

## Publikationen

Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning, Bucerius Law School Hamburg – **Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt** Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2007 Nr. 463 S. 250

Dr. Benno Zabel, Univ. Leipzig – **Die Objektivität des Rechts und ihre subjektive Verarbeitung – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs** S. 255

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Abhandlungen.

## Entscheidungen

- EGMR **Gäfgen vs. Deutschland – Zulässigkeit trotz unzulässiger Verfassungsbeschwerde**
- BVerfG **Verfassungsrechtliche Anforderungen an Wiederaufnahmeverfahren**
- BVerfG **Verletzung der Grundrechte eines Rechtsanwalts im Fall *El Masri***
- BGHSt **Kein Teilrücktritt nach Verwirklichung einer Qualifikation**
- BGHR **Keine Amtsträgerschaft bei Mitarbeitern kommunaler Wohnungsgesellschaften**
- BGHSt **Begriff der „anderen Straftat“ im Sinne der schweren Brandstiftung**
- BGHSt **Individualisierung des „wichtigen Gliedes“ im Sinne der schweren Körperverletzung**
- BGHSt **Verwertungsverbot bei grober Verkennung des Richtervorbehalts**
- BGH **Sicherungsverwahrung bei Gesamtfreiheitsstrafen**
- BGHSt **Kein Verzicht auf Rechtsmittelbelehrungen nach Urteilsabsprachen**
- BGH **Verbotene Vernehmungsmethoden bei Absprachen**
- BGH **Berechnungsdarstellung im Steuerstrafrecht bei ausländischen Ausfüllungsgesetzen**
- BGHSt **Beweiswürdigung bei „Kurierfällen“**
- BGHSt **Nicht geringe Menge bei Buprenorphin**

SCHRIFTFLEITUNG  
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION  
Rocco Beck, Ri Ulf Buermeyer, Dr. Karsten Gaede,  
Wiss. Ass. Stephan Schlegel (Webmaster)  
Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Luzern); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

Diese Ausgabe umfasst 106 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

**Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede,**  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

**Rocco Beck, Ri Ulf Buermeyer, Wiss. Ass. Dr. Karsten Gaede, Wiss. Ass. Stephan Schlegel** (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Prof. Dr. *Daniela Demko*, LL.M., (Univ. Luzern); *Antje du Bois-Pedain*, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. *Diethelm Kleszczewski* (Univ. Leipzig); Prof. Dr. *Hans Kudlich* (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. *Frank Meyer*, LL.M. (Yale); *Tilo Mühlbauer* (Dresden); RA *Markus Rübenstahl*, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. *Frank Saliger* (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. *Christoph Sowada* (Univ. Rostock); RA *Klaus-Ulrich Ventzke* (Hamburg) und Prof. Dr. *Wolfgang Wohlers* (Univ. Zürich).

8. Jahrgang, Juni 2007, Ausgabe

**6**

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 566. EGMR Nr. 22978/05 – Zulässigkeitsentscheidung der fünften Sektion des EGMR vom 10. April 2007 (Gäfen gegen Deutschland)

Folterverbot der EMRK (Präventionsfolter); Recht auf ein faires Verfahren; Recht auf Beschwerde; Zulässigkeitsentscheidung (Verfassungsbeschwerde; Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel; Verknüpfung mit der Begründetheit; entfallende Opfereigenschaft); redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 ERMK; Art. 35 EMRK; § 136a StPO; Art. 1 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; Art. 104 Absatz 1 Satz 2 GG

Zulässigkeit der Individualbeschwerde im „Fall Gäfen“ trotz nationaler Anerkennung eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK und eines Verwertungsverbotes für erzwungene Aussagen Gäfens, auch nach Zurückweisung der Verfassungsbeschwerde als unzulässig durch das Bundesverfassungsgericht.

### 568. BVerfG 2 BvR 93/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2007 (OLG Köln/LG Köln)

Verfassungsrechtliche Anforderungen an Wiederaufnahmeverfahren bei *nova* (Überspannung der Zulässigkeitsvoraussetzungen; unzulässige Konstruktion von Geschehensalternativen; Unzulässigkeit der Auswechslung des festgestellten Geschehensverlaufes; Aditionsverfahren; Probationsverfahren); Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Recht auf Rechtsschutz; Unmittelbarkeitsgrundsatz; bestmögliche Verteidigung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 359 Nr. 5 StPO; § 368 Abs. 1 StPO

1. Den Wiederaufnahmegerichten ist es untersagt, das Wiederaufnahmeverfahren ineffektiv zu machen. Insbesondere dürfen sie nicht die prozessrechtlichen Möglichkeiten zur Sachverhaltsfeststellung so eng auslegen, dass ihnen eine sachliche Prüfung derjenigen Fragen, die ihnen vorgelegt worden sind, nicht möglich ist, oder ihre Pflicht zur Sachverhaltsfeststellung unvertretbar eng auslegen oder faktisch entsprechend verfahren.

2. Dem Wiederaufnahmegericht ist es verfassungsrechtlich verwehrt, im Wege der Eignungsprüfung Beweise zu würdigen und Feststellungen zu treffen, die nach der

Struktur des Strafprozesses der Hauptverhandlung vorbehalten sind. Dies betrifft jedenfalls solche Tatsachen, die den Schuldspruch wesentlich tragen, indem sie die abgeurteilte Tat in ihren entscheidenden Merkmalen umgrenzen, oder deren Bestätigung oder Widerlegung im Verteidigungskonzept des Angeklagten eine hervorragende Rolle spielen.

3. Es stellt eine Überspannung der Zulässigkeitsvoraussetzungen dar, wenn bei der Prüfung der Erheblichkeit eines neuen Vorbringens letztlich einen Grad an Wahrscheinlichkeit gefordert wird, der das Vorliegen einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit bedingt.

4. Es ist verfassungsrechtlich unzulässig, bei der Prüfung der Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Wiederaufnahmeverfahrens, ohne Darlegung eigener Sachkunde, Geschehensalternativen anhand von festgestellten Sachbeweisen zu konstruieren, welche regelmäßig nur mit Hilfe eines Sachverständigen zutreffend gewürdigt werden können.

5. Vorbringen im Wiederaufnahmebegehren darf nicht nur partiell gewürdigt werden, sondern muss auch mit bereits schon vorhandenen, nicht notwendigerweise neuen Vorbringen, einer Gesamtbetrachtung zugeführt werden.

6. Es ist verfassungsrechtlich unzulässig, ohne erneute Hauptverhandlung den festgestellten unmittelbaren Tatverlauf in einer Kernfrage der Beweisaufnahme durch einen anderen zu ersetzen oder eine Erschütterung der betreffenden Feststellungen unter Verweis auf denkbare alternative Verläufe für unmaßgeblich zu erklären. Die Klärung solcher Fragen ist allein der Hauptverhandlung vorbehalten.

**464. BVerfG 2 BvR 2151/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2007 (LG München I/AG München)**

Telekommunikationsüberwachung bei einem Dritten (Begriff der „bestimmten Tatsache“; Nachrichtenmittler); Fernmeldegeheimnis; Berufsfreiheit (Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt); Fall „el-Masri“.

Art. 10 GG; Art. 12 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 110a Satz 2 StPO; § 100b StPO

1. Das Tatbestandsmerkmal „bestimmte Tatsachen“ in § 100 a Satz 2 StPO erfordert, dass die Verdachtsgründe über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen müssen. Bloßes Gerede, nicht überprüfte Gerüchte und Vermutungen reichen nicht. Erforderlich ist, dass auf Grund der Lebenserfahrung oder der kriminalistischen Erfahrung fallbezogen aus Zeugenaussagen, Observationen oder anderen sachlichen Beweiszeichen auf die Eigenschaft als Nachrichtenmittler geschlossen werden kann.

2. Es kann dahinstehen, ob nach dem Wortlaut des § 100 a Satz 2 StPO („für den Beschuldigten Handelnde“) und der Intention des Gesetzgebers Nachrichtenmittler nur

solche Personen sind, die gewissermaßen „im Lager“ des Beschuldigten stehen.

3. Das Abhören berufsbezogenen Gespräche eines Rechtsanwaltes berührt den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG, das dem Rechtsanwalt eine von staatlicher Kontrolle und Bevormundung freie Berufsausübung gewährleistet und dazu insbesondere das Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandant schützt (vgl. BVerfGE 113, 29, 49). Die herausgehobene Bedeutung der unkontrollierten Berufsausübung eines Rechtsanwalts gebietet die besonders sorgfältige Beachtung der Eingriffsvoraussetzungen für eine Telekommunikationsüberwachung und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

**567. BVerfG 2 BvR 2106/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2007 (OLG Oldenburg)**

Abschiebungshaft zum Zwecke der Sicherung der Abschiebung (keine Fortdauer der Haft zum Zwecke der Verhinderung weiterer illegaler Einreisen oder für nicht unmittelbar mit der Abschiebung zusammenhängende Verwaltungsvorgänge); Freiheit der Person (Erfordernis eines förmlichen Gesetzes; Bestimmtheit; Analogieverbot).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG; § 62 Abs. 2 S. 1 AufenthG

1. Nach Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darf die in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG gewährleistete Freiheit der Person nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden. Die Eingriffsvoraussetzungen müssen sich dabei unmittelbar und hinreichend bestimmt aus dem Gesetz selbst ergeben (vgl. BVerfGE 14, 174, 187; 78, 374, 383. Vor allem steht Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG einer analogen Heranziehung materiell-rechtlicher Ermächtigungsgrundlagen für Freiheitsentziehungen entgegen (vgl. BVerfGE 29, 183, 196; 83, 24, 32).

2. Abschiebungshaft i.S.d. § 62 Abs. 2 AufenthG dient ausweislich des klaren Wortlauts einzig der Sicherung der Abschiebung.

3. Für die Frage der Rechtfertigung der Dauer einer Abschiebungshaft i.S.d. § 62 Abs. 2 AufenthG könnten über den Haftzweck der Sicherung der Abschiebung hinaus keine anderen Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Eine Freiheitsentziehung muss zu jedem Zeitpunkt ihrer Dauer von der gesetzlichen Ermächtigung gedeckt sein. Es ist von Verfassungs wegen ausgeschlossen, die Fortdauer der Abschiebungshaft wegen des Zeitaufwandes für Verwaltungsvorgänge anzuordnen, mit denen ein anderer Zweck als derjenige verfolgt wird, der die Haft dem Grunde nach rechtfertigt.

**465. BVerfG 2 BvR 2094/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2007 (LG Frankfurt am Main/AG Frankfurt am Main)**

Keine Telekommunikationsüberwachung des Telefonanschlusses eines nichtbeschuldigten Strafverteidigers (Verteidigungsverhältnis; Ermittlung des Aufenthaltsortes des

Mandanten; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); keine Heilung mangelhafter Begründung der Anordnung im Beschwerdeverfahren (Zeitpunkt der Beurteilung; Unzulässigkeit der nachträglichen Begründung bei anfänglich fehlendem Tatverdacht; keine Auswechslung des Sachverhaltes); Geldwäscheverdacht beim Strafverteidiger (verfassungskonforme Auslegung).

Art. 10 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 100a StPO; § 100b StPO; § 148 StPO; § 261 StGB

1. Es ist nicht von vorneherein und in jedem Fall unstatthaft, den Fernsprechanschluss eines Rechtsanwalts, der sich als Strafverteidiger betätigt, nach Maßgabe des § 100 a StPO überwachen zu lassen, die von ihm geführten Gespräche aufzunehmen und deren Inhalt im Strafverfahren zu verwerten (vgl. BVerfGE 30, 1, 32 f.; BGHSt 33, 347, 348).

2. Die Überwachung des Telefonanschlusses eines Straf-

verteidigers ist nicht nur einfachrechtlich, sondern auch von Verfassungs wegen unstatthaft, wenn sie auf die Überwachung der Kommunikation mit seinem einer Katalogtat beschuldigten Mandanten abzielt.

3. Dem unüberwachten mündlichen Verkehr zwischen dem Strafverteidiger und seinem Mandanten kommt auch die zur Wahrung der Menschenwürde wichtige Funktion zu, darauf hinwirken zu können, dass der Beschuldigte nicht zum bloßen Objekt im Strafverfahren wird (vgl. BVerfGE 109, 279, 322, 329).

4. Eine Heilung des Beschlusses im Beschwerdeverfahren durch ein Auswechseln der rechtlichen Begründung der Überwachungsanordnung ist dann nicht möglich, wenn es bereits an einem Ermittlungsverfahren gegen den Betroffenen fehlte und ein vom Ermittlungsrichter nicht angenommener und nicht geprüfter Tatverdacht zugrunde gelegt werden müsste.

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht

#### 1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

##### 470. BGH 2 StR 34/07 - Urteil vom 4. April 2007 (LG Aachen)

Sexuelle Nötigung (Verwenden eines gefährlichen Werkzeuges); Qualifikation (Teilrücktritt vom Versuch; Vollendung).

§ 177 StGB; § 24 StGB

1. Ein „Teilrücktritt“ von der Qualifikation des § 177 Abs. 4 Nr. 1 StGB kommt nicht in Betracht, wenn das Qualifikationsmerkmal bereits verwirklicht ist. (BGHSt)

2. Anders wäre es, wenn die Qualifikation selbst nur versucht wäre. (Bearbeiter)

##### 561. BGH 5 StR 506/06 – Urteil vom 18. April 2007 (LG Hildesheim)

BGHR; Amtsträgerschaft eines Mitarbeiters einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft (Konkurrenz; städtische Belegungsrechte); Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; Betrug (Irrtum und Prüfungsumfang: sachgedankliches Mitbewusstsein).

§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 299 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

1. Ein Mitarbeiter einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft ist kein Amtsträger, wenn die Wohnungsbaugesellschaft nur einer von vielen Anbietern von Wohnraum ist, der mit städtischen Belegungsrechten belastet ist (im Anschluss an BGHSt 38, 199). (BGHR)

2. Wird die kommunale Wohnungsbaugesellschaft von

der Bevölkerung als eine von 100 Wohnungseigentümern und Anbietern auf dem Wohnungsmarkt, nicht aber als verlängerter Arm des Staates wahrgenommen, ist dieses Erscheinungsbild angesichts des von den §§ 331 ff. StGB geschützten Rechtsguts bei der Prüfung einer möglichen Amtsträgerschaft berücksichtigungsfähig (BGHSt 49, 214, 227). Die Amtsdelikte schützen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Institutionen (BGHSt aaO; 43, 370, 377). (Bearbeiter)

3. Nach § 299 Abs. 1 StGB setzen die Tatbestandsmerkmale „Bevorzugung“ und „Wettbewerb“ mindestens zwei Konkurrenten voraus, von denen einer, nämlich der Vorteilsgeber oder ein von diesem bestimmter Dritter, nach der mit dem Bestochenen getroffenen Unrechtsvereinbarung gegenüber dem Mitbewerber besser gestellt werden soll. Dabei muss der benachteiligte Mitbewerber in der Unrechtsvereinbarung nicht der Person nach bestimmt sein, solange feststeht, dass es überhaupt wenigstens einen anderen Konkurrenten gibt (BGHR StGB § 299 Abs. 2 Geschäftlicher Verkehr 1 m.w.N.; BGH wistra 2003, 385, 386). Eine nur scheinbar vorgenommene Auftragsvergabe erfüllt diese Anforderungen nicht. (Bearbeiter)

##### 526. BGH 4 StR 7/07 – Urteil vom 26. April 2007 (LG Stralsund)

Rechtsfehlerhafte Annahme einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit bei Drogenabhängigkeit (Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Klarstellung der angewendeten Eingangsvoraussetzung des § 20 StGB; Persönlichkeits-

störung; leichter depressiver Zustand).  
§ 21 StGB; § 69 StGB; § 20 StGB

1. Eine Abhängigkeit von Alkohol oder Drogen begründet nicht für sich allein, sondern nur bei Vorliegen besonderer Umstände die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit. Derartige Umstände erkennt die Rechtsprechung grundsätzlich nur dann an, wenn auf Grund langjährigen Konsums schwere Persönlichkeitsveränderungen eingetreten sind oder der Abhängige durch starke Entzugserscheinungen oder durch Angst vor solchen zu Beschaffungstaten getrieben wird.

2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann für die Anwendung der §§ 20, 21 StGB regelmäßig nicht offen bleiben, welche der Eingangsvor-

aussetzungen des § 20 StGB vorliegt (BGHSt 49, 347, 351).

3. Die Diagnose einer wie auch immer gearteten Persönlichkeitsstörung lässt für sich genommen eine Aussage über die Frage der Schuldfähigkeit des Täters nicht zu (vgl. BGHSt 42, 385, 388). Bei einer nicht pathologisch bedingten Persönlichkeitsstörung liegt eine andere schwere seelische Abartigkeit, die hier als Eingangsvoraussetzung des § 20 StGB in Betracht kommen könnte, nur dann vor, wenn sie in ihrem Gewicht einer krankhaften seelischen Störung gleichkommt und Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Täters vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen (st. Rspr.; vgl. BGHSt 34, 22, 28; 37, 397, 401; BGH NSTZ 2005, 326, 327).

## 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

### 509. BGH 3 StR 454/06 - Beschluss vom 15. März 2007 (LG Hannover)

BGHSt; schwere Brandstiftung; Ermöglichen einer anderen Straftat (Versicherungsmissbrauch ohne betrügerische Absicht; Sachbeschädigung).

§ 303a StGB; § 306b StGB; § 265 StGB; § 303 StGB; § 263 StGB

1. Der mit der schweren Brandstiftung nach § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB gleichzeitig verwirklichte Versicherungsmissbrauch gegenüber der Gebäudeversicherung ist keine andere Straftat im Sinne des § 306b Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB, die der Täter durch die Brandlegung zu ermöglichen beabsichtigt. (BGHSt)

2. Dieser Qualifikationstatbestand ist auch dann nicht verwirklicht, wenn der Täter durch das Feuer in dem Wohngebäude befindliches Inventar eines Dritten zerstören und damit eine Sachbeschädigung begehen will, um dem Dritten Leistungen aus dessen Hausratversicherung zu verschaffen. (BGHSt)

3. Die unmittelbar mit der Tathandlung des Grunddelikts ohne weiteren Tätigkeitsakt beabsichtigte Herbeiführung eines über das Grunddelikt hinausgehenden strafrechtlichen relevanten Erfolges erfüllt nicht den Qualifikationstatbestand des Ermöglichens einer anderen Straftat. (Bearbeiter)

### 539. BGH 4 StR 522/06 – Urteil vom 15. März 2007 (LG Saarbrücken)

BGHSt; schwere Körperverletzung (wichtiges Körperglied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Berücksichtigung individueller Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche [Vor-]Schädigungen des Verletzten, hier Abtrennung der ersten beiden Glieder des rechten Mittelfingers).

§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

1. Bei Beurteilung der Frage, ob ein Körperglied im

Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB wichtig ist, sind auch individuelle Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche (Vor-)Schädigungen des Verletzten zu berücksichtigen. (BGHSt)

2. Dauerhafte körperliche Besonderheiten eines Tatopfers bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Wichtigkeit eines Körperglieds weiter gänzlich außer Acht zu lassen, widerspricht dem heutigen Verständnis eines gleichberechtigten Zusammenlebens von Menschen unterschiedlicher körperlicher Beschaffenheit. (Bearbeiter)

3. Die dauernde Gebrauchsunfähigkeit setzt keinen völligen, in jeder Hinsicht gegebenen Funktionsverlust des betroffenen Körpergliedes voraus. Für die Beurteilung, ob ein wichtiges Körperglied dauernd nicht mehr gebraucht werden kann, ist im Wege einer wertenden Gesamtbetrachtung zu ermitteln, ob als Folge der vorsätzlichen Körperverletzung so viele Funktionen ausgefallen sind, dass das Körperglied weitgehend unbrauchbar geworden ist und von daher die wesentlichen faktischen Wirkungen denjenigen eines physischen Verlusts entsprechen. (Bearbeiter)

### 529. BGH 4 StR 34/07 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Saarbrücken)

Vergewaltigung (Serientaten; Feststellung des Einsatzes eines Nötigungsmittels; fortwirkende Drohung).

§ 177 Abs. 2 StGB

1. Auch bei serienmäßig begangenen Vergewaltigungstaten, zumal wenn diese über einen erheblichen Zeitraum (hier: mehr als anderthalb Jahre) begangen werden, bedarf der jeweilige Einsatz des Nötigungsmittels genauer Feststellungen (st. Rspr., vgl. BGHSt 42, 107 f.; BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Mindestfeststellungen 7).

2. Zwar kann einmal angewandte Gewalt als Drohung im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB fortwirken (BGHR StGB §

177 Abs. 1 Drohung 8) und dazu führen, dass das Opfer nur aus Furcht vor weiterer Gewalt keinen nennenswerten Widerstand mehr leistet. Wenn jedoch zwischen Gewaltanwendung und dem späteren Geschlechtsverkehr ein längerer Zeitraum, etwa von Wochen oder sogar Monaten liegt, kommt eine Gleichsetzung von Gewalt und Ausnutzung der Angst vor Gewalt nicht in Betracht (vgl. BGHSt 42, 107, 111; BGH NStZ 1986, 409). Im Übrigen setzt auch die konkludente Drohung durch Ausnutzen der Angst vor Gewalt eine finale Verknüpfung mit der sexuellen Handlung voraus. Der Täter muss erkennen und zumindest billigen, dass das Opfer sein Verhalten als Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben empfindet und nur deshalb den Geschlechtsverkehr erduldet (BGHSt 42, 107, 111 m.w.N.).

