

## Publikationen

**Lucian Krawczyk, Bielefeld – Rechtsmissbräuchlichkeit der unwahren Verfahrensrüge (Besprechung des Urteils des 3. Senats vom 11.8.2006 – 3 StR 284/05)** S. 101

**PD Dr. Axel Dessecker, Wiesbaden und Göttingen – Die Begrenzung langer Untersuchungshaft: eine Rechtsprechungsanalyse** S. 112

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

## Entscheidungen

- BVerfG **Verstoß gegen die Pressefreiheit im Fall Cicero (BVerfGE)**
- BVerfG **Fortsetzungsfeststellungsinteresse bei Ermittlungsmaßnahmen, die einem einfachrechtlichen Richtervorbehalt unterliegen**
- BGH **Anforderungen an den erforderlichen Verteidigungswillen bei Notwehr**
- BGH **Begrenzte Erfassung von Scheinwaffen nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB**
- BGH **Gefährliche Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs**
- BGH **Keine automatische nachträgliche Sicherungsverwahrung bei im Strafvollzug aufgetretener psychischer Erkrankung des Verurteilten (BGHSt)**
- BGH **Widerlegung der Indizwirkung des Regelbeispiels bei Vergewaltigung („Jesidenfall“)**
- BGH **Konkretisierung bei Serientaten (Nötigungsmittel bei sexueller Nötigung)**
- BGH **Bewertungseinheit beim Subventionsbetrug und Deliktsnatur**

SCHRIFTLLEITUNG

Dr. iur. Karsten Gaede

c/o RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

Diese Ausgabe umfasst 57 Entscheidungen.

REDAKTION

Rocco Beck, Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede,

Wiss. Ass. (Zürich) 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).

# 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

**Dr. iur. Karsten Gaede**, Bucerius Law School  
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

**Rocco Beck, Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Wiss. Ass. (Zürich) 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. Jahrg., März 2007, Ausgabe **3**

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 201. BVerfG 1 BvR 538/06 (Ersten Senat) – Urteil vom 27. Februar 2007 (LG Potsdam/AG Potsdam)

Pressefreiheit (Schutzbereich; Eingriff; Schwere; Vertrauensverhältnis zum Informanten; allgemeines Gesetz und Wechselwirkungslehre); Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses (sukzessive Beihilfe); Durchsuchung und Beschlagnahme im Medienunternehmen (Beihilfe; Anforderungen an den Tatverdacht; nicht zur Identifizierung des Informanten; beschlagnahmefreie Unterlagen); nachträglicher Rechtsschutz (prozessuale Überholung; schwerwiegende Grundrechtseingriffe; Kopien redaktionellen Materials; Beachtung der Pressefreiheit); Fall CICERO.

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 353b StGB; § 27 StGB; § 97 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 162 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Durchsuchungen und Beschlagnahmen in einem Ermittlungsverfahren gegen Presseangehörige sind verfassungsrechtlich unzulässig, wenn sie ausschließlich oder vorwiegend dem Zweck dienen, die Person des Informanten zu ermitteln (Bestätigung von BVerfGE 20, 162, 191 f., 217). (BVerfG)

2. Die bloße Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses im Sinne des § 353 b StGB durch einen Journalisten reicht im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht aus, um einen den strafprozessualen Ermächtigungen zur Durchsuchung und Beschlagnahme genügenden Verdacht der Beihilfe des Journalisten zum Geheimnisverrat zu begründen. (BVerfG)

3. Zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes gegenüber Beschlagnahmen redaktionellen Materials. (BVerfG)

4. Die Pressefreiheit umfasst auch den Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit sowie in die Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten. (Bearbeiter)

5. Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen

Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313, 365 m.w.N.). (Bearbeiter)

6. Gegen die Auslegung, dass § 97 StPO dann nicht einschlägig ist, wenn ein als Journalist an sich Zeugnisverweigerungsberechtigter selbst Beschuldigter oder Mitbeschuldigter der Straftat ist, ist verfassungsrechtlich nichts einzuwenden. Allerdings bleibt auch dann Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für die Auslegung und Anwendung der strafprozessualen Normen über Durchsuchungen und Beschlagnahmen, die in Redaktionen oder bei Journalisten durchgeführt werden, von Bedeutung. (Bearbeiter)

7. Es bleibt offen, ob eine Beihilfe zu einer Tat im Sinne des § 353b StGB durch die Veröffentlichung eines Dienstheimnisses, welches ein Informant einem Medienmitarbeiter anvertraut hat, über die Konstruktion der sukzessiven Beihilfe begründet werden kann. (Bearbeiter)

8. Der Presse darf das Recht, die Rechtswidrigkeit der regelmäßig prozessual überholten Eingriffe Durchsuchung und Beschlagnahme in Redaktionsräumen feststellen zu lassen, nicht verweigert werden. (Bearbeiter)

9. Gegen die Rechtsprechung nach der die Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen die Bestätigung der Beschlagnahmeanordnung mittelbar auch die Klärung ermöglicht, ob die zur Beschlagnahme der von ihr betroffenen Gegenstände ermächtigende Anordnung rechtmäßig war, bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. (Bearbeiter)

10. Werden von redaktionellen Materialien im Rahmen einer Beschlagnahme Kopien erstellt, kommt es für die Zulässigkeit eines Antrages auf nachträgliche richterliche Entscheidung bei prozessualer Überholung nicht darauf an, wie lange diese Kopien im Besitz des Staates gewesen sind. Denn maßgeblich für die Beurteilung ob ein tiefgreifender Grundrechtseingriff vorgelegen hat, ist hier nicht eine Beeinträchtigung des Eigentumsgrundrechtes, sondern das der Pressefreiheit. (Bearbeiter)

**200. BVerfG 2 BvR 273/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Februar 2007 (LG Würzburg/AG Würzburg/Staatsanwaltschaft beim Landgericht Würzburg)**

Effektivität des Rechtsschutzes (fehlende fachgerichtliche Stellungnahme zur Anordnungscompetenz im Rechtsschutzverfahren; Rechtsweggarantie; Feststellungsinteresse und Erledigung); Blutentnahme zur Beweissicherung (Richtervorbehalt; Gefahr im Verzug; Anordnungsvoraussetzungen; Dokumentation).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 81a StPO

1. Nach § 81a Abs. 2 StPO steht die Anordnung der Blutentnahme grundsätzlich dem Richter zu. Der Richtervorbehalt - auch der einfachgesetzliche - zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme in ihren konkreten gegenwärtigen Voraussetzungen durch eine unabhängige und neutrale Instanz (vgl. BVerfGE 96, 44, 51 ff.; 103, 142, 151 m.w.N.). Die Strafverfolgungsbehörden müssen daher regelmäßig versuchen, eine Anordnung des zustän-

digen Richters zu erlangen, bevor sie selbst eine Blutentnahme anordnen (vgl. BVerfGE 103, 142, 155 f.; BVerfGK 2, 254, 257).

2. Erfolgt eine nichtrichterliche Anordnung einer Blutentnahme gemäß § 81a StPO so muss die Gefährdung des Untersuchungserfolgs mit Tatsachen begründet werden, die auf den Einzelfall bezogen und in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist (vgl. BVerfGE 103, 142, 160; BVerfGK 5, 74, 79). Das Vorliegen einer solchen Gefährdung unterliegt der vollständigen, eine Bindung an die von der Exekutive getroffenen Feststellungen und Wertungen ausschließenden, gerichtlichen Überprüfung (vgl. BVerfGE 103, 142, 156 f.).

3. Die Erledigung eines Eingriffs steht einem Rechtsschutzbedürfnis nicht von vornherein entgegen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Notwendigkeit eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes auch in Fällen anerkannt, in denen gegen schwer wiegende Grundrechtseingriffe durch die Exekutive - z.B. Wohnungsdurchsuchungen und freiheitsentziehende Maßnahmen - oder nahe liegende Willkür eines Hoheitsträgers vor Erledigung der Maßnahme kein gerichtlicher Rechtsschutz erlangt werden kann (vgl. BVerfGE 96, 27, 40; 104, 220, 233). Jedenfalls soweit das Handeln der Exekutive auf der Inanspruchnahme einer originär gerichtlichen Eingriffsbefugnis beruht, erstreckt sich das Gebot effektiven Rechtsschutzes in diesen Fällen auch auf Dokumentations- und Begründungspflichten der anordnenden Stelle, die eine umfassende und eigenständige nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Anordnungsvoraussetzungen ermöglichen sollen. Diese Maßstäbe gelten grundsätzlich auch für Maßnahmen, die nicht - wie die Wohnungsdurchsuchung - einem verfassungsrechtlichen, sondern nur einem einfachgesetzlichen Richtervorbehalt unterliegen (vgl. BVerfGK 5, 74, 81), sind aber auf Maßnahmen, die noch vor ihrer Erledigung gerichtlich überprüft werden können, wie z.B. Beschlagnahmeanordnungen, nicht ohne weiteres übertragbar (vgl. BVerfGK 1, 65).

**198. BVerfG 2 BvR 2060/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Koblenz/AG Bad Neuenahr-Ahrweiler)**

Freiheit der Person (Freiheitsstrafe gegen psychisch kranke Person; Verhängung von Maßregeln neben Jugendstrafe; Anspruch auf ausreichende medizinische Behandlung und Betreuung; Verhältnismäßigkeit: Eignung); Willkürverbot (nicht nur bloße einfachrechtliche Fehlerhaftigkeit gerichtlicher Entscheidungen; keine Verletzung bei fehlendem Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung); Rechtsstaatsprinzip; Recht auf Verteidigerbeistand (Ersatzverteidiger; Einarbeitung in den Prozessstoff; fehlender Vortrag zur Kausalität für das Urteil); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Die Verurteilung zu Strafe und die Anordnung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus

schließen auch im Jugendstrafrecht einander grundsätzlich nicht aus.

2. Die Verhängung von Strafe setzt strafrechtliche Verantwortlichkeit eines Angeklagten voraus. Kann diese Verantwortlichkeit bejaht werden, liegt eine rechtswidrige und schuldhaftige Straftat vor, die mit der Kriminalstrafe des allgemeinen Strafrechts bzw. den Mitteln des Jugendstrafrechts, zu denen auch die Jugendstrafe gehört, zu ahnden ist.

3. Es kann offenbleiben, ob im Jugendstrafverfahren eine Beschränkung des Rechtsmittelangriffes auf einen Teil des Rechtsfolgenausspruches möglich ist. Da die fachgerichtliche Rechtsprechung eine diesbezügliche Disposition eines Angeklagten über sein Rechtsmittel nicht ausdrücklich für rechtswidrig erklärt hat (vgl. BGH, NStZ-RR 1998, 188, 189), ist in einem solchen Fall ein Verstoß gegen Grundrechte ausgeschlossen.

4. Nach einfachem Recht objektiv fehlerhafte Gerichtsentscheidungen verletzen noch kein Verfassungsrecht (BVerfGE 18, 85, 92 f.). Ein mit der Verfassungsbeschwerde zu rügender Verfassungsverstoß liegt erst dann vor, wenn ein fachgerichtliches Erkenntnis auf Willkür beruht (BVerfGE 108, 282, 294), wovon nicht die Rede sein kann, wenn sich die Entscheidung eines Tatgerichts

nicht in Widerspruch zu der für seinen Gerichtszweig bindenden höchstrichterlichen Rechtsprechung setzt.

5. Die Grundrechtskonformität des Strafvollzugs ist nur dann gewahrt, wenn dem Betroffenen mit Blick auf eine eventuelle psychische Erkrankung eine ausreichende medizinische Behandlung und Betreuung zukommt.

#### **199. BVerfG 2 BvR 392/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2007 (OLG Dresden/AG Leipzig)**

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (drohende Strafvollstreckung; mangelndes Rechtsschutzbedürfnis; Absehen von Vollstreckung durch die Staatsanwaltschaft; Erfordernis eines Antrags auf Vollstreckungsaufschub); Leipziger Inzest-Verfahren; Ablehnungsbeschluss.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 456 StPO; § 458 Abs. 2 und 3 StPO; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB

Vor einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht gegen die drohende Vollstreckung eines mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffenen strafgerichtlichen Urteils ist ein vorübergehender Vollstreckungsaufschub nach den §§ 456, 458 Abs. 2 und 3 StPO zu beantragen.

