets heraus, dass er in Anbetracht bzw. in Berücksichtigung seiner Entscheidung zu Art. 6 I EMRK es „nicht für

erforderlich“⁴ bzw. „nicht für notwendig“⁵ halte, den Fall „auch nach Art. 13 zu prüfen, da dessen Anforderungen weniger strikt sind als die des Art. 6 Abs. 1 und im vorliegenden Fall vom letzteren umfaßt“⁶ bzw. „aufgesogen“⁷ werden.

Auch im Urteil *Kudła gegen Polen*⁸, in welchem der EGMR im Ergebnis von seiner bisherigen Rechtsprechung Abstand nimmt, führt er vor Darlegung der für ihn maßgebenden Gründe für die nunmehrige Änderung seiner Spruchpraxis zunächst nochmals seine frühere Spruchpraxis wiederholend an. Danach habe er bisher in zahlreichen Fällen, in denen er Art. 6 I EMRK als verletzt ansah, eine Entscheidung auch über die zusätzliche Beschwerde nach Art. 13 EMRK nicht für nötig gehalten. Im Rahmen des „Anwendungsbereich(s) sowohl von Art. 6 I EMRK in „strafrechtlicher“ Hinsicht“ als auch von Art. 13 EMRK“⁹ seien die „Anforderungen von Art. 6 I EMRK, die das ganze Spektrum der Garantien für das gerichtliche Verfahren umfassen, strenger als die von Art. 13 EMRK und absorbieren sie“¹⁰. Da sich Art. 6 I EMRK folglich nach den gegebenen Umständen als „lex specialis im Verhältnis zu Art. 13 EMRK“¹¹ darstelle, gäbe es in solchen Fällen „kein rechtliches Interesse daran, dieselben Beschwerdepunkte erneut unter den weniger strengen Anforderungen von Art. 13 zu prüfen“¹².

III. Rechtsprechungsänderung

1. Neuinterpretation des Verhältnisses von Art. 6 I EMRK zu Art. 13 EMRK sowie Charakteristik der Urteilsbegründung im Fall *Kudła gegen Polen*

Der EGMR kommt im Fall *Kudła gegen Polen* zu dem Ergebnis, dass in dem Fall, dass der Beschwerdeführer die Verletzung des Rechts auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist i.S.d. Art. 6 I EMRK rügt, Art. 13

⁴ EGMR, *Håkansson und Sturesson gegen Schweden*, Urt.v. 21.2.1990, EuGRZ 1992, 5, 11 Z. 69.

⁵ EGMR, *Sporrong und Lönnroth gegen das Königreich Schweden*, EuGRZ 1983, 523, 528 Z. 88.

⁶ EGMR, *Håkansson und Sturesson gegen Schweden*, EuGRZ 1992, 5, 11 Z. 69.

⁷ EGMR, *Sporrong und Lönnroth gegen das Königreich Schweden*, EuGRZ 1983, 523, 528 Z. 88; ebenso EGMR, *Silver und andere gegen Vereinigtes Königreich*, EuGRZ 1984, 147, 153 Z. 110: „aufgehen“; EGMR, *Airey gegen Irland*, EuGRZ 1979, 626, 629: „überschneiden“.

⁸ EGMR, *Kudła gg. Polen*, Urt.v. 26.10.2000 – 30210/96, NJW 2001, 2694 ff.

⁹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z. 146.

¹⁰ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.146.

¹¹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.146.

¹² EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.146.

¹ EGMR, *Airey gegen Irland*, Urt.v. 9.10.1979, EuGRZ 1979, 626 ff.

² EGMR, *Sporrong und Lönnroth gegen das Königreich Schweden*, Urt.v. 23.9.1982, EuGRZ 1983, 523 ff.

³ EGMR, *Silver und andere gegen Vereinigtes Königreich*, Urt.v. 25.3.1983, EuGRZ 1984, 147 ff.

EMRK zusätzlich neben Art. 6 I EMRK anzuwenden ist.¹³

Mit dieser im Fall *Kudła gegen Polen* vorgenommenen Rechtsprechungsänderung kehrt sich der EGMR in ausdrücklicher sowie deutlicher Weise von seiner bisherigen Spruchpraxis ab. Dabei beschränkt er sich nicht allein darauf, seine frühere, ohnehin kurz gehaltene Begründung für die von ihm nicht für notwendig gehaltene zusätzliche Prüfung des Art. 13 EMRK in nunmehr ebenso kurzer Weise zu verwerfen. Vielmehr kennzeichnet die Urteilsbegründung im Fall *Kudła gegen Polen* eine kritische sowie ausführliche Reflexion des EGMR zu seiner bisher vertretenen Auffassung, wobei er zur Erklärung und Stützung seiner neuen Auffassung eine Vielzahl unterschiedlicher, inhaltlich aufeinander aufbauender Begründungselemente anführt.

Wenn auch vom Gerichtshof (teilweise) nicht ausdrücklich hervorgehoben, so lässt seine Begründungsweise von der Sache her ein Zweifaches erkennen: Zum einen nimmt er im Rahmen seiner konkreten Beurteilung des Verhältnisses zwischen Art. 6 I EMRK und Art. 13 EMRK für den speziellen Fall eine unangemessenen Verfahrensdauer Rückgriff auf allgemeine Strukturprinzipien der Europäischen Menschenrechtskonvention, hier in Gestalt des Subsidiaritätsgrundsatzes der EMRK, dessen Geltung und (Wieder-) Beachtung er den Mitgliedstaaten deutlich in Erinnerung ruft. Zum anderen ist die neue Rechtsprechung des EGMR zu Art. 13 EMRK notwendiger Ausfluss seiner sog. „effektivitätssichernd(en)“¹⁴ Auslegung bzw. ein konkretes Beispiel für die vom Gerichtshof praktizierte Auslegungsmethode, mittels der die Konventionsrechte in dem Sinne zu interpretieren sind, dass ihnen – und zwar nicht nur theoretisch, sondern auch praktisch – die größtmögliche Wirksamkeit zukommt.¹⁵

2. Faktischer Anlass für die Rechtsprechungsänderung

Bevor sich der EGMR der eigentlich inhaltlichen Begründung für die Änderung seiner Rechtsprechung widmete, stellte er in erfreulich offener Weise erklärend voran, was für ihn faktischer Anlass bzw. Ausgangspunkt gewesen sei, seine bisherige Rechtsprechung nunmehr auf deren Richtigkeit zu überprüfen.

So heißt es, dass „angesichts der Vielzahl von Beschwerden, die bei ihm anhängig sind und deren einzige oder wesentliche Rüge die einer Verletzung der Verpflichtung

nach Art. 6 I EMRK ist, eine Verhandlung innerhalb angemessener Frist sicherzustellen“¹⁶ nach Ansicht des EGMR „die Zeit gekommen ist, seine Rechtsprechung zu überprüfen“.¹⁷ Gerade jene zunehmende Häufigkeit, mit der Verletzungen dieser Art festgestellt werden, habe den Gerichtshof kürzlich dazu veranlasst, „... auf die „erhebliche Gefahr“ hinzuweisen, die für die Rechtsstaatlichkeit in den innerstaatlichen Rechtsordnungen besteht, wenn „grosse Verzögerungen bei der Justizgewährung“ vorkommen, „hinsichtlich derer den Rechtssuchenden kein innerstaatlicher Rechtsbehelf zur Verfügung steht“ ...“.¹⁸

Der Gerichtshof sehe daher „(V)or diesem Hintergrund ... die Notwendigkeit, die Beschwerde des Bf. gesondert nach Art. 13 EMRK zu prüfen und zwar zusätzlich zu seiner vorangegangenen Feststellung einer Verletzung von Art. 6 I EMRK wegen Verstoßes gegen die Verpflichtung, ihm eine Verhandlung innerhalb angemessener Frist zu gewähren“.¹⁹

Sowohl der formale Aufbau des Urteils, wonach der EGMR nach Darlegung des faktischen Hintergrundes für eine erneute Überprüfung seiner Rechtsprechung (Z.148, 149) sodann in die eigentliche inhaltliche Überprüfung einsteigt, als auch gerade jene inhaltliche Untersuchung und Begründung der Notwendigkeit einer Rechtsprechungskorrektur selbst (Z. 147, 151-152) lassen erkennen, dass die vom EGMR vorangestellten Erläuterungen allein zur Erklärung dienen sollten, was ihn faktisch veranlasst hatte bzw. Auslöser bei ihm war, seine bisherige Spruchpraxis kritisch zu überdenken. Nicht jedoch erscheint jene vorangestellte Erläuterung schon selbst als ein sachlicher Grund bzw. als eine eigentliche inhaltlich-dogmatische Begründung für die Rechtsprechungsänderung des EGMR.²⁰

In eine solche Richtung weisende, vorsichtig anklingende Deutungsversuche²¹ werden nicht nur der Sache nicht

¹⁶ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.148.

¹⁷ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.148.

¹⁸ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.148 mit Verweis etwa auf EGMR, *Bottazzi/Italien*, Slg. 1999-V, Nr. 22, NJW 2000, 934 und EGMR, *Di Mauro/Italien*, Slg. 1999-V, Nr. 23.

¹⁹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.149.

²⁰ In diese Richtung auch deutlich Gundel, DVBl. 2004, 17, 20: „Der faktische Hintergrund“ sowie „nicht als dogmatisches Argument eingesetzt, sondern nur – immerhin offen – als tatsächlichen Anlass für die Überprüfung der bisherigen Rspr. benannt“; ebenso, wenn auch nur kurz Bien/Guillaumont, EuGRZ 2004, 451, 452: „veranlasst“.

²¹ Vgl. etwa Richter J. Casadevall in seiner teilweise abweichenden Meinung zur Mehrheit des Gerichtshofs, NJW 2001, 2701, 2701: „Die weitere Begründung, (kursive Hervorhebung durch Verfasserin) mit der auf die ständig steigenden Zahl der beim Gerichtshof eingehenden Beschwerden wegen überlanger Verfahrensdauer abgestellt wird ... ist rechtlich ohne Interesse“ sowie „mehr mit Opportunität als mit Recht zu tun“; zwischen Anlass und inhaltlich-dogmatischem Grund weniger differenzierend auch Meyer-Ladewig, NJW 2001, 2679, 2679: „Ein wesentlicher Grund (kursive Hervorhebung durch Verfasserin) für die neue Rechtsprechung ist die Überlastung des Gerichtshofs mit Beschwerden, die eine Verletzung von Art. 6 I EMRK

¹³ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.149, 2700 Z.156; zu die parallele Anwendung von Art. 6 I EMRK und Art. 13 EMRK bestätigenden Folgeentscheidungen vgl. etwa EGMR, *Holzinger gegen Österreich*, Urt.v.30.1.2001, Rec. 2001-I, S. 167, §§ 20 ff. = ÖJZ 2001, 478; EGMR, *Horvat gegen Kroatien*, Urt.v. 26.7.2001, § 63 ff.

¹⁴ Peters, Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention, 2003, S. 19.

¹⁵ Siehe dazu näher Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1999, § 10 N 164; Meyer-Ladewig, EMRK, Handkommentar, 2003, Einl. N 32.

gerecht, sondern lassen zudem eine genaue Differenzierung zwischen dem faktischen Anlass für ein vorzunehmendes Überdenken einer bisherigen Spruchpraxis und der anschließend tatsächlich erfolgenden Überprüfung in der Sache selbst vermissen. Gerade mit der vom EGMR anschließend in ausführlicher Weise vorgenommenen inhaltlichen Prüfung zeigt dieser auf, dass eine Rechtsprechungsänderung zum Verhältnis von Art. 6 I EMRK und Art. 13 EMRK allein auf stichhaltige sachliche Gründe von rechtlicher Bedeutung gestützt werden darf.

Zwar ist dem Richter J. Casadevall in seiner teilweise abweichenden Meinung insoweit unbedingt beizupflichten, als eine etwaige Arbeit- bzw. -überlastung des EGMR „rechtlich ohne Interesse“²² ist. Aus den soeben angeführten Gründen kann jedoch gerade eine solche Rechtsprechungsänderung, die „mehr mit Opportunität als mit Recht zu tun“²³ hat, wie es der Richter J. Casadevall dem Gerichtshof zu unterstellen versucht, dem Urteil *Kudła gegen Polen* nach Ansicht der Verfasserin nicht entnommen werden. Zuletzt sei noch auf die Gefahr hingewiesen, die mit ebensolchen, wenn auch vielleicht nur versehentlich geäußerten Unterstellungen ohne greifbare Nachweisbarkeit verbunden ist, könnten solche doch den EGMR dazu veranlassen, mit seinen teilweise ohnehin schon (zu) sparsamen Ausführungen noch sparsamer umzugehen, worunter die Klarheit und Verständlichkeit seiner Urteile leiden würde.

Zur Vermeidung etwaiger Missverständnisse sei betont, dass vorgängige Ausführungen nicht bedeuten, dass man die Spruchpraxis des EGMR nicht kritisch durchleuchten sollte. Gerade umgekehrt ist ein solch „kritisches Auge“ nicht nur nützlich, sondern unbedingt notwendig und unverzichtbar. Aber man hat dabei eben die Sache selbst zu durchleuchten, seine Prüfung auf sachliche Kritik auszurichten und sollte nicht durch eine »mit nicht nachweisbaren Unterstellungen rosarot gefärbte« und den Blick dadurch unscharf werden lassende Brille schauen.

3. Inhaltliche Begründung für die Rechtsprechungsänderung

Der entscheidende sachliche Grund für die Abweichung des EGMR von seiner früheren Praxis, nach der er es bei vorangehender Feststellung einer Verletzung des Erfordernisses der «angemessenen Frist» nach Art. 6 I EMRK noch „abgelehnt (hat), über eine zusätzliche Beschwerde wegen des Fehlens einer in Art. 13 EMRK garantierten wirksamen Beschwerde zu entscheiden“²⁴ ist seine Erkenntnis vom unterschiedlichen Schutzgehalt des Art. 6 I EMRK einerseits und des Art. 13 EMRK andererseits.

wegen unangemessener Dauer gerichtlicher Verfahren rügen“; ebenso Vorwerk, JZ 2004, 553, 554: „Den Grund“.

²² Richter J. Casadevall in seiner teilweise abweichenden Meinung zur Mehrheit des Gerichtshofs, NJW 2001, 2701, 2701.

²³ Richter J. Casadevall in seiner teilweise abweichenden Meinung zur Mehrheit des Gerichtshofs, NJW 2001, 2701, 2701.

²⁴ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.147.

Im Falle, dass der Beschwerdeführer die Verfahrensdauer rügt, gebe es „keine Überschneidung und daher auch keine Absorption“²⁵: Ob der Beschwerdeführer „in einer Streitigkeit ... über eine gegen ihn erhobene strafrechtliche Anklage eine Verhandlung innerhalb angemessener Frist hatte, ist eine andere Rechtsfrage als die, ob er nach staatlichem Recht einen wirksamen Rechtsbehelf zur Prüfung einer darauf gestützten Beschwerde hatte ...“. Die von den Gerichten nach Art. 6 I EMRK zu entscheidende Frage sei „... die gegen den Bf. erhobene „strafrechtliche Anklage“, während die Beschwerde, die er vor der „innerstaatlichen Instanz“ geprüft wissen wollte, eine andere war, nämlich die über die unangemessene Dauer des Verfahrens“²⁶.