#### **547. BGH 5 StR 85/07 – Beschluss vom 18. April 2007 (LG Berlin)**

(Keine) Sukzessive Mittäterschaft im Rahmen des Betrugstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung, wenn es nach Eingreifen des Angeklagten zu keiner weiteren Schadensvertiefung gekommen ist; Vermögensschaden (kein Schutz von Bußgeld- und Strafsanktionen). § 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Die durch Täuschung unternommene Abwendung der Verhängung oder Vollstreckung bußgeld- oder strafrechtlicher Sanktionen wird vom Schutzbereich des Tatbestands des § 263 StGB nicht erfasst (BGHSt 38, 345, 351; 43, 381, 405 f.).

## **II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht**

#### **524. BGH 1 StR 238/06 – Beschluss vom 19. Juli 2006 (LG Konstanz)**

Formelle Voraussetzungen der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren; Bedeutung der einbezogenen Katalogtaten). § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB

1. Die Voraussetzungen des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB können im Einzelfall auch vorliegen, wenn einer Gesamtfreiheitsstrafe neben Nichtkatalogtaten mehrere Katalogtaten zugrunde liegen. Ergibt die Zusammenziehung der in der Gesamtstrafe enthaltenen, auf Katalogtaten beruhenden Einzelfreiheitsstrafen zwingend eine Gesamtfreiheitsstrafe in der von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB vorausgesetzten Höhe, so ist der Fall nicht anders zu beurteilen, als wenn von vornherein eine allein auf Katalogtaten beruhende Gesamtstrafe als Vorverurteilung vorgelegen hätte.

2. Der Senat kann offen lassen, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Gesamtstrafe auch dann als Vorverurteilung im Sinne des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genügt, wenn aus den auf Katalogtaten beruhenden Einzelstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren zwar in vertretbarer Weise gebildet werden könnte, aber nicht zwingend hervorgeht.

#### **531. BGH 4 StR 60/07 – Beschluss vom 22. März 2007 (LG Dortmund)**

Strafzumessung (rechtsfehlerhafte strafscharfende Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens; Beurteilungsspielraum des Tatrichters zur „angemessenen Verteidigung“). § 46 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es einem eine Straftat leugnenden Angeklagten unbenommen, sich damit zu verteidigen, dass er anderen die Schuld an der Tat zuschiebt; auch dann, wenn sich diese Anschuldigungen als haltlos erweisen, darf eine belastende Zurechnung bei der Strafzumessung grundsätzlich nicht erfolgen (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2

Verteidigungsverhalten 4, 5, 10).

2. Anders kann es sich allerdings verhalten - und dann eine Strafschärfung rechtfertigen - wenn Umstände im Rahmen einer Falschbelastung hinzukommen, nach denen sich das Verteidigungsverhalten als Ausdruck einer zu missbilligenden Einstellung darstellt (BGH aaO). Ein solcher Umstand kann auch darin gesehen werden, dass der die Tat leugnende Angeklagte einen völlig Unschuldigen der Tatbegehung bezichtigt (vgl. BGH StV 1995, 633, 634). Bei der Entscheidung darüber, ob im Einzelfall ein Verteidigungsvorbringen die Grenzen angemessener Verteidigung überschreitet, ist dem Tatrichter ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen.

#### **499. BGH 3 StR 115/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Saarbrücken)**

Strafzumessung (Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung); Verschlechterungsverbot. § 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

1. Wird eine tatrichterliche Entscheidung im Strafauspruch wegen einer im Revisionsrechtszug eingetretenen Verletzung des Beschleunigungsgebots aufgehoben, so gebietet das Verschlechterungsverbot dem neuen Tatrichter nicht, das Ausmaß der Kompensation für die Verletzung des Beschleunigungsgebotes nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK im Vergleich zu der bisherigen Strafe des früheren Tatrichters zu bestimmen.

2. Der neue Tatrichter hat vielmehr die an sich - ohne die Verletzung des Beschleunigungsgebotes - verwirkte Strafe in einem neuen, eigenständigen Strafzumessungsvorgang zu ermitteln. An die Höhe der früheren Strafe ist er dabei nicht gebunden. Diese bildet erst die Obergrenze für die um das Ausmaß der Kompensation reduzierte, letztlich verhängte Strafe.

#### **554. BGH 5 StR 123/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Dresden)**

Schuldangemessene Strafe und Anmaßung der Kompetenz einer Strafvollstreckungskammer.

§ 462a Abs. 1 StPO; § 454 StPO; § 46 StGB; § 57 Abs. 2 StGB; § 39 StGB

Das Gericht darf die Strafe nicht entgegen der vorhandenen Schuld so zumessen, dass es faktisch anstelle der sonst hierzu berufenen Strafvollstreckungskammer selbst eine Entscheidung gemäß § 57 Abs. 2 StGB trifft.

**541. BGH 4 StR 557/06 – Urteil vom 26. April 2007 (LG Frankfurt)**

Ablehnung der Aussetzung der Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung (Sozialprognose; gebotene Gesamtwürdigung und eingeschränkte Revisibilität).

§ 56 Abs. 2 StGB

Wie die Strafzumessung, so ist auch die Entscheidung, ob die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt wird, grundsätzlich Sache des Tatrichters (st. Rspr., vgl. nur BGH NSTZ 2001, 366, 367; 2002, 312). Gelangt dieser auf Grund der Besonderheiten des Falles bei der nach § 56 Abs. 2 StGB gebotenen Gesamtschau von Tat und Täterpersönlichkeit (vgl. BGHR StGB § 56 Abs. 2 Gesamtwürdigung 5, 6) zu der Überzeugung, dass eine Strafaussetzung nicht in Betracht kommt, so ist dies vom Revisionsgericht regelmäßig hinzunehmen, auch wenn eine gegenteilige Würdigung möglich gewesen wäre.

### III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)

**463. BGH 5 StR 546/06 – Urteil vom 18. April 2007 (LG Berlin)**

BGHSt; Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und Recht auf ein faires Verfahren (Verwertungsverbot bei bewusster Missachtung oder gleichgewichtig grober Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts; hypothetischer rechtmäßiger Ersatzeingriff; Abwägungslehre; Recht auf ein faires Verfahren); Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität); redaktioneller Hinweis. Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Eine bewusste Missachtung oder gleichgewichtig grobe Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts kann die Annahme eines Verbots der Verwertung bei der Durchsuchung gewonnener Beweismittel rechtfertigen. (BGHSt)

2. Bei der Prüfung der „Gefahr im Verzug“ steht es nicht im Belieben der Strafverfolgungsbehörden, wann sie eine Antragstellung beim Ermittlungsrichter in Erwägung ziehen. Sie dürfen nicht so lange mit dem Antrag an den Ermittlungsrichter zuwarten, bis etwa die Gefahr eines Beweismittelverlusts tatsächlich eingetreten ist, und damit die von Verfassungen wegen vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen (BVerfGE 103, 142, 155; BVerfG – Kammer – NJW 2005, 1637, 1638 f.). Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es deshalb auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich hielten. (Bearbeiter)

3. Einzelne Rechtsgüter können durch Eingriffe fern jeder Rechtsgrundlage so massiv beeinträchtigt werden, dass dadurch das Ermittlungsverfahren als ein nach rechtsstaatlichen Grundsätzen geordnetes Verfahren nachhaltig beschädigt wird. Dann wäre jede andere Lösung als die Annahme eines Verwertungsverbots – jen-

seits des in § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO normierten – unerträglich (vgl. BGHSt 31, 304, 308). (Bearbeiter)

4. In Sonderfällen schwerwiegender Rechtsverletzungen, die durch das besondere Gewicht der jeweiligen Verletzungshandlung bei grober Verkennung der Rechtslage geprägt sind, sind Beweismittel darüber hinaus unverwertbar, weil der Staat – soweit nicht notstandsähnliche Gesichtspunkte Gegenteiliges ermöglichen sollten (vgl. BGHSt 31, 304, 307; 34, 39, 51 f.) – auch in solchen Fällen aus Eingriffen ohne Rechtsgrundlage keinen Nutzen ziehen darf. Eine Verwertung würde hier gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens verstoßen (vgl. BGHSt 24, 125, 131). (Bearbeiter)

5. Der Senat kann ferner die Beantwortung der Frage dahingestellt sein lassen, ob das angenommene Verwertungsverbot einen Widerspruch des Verteidigers in der Hauptverhandlung vorausgesetzt hätte. Jenseits der Fälle von dem Rechtsverstoß berührter Verteidigungsrechte, deren effektive Verletzung der Betroffene selbst optimal beurteilen kann und die uneingeschränkt seiner Disponibilität unterliegen, wäre zu hinterfragen ob sich solches im Blick auf die betroffenen, für den Angeklagten nicht zweifelsfrei umfassend disponiblen Rechtsgüter verbieten würde (vgl. BGHSt 51, 1, 3). (Bearbeiter)

**502. BGH 3 StR 72/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Mönchengladbach)**

BGHSt; Zwischenfeststellungsbeschluss (Zulässigkeit der Revision); Absprache; Deal; unwirksamer Rechtsmittelverzicht (Verzicht auf qualifizierte Belehrung). Art. 6 EMRK; Vor § 1 StPO; § 35a Satz 1 StPO; § 302 StPO

1. Nach einer Urteilsabsprache kann weder auf die gesetzlich geregelte noch auf die zusätzlich gebotene qualifizierte Belehrung verzichtet werden. (BGHSt)

2. Die Begründungserfordernisse des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gelten nicht für die Frage der Zulässigkeit der Re-

vision nach Erklärung eines Rechtsmittelverzichts. Ob dieser wirksam ist oder nicht, hat das Revisionsgericht vielmehr von Amts wegen zu prüfen. (Bearbeiter)

**523. BGH 1 StR 202/07 – Beschluss vom 8. Mai 2007 (LG Hof)**

Urteilsgründe (grundsätzlich keine Erörterung zur Verwertbarkeit von Beweismitteln; Gewaltenteilung; faires Verfahren).

§ 267 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 20 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

Verfahrensvorgänge sind im Urteil grundsätzlich nicht zu erörtern. Insbesondere sind Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln von Rechts wegen nicht geboten (vgl. BGH NJW 2006, 1361, 1362; BGH wistra 2006, 311, 313). Zur Vermeidung der Überfrachtung der schriftlichen Urteilsgründe sind sie regelmäßig sogar tunlichst zu unterlassen.

**485. BGH 2 StR 523/06 - Urteil vom 27. April 2007 (LG Köln)**

Verbotene Vernehmungsmethode (Entschließungsfreiheit des Angeklagten; unzulässige Drohung; gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil; unzutreffende rechtliche Bewertung der Tat; Sanktionsschere; Geständnis; Absprache außerhalb der Hauptverhandlung; Vorgespräch, Öffentlichkeitsgrundsatz); schwerer Raub; erpresserischer Menschenraub; Recht auf ein faires Verfahren (freie und wirksame Verteidigung; Rügeauslegung und Rügepflichten; Darlegungslast).

Vor § 1 StPO; § 136a StPO; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 169 GVG; § 250 StGB; § 239a StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine unzulässige Drohung im Sinne von § 136a Abs. 1 StPO kann beim Inaussichtstellen einer bestimmten Strafhöhe in der Hauptverhandlung nur dann angenommen werden, wenn die angedrohte Strafe als schuldunangemessen hoch anzusehen wäre.

2. Umgekehrt kann das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils nur dann angenommen werden, wenn die für den Fall eines Geständnisses in Aussicht gestellte Höchststrafe unangemessen milde wäre. Allein das Inaussichtstellen einer Strafmilderung für den Fall eines Geständnisses stellt hingegen für sich betrachtet keinen gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteil dar.

3. Sagt der Tatrichter als Gegenleistung für ein Geständnis bewusst eine unzutreffende rechtliche Bewertung der Tat zu, etwa die Nichtannahme eines nach den bisherigen Feststellungen erfüllten Qualifikationstatbestands, so ist darin das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils im Sinne von § 136a StPO zu sehen. Eine solche Zusage gegenüber einem Instanzverteidiger muss auch dann spezifisch mit einer Verfahrensrüge gerügt werden, wenn weder der Angeklagte, noch der die Revision begründende Verteidiger bei der Zusage anwesend waren, soweit eine Erkundigung bei dem Instanzverteidiger möglich und zumutbar ist.

**550. BGH 5 StR 99/07 – Beschluss vom 17. April 2007**

**(LG Cottbus)**

Beweiswürdigung bei ausschließlicher Belastung durch die Aussage eines anderen vermeintlichen Tatbeteiligten (Beleg der erforderlichen Gesamtwürdigung; Würdigung des Glaubhaftigkeitsindizes der Selbstbelastung durch den Mitangeklagten); versuchte Körperverletzung durch Geschlechtsverkehr mit einem Aidskranken (Vorsatz).  
§ 261 StPO; § 224 StGB; § 223 StGB; § 15 StGB

Zur erforderlichen Gesamtwürdigung bei einer Verurteilung, die allein auf der Aussage eines sich auch selbst belastenden Mitangeklagten beruht.

**496. BGH 3 StR 21/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Dresden)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensverbundung; Warten auf Parallelverfahren; Angemessenheit der Verfahrensdauer insgesamt; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 EMRK

Zur Verneinung einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung im Fall einer verfahrenverlängernden Verfahrensverbundung.

**536. BGH 4 StR 148/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Paderborn)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellungsmängel hinsichtlich des Sachverständigengutachtens; positive Feststellung; symptomatischer Zusammenhang).

§ 21 StGB; § 63 StGB

Ist dem Richter bei einer schwierigen medizinischen Frage eine eigene Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens nicht möglich, so genügt es, wenn er sich dem Gutachten anschließt. Allerdings müssen die wesentlichen Anknüpfungstatsachen im Urteil so wiedergegeben werden, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist (vgl. BGHR StPO § 261 Sachverständiger 6).

**469. BGH 2 StR 25/07 - Beschluss vom 25. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Gerichtliche Zuständigkeit (Prüfung durch das Revisionsgericht; Verweisung an das zuständige Gericht); Untreue (Vermögensverlust großen Ausmaßes: tatsächlicher Verlust; Vorsatz beim Gefährdungsschaden; Strafmilderung bei Beihilfe infolge mangelnder Vermögensbetreuungspflicht).

§ 6 StPO; § 355 StPO; § 51 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 15 StGB; § 266 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

1. Das Verfahrenshindernis fehlender gerichtlicher Zuständigkeit hat auch das Revisionsgericht gemäß § 6 StPO von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. Ist das Verfahren aufgrund eines unwirksamen Verbindungsbeschlusses unerkannt bei einem anderen Gericht als dem erkennenden anhängig geblieben, so hat das Revisionsgericht die Sache insoweit gemäß § 355 StPO



an das Gericht zu verweisen, bei dem die Sache anhängig geblieben ist.

3. In der Dominikanischen Republik erlittene Auslieferungshaft ist im Verhältnis 3:1 auf in Deutschland erkannte Freiheitsstrafe anzurechnen; das Verhältnis ist in die Entscheidungsformel aufzunehmen.

4. Eine doppelte Strafrahmengmilderung gemäß § 28 Abs. 1 StGB entfällt bei der Untreue nicht schon deshalb, weil die Gehilfenstellung des Angeklagten allein auf dem Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht beruht (vgl. BGHSt 26, 53, 55; 41, 1 f.), soweit dem Handeln des Angeklagten kein mittäterschaftlicher Charakter beizumessen ist.

#### **521. BGH 1 StR 192/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Karlsruhe)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht durch den Verteidiger bei nicht wirksam zurückgenommener Ermächtigung.  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Der Widerruf der Ermächtigung für den Verteidiger, Rechtsmittelverzicht zu erklären, ist jederzeit zulässig und wird schon dann wirksam, wenn ihn der Beschuldigte mündlich oder fernmündlich dem Gericht oder dem

ermächtigten Verteidiger gegenüber erklärt. Der Widerruf führt jedoch nur dann zur Unwirksamkeit des Rechtsmittelverzichts, wenn er gegenüber dem Gericht oder dem Verteidiger erklärt worden ist, bevor die Verzichtserklärung bei dem Gericht eingegangen ist (vgl. BGHSt 10, 245, 246; BGH NStZ-RR 2005, 211, 212; NStZ 1983, 469).

#### **475. BGH 2 StR 102/07 - Beschluss vom 28. März 2007 (LG Köln)**

Tenor; Teilfreispruch (in Tatmehrheit angeklagte Taten); Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen; Verletzung der sachlichen Zuständigkeit; fehlerhafte Gerichtsbesetzung).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 338 StPO; § 344 Abs. 1 Satz 2 StPO

1. Soll nach der Anklage eine Straftat in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zu derjenigen begangen worden sein, wegen der der Angeklagte verurteilt wird, so ist der Angeklagte insoweit freizusprechen.

2. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht der Meinung ist, dass die nicht nachgewiesene Straftat bei einer Verurteilung in Tateinheit (§ 52 StGB) mit den Delikten stehen würde, deretwegen der Angeklagte verurteilt worden ist.

## **IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete**

#### **516. BGH 1 StR 159/07 – Beschluss vom 25. April 2007 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim unerlaubten Handeltreiben (Behauptung des Transports im Auftrag Dritter; reine Kuriertätigkeit); Schweigerecht.

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

Behauptet der Transporteur von Betäubungsmitteln, sein Tatbeitrag habe sich darin erschöpft, die Betäubungsmittel im Auftrag eines Dritten zu transportieren, und individualisiert er seinen Auftraggeber nicht, so ist der Tatrichter nicht auf Grund des Zweifelssatzes gehalten, diese auf eine Beihilfe zum Handeltreiben abzielende Einlassung zugrunde zu legen, wenn keine zuverlässigen Anhaltspunkte für Auftrag und Person des Auftraggebers vorliegen. (BGHSt)

#### **517. BGH 1 StR 52/07 – Urteil vom 24. April 2007 (LG München I)**

BGHSt; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; nur grundsätzliche Orientierung an der äußerst gefährlichen Dosis oder der durchschnittlichen Konsumeinheit).

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

1. Für Buprenorphin beginnt die „nicht geringe Menge“ im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 2 sowie § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG bei 450 mg Buprenorphin-Hydrochlorid. (BGHSt)

2. Grundsätzlich liegt die nach ständiger Rechtsprechung vorrangig anzuwendende Methode zur Festlegung des Grenzwerts der nicht geringen Menge darin, diesen mittels einer äußerst gefährlichen Dosis oder durchschnittlichen Konsumeinheit und einer an der Gefährlichkeit orientierten Maßzahl zu bestimmen (vgl. BGHSt 32, 162, 164; 33, 8, 14; 35, 43, 49; 42, 1, 3 ff.; 42, 255, 265; 49, 306, 312). Dies kann aber nach den Eigenheiten eines Betäubungsmittels anders zu beurteilen sein. (Bearbeiter)

#### **474. BGH 2 StR 81/07 - Beschluss vom 30. März 2007 (LG Frankfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe); maßgebliche Mitzugestaltung des Geschäfts; Strafzumessung (Beruhen).

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

1. Als Handeltreiben mit Betäubungsmitteln sind alle Tätigkeiten anzusehen, die auf den Umsatz von Rauschgift gerichtet sind. Als tatbestandliche Handlungen sind damit dem Grundsatz nach auch unterstützende Tätigkeiten erfasst (vgl. BGH GSSt 1/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005 = BGHSt 50, 252 f.).

2. Es sind aber die allgemeinen Regeln zur Abgrenzung von (Mit-)Täterschaft und Beihilfe anzuwenden. Für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung eines Betäubungsmittel-Kuriers muss der konkrete Tatbeitrag für das Umsatzgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports bewertet werden. Strafbar ist nach

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, nicht - isoliert - das Transportieren derselben. Daher kommt es für die Annahme täterschaftlicher Verwirklichung dieses Tatbestands nicht entscheidend darauf an, welches Maß an Selbständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich eines isolierten Teilakts des Umsatzgeschäfts innehat, sondern darauf, welche Bedeutung seinem Beitrag im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt (vgl. bereits Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - 2 StR 516/06).

3. Beihilfe ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Tathandlung sich auf den Transport von Rauschgift zwischen selbständig handelnden Lieferanten und Abnehmern oder innerhalb der Sphäre von Lieferanten- oder Abnehmer-Organisationen beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft insgesamt maßgeblich mitzugestalten.

4. Einer Tätigkeit als Kurier, die sich in bloßem Transport von Rauschgift erschöpft, kommt eine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit in der Regel nicht zu; sie stellt zumeist eine untergeordnete Hilfstätigkeit dar (vgl. bereits Senatsurteil vom 28. Februar 2007 - 2 StR 516/06).

5. Bei der Abgrenzung kommt es nicht darauf an, ob der Kurier ein erhebliches Honorar zu erwarten hat oder zeitweise faktische Verfügungsgewalt über das von ihm transportierte Rauschgift erlangt.

6. Eine Bewertung von Transporttätigkeit als mittäterschaftliches Handeltreiben wird vor allem dann in Betracht kommen, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, etwa am An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten soll. Der Senat würde jedoch einer Ansicht nicht folgen, wonach täterschaftliches Handeln nur dann vorliegt, wenn der Transporteur auch unmittelbar am Erwerb oder Absatz der Betäubungsmittel beteiligt ist.

#### **546. BGH 5 StR 74/07 – Beschluss vom 10. Mai 2007 (LG Berlin)**

Täterschaftliches Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung zur bloßen Kuriertätigkeit; minder schwerer Fall bei besitzlosem Betäubungsmittelhandel).

§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG; § 46 StGB

Bei einem besitzlosen Betäubungsmittelhandel, einer erheblich zurückliegenden Tatzeit und weiteren gewichtigen Milderungsgründen ist das alleinige Abstellen auf eine hohe Grenzwertüberschreitung im Betäubungsmittelstrafrecht zur Ablehnung einer Strafraumverschiebung auch vor dem Hintergrund des eingeschränkten Prüfungsmaßstabes des Revisionsgerichts (vgl. BGHSt 3, 179; 24, 268) Ausdruck einer defizitären, durchgreifend bedenklichen Gesamtabwägung (vgl. BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall Gesamtwürdigung, unvollständige 2; BGH NStZ-RR 1997, 50, 51).