## **Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH**

### **I. Materielles Strafrecht**

#### **1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB**

##### **219. BGH 5 StR 404/06 – Urteil vom 31. Januar 2007 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf des Totschlages (lückenhafte Beweiswürdigung); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Absichtsprovokation); unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; Mittäterschaft (wertende Gesamtbetrachtung); Beihilfe (psychische Beihilfe; Anwesenheit); unbeendeter Versuch (Aufgeben; fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; Entdeckung der Tat). § 212 StGB; § 32 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 24 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG; § 261 StPO

1. Ein gegenwärtiger Angriff wird nicht nur angenommen, wenn der Angriff beginnt, sondern schon dann, wenn er unmittelbar bevorsteht. Zu den erforderlichen Verteidigungsmaßnahmen berechtigt nicht erst die Verletzungshandlung selbst, sondern bereits ein Verhalten des Gegners, das unmittelbar in eine Rechtsgutverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben der Abwehrhandlung entweder deren Erfolg gefährdet würde oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener

Verletzungen auf sich nehmen müsste (BGHR StGB § 32 Abs. 2 Angriff 1).

2. Die Mittäterschaft ist im Wege einer gebotenen wertenden Betrachtung aller Umstände zu prüfen, die sich nicht vorschnell auf eine sukzessive Begehungsweise verengen darf. Insbesondere eine zugesagte gegenseitige Unterstützung und Schützenhilfe ist zu berücksichtigen.

##### **202. BGH 1 StR 429/06 – Urteil vom 31. Januar 2007 (LG Traunstein)**

Tötungsvorsatz; schwere Körperverletzung (Siechtum; Lähmung; Erörterungsmangel); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Erforderlichkeit; Verteidigungswille).

§ 212 StGB; § 226 StGB; § 32 StGB; § 18 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

Kommt dem Gedanken des Angeklagten, einen zurückgetretenen, körperlich nicht überlegenen Geschädigten von einem weiteren Angriff abzuhalten, für dessen Bevorstehen konkrete Anhaltspunkte nicht gegeben waren, bei der Tat eine allenfalls völlig untergeordnete Bedeu-

tung zu, liegt kein für die Rechtfertigung durch Notwehr erforderlicher Verteidigungswille vor.

**223. BGH 5 StR 504/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Leipzig)**

Minder schwerer Fall des Totschlags; verminderte Schuldfähigkeit (tiefgreifende Bewusstseinsstörung: Erörterungsmangel bezüglich einer affektiven Erregung und Zusammenwirken mit einer alkoholbedingten Beeinträchtigung, indizieller Charakter einer erhalten gebliebenen Erinnerung, gebotene Gesamtwürdigung).

§ 213 2. Alt. StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

Eine erhalten gebliebene Erinnerung an das Tatgeschehen kann nur eingeschränkt als Anhaltspunkt für intaktes Steuerungsvermögen herangezogen werden (BGHR StGB § 20 Bewusstseinsstörung 5). Es handelt sich nur um einen von vielen Aspekten, die als Indizien – nicht als Ausschlusskriterien – im Rahmen einer Gesamtbeurteilung für und gegen die Annahme eines schuldrelevanten Affekts sprechen können (vgl. BGHR StGB § 20 Bewusstseinsstörung 3 und 5; BGHR StGB § 21 Affekt 4 bis 6).

## 2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

**206. BGH 4 StR 394/06 – Urteil vom 18. Januar 2007 (LG Essen)**

Schwerer Raub (Scheinwaffen als Werkzeuge im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB: Verwendungsabsicht und vom Täter vorgestellte Zwangswirkung beim Opfer; „Labello-Rechtsprechung“; Abgrenzung von maßgeblicher Täuschung).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB

1. Von § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB sind grundsätzlich alle Gegenstände erfasst, die als Mittel zur Überwindung des Widerstands des Tatopfers mittels Gewalt oder Drohung geeignet sind, also auch so genannte Scheinwaffen, das heißt Gegenstände, die objektiv ungefährlich sind und deren Verletzungstauglichkeit lediglich vorgetäuscht wird.

2. Erfasst sind jedoch nur solche Gegenstände, die unter den konkreten Umständen ihrer geplanten Anwendung aus der Sicht des Täters ohne weiteres geeignet sind, bei dem Opfer den Eindruck hervorzurufen, der Gegenstand könne zur Gewaltanwendung verwendet werden und deshalb gefährlich sein. Jedenfalls dann, wenn der Gegenstand schon nach seinem äußeren Erscheinungsbild offensichtlich ungefährlich ist und deshalb nicht geeignet ist, mit ihm – etwa durch Schlagen, Stoßen, Stechen oder ihn ähnlicher Weise – auf den Körper eines anderen in erheblicher Weise einzuwirken, kommt eine Anwendung des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b nicht in Betracht. Bedient sich der Täter eines solchen Gegenstandes bei der Tat zur ausdrücklichen oder konkludenten Drohung, so steht die Täuschung so sehr im Vordergrund seiner Anwendung, dass die Qualifizierung als Werkzeug oder Mittel im Sinne dieser Bestimmung verfehlt wäre. (Aufrechterhaltung der „Labello-Rechtsprechung“ zu § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB n.F.).

3. In welchem Verhältnis die Elemente des Einsatzes eines Gegenstandes und der Täuschung wirksam werden, kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. Grenzfälle sind unvermeidbar, so dass sich allgemeine Abgrenzungsmaßstäbe, die allen denkbaren Fallgestaltungen voll gerecht werden, kaum finden lassen. Jedenfalls wird aber

regelmäßig davon auszugehen sein, dass bei Verwendung eines objektiv ersichtlich ungefährlichen Gegenstandes, den das Opfer nicht oder nur unzureichend sinnlich wahrnehmen kann (und soll), das Täuschungselement im Vordergrund steht.

4. Die Beurteilung des äußeren Erscheinungsbildes eines Gegenstandes hat aus der Sicht eines objektiven Betrachters zu erfolgen.

5. Es genügt, dass der Täter eines Raubes ein sonstiges Mittel im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB erst nach der Wegnahmehandlung bei sich geführt hat, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt zu verhindern oder zu unterbinden.

**212. BGH 4 StR 524/06 – Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Saarbrücken)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Einwirkung durch das Werkzeug selbst); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315b StGB

Die Tatbestandsvariante des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB („mittels einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs“) setzt voraus, dass die Körperverletzung durch ein von Außen auf den Körper des Tatopfers einwirkendes gefährliches Tatmittel verursacht wird. Zwar ist ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, als ein gefährliches Werkzeug im Sinne dieser Bestimmung anzusehen. Das fahrende Kraftfahrzeug muss die Körperverletzung jedoch hierzu durch eine Einwirkung auf den Körper des Opfers verursachen. Eine Verletzung, die durch einen Sturz aus dem Kraftfahrzeug infolge eines Auffahrens verursacht wird, genügt nicht.

**208. BGH 4 StR 489/06 – Urteil vom 18. Januar 2007 (LG Dortmund)**

Tötungsvorsatz (gefährliche Tathandlungen und mögliche Besonderheiten des Einzelfalles: Nachtatverhalten, affektive Erregung, hochgradige Alkoholisierung; Eventualvorsatz).

§ 15 StGB; § 212 StGB

Zwar liegt es bei besonders gefährlichen Verhaltensweisen wie einem - zumal mit erheblicher Wucht - geführten Stich in die Brustgegend, nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, das Opfer könne dabei zu Tode kommen, und dies, wenn er gleichwohl von der Tat nicht Abstand nimmt, auch billigend in Kauf nimmt. Anders liegt es aber dann, wenn sich aus dem Tatablauf und der Person des Täters besondere Umstände ergeben, die es zweifelhaft erscheinen lassen, ob der Angeklagte tatsächlich die Gefahr des Todesertritts erkannt und den Tod des Opfers im Sinne billigender Inkaufnahme hingenommen hat (st. Rspr.; vgl. BGH NStZ 2003, 603; 2006, 169).

**213. BGH 4 StR 598/06 – Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Memmingen)**

## II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**203. BGH 1 StR 605/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Passau)**

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: im Strafvollzug aufgetretene psychische Erkrankung des Verurteilten und Gefährlichkeitsprognose nach Verhaltenssymptomen, Therapieunwilligkeit des Verurteilten; symptomatischer Zusammenhang mit der Anlasstat; hinreichende Tatsachengrundlage; Erforderlichkeit des Hanges); polizeirechtliches Parallelverfahren nach dem landesrechtlichen Unterbringungsgesetz einzuleiten; keine nachträgliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 66b StGB; § 63 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK

1. Eine im Strafvollzug aufgetretene psychische Erkrankung des Verurteilten kann für sich genommen die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung gemäß § 66b StGB regelmäßig nicht begründen. Maßgebliches Kriterium ist, dass sich die Erkrankung während der Strafhaft in einer für die Gefährlichkeitsprognose relevanten Weise im Verhalten des Verurteilten ausgedrückt hat. (BGHSt)

2. Die Verhaltensauswirkungen werden regelmäßig im Vollzugsverhalten des Verurteilten zu suchen sein. Sie müssen nicht bereits für sich genommen geeignet sein, die Anordnung der Maßregel zu tragen; sie dürfen sich andererseits aber auch nicht in prognoseneutralen Symptomen der psychiatrischen Krankheit erschöpfen, sondern müssen einen Rückschluss auf die krankheitsbedingt erhebliche Gefährlichkeit des Verurteilten zulassen. (Bearbeiter)

3. Der Senat hält auch in dem Fall, in welchem sich die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung auf § 66b Abs. 2 StGB stützt, Feststellungen zum Vorliegen eines Hanges zur Begehung erheblicher Straftaten im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB für erforderlich (so

Mord (gemeingefährliche Mittel: Einsatz eines PKW); Straßenverkehrsgefährdung (Ursachenzusammenhang hinsichtlich der Fahruntüchtigkeit) und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (anderer gefährlicher Eingriff); vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr.

§ 211 Abs. 2 StGB; § 315c StGB; § 315b StGB; § 316 StGB

Ein Mord durch den Einsatz gemeingefährlicher Mittel kann auch dann erfüllt sein, wenn ein Tötungsmittel eingesetzt wird, das seiner Natur nach nicht gemeingefährlich ist. Maßgeblich ist dann jedoch die Eignung des Mittels zur Gefährdung Dritter in der konkreten Situation (vgl. BGHSt 38, 353, 354; BGHR StGB § 211 Abs. 2, gemeingefährliches Mittel 2).

auch BGHSt 50, 373, 381 gegen BVerfG - Kammer - NJW 2006, 3483, 3484). (Bearbeiter)

4. Alle neuen Tatsachen müssen eine gewisse Erheblichkeitsschwelle überschreiten und in einem prognoserelevanten symptomatischen Zusammenhang mit der Anlassverurteilung stehen (BGH NStZ 2006, 276, 278). (Bearbeiter)

5. Die nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung muss sich auf eine hinreichende Tatsachengrundlage stützen und dem Charakter einer auf seltene Ausnahmefälle beschränkten Maßnahme bewahren. (Bearbeiter)

6. Die Rechtsnatur der nachträglichen Sicherungsverwahrung als eine zum Strafrecht gehörende Maßnahme (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) verlangt, dass ihre Anordnung an eine Straftat anknüpft und ihre sachliche Rechtfertigung aus ihr beziehen kann (BVerfGE 109, 190). In den neuen Tatsachen muss sich die bei der Anlasstat hervorgetretene spezifische Gefährlichkeit des Verurteilten widerspiegeln, mithin ein prognoserelevanter symptomatischer Zusammenhang mit der Anlassverurteilung bestehen. (Bearbeiter)

**211. BGH 4 StR 514/06 – Urteil vom 1. Februar 2007 (LG Saarbrücken)**

Minder schwerer Fall der Geiselnahme; sexuelle Nötigung und Vergewaltigung; Strafzumessung (Maßgeblichkeit deutscher Wertvorstellungen: Jesiden, herabgesetzte Hemmschwelle; begrenzte Revisibilität); Eheschließungsfreiheit.

§ 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 6 GG; Art. 11 EMRK

Einzelfall der Verneinung einer Vergewaltigung trotz des erfüllten Regelbeispiels, mit dessen Verwirklichung ein unter Jesiden verbreitet als verbindlich betrachtetes Heiratsversprechen durchgesetzt werden sollte.