Zur inhaltlichen Begründung für die vom Gerichtshof im Ergebnis angenommene Änderung seiner früheren Rechtsprechung und zum Beleg für die unterschiedlichen, sich nicht überschneidenden Schutzgehalte von Art. 6 I EMRK und Art. 13 EMRK griff der EGMR auf die sich in seiner Rechtsprechung etablierten Auslegungscanones zurück, welche er anschließend nacheinander, aufeinander aufbauend sowie vollständig durchprüfte. Neben der Untersuchung von Wortlautinterpretation, historischer, systematischer sowie teleologischer Auslegung griff der Gerichtshof dabei zudem, wenn auch weniger ausdrücklich, so doch von der Sache her, auf die besondere Ausprägung des teleologischen Auslegungscanones in Gestalt der sog. effektivitätssichernden Auslegung zurück.

a. Wortlautinterpretation

Mit Bezug auf die Wortlautinterpretation hieß es nur kurz, dass sich „im Wortlaut von Art. 13 EMRK keine Anhaltspunkte ...“ finden lassen würden, „... aus denen der Grundsatz abgeleitet werden könnte, dass für seine Anwendung auf einen der Aspekte des in Art. 6 I EMRK garantierten „Rechts auf ein Gericht“ kein Raum sei“²⁷.

b. Historische Auslegung

Eine solche Beschränkung des Anwendungsbereichs des Art. 13 EMRK sei nach Ansicht des EGMR ebenfalls der Entstehungsgeschichte nicht zu entnehmen. Zwar stelle sich der von Art. 13 EMRK gewährte Schutz nicht als ein absoluter dar, sondern vielmehr könne es „stillschweigende Beschränkungen für einen möglichen Rechtsbehelf geben“²⁸, dies in Anhängigkeit von dem Zusammenhang, in dem eine behauptete Verletzung oder eine Art von Verletzungen vorkomme. Dies bedeute aber wiederum nicht, dass Art. 13 EMRK unter solchen Umständen „nicht anwendbar“²⁹ sei, sondern vielmehr müsse sein Erfordernis einer «wirksamen Beschwerde» „im Sinne „einer Beschwerde“ verstanden werden, „die so wirksam ist, wie das angesichts des eingeschränkten Abwen-

²⁵ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.147.

²⁶ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.147.

²⁷ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151.

²⁸ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151.

²⁹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151.

dungsbereichs, der sich (in dem besonderen Zusammenhang) ergibt, möglich ist“.³⁰

Zwar würde Art. 13 EMRK keine Beschwerde garantieren, mit der Gesetze eines Konventionsstaates vor einer innerstaatlichen Instanz mit der Begründung von dessen Konventionswidrigkeit angegriffen werden können. Art. 13 EMRK ist mithin zwar insoweit in seiner Anwendbarkeit beschränkt, als er keine wirksame Beschwerde verlange, „mit der eine Person geltend machen kann, nach innerstaatlichem Recht fehle es an dem von Art. 6 I EMRK garantierten Zugang zu einem Gericht“.³¹ Hingegen könnten im Unterschied dazu bezüglich der Rüge, es sei die Verpflichtung zur Verhandlungsführung innerhalb angemessener Frist verletzt worden, „derartige, Art. 13 EMRK innewohnende Beschränkungen nicht ausgemacht werden“.³²

c. Systematische Auslegung

Auch im Rahmen der systematischen Auslegung betont der EGMR erneut, dass für die von ihm hier zu untersuchende Frage des Verhältnisses von Art. 6 I EMRK und Art. 13 EMRK im speziellen Fall der unangemessenen Verfahrensdauer der Anwendungsbereich des Art. 13 EMRK nicht beschränkt ist. „Im Gegenteil ...“ spreche sogar die „... Stellung von Art. 13 EMRK in dem von der Konvention geschaffenen System des Menschenrechtsschutzes dafür, dass dieser Vorschrift innewohnende Beschränkungen minimal gehalten werden müssen“.³³

Das deutlich werdende Bestreben des EGMR nach einem größtmöglich gewährleisteten, und zwar im Sinne eines praktisch wirksam bestehenden Menschenrechtsschutz(es) liegt nun seinen gesamten, sich anschließenden Ausführungen zugrunde. Kraft Art. 1 EMRK seien „in erster Linie die staatlichen Behörden für die Anwendung und Durchsetzung der garantierten Rechte und Freiheiten verantwortlich“.³⁴ Mit Hinweis auf ein allgemeines Strukturprinzip der EMRK in Gestalt des Subsidiaritätsgrundsatzes, welcher die gesamte Urteilsbegründung im Falle *Kudła gegen Polen* durchzieht, heißt es, dass der Beschwerdemechanismus an den EGMR „gegenüber staatlichen Systemen zum Schutz der Menschenrechte subsidiär“³⁵ sei.

Mit Bezug auf den systematischen Auslegungskontext weist der EGMR dabei auf die zwei eng miteinander verbundenen Vorschriften des Art. 13 EMRK und des Art. 35 I EMRK hin. In beiden komme die Annahme zum Ausdruck, dass „die innerstaatliche Rechtsordnung einen wirksamen Rechtsbehelf hinsichtlich der behaupteten Verletzung des Konventionsrechts einer Person zu

Verfügung“³⁶ stelle. Es sei gerade Zweck des die Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe regelnden Art. 35 I EMRK, dass es den Konventionsstaaten möglich ist, ihnen angelastete Verstöße zu verhindern oder ihnen abzuwehren, und zwar „bevor solche Beschwerden dem Gerichtshof unterbreitet werden“.³⁷ Jener Zweckrichtung entsprechend und diese bestärkend – wodurch der EGMR zugleich das teleologische Auslegungsmoment aufgreift – vermittele Art. 13 EMRK einer Person nun „eine zusätzliche Garantie“,³⁸ um sicherzustellen, dass sie ihre Menschenrechte wirksam wahrnehmen könne, „(I)ndem Art. 13 EMRK unmittelbar die Verpflichtung der Konventionsstaaten zum Ausdruck bringt, die Menschenrechte zunächst und vor allem in ihren eigenen Rechtssystemen zu schützen“.³⁹

d. Teleologische Auslegung

Jene Betonung des Charakters von Art. 13 EMRK als eine zusätzliche Garantie mit eigenständigem Bedeutungsgehalt, welche vom Schutzbereich des Art. 6 I EMRK zu unterscheiden ist, bringt der EGMR durch seine weitere Ausführung zum Ausdruck, dass die Erfordernisse von Art. 13 EMRK „als Verstärkung der in Art. 6 I EMRK vorgesehenen ...“ anzusehen seien, nicht jedoch als Erfordernisse, die „... von der in diesem Artikel auferlegten allgemeinen Verpflichtung, Personen nicht unangemessenen Verzögerungen gerichtlicher Verfahren auszusetzen, absorbiert“⁴⁰ würden. Die wichtige Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips der EMRK, welche sich in Art. 13 EMRK konkretisiert, betonend, heißt es unter – wenn auch nicht ausdrücklich, so doch von der Sache her gegebener – Anwendung der sog. Effektivitätssichernden Auslegungsmaxime, dass es Zweck des Art. 13 EMRK sei, „ein Mittel zur Verfügung zu stellen, mit dem Personen im gesamten Geltungsbereich der Konvention Abhilfe von Verletzungen ihrer Konventionsrechte erhalten können, bevor sie den internationalen Überwachungsmechanismus vor dem Gerichtshof in Gang setzen müssen. Unter diesem Gesichtspunkt wird das Recht einer Person auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist weniger wirksam sein, wenn keine Gelegenheit besteht, die auf die Konvention gestützte Beschwerde zunächst einer innerstaatlichen Instanz zu unterbreiten“.⁴¹

Der EGMR macht deutlich, dass nur bei einem solchen Verständnis des Art. 13 EMRK als einer zusätzlichen Garantie mit eigenständigem Bedeutungsgehalt das in Art. 6 I EMRK garantierte Recht auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist auch durchgesetzt werden,⁴² d.h.

³⁰ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151 mit Verweis auf EGMR, *Klass u.a. gg. Deutschland*, 1978, Serie A, Bd. 28, S. 31 Nr. 69.

³¹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151.

³² EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.151 a.E.

³³ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁴ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁵ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁶ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁷ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁸ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

³⁹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.152.

⁴⁰ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.153.

⁴¹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.153.

⁴² EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.160: „durchsetzen konnte“.

infolge der Verstärkung durch Art. 13 EMRK auch praktisch effektiv umgesetzt werden kann.⁴³

Im Fall *Kudła gegen Polen* findet damit das seine Bestätigung und wird anhand eines einzelnen Beispiels - hier dem Verhältnis von Art. 6 I EMRK zu Art. 13 EMRK für den Fall unangemessener Verfahrensdauer - konkretisiert, was der EGMR bereits im Urteil *Airey gegen Irland* formulierte: „Die Konvention soll nicht Rechte garantieren, die theoretisch oder illusorisch sind, sondern Rechte, die praktisch ausübbar und wirksam sind“.⁴⁴ Die in Art. 13 EMRK garantierte innerstaatliche Beschwerde diene der „Durchsetzung der Rechte und Freiheiten der Konvention, in welcher Form auch immer sie in der innerstaatlichen Rechtsordnung gewährleistet sind“,⁴⁵ was der EGMR durch seine neue Rechtsprechung im Fall *Kudła gegen Polen* nunmehr auch für das Recht aus Art 6 I EMRK auf Verhandlung innerhalb angemessener Frist klarstellt. Anderenfalls „wären die Beteiligten systematisch gezwungen, Beschwerden an den Gerichtshof in Straßburg zu richten, die sonst und nach Meinung des Gerichtshofs besser zunächst im staatlichen Rechtssystem geprüft werden müssen“.⁴⁶ Auf diese Weise würde, wie der EGMR zutreffend herausstellt, „(A)uf lange Sicht ...“ die Gefahr bestehen, „... dass die Wirksamkeit des von der Konvention geschaffenen Systems zum Schutz der Menschenrechte auf staatlicher und internationaler Ebene geschwächt würde“.⁴⁷

4. Erfordernisse für die Einhaltung der Verpflichtung aus Art. 13 EMRK, insbesondere in Bezug auf die «Wirksamkeit» des Rechtsbehelfs

Hinsichtlich der Frage, wie die Konventionsstaaten der neuen Rechtsprechung des EGMR Rechnung zu tragen haben, wies der Gerichtshof auf den gegebenen „gewissen Beurteilungsspielraum ...“ hin, der den Konventionsstaaten zustehe „... hinsichtlich der Art und Weise, wie sie den von Art. 13 EMRK verlangten Rechtsbehelf zur Verfügung stellen und ihren Verpflichtungen nach dieser Vorschrift nachkommen wollen“.⁴⁸

Insoweit gebe es „zwar derzeit in den Rechtsordnungen der Konventionsstaaten kein vorherrschendes System eines Rechtsbehelfs gegen die überlange Dauer von Verfahren ...“, jedoch hätten Beispiele aus seiner früheren Rechtsprechung zur Regel der Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe gezeigt, „... dass es nicht unmöglich ist, solche Rechtsbehelfe zu schaffen und wirksam anzuwenden“.⁴⁹ Von entscheidender Bedeutung ist dabei für den Gerichtshof das Gegebensein eines innerstaatlichen

«wirksamen» Rechtsbehelfs, wofür er sowohl präventive als auch kompensatorische Rechtsbehelfe genügen lässt.⁵⁰ Ein solcher „nach dem Recht und in der Praxis“⁵¹ «wirksamer» Rechtsbehelf liege vor, wenn aufgrund dessen „über den Inhalt einer auf die Konvention gestützten „vertretbaren Beschwerde“ entschieden und angemessene Abhilfe gegeben werden kann“.⁵² Eine «Wirksamkeit» in diesem Sinne bejahte der EGMR nun wiederum zum einen für Rechtsbehelfe, die „entweder die behauptete Verletzung oder ihre Fortdauer ... verhindern“⁵³ und zum anderen für solche Rechtsbehelfe, die „angemessene Abhilfe für schon geschehene Verletzungen ... geben“.⁵⁴

Nur kurz und beispielhaft sei insofern auf die vom EGMR entschiedenen Fälle *Gonzalez Marin gegen Spanien* und *Tomé Mota gegen Portugal* hingewiesen, welche aufzeigen, dass der EGMR für die Frage des Vorliegens eines «wirksamen» Rechtsbehelfs gegen eine überlange Verfahrensdauer bereits früher sowohl Rechtsbehelfe präventiver als auch kompensatorischer Natur für möglich hielt.

Als wirksamen Rechtsbehelf, welcher von kompensatorischer Natur ist, betrachtete der EGMR im Fall *Gonzalez Marin gegen Spanien* den in Art. 121 der spanischen Verfassung festgeschriebenen und in den §§ 292 ff. spanisches GVG näher geregelten Schadensersatzanspruch gegen den Staat im Falle mangelhafter Arbeitsweise der Justiz, wozu auch eine unangemessene Verfahrensdauer gezählt wurde.⁵⁵

Im Falle *Tomé Mota gegen Portugal* sah der EGMR einen Rechtsbehelf von präventiver Natur als einen praktisch⁵⁶ «wirksamen» an. Das portugiesische Recht sieht für einzelne Verfahrensabschnitte gesetzliche Fristen vor, bei dessen Überschreitung der Rechtssuchende nach §§ 108, 109 portugiesische StPO einen Antrag auf Beschleunigung des Strafverfahrens an den Generalstaatsanwalt oder an den Obersten Richterrat stellen kann.⁵⁷ Dieser Rechtsbehelf nach §§ 108, 109 portugiesische

⁴³ In diesem Sinne auch Peters (Fn. 14), S. 141: „ohne die Flankierung durch Art. 13 weniger effektiv“.

⁴⁴ EGMR, *Airey gegen Irland*, Urt.v. 9.10.1979, Series A (1979), Rn. 24 = EuGRZ 6 (1979), 626, 628 Rn. 24.

⁴⁵ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.157, 160.

⁴⁶ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.155.

⁴⁷ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.155.

⁴⁸ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.154.

⁴⁹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.154.

⁵⁰ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.158, 159: „präventiv oder als Entschädigung“; vgl. dagegen aber krit. Gaede, wistra 2004, 166, 171, der bei einer Begründung der veränderten Auslegung des Art. 13 EMRK über die Ratio der effektiven *Verwirklichung* des Art. 6 I EMRK den Vorrang der Vermeidung bzw. Beendigung der Verletzung auch für Art. 13 EMRK als konsequente Folge der veränderten Rechtsprechung sieht.

⁵¹ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.159 a.E.; ebenso schon EGMR, *Tomé Mota gegen Portugal*, Entsch.v. 2.12.1999 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 32082/96, NJW 2001, 2692, 2693: „nicht nur theoretisch, sondern auch in der Praxis“.

⁵² EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.157.

⁵³ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.157.

⁵⁴ EGMR, *Kudła gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 Z.157.

⁵⁵ EGMR, *Gonzales Marin gegen Spanien*, Entsch.v. 5.10.1999 über die Zulässigkeit der Beschwerde Nr. 39521/98, NJW 2001, 2691, 2691, 2692.

⁵⁶ EGMR, *Tomé Mota gegen Portugal*, NJW 2001, 2692, 2693: „nicht nur theoretisch, sondern auch in der Praxis“.

⁵⁷ EGMR, *Tomé Mota gegen Portugal*, NJW 2001, 2692, 2693.