#### **558. BGH 5 StR 446/06 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Chemnitz)**

Vorsätzliches Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis (Begriff der Einlage und bankgeschäftlicher Bezug; Schutzziele des Kreditwesengesetzes); Betrug durch „Lastschrifttreiterei“ (Konkurrenzen).

§ 263 StGB; § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG

1. Lastschriftgeschäfte sind keine Einlagengeschäfte im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KWG. Um Einlagen handelt es sich, wenn jemand von einer Vielzahl von Geldgebern, die keine Kreditinstitute im Sinne des § 1 Abs. 1 KWG sind, fremde Gelder aufgrund typisierter Verträge zur unregelmäßigen Verwahrung, als Darlehen oder in ähnlicher Weise ohne Bestellung banküblicher Sicherheiten laufend annimmt und die Gelder nach Fälligkeit von den Gläubigern jederzeit zurückgefordert werden können (BGHR KWG § 1 Einlage 1 m.w.N.). Ein solches Einlagengeschäft ist regelmäßig dadurch geprägt, dass eingelegte fremde Gelder der Gewinnerzielung im damit finanzierten Aktivgeschäft dienen.

2. Das Kreditwesengesetz sichert die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts. Es schützt das Publikum vor nicht ausreichend seriösen Unternehmen und will gewährleisten, dass im Kreditgewerbe Verhältnisse herrschen, die das Vertrauen der Bevölkerung verdienen.

#### **564. BGH 5 StR 549/06 – Beschluss vom 19. April 2007 (LG Verden)**

Unzureichende Berechnungsdarstellung bei Steuerhinterziehung (Steuerstrafrecht als Blankettstrafrecht bei tatbestandsausfüllenden Steuergesetzen der EU-Mitgliedstaaten; eigenverantwortliche Überprüfung der Wertansätze aus Steuererlassen anderer EU-Mitgliedstaaten; eigenverantwortliche Schätzung durch das Gericht).

§ 370 AO; § 373 AO; Art. 103 Abs. 2 GG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO

1. Steuerstrafrecht ist Blankettstrafrecht. Erst das Blankettstrafgesetz und die blankettausfüllenden Normen zusammen bilden hier die maßgebliche Strafvorschrift. Deshalb muss sich der im Steuerstrafverfahren tätige Richter selbst mit den blankettausfüllenden Normen des materiellen Steuerrechts befassen und diese auf den Einzelfall anwenden. Werden Blankettstrafatbestände – wie in den Fällen des § 370 Abs. 6 AO und des § 374 Abs. 2 AO – nicht nur durch deutsche Steuergesetze und die Vorschriften des Zollkodexes, sondern auch durch Verbrauchsteuergesetze anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften ausgefüllt, gilt nichts anderes.

2. Auch aus Erlassen der Finanzbehörden anderer EU-Mitgliedstaaten dürfen Wertansätze nicht ungeprüft übernommen werden. Insbesondere bei der Zollwertbestimmung gilt nichts anderes als für die entsprechenden Erlasse des Bundesministers der Finanzen in der Bundesrepublik Deutschland (vgl. BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 10; BGH wistra 2004, 348, 349).

3. Die Übernahme einer Schätzung der Finanzbehörden

kommt auch bei der Anwendung der Steuergesetze von EU-Mitgliedstaaten nur in Betracht, wenn der Tatrichter diese eigenverantwortlich nachgeprüft hat und von ihrer Richtigkeit auch bei Zugrundelegung der strafrechtlichen Verfahrensgrundsätze überzeugt ist (st. Rspr.; vgl. nur BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 10).

**559. BGH 5 StR 461/06 – Urteil vom 14. März 2007 (LG Landshut)**

Einfuhr unverzollter Zigaretten in die Europäische Gemeinschaft; gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel und Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Tabaksteuer; Verbringer; Mittäterschaft bei Steuerhinterziehung; Strafzumessung); Darlegungsanforderungen an die Rüge der rechtswidrigen Verwertung der Ergebnisse von Telekommunikationsüberwachungen.

§ 373 AO; § 370a AO; § 100a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 Satz 1, Abs. 7 AO; § 19 TabStG; Art. 202 Abs. 1 Buchstabe a, Abs. 2, Art. 40, 38 ZK; § 46 StGB

1. Der Tatbestand des Schmuggels (§ 373 AO) erfasst diese Tabaksteuer als Einfuhrabgabe nur dann, wenn die Zigaretten unmittelbar aus einem Nicht-Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften in die Bundesrepublik Deutschland verbracht werden (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2007 – 5 StR 372/06, zur Veröffentlichung bestimmt).

2. Als Verbringer sieht der Gerichtshof bei einer Einfuhr mit einem Kraftfahrzeug denjenigen an, der bei der Einfuhr die Herrschaft über das Transportfahrzeug hat (EuGH wistra 2004, 376, 378). Wegen der Ähnlichkeit der Sachverhalte und der inneren Verzahnung der Regelungssysteme des Zollrechts und des Verbrauchsteuerrechts im europäischen Gemeinschaftsrecht (vgl. § 21 TabStG; Art. 5 Systemrichtlinie), die gemeinsam der Verwirklichung des Europäischen Binnenmarkts dienen (vgl. Art. 14 EGV), liegt es nahe, in dem durch die System-, Struktur- und Steuersatzrichtlinien weitgehend harmonisierten Verbrauchsteuerrecht dieselben Maßstäbe anzulegen (vgl. BGHSt 48, 52, 63).

3. Eine „Schmuggeltat“ ist erst dann beendet, wenn das geschmuggelte Gut in Sicherheit gebracht und „zur Ruhe gekommen“ ist (BGH wistra 2000, 425; BGHSt 3, 40, 44). Wann dies der Fall ist, hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Maßgeblich für die Beendigung des Schmuggels ist, ob die Schmuggelware die gefährliche Phase des Grenzübertretts passiert und der Schmuggler sein Unternehmen insgesamt erfolgreich abgeschlossen hat (BGHSt 3, 40, 44 f.). In der Regel wird der Schmuggel erst dann beendet sein, wenn das Schmuggelgut seinen Bestimmungsort erreicht hat.

**560. BGH 5 StR 505/06 – Urteil vom 19. April 2007 (LG Berlin)**

Vorsätzliches Unterlassen der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Begriff der Zahlungsunfähigkeit: liquide, frei verfügbare Mittel, Aussonderungsrechte).

§ 17 Abs. 2 InsO; § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG; § 19 InsO

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedeutet Zahlungsunfähigkeit das nach außen in Erscheinung tretende, auf dem Mangel an Zahlungsmitteln beruhende, voraussichtlich dauernde Unvermögen des Unternehmens, seine sofort zu erfüllenden Geldschulden noch im Wesentlichen zu begleichen (BGHR GmbHG § 64 Abs. 1 Zahlungsunfähigkeit 1). Maßgeblich für die Frage der Zahlungsunfähigkeit ist, was dem Schuldner an flüssigen Mitteln zur freien Verfügung steht. Für den Schuldner wäre eine freie Verfügung in diesem Sinne dann nicht mehr gegeben, wenn er die Gelder nur um den Preis einer neuerlichen Straftat für die Begleichung fälliger Verbindlichkeiten einsetzen könnte. Jedenfalls aber liegt eine Zahlungsunfähigkeit in den Fällen vor, in denen am Vermögenswert, der für die Begleichung der fälligen Verbindlichkeiten eingesetzt werden könnte, ein nach §§ 47 ff. InsO liquides Recht des Gläubigers fortbestehen würde, das ihm auch im Insolvenzfall den Zugriff sichern würde.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind sämtliche Einkünfte bei der Feststellung der Zahlungsunfähigkeit heranzuziehen. Dies gilt grundsätzlich selbst dann, wenn sie aus Straftaten herrühren (BGH NJW 1982, 1952, 1954 m.w.N.). Anders ist es hingegen, wenn die Gelder noch nicht in das Betriebsvermögen integriert waren und daher noch nicht für die Erfüllung fremder Verbindlichkeiten zur Verfügung standen.

**476. BGH 2 StR 107/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Prüfung der tatrichterlichen Zuständigkeit durch das Revisionsgericht (Sachrüge; Verfahrensrüge); Schwerpunkt der Taten.

§ 344 StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 32 JGG

1. Der Umstand, dass nicht die gemäß § 108 JGG zuständige Jugendkammer, sondern die allgemeine Strafkammer entschieden hat, ist im Revisionsverfahren nur aufgrund einer Verfahrensrüge gemäß § 338 Nr. 4 StPO zu beachten.

2. Die Frage nach dem „Schwerpunkt der Taten“ und damit der Anwendbarkeit des Jugendstrafrechts stellt sich auch dann, wenn mehrere strafrechtlich bedeutsame Vorgänge, die im Rechtssinne als nur eine Tat zu werten sind, sich über mehrere Altersstufen hinziehen, denn § 32 JGG i.V.m. § 105 Abs. 1 JGG ist auch in diesem Fall anwendbar.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen den Richtervorbehalt

Zugleich eine Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18. April 2007 (5 StR 546/06 = BGH HRRS 2007 Nr. 463)

Von **Wiss. Ass. Dr. Janique Brüning**, Bucerius Law School, Hamburg

#### I. Einleitung

Das Urteil des BVerfG vom 20. Februar 2001<sup>1</sup> hat die Entwicklung des Richtervorbehalts spürbar gestärkt, indem es die Entscheidung der nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane über die Annahme von Gefahr im Verzug für gerichtlich voll überprüfbar erklärt hatte. Gleichwohl hatte das BVerfG keine Antwort auf die Frage gegeben, welche Konsequenzen eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug auslösen würde. Hier drängt sich die Frage auf, ob die auf diese Weise erlangten Beweismittel einem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Eine Antwort auf diese Frage gibt nunmehr das hier zu besprechende Urteil des 5. Senats des BGH, der damit eine Lücke in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Richtervorbehalt schließt.

#### II. Die Entscheidung des BGH

Der Entscheidung des BGH lag folgender Sachverhalt zugrunde: Der Angeklagte G hielt sich in den letzten vier Wochen vor seiner Festnahme in der Wohnung des Zeugen Z auf, worüber die Ermittlungsbehörden informiert waren. Am Tag der Festnahme um 15.47h erfuhren die Ermittlungsbeamten, dass G ein Gerät erwerben wollte, um die in seinem Fahrzeug angebrachten polizeilichen Abhörgeräte orten zu können. Daraufhin verständigten sich der die Ermittlungen leitende Kommissar und der zuständige Staatsanwalt darüber, den G festzunehmen. Um 17.30h wurde G schließlich in der Wohnung des Z festgenommen, worüber der Staatsanwalt allerdings erst um 20.00h informiert wurde. Auf Bitten der Polizei ordnete der Staatsanwalt sodann die Durchsuchung der Wohnung an, ohne jedoch einen Antrag auf Durchsuchung beim zuständigen Ermittlungsrichter zu stellen oder die Umstände, die zur Annahme von Gefahr im Verzug führten zu dokumentieren. Im Verlauf der Durchsuchung wurden 3,5 kg Marihuana sichergestellt.

Der 5. Senat des BGH stellt fest, dass die von der Staatsanwaltschaft angeordnete Durchsuchung wegen bewusster Missachtung – bzw. gleichgewichtig grober Verken-

nung – des Richtervorbehalts rechtswidrig war. Das Gericht begründet die Rechtswidrigkeit der Durchsuchung zunächst damit, dass die Strafverfolgungsbehörden die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug pflichtwidrig herbeigeführt hätten und somit die Voraussetzungen für die Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft nicht gegeben waren. Allerdings stellt das Gericht später im Rahmen der Ausführungen zum Beweisverwertungsverbot fest, dass es zum Zeitpunkt des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses nicht aussichtslos gewesen sei, eine telefonische richterliche Anordnung zu erlangen, was allerdings vom zuständigen Staatsanwalt nicht erwogen worden sei. Strenggenommen sind die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug also nicht pflichtwidrig herbeigeführt worden; sie lagen vielmehr trotz des Abwartens der Strafverfolgungsbehörden zu keinem Zeitpunkt vor.

Der BGH geht davon aus, dass die Rechtswidrigkeit der Durchsuchung im vorliegenden Fall die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes rechtfertigt. Dabei greift das Gericht auf die von ihm in ständiger Rechtsprechung vertretene sog. Abwägungslehre zurück. Die Notwendigkeit der Annahme eines Verwertungsverbotes bei Missachtung des Richtervorbehalts sei schon in der Rechtsprechung des BVerfG zur Beachtlichkeit des Richtervorbehalts angelegt. Das Gebot, den Richtervorbehalt einzuhalten, sei für das Ermittlungsverfahren so wesentlich, dass jedenfalls grobe Verstöße nicht sanktionslos gelassen werden dürften.

Das Gericht macht deutlich, dass es gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoße, wenn der Staat bei grober Verkenkung der Rechtslage einen Nutzen aus Eingriffen zieht, die ohne Rechtsgrundlage vorgenommen wurden. Dies gelte insbesondere für die willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug, die der 5. Senat im vorliegenden Fall darin sieht, dass die Polizei die Inanspruchnahme der Ausnahmekompetenz durch die Staatsanwaltschaft einerseits provoziert habe und andererseits der Staatsanwalt die richterliche Anordnung – trotz faktischer zeitlicher Möglichkeit – nicht einmal erwogen habe. Ausdrücklich beklagt der BGH die „autarken“ Ermittlungen der Polizei und die damit einhergehende mangelnde Wahrnehmung der Leitungsfunktion durch die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens. Der BGH betont, dass der Erlangung eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses höchste Priorität hätte eingeräumt werden müssen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass Durchsuchungsbeschlüsse nach der Rechtsprechung des BVerfG sechs Monate vollstreckbar seien, hätten die Ermittlungsbehörden den Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses schon zu einem früheren Zeitpunkt vorbereiten müssen. Dies gelte insbesondere, wenn man dem Umstand Rechnung trage, dass der Pkw des G bereits nach § 100c Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StPO a.F. überwacht worden sei. Spätestens aber nach der Festnahme um 15.47h hätte sich nach kriminalistischer Erfahrung die

<sup>1</sup> BVerfGE 103, 142 ff.

Beantragung eines Durchsuchungsbeschlusses aufdrängen müssen.

Ogleich der 5. Senat des BGH annimmt, dass ein richterlicher Durchsuchungsbeschluss im vorliegenden Fall höchstwahrscheinlich zu erlangen gewesen wäre, stellt das Gericht ausdrücklich klar, dass der Gesichtspunkt eines möglichen hypothetischen Ermittlungsverlaufs jedenfalls bei groben Verstößen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes nicht ausschließt. Der Richtervorbehalt wäre sinnlos, würde man die Rechtsfigur des hypothetischen Ermittlungsverlaufs anerkennen. Vielmehr entstünde sogar ein Ansporn, die Ermittlungen ohne den Richter effizienter zu gestalten.

Ausdrücklich offen lässt das Gericht die Frage, ob das angenommene Verwertungsverbot einen Widerspruch des Verteidigers in der Hauptverhandlung erfordert hätte. Da die Staatsanwaltschaft keinen fehlenden Widerspruch gerügt habe, könne die Revision der Staatsanwaltschaft jedenfalls aus diesen Erwägungen schon keinen Erfolg haben.

Ferner sah sich der 5. Senat des BGH veranlasst, den aktuellen Thesen des Bundesverfassungsrichters *Landau* zur Funktionstüchtigkeit des Strafrechtspflege<sup>2</sup> entgegenzutreten. Ausdrücklich betont das Gericht, dass die Pflicht des Staates zur effektiven Strafverfolgung durch die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes nicht vernachlässigt werde. „Die Sorge um einen Effektivitätsverlust wird vorliegend (..) schon deshalb relativiert, weil bei der Duldung eines bewussten oder gleichgewichtig schweren Rechtsbruchs durch Ermittlungsbeamte ein Ansehensverlust des rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens bei der rechtstreuen Bevölkerung zu befürchten wäre, den es zu verhindern gilt und der seinerseits etwa durch verändertes Anzeige- oder Aussageverhalten infolge schwindenden Vertrauens in die Lauterkeit der Ermittlungsorgane zu Effektivitätsverlusten führen könnte.“

### III. Der Meinungsstand – ein Überblick

Über die vom BGH zu entscheidende Frage, welche Rechtsfolgen eine rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug hat, herrscht in Literatur und Rechtsprechung Uneinigkeit. Dabei lässt sich weder in der Judikatur noch im Schrifttum ein einheitliches Meinungsbild erkennen.<sup>3</sup>

Die Ansichten in der Literatur sind vielfältig. Einige Vertreter votieren für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes bei jedem formalen Verstoß gegen den Richtervorbehalt.<sup>4</sup> Andere sprechen sich bei der Durch-

suchung gegen ein Beweisverwertungsverbot aus, wenn die richterliche Anordnung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erlangt worden wäre und berücksichtigen dabei, dass die Durchsuchungsanordnung gem. § 105 Abs. 1 StPO Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG nicht schlechthin verboten ist.<sup>5</sup> Schließlich wird dafür plädiert, den für die Hausdurchsuchung in Art. 13 Abs. 2 GG verankerten Richtervorbehalt stärker in den Blick zu nehmen und ein Verwertungsverbot bei einem Verstoß gegen Art. 13 Abs. 2 GG grundsätzlich zu bejahen.<sup>6</sup>

Der BGH hat sich bereits in mehreren Entscheidungen zu den Rechtsfolgen der Missachtung des Richtervorbehalts geäußert: Im Jahr 1983 nahm der 4. Senat des BGH an, dass die Nichtbeachtung des Richtervorbehalts auch dann ein Verwertungsverbot auslöse, wenn eine richterliche Anordnung nach § 100b StPO auf Antrag erlassen worden wäre.<sup>7</sup> Die Besonderheit des Falls bestand allerdings darin, dass den handelnden polizeilichen Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG keine Ausnahmekompetenz zur Anordnung einer Telefonüberwachung nach § 100b StPO zustand, die Anordnung durch die Polizei also schlechthin verboten war. Im Jahr 1989 stellte der 2. Senat des BGH beim Fehlen eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses hingegen auf den hypothetischen Ermittlungsverlauf ab. Die maßgebliche These lautete<sup>8</sup>, dass die fehlende richterliche Anordnung der Durchsuchung „jedenfalls dann kein Beweisverwertungsverbot“ auslöse, „wenn dem Erlass der Durchsuchungsanordnung rechtliche Hindernisse nicht entgegengestanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Gegenstände als solche der Verwertung als Beweismittel zugänglich waren“.<sup>9</sup> Im Jahr 2003 konstatierte der 1. Senat des BGH schließlich, dass ein Verwertungsverbot bei einer rechtsfehlerhaften Annahme von Gefahr im Verzug bei einer Durchsuchung jedenfalls dann nicht in Betracht komme, wenn nicht willkürlich gehandelt worden sei.<sup>10</sup> Damit hat der 1. Senat zwar nicht positiv festgestellt, dass ein Beweisverwertungsverbot bei willkürlichen Handeln in jedem Fall anzunehmen sei, gleichwohl deutete das Urteil bereits in diese Richtung. Insbesondere die Instanzgerichte haben in der Vergangenheit ein Beweisverwertungsverbot nur dann angenommen, wenn die nicht-richterlichen Ermittlungsbehörden, den Richtervorbehalt bewusst ignoriert bzw. objektiv willkürlich gehandelt haben<sup>11</sup>, wobei vielfach auf einen Verstoß gegen Art. 13

auf eine konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007), S. 800 ff., 813 ff.

<sup>5</sup> *Roxin*, NStZ 1989, 376 ff.

<sup>6</sup> *Kassing*, JuS 2004, 675, 678; *Burhoff*, StraFo 2005, 140, 146; vgl. auch *Krekeler*, JR 2001, 491, 494.

<sup>7</sup> BGH NStZ 1983, 466.

<sup>8</sup> Vgl. *Roxin*, NStZ 1989, 376, 378 f.

<sup>9</sup> BGH NStZ 1989, 375, 376.

<sup>10</sup> BGHR StPO § 105 Abs. 1 Durchsuchung 4.

<sup>11</sup> LG Saarbrücken StV 2003, 434, 436; AG Braunschweig StV 2001, 393, 395; AG Kiel StV 2002, wobei das AG Kiel darauf abstellt, dass die Beamten bei hinreichender Würdigung das Erfordernis der richterlichen Mitwirkung hätten erkennen können, so dass im Grunde kein bewusster Verstoß, sondern vielmehr (grobe) Fahrlässigkeit gegeben ist.

<sup>2</sup> *Landau*, NStZ 2007, 121 ff.

<sup>3</sup> Einen detaillierten Überblick gibt *Kassing*, JuS 2004, 675 ff.

<sup>4</sup> *Krehl*, JR 2001, 491, 494; *Asbrock*, StV 2001, 322, 324; *Nelles*, Kompetenzen und Ausnahmekompetenzen in der Strafprozessordnung (1980), S. 260; *Fezer*, StV 1989, 290, 294; *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 304; so auch zu Art. 6 EMRK für die parallel zu stellende Frage eines Verwertungsverbotes wegen des hier zugleich vorliegenden Verstoßes gegen Art. 8 EMRK m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht

GG rekurriert wurde.<sup>12</sup> Dagegen wurde ein Beweisverwertungsverbot bei nur formalen Fehlern weitgehend abgelehnt.<sup>13</sup>

Das vorliegende Urteil des 5. Senats greift die Entscheidung des 1. Senats auf und stellt nunmehr ausdrücklich fest (so der Leitsatz), dass eine bewusste Missachtung oder gleichgewichtig grobe Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts die Annahme eines Verbots der Verwertung bei der Durchsuchung gewonnener Beweismittel rechtfertigen kann. Dabei sah sich der 5. Senat trotz der entgegenstehenden Erwägungen zum hypothetischen Ersatzeingriff des 2. Senats ausdrücklich nicht zu einer Anfrage gem. § 132 Abs. 2 GVG veranlasst, da die Erwägungen zum hypothetischen Ersatzeingriff für die Entscheidung nicht tragend gewesen seien.