**240. BGH 2 StR 582/06 - Beschluss vom 26. Januar 2007 (LG Kassel)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung, Zustand; schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 20 StGB; § 63 StGB

1. Das bloße Vorliegen einer Persönlichkeitsstörung reicht für die Annahme einer die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus rechtfertigenden Störung im Sinne eines länger andauernden „Zustands“ (§ 63 StGB) nicht aus. Für einen so schwerwiegenden Eingriff, wie ihn die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darstellt, kann die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung stets nur unter engen Voraussetzungen und nur dann genügen, wenn feststeht, dass der Täter auf Grund dieser Störung aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt hat.

2. Für diese Annahme bedarf es einer Gesamtschau, ob die Störungen beim Täter in ihrer Gesamtheit sein Leben vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen. Für die Bewertung der Schwere der Persönlichkeitsstörung und der Erheblichkeit der darauf beruhenden Verminderung der Schuldfähigkeit ist deshalb maßgebend, ob es

auch im Alltag außerhalb der Straftaten zu Einschränkungen des beruflichen oder sozialen Handlungsvermögens gekommen ist. Erst wenn das Muster des Denkens, Fühlens und Verhaltens sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich als schwere andere seelische Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB angesehen werden.

**220. BGH 5 StR 444/06 – Urteil vom 1. Februar 2007 (LG Neuruppin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Intelligenzminderung und Verhaltensauffälligkeit; Schwachsinn; Gefahrenprognose: Gesamtwürdigung bei Tat im Rahmen einer Heimunterbringung); Sicherungsverfahren; unzulässige Aufklärungsrüge (Benennung eines konkreten Beweismittels).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 413 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

Wurzelt die Tat des Beschuldigten in dessen im Rahmen einer Heimunterbringung durch Konfrontation entstandener Aggression gegen Betreuungspersonal, kann dies – ähnlich den Taten zum Nachteil von Angehörigen einer psychiatrischen Klinik (vgl. BGHR StGB § 63 Gefährlichkeit 26) – nur eingeschränkt Anlass für eine Anordnung einer strafrechtlichen Unterbringung sein.

**III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)****247. BGH 3 StR 251/06 - Beschluss vom 16. Januar 2007 (OLG Düsseldorf)**

Revision gegen ein erstinstanzliches Urteil des Oberlandesgerichts (fehlerhafte Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs gegen einen erkennenden Richter; kein Rechtsmittel); Konfrontationsrecht und Recht auf Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen (Fragerecht; Fragezurückweisung).

§ 27 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 338 Nr. 3 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; Art. 19 IV GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Die Revision gegen ein erstinstanzliches Urteil des Oberlandesgerichts kann grundsätzlich nicht darauf gestützt werden kann, das Gericht habe ein Ablehnungsgesuch gegen einen erkennenden Richter zu Unrecht verworfen. Dem steht auch Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK nicht entgegen. Dem Recht eines Angeklagten auf ein unparteiisches Gericht wird durch seine Möglichkeit, erkennende Richter nach Maßgabe der §§ 24 ff. StPO abzulehnen und hierüber gemäß § 27 Abs. 1 StPO die Entscheidung des Gerichts ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters herbeiführen zu können, ausreichend Rechnung getragen. Der Gewährung eines Rechtsmittelzuges bedarf es hierzu nicht.

**231. BGH 2 StR 496/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Mainz)**

Serienstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Individualisierung der Einzeltaten; nicht entbehrliche Feststellung der tatbestandlichen Nötigungshandlung).

§ 177 StGB; § 261 StPO

1. Wenn auch bei Serienstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung an die Individualisierbarkeit der einzelnen Taten keine überspannten Anforderungen zu stellen sind, so bedarf es doch zumindest der Feststellung, dass der Angeklagte stets ein Nötigungsmittel im Sinne des § 177 Abs. 1 StGB eingesetzt hat.

2. Generell bedarf es hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 177 Abs. 1 StGB auch bei Serientaten wegen der erfahrungsgemäß nicht gleichen Handlungsabläufe hinsichtlich des Ob und Wie des Einsatzes des Nötigungsmittels näherer Feststellungen.

**210. BGH 4 StR 497/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Essen)**

Sexueller Missbrauch eines Kindes (unzureichende Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage; teilweise unrichtige Angaben des Belastungszeugen; Aufklärungspflicht).

§ 176 StGB; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Anga-

ben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr., vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 13, 14, 29). Das gilt ganz besonders, wenn sich Angaben des Belastungszeugen teilweise als unrichtig herausstellen (vgl. BGHSt 44, 153, 158 f.; 44, 256, 257).

**221. BGH 5 StR 454/06 (alt: 5 StR 136/04) – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Stuttgart)**

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung (Teilaufhebung als Teilerfolg; Billigkeit) und gegen die Versagung einer Entschädigung (Untersuchungshaft; Billigkeit; fehlerfreie Ermessensausübung; besondere Härte der Untersuchungshaft und Berücksichtigung bei der Strafzumessung).

§ 464 Abs. 3 StPO; § 473 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 8 Abs. 3 StrEG; § 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG

1. Ob eine Entschädigung im Sinne des § 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG der Billigkeit entspricht, ist aufgrund einer Gesamtabwägung zu beurteilen (BGH GA 1975, 208; BGHR StrEG § 4 Abs. 1 Nr. 2 Untersuchungshaft 4). Neben einer nicht unerheblichen überschießenden Dauer der Untersuchungshaft ist auch die besondere Härte zu berücksichtigen, die durch den faktischen Vorwegvollzug

der Strafe im Wege der Untersuchungshaft für den Angeklagten entstanden ist (hier: Ausbleiben von Vollzuglockerungen für den nicht vorbestraften Erstverbüßer, nahe liegende Reststrafaussetzung, zusätzliche Trennungsanordnung).

2. Die besondere Vollzugssituation kann bereits in die Bildung der Gesamtstrafe einfließen: Die Berücksichtigung eines solchen Umstandes im Rahmen der Strafzumessung kann dann bei der Prüfung der Billigkeit Bedeutung erlangen (BGHR StrEG § 4 Abs. 1 Nr. 2 Untersuchungshaft 4).

**245. BGH 2 ARs 2/07 / 2 AR 9/07 - Beschluss vom 26. Januar 2007**

Zuständigkeitsbestimmung; Zuständigkeitskonzentration bei Vollstreckung von Jugendstrafe.

§ 14 StPO

Der in § 462a Abs. 4 StPO enthaltene Konzentrationsgrundsatz erstreckt sich nicht auf die Vollstreckung von Jugendstrafen. Für die Vollstreckung von Jugendstrafen bleibt bis zu deren Abschluss der Jugendrichter zuständig, auch wenn der Verurteilte zwischenzeitlich zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden ist und diese ganz oder zum Teil verbüßt hat.

## IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**222. BGH 5 StR 467/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Braunschweig)**

Betrug und Subventionsbetrug (Konkurrenzverhältnis; Bewertungseinheit: rechtliche Handlungseinheit; Beendigung beim Subventionsbetrug); Strafverfolgungsverjährung.

§ 52 StGB; § 263 StGB; § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a StGB

1. Ein Anwendungsfall der Bewertungseinheit (sogenannte rechtliche Handlungseinheit) ist auch dann gegeben, wenn mehrere Handlungen im natürlichen Sinn eine sukzessive (fortlaufende) Tatausführung zur Erreichung eines einheitlichen Erfolges darstellen. In einem zweistufigen Subventionsvergabeverfahren gehören danach die auf den Bewilligungsbescheid und auf die Ausreichung der Geldmittel gerichtete Anträge zusammen. Insoweit ist die Rechtslage dem Verhältnis zwischen Eingehungs- und Erfüllungsbetrug vergleichbar, bei dem in bestimmten Konstellationen ebenfalls von einer einheitlichen Tat auszugehen ist (vgl. dazu BGH NStZ 1997, 542, 543 m.w.N.; vgl. auch BGH wistra 2007, 21, 22).

2. Der Subventionsbetrug ist ein verselbstständigtes Tätigkeitsdelikt im Vorfeld des Betrugs. Mit dem Eingang des Finanzierungshilfeantrags bei der Subventi-

onsstelle ist der Subventionsbetrug zwar vollendet, aber noch nicht beendet.

3. Der Tatbestand des § 264 StGB verdrängt auch dann den des § 263 StGB, wenn die ungerechtfertigte Subvention tatsächlich gewährt wird und damit das Vermögen der öffentlichen Hand geschädigt ist (BGHSt 44, 233, 243; BGHSt 32, 203, 206 f.). Liegen die Voraussetzungen des Subventionsbetrugs nicht vor, kommt § 263 StGB wieder zur Anwendung (BGHSt 44, 233, 243).

**218. BGH 4 StR 612/06 – Beschluss vom 6. Februar 2007 (LG Dortmund)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (bandenmäßige Begehung; erforderliche Feststellungen, keine Anwendung bei Zusammenwirken in eingespieltem Bezugs- und Absatzsystem).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Wesentliches Element einer Bande ist eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung mehrerer Personen zur zukünftigen gemeinsamen Deliktsbegehung (BGHSt - GS - 46, 321, 329). An einer Verbindung zur gemeinsamen Tatbegehung fehlt es aber, wenn sich Beteiligte eines Drogengeschäfts – sei es auch in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem – lediglich jeweils auf der Verkäufer- und Erwerberseite gegenüber stehen.

## Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

### Rechtsmissbräuchlichkeit der unwahren Verfahrensrüge – Besprechung des Urteils des 3. Senats vom 11.8.2006 – 3 StR 284/05 (BGH HRRS 2006 Nr. 713)

Von **Lucian Krawczyk**, Bielefeld

Das zu besprechende Urteil des 3. Senats<sup>1</sup>, das erwartungsgemäß bereits eine Reihe von Stellungnahmen nach sich gezogen hat,<sup>2</sup> ist für die Revisionspraxis und insbesondere für die Verteidigung im Revisionsverfahren von grundlegender Bedeutung. Es ist neben dem aktuellen Vorlagebeschluss des 1. Senats zur Beachtlichkeit nachträglicher rügevernichtender Protokollberichtigungen<sup>3</sup> als Höhepunkt einer in den letzten Jahren erfolgten Relativierung der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 StPO) zu sehen und bildet zugleich wohl das Ende der alten – mal heftig tobenden, mal verstummten – Debatte um die Zulässigkeit der so genannten unwahren Verfahrensrüge. Der 3. Senat hat in seinem Urteil erstmalig höchstrichterlich entschieden, dass eine auf ein (fehlerhaftes) Protokoll gestützte Verfahrensrüge rechtsmissbräuchlich ist, wenn der Beschwerdeführer die Unrichtigkeit des Protokolls kennt und bewusst wahrheitswidrig einen Verfahrensverstöß behauptet.