StPO sei geschaffen worden, „um dem nach der EMRK gebotenen Erfordernis der Zügigkeit gerichtlicher Verfahren Genüge zu tun. Es ist zweifellos zugänglich und wirksam, dies um so mehr, als seine Geltendmachung angesichts der sehr strikten Fristen, die den zur Entscheidung berufenen Behörden gesetzt werden, nicht zur Verlängerung des fraglichen Verfahrens beiträgt“.⁵⁸

Im Zusammenhang mit der «Wirksamkeit» des Rechtsbehelfs führte der EGMR zudem kurz an, dass dies nicht von einem günstigen Ergebnis für den Beschwerdeführer abhängt. Zudem müsse die nationale Instanz nicht notwendig ein Gericht sein, wenn nur die entsprechenden Befugnisse und Garantien bestünden, entschieden und angemessene Abhilfe geben zu können. Zuletzt könne es auch genügen, wenn nicht schon eine einzelne Beschwerde, sondern erst das Zusammenwirken mehrerer staatlicher Rechtsbehelfe die Anforderungen von Art. 13 EMRK erfüllt.⁵⁹

5. Zusammenfassung

Die von Vorwerk zutreffend gewählten Worte aufgreifend, diese jedoch zugleich etwas näher differenzierend, ist festzustellen, dass der EGMR mit seiner Entscheidung *Kudla gegen Polen* zu „einem Befreiungsschlag ...“, und zwar verstanden im faktischen Sinne, ausgeht hat, „... um die Flut der an ihn gerichteten Verfahren wegen überlanger Verfahrensdauer einzudämmen“.⁶⁰ Von viel größerem Gewicht sind jedoch die rechtlichen Konsequenzen, die sich aufgrund jener „ausdrückliche(n) Kehrtwende“⁶¹ des EGMR für die Rechtsschutzsysteme der Konventionsstaaten stellen können. Denn neben den faktischen Befreiungsschlag hat der EGMR einen, und zwar im rechtlichen Sinne zu verstehenden „Doppelpunkt“⁶² an das Ende der jahrelangen Beschwerdeserie wegen überlanger Verfahrensdauer gesetzt. Einen Doppelpunkt mit rechtlichem Ausrufezeichen deshalb, weil die Konventionsstaaten aufgrund der neuen Spruchpraxis im Fall *Kudla gegen Polen* nunmehr von europäischer Ebene aus aufgefordert und verpflichtet sind, in Eigenregie ihre nationalen Rechtssysteme auf das Vorliegen von Struktur- und Organisationsmängeln zu untersuchen und diese zu beheben, um den Konventionsanforderungen zukünftig zu genügen.⁶³

⁵⁸ EGMR, *Tomé Mota gegen Portugal*, NJW 2001, 2692, 2694.

⁵⁹ EGMR, *Kudla gg. Polen*, NJW 2001, 2694, 2699 N 157; hinsichtlich weiterer Einzelheiten zum Anwendungsbereich, Schutzzinhalt und Gewährleistungsumfang des Art. 13 EMRK sei auf die näheren Darstellungen im Schrifttum verwiesen, etwa die präzisen Ausführungen bei Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl. 2005, S. 351 ff. N 164 ff., ebenso bei Meyer-Ladewig (Fn. 15), Art. 13 N 4 ff., Peters (Fn. 14), 141 ff., Villiger (Fn. 15), § 29 N 649 ff.; Haefliger/Schürmann, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, 1999, S. 331 ff.; Haefliger, in: *Die Schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, FG zum Schweizerischen Juristentag, 1988, S. 27 ff.

⁶⁰ Vorwerk, JZ 2004, 553, 554.

⁶¹ Gundel, DVBl. 2004, 17, 17.

⁶² Vorwerk, JZ 2004, 553, 554.

⁶³ Ebenso Vorwerk, JZ 2004, 553, 553, 554; Gundel, DVBl. 2004, 17, 17, 22; vgl. auch die Ausführungen bei Grabenwarter

Dem neuerdings teilweise zu lesendem Gedanken, dass mit der Entscheidung *Kudla gegen Polen* der ehemals bestehende, dann jedoch weggefallene «europäische Filter» (in Gestalt der Menschenrechtskommission⁶⁴) nunmehr durch einen neuen vorgeschalteten Filter, und zwar auf nationaler Ebene ersetzt wurde,⁶⁵ kann jedoch bei genauerer Betrachtung nur eingeschränkt gefolgt werden. Zwar war und ist eine solche Filterwirkung im faktischen Sinne gegeben, da ein Gang zum Gerichtshof wegen einer Beschwerde wegen Verletzung des Beschleunigungsgebots auf kürzestem und direktem Wege nicht möglich war bzw. ist. Jedoch besteht der entscheidende Unterschied zwischen dem (ehemals) europäischen und nationalem Filter darin, dass erst seit der neuen Spruchpraxis des EGMR in seiner Entscheidung *Kudla gegen Polen* die Konventionsstaaten in die vorrangig von ihnen zu erfüllende Pflicht und Verantwortung⁶⁶ genommen wurden, selbst und in Eigenregie dafür zu sorgen, dass ihre nationalen Rechtssysteme Organisationsstrukturen und –mechanismen zur Gewährleistung fristgerechter Entscheidungen aufweisen.

Wenn auch durch die Entscheidung *Kudla gegen Polen* selbst nicht alle Fragen zur Auflösung der in den nationalen Rechtssystemen bestehenden Strukturprobleme beantwortet wurden,⁶⁷ so hat der EGMR den Konventions-

(Fn. 59), S. 353 N 167 ff.; Meyer-Ladewig (Fn. 15), Art. 13 N 21; vgl. nun auch zum BGH krit. Gaede, HRRS 2005, 377 ff.

⁶⁴ Nach alter Rechtslage, Art. 48 EMRK a.F., konnte nur die Menschenrechtskommission oder der Staat den EGMR anrufen; indem die Kommission in unproblematischen Fällen darauf verzichtete, ging von ihr eine Filterwirkung aus; mit Einführung des Art. 34 EMRK, der den unmittelbaren Zugang des Beschwerdeführers zum EGMR eröffnete, entfiel dieser Filter auf europäischer Ebene, vgl. dazu näher Peukert, in: *Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention*, 1996, Art. 48 N 1; Meyer-Ladewig (Fn. 15), Art. 34 N 2.

⁶⁵ Vgl. etwa Gundel, DVBl. 2004, 17, 21; darauf hinweisend auch Vorwerk, JZ 2004, 553, 553 Fn. 9; siehe bereits lange Zeit vor der Entscheidung *Kudla gg. Polen*, Haefliger (Fn. 59), S. 27, 27: „Filterwirkung“.

⁶⁶ In diesem Sinne auch Gundel, DVBl. 2004, 17, 27: „die Verantwortung für die Verhinderung bzw. Sanktionierung überlanger Verfahrensdauer weitgehend auf die nationalen Instanzen verlagert“.

⁶⁷ Darauf ebenso hinweisend Gundel, DVBl. 2004, 17, 21; Richter J. Casadevall stellt in einem seiner Kritikpunkte an der Mehrheitsauffassung des EGMR auf jene seiner Ansicht nach mangelnde Eignung einer zusätzlichen Feststellung einer Verletzung des Art. 13 EMRK zur Behebung der strukturellen Probleme ab und verweist auf offen gebliebene bzw. sich zukünftig stellende Fragen, über die der EGMR zu entscheiden haben werde, NJW 2001, 2701, 2701 Nr. 4 ff.; zur Untersuchung der Folgen der Entscheidung *Kudla gg. Polen* für das nationale Prozessrecht, insbesondere zu präventiven und kompensatorischen Rechtsbehelfen, vgl. etwa Gundel, DVBl. 2004, 17 ff., Vorwerk, JZ 2004, 553 ff., Bien/Guillaumont, *EuGRZ* 2004, 451 ff.; siehe weiter Gaede, *wistra* 2004, 166, 171; Grabenwarter (Fn. 59), S. 352 ff. N 167 ff.; Peters (Fn. 14), S. 141; vgl. zudem die differenzierten, wenn auch vor der Rechtsprechungsänderung erschienenen Beiträge zu Art. 13 EMRK von Haefliger (Fn. 59), S. 27 ff. und Bernegger, in: *Machacek/Pahr/Stadler, 40 Jahre EMRK, Grund- und Menschenrechte in Österreich*, Bd. II, S. 733 ff.; wertvolle Ausführungen finden sich weiterhin bei Lansnicker/Schwartzek, NJW 2001, 1969 ff.;

staaten doch in deutlicher Weise die große Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips und die der Konvention zugrunde liegende „Idee des Vorranges des innerstaatlichen Grundrechtsschutzes vor dem internationalen Grundrechtsschutz“⁶⁸ in Erinnerung gerufen. Dadurch sowie durch die – wenn auch weniger ausdrücklich, so dennoch deutlich erkennbare – Betonung der in der Rechtsprechung des EGMR einen wichtigen Platz einnehmenden sog. Effektivitätssichernden Auslegungsmaxime hat er nicht nur zu einem verstärkten, weil praktisch wirksamen Schutz der Konventionsrechte beigetragen. Vielmehr hat der Gerichtshof auf diese Weise zugleich ein klares Zeichen für die Konventionsstaaten gesetzt,⁶⁹

indem er daran erinnert, dass eine Inanspruchnahme des Menschenrechtsschutzes der Konvention eben auch bedeutet, jenen Konventionsrechten in eigener Verantwortung «Leben einzuhauchen». Schon wegen dieser, bei genauerer Betrachtung gerade im Interesse der Konventionsstaaten liegenden Appellwirkung, die Konventionsrechte nicht nur auf dem Papier bestehen zu lassen, sondern innerhalb des eigenen nationalen Rechtssystems praktisch umzusetzen, weist die neue Spruchpraxis des EGMR trotz zahlreicher offen gebliebener Fragen in die richtige Richtung.

Hangartner, AJP/PJA 1994, 3 ff.; Ress, in: Grundfragen staatlichen Strafans, FS für H. Müller-Dietz zum 70. Geburtstag, 2001, S. 627 ff.

⁶⁸ Bernegger (Fn. 67), S. 733, 736.

⁶⁹ In diesem Sinne auch Gundel, DVBl. 2004, 17, 21ff.; Vorwerk, JZ 2004, 553 ff.; Meyer-Ladewig, NJW 2001, 2679, 2679; vgl. auch Gaede, wistra 2004, 166, 171 sowie ders., HRRS 2005, 377, 381, wonach die Staaten nicht mehr auf die Feststellung einer Verletzung durch den EGMR angewiesen

sind; siehe zudem den instruktiven, wenn auch schon vor der Rechtsprechungsänderung erschienenen Beitrag von Haefliger (Fn. 59), S. 27 ff.: „Es wäre keine sinnvolle Ordnung ...“, wenn man eine Konventionsverletzung „... nur in Strassburg beklagen könnte und die innerstaatlichen Behörden sich darum nicht zu kümmern hätten“ und es wäre „... im übrigen für den angegriffenen Staat fast eine Zumutung, wenn er sich in Strassburg verteidigen müsste, ohne dass vorher seine Behörden die Sache beurteilen konnten“ (S. 27).

HRRS-Praxishinweis: **Verfahrensverzögerung durch zur Zurückweisung führende staatliche Verfahrensfehler und Detailprüfung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen**

Zugleich Anmerkung zu BVerfG HRRS 2005 Nr. 900.

Von **Karsten Gaede**, Hamburg/Karlsruhe*

Das BVerfG hat durch die 3. Kammer des Zweiten Senats eine bemerkenswerte stattgebende Entscheidung gefällt, mit der nicht nur das OLG Düsseldorf zum zweiten Male in der gleichen Sache wegen eines Verfassungsverstoßes gerügt wird. Die Entscheidung über eine über acht Jahre währende Untersuchungshaft zeigt vielmehr über den Fall hinaus lehrbuchartig praktisch bedeutsame Maßstäbe der verfassungsrechtlich und menschenrechtlich gebotenen Verfahrensbeschleunigung auf. Zumal die an die erste Aufhebung anschließende Entscheidung kein Einzelfall ist,¹ sollte sie nicht nur in der

Tagespresse,² sondern vor allem in der juristischen Fachöffentlichkeit unverzüglich Berücksichtigung finden. Entsprechend hebt der folgende Praxishinweis die besonders wesentlichen Passagen der Entscheidung hervor (I.). Er begrüßt die Entscheidung und umreißt erste absehbare Streitfragen und Diskussionen, die nun aufkommen dürften (II.).

I. Wesentliche Aussagen der Kammer

Das BVerfG hatte sich wiederholt mit dem Fall eines Angeklagten zu befassen, der des mehrfachen Mordes verdächtigt wird und sich acht Jahre in Untersuchungshaft befand. In einer ersten Entscheidung hatte das BVerfG deutlich auf eine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG entnommenen Beschleunigungsgebots in Haftsachen erkannt.³ Nachdem das zuständige OLG Düsseldorf abermals die Untersuchungshaft bestätigte, erkannte die 3. Kammer nun erneut insbesondere auf eine Verletzung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, wobei die Kammer keine weitere Einschaltung des OLG Düsseldorf mehr für vertretbar erachtete: Das BVerfG selbst hob den Haftbefehl auf. Dabei verwendete das Gericht in der gesamten Entscheidung eine Diktion, die keinen Zweifel daran aufkommen lässt, für wie verfehlt das BVerfG die oberlandesgerichtliche Entscheidung hielt.⁴ Über den schon für sich genommen Aufsehen erregenden Fall hinaus sind eine ganze Reihe bemerkenswerter Sachaus-

* Der Verfasser ist Referendar am HansOLG und seit November 2005 Herrn Vizepräsident des BVerfG Prof. Dr. Dres. h.c. mult. *Winfried Hassemmer* zur Ausbildung am BVerfG in Karlsruhe zugewiesen, welcher der 3. Kammer des Zweiten Senats nicht angehört. Den Rechtsreferendaren *Ulf Buermeyer* (Berlin) und *Stephan Schlegel* (Leipzig) danke ich herzlich für sehr hilfreiche Durchsichten eines früheren Entwurfs dieses Beitrages!

¹ Vgl. vielmehr auf der Homepage des BVerfG z.B. auch 2 BVR 1737/05 v. 29.11.2005 (demnächst BVerfG HRRS 2006 Nr. 2) und BVerfG NJW 2005, 3485 ff. = HRRS 2005 Nr. 804.

² Siehe nur FAZ vom 9.12.2005 ("Strafverfahren nicht verschleppen"); Stuttgarter Zeitung vom 9.12.2005 und Süddeutsche Zeitung vom 9.12.2005 ("Mordverdächtiger kommt frei").

³ Vgl. BVerfG HRRS 2005 Nr. 804. Zur Ableitung des Rechts etwa BVerfGE 46, 194, 195 m.w.N.

⁴ Vgl. nur BVerfG HRRS 2005 Nr. 900: "Die hiervon abweichenden Überlegungen des Oberlandesgerichts greifen ins Leere."

sagen zu verfassungsmäßigen Verfahrensrechten getroffen worden, die allgemeine Aufmerksamkeit verdienen:

1. Staatliche Verfahrensverzögerung durch jede Zurückweisung nach einem offensichtlich dem Staat zuzurechnenden Verfahrensfehler

Im Anschluss an frühere Entscheidungen, in denen das BVerfG dem Vorbild des EGMR gefolgt ist,⁵ präzisiert die Kammer die Rechtsprechung des BVerfG zur Einstufung einer erfolgreichen Revision des Angeklagten als eine *dem Staat* zurechenbare Verfahrensverzögerung. Bislang war die herrschende Meinung auch im Anschluss an die Formulierung des BVerfG davon ausgegangen, dass eine staatliche Verfahrensverzögerung nur ganz ausnahmsweise mit dem Umstand einer Zurückweisung nach einer Revision begründet werden kann.⁶ Nunmehr⁷ hat das Gericht jedoch mit dem bereits erklärten Vorbehalt für Ausnahmefälle bei offensichtlich der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlern ernst gemacht und den Einwand, die Aufhebung beruhe auf der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens, entscheidend eingeschränkt. Es heißt in der Entscheidung selbst:

„Das Bundesverfassungsgericht hat zwar festgestellt, dass es von Verfassungen wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden ist, die infolge der Durchführung eines Revisionsverfahrens verstrichene Zeit nicht der ermittelten Überlänge eines Verfahrens hinzuzurechnen ... Ebenso unmissverständlich hat es aber darauf hingewiesen, dass hiervon eine Ausnahme dann zu machen ist, wenn das Revisionsverfahren der Korrektur eines offensichtlich der Justiz anzulastenden Verfahrensfehlers gedient hat (so ausdrücklich Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 25. Juli 2003 - 2 BvR 153/03 -, NJW 2003, S. 2897 <2898> ...“.