#### IV. Kritische Würdigung

Das hier zu besprechende Urteil des 5. Senats verdient sowohl im Ergebnis als auch weitgehend in der Begründung Zustimmung.

##### 1. Beweisverwertungsverbote bei bewusster oder grober Verkennung des Richtervorbehalts

Der Richtervorbehalt hat eine gesetzeswahrende Funktion, die den Betroffenen vor rechtswidrigen Grundrechtseingriffen durch nichtrichterliche Strafverfolgungsorgane schützen soll. Damit stellt der Richtervorbehalt ein eigenes – Art. 19 Abs. 4 GG ergänzendes – vorbeugendes Rechtsschutzmodell dar.<sup>14</sup> Durch eine bewusste Missachtung oder grobe Verkennung dieser vorbeugenden Rechtsschutzmöglichkeit wird in besonders krasser Weise gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, mit der Folge dass das Vertrauen der Bürger in die staatlichen Institutionen erschüttert wird. Soll das Strafrecht aber dazu beitragen, regellose Verhältnisse zu vermeiden sowie Willkür und Selbstjustiz zu verhindern<sup>15</sup>, so würde sich der Staat in Widerspruch zu diesen Zielen setzen, wenn staatliche Organe bewusst oder grob fahrlässig gegen die Rechtsordnung verstoßen. Der Staat verlöre unter diesen Umständen seine Glaubwürdigkeit als Hüter der Rechtsordnung<sup>16</sup>, und zwar auch dann, wenn die Entscheidung materiell rechtmäßig gewesen ist und die Maßnahme unter Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe hätte angeordnet werden können. Damit verdient die Ansicht des 5. Senats des BGH, dass hypothetische Ermittlungsverläufe im Falle eines

bewussten Verstoßes gegen den Richtervorbehalt unberücksichtigt bleiben müssen, uneingeschränkte Zustimmung.

Besonders hervorzuheben ist der Umstand, dass der BGH in dem vorliegenden Urteil die bewusste Missachtung des Richtervorbehalts der groben Verkennung gleichsetzt. Damit rechtfertigt also nicht nur ein bewusster – vorsätzlicher – Verstoß gegen das Erfordernis der richterlichen Anordnung die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes, sondern vielmehr auch die grob fahrlässige Verkennung des Richtervorbehalts. Diese – begrüßenswerte – rechtliche Beurteilung dürfte vor allem einen praktischen Beweggrund gehabt haben, da es in der Praxis der Strafverfolgung regelmäßig schwer nachzuweisen sein dürfte, ob die Beamten den Richtervorbehalt bewusst missachten wollten oder die rechtlichen Voraussetzungen nur grob fahrlässig verkannt haben.

##### 2. Beweisverwertungsverbote bei bloßen formalen Verstößen

Damit ist aber die – vom BGH nicht ausdrücklich beantwortete Frage – aufzuwerfen, ob rein formale, nicht willkürliche, Verstöße gegen den Richtervorbehalt ebenfalls die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes rechtfertigen. Hier drängt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Berücksichtigung hypothetischer Ermittlungsverläufe auf. Darüber herrscht – wie bereits angedeutet – Streit. Diese Frage lässt sich jedoch nicht beantworten, ohne den Sinn und Zweck von Richtervorbehalten in den Blick zu nehmen.<sup>17</sup> Dieser besteht nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht darin, dass eine vorherige richterliche Überprüfung stattfindet.<sup>18</sup> Diese Sichtweise verkürzt allerdings den Blick auf den Zweck des Richtervorbehalts. Denn sie ist nur eine reine Beschreibung der Ausgestaltung des Richtervorbehalts. Die Frage nach dem Sinn und Zweck des Richtervorbehalts kann nur beantwortet werden, wenn man danach fragt, *warum* strafprozessuale Grundrechtseingriffe Richtervorbehalte vorsehen.

Aufgrund des Legalitätsprinzips ist die Staatsanwaltschaft bei zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten für das Vorliegen einer Straftat verpflichtet, die strafrechtlich relevanten Umstände einer Tat zu ermitteln. Diese Ermittlungen erfordern grundsätzlich die Inanspruchnahme strafprozessualer Grundrechtseingriffe, die regelmäßig überraschend bzw. geheim erfolgen müssen, um zu verhindern, dass der Erfolg der Maßnahme durch die Beseitigung beweisrelevanter Umstände verhindert wird. Der Erfolg der Maßnahme hängt also entscheidend davon ab, dass der Betroffene nichts von ihrer Durchführung erfährt. Ein Informationsvorsprung der Strafverfolgungsbehörden ist damit unverzichtbar. Da die Chancengleichheit aufgrund der notwendigen Überraschungswirkung demnach nicht durch verstärkte Teilhabe des Beschuldigten im Vorfeld der Maßnahme hergestellt werden kann,

<sup>12</sup> Vgl. etwa AG Braunschweig StV 2001, 393, 395; OLG Koblenz NStZ 2002, 660, 661; LG Saarbrücken StV 2003, 434, 436.

<sup>13</sup> AG Tiergarten StraFo 2007, 73, 74; StV 2003, 663, 664.

<sup>14</sup> *Brüning*, Der Richtervorbehalt im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren (2005), S. 126 ff.

<sup>15</sup> *Rabe v. Kühlewein*, Der Richtervorbehalt im Polizei- und Strafprozessrecht (2001), S. 240; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), S. 2 f.

<sup>16</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614, 615.

<sup>17</sup> Zum Sinn und Zweck des Richtervorbehalts *Brüning* (Fn. 14), S. 111 ff.

<sup>18</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 673 m.w.Nachw. in Fn. 47.

besteht nur die Möglichkeit die staatsanwaltlichen Eingriffsbefugnisse durch Beteiligung einer neutralen Person, einem Richter, einzuschränken.<sup>19</sup> Diese rollenbedingte Überlegenheit der Staatsanwaltschaft kann im Ermittlungsverfahren daher nur gemildert werden, indem sichergestellt wird, dass die Staatsanwaltschaft keinen *rechtswidrigen* Informationsvorsprung erhält. Der Sinn und Zweck des *formellen* Richtervorbehalts besteht also in der Garantie eines *materiell* rechtmäßigen strafprozessualen Grundrechtseingriffs.<sup>20</sup>

Sind aber die materiellen Eingriffsvoraussetzungen eines strafprozessualen Grundrechtseingriffs gegeben, so liegt eine materiell richtige Entscheidung vor, d.h. die Ermittlungsbehörden sind materiell-rechtlich zur Durchführung dieser Maßnahme berechtigt.<sup>21</sup> Würde jeder nur formale Verstoß gegen den Richtervorbehalt ein Beweisverwertungsverbot auslösen, so würde der Richtervorbehalt zum Selbstzweck erhoben und die Beweisverwertungsverbote würden losgelöst von der Funktion der Richtervorbehalte beurteilt. Für die Frage, ob der Grundrechtseingriff materiell rechtmäßig ist, ist ferner nicht die hypothetische Beurteilung des zuständigen Ermittlungsrichters im Ermittlungsverfahren entscheidend.<sup>22</sup> Denn soll der Richtervorbehalt eine materiell rechtmäßige Entscheidung gewährleisten, so ist allein die Frage maßgeblich, ob die materiell-rechtlichen Voraussetzungen im Zeitpunkt der Anordnung vorgelegen haben. Dies zu beurteilen, obliegt ausschließlich dem Gericht, das über ein Beweisverwertungsverbot zu entscheiden hat.

Gegen eine solche Bewertung kann auch nicht eingewendet werden, dass der Richtervorbehalt grundsätzlich folgenlos missachtet werden könnte<sup>23</sup>, wenn die materiell-rechtlichen Voraussetzungen vorlägen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass auch Vertreter der Ansicht, die eine Berücksichtigung eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs ablehnen, grundsätzlich anerkennen, dass nicht *jedes* Beweiserhebungsverbot die Verwertung des gewonnenen Beweises sperrt.<sup>24</sup> Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Funktion des Richtervorbehalts allein darin besteht, die Einhaltung materiell-rechtlicher Voraussetzungen zu gewährleisten. Schließlich basiert dieser Einwand auf dem der *Fruit-of-the-poisonous-tree*-Doktrin immanenten Disziplinierungsgedanken, der dem deutschen Strafprozessrecht grundsätzlich fremd ist. Denn dieser Ansatz akzeptiert, dass dem Staat Beweismittel genommen werden, die zur Überführung eines Täters dringend benötigt werden, nur um den Rechtsverstoß eines einzelnen Ermittlungsbeamten zu ahnden.

<sup>19</sup> Vgl. auch *Richter II*, StV 1985, 382, 387; *Sandermann*, Waffengleichheit im Strafprozess (1975), S. 142. Zur Denknichtigkeit des Informationsvorsprungs insbesondere mit Bezug zu Art. 6 III lit. a EMRK einschränkend *Gaede* (Fn. 4), S. 594 ff., 660 f., der u.a. den Einsatz eines *special counsel* bei (zunächst) geheimen Ermittlungsmaßnahmen erwägt.

<sup>20</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614, 616.

<sup>21</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614, 615.

<sup>22</sup> A.A. *Kassing*, JuS 2004, 675, 678; *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 674; *Rogall*, NStZ 1988, 385, 391.

<sup>23</sup> So *Jahn/Dallmeyer*, NStZ 2005, 297, 304.

<sup>24</sup> *Beulke*, ZStW 103 (1991), 657, 663; *Rogall*, NStZ 1988, 383, 386.

Diese Sanktion trifft aber nicht denjenigen, der das Recht verletzt hat, sondern letztlich die Allgemeinheit, indem der Strafanspruch gegen einen überführten Straftäter nicht durchgesetzt werden kann. Darüber hinaus kann der Disziplinierungsgedanke nicht fruchtbar gemacht werden, wenn ein Strafverfolgungsbeamter irrtümlich, etwa leicht fahrlässig, zu Unrecht Gefahr im Verzug angenommen hat.<sup>25</sup>

Diese Erwägungen stehen auch nicht im Gegensatz zu den Feststellungen des 5. Senats des BGH. Denn dieser stellt in seiner Entscheidung lediglich klar, dass der Gesichtspunkt eines hypothetischen Ermittlungsverlaufs jedenfalls bei „solcher“<sup>26</sup> Verkenning des Richtervorbehalts keine Bedeutung zukommen“ kann. Gemeint ist die eingangs erwähnte *bewusste Missachtung* oder *grobe Verkenning* des Richtervorbehalts. Diese These verdient – wie bereits dargelegt – volle Zustimmung.

Ungeklärt ist allerdings noch die Frage, unter welchen Umständen, eine grob rechtsfehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug und damit ein willkürlicher Verstoß gegen den Richtervorbehalt anzunehmen ist. Ein solcher Verstoß liegt jedenfalls immer dann vor, wenn den handelnden nichtrichterlichen Strafverfolgungsorganen keine entsprechende Ausnahmekompetenz zusteht. So sind etwa Ermittlungspersonen i.S.d. § 152 Abs. 2 GVG auch bei Gefahr im Verzug nicht befugt, eine Telefonüberwachung gem. §§ 100a, 100b StPO oder eine Rasterfahndung gem. §§ 98a, 98b StPO anzuordnen. Die Anordnung dieser schwerwiegenden Grundrechtseingriffe darf nach der Wertung des Gesetzgebers auch bei Gefahr im Verzug schlechterdings nicht von Ermittlungspersonen vorgenommen werden.<sup>27</sup>

Darüber hinaus ist eine grobe Verkenning des Richtervorbehalts regelmäßig anzunehmen, wenn Anhaltspunkte vorliegen, die zum Ausdruck bringen, dass die Strafverfolgungsbehörden, die Einhaltung des vorbeugenden Rechtsschutzes durch den Richtervorbehalt nicht einmal erwogen haben. Dies dürfte in der Regel dann vorliegen, wenn die Anordnung des strafprozessualen Grundrechtseingriffs erfolgt ist, ohne dass zuvor der Versuch unternommen wurde, eine richterliche Anordnung zu erlangen. So liegt eine grob fehlerhafte Annahme von Gefahr im Verzug grundsätzlich vor, wenn die Maßnahme durch ein nichtrichterliches Strafverfolgungsorgan zu einem Zeitpunkt angeordnet wurde, zu dem es nicht von vornherein aussichtslos war, eine richterliche Anordnung zu erreichen. Die Annahme von Gefahr im Verzug dürfte

<sup>25</sup> Darüber hinaus ist den Bedenken *Kassings* (JuS 2004, 675, 677), der annimmt, dass dem materiellen Strafrecht hypothetische Ersatzverläufe fremd seien und daher auch im Strafprozessrecht keine Geltung entfalten dürften, folgendes entgegenzuhalten: Zum einen müssen nicht alle Grundsätze, die im materiellen Strafrecht gelten auch für das Strafprozessrecht fruchtbar gemacht werden. Und zum anderen fragt etwa der Rechtswidrigkeitszusammenhang beim Fahrlässigkeitsdelikt nach dem rechtmäßigen Alternativverhalten und berücksichtigt damit sehr wohl hypothetische Kausalverläufe.

<sup>26</sup> Hervorhebung durch die Verfasserin.

<sup>27</sup> Vgl. dazu *Brüning* (Fn. 14), S. 170.

sich daher regelmäßig als willkürlich erweisen, wenn der betreffende Gerichtsbezirk zum Anordnungszeitpunkt über einen Bereitschaftsdienst verfügte. Ein wesentlicher Gesichtspunkt für die Annahme eines groben Verstoßes gegen den Richtervorbehalt ist dabei auch die mangelnde Dokumentation der Gründe für die Inanspruchnahme von Gefahr im Verzug.

Schließlich ist eine willkürliche Annahme von Gefahr im Verzug grundsätzlich anzunehmen, wenn die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane in rechtsmissbräuchlicher Weise untätig geblieben sind, bis die Voraussetzungen von Gefahr im Verzug tatsächlich vorlagen. Anhaltspunkte für ein solches rechtsmissbräuchliches Unterlassen liegen dann vor, wenn aufgrund eines bestehenden Tatverdachts bereits andere strafprozessuale Grundrechtseingriffe angeordnet wurden und sich die nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden trotz neuerer Erkenntnisse nicht veranlasst sahen, die später – unter Annahme von Gefahr im Verzug – angeordnete Maßnahme umgehend beim Ermittlungsrichter zu beantragen.

Abschließend ist die Frage der Beweislast der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbotes aufzuwerfen. Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Staatsanwaltschaft dem Ermittlungsrichter die Fakten vortragen muss, die die Anordnung eines strafprozessualen Grundrechtseingriffs rechtfertigen, trägt sie die Beweislast für das Vorliegen der materiell-rechtlichen Voraussetzungen dieses strafprozessualen Grundrechtseingriffs.<sup>28</sup> Trägt man darüber hinaus dem Umstand Rechnung, dass die nichtrichterlichen Strafverfolgungsbehörden bei der Annahme von Gefahr im Verzug selbst über die Voraussetzungen ihrer Zuständigkeit entscheiden, so müssen sie auch die Beweislast für das Vorliegen von Gefahr im Verzug tragen. Diesen Weg weist bereits das Urteil des BVerfG, indem es den Strafverfolgungsbehörden auferlegte, die Umstände, die Gefahr im Verzug begründen für die nachträgliche Kontrolle zu dokumentieren.<sup>29</sup> Können die Strafverfolgungsbehörden bereits das Vorliegen von Gefahr im Verzug nicht nachweisen, so stellt sich im Hinblick auf die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes die Frage, ob sie in grober Verkennung des Richtervorbehalts gehandelt haben. Erkennt man den allgemeinen Grundsatz an, dass die Unerweislichkeit einer Tatsache zu Lasten desjenigen geht, der aus dieser Tatsache eine für ihn günstige Rechtsfolge beansprucht, so ergibt sich folgende rechtliche Wertung: Die Beweisverwertung ist eine für die Strafverfolgungsbehörden günstige Rechtsfolge, so dass sie die Beweislast für die Umstände trägt, die eine Verwertung ermöglichen. Das bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden im Falle einer Missachtung des Richtervorbehalts nachweisen müssen, nicht in grober Verkennung der Rechtslage gehandelt zu haben.

Abschließend ist also festzuhalten, dass eine Beweisverwertung bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt nur dann erfolgen kann, wenn zweifelsfrei feststeht, dass

<sup>28</sup> *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614, 616.

<sup>29</sup> BVerfGE 103, 142, 160; vgl. auch *Amelung/Mittag*, NStZ 2005, 614, 616 mit Fn. 24.

die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des angeordneten Grundrechtseingriffs vorlagen und dass die nichtrichterlichen Strafverfolgungsorgane nicht in grober Verkennung der Rechtslage gehandelt haben.<sup>30</sup>

### 3. Zur Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und zur Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens

Im Übrigen ist es außerordentlich zu begrüßen, dass der BGH ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass das Postulat der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege nicht einseitig zugunsten der Wahrheitsermittlung ins Feld geführt werden kann. Denn es darf nicht ignoriert werden, dass es keine funktionstüchtige und effektive Strafrechtspflege an sich gibt. Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass eine effektive Strafrechtspflege nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht nur eine zügige Strafverfolgung verlangt, sondern darüber hinaus die Beachtung weiterer rechtsstaatlicher Gebote voraussetzt.<sup>31</sup> Dazu zählen insbesondere die Anforderungen an den Grundrechtsschutz und das Gebot eines fairen Verfahrens. Nur eine Rechtspflege, die sich an diesen Grundsätzen orientiert, darf für sich in Anspruch nehmen, funktionstüchtig zu sein.

Beifall verdient außerdem, dass der BGH ausdrücklich die „autarken“ Ermittlungen der Polizei gerügt hat. Allerdings darf bezweifelt werden, ob allein durch einen solchen „Tadel“ von höchster Stelle den Verpolizeilichungstendenzen im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren in Zukunft Einhaltung geboten werden kann.

### V. Beweisverwertungsverbote bei anderen strafprozessualen Grundrechtseingriffen

Abschließend stellt sich die Frage, ob die bewusste Missachtung oder grobe Verkennung des Richtervorbehalts bei anderen strafprozessualen Grundrechtseingriffen, die nicht den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 2 GG betreffen, ebenso ein Beweisverwertungsverbot nach sich zieht. Die Autoren, die ein Beweisverwertungsverbot insbesondere auf den grundrechtlich verbürgten Richtervorbehalt in Art. 13 GG stützen, müssten dies verneinen. Diese Sichtweise greift indes zu kurz. Der Richtervorbehalt entfaltet insbesondere dann seine gesetzeswahrende Funktion, wenn besonders schwere Grundrechtseingriffe in Rede stehen. Die StPO kennt allerdings weit schwerwiegrendere Grundrechtseingriffe, als die offen durchgeführte Hausdurchsuchung, etwa die heimliche Telefonüberwachung oder die DNA-Identitätsfeststellung.

Es ist also die Frage aufzuwerfen, aus welchem Grund der Gesetzgeber ausschließlich in Art. 13 GG verfassungsrechtliche Richtervorbehalte normiert hat, dagegen

<sup>30</sup> Das Urteil läßt darüber hinaus zu einer Auseinandersetzung mit der in ständiger Rechtsprechung des BGH vertretenen sog. Widerspruchslösung ein. Die nicht unberechtigte Kritik am Widerspruchserfordernis soll jedoch an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden.

<sup>31</sup> Vgl. dazu ausführlich *Hassemer*, StV 1982, 275, 278 f.



keine Richtervorbehalte für schwerwiegende körperliche Eingriffe in Art. 2 Abs. 2 GG oder für Telefonüberwachungen in Art. 10 Abs. 2 GG zu finden sind. Den Verfassern des Grundgesetzes war aufgrund der historischen Erfahrung der Missbrauch von Wohnungsdurchsuchungen bekannt.<sup>32</sup> Dagegen haben körperliche Untersuchungen i.S.d. Art. 2 Abs. 2 GG, wie z.B. die Blutentnahme gem. §§ 81a, 81c StPO, erst später an Bedeutung gewonnen. Dies gilt insbesondere auch für die DNA-Identitätsfeststellung, die erst aufgrund des medizinischen Fortschritts Eingang in die StPO gefunden hat. Auch der im Hinblick auf Art. 10 Abs. 2 GG relevante Einsatz technischer Überwachungsmaßnahmen und der daraus resultierende Missbrauch war den Mitgliedern des Parlamentarischen Rates im Jahr 1949 noch nicht bekannt. Diese Überlegungen verdeutlichen, dass strafprozessuale Grundrechtseingriffe in Art. 13 GG – nach heutiger Erkenntnis – nicht schwerwiegender bzw. schützenswerter sind als strafprozessuale Maßnahmen, die andere Grundrechte tangieren. Aus der Tatsache, dass andere Grundrechte keinen verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt vorsehen, kann also kein Rückschluss für die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes geschlossen werden. Diese Argumentation steht auch im Einklang mit einem Beschluss des BVerfG zum nachträglichen

<sup>32</sup> Amelung, NStZ 2001, 337, 342; vgl. auch J.-D. Kühne, Reichsverfassung der Paulskirche, 2. Aufl. (1998), S. 335 ff.