#### I. Zum Ausgangspunkt der Problematik der unwahren Verfahrensrüge

1. Die Problematik der unwahren Verfahrensrüge – vom 3. Senat in seinem Urteil als „unwahre Protokollrüge“ bezeichnet – ist eine Folge der Beweisregel des § 274 StPO. Bekanntlich statet diese Norm das Hauptverhandlungsprotokoll im Hinblick auf das Revisionsverfahren und für bestimmte Verfahrensvorgänge (wesentliche/vorgeschiedene Förmlichkeiten i.S.d. § 273 I, 274 StPO) mit einer absoluten Beweiskraft aus. Sofern eine wesentliche bzw. vorgeschriebene Förmlichkeit der Hauptverhandlung betroffen ist, lassen sich die Wirkungen des § 274 StPO für das Revisionsverfahren am prägnantesten mit folgender Formel beschreiben: Ein im Protokoll dokumentierter Verfahrensvorgang gilt als

geschehen, auch wenn er tatsächlich nicht geschehen ist (positive Beweiskraft) und ein nicht protokollierter Verfahrensvorgang gilt als nicht geschehen, auch wenn er tatsächlich geschehen ist (negative Beweiskraft).<sup>4</sup>

2. Dem Revisionsführer eröffnet die Regelung des § 274 StPO somit die Möglichkeit, gestützt auf den (unzutreffenden) Protokollinhalt einen Verfahrensverstöß zu behaupten, der sich tatsächlich gar nicht zugetragen hat – mit anderen Worten: die absolute Beweiskraft des Protokolls für eine unwahre Verfahrensrüge auszunutzen. Diese Möglichkeit steht prinzipiell jedem Revisionsführer offen, besteht also etwa auch bei Revisionen der Staatsanwaltschaft oder des Nebenklägers. Dennoch wird die Problematik der unwahren Verfahrensrüge fast ausschließlich im Zusammenhang mit Angeklagtenrevisionen diskutiert und dabei speziell auf den mit der Revision befassten Verteidiger abgestellt. Weil sich diese Problematik in der Praxis in der Tat ganz überwiegend nur in diesem Zusammenhang stellen dürfte, was auch das zu besprechende Urteil des 3. Senats zeigt, beschränken sich die nachfolgenden Überlegungen ebenfalls auf Angeklagtenrevisionen.<sup>5</sup>

3. Bereits an dieser Stelle darf aber darauf hingewiesen werden, dass die absolute Beweiskraft des Protokolls gem. § 274 StPO für die Verteidigung schon immer eine eher zwiespältige Angelegenheit war und weniger – wie es zum Teil dargestellt wird und wie es auch einige Formulierungen im Urteils des 3. Senats nahe legen – eine willkommene Hintertür, um sowohl materiell richtige als auch verfahrensgemäß zustande gekommene Urteile zu Fall zu bringen und so eine neue Tatsachenverhandlung „herauszuschinden“. Dies folgte zunächst schon aus dem Umstand, dass § 274 StPO auch in die andere Richtung ausschlägt, wenn ein tatsächlich geschehener Verfahrensverstöß im Protokoll nicht dokumentiert ist und damit auch nicht – von dem grundsätzlich möglichen, aber wohl wenig Erfolg versprechenden Antrag auf Protokollberichtigung abgesehen<sup>6</sup> – bewiesen werden kann. Die Zwiespältigkeit des § 274 StPO für die Verteidigung ergab sich aber mehr noch aus der Rechtsprechung zur Unbeachtlichkeit der bloßen Protokollrüge. Denn danach durfte sich der Verteidiger nicht auf den bequemen Hinweis zurückziehen, dass das Protokoll einen bestimmten

<sup>1</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713 = NJW 2006, 3579 = NStZ 2007, 49 = StV 2006, 627.

<sup>2</sup> Diese sind überwiegend ablehnend; siehe *Gaede*, StraFo 2007, S. 29 ff.; *Hollaender*, JR 2007, S. 6 ff.; *Jahn*, JuS 2007, S. 91 ff.; *Kudlich*, HRRS 2007, S. 9 ff.; *Mikolajczyk*, ZIS-online 2006, S. 541 ff.; *Widmaier*, NJW 2006, S. 3587 f. Ausdrückliche Zustimmung erhält das Urteil hingegen von *Fahl*, JR 2007, S. 34 ff.

<sup>3</sup> BGH HRRS Nr. 858 = NJW 2006, S. 3582 ff. Siehe dazu den Beitrag von *Gaede*, HRRS 2006, S. 409 ff.

<sup>4</sup> Zu den Wirkungen des § 274 StPO siehe ausführlich mit Beispielen *Löwe/Rosenberg-Gollwitzer* (25. Aufl.), § 274 Rn. 18-20 sowie Systematischer Kommentar-*Schlüchter/Frister* (Stand: Mai 2005), § 274 Rn. 13 f.

<sup>5</sup> Die Problematik der unwahren Verfahrensrüge bei Revisionen der Staatsanwaltschaft beleuchten aber *Detter*, StraFo 2004, S. 329, 333 und *Park*, StraFo 2004, S.335, 337.

<sup>6</sup> Vgl. *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 7. Aufl., Rn. 843 sowie *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., Rn. 240.

Verfahrensverstoß ausweise; vielmehr, so verlangte es die Rechtsprechung spätestens seit der Grundsatzentscheidung BGHSt 7, 162, musste der Verteidiger stets bestimmt behaupten, dass sich der Verfahrensfehler in der Hauptverhandlung zugetragen habe. Dies schloss jedwede „halbweiche Formulierungen“<sup>7</sup> des Verteidigers aus. Der tiefere Grund für diese Rechtsprechung lässt sich der besagten Grundsatzentscheidung des BGH ebenfalls entnehmen: die Ausnutzung der absoluten Beweiskraft des Protokolls zur Rüge eines tatsächlich nicht geschehenen Verfahrensfehlers sollte möglichst erschwert werden.<sup>8</sup> Der Verteidiger musste also, wollte er eine Urteilsaufhebung für den Angeklagten erreichen, unter Umständen eine wahrheitswidrige Behauptung aufstellen. Er, so ist es treffend in einer Presseerklärung der Strafverteidigervereinigungen zum Urteil des 3. Senats formuliert, geriet „in ein Dilemma: Die Pflicht zur bestmöglichen Vertretung der Interessen des Mandanten kollidiert mit dem beruflichen Selbstverständnis.“<sup>9</sup>

## II. Die Entwicklung der Diskussion über die Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge bis in die neueste Zeit

Musste der Verteidiger – wenn er die Durchführung der Revision nicht an einen Kollegen abgab<sup>10</sup> – aus dem soeben aufgezeigten Dilemma selbst herausfinden und konnte ihm die Entscheidung für oder gegen das Erheben einer unwahren Verfahrensrüge niemand abnehmen, stellte sich daneben die Frage, ob eine unwahre Verfahrensrüge überhaupt (rechtlich) zulässig ist.

1. Bevor die Argumentation des 3. Senats, der sich mit dieser Frage im vorliegenden Urteil ausführlich beschäftigt hat, näher beleuchtet wird, lohnt sich zunächst ein Blick auf die bisherige Entwicklung der Diskussion über die Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge. Dieser Blick ist umso lohnenswerter, als die Diskussion zwar im Urteil des 3. Senats zwar in Kürze dargestellt wird, ihr Verlauf und die vorherrschende Meinung, die sich dabei in der Rechtsprechung sowie im Schrifttum herausgeschält hat, nicht recht deutlich werden. Überdies greift der 3. Senat viele der in der Vergangenheit für bzw. gegen die Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge vorgebrachten Gründe auf; insofern dient der folgende Abriss außerdem dazu, die Argumentation des 3. Senats vor dem Hintergrund der historischen Debatte nachvoll-

<sup>7</sup> Dahn (Fn. 6), Rn. 919.

<sup>8</sup> BGHSt 7, 162, 164. Siehe dazu auch Fahl, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 665 f., der insoweit von einer „abschreckenden Funktion“ spricht.

<sup>9</sup> Presseerklärung „Unwahre Verfahrensrügen“ der Strafverteidigervereinigungen vom 18.8.2006; im Internet abrufbar unter: [www.strafverteidigervereinigungen.org/Verfahrensrue%FCgen.htm](http://www.strafverteidigervereinigungen.org/Verfahrensrue%FCgen.htm).

<sup>10</sup> In der Fachliteratur wird dies als Ausweg aus der Konfliktsituation empfohlen; siehe Dahn (Fn. 6), Rn. 920 sowie Sarstedt/Hamm (Fn. 6), Rn. 293. Diesen Ausweg hat der 3. Senat mit seinem Urteil nun ebenfalls verbaut; dazu noch unten III.6.

ziehbarer zu machen, sie aber auch kritisch zu hinterfragen. Bei der Frage nach Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge sind zunächst einmal zwei Ebenen auseinander zu halten: Zum einen geht es um die berufsrechtliche Zulässigkeit. Ist der Verteidiger, wie im Normalfall, Rechtsanwalt, kann eventuell das anwaltliche Berufsrecht, speziell die anwaltliche Wahrheitspflicht, dem Erheben einer unwahren Verfahrensrüge entgegenstehen. Zum anderen fragt sich, ob eine unwahre Verfahrensrüge ungeachtet eines etwaigen berufsrechtlichen Verstoßes jedenfalls prozessual zulässig ist.

2.a) Heftig umstritten – dies wird in dem Urteil des 3. Senats so nicht ganz deutlich – ist bei näherer Betrachtung eigentlich nur die berufsrechtliche Zulässigkeit gewesen, und das auch eher in der Vergangenheit. Der Streit wurde vornehmlich in den 50er Jahren des letzten Jahrhunderts ausgefochten – zu der Zeit, in der die grundlegende Entscheidung BGHSt 2, 125 fiel, die nachträgliche und rügevernichtende Protokollberichtigungen für unbeachtlich erklärte und damit an die vorangegangenen Grundsatzentscheidungen RGSt 43, 1 und OGHSt 1, 277 anknüpfte.<sup>11</sup> Während vereinzelt vertreten wurde, dass es sich bei der unwahren Verfahrensrüge bereits gar nicht um eine Lüge handele,<sup>12</sup> war es früher – und ist es auch heute noch – unter den Befürwortern der berufsrechtlichen Zulässigkeit verbreiteter, den (vermeintlichen) Widerspruch zwischen dem Erheben einer unwahren Verfahrensrüge und der anwaltlichen Wahrheitspflicht durch die Annahme eines eigenständigen prozessualen Wahrheitsbegriffs für das von § 274 StPO erfasste Verfahrensgeschehen aufzulösen. Diese Sichtweise geht zurück auf eine Passage in der alten reichsgerichtlichen Entscheidung RGSt 43, 1, die sich, wie gesagt, hauptsächlich mit der Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen befasst. In der Entscheidung heißt es, dass durch die Beurkundungen in dem von § 274 StPO mit einer besonderen Beweiskraft versehenen Hauptverhandlungsprotokolls ein Sachverhalt geschaffen werde, „der kraft gesetzlicher Vorschrift als Tatsache zu behandeln ist ohne Rücksicht darauf, wie der wirkliche Sachverhalt liegen mag (...)“.<sup>13</sup> Daher, so diejenigen, die sich an diese Passage angelehnt haben, gelte im Bereich des § 274 StPO der materielle Wahrheitsbegriff nicht. Vielmehr sei hier gem. § 274 StPO von dem protokollierten Verfahrensgeschehen und der so geschaffenen prozessualen Wahrheit auszugehen. Gemessen an dieser prozessualen Wahrheit sei eine auf das Protokoll gestützte Behauptung keine wahrheitswidrige Behauptung.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> Siehe dazu Krawczyk, HRRS 2006, S. 344, 345 f. sowie zum aktuellen Vorlagebeschluss des 1. Senats in dieser Sache Gaede (Fn. 3).

<sup>12</sup> So Cüppers, NJW 1950, S. 930, 931.

<sup>13</sup> RGSt 43, 1, 6.

<sup>14</sup> Diese Begründung geht maßgeblich auf Kalsbach, Standesrecht des Rechtsanwalts, 1956, S. 305 ff. zurück; siehe auch zuvor schon ders. in AnwBl. 1950/51, S. 110, 111. Eine ganz ähnliche Argumentation findet sich auch bei Schmid, DRpfl. 1962, S. 301, 304 und bei Park (Fn. 5), S. 338.

2.b) Die Gegenposition, die in der unwahren Verfahrensrüge einen berufsrechtlichen Verstoß erblickt, lehnt es hingegen ab, einen eigenständigen, aus § 274 StPO folgenden Wahrheitsbegriff anzuerkennen. Am deutlichsten hat dies in der Vergangenheit *Dallinger* formuliert: § 274 StPO habe nicht die Wirkung einer Fiktion, durch die ein Sachverhalt geschaffen werde, sondern sei lediglich eine Beweisregel. Die Tatsache, dass man mit Hilfe der gesetzlichen Beweisregel etwas beweisen und dann mit einem Rechtsmittel durchdringen könnte, bedeute noch keineswegs, dass man eine entsprechende Behauptung aufstellen dürfe.<sup>15</sup> In jüngerer Zeit hat *Tepperwien* dieses Argument fortgeführt. Der Hinweis auf eine „konstitutive Wirkung“ des Protokolls in dem Sinne, dass § 274 StPO einen für die Revisionsinstanz bindenden Sachverhalt schaffe, löse das Problem eines dem Verteidiger anzulastenden Verstoßes gegen die Wahrheitspflicht nicht.<sup>16</sup> Festzuhalten bleibt aber, dass die Auffassung, die eine unwahre Verfahrensrüge mit dem anwaltlichen Berufsrecht, speziell mit der Wahrheitspflicht des Rechtsanwalts für unvereinbar hält, vornehmlich in der Vergangenheit vertreten wurde.<sup>17</sup> Obwohl sie auch noch bis in die jüngste Zeit hinein ihre Anhänger findet,<sup>18</sup> wird heute überwiegend die berufsrechtliche Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge bejaht.<sup>19</sup>

3.a) Im Gegensatz dazu war die prozessuale Zulässigkeit, um die es bei dem Urteil des 3. Senats geht, bei weitem nicht so umstritten. Zwar finden sich in den älteren, die Beachtlichkeit nachträglicher Berichtigungen des Protokolls betreffenden Entscheidungen RGSt 43, 1 und OGHSt 1, 277 Wendungen, welche die unwahre Verfahrensrüge in die Nähe des Rechtsmissbrauchs rücken. Es ist insoweit die Rede von der Möglichkeit, „eine prozessrechtliche Befugnisse zu tatsächlich wahrheitswidrigen Zwecken zu missbrauchen“<sup>20</sup>, bzw. von „der missbräuchlichen Ausübung der Befugnis“<sup>21</sup>. Zum Teil sind diese Wendungen dahin gehend verstanden worden, dass das

<sup>15</sup> *Dallinger*, NJW 1951, S. 256, 257; ähnlich auch *Dahs sen.*, AnwBl. 1950/51, S. 90.