Im geprüften Verfahren genügte eine Aufhebung wegen eines Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht des § 168c V StPO mit anschließender Verwertung der Vernehmung, um einen offensichtlich der Justiz anzulastenden Verfahrensfehler anzunehmen.⁸ Für die Reichweite dieser Rechtsprechung über den Fall hinaus ist nun erstens wesentlich, dass die Kammer eine Einschränkung zurückweist, nach der nur kaum verständliche bzw. eklatante Rechts- oder Verfahrensfehler eine dem Staat anzulastende Verzögerung begründen können sollen:

⁵ Vgl. - nun abermals zitiert - EGMR NJW 2002, 2856, 2857. Allgemein zu dessen Rechtsprechung *Demko* HRRS 2005, 283 ff.; *Meyer-Göfner*, StPO, 48. Aufl. (2005), Art. 6 MRK Rn. 7 ff. m.w.N.

⁶ Vgl. m.w.N. nur *Meyer-Göfner* (Fn. 5), Art. 6 MRK Rn. 7a; BVerfGK 2, 239, 251 m.w.N.

⁷ Vgl. aber auch bereits BVerfG K StV 2005, 220, 223 und BVerfG K NJW 2005, 3485, 3487 = HRRS 2005 Nr. 804 sowie *Gaede wistra* 2004, 166, 174.

⁸ Vgl. so schon BVerfG NJW 2005, 3485, 3487 = HRRS 2005 Nr. 804.

„Maßgebend ist allein, ob er [der Rechts- oder Verfahrensfehler] offensichtlich der Justiz (oder dem Beschwerdeführer) zuzurechnen ist. Eine wie auch immer geartete Vorwerfbarkeit ist damit nicht verbunden. Entscheidend ist ausschließlich, in wessen Sphäre der Verfahrensfehler wurzelt, in der des Beschwerdeführers oder in der der Justiz.“

Zweitens dürfte die Untersuchungshaft angesichts der typisch beträchtlichen staatlichen Verzögerung durch ein Revisionsverfahren nach einer Zurückweisung allgemein nur noch schwer zu begründen sein. Das Gericht hält kleinere Verfahrensverzögerungen für tolerierbar, führt jedoch aus:

"Allein die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung können aber bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden“.⁹

2. Verfahrensabschnittsbezogene Detailprüfung der erforderlichen Beschleunigung und erhöhte Begründungslast bei Untersuchungshaft

Das Gericht nimmt eine detaillierte Prüfung des vorliegenden Verfahrens vor. Diese soll hier nicht im Einzelnen dargestellt werden; auf die Entscheidung wird insoweit verwiesen (vgl. auch beispielhaft 3.).¹⁰ Ganz allgemein führt das Gericht aber im Kontext des Beschleunigungsgebots in Haftsachen betont aus, dass die Maßstäbe des Art. 2 Abs. 2 GG insbesondere mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft

„eine auf den Einzelfall bezogene Analyse des Verfahrensablaufs [erfordern]. Mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft sind höhere Anforderungen an das Vorliegen eines rechtfertigenden Grundes zu stellen.“¹¹

Wie weit dieses Gebot gehen kann, demonstriert das BVerfG sodann auf eindrucksvolle und wohl kaum je vorher so publizierte Art und Weise, wobei viele Ausführ-

⁹ Vgl. neben BVerfG HRRS 2005 Nr. 900 auch schon BVerfG StV 2005, 220, 223 f. und NJW 2005, 3485, 3487 = HRRS 2005 Nr. 804. Vgl. auch zu Art. 6 I 1 EMRK zur Einordnung der bei Untersuchungshaft gegebenen besonderen Bedeutung als verschärfte Begründungspflicht, *Gaede wistra* 2004, 166, 172 f. Siehe auch Art. 5 II EMRK.

¹⁰ Vgl. also BVerfG HRRS 2005 Nr. 900.

¹¹ Vgl. neben BVerfG HRRS 2005 Nr. 900 auch schon BVerfG StV 2005, 220, 223 f. und NJW 2005, 3485, 3487 = HRRS 2005 Nr. 804. Vgl. auch zu Art. 6 I 1 EMRK zur Einordnung der bei Untersuchungshaft gegebenen besonderen Bedeutung als verschärfte Begründungspflicht, *Gaede wistra* 2004, 166, 172 f.

rungen der Kammer Lehrbuchcharakter zukommt. Die folgenden beiden Beispiele vermögen dies zu illustrieren:

3. Keine unbeschränkte Unabhängigkeit bei der Terminierung von Hauptverhandlungen des Tatrichters und in der Revision

Bei umfangreicheren Verfahren kann sich offenbar auch die Terminierung des Richters nicht mehr geradezu sakrosankt hinter dem Mantel der richterlichen Unabhängigkeit verbergen:¹² Vor allem in dem hiesigen Fall vergleichbaren Konstellationen sind besondere Vorsorgemaßnahmen hinsichtlich des Erscheinens von Zeugen und Überlegungen zu einem Alternativvorgehen bei vorhersehbaren Verfahrenswendungen angeraten. Erneut im Anschluss an den EGMR¹³ betont die Kammer hier mit einer Detailprüfung insbesondere des zweiten Verfahrens, dass nach dem festgestellten und dokumentierten Verfahrensablauf ein Bemühen erkenntlich sein muss, Zeugen und Sachverständige auf eine effiziente Art und Weise zu laden und einen straffen Verhandlungsplan festzulegen. Sie hält fest:

„Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen wird verletzt, wenn – wie hier – lediglich an einem Sitzungstag pro Woche für wenige Stunden verhandelt wird und sich die Hauptverhandlung dadurch über Monate hinzieht, ohne dass ein Ende abzusehen wäre.“

Auch der BGH wird in diesem Zusammenhang im Anschluss an *Krehl*¹⁴ in deutlicher Form gerügt: Die offenbar bestehende Praxis, regulär selbst in Haftsachen Revisionshauptverhandlungen mit einem Abstand von bis zu einem halben Jahr bis zum Verhandlungstag anzuberäumen, wurde insbesondere für Verfahren verworfen, in denen bereits Verzögerungen aufgetreten sind. Diese Praxis, so das BVerfG weiter, entspreche nicht der wertschöpfenden Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG. Zu ihrer Änderung könnten auch organisatorische Vorkehrungen erforderlich sein.

4. Keine hohen Mindestzeiten für eine ausschlaggebende und nicht pauschal auszugleichende staatliche Verfahrensverzögerung

Weiter ist bemerkenswert, dass das BVerfG jedenfalls für Haftsachen zur Länge problematischer und nicht mehr rechtfertigungs- oder ausgleichslos tolerabler staatlicher Verfahrensverzögerungen Position bezieht: Selbst eine einmonatige staatliche Verfahrensverzögerung kann einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG bedeuten. Das Gericht prüft etwa exakt eine einmonatige Verfahrensverzögerung, die dem BGH beim Eingang der Sache

unterlaufen ist. Obiter stellt das Gericht die – auch hier abgelehnte¹⁵ – Praxis insbesondere des BGH in Frage, festgestellte staatliche Verfahrensverzögerungen allein mit Blick auf eine insgesamt angemessen erscheinende Verfahrensdauer bzw. durch den Verweis darauf für unbeachtlich zu erklären, dass das Verfahren in anderen Verfahrensabschnitten zügig betrieben wurde. Zu Recht fragt nun auch das BVerfG rhetorisch, was denn in diesen anderen Verfahrensabschnitten anderes hätte geschehen sollen. Es stellt damit die Frage nach der rechtfertigenden Wirkung dieser rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeit für die bereits festgestellten staatlichen Verfahrensverzögerungen.

5. Stellungnahme zur gebotenen Wahrung des rechtlichen Gehörs und der Waffengleichheit schon im Ermittlungsverfahren

Im Rahmen der Prüfung des § 168c V StPO bezieht die Kammer sodann eine bemerkenswerte Position zum rechtlichen Gehör, bzw. zum Recht auf ein faires Verfahren. Hier nimmt die Kammer insbesondere auf die verfassungsgerichtlich eher selten und allgemein in Deutschland zu unrecht oft zu skeptisch gesehene Waffengleichheit¹⁶ Bezug. Sie betont, dass ein Verstoß gegen § 168c V StPO grundlegender Natur ist und auch genügen muss, um einen – nach ihrer Auffassung aber nicht konstitutiven – eklatanten Verfahrensfehler anzunehmen. Dabei demonstriert das Gericht eine bemerkenswerte Sensibilität gegenüber der Wahrnehmbarkeit des rechtlichen Gehörs im Ermittlungsverfahren, die man bei deutschen Fachgerichten jedenfalls nicht stets antrifft.¹⁷ Die Kammer erinnert – auch einem Ansatz des EGMR entsprechend¹⁸ – daran, dass im Ermittlungsverfahren keine möglicherweise entscheidenden Beweisergebnisse unter Verletzung des rechtlichen Gehörs gewonnen werden dürfen. Wenn das BVerfG ausführt,

„jede andere Beurteilung würde nicht nur den Anspruch des Beschwerdeführers auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren konterkarieren, sondern zugleich auch die verfahrensrechtliche

¹⁵ Dazu schon *Demko* HRRS 2005, 283, 292 ff. und *Gaede* HRRS 2005, 377, 380 f., jew. m.w.N. zum allgemeinen Recht auf Verfahrensbeschleunigung. Siehe nun auch *Krehl* StV 2005, 561, 562 am Ende.

¹⁶ Vgl. neben der Praxis des BVerfG, nur eine "gewisse Waffengleichheit" zu gewähren, BVerfGE 63, 45, 61 und 63, 380, 391 ff., etwa krit. m.w.N. *KMR-Lesch* Vor § 133 Rn. 14: Phrase; *Geerds* GA 1975, 347: Selbstbetrug; *Rüping* ZStW 91 (1979), 359 f.; *Schaefer*, Rieß-FS, S. 491, 492; *Schroeder*, bei *Julius* ZStW 115 (2003), 671, 691. Demgegenüber für eine Akzeptanz der Waffengleichheit als qualitatives Kriterium der vom fairen Verfahren gebotenen effektiven Beweisteilnahme des Angeklagten demnächst *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, Kapitel F, § 2, III (Diss. Univ. Zürich 2005, derzeit zur Publikation vorbereitet).

¹⁷ Vgl. nur zur Ablehnung der analogen Anwendung des § 168c StPO auf den Mitangeklagten durch den BGH m.w.N. BGH StV 2002, 584 m. abl. Anm. *Wohlers*.

¹⁸ Siehe dazu demnächst *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 15), Kapitel C, § 2 II und Kap. D § 2 V.

¹² Vgl. aber auch noch BVerfGK 2, 239, 250.

¹³ Siehe *Cevizovic v. D.*, 29.7.2004, §§ 48 ff., 58 ff. = StV 2005, 136, 138 m. Anm. *Pauly*; auch *Gaede* HRRS 2005, 377, 378.

¹⁴ Vgl. *Krehl* StV 2005, 561 f., der auch Treffendes zu *Foth* NStZ 2005, 457 f. bemerkt, der verkennt, dass auch GBA und BGH verfassungsrechtlichen Darlegungsobliegenheiten unterliegen.

'Waffengleichheit' von Ankläger und Beschuldigtem, für den bis zur Verurteilung die Vermutung seiner Unschuld streitet, verletzen“,

demonstriert es seine Wertschätzung gegenüber der Beeinträchtigung des rechtlichen Gehörs im Ermittlungsverfahren. Diese sollte man auch dann nicht übersehen, wenn es nicht um die Verfahrensbeschleunigung, sondern originär um den Umgang mit dem rechtlichen Gehör bzw. mit einem auf waffengleiche Teilhabe gerichteten fairen Verfahren selbst geht. Dies gilt auch deshalb, weil die Kammer in einem weiteren Zusammenhang auch allgemeiner

„die wertsetzende Bedeutung des Anspruchs des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) und auf verfahrensrechtliche Waffengleichheit im Strafprozess“

betont.¹⁹

II. Bedeutung und Folgen der Entscheidung

Vor allem mit den klaren Stellungnahmen zugunsten einer detaillierten, verfahrensabschnittsbezogenen Prüfung der Beschleunigungsmaßstäbe im Strafverfahren hat die Entscheidung eine erhebliche Betonung grundrechtlicher Ansprüche vorgenommen, die im Grunde bereits anerkannt waren, so dass das Wort der Kammer zu Recht als Wort des BVerfG gelten kann. Zumal der BGH auch außerhalb der Untersuchungshaft entsprechende Ansätze gezeigt hat und der EGMR solche detaillierteren Prüfungen bereits demonstriert hat,²⁰ sollte die Entscheidung der Kammer nicht allein als Sonderfall „OLG Düsseldorf“ für Konstellationen mit acht Jahren Untersuchungshaft betrachtet werden: Die gerade bei Untersuchungshaft erhöhten Begründungsanforderungen sind zwar nicht damit zu verwechseln, dass in Zukunft ein ideales Verfahren ex post im Wege der Beschleunigungsprüfung den Handelnden aufoktroiert werden darf. Eine Grobprüfung der allgemein üblich scheinenden Gesamtverfahrensdauer, die sich nicht auch auf den konkreten Fall bezieht und die auf substantiierte Darlegungsbefreiungen zum Verfahrensfortgang verzichtet, ginge jedoch an der Ratio des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung insbesondere bei Haftsachen ersichtlich vorbei.²¹

Während die Kontrolle der gerichtlichen Terminierung nach einem entsprechenden Vorbild des EGMR in einer gegen Deutschland ergangenen Entscheidung kaum noch überraschen konnte, ist jedenfalls die Positionierung zum

¹⁹ Freilich stehen die Verweise der Kammer auf das rechtliche Gehör, die Waffengleichheit und das faire Verfahren auch in einem unklaren, beliebig wirkenden Verhältnis zu einander. Für eine systematische Deutung dieser Rechtspositionen gemäß Art. 6 EMRK vgl. demnächst *Gaede*, Fairness als Teilhabe (Fn. 15), Kap. F § 2.

²⁰ Vgl. dazu bereits BGH HRRS 2005 Nr. 726.

²¹ Vgl. *Demko* HRRS 2005, 283, 294 ff.; *Kreihl* StV 2005, 561, 562 und *Gaede* HRRS 2005, 377, 380 f.