Rechtsschutz.<sup>33</sup> In dieser Entscheidung hat das Gericht im Hinblick auf den effektiven Rechtsschutz ausdrücklich *nicht* zwischen Maßnahmen mit verfassungsrechtlichem und solchen mit nur einfach-gesetzlichem Richtervorbehalt unterschieden. Das bedeutet, dass die bewusste Missachtung oder grobe Verkennung des Richtervorbehalts auch die Annahme von Beweisverwertungsverböten rechtfertigt, wenn die Beweismittel durch andere strafprozessuale Grundrechtseingriffe als durch eine Hausdurchsuchung gewonnen wurden.

## VI. Fazit

Insgesamt stellt das hier besprochene Urteil des BGH einen weiteren Beitrag zur Effektuierung des Richtervorbehalts dar. Das Urteil macht deutlich, dass ein Staat, der seine Beweismittel in bewusster Missachtung oder grober Verkennung seiner formellen rechtsstaatlich gebotenen Eingriffsvoraussetzungen gewinnt, die Berechtigung verliert, seinen Strafanspruch auf diese formell rechtswidrigen Beweismittel zu stützen, und zwar auch dann, wenn dieser Beweisgewinnung materiell rechtmäßige Erwägungen zugrunde lagen.

\*\*\*

<sup>33</sup> BVerfG, 2 BvR 273/06, Beschluss vom 12.02.2007, HRRS 2007 Nr. 200.

## Die Objektivität des Rechts und ihre subjektive Verarbeitung

– Eine Erwiderung auf Günther Jakobs –

Von Dr. Benno Zabel, Universität Leipzig.

*Günther Jakobs hat in der Rezension meiner Arbeit (vgl. HRRS 5/2007, S. 232 ff.) nochmals und mit Vehemenz den funktionalen Standpunkt strafrechtlicher Schuldzurechnung verteidigt. Das war nicht anders zu erwarten. Gleichwohl scheint mir die Perspektive, mittels derer die rechtsphilosophischen und dogmatischen Begründungsstrategien beurteilt werden, nicht immer den Kern der hier verhandelten Positionen zu treffen. Im folgenden sollen die wichtigsten (Gegen-)Argumente aufgenommen und – wenn auch nur thesenartig – einer Kritik unterzogen werden.*

I. Anliegen meiner Untersuchung war es, die *Implikationen* moderner und insofern immer auch problematischer Praxis- und Verantwortungsformen herauszuarbeiten und deren schuldtypologische (strafgesetzliche) Einordnung deutlich zu machen (S. 26 ff.). Zugleich ging es darum, heute unhinterfragte oder für selbstverständlich gehaltene Begründungsformen der herrschenden Dogmatik zu thematisieren. Grundlage dieser Analyse waren hegelische Thesen zum Personen-, Zurechnungs- und Praxis-

begriff. Selbstverständlich ist insofern, daß es – gerade bei philosophischen Positionen – unterschiedliche Sichtweisen und Interpretationsstrategien gibt und geben kann. Darauf ist nicht weiter zu insistieren. Entscheidend ist vielmehr, ob letztere mit einem Erklärungspotential ausgestattet sind, daß auch in anderen Kontexten und Epochen gewinnbringend eingesetzt werden kann.

Das habe ich für Hegel versucht, indem ich dessen *Philosophie des Geistes* zum einen als praxisbezogene Sozial- und Rechtstheorie zum anderen als reflektierte Schuld- und Tatbegriffsanalyse gelesen habe (S. 32 ff.). Als praxisbezogene Sozial- und Rechtstheorie bestimmt sie für mich den Kern, man kann auch sagen, das *geistig-personale* Fundament, was jeder dogmatischen Rede über Zurechnung immer schon zugrunde liegt. Als reflektierte, d.h. systematische Schuld- und Tatbegriffsanalyse formuliert sie *methodische* und sprachliche Anforderungen an jegliche wissenschaftliche Darstellung und Transformation, soweit sie als praxisangemessen ernst genommen werden will. So entstand dann auch der Titel der Arbeit: „Schuldtypisierung als Begriffsanalyse“.

Im zweiten Teil der Grundlegung werden die – jedenfalls meiner Überzeugung nach – tragfähigen Einsichten Hegels auf die gegenwärtigen Strukturen einer hoch komplexen Zivilgesellschaft übertragen (S. 138 ff.). Zur Geltung gebracht wird insofern, daß es auch heute, im Rahmen neuer oder anderer Entwicklungen, man denke nur an Fragen der Zuwanderung, der Terrorbekämpfung oder

der Europäisierung, um die *Konkretisierung* der jeweiligen Rationalitätsstandards einer postmodernen Gesellschaft und – dementsprechend – um den Nachweis der normativen Bedeutungen gemeinschaftlichen Handelns und Urteilens geht. Freilich – so wird ausdrücklich betont – ist dieses Geben und Nehmen von Gründen, diese kommunikative Freiheit (Günther), an die veränderlichen Formen der Ausgestaltung praktischer Handlungsorientierungen, wie Konventionen und Gesetze, gebunden (S. 161 ff.). Schließlich – und auch das kann als Einsicht Hegels verbucht werden – muß als Angelegenheit des Subjekts „seine Vernunft dem Menschen im Recht entgegenkommen“ (Iltling, Vorlesung zur Rechtsphilosophie 1818-1831, Bd. 3, S. 96).

Jakobs hingegen moniert die Fehl- oder Unterbestimmung des Personenverständnisses und dessen Situierung im öffentlichen Raum des Staates. So sei ersteres in seiner normativen Bedeutung nicht ausreichend erfaßt, was – wie er behauptet – am immer wieder durchbrechenden Subjektivismus des Autors und der damit einhergehenden Unterschätzung vorfindlich institutioneller Strukturen liege (HRRS 5/2007, S. 233 f.). Das ist ein bekanntes Argument funktionaler Betrachtungsweise. Nur wird es durch ständiges Wiederholen nicht plausibler. Der Status des Personalen wird in der vorliegenden Arbeit *freiheits-theoretisch*, und d.h. als Bezugsnetz sinnstiftender Verständigung entwickelt. Ein System der Verständigung, das nicht nur rechtliche Handlungs- und juristische Urteilsformen reflektiert, sondern auch und zugleich Ausdruck einer weltgestaltenden Selbstfestlegung des Einzelnen als Individuum, Subjekt und Person ist (S. 148 ff. – Jakobs geht hierauf nicht ein). Dogmatisch gewendet: Schuldfähigkeit setzt eine institutionell abgesicherte Selbstbestimmungsfähigkeit voraus (Frister).

Basis dieser Konzeption ist eine vernunftgegründete Binnenperspektive, die selbst wieder auf eine transzendente Beobachterperspektive verweist. Das kann man auch als *Erweiterung* des Subjekts zur Intersubjektivität bezeichnen. Es geht insofern immer – es wurde bereits erwähnt – um die Beurteilung von diskursiv verfaßten Gründen und Motiven. Anerkannte Geltungsbedingungen personalen Handelns und Urteilens, in der Dogmatik als „Maßstabsperson“ oder „verständiger Dritter“ konkretisiert, können sich deshalb – entgegen Jakobs – *nie* nur auf Deutung beziehen. Deren materialen Gehalte manifestieren sich gerade in der gelebten Praxis der Individuen untereinander; weshalb das erkenntnisleitende Kriterium rechtlicher Personen- und Zurechnungskonstruktion auch *nicht* zwischen normativen und psychischen Sachverhalten differenziert, sondern zwischen der Freiheitsbestimmung des Einzelnen und dem etablierten Selbstverständnis der Gesellschaft. Kurz: Rechtliche Selbstbestimmung ist reflexiv integrierte Objektivität (S. 161 ff.).

Aus den eben genannten Gründen verfängt auch Jakobs' Argument von der nur beschränkten Tragfähigkeit des vorgestellten Rechts- und Praxisbegriffs nicht (HRRS 5/2007, S. 234). Zutreffend ist, daß die wissenschaftlich notwendige Reduktion von Komplexität nicht in einer Destabilisierung des Normativen gesucht wurde. Viel-

mehr wurde das gesellschaftliche Selbstverständnis in der Spannung von *realisierten* Strukturen gemeinschaftlichen Handelns und Urteilens und entsprechend formulierten *Zielvorstellungen* verortet; erinnert sei nur an die auch rechtspraktisch virulente Frage nach dem Verhältnis von dogmatisch-juristischer Formalisierung und materieller Gerechtigkeit (S. 174 ff.). Nur so kann schließlich eine Utopisierung von Gesellschaftsentwürfen verhindert, zugleich aber das notwendige Differenzierungs- und Korrekturpotential eines Staatswesens mobilisiert werden. Einordnen lassen sich insoweit auch *zeitbedingte* Realentwicklungen von Institutionen und Administrationen in Staat und Gesellschaft, wie problematisches Verwaltungshandeln, dementsprechende Gesetzesfassungen und dezisionistische Interessensbehauptungen (Naucke). Denn sie verweisen auf das *Offene* rechtlicher und politischer Entscheidungen, auf eine immer wieder erfahrbare Irrtumsanfälligkeit und insofern *post-hoc* Bezogenheit rechtlich-praktischer Regelungsformen. Entgegen Jakobs kommt es also nicht auf eine vernunftentkernte Normativität als praxisgelöstes Sollensschema an, sondern auf einen Begriff personaler Zuordnungsbeziehungen (Kahlo), der die daraus folgenden Gegenläufigkeiten, man denke nur an die Antiterrorgesetzgebung, als der endlich-praktischen Vernunft und folglich als dem insoweit nie homogenen Recht *immanent* vorstellen kann (S. 463 ff.).

II. Der zweite Argumentationsstrang der Arbeit beschäftigt sich mit dem damit korrespondierenden, begriffsanalytisch-methodischen Problem der herrschenden Schuld dogmatik (S. 242 ff.). Gezeigt werden sollte hier, daß die funktionale Zurechnungskonzeption am Ende einer problematischen Entwicklung steht, an deren Beginn es zunächst um eine Neujustierung des Unrecht-Schuld-Verständnisses (Merkel, Thon, Binding, Mezger) und – unmittelbar darauf bezogen – um die schuldangemessene Implementierung des zeitgenössischen Normbegriffs ging (Frank, Goldschmidt, Freudenthal, Dohna). Heute trägt sie den Titel des Normativen wie ein Schibboleth vor sich her, wo er vor allem als Kampfbegriff gegen einen „mit dem Finalismus im Gleichschritt marschierenden psychologisierenden Vernunftliberalismus“ (Lesch) erhalten muß. Und deshalb verwundert es auch nicht, wenn Jakobs in diesem Zusammenhang wieder die Unschärfen des verwendeten Personen- und Täterbegriffs moniert (HRRS 5/2007, S. 233). Aber auch das kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß mit dem heute so benannten „normativen Schuldbegriff“ gerade die Auflösung der doch vor allem *praktisch* zu verstehenden Norm-Personen-Relation erreicht ist; was schließlich – wie bei Roxin – die *Assimilierung* aller möglichen Zwecke in das Zurechnungssystem oder eben – und wie bei Jakobs – die *Konstruktion* freiheitsgesetzlichen Handelns als legal vermittelte Selbstreferenz bedeutet.

Wie weit sich die herrschende Dogmatik inzwischen von einer normangemessenen Begrifflichkeit entfernt hat, läßt sich gerade an der Dogmatik zu § 17 StGB ersehen: So glaubt man nach wie vor, daß die Lösung dieser Konfliktsituation in einer *schematischen* Gegenüberstellung des (vermeidbaren) Täterunwissens mit der jeweils in Rede stehenden Strafnorm zu suchen ist (Je-

scheck/Weigend). Nur verkennt eine solche Sichtweise nicht nur, daß es *das Objektive* genauso wenig gibt, wie *das Subjektive*, jedenfalls nicht als Ausdruck intersubjektiv abgesicherten Richtigkeits- und Rechtswissens, sie geht vor allem an der Praxis moderner Regelungsformen vorbei (Naucke). Denn mit diesem Zuschreibungsparadigma muß auch das Risiko intransparenter oder anders problematischer Rechts(durch)setzung grundsätzlich zu Lasten des Einzelnen gehen, wie sich unschwer an der Rechtsprechung zum Nebenstrafrecht erkennen läßt. Das aber widerspricht – woran auch die Positivität des Rechts nichts ändert – dem Prinzip gerechter Zurechnung (S. 263, 518).

Und deshalb geht es auch nicht – wie Jakobs zu glauben scheint – um ein Perhorreszieren der Zuschreibungsdimension (HRRS 5/2007, S. 234), das wäre dogmatisch und gesetzestypologisch gar nicht begründbar, sondern um deren verbrechenssystematisch angemessene Einordnung; d.h. um die Offenlegung des Rationalitätsgehalts juristischer Handlungsorientierungen (Normen, Gesetze) und die dementsprechende Transformation individueller Verarbeitungsstrategien (Verletzungshandlungen) als schuldgenerierender Sinnzusammenhang. Mit anderen Worten: Die Rede und Anwendung herkömmlicher Schuld(ausschluß)formen muß immer den Zurechnungsaspekt der personalen Selbstfestlegung *und* den Zuschreibungsaspekt der gesetzlichen Verantwortungsbeschreibung *und* das insoweit mögliche Spannungsverhältnis umfassen (S. 187 ff., 399 ff.).

Das ist im letzten Teil der Arbeit versucht worden. Die These reformuliert das zuvor Entwickelte, indem sie betont: „Schuldhaftes Handeln ist eine die gemeinschaftlich erarbeitete und individuell erlebte Freiheit verfehlende Weltinterpretation.“ (S. 402). Jakobs kann hier wieder nur den schon mehrmals angeprangerten Subjektivismus des Autors erkennen, der sich dann auch mehr oder weniger in der Bestimmung der einzelnen Schuldformen und Schuldtypen widerspiegelt (HRRS 5/2007, S. 233 f.). Aber das Monitum will mir auch hier – im Kontext der Typisierung personal-praktischer Freiheitsverwirklichung – nicht recht einleuchten. Zur Geltung gebracht wird doch zunächst nur der auch von Jakobs nicht bestrittene Perspektivendualismus von objektiver Darstellung und subjektiver Teilnahme; und mit der Hervorhebung des (verfehlten) Er- und Verarbeitens konfliktgefährdeter Freiheitsspielräume wird darüber hinaus auch auf den institutionellen Charakter dieser Weltformung und -aneignung rekurriert. Denn soviel ist klar, die Genese und Behauptung allgemeiner Verhaltensstandards erfolgt selbstverständlich nicht im luftleeren Raum, sondern – an anderer Stelle ist das begründet worden (S. 170 ff. – auch darauf geht Jakobs nicht ein) – im Rahmen vorfindlich-staatlicher Strukturen. Aber was ist daran subjektivistisch, wenn man diese Strukturen und deren strafrechtliche Bedeutung auf die praktische und reflexive Verständigung der Akteure bezieht und sie somit zur Grundlage des Schuldvorwurfes macht?

Zuzugeben ist Jakobs, daß das begriffliche Fundament sowohl der Vorsatz- als auch der Fahrlässigkeitsschuld

deutlicher hätte herausgearbeitet werden können, vielleicht sogar müssen. Freilich ist nicht zu sehen, warum die vorgenannte Konzeption deshalb zu einer „Entgrenzung“ der Personalität führen soll (HRRS 5/2007, S. 234). Die Fahrlässigkeit als Schuldform – darauf bezieht sich Jakobs *expressis verbis* – bestimmt sich als Verge-wisserungsdefizit (Verhaltensunrecht) trotz Tatmacht. Es geht also um eine *einsozialisierte*, aber im konkreten Fall nicht abgerufene Kompetenz zur Konfliktvermeidung oder -lösung. Angesprochen ist damit immer schon das rechtlich geforderte Freiheitsverwirklichungsniveau, im Sinne einer „Maßstabsperson“; das – kontextabhängig – zu einem Schuldvorwurf führen kann (S. 407 f.). Weshalb es bei der fahrlässigen Verletzung von Rechtsverhältnissen vor allem auf die Verarbeitung der originären *Situationstypik* ankommt (Detailfragen sind vorliegend nicht zu verhandeln). Die von Jakobs hier vermutete Überforderung des Einzelnen ließe sich nur insoweit konstruieren, als man – und hier bricht nun seine Sollensfixierung durch – die Person allein zum Befehlsempfänger irgendwelcher Erwartungen degradierte; was dann in der Tat zu Zurechnungsproblemen im Rahmen anonymer Gesellschaftskontakte führen muß.

Die dogmatischen Schuld(ausschluß)formen sind insoweit Resultat eines systematischen Verantwortungsabschichtungsprogramms. Ob bei § 20 StGB die fehlende Schuldfähigkeit, bei § 17 StGB das (vermeidbare) Täterunwissen, bei § 33 StGB die affektgeleitete (Über-) Reaktion oder wie bei § 35 StGB die (Un-)Zumutbarkeit normgemäßen Verhaltens, immer geht es darum, den *konfliktspezifischen* Reflexions- und Erlebnishorizont des Handelnden zu ermitteln (S. 409 ff.). Dabei ist der Rückgriff auf formalisierte Strukturen ebenso notwendig wie unerlässlich, hinreichend aber nur dann, wenn damit bewußt gehalten wird, daß die Schuldzurechnungsmerkmale ihren materialen Gehalt *nicht* aus sich selbst schöpfen, sondern aus den insofern zugrunde liegenden Rechtsüberzeugungen einer Gesellschaft. Weshalb es, wie zum Beispiel bei § 17 StGB, darauf ankommt, das Unrechtsbewußtsein als rechtspraktisches *Interaktionsrelatum* zu begreifen und die Vermeidbarkeitsbestimmung als Resultat *selbstverantworteter Praxisorientierung* zu verstehen (S. 424 ff.).

Im Grunde – und da ist Jakobs ohne Einschränkung zuzustimmen – ist die Auseinandersetzung um die angemessenen Kriterien strafrechtsdogmatischer Vorwurfsbestimmung immer eine Frage nach Grund und Grenzen des wissenschaftlichen Selbstverständnisses, wie man, im Hinblick auf das Strafrecht, sehr gut an den europäischen Rechtsangleichungsstrategien beobachten kann. Jakobs neigt insoweit zu einer Abschichtung von rechtsphilosophischen, rechtswissenschaftlichen und rechtlichen Argumenten (HRRS 5/2007, S. 234). Diese künstliche Aufspaltung des theoretischen Zugangs ist konsequent, weil er nur so den Hiatus zwischen „funktionalem Umriß“ und geltendem Recht (Lehrbuch, S. 6), zwischen der *formalen* Beschreibung individueller Verhaltensmuster und der *Materialität* rationalisierter Urteile überspielen kann. Aber auch Jakobs muß zeigen, wie er zu einer *konsistenten* Offenlegung der zurechnungsrelevanten Kriterien

kommt. Ob das dadurch möglich ist, daß man allein der Rechtsphilosophie das „Sinnerschließungspotential“ zuweist und die Dogmatik zur Wertneutralität verdammt, scheint mehr als zweifelhaft. Denn gerade das Strafrecht muß als *Praxiswissenschaft* selbst die Bedingungen formulieren, mittels derer „Freiheit wirklich wird“ (Hegel); erst dann, so scheint mir, ist es auch überzeugend, von einem „Beitrag zur Erhaltung der normativen Gestalt der Gesellschaft“ zu sprechen (HRRS 5/2007, S. 234).

III. Auch wenn mit der vorliegenden Kritik die konzepti-

onellen Differenzen klar markiert sind, so bleibt doch eine wesentliche und hier nicht zu dementierende Gemeinsamkeit: nämlich das Ringen um eine begriffliche Klarstellung häufig selbstverständlicher und in der strafrechtlichen (Schuld-)Dogmatik unhinterfragter Argumentations- und Begründungsformen. Denn letztlich – das ist unbestrittenen – geht es auch für das Strafrecht um die Entwicklung „eines Selbstbewußtseins als *Rechtswissenschaft*“ (Jakobs, in: Eser, *Strafrechtswissenschaft*, S. 56). Was das im einzelnen bedeutet, darüber gilt es weiter zu diskutieren.

## Prozessdokumentation

In dieser Ausgabe erweitern wir die Prozessdokumentation durch die Aufnahme folgender Entscheidungen, die zum Fragenkreis der „Online-Durchsuchung“ von Bedeutung sind:

### 467. BGH 1 BGs 625/95, 2 BJs 94/94 - 6 - 1 BGs 625/95 - Beschluss vom 31. Juli 1995 (-)

„Durchsuchung“ einer Mailbox (heimlicher, elektronischer Zugriff; Einmaligkeit; Anwendbarkeit der Vorschriften über die Telekommunikationsüberwachung; Anwendbarkeit der Durchsuchungsvorschriften; Auffindungsvermutung); Fernmeldegeheimnis; Richter vorbehalt.

Art. 10 GG; Art. 13 GG; § 100a S. 1 Nr. 1 c StPO; § 100a S. 1 Nr. 2 StPO; § 100a S. 2 StPO; § 100b Abs. 1 StPO; § 103 Abs. 1 S. 1 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

1. Der heimliche, elektronische Zugriff auf gespeicherte Mailbox-Daten ist zulässig. Er darf aber nur unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte (Art. 10, 13 GG), der Zweckbestimmung der berührten Strafprozessvorschriften und einer Abgrenzung des Begriffs des Fernmeldeverkehrs im Sinne der §§ 100a, 100b StPO gewonnen werden.

2. Die Vorschriften über die Durchsuchung sind für den heimlichen, elektronischen Zugriff auf eine Mailbox nicht anwendbar, weil es nicht um die Sicherstellung körperlicher Gegenstände oder um ein körperliches Eindringen in Wohnungen oder andere Räume geht.