<sup>16</sup> *Tepperwien*, Festschrift für Lutz Meyer-Goßner, 1001, S. 595, 598. Ganz ähnlich haben sich auch *Detter* (Fn. 5), S. 334 und *Fahl* (Fn. 8), S. 687 f. geäußert.

<sup>17</sup> Siehe neben den in Fn. 14 genannten Autoren *Jeschek*, GA 1956, S. 97, 119 sowie Löwe/Rosenberg-*Dünnebier* (23. Aufl.), vor § 137 Rn. 17 f. und Löwe/Rosenberg-*Meyer* (23. Aufl.), § 337 Rn. 80.

<sup>18</sup> *Detter* (Fn. 5), S. 334; *Ranft*, JuS 1999, S. 867, 868; *Tepperwien* (Fn. 16), S. 595, 598 ff.

<sup>19</sup> *Dahs* (Fn. 6), Rn. 918; *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozess, 6. Aufl., Rn. 490; *Karlsruher Kommentar-Laufhütte* (5. Aufl.), vor § 137 Rn. 10; *Kempf* in: Brüssow u.a. (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, Band I, 3. Aufl., § 1 Rn. 69; *Park* (Fn. 5), S. 338; *Sarstedt/Hamm* (Fn. 5), Rn. 292 sowie aus dem berufsrechtlichen Schrifttum *Feuerich/Weiland*, Bundesrechtsanwaltsordnung (6. Aufl.), § 43a Rn. 42; *Hennsler/Prütting-Eylmann*, Bundesrechtsanwaltsordnung (2. Aufl.), § 43a Rn. 116.

<sup>20</sup> RGSt 43, 1, 6.

<sup>21</sup> OGHSt 1, 277, 282.

Erheben einer unwahren Verfahrensrüge in den Augen der Rechtsprechung einen Rechtsmissbrauch darstellt<sup>22</sup> oder zumindest darstellen könnte<sup>23</sup>. Die Rechtsprechung des BGH hat sich gleichwohl in die andere Richtung entwickelt. Wegweisend ist hier wiederum die oben schon im Zusammenhang mit der Unbeachtlichkeit der bloßen Protokollrüge erwähnte Entscheidung BGHSt 7, 162 gewesen. Dort heißt es ausdrücklich, das Revisionsgericht könne „keinen Beschwerdeführer daran hindern, einen Verfahrensfehler, der durch die Niederschrift bewiesen wird, ohne Rücksicht auf die wirklichen Hergänge zu behaupten.“<sup>24</sup> Dementsprechend ist die prozessuale Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge bis in die jüngere Zeit hinein in der Rechtsprechung nie angezweifelt worden; die gegenläufige Entwicklung in den letzten Jahren wird gleich noch aufgezeigt.

3.b) Auch für das Schrifttum stand die prozessuale Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge – nahezu ausnahmslos, kann man hier sagen – außer Frage.<sup>25</sup> Interessanterweise reihten sich hier auch diejenigen ein, die in der unwahren Verfahrensrüge einen berufsrechtlichen Verstoß des Verteidigers erblickten.<sup>26</sup> Ein zentrales Argument für viele Autoren war auch hier wieder der auf RGSt 43, 1 zurückgehende und schon für die Bejahung der berufsrechtlichen Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge verwendete prozessuale Wahrheitsbegriff<sup>27</sup>, während andere auf den Formalismus des Revisionsrechts verwiesen, welcher auch die Ausnutzung eines Protokollfehlers durch den Verteidiger erlaube<sup>28</sup> und wiederum andere eher praktische Gesichtspunkte anführten. Der Nachweis wissentlich falschen Vortrags des Verteidigers, der ja für den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit erforderlich sei, sei außerhalb besonders krasser Fälle, kaum zu führen.<sup>29</sup> Bemerkenswert ist an dieser Stelle noch, dass auch kein geringerer als der ehemalige Vorsitzende des 1. Senats *Schäfer* in einem im Jahre 2000 erschienenen wegweisenden Aufsatz, der sich ansonsten insgesamt wie ein Abgesang auf das Prinzip der absoluten Beweiskraft des Protokolls liest und der auch die argumentative Grundlage für das aktuelle Anliegen des 1. Senats ist, das Verbot der Rügeverkümmern zu kippen,<sup>30</sup> sich dezidiert gegen eine Behandlung unwahrer Verfahrensrügen als prozessual unzulässig ausgesprochen hat. *Schäfer* sah „keine Möglichkeit, die

<sup>22</sup> *Dallinger* (Fn. 15), S. 258.

<sup>23</sup> So etwas vorsichtiger *Fahl* (Fn. 8), S. 682.

<sup>24</sup> BGHSt 7, 162, 164.

<sup>25</sup> Siehe u.a. *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 157; *Dahs*, StraFo 2000, S. 181, 185; *ders.* (Fn. 6), Rn. 918; *Dahs/Dahs* (Fn. 19), Rn. 490; *Detter* (Fn. 5), S. 335; *Karlsruher Kommentar-Laufhütte*, vor § 137 Rn. 13; *Park* (Fn. 5), S. 337; *Systematischer Kommentar-Schlüchter/Frister*, § 274 Rn. 24.

<sup>26</sup> So z.B. Löwe/Rosenberg-*Dünnebier* (23. Aufl.), vor § 137 Rn. 18.

<sup>27</sup> *Dahs* (Fn. 25), S. 185 sowie *ders.* (Fn. 6), Rn. 918; weiterhin *Park* (Fn. 5), S. 337.

<sup>28</sup> *Detter* (Fn. 5), S. 335.

<sup>29</sup> *Tepperwien* (Fn. 16), S. 601.

<sup>30</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 858 = NJW 2006, S. 3582 ff.

bewusste Wahrheitswidrigkeit der Rügebehauptung auch nur zu prüfen oder gar zu beweisen, denn das Gesetz lässt mit aller Eindeutigkeit in diesen Fällen gegen den Inhalt des Protokolls nur den Nachweis der Fälschung zu und nimmt es hin, dass das Revisionsgericht seine Entscheidung ‚ohne Rücksicht auf die wirklichen Vorkommnisse in der Hauptverhandlung‘ zu treffen hat.<sup>31</sup> Es war *Fahl*, der in seiner 2004 erschienenen Habilitationsschrift diese geschlossene Meinungsfront durchbrach und als erster aus dem Schrifttum die unwahre Verfahrensrüge als Rechtsmissbrauch ansah.<sup>32</sup> Dieselbe Auffassung wird nunmehr auch in der Kommentierung von *Meyer-Goßner* vertreten, nachdem dort noch bis zur 47. Auflage von der Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge ausgegangen worden ist.<sup>33</sup>

3.c) Bereits einige Jahre früher, bevor mit den soeben genannten Autoren auch aus dem Schrifttum anders lautende Stimmen zu vernehmen waren, machten sich einige Senate des BGH erste Gedanken in diese Richtung. Für größeres Aufsehen sorgte hier ein im Urteil des 3. Senats erwähntes obiter dictum eben desselben Senats aus dem Jahre 1999. In seinem damaligen Beschluss zog der 3. Senat erstmals in Betracht, unwahre Verfahrensrügen zukünftig als rechtmisbräuchlich anzusehen und als prozessual unzulässig zu behandeln.<sup>34</sup> Dem folgten in den nächsten Jahren im Wesentlichen gleiche obiter dicta wiederum des 3. Senats<sup>35</sup> sowie des 5.<sup>36</sup> und des 2. Senats<sup>37</sup>. Insofern kommt das zu besprechende Urteil des 3. Senats nicht überraschend, und insofern liegt hier ein gutes Beispiel dafür vor, wie Gerichte ihre eigenen rechtspolitischen Vorstellungen zunächst im Rahmen von obiter dicta mitteilen und damit zugleich das Feld für die spätere Rechtsprechungsänderung bereiten.

## II. Das Urteil des 3. Senats

1. Dem Urteil lag die Verfahrensrüge zugrunde, der Angeklagte sei in der Hauptverhandlung nicht verteidigt gewesen. Das Protokoll wies für den 126. (!) Verhandlungstag aus, dass von den beiden Verteidigerinnen des Angeklagten zunächst die eine und wenig später auch die andere Verteidigerin den Sitzungssaal verlassen hat, so dass der Angeklagte während der Vernehmung eines Zeugen unverteidigt gewesen ist. Ausweislich des Protokolls lag somit der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 i.V.m. § 140 I Nr. 1 StPO vor. Allerdings wurde, nachdem der Verfahrensverstöß gerügt worden ist, das

<sup>31</sup> *Schäfer*, Festschrift aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, 2000, S. 707, 727.

<sup>32</sup> *Fahl* (Fn. 8), S. 700 ff. Dem Urteil des 3. Senats kann *Fahl* (Fn. 2) daher voll und ganz zustimmen.

<sup>33</sup> *Meyer-Goßner*, Strafprozessordnung (49. Aufl. bzw. 47. Aufl.), jeweils § 274 Rn. 21.

<sup>34</sup> BGH NStZ 1999, 424 = StV 1999, 582.

<sup>35</sup> BGH NStZ-RR 2002, 530 = StV 2002, 530.

<sup>36</sup> BGH NStZ 2000, 216 sowie BGH NStZ 2004, 451 = StV 2004, 297.

<sup>37</sup> BGH NJW 2001, 3794 = StV 2002, 525.

Protokoll nachträglich dahingehend berichtigt, dass die zweite Verteidigerin während der Zeugenvernehmung doch anwesend gewesen sei. Auch die dem 3. Senat, der über die Revision zu entscheiden hatte, vorliegenden dienstlichen Erklärungen besagten übereinstimmend dasselbe.<sup>38</sup>

2. Blickt man auf frühere einschlägige revisionsgerichtliche Entscheidungen, gaben Fälle, in denen der Angeklagte in der tatrichterlichen Verhandlung zwei Verteidiger hatte und das Protokoll später (fälschlicherweise) für einen bestimmten Zeitraum die gleichzeitige Abwesenheit beider Verteidiger auswies, dem BGH bereits des Öfteren Anlass, sich mit den Wirkungen des § 274 StPO näher zu befassen.<sup>39</sup> Solche Fälle stellen neben der nicht im Protokoll vermerkten Verlesung des Anklagesatzes<sup>40</sup> oder der ausweislich des Protokolls erfolgten Augenscheineinnahme bzw. Verlesung einer Urkunde in Abwesenheit des nach § 247, 1 StPO für die Dauer einer Zeugenvernehmung entfernten Angeklagten<sup>41</sup> fast schon typische Konstellationen dar, die anscheinend für tatsächlich geschehene Verfahrensfehler oder auch nur für bloße Fehler bei der Abfassung des Protokolls besonders anfällig sind. Anlässlich solcher Konstellationen waren einige Senate des BGH – jeweils aus der Überzeugung heraus, dass lediglich eine fehlerhafte Protokollierung vorliege und der im Protokoll dokumentierte Verfahrensverstöß sich tatsächlich gar nicht zugetragen habe – bereits in der Vergangenheit wiederholt bestrebt, die wegen § 274 StPO an sich zwingende Urteilsaufhebung durch eine Relativierung der absoluten Beweiskraft des Protokolls zu vermeiden. Als wirksamstes „Korrektiv“<sup>42</sup> bzw. als wirksamste „Ersatzstrategie“<sup>43</sup> erwies sich dabei vor allem die auf das RG zurückgehende Rechtsprechung zum Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln des Protokolls,<sup>44</sup> die einen Weg in das Freibeweisverfahren eröffnet und somit die Aufklärung des „wirklichen“ und – wie vom Revisionsgericht in den betreffenden Fällen vermutet – vom Protokollinhalt abweichenden Verfahrensgeschehens ermöglicht. Da diese „Ersatzstrategie“ jedoch nicht in jedem Fall angewendet werden kann – das Protokoll muss dann zumindest einen (entfernten) Ansatzpunkt für die Herleitung eines offensicht-

<sup>38</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 2-27 = NJW 2006, S. 3579 (Ziff. 2-12).