Revisionsverfahren als einer dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerung doch ein juristischer Paukenschlag, zumal die damit typisch anzunehmende beträchtliche staatliche Verfahrensverzögerung die Rechtfertigung der Untersuchungshaft erheblich erschwert. In der Tat hätte man sich vorstellen können, dass die bereits vom BVerfG anerkannte ausnahmsweise Einordnung als staatliche Verfahrensverzögerung durch einen sonst nicht selten anzutreffenden „Schwervorbehalt“ abgemildert werden würde. Zu Recht hat das BVerfG anders entschieden und damit - jedenfalls für Haftfälle auch ausdrücklich - einem pauschalen staatlichen Fehlerprivileg einen Riegel vorgeschoben: Zwar werden die konkreten Folgen und die Reichweite dieses Ansatzes in Zukunft erst noch näher zu prüfen sein, zumal Spannungen zu früheren Entscheidungen in der Bewertung des Ausnahmeverbehalt wohl bestehen.²² Soweit aber eine klar dem Staat zuzurechnende Verfahrensrechtsverletzung vorliegt, die zur Zurückweisung führt, dürfte eine entsprechende staatliche Verfahrensverzögerung in der Regel anzunehmen sein. Es ist tatsächlich nicht einzusehen, warum ein staatlich verantworteter Verfahrensmangel und die dadurch objektiv vermeidbar entstandenen, letztlich nicht gerechtfertigten Verfahrenslasten- und -zeiten vor dem Maßstab des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung und des Beschleunigungsgebots in Haftsachen unproblematisch sein sollten. Der Angeklagte wird nicht für den staatlichen Fehler verantwortlich, weil er den *staatlichen* Mangel nicht duldet und hierzu seine Rechtsmittel ergreift. Dass dies dabei nur in Haftfällen gelten könnte, ist zu bezweifeln, weil dem Staat die Wahrung des Verfahrensrechts nicht nur gegenüber Inhaftierten obliegt und auch das fortdauernde Verfahren als solches den Angeklagten mehr als nur unwesentlich belastet.

Diese und die weiteren Maßstäbe der Entscheidung dürften freilich nicht bei jedem auf Zustimmung stoßen. Eine nicht zu leistende, die richterliche Unabhängigkeit beeinträchtigende Detailprüfung und eine angesichts oftmals streitiger Verfahrensrechtsfragen zu strenge Betrachtung der Revision dürfte der Kammer des BVerfG selbst bei Haftsachen entgegen gehalten werden.²³ Ebenso dürfte eine Diskussion über den Stil der Entscheidung einsetzen. Die Kammer findet klare und durchaus harte Worte, die aus Sicht der Fachgerichtsbarkeit im Wissen um die wertende Natur der Rechtsanwendung Anlass geben könnten, dem BVerfG seinerseits - vielleicht auch mit Blick auf die Bearbeitung dort anhängiger Verfahren²⁴ -

²² Vgl. nur die Bewertung der verfahrensrechtsbezogenen Auffassungen eines Amtsgerichts bei BVerfGK 2, 239, 251, wo überdies von "eklatante Gesetzesverletzungen" die Rede ist, wengleich dort *zugleich* auf den letztlich nun übernommenen EGMR-Maßstab verwiesen wurde.

²³ Siehe schon den ehemaligen RiBGH *Foth* NStZ 2005, 457 f. und ders. NStZ 2004, 337 f., der hier die - von ihm insbesondere zur Revision als gewiss kenntnislos gescholtenen - wissenschaftlichen Mitarbeiter des BVerfG als Grund allen Übels, bzw. als Grund für die selbst gegenüber GBA und BGH erfolgende Detailprüfung erkennen möchte, die zuvor schon der EGMR unternommen hatte.

²⁴ Siehe etwa jüngst die Bemerkungen bei OLG Celle StV 2005, 620 und - man ist vermeint zu sagen, natürlich - bei *Foth* NStZ 2005, 457.

schlechten Stil vorzuwerfen. Die stilistischen Einwände treffen aber zum einen nicht die Sache selbst. Zum anderen darf ein Gericht über eine deutliche Reaktion des BVerfG auch nicht all zu verwundert sein, das es offenbar darauf anlegt, eher die eigenen Fachkompetenzen gegenüber dem Verfassungsgericht und dem Verfassungsrecht zu demonstrieren, als eine Entscheidung zu fällen, die den Maßstäben ernsthaft gerecht wird. Teilt man die rechtlichen Ausgangspunkte des BVerfG ist nach den über das Verfahren bekannten Tatsachen überdies in der Tat kein weiterer Hafttag mehr gerechtfertigt und daher auch die Vollstreckungsanordnung des Gerichts erstaunlich, aber eben begründet. So bleibt letztlich nur die Frage, ob nicht eine schneidend zurückhaltende

Diktion der Sache des BVerfG noch mehr gedient hätte: Sie hätte Bestrebungen von vornherein den Wind aus den Segeln genommen, von der zustimmungswürdigen Strenge in der Sache mit dem Verweis auf die harten Worte des BVerfG abzulenken. Doch auch so bleibt die Entscheidung, was sie ist: Ein herausforderndes und eben auch engagiertes Plädoyer für einen nicht nur behaupteten, sondern tatsächlich auch im Konfliktfall noch wirkungsmächtigen Grundrechtsschutz. Die Praxis sollte sich dieses Beschlusses besser sogleich annehmen, anstatt sich in Rückzugsgefechten zu verlieren, welche den über den Einzelfall hinausreichenden Sachaussagen der Entscheidung soweit wie möglich ihre praktische Wirkung nehmen sollen.

Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben eingeladen, durch die Einsendung von Dokumentationsvorschlägen

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Tim Busch: Die deutsche Strafrechtsreform. Ein Rückblick auf die sechs Reformen des deutschen Strafrechts (1969 - 1998), Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen (NF), Band 47, Nomos-Verl.-Ges., Baden-Baden, 2005, 332 Seiten, brosch., ISBN 3-8329-1051-4, EUR 64,-.

I. Die Neuerungen des StGB durch das 6. Strafrechtsreformgesetz (StrRG) sind mittlerweile annähernd acht Jahre in Kraft. Man wird zwar annehmen müssen, dass noch nicht alle dadurch möglicherweise entstandenen Probleme auch nur in den Blick gefallen (geschweige denn gelöst worden) sind; zu den Streitfragen, die sich in den ersten Jahren nach dem Reformgesetz rasch aufgetan haben, sind die Diskussionen jedoch zumindest im Wesentlichen abgeebbt. Noch vielmehr gilt dies selbstverständlich für die vorangegangenen fünf großen Strafrechtsreformgesetze.

Busch geht es freilich in seiner von *Ostendorf* betreuten Kieler Dissertation auch nicht um dogmatische Einzelfragen, die sich aus unterschiedlichen Gesetzesfassungen vor oder nach einer Reform ergeben könnten, sondern er möchte sich in „Rückblick auf die bisherigen sechs Reformen des Strafgesetzbuches (...) im Schwerpunkt der Frage“ widmen, „ob die mit den Reformvorhaben verbundenen Reformziele erreicht worden sind“ (vgl. S. 23). Zu diesem Zweck werden in vier (nicht wie auf S. 23 steht: „fünf“) Teilen zunächst ein geraffter Überblick über die Geschichte des (kodifizierten) deutschen Strafrechts sowie über die Entwicklungen bis zum Beginn der

Reformgesetzgebung in den 60-er Jahren des 20. Jahrhunderts gegeben, die einzelnen Reformgesetze nach ihrem Hintergrund, den damit verfolgten Zielen und ihren wesentlichen Inhalten dargestellt, zu jedem der Reformgesetze eine „Bilanz“ etwa auf der Basis von amtlichen Statistiken sowie Erfahrungsberichten vorgelegt sowie schließlich die Reformgesetzgebung bewertet und einem Ausblick zugeführt.

II. Der erste Teil (S. 27-50) ist der Geschichte des (kodifizierten) deutschen Strafrechts von 1871 - 1969 gewidmet: Nach einer gerafften Darstellung der Entwicklung von den Partikulargesetzbüchern über die Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund bis zum Reichsstrafgesetzbuch 1871 werden zunächst Reformbestrebungen vor dem 1. Weltkrieg skizziert (S. 29 ff.). Schon damals (!) gab es Stimmen, die das RStGB eher als Abschluss einer Entwicklung denn als Vision für ein neues Strafrecht betrachteten. Kritikpunkte betrafen dabei sowohl die kriminalpolitische Konzeption als auch straftheoretische Grundlagen sowie Einzelheiten der dogmatischen Ausgestaltung. Reformarbeiten, die etwa auf dem 26. Juristentag geleistet worden waren, wurden letztlich jedoch wegen des Ausbruchs des 1. Weltkriegs nicht angegangen.

Weitere historische Abschnitte sind die Reformbemühungen in der Weimarer Republik (vgl. S. 33 ff.) mit den Entwürfen von 1919, 1922, 1925 und 1927, die Entwicklung des Strafrechts im Dritten Reich (vgl. S. 36 ff.) mit einer Reihe von Spezifika nationalsozialistischer Strafgesetzgebung (aber auch mit Neuerungen, die sich bis heute im StGB finden) sowie schließlich die Reformbemühun-

gen in Deutschland bis zum Beginn der großen Strafrechtsreformen (vgl. S. 39 ff.); hier werden insbesondere die Arbeit der großen Strafrechtskommission sowie wichtige Eckpunkte aus dem E 1962 und dem Alternativentwurf dargestellt.

III. Im ersten von zwei umfangreichen (gewissermaßen Haupt-)Teilen werden auf den S. 51 ff. die sechs Reformgesetze zwischen 1969 und 1998 zunächst näher dargestellt. Diese Darstellung ist dabei nicht zuletzt deswegen eingängig und gut lesbar, weil sie immer einer einheitlichen Struktur (politisch/gesellschaftlich/historischer Hintergrund; übergeordnete Ziele; Änderungen im Einzelnen) folgt:

1. Für das 1. StrRG vom 25.6.1969 (S. 51 ff.) wird als historisch-politischer Hintergrund das Wirken der großen Koalition (die dann im September 1969 von der sozialliberalen Koalition abgelöst wurde) beschrieben. In dieser ließen sich auf relativ breiter Ebene Übereinstimmungen mit Blick auf eine (zumindest gewisse) Liberalisierung des Strafrechts finden. Ein wesentlicher Punkt war insoweit die Modernisierung des Sanktionensystems (in Gestalt der Einführung einer einheitlichen Form der Freiheitsstrafe, einer Neuerung des Maßregelensystems sowie der Erweiterung der Bewährungsmöglichkeiten). Auf der Ebene der Straftatbestände wurden einerseits im Bereich des Sexualstrafrechts erste nicht mehr zeitgemäße Vorschriften modifiziert bzw. gestrichen (vgl. S. 65 ff.), andererseits aber auch neue Vorschriften für einen verbesserten Rechtsgüterschutz angesichts veränderter tatsächlicher Verhältnisse eingefügt, so insbesondere die Vorschriften über die Fälschung technischer Aufzeichnungen in § 268 StGB.

2. Gewissermaßen als Einheit mit dem 1. StrRG ist auch das 2. StrRG vom 4.7.1969 zu sehen, dessen Hintergrund und Ziele insoweit identisch sind. Vor allem sollte die (letztlich bereits von der Großen Strafrechtskommission vorbereitete und durch den AE gedanklich ebenfalls mit beeinflusste) Reform des allgemeinen Teils abgeschlossen werden. In diesem Rahmen wurden insbesondere die Vorschriften über die „Lehre von der Straftat“ im Wesentlichen in die gegenwärtige Form gebracht. Daneben gab es aber auch hier Änderungen im Sanktionensystem (etwa durch die Einführung des Tagessatzsystems oder eine Neufassung der Führungsaufsicht).

3. Das 3. StrRG vom 20.5.1970 war demgegenüber thematisch im Wesentlichen auf die Vorschriften der §§ 110 ff., 123 ff. beschränkt. Historisch-politischer Hintergrund war die – nicht zuletzt im Zuge der Studentenbewegung – aktuelle Frage, ob das Demonstrationsstrafrecht sowie sonstige Vorschriften, die das Verhältnis zwischen Staatsgewalt und (insb. sich politisch betätigender) Bevölkerung noch zeitgemäß waren und den vom Bundesverfassungsgericht mittlerweile auch stärker konkretisierten Anforderungen der Art. 5, 8 GG entsprachen. Entsprechend beschreibt *Busch* hier im Rahmen des Abschnittes über die Änderungen der einzelnen Strafvorschriften (S. 81 ff.) auch vergleichsweise ausführlich die

verfassungsrechtliche Problematik der bis dahin geltenden Vorschriften.

4. Zentraler Gegenstand des 4. StrRG vom 23.11.1973 war das Familien- und Sexualstrafrecht. Hintergrund der gesetzgeberischen Aktivitäten war hier der gesellschaftliche Wandel gegenüber der Situation im Jahre 1871 (bzw. im Jahre 1943, in dem die Vorschriften zum Schutz der Familie teilweise neu gestaltet worden waren). Ziel der Reform war eine Beschränkung der Strafgewalt und eine strenge Ausrichtung am Rechtsgüterschutzdogma, d.h. die Überprüfung der einzelnen Vorschriften dahingehend, ob sie nicht nur (im Übrigen durchaus ambivalente) gesellschaftliche Moralvorstellungen, sondern auch in ihrer Sanktionierung legitime Rechtsgüter schützten. Resultat war eine vielfach weniger strenge Fassung oder gar Streichung der entsprechenden Vorschriften.

5. Thematisch noch enger gefasst war der Gegenstand des 5. StrRG vom 18.6.1974, in dem (i.V.m. dem 15. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahr 1976) das Abtreibungsstrafrecht neu geregelt wurde. Auch insoweit war der gesellschaftliche Wandel der Grund für die gesetzgeberische Annahme einer Reformbedürftigkeit, die den besseren Ausgleich der kollidierenden Interessen zum Ziel haben sollte, wodurch die Interessen der Schwangeren insbesondere durch die Einräumung bestimmter legaler Abbruchmöglichkeiten gewährleistet werden sollte. Zentrale Bedeutung kommt in diesem Kontext auch der Entscheidung des BVerfG E 39, 1 zu, welche bei *Busch* in ihren Leitsätzen und ihrem wesentlichen Inhalt wiedergegeben wird (vgl. S 125 f.) und welche dann auch den Inhalt des 15. Strafrechtsänderungsgesetzes maßgeblich beeinflusste.

6. Nach fast einem Vierteljahrhundert, in dem das StGB zwar weitere bedeutsame Änderungen erfuhr (etwa durch das 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität), diese jedoch (zumindest terminologisch) nicht unter den voraussetzungsvolleren Titel eines „Reformgesetzes“ gepackt wurden, wurde am 26.1.1998 das am 1.4.1998 in Kraft getretene 6. StrRG erlassen. Hintergrund dieser Reform war zum einen der Wille, die Reformgesetzgebung – an die das 6. StrRG ausdrücklich anschließen sollte – zu einem Abschluss zu bringen; freilich ist das hierbei ganz zentrale Ziel der Strafrahenharmonisierung zumindest teilweise auch im Zusammenhang mit geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen hinsichtlich der Stufung der durch die verschiedenen Strafvorschriften geschützten Rechtsgüter zu sehen. Zentrale Ziele waren mithin die Harmonisierung der Strafrahen, teilweise eine stärkere Ausdifferenzierung desselben sowie auch die Behebung von verschiedenen Auslegungszweifeln; genannt wird aber auch die Streichung nicht mehr zeitgemäßer Strafvorschriften (wobei prominentestes Beispiel die Privilegierung des § 217 a.F. ist). Die konkrete Durchführung zur Erreichung dieser Ziele (die insb. bei den §§ 223 ff., 242 ff. und 306 ff. StGB ansetzte) dürften dem Leser ebenso bekannt sein wie die in der Folgezeit vielfach am Vorgehen des Gesetzgebers und an seinen Ergebnissen geübte Kritik der Literatur.