3. Der Zugriff auf in Mailboxen gespeicherten Daten darf nur jeweils einmal erfolgen.

### 466. BGH 1 BGs 184/2006 - Beschluss vom 25. November 2006 (Ermittlungsrichter des BGH)

(Kein) heimlicher Zugriff auf ein Computersystem zum Zwecke der Strafverfolgung („Online-Durchsuchung“; keine Anwendbarkeit der Durchsuchungsvorschriften; keine Telekommunikationsüberwachung); Analogieverbot im Strafprozessrecht (Gesetzesvorbehalt); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 10 GG; § 102 StPO; § 100a StPO

1. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Durchsuchung (§ 102 StPO) kommt für den heimlichen Zugriff auf einen Computer zum Zwecke der Strafverfolgung nicht in Betracht.

2. Der heimliche Zugriff auf ein Computersystem stellt keine Telekommunikationsüberwachung i.S.d. § 100a StPO dar.

3. Zwar ist technischen Neuerungen durch entsprechende Anpassung der Auslegung auch von strafprozessualen Eingriffsnormen Rechnung zu tragen, ihre Grenze findet die Auslegung aber dann, wenn nur durch eine Analogie ein weitreichender und schwerwiegender Eingriff gerechtfertigt werden könnte.

### 468. BGH 3 BGs 31/06, 3 BJs 32/05 - 4 - (12) - 3 BGs 31/06 - Beschluss vom 21. Februar 2006 (-)

Zulässigkeit der verdeckte Durchsuchung eines Computersystems („Online-Durchsuchung“; Spionageprogramm); Begriff der Durchsuchung (elektronisch gespeicherte Daten; keine notwendige Offenheit); informationelle Selbstbestimmung; kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis und das Wohnungsgrundrecht; Verhältnismäßigkeit; Rechtsschutz; Verjährungsunterbrechung; redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 13 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

1. Die „Durchsuchung“ im Sinne der §§ 102ff. StPO umfasst auch das Suchen nach elektronisch gespeicherten Daten. Nicht die Art des Mediums, sondern sein Inhalt, namentlich die Eignung der dargestellten Daten (im weitesten Sinne) als Beweismittel für ein bestimmtes Ermittlungsverfahren ist das entscheidende Kriterium für die Beantwortung der Frage, ob das Suchen eines staatlichen Organs in einer Wohnung, einem anderen Raum oder einer Sache als Durchsuchung i.S.d. §§ 102 ff StPO zu qualifizieren ist.

2. Dass Ermittlungsbeamte körperlich am Durchsuchungsort anwesend sind, ist nicht notwendiger Inhalt des Begriffes der Durchsuchung.

3. Die Durchsuchung ist keine Maßnahme, die nach ihrer Rechtsnatur, nach ihrer Zweckbestimmung oder wegen der Intensität des Eingriffs in Grundrechtspositionen des Betroffenen stets und ausnahmslos offen durchgeführt werden müsste.

4. Im Hinblick auf den technischen Fortschritt in modernen Informationsgesellschaften dürfen keine überhöhten Anforderungen an die Bestimmtheit von strafprozessualen Befugnisnormen gestellt werden. Gesetzliche Formulierungen sind grundsätzlich offen für die Einbeziehung kriminaltechnischer Neuerungen, die der historische Gesetzgeber in ihren Möglichkeiten noch nicht abschätzen konnte. Entsprechend auslegungsfähig sind auch die §§ 102ff. StPO gestaltet.

5. Weder den materiellen noch den formellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Durchsuchungsanordnung (§§ 102, 103, 104, 105 Abs. 1 StPO) sind Einschränkungen dahingehend zu entnehmen, dass diese Maßnahme stets nur offen möglich sein soll.

6. Die verdeckte, elektronische Durchsuchung eines Computers greift nicht in das Grundrecht aus Art. 13 GG ein. Sie tangiert auch nicht das Fernmeldegeheimnis, denn es werden ausschließlich Daten gesichert, die im Herrschaftsbereich des Betroffenen gespeichert sind.

7. Zwar ist auf Grund der den §§ 102 ff. StPO zu Grunde liegenden Schutzgedanken nur einen einmaligen Eingriff in die Sphäre des Betroffenen erlaubt. Die verdeckte Online-Durchsuchung ist aber erst beendet, wenn der komplette, auf dem PC des Beschuldigten vorhandene Datenbestand gesichert ist. Dazu können auch aus zwingenden technischen Gründen mehrere Teil-Abrufvorgänge erfolgen.

## Schrifttum

*Jan Bockemühl* (Hrsg.): **Handbuch des Fachanwalts Strafrecht**, 3. Aufl., 1473 Seiten, 122,- €; ISBN 3-472-06170-17, Luchterhand – Wolters Kluwer München 2006.

Monographische Publikationen zur Strafverteidigung nehmen in den letzten Jahren zu. Die zunehmende Spezialisierung vieler strafverteidigender Rechtsanwälte geht mehr und mehr mit spezieller Ausbildungs- und Arbeitsliteratur einher, so dass die von so manchem Justizpraktiker argwöhnisch beobachtete Verbesserung der Handlungsfähigkeiten vieler Strafverteidiger ebenfalls zunehmen dürfte. Das von *Bockemühl* herausgegebene Fachanwaltshandbuch hat sich insoweit seine Verdienste längst erworben. Das Buch, das von einer ganzen Reihe namhafter Autoren verfasst wird, die fast durchweg praktisch tätig sind, darf als ein am Markt etabliertes Werk gelten. Die mittlerweile dritte Auflage ist nunmehr anzuzeigen:

Die Grundkonzeption des Werks ist unverändert. Eingangswort wird hilfreich die Stellung des strafverteidigenden Rechtsanwalts beleuchtet, sodann finden die Tätigkeitsfelder der ersten Instanz, der Rechtsmittel und der Strafvollstreckung eingehende Erläuterungen. Anschließend werden besondere Verfahrenstypen der StPO (z.B. das beschleunigte Verfahren) und besondere Anwendungsfelder (z.B. Kapitalstrafverfahren oder Wirtschaftsstrafverfahren) besprochen. Die Vertretung des Verletzten und des Zeugen wird behandelt. In zwei umfangreichen Teilen werden besonders bedeutsame Einzelfragen des Prozessrechts wie das Beweisrecht oder die Absprachenpraxis vertiefend besprochen. Ein Beitrag von *Nedopil* zur forensischen Psychiatrie beschließt den Textteil. Ein wohl aufgestelltes Stichwortverzeichnis ist dem Text nachgestellt, was besonders wichtig ist, da das Handbuch nur in seinen ersten Teilen eine chronologische Reihenfolge

wählt: Die folgenden Teile vertiefen die anfängliche Darstellung der Tätigkeitsfelder, was insbesondere beim Gebrauch als ein eigentliches Hand- und nicht Lehrbuch zu beachten ist. Ein Nachteil ist dies aber mitnichten, denn über das Inhaltsverzeichnis und das Stichwortverzeichnis gelingt eine sichere Suche nach konkreten Themen.

Die Neuauflage bringt im ersten Teil ein neues Kapitel der hinzu gekommenen Autorin *Schwaben*, in dem sie die „Rechtsanwaltsvergütung im Straf- und Bußgeldsachen“ bespricht. Dieses Kapitel unterbreitet fraglos einen guten Überblick über die Honorierung der Verteidigertätigkeit. In Anbetracht des Rechts des Angeklagten auf eine konkrete und wirksame (Pflicht-)Verteidigung gibt es allerdings Anlass zur Klarstellung, wenn *Schwaben* den Kollegen einschränkungslos rät, ihren Verteidigungsaufwand an die bei der Pflichtverteidigung unzureichende Vergütung anzupassen (vgl. Teil A, Kap. 2, Rn. 56; siehe mit anderer Tendenz auch *Bockemühl* Teil B, Kap. 1 Rn. 83). Das Werk wurde im Übrigen aktualisiert und befindet sich nun auf dem Stand Ende August 2005. Zum Beispiel betont insoweit *Köllner* die zwischenzeitlich weiter gestiegene Bedeutung der EMRK, die er praktisch den Justizgrundrechten des Grundgesetzes gleichgestellt sieht (vgl. Teil A, Kap. 1, Rn. 41 ff.). *Satzger* stellt die aktuelle Rechtsprechung zur Verständigung auf dem Stand der Entscheidung des Großen Senats dar, wobei er die wichtige Frage einer Bindungswirkung zugunsten des Angeklagten bzw. eines (verfassungs- und konventionsrechtlichen) Vertrauensschutzes eher verteidigungskritisch betrachtet (vgl. Teil H, Kap. 3, Rn. 38 f.; anders hingegen bereits *Köllner*, Teil A, Kap. 1 Rn. 90).

Bei der Arbeit mit dem Werk verfestigt sich der Gesamteindruck, dass hier sehr wertvolle Texte zur Verfügung stehen, wenngleich – kaum vermeidlich – einige Themen

wiederholt aufgegriffen werden (man denke an die Bedeutung der EMRK, an die eigenen Ermittlungen des Verteidigers oder an die Beratung zum Einlassungsverhalten). Die Kapitel verbinden jeweils die rechtliche Expertise mit praktischen Hinweisen („Tipps“) und Vorschlägen zu Schriftsätzen und Anträgen. Etwa die Kapitel von *Detter* zur Revision und zu Rechtsfehlern bei der Strafzumessung sind zweifellos praktisch überaus nutzenbringend. Wenn der Sammelband auch – wie jeder Sammelband – Unterschiede in der Bearbeitung und bei der Aktualisierung aufweist, lässt sich doch insgesamt feststellen, dass jeweils Beiträge vorliegen, die der Konzeption eines Verteidigerhandbuchs gerecht werden und vielschichtige Informationen bieten. Nur selten ist man über den Zuschnitt der Beiträge etwas erstaunt. So sind die aus anderen Publikationen des Autors vertrauten Ausführungen zur Historie der Vernehmung bei *Lesch* sicher Ausweis besonders gehaltvoller Forschung (vgl. Teil G, Kapitel 1, Rn. 6 ff.). Eine Auseinandersetzung mit der für die „Hörfalle“ relevanten jüngeren Verfassungs- und Konventionsrechtsprechung (vgl. aaO. Rn. 37 und BVerfGE 107, 28, 37; EGMR, *M.M. v. Niederlande*, St 2004, 1), hätte aber praktisch hilfreicher sein können, auch wenn *Lesch* diese als ausgewiesener Funktionalist Jakobscher Prägung vielleicht nicht zu teilen vermag (vgl. aaO. Rn. 89 ff.). Dieses im Übrigen vorzügliche Kapitel zeigt freilich damit exemplarisch ebenso auf, dass das Buch nicht der Versuchung unterliegt, immer nur die aus Verteidigersicht weitreichendste Interpretation als richtig auszuweisen. Unter anderem aus diesem Grund sollten auch die Justizpraxis und die Wissenschaft öfter als bisher zu diesem guten Handbuch greifen.

Soweit das Buch besondere Verfahrensarten der StPO oder besondere Verfahrensgegenstände behandelt, bieten die aufgenommenen Kapitel dem Generalisten jeweils gute Einstiege. Falls man aber beispielsweise das noch immer an Bedeutung gewinnende Wirtschaftsstrafrecht schwerpunktmäßig praktisch bearbeiten möchte, wird der Griff zu weiteren Informationsquellen kaum zu vermeiden sein, ohne dass dies einen Vorwurf gegenüber dem Handbuch ausmachen würde. Der hier aufgenommene Beitrag von *Quedenfeld/Richter* stellt etwa umfangreich und gelungen das Insolvenzstrafrecht dar, musste dafür aber angesichts des *notwendig* beschränkten Raumes bei anderen Gebieten des Wirtschaftsstrafrechts (im weiteren Sinne) verständlicherweise Abstriche machen. Sollten Verlag und Herausgeber das Werk weiter verbessern wollen, wäre insoweit aber – schon angesichts des Rekurses auf das jeweilige materielle Recht – kaum zu einem Ausbau dieser Spezialthemen zu raten, denn dies müsste den Rahmen eines einbändigen Werkes sprengen. Es bietet sich daher wohl eher an, ergänzend noch die allgemein zu allen Delikten denkbaren Verteidigungsinstrumente Verfassungsbeschwerde und Individualbeschwerde darzustellen. Spannend wäre es ebenso, wenn sich das Werk auch dem Tabuthema der anwaltlichen Schlechtleistungen im Strafverfahren und ihrer möglichen Behebung zugunsten des Mandanten in einem eigenständigen Kapitel widmen würde (vgl. freilich bereits die Ansätze bei *Köllner*, Teil A, Kap. 1 Rn. 37 ff., 113 ff.). Dieses etwa von *Wächtler* als „heikel“ (vgl. StV

1997, 111) bezeichnete Thema wird soweit ersichtlich in der Verteidigerliteratur nach wie vor kaum behandelt, obschon auch Verteidiger unumwunden bekennen, dass dazu praktischer Anlass bestünde (vgl. *Neuhaus* StV 2002, 43). Die jüngere Rechtsprechung des EGMR und die zunehmende Absprachenpraxis, bei der auch die Verteidiger nicht stets zu überzeugen wissen, dürften dem Thema jedenfalls manche zusätzliche praktische Relevanz verleihen. Wenn der wirksame Verteidigerbestand tatsächlich ein zentrales Menschenrecht sein soll, bleibt zum Beispiel unklar, weshalb ein Urteil Bestand haben darf, das auf einer objektiv unzureichenden Verteidigerleistung beruht. Die betonte Behandlung dieses Themenkreises würde einem Fachanwaltshandbuch, das sich um die Qualität der Strafverteidigung sorgt, gut zu Gesicht stehen.

Das besprochene Handbuch mag vielleicht – im Zuge wachsender Konkurrenz am Markt – für Strafverteidiger nicht so unverzichtbar sein, wie das Vorwort zur ersten Auflage ausführte. Wohl aber lässt sich festhalten, dass auch die dritte Auflage ein ganz hervorragendes praktisch-theoretisches Handwerkszeug für den Fachanwalt für Strafrecht darstellt. Das Handbuch bietet dem strafrechtlichen Generalisten fundierte Informationen und zahlreiche Tipps zur Umsetzung des eigenen Wissens zum Wohl des Mandanten. Da all dies zu einem gut vertretbaren Preis geschieht, weiß das Werk auch in dieser Auflage zu überzeugen.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School (Hamburg)

\*\*\*

*Wolfgang Gast: Juristische Rhetorik*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2006, 473 Seiten, gebunden, EUR 75,00.

Seit das Recht im Zeitalter der Aufklärung in die Hände der Vernunft gelegt wurde, erfuhr Rhetorik bis weit in das 20. Jahrhundert hinein eine gewisse Verachtung, mitunter wurde sie sogar als schmutzig diskriminiert. Rhetorik wurde vor allem mit nicht argumentativen Stilmitteln gleichgesetzt, mit Wortgebrauch ohne inhaltlichen Beitrag zur Sache, mit pompösem Auftreten, hohlem Gerede und manipulierenden Tricks. Seit einigen Jahren genießt die juristische Rhetorik aber wieder mehr Beachtung und Wertschätzung (vgl. *Schreckenberger*, *Rhetorische Semiotik – Analysen von Texten des Grundgesetzes und von rhetorischen Grundstrukturen der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts* [1978]; *Haft*, *Juristische Rhetorik – Ein Lehrbuch* [1. Aufl. 1978, 6. Aufl. 1999]; *Grasnick* GA 1990, 483 ff.: *Wozu Rechtsrhetorik? Versuch einer Aufklärung*; *von Trotha*, in: *Widmaier* [Hrsg.], *Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung*, 2006, § 35: *Rhetorik*). Man hat – sicherlich begünstigt durch die gegenwärtige Epoche der Kommunikation – neu entdeckt, dass Recht und Rhetorik zusammen gehören wie zwei Seiten einer Medaille. Es nützt nichts, objektiv gesehen Recht zu haben. Entschei-

dend ist, dass derjenige, der über die Sache zu befinden hat, die Dinge genauso sieht (oder zumindest argumentativ nichts Vernünftiges entgegenzusetzen vermag). Er ist es, der überzeugt (nicht: überredet) werden muss, und Rhetorik ist, wie *Wolfgang Gast* (Rn. 3) treffend hervorhebt, die dazu erforderliche wie nutzbare Technik – verstanden als Kunst, Einverständnis zwischen Rhetor und Adressaten herzustellen; das ist, nebenbei bemerkt, kein Widerspruch zur Aussage, dass Rhetorik Technik sei, denn das etymologische Wörterbuch bietet für *techne* (griech.) vielerlei Übersetzungen an: Wissenschaft, Handwerk und Kunst.

In einer knappen und gut zu lesenden Einführung stellt *Gast* zunächst Inhalt und Bedeutung der drei rhetorischen Mittel vor: ETHOS, die innere Haltung des Redners, von der er sich bei der Arbeit leiten lässt, LOGOS, die sachliche Ebene, auf der Argumente vorgetragen und Beweise geführt werden, und PATHOS, das etwa durch Laut- oder Sinnbilder Argumente hervorzuheben sucht (Rn. 6 ff.). Diese drei Bausteine werden in späteren aufschlussreichen Kapiteln intensiv für die praktische Verwendung aufbereitet: Ethos (Rn. 1279 ff.), Logos (Rn. 851 ff.) und Pathos (Rn. 1145 ff.).

Nach der kurzen Einführung wird das rhetorische Grundmuster erläutert: Welche persönliche und sachliche Struktur liegt dem rhetorischen Handeln zugrunde, und wie wird sie in der juristischen Aktion ausgefüllt? Auf personaler Ebene ist es sicherlich so, dass ein Gegenüber mit entschieden konträrer Meinung, eingemauert in seinen Standpunkt, zuhör- und lernunwillig nicht ansprechbar ist, und auch mit rednerischen Mitteln nur selten aufgeschlossen werden kann. *Gast* hebt hervor, dass unter Juristen die kommunikative Ausgangslage jedoch grundsätzlich anders ist, verfügen sie doch prinzipiell über eine „gemeinsame Plattform“ in den sachlichen und methodologischen Grundlagen. Der Gemeinplatz von den „zwei Juristen mit drei Meinungen“ beschreibt indes zutreffend, dass auch eine gewisse Gleichsinnigkeit im Hinblick auf das aktuell Erhebliche keine Gewähr für eine einheitliche Sichtweise bietet. *Gast* zeigt nun, wie der ausbildungsbedingte Grund- oder Minimalkonsens im Diskurs, im heftigen Disput und noch beim Widerstreit unverträglicher Meinungen die Brücke zwischen den Kontrahenten schlagen kann. Sachlich komme es entscheidend darauf an, dass das, womit der Redner für seine Sache werbe, plausibel sei. Wahrheit und Gerechtigkeit seien zwar die Ideale juristischer Tätigkeit, tatsächlich sei es jedoch die Plausibilität, um die sich beinahe alles dreht (Rn. 74, 453 ff.). Deshalb dürfe nicht nur das Ergebnis der Rede (oder des Schriftsatzes) plausibel sein, auch die Argumentation selbst bedürfe eines plausiblen Aufbaus (Rn. 362, 851). Vorbedingung plausibler Argumentation sei die vom Rhetor richtig bestimmte Prämisse (Rn. 153 ff.), also die Wahl dessen, über das von vornherein Einverständnis besteht – der Rhetor setze sie voraus, der Adressat gestehe sie zu. Da die Prämisse akzeptiert werde, sei sie die Quelle für weitere Akzeptanzen: ihr Inhalt gilt – also müsse alles weitere, das in ihr aufgeht, gleichfalls gelten. Denn, so *Gast* treffend: „Ein vernünftiger Mensch darf nicht so inkonsequent

sein und einen Obersatz zwar anerkennen, eine Folge daraus jedoch verwerfen“ (Rn. 76). In diesem Zusammenhang mahnt *Gast* zur Sorgsamkeit bei der Formulierung der These, also des Ungewissen, Fraglichen, deren rhetorische Subsumtion unter die Prämisse gelingen soll, und zeigt, wovon dieses „komplexe Stück Arbeit“ im Einzelnen abhängt (Rn. 74 ff.). Die Ausführungen bleiben keinesfalls abstrakt. Vielmehr sind zahlreiche Beispiele eingestreut (Rn. 96 ff.; 119 ff.), die das Gelesene sofort verdeutlichen. Besonders hervorzuheben ist der höchst spannende historische Exkurs, mit dem *Gast* die Wirkungsweisen der rhetorischen Elementarteilchen lehrreich exemplifiziert. Die Fallgeschichten reichen von einem Prozess im Ägypten des 3. Jahrtausends vor Christi Geburt (Rn. 504 ff.) über die Rede Ciceros zur Verteidigung des Sextus Roscius (Rn. 584 ff.) bis zum auf Todesstrafe lautenden Urteil des Volksgerichtshofs gegen den österreichischen Benediktinerpater Josef Pontiller (Rn. 631 ff.).

Besonders gelungen ist der dann folgende Abschnitt über die Gesetzesauslegung. Mustergültig werden die traditionellen Auslegungsmethoden Wortsinn (Rn. 717 ff.), Systematik (Rn. 769 ff.), Sinn und Zweck (Rn. 803 ff.) sowie Historie (Rn. 789 ff.) dargestellt. Wenn man an diesen Kapiteln etwas vermissen kann, dann allein, dass *Gast* sich nicht mit der von *Rolf D. Herzberg* gut begründeten These auseinandersetzt, dass Sinn und Zweck nur schwerlich Kriterien für die Auslegung des Gesetzes sein könnten, weil das, was der Sinn einer Regelung sei und was sie zu bezwecken wünsche, erst am Ende des Auslegungsprozess stehen könne (vgl. *Herzberg* JuS 2005, 1 ff.).

Positiv hervorzuheben ist, dass *Gast* die durch Europarecht veränderten Normqualitäten (Stichworte: richtlinienkonforme Auslegung, Transformationsgesetze, Auslegungsmethoden des EuGH) in seine Darstellung einbezieht (Rn. 809 ff.).