<sup>39</sup> Aus jüngerer Zeit können hier die Entscheidungen NJW 2001, 3794 und NStZ 2005, 46 genannt werden.

<sup>40</sup> Siehe z.B. BGH NStZ 1999, 424; NStZ 2000, 214; NStZ 2004, 451 sowie den Vorlagebeschluss des 1. Senats zur Beachtlichkeit nachträglicher rügevernichtender Protokollberichtigungen HRRS 2006 Nr. 858 = NJW 2006, 3582.

<sup>41</sup> Siehe z.B. BGH NStZ 2001, 262; NJW 2003, 597; StraFo 2004, 319; StV 2005, 6.

<sup>42</sup> *Schäfer* (Fn. 31), S. 710 ff.

<sup>43</sup> *Fahl* (Fn. 8), S. 705 ff. und *ders.* (Fn. 2), S. 36.

<sup>44</sup> Zur Herleitung dieser Rechtsprechung RGSt 63, 408, 410 f.; BGHSt 17, 220, 222 sowie *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweis-antrag im Strafprozess, 5. Aufl., S. 890; *Löwe/Rosenberg-Gollwitzer*, § 274 Rn. 23 und 26; *Meyer-Goßner*, 49. Aufl., § 274 Rn. 17.

lichen, zum Wegfall der absoluten Beweiskraft führenden Mangels bieten –, hat der BGH in den letzten Jahren immer auch nach anderen Möglichkeiten gesucht, um die einschneidenden Wirkungen des § 274 StPO einzugrenzen.

3. Der 3. Senat – damit ist wieder die Brücke zurück zum vorliegenden Urteil geschlagen – hat nun erstmalig den bislang nur angedachten und bislang noch nicht beschrittenen Weg gewählt, eine von ihm als *bewusst wahrheitswidrig* ausgemachte Verfahrensrüge als rechtsmissbräuchlich zu behandeln und damit als prozessual unzulässig zurückzuweisen. Dabei bekräftigt der 3. Senat zunächst einmal das, was seit der insoweit grundlegenden Entscheidung BGHSt 38, 111 zumindest in der Rechtsprechung anerkannt ist: nämlich die Existenz eines über die wenigen gesetzlich geregelten Fälle hinausgehenden allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs im Strafprozess. Ausgehend von der ebenfalls seit BGHSt 38, 111 geläufigen Standarddefinition, wonach ein Missbrauch prozessualer Rechte dann anzunehmen sei, „wenn ein Verfahrensbeteiligter die ihm durch die StPO eingeräumten Möglichkeiten zur Wahrung seiner verfahrensrechtlichen Belange benutzt, um gezielt verfahrensfremde oder verfahrenswidrige Zwecke zu verfolgen“<sup>45</sup>, führt der Senat dafür, dass auch eine bewusst unwahre Verfahrensrüge einen Rechtsmissbrauch darstellt, keine nennenswerten neuen Gesichtspunkte an. Er greift vielmehr die für bzw. gegen die prozessuale Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge bereits ins Feld geführten und oben skizzierten Gründe auf und gewichtet diese lediglich neu. Die nachfolgende (kritische) Stellungnahme lässt einige ergänzende und flankierende Argumente außen vor und konzentriert sich auf die argumentativen Grundpfeiler des Urteils.

### III. Kritik an der Argumentation des 3. Senats

1. Der kritischen Beleuchtung der Argumentation des 3. Senats sei zweierlei vorangeschickt: Es ist sicherlich nicht so, dass sich sachliche Gründe für eine Behandlung unwahrer Verfahrensrügen als rechtsmissbräuchlich und damit als prozessual unzulässig überhaupt nicht anführen ließen. Solche Gründe gibt es durchaus, so dass man der Argumentation des 3. Senats sicherlich nicht jedwede Stichhaltigkeit absprechen kann.<sup>46</sup> Wie gesehen, findet sich der Gedanke, dass eine unwahre Verfahrensrüge einen Rechtsmissbrauch darstellen kann, zumindest im Ansatz in den beiden historischen Grundsatzentscheidungen RGSt 43, 1 und OGHSt 1, 277. Weiterhin kann sich der Senat bei seiner Auffassung auch auf Vorüberlegungen und Vorarbeiten aus dem Schrifttum – hier ist vor allem die Habilitationsschrift von *Fahl* zu nennen –

<sup>45</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 31 = NJW 2006, 3579, 3580 (Ziff. 16) unter Verweis auf die insoweit grundlegende Entscheidung BGHSt 38, 111.

<sup>46</sup> Ähnlich auch *Gaede* (Fn. 2), 30.

stützen. Was jedoch an dem Urteil des 3. Senats Kritik hervorruft und nicht unwidersprochen bleiben kann, ist zum einen die Einseitigkeit, mit welcher der Senat alle bislang vorgebrachten Argumente gewichtet, und zum anderen der Befund, dass er die gesetzgeberische Grundentscheidung, die in § 274 StPO ihren Niederschlag gefunden hat, vernachlässigt.<sup>47</sup>

2. Letzteres wird schon zu Beginn der Begründungskette des Senats deutlich, wenn der Senat seiner Argumentation die pauschale Aussage voranstellt, der Verteidiger verfolge mit einer unwahren Verfahrensrüge verfahrenswidrige Zwecke, weil eine Verfahrensrüge allein dazu diene, tatsächlich geschehene Verfahrensfehler zu korrigieren, und es diesem Zweck der Verfahrensrüge zuwiderlaufen würde, „wenn man einem Revisionsführer gestatten würde, durch die bewusst wahrheitswidrige Behauptung eines Verfahrensfehlers ein Urteil zu Fall zu bringen (...)“.<sup>48</sup> Dieser Aussage kann man gerade wegen ihrer Pauschalität schwerlich etwas entgegen halten – wer würde auch schon behaupten wollen, dass eine Verfahrensrüge und ein Rechtsmittel dazu dienen, tatsächlich nicht geschehene Verfahrensfehler zu korrigieren? Gleichwohl muss sich diese Aussage mehrere Gegenfragen gefallen lassen: 1. Wie lässt sich das tatsächliche Geschehen in der tatrichterlichen Hauptverhandlung nachträglich, in der Regel mehrere Monate später, am besten aufklären? 2. Auf welche Weise darf das Verfahrensgeschehen kraft Gesetz überhaupt nur aufgeklärt werden? 3. Dürfen Erkenntnisse über das Verfahrensgeschehen, die nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Form gewonnen wurden, überhaupt berücksichtigt werden? Auf all diese Fragen bieten das Gesetz selbst in Form des § 274 StPO sowie die Erwägungen des Gesetzgebers, die diesen zur Einführung jener Vorschrift veranlasst haben, eine hinreichende Antwort: (1.) Das Hauptverhandlungsprotokoll ist zuerst einmal nur eines von mehreren Beweismitteln, mit denen sich das Verfahrensgeschehen später feststellen lässt. Neben dem Protokoll kommen insbesondere nachträgliche Bekundungen der an der Hauptverhandlung mitwirkenden Richter, des Protokollführers oder des Vertreters der Staatsanwaltschaft ebenso in Betracht wie deren eigene schriftliche Aufzeichnungen über den Verfahrenshergang; diese weiteren Beweismittel haben ja auch im vorliegenden Fall eine entscheidende Rolle gespielt und dem 3. Senat zu der Überzeugung verholfen, dass es sich um eine unwahre Verfahrensrüge handele. Der Gesetzgeber hat sich mit diesen verschiedenen Beweismitteln ausführlich auseinandergesetzt, ebenso wie mit der Frage, ob es ein Nebeneinander der Beweismittel geben oder das Protokoll insoweit eine exklusive Stellung einnehmen solle.<sup>49</sup>

<sup>47</sup> Siehe auch *Jahn* (Fn. 2), S. 93, der die Ausführungen des 3. Senats „im Ganzen“ für nicht überzeugend hält.

<sup>48</sup> BGH HRRS 2006, Nr. 713, Rn. 32 = NJW 2006, 3579, 3580 (Ziff. 17).

<sup>49</sup> Die Überlegungen anlässlich der Gesetzgebungsberatungen lassen sich gut nachvollziehen bei *Hahn*, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, Erste Abteilung, 1880, S. 257 f.

Diese Frage ist seinerzeit auch deswegen intensiv diskutiert worden, weil sich unter den der StPO vorhergehenden partikularstaatlichen Verfahrensordnungen sowohl die eine als auch die andere Variante fand.<sup>50</sup> Mit dem § 274 StPO hat sich der Gesetzgeber für das Protokoll als ausschließliches Beweismittel entschieden, vor allem deshalb, weil er nicht genug Vertrauen in nachträgliche Bekundungen der mitwirkenden Richter und der Verfahrensbeteiligten gehabt hat.<sup>51</sup> Damit hat der Gesetzgeber auch bewusst die Entscheidung verbunden, dass das Geschehen bzw. Nichtgeschehen von bestimmten Verfahrensvorgängen nur durch das Protokoll bewiesen werden kann (2.) und dass anderweitige Erkenntnisse über das Verfahrensgeschehen den Protokollinhalt nicht widerlegen können (3.). Der 3. Senat hätte daher im vorliegenden Fall die nachträglichen Erklärungen der in der trichterlichen Verhandlung mitwirkenden Richter sowie des Bundesanwalts, die er in seinem Urteil ausführlich wiedergibt und auf die er sich maßgeblich beruft, schlicht nicht berücksichtigen dürfen.

3. Es mag zwar jene offensichtlichen Fälle geben, die der Senat stets vor Augen hat und in denen in der Tat sehr viel oder auch alles dafür spricht, dass sich der aus dem Protokoll ersichtliche Verfahrensverstoß tatsächlich zugetragen hat – den vorliegenden Fall kann man wohl dazu zählen. Es mag weiterhin auch sein, dass sich gerade angesichts solcher offensichtlichen Fälle für viele die Unzulänglichkeit der Regelung des § 274 StPO zeigt. Jedoch setzt auch die Annahme, dass ein offensichtlicher Fall vorliegt, die freibeweisliche Aufklärung des Verfahrensgeschehens voraus. Eben dies verwehrt aber die Regelung des § 274 StPO,<sup>52</sup> und es ist gar nicht so lange her, dass die Rechtsprechung dies in Anerkennung der Gewaltenteilung auch akzeptiert hat, wie das folgende Zitat aus einer Entscheidung eben des 3. Senats belegt: „Auch wenn dieses Ergebnis (*Anm.: Dass also ein durch das Protokoll ausgewiesener Verfahrensverstoß als geschehen gilt*) der wahren Sachlage widersprechen sollte, muss es als Konsequenz der dem § 274 StPO zugrundeliegenden gesetzgeberischen Entscheidung hingenommen werden.“<sup>53</sup> Diese Akzeptanz der gesetzgeberischen Entscheidung weist das vorliegende Urteil des 3. Senats aber nicht mehr aus. Um diese Erkenntnis kommt man nicht herum, auch wenn man sicherlich Verständnis für das Unbehagen der Revisionsgerichte, das diese im Umgang mit der Regelung des § 274 StPO beschleicht, aufbringen kann. Dass sich der 3. Senat jedoch über die eindeutige

Entscheidung des Gesetzgebers hinwegsetzt,<sup>54</sup> ist der entscheidende Schwachpunkt, der auch die weitere Argumentation des 3. Senats überschattet.