IV. Im dritten Teil der Arbeit zieht *Busch* eine Bilanz der Strafrechtsreformgesetze. Hierzu werden etwa Statistiken (insb. die PKS) vor und nach dem jeweiligen Reformen ausgewertet und somit die „Rechtswirklichkeit“ vor und nach der Gesetzesänderung gegenübergestellt. Daneben werden auch Erfahrungsberichte aus der Literatur ausgewertet. Neben dieser Frage nach einem „Greifen“ der Reform werden auch gesetzliche Weiterentwicklungen auf den Gebieten, auf denen sich die Reform jeweils abgespielt hat, in den Blick genommen.

Die Bilanz für das 1. und 2. StrRG wird naheliegenderweise zusammengezogen. Insgesamt meint *Busch*, die Gesetzesänderungen „in ihrer Gesamtheit als Fortschritt gegenüber der vorherigen Rechtslage“ bewerten zu können, da insbesondere im „Bereich des Sanktionssystems (...) ein Großteil der angestrebten Veränderungen erreicht worden“ sei (vgl. S. 192). Exkursartig werden im Weiteren neuere Pläne zur Reform des Sanktionssystems dargestellt (vgl. S. 193 ff.). Auch das 3. StrRG wird von *Busch* im „Rückblick (...) als eine erfolgreiche und gebotene Gesetzesänderung angesehen“ (vgl. S. 222).

Ebenso wird das 4. StrRG als „aus heutiger Sicht (...) sachgerechte Gesetzesnovelle bewertet“ (vgl. S. 255); gerade die Straftaten zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung sind freilich dessen ungeachtet in der Folgezeit noch häufig (insb. durch das 33. Strafrechtsänderungsgesetz aus dem Jahre 1997 sowie durch das 6. StrRG) weiter modifiziert worden, was von *Busch* auch ausführlich nachgezeichnet wird. Das 5. StrRG mit seinen Bemühungen zur Liberalisierung und teilweisen Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs stellt erst den Beginn einer Entwicklung dar; die nachfolgenden Gesetzesänderungen werden von *Busch* nachgezeichnet und insgesamt „im Einklang mit der internationalen Tendenz zur Liberalisierung der Schwangerschaftsabbruchs“ gesehen (S. 277), so dass auch das durch das 5. StrRG zumindest angestoßene Reformvorhaben aus Sicht des Verfassers insgesamt zu einem positiven Abschluss gekommen ist.

Zum 6. StrRG gibt es naturgemäß noch wenig Erfahrungswerte hinsichtlich der etwaigen Entwicklung bei der statistisch erfassten Kriminalität. Die auch von *Busch* teilweise nachgezeichnete Kritik an der technischen Umsetzung der Reform, die in der Literatur geübt wurde, dürfte im Wesentlichen bekannt sein; ferner weist *Busch* aber auch auf Zweifel an der Effizienz von stark strafrechtsorientierten Modellen der Sozialsteuerung hin. Insgesamt sieht *Busch* im 6. StrRG eine Manifestation eines – nicht nur in diesem Gesetz deutlich geworden – kriminalpolitischen Paradigmenwechsels, in dem Strafrecht in den Worten von Kritikern zur „prima-ratio politischer Problemlösungen geworden“ sei (vgl. S. 306).

V. Im vierten Teil bringt *Busch* eine Gesamtbewertung und einen Ausblick, wobei er insgesamt eine positive Bilanz der strafrechtlichen Reformgesetzgebung zieht und einige langfristige Entwicklungslinien darstellt: Diese liegen nach Ansicht von *Busch* in den 50-er und

60-er Jahren des 20. Jahrhundert in einer „Säuberung“ von unerwünschten Elementen eines nationalsozialistischen Strafrechts sowie einer gewissen Liberalisierung (die jedoch durchaus Gegenstand eines Richtungsstreits gewesen sei). Die 70-er Jahre seien dann durch die Entscheidung zugunsten groß angelegter (liberaler) Reformen entstanden. Während in den 80-er Jahren im Wesentlichen Stillstand geherrscht habe (was freilich nur für die Reformgesetzgebung i.e.S. gilt, während auf der „kleinen Ebene“ der Änderungsgesetze in dieser Zeit durchaus Einiges passiert ist), sei in den 90-er Jahren die innere Sicherheit (wieder) stärker ins Blickfeld geraten. Zwei kurze abschließende Abschnitte sind dem Thema „Medienberichterstattung und Strafgesetzgebung“ sowie „Ansatzpunkten für eine Bekämpfung der Kriminalität“ gewidmet.

VI. Der Verfasser hat eine erhebliche Menge an Stoff zusammengetragen und teilweise analysiert und interpretiert. Möglicherweise klingt aber „zusammengetragen“ zu negativ – stellenweise ist die Untersuchung (insb. für einen „Spätgeborenen“) geradezu spannend zu lesen, insbesondere wenn die Reformen in einem größeren historischen Kontext eingeordnet werden und dabei (im zweiten Teil der Arbeit ohnehin, gelegentlich aber auch im dritten Teil) nicht nur statistisches Material dargestellt, sondern auch Entwicklungslinien aufgezeigt werden.

Gerade wer diese Reformen selbst nicht (bewusst) miterlebt hat, wird durch die Darstellung der kriminalpolitischen Ausgangspunkte (aber auch durch die Bewertung des Nutzens der Reformen) einigen Verständnisgewinn verzeichnen können. Vieles von dem, was *Busch* zusammenträgt, kann zwar anderenorts (Gesetzesmaterialien, Statistiken) ebenfalls nachgelesen werden; aber dies ist ja nicht nur streng genommen bei dem Inhalt der meisten Bücher nicht anders, sondern regelmäßig wird sich sonst auch kaum jemand die Mühe machen, nur zur näheren Einordnung einer Gesetzesänderung die „Archive“ derart zu durchforsten. Insoweit ist das Buch von *Busch* nicht nur eine interessante Lektüre, sondern mag gelegentlich auch als Hilfsmittel bei der (zumindest wissenschaftlichen) Alltagsarbeit mit Gewinn zur Hand gezogen werden können.

Prof. Dr. **Hans Kudlich**, Universität Erlangen-Nürnberg.

Gerd Pfeiffer: Strafprozessordnung. Kommentar. 5., neu bearb. Auflage, 1183 Seiten, Euro 68,-; C.H.Beck München 2005.

Anfang des Jahres 2005 hat *Pfeiffer* die 5. Auflage seines (Kurz)Kommentars zur StPO, dessen 1. Auflage aus dem Jahr 1995 stammt, vorgelegt. Wenn ein solches Werk innerhalb von 10 Jahren fünfmal neu aufgelegt wird, kann man sicherlich mit Fug und Recht behaupten, dass es sich am Markt durchgesetzt hat und die anfänglichen Bedenken – „brauchen wir eigentlich noch einen StPO-Kommentar?“ – nicht berechtigt waren. Das hat sicherlich

auch mit dem anderen Konzept zu tun, mit dem *Pfeiffer* und *Fischer*, der die 1. Auflage noch mitbetreut hat, ein Lücke geschlossen haben. Sinn und Zweck des Werks ist die schnelle Information des Lesers im Ablauf des Strafverfahrens. Daher beschränkt sich das Werk vor allem auf die obergerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung, das Schrifttum wird nur eingeschränkt dargestellt. Das hat Nachteile für denjenigen, der eine Problematik gründlicher bearbeiten muss. Denjenigen will der Autor aber auch gar nicht erreichen bzw. demjenigen muss klar sein, dass er neben dem „Pfeiffer“ auf andere Hilfsmittel, insbesondere also auf Großkommentare, zurückgreifen muss. Das einschränkende Konzept hat jedoch für den, der eine schnelle Auskunft sucht, den Vorteil, dass er nicht unnötigen Ballast erfährt, sondern den Stand der obergerichtlichen Rechtsprechung zu seinem Problem. Das ist in der Hektik der täglichen Arbeit, vor allem aber im manchmal gar nicht zu vermeidenden Stress einer Hauptverhandlung, ein erheblicher Vorzug. In dem Zusammenhang darf man allerdings nicht verkennen, dass die Beschränkung auf die Rechtsprechung dann jedoch dazu führt, dass in der Diskussion die Kritik an dieser Rechtsprechung natürlich, weil nicht darauf hingewiesen wird, zu kurz kommt.

Das Werk ist durchweg auf dem Rechtsstand vom 1. 11. 2004, berücksichtigt also das im September 2004 in Kraft getretene 1. Justizmodernisierungsgesetz. Zum Teil ist der Stand noch aktueller. So weit ersichtlich ist die seit Erscheinen der Voraufgabe ergangene Rechtsprechung eingearbeitet und berücksichtigt. Besonders hervorzuheben sind die zahlreichen wörtlichen Zitate aus Entscheidungen. Mit Recht ist bereits darauf hingewiesen worden, dass es manchmal nützlich sein, den genauen Wortlaut einer Entscheidung zu kennen bzw. referieren zu können (vgl. *Schmidt* NJW 2005, 1916). Geschrieben ist der Kommentar in einer klaren und präzisen Sprache.

Fazit: Alles in allem ein Werk, das einen schnellen und sicheren Überblick über die Rechtsprechung ermöglicht. Wer sich darüber hinaus informieren will, muss auf andere Werke zurückgreifen. Das ist aber bei dem maßvollen Preis des „Pfeiffer“ ohne weiteres möglich.

Richter am OLG **Detlef Burhoff**, Münster/Hamm.

Fabian von Lindeiner: Willkür im Rechtsstaat? - Die Willkürkontrolle bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen. Duncker & Humblot, Schriften zum Öffentlichen Recht, 259 Seiten, ISBN: 3428107853, 66,- €, Berlin 2002.

I. Wie bereits ihr Titel klar stellt, behandelt die zu besprechende Dissertation die mit der Aura des Skandalösen verbundene Willkür gerichtlicher Entscheidungen. Der Vorwurf richterlicher Willkür kann trotz seiner Objektivierung durch das BVerfG zu Ermittlungen wegen Rechtsbeugung anregen - man denke an das OLG Naum-

burg ("Fall Görgülü") - und bleibt ganz allgemein jedem einmal davon betroffenen Fachrichter im Gedächtnis. Vor allem aber ist die Willkürkontrolle durch das BVerfG eine verfassungsrechtlich nicht unproblematische und schwer zu handhabende Überprüfung der Fachgerichtsbarkeit auf ihren ureigenen Kompetenzfeldern. Mit ihr können Entscheidungen - ohne dass es eines Vergleichs mit anderen Entscheidungen oder mit Vergleichsgruppen bedürfte - für sich genommen wegen "objektiver Willkür" gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. *Von Lindeiner* stellt sich verdienstvoll die Aufgabe, diese Willkürkontrolle vor dem Hintergrund der problematischen Abgrenzung zum "einfachen Recht" und zur Fachgerichtsbarkeit verfassungsdogmatisch zu hinterfragen. Obschon die bereits im Titel aufscheinende Intuition, dass Willkür im Rechtsstaat keinen Bestand haben darf, auch bei *von Lindeiner* nicht zu verkennen ist, streitet er mit seiner Abhandlung für eine fundierte Begründung des heute verfassungspraktisch unangefochten Art. 3 Abs. 1 GG entnommenen, aber doch ganz verbreitet als konturenlos verstandenen Willkürverbots.

II. *Von Lindeiner* unternimmt seine Untersuchung in sieben Kapiteln, denen als achtes Kapitel eine Zusammenfassung folgt. Während das erste Kapitel Gegenstand (vgl. I.) und Gang erläutert (S. 19 bis 24), skizziert das zweite Kapitel knapp die historischen Ursprünge und Entwicklungen des Gleichheitssatzes, um den Leser sodann in die vorherrschende Auslegung und den Streitstand zu Art. 3 Abs. 1 GG einzuführen (S. 25-39). Das dritte Kapitel widmet *von Lindeiner* einer genauen Analyse der Rechtsprechung des BVerfG einschließlich seiner Kammern (S. 40-87). In dieser Darstellung betont er eingangs die wichtige Differenzierung zwischen der Prüfung des Gleichheitssatzes als spezifisches Verfassungsrecht auf der einen und dem Willkürverbot auf der anderen Seite. Er zeichnet sodann nach, wie sich die eigentliche Willkürrechtsprechung insbesondere durch BVerfGE 4, 1 ff., BVerfGE 42, 64 ff. und BVerfGE 89, 1 ff. entwickelt hat. Die Kriterien des Willkürverbots und ihre Fallgruppen werden dargestellt. Schon hier verschweigt er nicht, dass die Kriterien keine Stringenz verbürgen (S. 55 ff., 63 f.), letztlich ein "Arkanum des Gerichts" bleiben (S. 86 im Anschluss an *Böckenförde*). Der Autor untersucht insoweit, ob Ermessensleitlinien wie die Schwere des Fehlers oder die Intensität des mit der Willkür verbundenen Grundrechtseingriffs Unterschiede ausmachen. Als Teil der Analyse zur Rechtsprechung wird sodann - auch unter Rekurs auf das Sondervotum *Geiger* zu BVerfGE 42, 64 ff. - die Reaktion von Praxis und Wissenschaft vertieft dargestellt, wobei *von Lindeiner* treffend die Einwände der Subsidiarität gegenüber der Prüfung spezifischen Verfassungsrechts, die mangelnde Vergleichsprüfung und die Kritik an der "Willkürlichkeit der Willkürrechtsprechung" als Haupteinwände herausarbeitet.

Da das BVerfG - was *von Lindeiner* herausstreicht - die Ableitung des Willkürverbots eher postuliert als begründet hatte (S. 44 f.), untersucht *von Lindeiner* im folgenden vierten Kapitel diejenigen Begründungsansätze zu einem allgemeinen Willkürverbot, die zum Ende der

Weimarer Republik im Vordringen befindlich waren (S. 88-116) und die im Wesentlichen auf den späteren Verfassungsrichter *Leibholz* zurückgehen. Da wesentliche Ansätze des BVerfG-Ansatzes mit dem von *Leibholz* propagierten Ansatz übereinstimmen, liegt diese Untersuchung nahe, wenngleich sie für die vom BVerfG vorgenommenen Modifizierungen (zu diesen vgl. S. 94 ff.) von vornherein keine Lösung sein kann. *Von Lindeiner* stellt die Lehre von *Leibholz* dar und verwirft sie als eigentliche Begründung, indem er seine im Wesentlichen auf Rechtsvergleichung und Rechtsphilosophie beruhende Argumente als inkonsequent oder wenig aussagekräftig zeigt (vgl. S. 102 ff.). Im Rahmen dessen bietet *von Lindeiner* einen - nach seiner vorherigen Verwerfung des rechtsvergleichenden Arguments als solchem (S. 106) eigentlich erstaunlichen - knappen Überblick, wie (Verfassungs-)Gerichte anderer Staaten den Gleichheitsgrundsatz heute handhaben (S. 108 ff.). Hierbei bleibt die Erkenntnis zurück, dass das heutige Willkürverbot in seiner Grundaussprägung ein Phänomen des deutschsprachigen Rechtsraums ist, dem forensisch offenbar der Ansatz des schweizerischen Bundesgerichtes Pate stand. Näher nachgegangen wird dem freilich nicht mehr.

Von Lindeiner unternimmt nun einen erfolgreichen eigenen Begründungsversuch. Im fünften Kapitel zeigt er, dass auf der Ebene der Handlungsnorm, also der materiellen Auslegung des Grundrechts, im Willkürverbot eine überzeugende subjektivrechtliche Gewährleistung der Rechtsanwendungsgleichheit liegt (vgl. S. 117-138). Vermittelt über die Grundsätze der Methodenlehre und über die schon vom Gesetzgeber über das "einfache Gesetzesrecht" vorgenommene Gleichheitsdifferenzierung in Form von bestimmten Tatbeständen und Rechtsfolgen wird gezeigt, dass eine falsche Rechtsanwendung für sich genommen - ohne Vergleich zu weiteren Urteilen oder Vergleichsgruppen - den Anspruch auf eine gesetzmäßige und damit gleiche Behandlung verletzt: Eine nach den Grundsätzen der Methodenlehre falsche Entscheidung negiert die Gleichheitsentscheidung des Gesetzgebers und verletzt so den von ihr Betroffenen. Einzelne Einwände gegen eine Erfassung der Rechtsanwendungsgleichheit (etwa das "Robinson-Problem") lehnt *von Lindeiner* danach überzeugend ab.