*Gast* zeigt, dass Rhetorik die halbe Juristerei ausmacht. Dabei geht es nur wenig um den schlaun Kniff, der unmerklich manipuliert, und schon gar nicht um überumpelnde Taktik, die keine Zeit und keinen gedanklichen Raum für Gegenwehr lässt. Das Buch vermittelt also kein Rezeptwissen unter dem Motto: „Ich gewinne immer – in X Schritten zum Erfolg“. Wer meint, dass ihm solche Kochrezepte nutzen könnten, der mag sich einen der zahllosen Ratgeber auf dem Taschenbuchmarkt kaufen. Wer aber lernen will, seine Meinung im Rechtsstreit optimal zu verfechten, der sollte zu diesem bemerkenswerten Buch greifen. Es wird dem Praktiker zu professioneller Souveränität verhelfen. Wegen seiner klar strukturierten und einprägsamen Ausführungen auch zur Methodik der Gesetzesauslegung, das entscheidende Mittel zur Bewältigung unbekannter Rechtsprobleme, ist es aber auch für Studenten und Referendare zur Anschaffung und Durcharbeitung bestens zu empfehlen. Dieser Leserkreis könnte jedoch, was bedauerlich wäre, durch den relativ hohen Preis des Buches abgeschreckt werden. Deshalb sollte es zumindest von den Universitätsbibliotheken in ausreichender Zahl angeschafft werden. Es

wäre eine lohnende Investition in die Zukunft.

Dr. **Ralf Neuhaus**, Dortmund, Rechtsanwalt & Fachanwalt für Strafrecht

\*\*\*

*Clivia von Dewitz: NS-Gedankengut und Strafrecht – Die §§ 86, 86a StGB und § 130 StGB zwischen Abwehr neonazistischer Gefahren und symbolischem Strafrecht* (Strafrechtliche Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institutes für ausländisches und internationales Strafrecht, Band S 106), Duncker & Humblot, Berlin 2006, 304 S., kart. 31 €.

Offenbar kurz nacheinander wurden im Jahre 2004 an der Juristischen Fakultät der Berliner Humboldt-Universität zwei Dissertationen zum Themenkomplex der oftmals als „Gesinnungsstrafrecht“ apostrophierten Staatsschutzdelikte §§ 86, 86a StGB (vgl. § 74a GVG) vorgelegt. Während die im Nomos-Verlag erschienene Arbeit von *Dirk Reuter* „Verbotene Symbole“ eine umfassende Untersuchung des strafrechtlichen Kennzeichenverbots in § 86a StGB vornimmt und dabei keine Art von Verstößen ausblenden möchte, nähert sich die Arbeit von *von Dewitz* der Thematik speziell von der Phänotypik der NS-Propagandaverbote her und erstreckt dementsprechend die Untersuchung auch auf die §§ 86 und 130 StGB (insb. § 130 Abs. 3 StGB, sog. „Auschwitzlüge“). Leider konnte *Reuters* Arbeit von *von Dewitz* nicht mehr berücksichtigt werden (obwohl wiederum die Autorin im Vorwort der Arbeit von *Reuter* als zu dankender Diskussionspartnerin erwähnt wird). Während die *Reuter*'sche Arbeit die Problematik von den Rechtstatsachen her angeht und vor diesem Hintergrund die rechtspolitische Legitimation des Tatbestandes und die praktischen Probleme seiner Auslegung untersucht, versucht *von Dewitz* ihre Thesen aus einem Konglomerat historisch-dogmatischer Erwägungen abzuleiten und beschränkt sich dabei auf die allenfalls cursorische Mitteilung von Rechtstatsachen („Anwendungshäufigkeit“) nach umfangreichen dogmatischen Ausführungen in jeweils einem beiläufigen Absatz (192, 239, 261). Dabei wäre gerade zur Beurteilung der zentralen These von *von Dewitz*, nämlich dass es sich bei den NS-Propagandaverboten vornehmlich um „symbolisches Strafrecht“ handle, eine stärkere rechtstatsächliche Anbindung der Arbeit wünschenswert gewesen. Die Annäherung an die dogmatischen Spezifika der an NS-Gedankengut anknüpfenden Strafbestimmungen als erklärtes Ziel der Arbeit (Klappentext) gelingt somit auch insgesamt nur um den Preis mangelnder Prägnanz in den die Anwendung dieser Vorschriften determinierenden Einzelfragestellungen. Damit läuft die Arbeit ihrer Konzeption und ihrem Aufbau nach jedoch Gefahr, der Rechtspraxis eine nur wenig ergiebige Ausbeute relevanter Aussagen zu ermöglichen.

Im abschließenden Teil versucht die Autorin dann dem eher negativ konnotierten Begriff des „symbolischen Strafrechts“ eine positive Wendung zu geben, indem sie

darlegt, wie der Gesetzgeber durch die in Rede stehenden Normen seine Abwendung vom NS-Staat dokumentieren und zeigen wolle, dass Deutschland seiner Vergangenheit nicht ausweiche. Damit käme diesen Normen eine – freilich im Rahmen allgemeiner Legitimation des Strafs bedenkliche – Bedeutung zu, die über die bloße – von *von Dewitz* allerdings kaum dokumentierte – Wirksamkeit im Kampf gegen Neonazismus hinausgehe (271), auch wenn die Autorin der Hoffnung Ausdruck verleiht, dass derartige „historisch-moralische Selbstbilder in Strafrechtsform“ eines Tages überflüssig werden (280).

Die Arbeit gliedert sich in vier Teile:

Im ersten Teil (9-118) wird in einem detaillierten historischen Abriss der Entstehungsgeschichte der NS-Propagandaverbote nachgegangen. *Von Dewitz* fasst hier verschiedene Zeitabschnitte zusammen: So sei die Nachkriegszeit und frühe Bundesrepublik (9-51) vor allem durch das Besatzungsrecht und dessen sukzessive Ablösung durch bundesdeutsches Recht geprägt gewesen; die Schaffung der Propagandaverbote sei hier vor allem von dem Bemühen gekennzeichnet gewesen, den Wünschen der Alliierten zu entsprechen sowie eine „wehrhafte oder streitbare Demokratie“ in Abgrenzung zum NS-Staat zu schaffen, was *von Dewitz* als „Gründungsmythos“ der Bundesrepublik bezeichnet (50). Mit der sich stabilisierenden Bundesrepublik (52-71) erfolgte die erste Reform der Propagandaverbote (Überführung des Kennzeichenverbots aus dem Versammlungsgesetz in das StGB, Schaffung eines Volksverhetzungstatbestandes), wobei es erst in den sechziger Jahren (71-91) zu einer wirklichen strafrechtlichen Aufarbeitung der NS-Zeit kam und im Zuge der gesellschaftlichen Umwälzungen ab 1968 in einer nochmaligen Reform das bis heutige zur Verfügung stehende Instrumentarium zur Bekämpfung verfassungsfeindlicher Schriften und Kennzeichen sowie antisemitischen Äußerungen geschaffen wurde (90). Der Abschnitt über die Bundesrepublik seit 1968 (92-118) widmet sich schließlich der Entwicklung des Neonazismus und der Erweiterung des Volksverhetzungstatbestandes um die sog. „Auschwitzlüge“ im Jahre 1994 sowie Änderungen hinsichtlich der §§ 86, 86a StGB vor diesem Hintergrund. Insgesamt, so fasst die Autorin zusammen, sei die unterschiedliche Entstehungsgeschichte der Strafvorschriften beachtenswert: Während die NS-Kennzeichen- und Propagandaverbote auf alliiertes Besatzungsrecht zurückgingen und sich, nachdem sie anfänglich für nicht auf Dauer erforderliche „zeitbedingte Strafvorschriften“ gehalten wurden, für die Abwehr nazistischer und später neonazistischer Gefahren bewährt hätten (116), sei das Verbot der Volksverhetzung und des Auschwitz-Leugnens auf „politische Skandale“ zurückzuführen und vor allem als ein Bekenntnis Deutschlands zur Anerkennung und zum kritischen Umgang mit der eigenen Geschichte zu sehen (118).

Der kurze zweite Teil (119-150) möchte die NS-Propagandaverbote in den Kontext strafrechtlicher Grundsatzprobleme stellen und fragt nach der „strafrechtsinternen oder verfassungsrechtlichen Legitimation“



der Normen (119). Hier wird zum einen auf die Rechtsgutdiskussion eingegangen, deren Analyse sich im Kontext der Propagandadelikte als nicht ganz unproblematisch erweist, da diese vorwiegend dem Universalgüterschutz dienen und sich diesbezüglich allenfalls als abstrakte Gefährdungsdelikte einordnen lassen bzw. an die Grenze strafrechtsdogmatischer Klassifizierungskategorien führen (151). Zum anderen wird – äußerst kurz (146-150) – daher auf die verfassungsrechtliche Legitimationsebene verwiesen, hier aber letztlich lediglich konstatiert, dass die Propagandaverbote die Frage aufwerfen, inwieweit diese einen Eingriff in die Meinungsfreiheit rechtfertigen könnten oder nicht und auf den folgenden dritten Teil der Arbeit verwiesen (150).

Der dritte Teil (151-264) widmet sich dann ausführlich der Dogmatik der NS-Propagandaverbote und geht dabei in zwei großen Kapiteln auf „Volksverhetzung und Auschwitz-Leugnen (§ 130 StGB) zwischen Ehrverletzung und Friedensgefährdung“ (mit Ausführungen zu §§ 185 ff. StGB) einerseits und „Das NS-Propaganda- und das NS-Kennzeichenverbot (§§ 86, 86a StGB) im Kontext der Staatsschutzdelikte“ andererseits ein. Der Konzeption nach soll der dritte Teil wohl die Beantwortung der im zweiten Teil lediglich aufgeworfenen Fragen beinhalten. Von Dewitz arbeitet jeweils heraus, wie sich die Tatsache, dass die Normen in ihren jeweiligen Alternativen eine Gesinnungsäußerung unter Strafe stellen, auf ihre Deliktsstruktur und den Rechtsgüterschutz auswirkt und eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung insbesondere vor dem Hintergrund von Art. 5 GG (211, 243) problematisch ist und im Falle des § 86 Abs. 1 Nr. 4 gar zweifelhaft sei.

Im abschließenden vierten Teil (265-280) schließlich wendet sich die Autorin der Diskussion um das „symbolische Strafrecht“ (sowohl im Hinblick auf das Strafgesetz selbst als auch im Hinblick auf symbolische Gesetzgebungsakte) zu und fasst die Thesen ihrer Arbeit zusammen. Danach nähmen die NS-Propagandaverbote durch ihren Bezug auf eine bestimmte politische Gesinnung (bzw. die nationalsozialistische Meinungsäußerung an sich) eine Sonderstellung im Strafrechtssystem ein. Diese strafrechtsdogmatisch schwer einzuordnenden Normen ließen sich als gesinnungsbezogene Vorfeldtatbestände verfassungsrechtlich auch nur schwer rechtfertigen. Sie zeigten jedoch die Leistung der Bundesrepublik auf, aus dem nationalsozialistischen Gewalt- und

Terrorregime eine beispielhafte Demokratie entwickelt zu haben, die ihre Schuld angenommen habe und ihre Abwendung vom NS-Regime in Strafnormen fortschreibe. Insoweit handele es sich um symbolisches Strafrecht, wobei die symbolische Bedeutung einzelner Bestimmungen die Bedeutung dieser Normen als Abwehrinstrumente im Kampf gegen Neonazismus überwiege.

Mit dieser theoretischen Erkenntnis allein – so man sie denn vor dem Hintergrund des mitgeteilten Befundes teilen will – scheint indes zumindest aus Sicht des Rechtspraktikers ohne Beantwortung der Frage nach den Auswirkungen auf die Rechtswirklichkeit nicht viel gewonnen.

**Dr. Frank Nobis**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Iserlohn; **Dr. Hannes Meyer-Wieck**, Assessor, Arnsberg

\*\*\*

Auf folgende Werke zum Recht der Strafverteidigung möchte die Redaktion ergänzend hinweisen:

**Katharina Beckemper: Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten;** Schriften zum Prozessrecht Bd. 171, Duncker & Humblot; ISBN 3-428-10793-4; 325 Seiten, 76 €; Berlin 2002.

Vgl. dazu die Rezension von *Wohlens* in: GA 2004, 246 ff.

**Christian Theiß: Die Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung de lege lata und de lege ferenda;** Schriften zum Prozessrecht Bd. 184, ISBN 3-428-11380-2, 355 Seiten, 98 €; Berlin 2004.

Vgl. dazu die Rezension von *Wohlens* in: GA 2006, 50 ff.

\*\*\*

## 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.

### 463. BGH 5 StR 546/06 – Urteil vom 18. April 2007 (LG Berlin)

BGHSt; Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung und Recht auf ein faires Verfahren (Verwertungsverbot bei bewusster Missachtung oder gleichgültig grober

Verkennung der Voraussetzungen des für Wohnungsdurchsuchungen bestehenden Richtervorbehalts; hypothetischer rechtmäßiger Ersatzeingriff; Abwägungslehre; Recht auf ein faires Verfahren; Beweiswürdigung (Grenzen der Revisibilität); redaktioneller Hinweis.

Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 105 Abs. 1 Satz 1 StPO

**464. BVerfG 2 BvR 2151/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. April 2007 (LG München I/AG München)**

Telekommunikationsüberwachung bei einem Dritten (Begriff der „bestimmten Tatsache“; Nachrichtenmittler); Fernmeldegeheimnis; Berufsfreiheit (Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Rechtsanwalt); Fall „el-Masri“.

Art. 10 GG; Art. 12 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 110a Satz 2 StPO; § 100b StPO

**465. BVerfG 2 BvR 2094/05 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. April 2007 (LG Frankfurt am Main/AG Frankfurt am Main)**

Keine Telekommunikationsüberwachung des Telefonanschlusses eines nichtbeschuldigten Strafverteidigers (Verteidigungsverhältnis; Ermittlung des Aufenthaltsortes des Mandanten; Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung); keine Heilung mangelhafter Begründung der Anordnung im Beschwerdeverfahren (Zeitpunkt der Beurteilung; Unzulässigkeit der nachträglichen Begründung bei anfänglich fehlendem Tatverdacht; keine Auswechslung des Sachverhaltes); Geldwäscheverdacht beim Strafverteidiger (verfassungskonforme Auslegung).

Art. 10 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 100a StPO; § 100b StPO; § 148 StPO; § 261 StGB

**466. BGH 1 BGs 184/2006 - Beschluss vom 25. November 2006 (Ermittlungsrichter des BGH)**

(Kein) heimlicher Zugriff auf ein Computersystem zum Zwecke der Strafverfolgung („Online-Durchsuchung“; keine Anwendbarkeit der Durchsuchungsvorschriften; keine Telekommunikationsüberwachung); Analogieverbot im Strafprozessrecht (Gesetzesvorbehalt); redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 10 GG; § 102 StPO; § 100a StPO

**467. BGH 1 BGs 625/95, 2 BJs 94/94 - 6 - 1 BGs 625/95 - Beschluss vom 31. Juli 1995 (-)**

„Durchsuchung“ einer Mailbox (heimlicher, elektronischer Zugriff; Einmaligkeit; Anwendbarkeit der Vorschriften über die Telekommunikationsüberwachung; Anwendbarkeit der Durchsuchungsvorschriften; Auffindungsvermutung); Fernmeldegeheimnis; Richtervorbehalt.

Art. 10 GG; Art. 13 GG; § 100a S. 1 Nr. 1 c StPO; § 100a S. 1 Nr. 2 StPO; § 100a S. 2 StPO; § 100b Abs. 1 StPO; § 103 Abs. 1 S. 1 StPO; § 94 StPO; § 98 StPO

1. Der heimliche, elektronische Zugriff auf gespeicherte Mailbox-Daten ist zulässig. Er darf aber nur unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte (Art. 10, 13 GG), der Zweckbestimmung der berührten Strafprozessvorschriften und einer Abgrenzung des Begriffs des Fernmeldeverkehrs im Sinne der §§ 100a, 100b StPO gewonnen werden.

2. Die Vorschriften über die Durchsuchung sind für den heimlichen, elektronischen Zugriff auf eine Mailbox nicht anwendbar, weil es nicht um die Sicherstellung körperlicher Gegenstände oder um ein körperliches Eindringen in Wohnungen oder andere Räume geht.

3. Der Zugriff auf in Mailboxen gespeicherten Daten darf nur jeweils einmal erfolgen.

**468. BGH 3 BGs 31/06, 3 BJs 32/05 - 4 - (12) - 3 BGs 31/06 - Beschluss vom 21. Februar 2006 (-)**

Zulässigkeit der verdeckte Durchsuchung eines Computersystems („Online-Durchsuchung“; Spionageprogramm); Begriff der Durchsuchung (elektronisch gespeicherte Daten; keine notwendige Offenheit); informationelle Selbstbestimmung; kein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis und das Wohnungsgrundrecht; Verhältnismäßigkeit; Rechtsschutz; Verjährungsunterbrechung; redaktioneller Hinweis.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 13 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB

**469. BGH 2 StR 25/07 - Beschluss vom 25. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Gerichtliche Zuständigkeit (Prüfung durch das Revisionsgericht; Verweisung an das zuständige Gericht); Untreue (Vermögensverlust großen Ausmaßes: tatsächlicher Verlust; Vorsatz beim Gefährdungsschaden; Strafmilderung bei Beihilfe infolge mangelnder Vermögensbetreuungspflicht).

§ 6 StPO; § 355 StPO; § 51 StGB; § 260 Abs. 4 StPO; § 15 StGB; § 266 StGB; § 28 Abs. 1 StGB

**470. BGH 2 StR 34/07 - Urteil vom 4. April 2007 (LG Aachen)**

Sexuelle Nötigung (Verwenden eines gefährlichen Werkzeuges); Qualifikation (Teilrücktritt vom Versuch; Vollendung).

§ 177 StGB; § 24 StGB

**471. BGH 2 StR 37/07 - Urteil vom 4. April 2007 (LG Limburg)**

Strafzumessung im Jugendstrafrecht (hypothetische Strafzumessung nach allgemeinem Strafrecht); Beruhen.

§ 18 Abs. 1 Satz 3 JGG; § 337 StPO

**472. BGH 2 StR 46/07 - Beschluss vom 23. März 2007 (LG Köln)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Ablehnung eines Beweisantrags (eigene Sachkunde).

§ 44 StPO; § 244 StPO

**473. BGH 2 StR 5/07 - Beschluss vom 17. April 2007**

Berichtigungsbeschluss (offensichtliches Schreibversehen).

§ 267 StPO

**474. BGH 2 StR 81/07 - Beschluss vom 30. März 2007 (LG Frankfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe); maßgebliche Mitzugestaltung des Geschäfts; Strafzumessung (Beruhen).

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

**475. BGH 2 StR 102/07 - Beschluss vom 28. März 2007 (LG Köln)**

Tenor; Teilfreispruch (in Tatmehrheit angeklagte Taten); Verfahrensrüge (Begründungsanforderungen; Verletzung der sachlichen Zuständigkeit; fehlerhafte Gerichtsbesetzung).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 338 StPO; § 344 Abs. 1 Satz 2 StPO

**476. BGH 2 StR 107/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Prüfung der tatrichterlichen Zuständigkeit durch das Revisionsgericht (Sachrüge; Verfahrensrüge); Schwerpunkt der Taten.

§ 344 StPO; § 338 Nr. 4 StPO; § 32 JGG

**477. BGH 2 StR 111/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Aachen)**

Verlesung eines ärztlichen Berichts (Unterschrift; Erkennbarkeit des Arztes).

§ 256 Abs. 1 Nr. 3 StPO

**478. BGH 2 StR 113/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Frankfurt)**

Vergewaltigung (Tenorierung; Urteilsformel).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 177 StGB

**479. BGH 2 StR 93/07 - Urteil vom 9. Mai 2007 (LG Bonn)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; sexueller Missbrauch eines Kindes; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 StPO; § 54 StGB; § 176 StGB; § 337 StPO

**480. BGH 2 StR 94/07 - Beschluss vom 5. April 2007 (LG Limburg)**

Unbegründete Revision; Klarstellung.

§ 349 Abs. 2 StPO

**481. BGH 2 StR 120/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht; qualifizierte Belehrung).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 StPO

**482. BGH 2 StR 144/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens (Beweiskraft des Protokolls).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 274 StPO

**483. BGH 2 StR 198/07 - Beschluss vom 25. Mai 2007 (LG Bad Kreuznach)**

Unbegründete Revision (Beschwer).

§ 349 Abs. 2 StPO; vor § 296 StPO

**484. BGH 2 StR 505/06 - Beschluss vom 4. April 2007 (LG Köln)**

Bedenkliche Zurückweisung eines Beweisantrags (von als Sachverständigen und Zeugen vernommenen Psychologen vermittelte eigene Sachkunde des Gerichts); Urteilsgründe (Wiedergabe eines Gutachtens).

§ 244 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**485. BGH 2 StR 523/06 - Urteil vom 27. April 2007 (LG Köln)**

Verbotene Vernehmungsmethode (Entschließungsfreiheit des Angeklagten; unzulässige Drohung; gesetzlich nicht vorgesehener Vorteil; unzutreffende rechtliche Bewertung der Tat; Sanktionsschere; Geständnis; Absprache außerhalb der Hauptverhandlung; Vorgespräch, Öffentlichkeitsgrundsatz); schwerer Raub; erpresserischer Menschenraub; Recht auf ein faires Verfahren (freie und wirksame Verteidigung; Rügeauslegung und Rügepflichten: Darlegungslast).

Vor § 1 StPO; § 136a StPO; Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 169 GVG; § 250 StGB; § 239a StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**486. BGH 2 StR 530/06 - Beschluss vom 9. Mai 2007**

Rechtliches Gehör im Revisionsrechtzug; Anhörungsrüge.