4. Dies gilt unmittelbar für eines der Folgeargumente des 3. Senats, wonach die Beweiskraft des Protokolls bei Anwendung des Missbrauchsverbots nicht ausgehöhlt werde, weil diese auch in Zukunft zumeist ihre Bedeutung behalten und die Berufung auf sie nur in den seltenen Fällen verwehrt werde, „in denen die objektive Unwahrheit so klar zu Tage tritt, dass sie auch dem Verteidiger schlechterdings nicht verborgen geblieben sein kann.“<sup>55</sup> Zum einen setzt jedoch schon die Feststellung der objektiven Unwahrheit des – gleichwohl durch das Protokoll belegten – Rügevortrags die von § 274 StPO verwehrt freibeweisliche Aufklärung des Verfahrensgeschehens voraus, so dass allein dadurch § 274 StPO ausgehöhlt wird.<sup>56</sup> Und zum anderen lässt sich eine einigermaßen klare Grenze zwischen den vom 3. Senat ins Auge gefassten eindeutigen Fällen und allen übrigen Fällen wohl kaum ziehen. Zudem steht zu befürchten, dass diese Grenze – sofern sie sich überhaupt ziehen lässt – in Zukunft weiter verschoben wird, so dass nach und nach immer mehr Verfahrensrügen dem Missbrauchsverbot unterfallen und die Aushöhlung des § 274 StPO weiter voranschreitet.<sup>57</sup>

5. Die Begründung, mit welcher der Senat den von vielen Befürwortern der prozessualen Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge angeführten prozessualen Wahrheitsbegriff<sup>58</sup> verwirft, hat dagegen auf den ersten Blick einiges für sich. Mit Bezug auf eine in der Vergangenheit vertretene Gegenmeinung führt der Senat aus, die Beweiskraft des Protokolls nach § 274 StPO verändere nicht die Tatsachen, mache aus der Unwahrheit keine Wahrheit. Die Vorschrift enthalte vielmehr eine Beweisregel. Die Ebenen der Behauptung eines Verfahrensfehlers und seines Beweises dürften nicht vermengt, sondern müssten streng getrennt werden. Eine zulässige Verfahrensrüge erfordere zunächst die bestimmte Behauptung eines Verfahrensfehlers, erst danach stelle sich die Frage des Beweises. Deshalb besage die Beweisbarkeit einer unwahren Behauptung nichts über deren Zulässigkeit.<sup>59</sup> Dieser in der Vergangenheit von *Dallinger* und *Dünnebier*<sup>60</sup> vertretenen Auffassung ist zunächst einmal zuzugestehen, dass § 274 StPO in der Tat nur eine Beweisre-

<sup>50</sup> Hahn (Fn. 48), S. 257. Siehe auch die ausführliche Dokumentation der Gesetzgebungsgeschichte bei *Ott*, Die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls im Strafverfahren und das Verbot der Rügeverkümmern, 1970, S. 20 ff. sowie den Überblick bei *Schäfer* (Fn. 31), S. 708 f.

<sup>51</sup> Hahn (Fn. 48), S. 258.

<sup>52</sup> In diesem Sinne auch *Gaede* (Fn. 2), S. 30 und *Mikolajczyk* (Fn. 2), S. 543.

<sup>53</sup> BGHR StPO § 274 Beweiskraft 13.

<sup>54</sup> Siehe auch *Widmaier*, NJW (Fn. 2), S. 3588: Das Revisionsgericht sollte sich „nicht in solcher Radikalität über verbindliche Vorschriften des Gesetzes hinwegsetzen.“

<sup>55</sup> BGH HRRS Nr. 713, Rn. 43 = NJW 2006, 3579, 3581 (Ziff. 28).

<sup>56</sup> So zutreffend *Mikolajczyk* (Fn. 2), S. 543.

<sup>57</sup> Diese Befürchtung äußert auch *Mikolajczyk* (Fn. 2), S. 544.

<sup>58</sup> Oben II.3.b).

<sup>59</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 40 = NJW 2006, 3579, 3581 (Ziff. 25) mit Verweis auf *Dallinger* (Fn. 15), S. 257, *Dünnebier* (Fn. 17), Rn. 17 f. sowie *Fahl* (Fn. 8), S. 687, der die Argumentation der beiden genannten Autoren aufgegriffen hat.

<sup>60</sup> Oben II.2.b).

gel ist und man durchaus bezweifeln kann, ob durch diese Vorschrift eine eigene prozessuale Wahrheit geschaffen wird.<sup>61</sup> Dennoch ergibt sich daraus – unabhängig von der Frage, ob sich die Differenzierung zwischen Beweis- und Behauptungsebene letztlich überhaupt durchhalten lässt<sup>62</sup> – nicht die prozessuale Unzulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge. Dabei muss man sich allerdings noch einmal vergegenwärtigen, dass der prozessuale Wahrheitsbegriff von den Vertretern der berufsrechtlichen Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge zu dem Zweck eingeführt worden ist, um darzulegen, dass zwischen anwaltlicher Wahrheitspflicht und dem Erheben einer unwahren Verfahrensrüge kein Widerspruch besteht.<sup>63</sup> Der prozessuale Wahrheitsbegriff ist also ein Kind der Debatte um die *berufsrechtliche* Zulässigkeit der unwahren Verfahrensrüge, auch wenn er bisweilen auch für deren *prozessuale* Zulässigkeit angeführt wird. Jedenfalls haben die Autoren, die in der Vergangenheit den prozessualen Wahrheitsbegriff verworfen haben, stets nur die berufsrechtliche Zulässigkeit im Auge gehabt. Auf diese Weise haben sie zu begründen versucht, dass eine unwahre Verfahrensrüge einen Verstoß gegen die anwaltliche Wahrheitspflicht und damit gegen das anwaltliche Berufsrecht darstellt – eben weil § 274 StPO nicht mehr als eine Beweisregel sei und nichts darüber aussage, ob der Anwalt die Behauptung, welche die gesetzliche Beweisregel auslöse, überhaupt aufstellen dürfe.<sup>64</sup> Um die prozessuale Zulässigkeit ging es in der damaligen Diskussion gar nicht, und die vom Senat in Bezug genommenen *Dallinger* und *Dünnebier* haben auch an keiner Stelle gesagt, dass die unwahre Verfahrensrüge auch *prozessual* unzulässig sei. Vielmehr stand für diejenigen, die das Erheben einer unwahren Verfahrensrüge als berufsrechtlichen Verstoß ansahen, die prozessuale Zulässigkeit außer Frage, wie es etwa *Dünnebier* ausdrücklich gesagt hat: „Die Standeswidrigkeit berührt indessen nicht die prozessuale Wirksamkeit der Rüge.“<sup>65</sup>

6. Weiterhin hat die Anwendung des Missbrauchsverbots auf unwahre Verfahrensrüge wohl doch eine zu Lasten des Angeklagten gehende Unausgewogenheit zur Folge. Diese Unausgewogenheit bei der Anwendung des § 274 StPO war bislang eines der Hauptargumente gegen die Behandlung unwahrer Verfahrensrügen als rechtsmissbräuchlich und damit als prozessual unzulässig. Der Revisionsführer müsse es ja auch hinnehmen, dass tatsächlich geschehene Verfahrensfehler ungerügt bleiben, wenn sie nicht im Protokoll dokumentiert seien. Umgekehrt müsse es ihm eben aus Gründen der Ausgewogenheit auch erlaubt sein, sich auf einen unzutreffenden

Protokollinhalt zu stützen.<sup>66</sup> Der 3. Senat versucht nun, diesen zentralen Einwand durch zwei Gegenargumente zu zerstreuen: Erstens werde die Berufung auf ein objektiv unrichtiges Protokoll in den meisten Fällen auch weiterhin möglich sein und dem Missbrauchsverbot nur bei einer *bewusst* wahrheitswidrigen Rüge unterfallen.<sup>67</sup> Zweitens bestehe die beklagte Unausgewogenheit gar nicht. Denn einer bewusst „unwahren Protokollrüge“ entspreche nicht ein zu Lasten des Angeklagten lediglich irrträgliches, sondern ein bewusst wahrheitswidriges Protokoll, bei dem die Unterzeichner den Nachweis eines tatsächlich ereigneten Verfahrensfehlers durch entsprechende Formulierung des Protokolls bewusst vereitelten. Überdies bestehe die Pflicht zur Berichtigung eines unrichtigen Protokolls, auf die die Verfahrensbeteiligten hinwirken könnten, und es ergebe sich für die Unterzeichner eines bewusst unrichtigen Protokolls eine Strafbarkeit nach § 348 I StGB.<sup>68</sup>

Das erste Argument des Senats setzt freilich voraus, dass es auch in Zukunft für den Revisionsführer bzw. die Verteidigung in ähnlichem Maße wie bislang möglich sein wird, sich auf ein objektiv unrichtiges Protokoll zu berufen. Das darf indes bezweifelt werden,<sup>69</sup> denn mit seinem Urteil hat der 3. Senat eine Tür aufgestoßen, und man kann sich vorstellen, wie die Revisionsgerichte zukünftig in vielen Fällen vorgehen könnten: Sobald das Revisionsgericht die Vermutung hegt, das Protokoll gebe das tatsächliche Verfahrensgeschehen nicht zutreffend wieder, holt es die üblichen dienstlichen Stellungnahmen ein, aus denen sich oftmals ergeben wird, dass der gerügte Verfahrensverstoß sich gar nicht zugetragen und im Gegenteil alles seinen verfahrensgemäßen Gang genommen habe. Der für den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit noch erforderliche Nachweis der Kenntnis des Verteidigers von der Wahrheitswidrigkeit seines Vortrags stellt dann auch keine große Hürde mehr dar. Denn – und daraus ergibt sich eine zusätzliche Verschärfung – der 3. Senat stellt in seinem Urteil ausdrücklich klar, dass die entsprechende Kenntnis des Verteidigers (auch des in der tatrichterlichen Verhandlung nicht anwesenden Revisionsverteidigers!) nicht unbedingt schon im Zeitpunkt der Rügerhebung vorliegen müsse, es vielmehr ausreiche, „wenn das sichere Wissen um die Unwahrheit später erworben“ werde. Es sei kein Grund ersichtlich, „einen erst im Laufe des Revisionsverfahrens entstehenden Rechtsmissbrauch folgenlos hinzunehmen.“<sup>70</sup> Das heißt

<sup>61</sup> Entschieden für den prozessualen Wahrheitsbegriff aber *Widmaier* (Fn. 2), S. 3588; ähnlich auch *Kudlich* (Fn. 2), S. 14 f., der von einer „eigenen Revisionsrealität“ ausgeht.

<sup>62</sup> Dass diese Frage zu verneinen ist, weil die Beweisregel des § 274 StPO auf die Behauptungsebene „vorwirken“ müsse, legt *Gaede* (Fn. 2), S. 30 überzeugend dar.

<sup>63</sup> Oben II.2.a)

<sup>64</sup> So vor allem *Dallinger* (Fn. 15), S. 257.

<sup>65</sup> *Dünnebier* (Fn. 17), Rn. 18.

<sup>66</sup> In diesem Sinne etwa *Rieß* in einer Rezension von *Fahls* Habilitationsschrift, ZStW Band 117 (2005), S. 175, 188.

<sup>67</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 44 = NJW 2006, 3579, 3581 (Ziff. 29), Hervorhebung durch *Verf.*

<sup>68</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 44 = NJW 2006, 3579, 3581 (Ziff. 29), Anführungszeichen im Original.