Er verkennt nun jedoch nicht, dass die Rechtsanwendungsgleichheit kaum "in Reinform" durch das BVerfG geprüft werden kann. Er begeht aber nicht den in der Diskussion gemachten Fehler - mit entsprechenden Auffassungen setzt er sich im fünften und sechsten Kapitel auseinander -, die Rechtsanwendungsgleichheit deshalb als eigentlichen Ansatzpunkt für das Willkürverbot wieder zu verwerfen. Vielmehr prüft und begründet er im sechsten Kapitel insbesondere mit der wohlbegründeten Differenzierung zwischen verfassungs- bzw. materiell-rechtlicher Handlungsnorm und der verfassungsgerichtlichen Prüfungsnorm, weshalb eine eingeschränkte Kontrolle durch das BVerfG im Ergebnis möglich und mit der Auslegung des Art. 3 Abs. 1 GG als Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit vereinbar ist (vgl. S. 139-194). *Von Lindeiner* erörtert dabei materielle und funktionale Gründe für die Beschränkung der Rechtsanwen-

dungsgleichheitsprüfung durch das BVerfG, nach der nicht jede falsche Rechtsanwendung, sondern nur eine willkürlich falsche Rechtsanwendung eine verfassungsgerichtlich reversible Verletzung darstellt. Hier geht er insbesondere auf die Problematik einer Überschneidung von verfassungsgerichtlichem und einfachrechtlichem Rechtsmaßstab ein. Ebenso erörtert er treffend, inwiefern sich diese Prüfungskompetenz mit den Zuständigkeiten der Fachgerichtsbarkeiten vereinbaren lässt (S. 162 ff.).

Im Rahmen dieses Kapitels ist *von Lindeiner* bestrebt, die auch von ihm als vage erkannten Kriterien des BVerfG ("tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit"; "schlechthin unvertretbar"; "bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich") für das zur falschen Rechtsanwendung hinzutretende spezifische Willkürelement zu konkretisieren (S. 172-183). Er schlägt vor, sich in erster Linie an der Verfehlung des einfachen Rechts und ergänzend zentral an den Grundsätzen der Methodenlehre zu orientieren. Die Eingriffsintensität einer Maßnahme verwirft er als Kriterium; die Evidenz bei der Prüfung einer Verfassungsbeschwerde soll als ermessensleitender Gesichtspunkt hingegen zu beachten sein. Ebenfalls noch in diesem Kapitel entwickelt *von Lindeiner* den Grundansatz, wie richterliche Willkür zu prüfen ist, wenn gerade keine gesetzliche Regelung das richterliche Vorgehen vorherbestimmt (S. 184 ff.). Im Anschluss an das BVerfG soll sich die gebotene Prüfung des Art. 3 Abs. 1 GG an derjenigen orientieren, die beim Gesetzgeber erfolgt (Stichwort: "Schumannsche Formel") und dabei die "neue Formel" (BVerfGE 55, 72 ff., vgl. S. 35 ff.) auch gegenüber der Rechtsprechung als differenzierteres Prüfungsprogramm zum Tragen kommen (S. 184-193).

Das siebente Kapitel fragt nun nachträglich, ob auch andere Verfassungsnormen einen vielleicht leistungsfähigeren und überzeugenderen Ansatz für ein Willkürverbot beinhalten. Dieser eher kurz gehaltene Abschnitt (S. 195-218) handelt das Rechtsstaatsprinzip (gedacht in Verbindung mit der Elfes-Konstruktion über Art. 2 I GG), die klassischen Abwehrrechte, Art. 1 I GG und die Verfahrensgarantien des Grundgesetzes (einschließlich des fairen Verfahrens) ab. *Von Lindeiner* gesteht hier dem Rechtsstaatsgebot seinerseits zu, dass es für die Entwicklung eines Willkürverbots zur Verfügung steht. Er bezweifelt aber, dass dieser Weg - gerade auch infolge der subjektiven Konstruktion über Art. 2 I GG - zu einer klareren Form des Willkürverbots führen könnte. Die übrigen Abwehrgrundrechte können für *von Lindeiner* die Rechtsanwendungsgleichheit nicht aus sich heraus so als spezifisches, verfassungsgerichtlich revisibles Verfassungsrecht erfassen, dass ein allgemeines Willkürverbot darauf gestützt werden könnte. Schließlich will er die Menschenwürde nicht zur kleinen Münze machen (S. 213 f.) und er zeigt, dass die Verfahrensgarantien von ihrer Reichweite keinen Ersatz für ein an Art. 3 Abs. 1 GG ansetzendes Willkürverbot sein können.

Der Arbeit ist ein Anhang beigefügt, der alle veröffentlichten Senats- und Kammerentscheidungen bis einschließ-

lich 2000 angibt und statistisch ausgewertet, in denen Willkür bejaht worden ist.

III. Die gut zu lesende Dissertation von *Lindeiners* erhellt einen Großteil der so unklaren wie erforderlichen Willkürkontrolle durch das BVerfG. Schön zeigt von *Lindeiner*, dass die Rechtsanwendungsgleichheit als ausschlaggebender Ansatz für eine Willkürkontrolle durch das BVerfG gemäß Art. 3 Abs. 1 GG tauglich ist. Von *Lindeiner* gibt eine im Ganzen stimmige Erklärung, die zeigt, weshalb die Alternativen der Reduktion schon des materiellrechtlichen, fachgerichtlichen Maßstabes auf ein Willkürverbot und der Verwerfung einer verfassungsgerichtlichen Willkürkontrolle nicht überzeugen können. Leider muss man freilich konstatieren, dass auch von *Lindeiner* nicht möglich gemacht hat, was wohl auch unmöglich ist: Die Vagheit des Willkürkriteriums konnte von *Lindeiner* nicht beseitigen, wenngleich er mit dem Blick auf die Methodenlehre jedenfalls das Argumentationspotential bereichert haben sollte. Die Willkürprüfung muss weiterhin als allenfalls wenig bestimmt gelten. Wahrscheinlich sind aber tatsächlich allein die heute zitierten Wertungsgebote ("tatsächliche und eindeutige Unangemessenheit"; "schlechthin unvertretbar") möglich, über deren Einlösung am Fall man oft streiten kann: Schon die bei einer relativen Gleichheitsgarantie nicht gänzlich zu eliminierenden Bezüge zu streitigen Gerechtigkeitsvorstellungen (vgl. nur S. 103 f.: Differenzierungskriterien der Gleichheitsgarantie selbst sind zunächst unbestimmt) sprechen hierfür; mit der funktional begründeten Herabsetzung des Kontrollmaßstabes steht auch der vergleichsweise scharfe Gesetzesmaßstab nicht mehr zur Verfügung. Die Wertungsgebote fungieren aber als Selbstdisziplinierung und als bedeutsame Darlegungsblicke für das BVerfG. Die Fachgerichte wiederum können sich "schützen", indem sie schon die für die Prüfung des BVerfG überhaupt konstitutiven Verstöße gegen das einfache Recht vermeiden oder eine methodengerechte Prüfung streitiger Rechtsfragen demonstrieren. Angesichts der institutionellen Legitimation des BVerfG und der Wertungskontrolle seiner Entscheidungen durch eine öffentliche Kritik wird daher die kaum besser mögliche aber zur Wahrung der Rechtsanwendungsgleichheit sinnvolle Willkürkontrolle gemäß Art. 3

Abs. 1 GG zu befürworten sein. Aus Sicht des Rezensenten ist lediglich zu ergänzen, dass die richtige und wichtige Differenzierung nach Handlungsmaßstab und Kontrollmaßstab dabei nicht dazu verführen darf, die fachgerichtlichen Prüfungen des "einfachen Rechts" nur noch nach vergrößerten Willkürmaßstäben durchzuführen (vgl. schon *Gaede* HRRS 2005, 319, 325 ff. m.w.N. zu Art. 101 I 2 GG): Die Fachgerichte haben das - gerade auch wegen Art. 3 Abs. 1 GG! - in seiner eigenen Dignität nicht herabzuwürdigende "einfachrechtliche Gesetzesrecht" einschränkungslos zu wahren. Ein Rückzug auf das, was das BVerfG noch prüfen kann, darf nicht erfolgen. Sollten sich derartige fachgerichtliche Auffassungen im Zusammenhang mit falschen Rechtsanwendungen objektivieren, müssen gerade diese eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts im Sinne der hier besprochenen Willkür bedeuten, weil hier schon die ungeschwächte, grundrechtsgegründete Bindung der Fachgerichte an das (Verfassungs-)Recht selbst verkannt wäre.

IV. Von *Lindeiner* ist eine lesenswerte und die Zusammenhänge bestens erhellende Abhandlung gelungen. Sie vermittelt eine große Zahl an Einsichten und sie bietet der Rechtsprechung des BVerfG eine tragfähige Begründung, die es in dieser Form zuvor noch nicht gegeben hat, obgleich von *Lindeiner* natürlich partiell an frühere Literaturansätze (vgl. etwa die Bezugnahme auf *Paul Kirchhof* auf S. 129) anschließt. Dass die "Willkürlichkeit der Willkürkontrolle" weiter eine Quelle zahlreicher Auseinandersetzungen und Erörterungen bleiben wird, schmälert den Wert der prägnanten Abhandlung nicht. Vielmehr hat von *Lindeiner* gezeigt, dass es sinnvoll ist, sich den nötigen Detailauseinandersetzungen juristisch zu stellen: Von *Lindeiner* hat mit seiner Arbeit demonstriert, dass die Intuition, im Rechtsstaat dürfe es keine Willkür geben, eine verfassungsdogmatische tragfähige Begründung über Art. 3 Abs. 1 GG erfährt und durch eine Willkürkontrolle des BVerfG effektiviert werden kann.

Karsten Gaede, Hamburg/Karlsruhe.

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.

873. BGH 2 StR 237/05 - Urteil vom 2. November 2005 (LG Frankfurt)

Körperverletzung mit Todesfolge; Einschränkung des Notwehrrechts (Absichtsprovokation; sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten; Rechtswidrigkeit des Vorverhaltens).

§ 32 StGB; § 223 StGB; § 227 StGB

874. BGH 2 StR 296/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Darmstadt)

Hinweispflicht; faires Verfahren (Vertrauenstatbestand; Wahrunterstellung; Beweisantrag zur Feststellung eines Alibis).

§ 265 Abs. 1 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a EMRK

875. BGH 2 StR 298/05 - Urteil vom 12. Oktober 2005 (Landgericht Frankfurt/Main)

BGHR; Schreckschusspistole als Schusswaffe im Sinne des BtMG.
§ 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

876. BGH 2 StR 363/05 - Beschluss vom 7. Oktober 2005 (LG Darmstadt)

Besetzungsrüge (Darlegung); gesetzlicher Richter; Vertretungsregelung (Präsidium); Vertreterkette.
§ 344 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

877. BGH 2 StR 94/05 - Urteil vom 5. Oktober 2005 (LG Kassel)

Mittäterschaft (Abgrenzung zur Beihilfe; Ermessen des Tatrichters); Mittäterexzess (Zurechnung im Rahmen des Tatplans; wesentliche Abweichung).
§ 223 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

878. BGH 2 StR 98/05 - Urteil vom 19. Oktober 2005 (LG Trier)

Konkurrenzen (Klammerwirkung); Tateinheit; Tatmehrheit.
§ 52 StGB; § 53 StGB

879. BGH 2 StR 389/05 - Urteil vom 2. November 2005 (LG Mainz)

Erhebliche Verminderung der Steuerfähigkeit (Erwartung von Entzugserscheinungen; Crack).
§ 21 StGB; § 49 StGB

880. BGH 2 StR 426/05 - Beschluss vom 28. Oktober 2005 (LG Limburg)

Verwerfung der Revision als unzulässig (Begründung).
§ 349 Abs. 1 StPO

881. BGH 2 StR 470/05 - Beschluss vom 4. November 2005 (LG Erfurt)

Gesamtstrafenbildung (Erhöhung der Einsatzstrafe; Urteilsgründe).
§ 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

882. BGH 2 ARs 325/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005

Antrag auf Zuweisung des Verfahrens an ein anderes Gericht.
§ 12 StPO; § 15 StPO

883. BGH 2 ARs 337/05 / 2 AR 157/05 - Beschluss vom 14. November 2005 (OLG Frankfurt/Main)

Beschwerde gegen Beschwerdeentscheidung eines Oberlandesgerichts.
§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO

884. BGH 2 ARs 365/05 / 2 AR 202/05 - Beschluss vom 16. November 2005

Zuständigkeit für die Vollstreckung von Restjugendstrafe; begrenzte Übertragung jugendrichterlicher Befugnisse.
§ 58 Abs. 3 JGG; § 85 Abs. 2 JGG

885. BGH 2 ARs 396/05 / 2 AR 195/05 - Beschluss vom 14. Oktober 2005

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Aufnahme in eine Justizvollzugsanstalt).
§ 462 a Abs. 1 Satz 1 StPO

886. BGH 3 StR 219/05 - Urteil vom 22. September 2005 (LG Verden)

Vorsatz (Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung; Wechsel des Aussageverhaltens); Tateinheit.
§ 15 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 52 StGB

887. BGH 3 StR 260/05 - Beschluss vom 26. August 2005 (LG Verden)

Sexuelle Nötigung und Vergewaltigung (schutzlose Lage; Wohnung; Tenorierung beim besonders schweren Fall).
§ 177 StGB; § 260 Abs. 4 StPO

888. BGH 3 StR 295/05 - Beschluss vom 20. September 2005 (LG Flensburg)

Fremde Sache (Diebstahl; Betäubungsmittel; Verkehrsfähigkeit; Eigentum; Vorsatz).
§ 242 StGB; § 249 StGB; § 29 BtMG; § 134 BGB; § 903 BGB; § 15 StGB

889. BGH 3 StR 308/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG Stade)

Unzulässige Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Glaubhaftmachung; eidesstattliche Versicherung des Angeklagten).
§ 44 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

890. BGH 3 StR 316/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG Oldenburg)

Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; rechtliches Gehör; Recht auf einen gesetzlichen Richter; angemessene Rechtsfolge nach § 354 Abs. 1a StPO).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 354 Abs. 1a StPO; § 154a StPO

891. BGH 3 StR 342/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG Hannover)

Aufklärungsrüge; Ausschluss des Angeklagten von der Hauptverhandlung.
§ 338 Nr. 5 StPO; 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

892. BGH 3 StR 385/04 - Urteil vom 13. Oktober 2005 (LG Wuppertal)

Dienstleistungsfreiheit; Bundesärzteordnung (europarechtskonforme Auslegung); Zahnheilkundengesetz (europarechtskonforme Auslegung); bloß vorübergehende Tätigkeit; Ruhen der Approbation; Angemessenheit von Einzelstrafen.