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a Satz 2 StPO

**487. BGH 2 StR 541/06 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Limburg)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154a StPO

**488. BGH 2 StR 571/06 - Urteil vom 18. April 2007 (LG Kassel)**

Zuhälterei (Ausbeuten; Überwachen); Menschenhandel zum Zweck der sexuellen Ausbeutung.

§ 181a StGB; § 232 StGB

**489. BGH 2 StR 589/06 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Kassel)**

Sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Urteilsgründe; Darlegung).

§ 182 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**490. BGH 2 StR 598/06 - Beschluss vom 21. März 2007 (LG Meiningen)**

Urteilsformel (Regelbeispiele).

§ 260 Abs. 4 StPO

**491. BGH 2 StR 598/06 - Beschluss vom 21. März 2007 (LG Meiningen)**

Verfall (Urteilsgründe; Darlegung).

§ 73 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**492. BGH 2 ARs 32/07 / 2 AR 25/07 - Beschluss vom 18. April 2007**

Bestimmung eines zuständigen Gerichts; Folter; Human Rights Watch; Innenminister; Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland; Übereinkommens vom 10. Dezember 1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe.

§ 6 Nr. 9 StGB; § 13a StPO

**493. BGH 2 ARs 115/07 / 2 AR 72/07 - Beschluss vom 6. April 2007**

Bewährungsaufsicht (Zuständigkeit); Zurückstellung der Vollstreckung; Anrechnung.  
§ 462a Abs. 1 StPO; § 36 Abs. 5 BtMG

Für die Zuständigkeit für die nachträglichen Entscheidungen im Rahmen der Bewährungsaufsicht gilt nicht die Sonderregelung des § 36 Abs. 5 BtMG, sondern die allgemeine Regel des § 462a Abs. 1 StPO.

**494. BGH 2 ARs 143/07 / 2 AR 76/07 - Beschluss vom 14. Mai 2007**

Unzulässige Beschwerde gegen Beschluss des Oberlandesgerichts; Anhörungsrüge.  
§ 304 Abs. 4 StPO; § 300 StPO

**495. BGH 2 ARs 150/07 / 2 AR 89/07 - Beschluss vom 18. April 2007**

Verfahrensverbindung.  
§ 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

**496. BGH 3 StR 21/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Dresden)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensverbindung; Warten auf Parallelverfahren; Angemessenheit der Verfahrensdauer insgesamt; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 EMRK

**497. BGH 3 StR 40/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Kleve)**

Vorsatz (Urteilsgründe; Darlegung).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

**498. BGH 3 StR 57/07 - Beschluss vom 22. Mai 2007**

Gegenvorstellung; unzulässige Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**499. BGH 3 StR 115/07 - Beschluss vom 11. April 2007 (LG Saarbrücken)**

Strafzumessung (Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung); Verschlechterungsverbot.  
§ 46 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO

**500. BGH 3 StR 118/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Stade)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Absprache; qualifizierte Belehrung); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Verhinderung).  
§ 44 StPO; § 302 StPO

**501. BGH 3 StR 63/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Kleve)**

Gutachten zur Frage der Glaubwürdigkeit; Zweifel an der Sachkunde des Gutachters; eigene Sachkunde; sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen.  
§ 244 StPO; § 174 StGB; § 78 StGB

**502. BGH 3 StR 72/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Mönchengladbach)**

BGHSt; Zwischenfeststellungsbeschluss (Zulässigkeit der Revision); Absprache; Deal; unwirksamer Rechtsmittelverzicht (Verzicht auf qualifizierte Belehrung).  
Art. 6 EMRK; Vor § 1 StPO; § 35a Satz 1 StPO; § 302 StPO

**503. BGH 3 StR 92/07 - Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Krefeld)**

Berichtigungsbeschluss (offensichtliches Schreibversehen).  
§ 267 StPO

**504. BGH 3 StR 92/07 - Beschluss vom 3. April 2007 (LG Düsseldorf)**

Entschädigung der Nebenklage (Stellung des Adhäsionsantrags).  
§ 404 StPO

**505. BGH 3 StR 119/07 - Beschluss vom 3. Mai 2007 (LG Duisburg)**

Unbegründete Revision.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**506. BGH 3 StR 127/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Düsseldorf)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mit-Sich-Führen einer Schusswaffe); Vollendung der Qualifikation.  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**507. BGH 3 StR 128/07 - Beschluss vom 15. Mai 2007 (LG Oldenburg)**

Unbegründete Revision; Gesamtstrafenbildung (Beschwer).  
§ 54 StGB; § 349 Abs. 2 StPO

**508. BGH 3 StR 129/07 - Beschluss vom 18. April 2007 (LG Verden)**

Beweiswürdigung (Aussagekonstanz); Überzeugungsbildung.  
§ 261 StPO

**509. BGH 3 StR 454/06 - Beschluss vom 15. März 2007 (LG Hannover)**

BGHSt; schwere Brandstiftung; Ermöglichen einer anderen Straftat (Versicherungsmisbrauch ohne betrügerische Absicht; Sachbeschädigung).  
§ 303a StGB; § 306b StGB; § 265 StGB; § 303 StGB; § 263 StGB

**510. BGH 3 StR 486/06 - Beschluss vom 3. April 2007**

Pauschgebühr (Wahlverteidiger; Unzumutbarkeit der Vergütung innerhalb der Betragsrahmengebühren).  
§ 42 Abs. 1 RVG

**511. BGH 1 StR 124/07 – Beschluss vom 25. April 2007 (LG Stuttgart)**

Mittäterschaft und Beihilfe bei Kuriertätigkeit (unerlaubtes Handeltreiben; Tatherrschaft).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG

**512. BGH 1 StR 141/07 - Beschluss vom 2. Mai 2007**

**(LG München II)**

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

**513. BGH 1 StR 147/07 – Beschluss vom 24. April 2007 (LG München I)**

Keine Anwendbarkeit des Doppelverwertungsverbots im Jugendstrafrecht.  
§ 46 Abs. 3 StGB

**514. BGH 1 StR 148/07 – Beschluss vom 24. April 2007 (LG München I)**

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

**515. BGH 1 StR 156/07 – Beschluss vom 25. April 2007 (LG Konstanz)**

Voraussetzungen der Mittäterschaft bei der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln (Abgrenzung zur Beihilfe; überschrittener Beurteilungsspielraum des Tatgerichts).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**516. BGH 1 StR 159/07 – Beschluss vom 25. April 2007 (LG Nürnberg-Fürth)**

BGHSt; Beweiswürdigung im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim unerlaubten Handeltreiben (Behauptung des Transports im Auftrag Dritter; reine Kuriertätigkeit); Schweigerecht.  
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

**517. BGH 1 StR 52/07 – Urteil vom 24. April 2007 (LG München I)**

BGHSt; unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge; nur grundsätzliche Orientierung an der äußerst gefährlichen Dosis oder der durchschnittlichen Konsumeinheit).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG

**518. BGH 1 StR 70/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007**

Rechtliches Gehör.  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 354a StPO

**519. BGH 1 StR 180/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Stuttgart)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Entscheidungskompetenz allein des Revisionsgerichts).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**520. BGH 1 StR 185/07 – Beschluss vom 24. April 2007 (LG Bayreuth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Feststellung des Irrtums beim Betrug.  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 263 StGB

**521. BGH 1 StR 192/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Karlsruhe)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht durch den Verteidiger bei nicht wirksam zurückgenommener Ermächtigung.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**522. BGH 1 StR 194/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Ansbach)**

Kabelbinder und Klebeband als Werkzeuge oder Mittel im Sinne von § 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB.  
§ 250 Abs. 1 Nr. 1b StGB

**523. BGH 1 StR 202/07 – Beschluss vom 8. Mai 2007 (LG Hof)**

Urteilsgründe (grundsätzlich keine Erörterung zur Verwertbarkeit von Beweismitteln; Gewaltenteilung; faires Verfahren).  
§ 267 StPO; Art. 6 EMRK; Art. 20 GG; Art. 2 Abs. 1 GG

**524. BGH 1 StR 238/06 – Beschluss vom 19. Juli 2006 (LG Konstanz)**

Formelle Voraussetzungen der Anordnung der Sicherungsverwahrung (Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren; Bedeutung der einbezogenen Katalogtaten).  
§ 66 Abs. 3 Satz 1 StGB

**525. BGH 1 StR 439/06 – Urteil vom 24. April 2007 (LG Augsburg)**

Aufklärungspflicht (Aufklärungsrüge); Verhängung eines Berufsverbots gegenüber einem Rechtsanwalt nach Untreue (Beurteilungsspielraum).  
§ 244 Abs. 2 StPO; § 266 StGB; § 70 StGB

**526. BGH 4 StR 7/07 – Urteil vom 26. April 2007 (LG Stralsund)**

Rechtsfehlerhafte Annahme einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit bei Drogenabhängigkeit (Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Klarstellung der angewendeten Eingangsvoraussetzung des § 20 StGB; Persönlichkeitsstörung; leichter depressiver Zustand).  
§ 21 StGB; § 69 StGB; § 20 StGB

**527. BGH 4 StR 17/07 – Beschluss vom 26. April 2007 (LG Saarbrücken)**

Unwirksame Rücknahme der Revision (Feststellungskompetenz des Revisionsgerichts allein).  
§ 302 StPO; § 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**528. BGH 4 StR 23/07 – Urteil vom 19. April 2007 (LG Bochum)**

Rechtskräftiger Freispruch bei Vorwurf des schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes (Beweiswürdigung; Aussage gegen Aussage; Aussageanalyse; Erforderlichkeit eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens).  
§ 261 StPO; § 176 StGB

Die Würdigung von Zeugenaussagen und die Beurteilung ihrer Glaubwürdigkeit ist Aufgabe des Gerichts. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass Berufsrichter über diejenige Sachkunde bei der Anwendung aussagepsychologischer Glaubwürdigkeitskriterien verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen auch bei schwieriger Beweislage erforderlich ist und dass sie diese Sachkunde den beteiligten Laienrichtern vermitteln können. Nur bei Besonderheiten kann die ausnahmsweise die Hinzu-

hung eines Sachverständigen erforderlich sein.

**529. BGH 4 StR 34/07 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Saarbrücken)**

Vergewaltigung (Serientaten; Feststellung des Einsatzes eines Nötigungsmittels; fortwirkende Drohung).  
§ 177 Abs. 2 StGB

**530. BGH 4 StR 45/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Bochum)**

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

**531. BGH 4 StR 60/07 – Beschluss vom 22. März 2007 (LG Dortmund)**

Strafzumessung (rechtsfehlerhafte strafscharfende Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens; Beurteilungsspielraum des Tatrichters zur „angemessenen Verteidigung“).  
§ 46 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

**532. BGH 4 StR 64/07 – Beschluss vom 3. April 2007 (LG Frankenthal)**

Voraussetzungen für die Annahme einer erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit (tatsächliche Einschränkung; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus).  
§ 21 StGB; § 63 StGB

Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das tatsächliche Fehlen der Einsicht bei der Tatbegehung zur Folge hat (st. Rspr.). Der Täter, der trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig. In einem solchen Fall ist auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht zulässig (BGHSt 21, 27, 28; 34, 22, 26 f.).

**533. BGH 4 StR 89/07 – Beschluss vom 19. April 2007 (LG Bochum)**

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

**534. BGH 4 StR 94/07 – Beschluss vom 24. April 2007 (LG Dortmund)**

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

**535. BGH 4 StR 146/07 – Beschluss vom 16. Mai 2007 (LG Siegen)**

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

**536. BGH 4 StR 148/07 – Beschluss vom 2. Mai 2007 (LG Paderborn)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellungsmängel hinsichtlich des Sachverständigengutachtens; positive Feststellung; symptomatischer Zusammenhang).  
§ 21 StGB; § 63 StGB

**537. BGH 4 StR 189/07 – Beschluss vom 22. Mai 2007 (LG Münster)**

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

**538. BGH 4 StR 198/07 – Beschluss vom 22. Mai 2007 (LG Bochum)**

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

**539. BGH 4 StR 522/06 – Urteil vom 15. März 2007 (LG Saarbrücken)**

BGHSt; schwere Körperverletzung (wichtiges Körperglied im Sinne des § 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Berücksichtigung individueller Körpereigenschaften und dauerhafte körperliche [Vor-]Schädigungen des Verletzten, hier Abtrennung der ersten beiden Glieder des rechten Mittelfingers).  
§ 226 Abs. 1 Nr. 2 StGB; Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG

**540. BGH 4 StR 548/06 – Beschluss vom 3. April 2007 (LG Münster)**

Gegenvorstellung.  
Vor § 1 StPO

**541. BGH 4 StR 557/06 – Urteil vom 26. April 2007 (LG Frankfurt)**

Ablehnung der Aussetzung der Vollstreckung einer verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung (Sozialprognose; gebotene Gesamtwürdigung und eingeschränkte Revisibilität).  
§ 56 Abs. 2 StGB

**542. BGH 4 StR 572/06 – Urteil vom 19. April 2007 (LG Schwerin)**

Konkurrenzverhältnisse bei der Vergewaltigung (Tatmehrheit bei neuem Tatentschluss; einheitliche Gewaltausübung; natürliche Handlungseinheit; Berücksichtigung eines engen Tatzusammenhangs bei der Strafzumessung im Fall von Tatmehrheit).  
§ 177 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB

**543. BGH 4 StR 601/06 – Beschluss vom 3. April 2007 (LG Dortmund)**

Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: Spielraum für eigenständige und selbständige Entscheidungen bei der Wahrung der Vermögensinteressen).  
§ 266 StGB

**544. BGH 5 StR 101/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Braunschweig)**

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

**545. BGH 5 StR 24/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Kaiserslautern)**

Steuerhinterziehung; fehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung.  
§ 370 AO; § 55 StGB

**546. BGH 5 StR 74/07 – Beschluss vom 10. Mai 2007 (LG Berlin)**

Täterschaftliches Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung zur bloßen Kuriertätigkeit; minder schwerer Fall bei besitzlosem Betäubungsmittelhandel).  
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG; § 46 StGB

**547. BGH 5 StR 85/07 – Beschluss vom 18. April 2007 (LG Berlin)**

(Keine) Sukzessive Mittäterschaft im Rahmen des Betrugstatbestands zwischen Vollendung und Beendigung, wenn es nach Eingreifen des Angeklagten zu keiner weiteren Schadensvertiefung gekommen ist; Vermögensschaden (kein Schutz von Bußgeld- und Strafsanktionen).  
§ 263 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**548. BGH 5 StR 9/07 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Oldenburg)**

Gebotener Teilfreispruch bei mehreren angeklagten Taten im prozessualen Sinn (Konkurrenzverhältnis).  
§ 260 StPO; § 264 StPO

**549. BGH 5 StR 96/07 – Beschluss vom 10. Mai 2007 (LG Leipzig)**

Doppelverwertungsverbot und minder schwerer Fall bei der besonders schweren räuberischen Erpressung (Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs).  
§ 250 Abs. 3 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**550. BGH 5 StR 99/07 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Cottbus)**

Beweiswürdigung bei ausschließlicher Belastung durch die Aussage eines anderen vermeintlichen Tatbeteiligten (Beleg der erforderlichen Gesamtwürdigung; Würdigung des Glaubhaftigkeitsindizes der Selbstbelastung durch den Mitangeklagten); versuchte Körperverletzung durch Geschlechtsverkehr mit einem Aidskranken (Vorsatz).  
§ 261 StPO; § 224 StGB; § 223 StGB; § 15 StGB

**551. BGH 5 StR 102/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Frankfurt)**

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

**552. BGH 5 StR 106/07 – Beschluss vom 16. April 2007 (LG Hanau)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Kompetenz zur Feststellung des Revisionsgerichts).  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 346 Abs. 1 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**553. BGH 5 StR 114/07 – Beschluss vom 10. Mai 2007 (LG Berlin)**

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

**554. BGH 5 StR 123/07 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Dresden)**

Schuldangemessene Strafe und Anmaßung der Kompetenz einer Strafvollstreckungskammer.  
§ 462a Abs. 1 StPO; § 454 StPO; § 46 StGB; § 57 Abs. 2 StGB; § 39 StGB

**555. BGH 5 StR 134/07 – Beschluss vom 16. April**

**2007 (LG Hamburg)**

Unterlassene Erörterung eines minder schweren Falles des Totschlages (Zorn; fortwirkende Gefühlswallung; Provokation).  
§ 213 1. Alt. StGB; § 46 StGB

**556. BGH 5 StR 155/07 – Beschluss vom 10. Mai 2007 (LG Berlin)**

Gebotener förmlicher Teilfreispruch bei mehreren angeklagten Taten.  
§ 260 StPO

**557. BGH 5 StR 434/06 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Chemnitz)**

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

**558. BGH 5 StR 446/06 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Chemnitz)**

Vorsätzliches Betreiben von Bankgeschäften ohne Erlaubnis (Begriff der Einlage und bankgeschäftlicher Bezug; Schutzziele des Kreditwesengesetzes); Betrug durch „Lastschriftreiterei“ (Konkurrenzen).  
§ 263 StGB; § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG; § 32 Abs. 1 Satz 1 KWG

**559. BGH 5 StR 461/06 – Urteil vom 14. März 2007 (LG Landshut)**

Einfuhr unverzollter Zigaretten in die Europäische Gemeinschaft; gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel und Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Tabaksteuer; Verbringer; Mittäterschaft bei Steuerhinterziehung; Strafzumessung); Darlegungsanforderungen an die Rüge der rechtswidrigen Verwertung der Ergebnisse von Telekommunikationsüberwachungen.  
§ 373 AO; § 370a AO; § 100a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 6 Satz 1, Abs. 7 AO; § 19 TabStG; Art. 202 Abs. 1 Buchstabe a, Abs. 2, Art. 40, 38 ZK; § 46 StGB

**560. BGH 5 StR 505/06 – Urteil vom 19. April 2007 (LG Berlin)**

Vorsätzliches Unterlassen der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Begriff der Zahlungsunfähigkeit: liquide, frei verfügbare Mittel, Aussonderungsrechte).  
§ 17 Abs. 2 InsO; § 64 Abs. 1 Satz 1 GmbHG; § 19 InsO

**561. BGH 5 StR 506/06 – Urteil vom 18. April 2007 (LG Hildesheim)**

BGHR; Amtsträgerschaft eines Mitarbeiters einer kommunalen Wohnungsbaugesellschaft (Konkurrenz; städtische Belegungsrechte); Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr; Betrug (Irrtum und Prüfungsumfang: sachgedankliches Mitbewusstsein).  
§ 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB; § 299 Abs. 1 StGB; § 263 StGB

**562. BGH 5 StR 541/06 alt: 5 StR 345/04 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Berlin)**

Unzureichende Kompensation der Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz

1 EMRK (Berücksichtigung auf die Sachrüge).  
Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK; § 46 StGB

**563. BGH 5 StR 548/06 – Beschluss vom 17. April 2007 (LG Leipzig)**

Mord (Heimtücke; niedrige Beweggründe; besondere Gesamtwürdigung bei verminderter Schuldfähigkeit zur Tatzeit, Persönlichkeitsstörung, subjektive Voraussetzungen).  
§ 211 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**564. BGH 5 StR 549/06 – Beschluss vom 19. April 2007 (LG Verden)**

Unzureichende Berechnungsdarstellung bei Steuerhinterziehung (Steuerstrafrecht als Blankettstrafrecht bei tatbestandsausfüllenden Steuergesetzen der EU-Mitgliedstaaten; eigenverantwortliche Überprüfung der Wertansätze aus Steuererlassen anderer EU-Mitgliedstaaten; eigenverantwortliche Schätzung durch das Gericht).  
§ 370 AO; § 373 AO; Art. 103 Abs. 2 GG; § 15 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO

**565. BGH 5 StR 557/06 – Beschluss vom 9. Mai 2007 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung eines länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekts; geschlossene Darstellung der Anknüpfungstat-sachen und der das Gutachtenergebnis des Sachverständigen tragenden fachlichen Begründung).  
§ 63 StGB; § 21 StGB

**566. EGMR Nr. 22978/05 – Zulässigkeitsentscheidung der fünften Sektion des EGMR vom 10. April 2007 (Gäfen gegen Deutschland)**

Folterverbot der EMRK (Präventionsfolter); Recht auf ein faires Verfahren; Recht auf Beschwerde; Zulässigkeitsentscheidung (Verfassungsbeschwerde; Ausschöpfung nationaler Rechtsmittel; Verknüpftheit mit der Begründetheit; entfallende Opfereigenschaft); redaktioneller Hinweis.

Art. 3 EMRK; Art. 6 EMRK; Art. 13 ERMK; Art. 35 EMRK; § 136a StPO; Art. 1 GG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG; Art. 104 Absatz 1 Satz 2 GG

**567. BVerfG 2 BvR 2106/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2007 (OLG Oldenburg)**

Abschiebungshaft zum Zwecke der Sicherung der Abschiebung (keine Fortdauer der Haft zum Zwecke der Verhinderung weiterer illegaler Einreisen oder für nicht unmittelbar mit der Abschiebung zusammenhängende Verwaltungsvorgänge); Freiheit der Person (Erfordernis eines förmlichen Gesetzes; Bestimmtheit; Analogieverbot).

Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG; § 62 Abs. 2 S. 1 AufenthG

**568. BVerfG 2 BvR 93/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Mai 2007 (OLG Köln/LG Köln)**

Verfassungsrechtliche Anforderungen an Wiederaufnahmeverfahren bei *nova* (Überspannung der Zulässigkeitsvoraussetzungen; unzulässige Konstruktion von Geschehensalternativen; Unzulässigkeit der Auswechslung des festgestellten Geschehensverlaufes; Aditionsverfahren; Probationsverfahren); Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Recht auf Rechtsschutz; Unmittelbarkeitsgrundsatz; bestmögliche Verteidigung).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 359 Nr. 5 StPO; § 368 Abs. 1 StPO