Art. 49 EGV; Art. 50 EGV; § 10b Abs. 1 BÄO; § 2 Abs. 3 BÄO; § 13 BÄO; § 1 ZahnheilkundeG; § 13a ZahnheilkundeG; § 18 Nr. 2 ZahnheilkundeG; § 354 Abs. 1a StPO

893. BGH 1 StR 114/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG Regensburg)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation (kein Verwertungsverbot bei lediglich defizitärer Belehrung); Pflicht des Verteidigers zur Weiterleitung von Informationen, welche die Befangenheit eines Schöffen begründen (Verspätung der Befangenheitsrüge); Revisionsbegründung durch einen Rechtsanwalt (Übernahme der vollen Verantwortung; effektiver Rechtsschutz); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 25 Abs. 2 StPO; § 137 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 43 BRAO; § 345 Abs. 2 StPO

894. BGH 1 StR 117/05 - Beschluss vom 19. Oktober 2005 (LG München)

Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung; fehlende Pflichtverteidigerbestellung im Ermittlungsverfahren und unzureichende, täuschende Belehrung des Beschuldigten über sein Recht zur Verteidigerkonsultation (kein Verwertungsverbot bei lediglich defizitärer Belehrung); effektiver Rechtsschutz und Zulässigkeit der Verfahrensrüge (hilfsweise erhobene Verfahrensrügen; Widerspruchlichkeit; Rechtsweggarantie; effektiver Rechtsschutz); Verwertung von früheren Aussagen eines Zeugnissverweigerungsberechtigten bei dessen Zustimmung (Verzicht auf das Verwertungsverbot außerhalb der Hauptverhandlung; Recht auf ein faires Verfahren: Konfrontationsrecht, Fragerecht des Angeklagten, effektiver Zugang zu eröffneten Rechtsmitteln, Verbot des überspitzten Formalismus); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 3 lit. c, Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 163a Abs. 3 Satz 2 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 136a StPO; § 141 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

895. BGH 1 StR 195/05 - Urteil vom 11. Oktober 2005 (LG Tübingen)

Mordmerkmal „niedrige Beweggründe“ (Wut und Verärgerung; Beurteilungsspielraum; deutscher Bewertungsmaßstab für kulturelle Vorstellungen); natürliche Handlungseinheit und höchstpersönliche Rechtsgüter.
§ 211 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

896. BGH 1 StR 234/05 - Urteil vom 9. November 2005 (LG Stuttgart)

Mord (niedrige Beweggründe; fehlender nachvollziehbarer Grund); Totschlag (Wertungsfehler bei der Strafzumessung; besonders schwerer Fall; Nähe zu Mordmerkmalen).
§ 211 Abs. 2 StGB; § 212 StGB; § 46 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

897. BGH 1 StR 250/05 - Urteil vom 11. Oktober 2005 (LG Augsburg)

Anstiftung zum Mord (Heimtücke; Arglosigkeit bei nicht abwehrbarem Angriff; Genügen der Mitursächlichkeit auch bei unklaren Einzelheiten des Tatplans).
§ 211 StGB; § 26 StGB

898. BGH 1 StR 268/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Ulm)

Keine Entbindung des Pflichtverteidigers bei Beleidigung durch den Beschuldigten.
§ 143 StPO analog

899. BGH 1 StR 320/05 - Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Augsburg)

Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; rechtliches Gehör; Recht auf einen gesetzlichen Richter); Rechtsweggarantie; Aufrechterhaltung der Gesamtfreiheitsstrafe gemäß § 354 Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b StPO in zumindest analoger Anwendung (Anwendung auf Fehler beim Schuldspruch; angemessene Rechtsfolge).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 354 Abs. 1, Abs. 1a, Abs. 1b StPO

900. BVerfG 2 BvR 1964/05 - Urteil vom 5. Dezember 2005 (OLG Düsseldorf)

Recht auf Freiheit der Person (Beschleunigungsgrundsatz; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; verfahrensabschnittsbezogene Detailprüfung; Terminierung der Hauptverhandlung; eingeschränkte Verhandlungsfähigkeit des Beschwerdeführers; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft trotz einer vorausgegangenen, dem Begehren des Beschwerdeführers stattgebenden Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts; Bindungswirkung von Kammerentscheidungen; gesteigerte Rechtfertigungsanforderungen bei langandauernder Untersuchungshaft); Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Recht auf ein faires Verfahren (Waffengleichheit; rechtliches Gehör; Unschuldsvermutung); Vollstreckungsanordnung durch das BVerfG; redaktioneller Hinweis.
Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 31 Abs. 1 BVerfGG; § 35 BVerfGG; § 168c StPO

901. BGH 1 StR 328/05 - Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Mannheim)

Mangelnde Beratung nach der Gewährung des letzten Wort (mangelnde Erinnerung der Berufsrichter und des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft; Sinn und Zweck des letzten Worts; Unerheblichkeit neuen Vortrags: eindringliche Unschuldsbetuerung im letzten Wort).
§ 260 Abs. 1 StPO; § 258 Abs. 2 StPO

902. BGH 1 StR 344/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Stuttgart)

Verfall (Begriff des Erlangten: keine Erfassung von erzielbaren Vermögenszuwächsen; Gesamtschuldnerschaft).
§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 73 a Satz 1 StGB

903. BGH 1 StR 365/05 - Beschluss vom 18. Oktober 2005 (LG München)

Verwertbarkeit ausländischer Telefonüberwachungsprotokolle bei Verletzung von bloßen Formvorschriften

(keine Begründung von Verwertungsverboten über die Verletzung ausländischen Verfahrensrechts).

Art. 10 Abs. 1 GG; § 100a StPO; § 88 Abs. 4 Satz 1 tschechische StPO

904. BGH 1 StR 369/05 - Beschluss vom 12. Oktober 2005 (LG Traunstein)

Recht auf ein faires Verfahren (Recht auf effektive Verteidigung; rechtliches Gehör; Recht auf einen gesetzlichen Richter; Rechtsweggarantie); Aufrechterhaltung des Strafausspruchs wegen Angemessenheit der Rechtsfolge; Strafzumessung: erhebliche Schuldinderung infolge einer Anwendung des Zweifelsgrundsatzes mit gleichem Gewicht.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 354 Abs. 1a StPO; § 21 StGB; § 49 StGB; § 46 StGB; § 261 StPO

905. BGH 1 StR 389/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Mannheim)

Entziehung der Fahrerlaubnis (Bereitschaft, die Sicherheit des Straßenverkehrs eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen).

§ 69 StGB

906. BGH 1 StR 396/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Ellwangen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

907. BGH 1 StR 435/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005 (LG Augsburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision (keine Wiedereinsetzung nach fehlender qualifizierter Belehrung; wirksamer Rechtsmittelverzicht).

§ 44 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

908. BGH 1 StR 455/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Augsburg)

Konkurrenzverhältnis von Nötigung und Bedrohung (Klarstellungsfunktion; Vorrang des konkreten vor dem abstrakten Rechtsgüterschutz).

§ 240 StGB; § 241 StGB; § 52 StGB

909. BGH 1 StR 478/05 - Beschluss vom 9. November 2005 (LG Karlsruhe)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

910. BGH 4 StR 143/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Dessau)

Kosten- und Auslagenentscheidung nach § 464 Abs. 3 StPO (sofortige Beschwerde; Entscheidung nach dem Veranlasserprinzip; Kosteneinheit; Aussetzung; Erfolg im kostenrechtlichen Sinn bei einer Urteilsaufhebung nach Revision).

§ 464 Abs. 3 StPO; § 465 Abs. 2 StPO

911. BGH 4 StR 163/05 - Beschluss vom 13. September 2005 (LG Paderborn)

Strafrahmenwahl bei Vergewaltigung (Begriff der Vergewaltigung; Entfallen der Regelwirkung; "ambivalentes Verhalten"; Prüfung des minder schweren Falles); redaktioneller Hinweis.

§ 177 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 1 StGB

912. BGH 4 StR 185/05 - Urteil vom 25. Oktober 2005 (LG Halle)

Das Leben gefährdende Behandlung (Würigen; Angriff auf den Hals des Opfers); bedingter Tötungsvorsatz (Gesamtwürdigung; Ausschluss einer entgegenstehenden hochgradigen Alkoholisierung und affektiver Erregung trotz mangelnder Erörterung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

913. BGH 4 StR 234/05 - Urteil vom 27. Oktober 2005 (LG Essen)

Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung bei einem Freispruch.

§ 261 StPO

914. BGH 4 StR 235/05 - Urteil vom 27. Oktober 2005 (LG Essen)

Aufklärungsrüge (Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; nötiger Zwischenrechtsbehelf der Staatsanwaltschaft; Bindung des Revisionsgerichts an die angenommene Verfolgungsgefahr); Grenzen der Revisibilität der Beweiswürdigung bei einem Freispruch.

§ 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 55 StPO; § 238 Abs. 2 StPO

915. BGH 4 StR 252/05 - Beschluss vom 22. September 2005 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

916. BGH 4 StR 362/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

917. BGH 4 StR 362/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Saarbrücken)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

918. BGH 4 StR 379/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Dessau)

Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld (Vorrang des das Strafmaß mitbestimmenden Erziehungsgedankens).

§ 18 Abs. 2 JGG

919. BGH 4 StR 380/05 - Beschluss vom 8. November 2005 (LG Dessau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

920. BGH 4 StR 382/05 - Beschluss vom 25. Oktober 2005 (LG Zwickau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

921. BGH 4 StR 447/05 - Beschluss vom 17. November 2005 (LG Siegen)

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

922. BGH 5 StR 278/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Hamburg)

Besorgnis der Befangenheit („Meinen Sie, dass wir die Anträge noch schneller ablehnen können?“; keine Überwindung begründeten Misstrauens durch die Behauptung einer spaßhaften Reaktion; Ausräumung durch Klarstellung und Entschuldigung).
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO

923. BGH 5 StR 368/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Wuppertal)

Steuerhinterziehung (Grundsätze der Berechnungsdarstellung).
§ 370 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AO

1. Für die Darstellung einer Steuerhinterziehung gemäß § 370 Abs. 1 AO ist es grundsätzlich erforderlich, dass das Urteil erkennen lässt, welches steuerlich erhebliche Verhalten des Angeklagten im Rahmen welcher Abgabenart und in welchem Besteuerungszeitraum zu einer Steuerverkürzung geführt hat und welche innere Einstellung der Angeklagte dazu hatte (BGH NStZ 2001, 200 m.w.N.). Dabei ist regelmäßig zunächst darzustellen, wann der Angeklagte welche Steuererklärungen abgegeben hat, und dann zu erörtern, welche Umsätze oder Einkünfte er etwa verschwiegen oder welche unberechtigten Vorsteuerabzüge oder Betriebsausgaben er etwa geltend gemacht hat (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 3). Der Tatrichter hat für jede Steuerart und jeden Besteuerungszeitraum unter Schuldgesichtspunkten so klare Feststellungen zu treffen, dass sowohl die dem Schuldspruch zugrunde liegenden Besteuerungsgrundlagen als auch die Berechnung der verkürzten Steuern der Höhe nach erkennbar werden.

2. Eine ins Einzelne gehende Berechnungsdarstellung ist nur dann ausnahmsweise entbehrlich, wenn ein sachkundiger Angeklagter ein Geständnis abgelegt hat (st. Rspr., vgl. nur BGH wistra 2005, 307 m.w.N.).

924. BGH 5 StR 315/05 - Urteil vom 12. Oktober 2005 (LG Berlin)

Schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (sexuelle Handlung gegen Entgelt).
§ 176a StGB; § 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 2. Alt. StGB

925. BGH 5 StR 321/05 - Beschluss vom 3. November 2005 (LG Dortmund)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung (unzureichende Feststellung einer Verletzung im Ermittlungsverfahren und entsprechend unzureichende Kompensation bei der Strafzumessung); redaktioneller Hinweis.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

926. BGH 5 StR 336/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Hamburg)

Tatmehrheit und Tateinheit bei der Beihilfe (verfehlte Annahme von Tatmehrheit).
§ 27 StGB; § 52 StGB

927. BGH 5 StR 345/05 - Beschluss vom 12. Oktober 2005 (LG Berlin)

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

928. BGH 5 StR 347/05 - Urteil vom 13. Oktober 2005 (LG Dresden)

Strafzumessung (Erörterungsmangel hinsichtlich der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit bei Ersttätern im vorgerückten Alter im Bereich des Sexualstrafrechts); Recht auf Verfahrensbeschleunigung (eigenständiger Strafmilderungsgrund).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 21 StGB

929. BGH 5 StR 366/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Braunschweig)

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (Wegnahme und Weggabe: unmittelbarer Eintritt des Vermögensnachteils).
§ 253 StGB; § 249 StGB; § 255 StGB

930. BGH 5 StR 391/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (LG Hamburg)

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

931. BGH 5 StR 394/05 (alt: 5 StR 239/04) - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Potsdam)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung einer Zustands im Sinne des § 21 StGB; keine vage Feststellung einer Persönlichkeitsstörung); verminderte Schuldfähigkeit (schwere andere seelische Abartigkeit: Kombination von Persönlichkeitsstörung und Alkoholabhängigkeit).
§ 21 StGB; § 63 StGB

932. BGH 5 StR 401/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Leipzig)

Mord (Heimtücke bei der Tötung von Kleinkindern; Ausnutzung der Arglosigkeit abwehrbereiter Dritter).
§ 211 StGB

933. BGH 5 StR 415/05 (Ursprungsverfahren: 5 StR 162/03) - Beschluss vom 13. Oktober 2005

Rechtliches Gehör; Anhörungsrüge.
Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

934. BGH 5 StR 432/05 - Beschluss vom 13. Oktober 2005 (LG Zwickau)

Konzentrationsmaxime; Frist zur Urteilsverkündung; keine Darlegungen zum Beruhen.
§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 229 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

935. EGMR Nr. 6563/03 - Urteil vom 4. Oktober 2005 (Shannon gegen Großbritannien - 4. Kammer)

Schweigerecht und Selbstbelastungsfreiheit (Grundsätze des Schutzes gemäß Art. 6 EMRK; Anwesenheitspflicht bei Vernehmungen im Ermittlungsverfahren durch Finanzbehörden; unzulässiger Aussage- und Anwesenheitszwang gegenüber Finanzbehörden ohne Verwertungsverbot im Strafverfahren; Steuerstrafverfahren); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 393 AO

936. BGH AnwSt (R) 9/04 - Urteil vom 26. September 2005 (Hessischer Anwaltsgerichtshof)

BGHSt; BGHR; keine sanktionsbewehrte Berufspflichtverletzung bei unbeantwortetem Auskunftsverlangen ohne Belehrung über das Auskunftsverweigerungsrecht (Unabhängigkeit von der Kenntnis dieses Rechts).

§ 56 Abs. 1 BRAO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

937. BGH 5 ARs (Vollz) 54/05 - Beschluss vom 11. Oktober 2005 (OLG Naumburg)

BGHSt; BGHR; Anspruch auf Einzelunterbringung während der Ruhezeit (nach Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes umgebautes Einzelbauwerk in einer aus mehreren Bauwerken bestehenden vor Inkrafttreten des Strafvollzugsgesetzes erbauten Justizvollzugsanstalt; Gesamtzustand der Justizvollzugsanstalt; Überbelegung in deutschen Haftanstalten); Bedingungen, unter denen die Doppelbelegung keinen Verstoß gegen die Menschenwürde bedeutet; Rechtsbeschwerde zur Fortbildung des Rechts nach § 116 Abs. 1 StVollzG; Zeitgesetze ohne Befristung (kein Wandel der Normsituation; keine Verwirkung; Reform).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 3 EMRK; § 18 Abs. 1 Satz 1 StVollzG; § 201 Nr. 3 Satz 1 StVollzG; § 116 Abs. 1 StVollzG

938. BGH 5 StR 434/05 - Beschluss vom 1. November 2005 (LG Hamburg)

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