<sup>69</sup> Auch *Fahl* (Fn. 2), S. 38 räumt ein, dass es den Gerichten in Zukunft nicht schwer fallen werde, einen Missbrauch immer zu bejahen, wenn das Protokoll falsch sei, so dass § 274 StPO „viel von seinem bisherigen Anwendungsbereich verliert.“

<sup>70</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 47 f. = NJW 2006, 3579, 3582 (Ziff. 32 f.).

nichts anderes, als dass man dem Verteidiger (nochmals: auch dem Revisionsverteidiger) das Wissen von der Unwahrheit des Rügevortrags unterstellt, wenn dieser von den dienstlichen Stellungnahmen, die den Protokollinhalt widerlegen, erfährt.<sup>71</sup> Wenn der Verteidiger seine auf das Protokoll gestützte, bislang nur *objektiv* unwahre Verfahrensrüge weiter aufrechterhält, wird diese nunmehr *bewusst* unwahr und damit rechtsmissbräuchlich. Genauso hat der 3. Senat übrigens auch im vorliegenden Urteil das Wissen der Revisionsverteidigerin um die Unwahrheit der Rügebehauptung nachgewiesen.<sup>72</sup> Mit der Ausgewogenheit bei der Anwendung des § 274 StPO hätte es angesichts dessen jedenfalls sein Ende, was dann auch zum zweiten Argument des Senats überleitet:

Zunächst einmal findet sich hier der altbekannte Verweis auf die Möglichkeit, einen Antrag auf Berichtigung des Protokolls zu stellen, so dass die Verteidigung eine Handhabe dagegen hat, dass tatsächlich geschehene, im Protokoll jedoch fälschlicherweise nicht dokumentierte Verfahrensverstöße folgenlos bleiben, weil sie im Revisionsverfahren nicht bewiesen werden können. Dieser Verweis, der implizieren soll, dass sich aus § 274 StPO keine nennenswerten Nachteile und schon gar nicht das Recht zur unwahren Verfahrensrüge ergeben,<sup>73</sup> hat indes nur dann seine Berechtigung, wenn man den Protokollberichtigungsantrag als effektive Option der Verteidigung ansieht. Gerade dies ist jedoch sehr fraglich, weil eine Protokollberichtigung (nach bisheriger Rechtslage) stets eine übereinstimmende Erinnerung der beiden Urkundspersonen (Vorsitzender und Protokollführer) voraussetzt<sup>74</sup> und der Antragsteller hier kaum Einflussmöglichkeiten hat. Nicht ohne Grund wird ein Protokollberichtigungsantrag von Praktikern als ein Unterfangen mit recht geringen Erfolgsaussichten bezeichnet.<sup>75</sup>

Scharfsinniger ist da schon das weitere Argument des 3. Senats, Spiegelbild der bewusst unwahren Verfahrensrüge sei nicht der Fall, dass das Protokoll objektiv, also lediglich irrtümlich unrichtig sei und ein tatsächlich geschehener Verfahrensverstöß nicht bewiesen werden könne, sondern allein der Fall, dass das Protokoll von den Urkundspersonen bewusst inhaltlich falsch erstellt werde. Ebenso wie Letzteres bzw. wie das spätere Unterlassen der Berichtigung eines als unrichtig erkannten Protokolls aber nicht erlaubt und nach § 348 I StGB gar strafbar sei, sei, so ist der Senat hier zu verstehen, auch

<sup>71</sup> Der Schritt, für den Vorwurf der Rechtsmissbräuchlichkeit keine positive Kenntnis mehr, sondern bloße Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unwahrheit der Rügebehauptung zu verlangen, scheint dann auch nicht mehr allzu weit entfernt zu sein; vgl. *Gaede* (Fn. 2), S. 33, der abschließend diese Befürchtung hegt.

<sup>72</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 30 = NJW 2006, 3579, 3580 (Ziff. 15).

<sup>73</sup> So *Fahl* (Fn. 8), S. 678 f. und *ders.* (Fn. 2), S. 35.

<sup>74</sup> Vgl. dazu OLG Frankfurt StV 1993, 463; Karlsruher Kommentar-*Engelhardt*, § 271 Rn. 17 und Löwe-Rosenberg-*Gollwitzer*, § 271 Rn. 47.

<sup>75</sup> Siehe dazu schon oben I.3. und die Nachweise in Fn. 6.

die bewusst unwahre Verfahrensrüge nicht erlaubt. Für diese Schlussfolgerung mag Einiges sprechen, man wird jedoch eines zu bedenken haben: Während es auf der einen Seite wohl kaum möglich sein dürfte, den Urkundspersonen nachzuweisen, dass sie das Protokoll bewusst falsch abgefasst haben bzw. dass sie später in sicherer Kenntnis der Unrichtigkeit des Protokolls dessen Berichtigung unterlassen, wird es den Revisionsgerichten wohl ungleich leichter fallen, dem Verteidiger die Kenntnis von der Unwahrheit seines Rügevorbringens nachzuweisen oder zu unterstellen – das vorliegende Urteil ist ein Beleg hierfür. Zu der vom 3. Senat negierten Unausgewogenheit käme es dann unweigerlich doch.

#### IV. Einige Bemerkungen zur Figur des Rechtsmissbrauchs

1. Die Besprechung des vorliegenden Urteils kann sich nicht in einer argumentativen Auseinandersetzung mit einzelnen Teilen des Urteils erschöpfen, sondern macht einige weitergehende Bemerkungen speziell zur Figur des Rechtsmissbrauchs im Strafprozess erforderlich. Diese sollen nicht die dogmatische Herleitung und Begründung eines allgemeinen Missbrauchsverbots betreffen; dazu ist in den letzten Jahren in einer großen Zahl von Publikationen Vieles gesagt worden.<sup>76</sup> Man kann hier trotz beachtlicher Einwände<sup>77</sup> mit der Rechtsprechung (BGHSt 38, 111) und der wohl überwiegenden Auffassung davon ausgehen, dass ein allgemeines Missbrauchsverbot auch im Strafprozess gilt,<sup>78</sup> denn nicht die Existenz eines allgemeinen Missbrauchsverbots ist das Problem, sondern dessen Anwendung in der Praxis. Die Gerichte, die ja ausgehend von der herkömmlichen Definition von Rechtsmissbrauch darüber zu befinden haben, ob ein Recht zu verfahrensfremden bzw. verfahrenswidrigen Zwecken eingesetzt wird, halten mit dem allgemeinen Missbrauchsverbot ein mächtiges Instrument in der Hand. Und insoweit besteht die grundsätzliche Befürchtung, dass bei der Grenzziehung zwischen noch erlaubter Rechtsausübung und der Verfolgung verfahrensfremder bzw. verfahrenswidriger Zwecke und damit einem

<sup>76</sup> Vgl. nur die Literaturnachweise bei *Kudlich* (Fn. 2), S. 10 und dort in Fn. 11.

<sup>77</sup> Ein Einwand stellt schon auf den Vorbehalt des Gesetzes ab, vgl. *Jahn* (Fn. 2), S. 92, ein weiterer darauf, dass der Gesetzgeber sich in der großen Diskussion der 70er Jahre des letzten Jahrhunderts ausdrücklich gegen die Einführung einer allgemeinen Missbrauchs Klausel entschieden hat, vgl. *Kühne*, StV 1996, S. 684, 686. Siehe insoweit auch *Gaede* (Fn. 2), S. 31, der einen Rekurs auf ein ungeschriebenes, also gesetzlich nicht geregeltes Missbrauchsverbot mit Blick auf das Recht auf ein faires Verfahren für bedenklich und verfehlt hält, weil jenes Recht beinhaltet, dass das Verfahren als solches und insbesondere belastende Rechtseinschränkungen *gesetzlich* ausgeprägt sein müssten.

<sup>78</sup> Obwohl der 3. Senat sicherlich Einiges mehr hätte sagen können (und müssen), um die Existenz eines allgemeinen Missbrauchsverbots zu begründen, wie *Kudlich* (Fn. 2), S. 11, kritisch anmerkt.

Rechtsmissbrauch die Entscheidungen des Gesetzgebers – auf die es ja eigentlich allein ankommt – etwa durch die Vorstellung des Gerichts, welche Richtung ein Prozess nehmen bzw. welches Ergebnis er haben soll, überlagert wird.<sup>79</sup> Das allgemeine Missbrauchsverbot ist nicht davor gefeit, als eine Art Allroundwaffe instrumentalisiert zu werden – sei es zur Durchsetzung besagter Vorstellungen, sei es dazu, den Unmut über eine Verteidigung, die gegen das anvisierte Ergebnis des Prozesses agiert, auszudrücken und dieser deutlich die Grenzen aufzuzeigen.<sup>80</sup> Der 3. Senat nimmt diese vielfach geäußerte Befürchtung vor einem „Missbrauch des Missbrauchsverbots“ durch die Gerichte, die seinerzeit auch ja auch ein Hauptgrund war, von der gesetzlichen Regelung einer allgemeinen Missbrauchsklausel abzusehen,<sup>81</sup> zwar auf, schenkt ihr aber allenfalls am Rande Beachtung. Die Gerichte seien, so der 3. Senat, im Umgang mit dem Missbrauchsverbot ausgesprochen zurückhaltend, was durch die sehr seltenen Entscheidungen, in denen davon Gebrauch gemacht worden sei, belegt werde.<sup>82</sup>

2. Einige Passagen des vorliegenden Urteils und weitere Entscheidungen aus jüngster Zeit lassen indes vermuten, dass die Gerichte im Begriff sind, diese Zurückhaltung aufzugeben. Unverkennbar ist das Urteil in einem gereizten Klima entstanden, und offensichtlich hat sich beim 3. Senat ein gehöriges Maß an Verärgerung über zunächst bestimmte einzelne Verteidigungsaktivitäten und dann vielleicht auch über die Verteidigung *als solche* angestaut. In Teilen der Rechtsprechung besteht anscheinend die Einschätzung, dass sich die Verteidigung „dem traditionellen Ziel des Strafprozesses, der Wahrheitsermittlung in einem prozessordnungsgemäßen Verfahren nicht mehr verpflichtet fühlt (...)“ mit der Folge, „dass die Strafjustiz auf Dauer an ihre Grenzen stößt.“ Solche Unmutsäußerungen<sup>83</sup> finden in zwei jüngeren Beschlüssen gerade des 3. Senats.<sup>84</sup> Und man erkennt, dass das vorliegende Urteil – auch wenn hier eine ähnliche Formulierung nicht ausdrücklich auftaucht – von demselben Unmut getragen ist, mit dem einzigen Unterschied, dass der 3. Senat in jenen beiden Fällen noch von einer „formal korrekt“ geführten Verteidigung ausgegangen ist, während er im vorliegenden Fall die Grenze zum Rechtsmissbrauch eindeutig für überschritten hält. Es soll dabei nun nicht in Abrede gestellt werden, dass der Unmut der Rechtsprechung in einzelnen Fällen nicht auch seine

Berechtigung hat und durch bestimmte Verteidigeraktivitäten veranlasst ist. Diesen Eindruck kann man jedenfalls angesichts der Sachverhalte gewinnen, die in den beiden besagten Beschlüssen des 3. Senats mitgeteilt sind<sup>85</sup> – bei aller Vorsicht, die geboten ist, wenn man die näheren Umstände der jeweiligen Verfahren nicht kennt und auf die Sachverhaltsschilderung in den Entscheidungen verwiesen ist. Letztlich aber dürfte es sich bei den Fällen, an denen sich der Unmut der Gerichte entzündet, immer noch um krasse Einzelfälle handeln, die nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, dass Verteidigung ganz überwiegend sachlich und auf der Grundlage des Rechts geführt wird. Das Urteil des 3. Senats allerdings, so merkt *Widmaier* kritisch an, erwecke „den Eindruck eines von lügenhaften Verfahrensrügen bedrängten Revisionsgerichts, dem nur noch radikale Mittel helfen können.“<sup>86</sup> Wenn dieser Eindruck, der sich in der Tat einstellt, beabsichtigt gewesen ist, so ist das eine zu einseitige Darstellung des Verfahrensalltags. Für die Problematik der unwahren Verfahrensrügen kann von hier aus nicht eingeschätzt werden, wie oft diese in der Praxis vorkommen. Ob es sich dabei um eine ernstzunehmende Gefahr für die Strafjustiz und um, wie es von *Fahl* behauptet worden ist, einen „massenhaft auftretenden Missbrauch“<sup>87</sup> handelt, darf indes bezweifelt werden. *Fahl* bezieht sich insoweit, nebenbei bemerkt, auf eine Anmerkung von *Niethammer* aus dem Jahre 1949. *Niethammer*, dem man laut *Fahl* Glauben schenken dürfe, hat dort in Bezug auf die Entscheidung RGSt 70, 241 aus dem Jahre 1936, mit der das bis dahin geltende Verbot der Rügeverkümmern gekippt wurde, gesagt, maßgebend für diese Entscheidungen seien Erfahrungen gewesen, die sich in den vergangenen Jahrzehnten angesammelt hätten. Die starre Gebundenheit an den zur Zeit der Erhebung einer Verfahrensbeschwerde gegebenen Inhalt der Sitzungsniederschrift sei von Beschwerdeführern immer wieder missbraucht worden.<sup>88</sup> Liest man jedoch die aus der nationalsozialistischen Zeit stammende Entscheidung RGSt 70, 241, drängt sich der Eindruck auf, maßgebend für die damalige Aufgabe des Verbots der Rügeverkümmern ist in erster Linie das Bestreben der NS-Strafjustiz gewesen, rechtsstaatliche Einrichtungen aus dem Strafverfahren zu verbannen und mit dem Angeklagten möglichst kurzen Prozess zu machen.<sup>89</sup> Nicht ohne Grund distanziert sich etwa der 1. Senat des BGH in seinem aktuellen Vorlagebeschluss zum Verbot der

<sup>79</sup> Siehe *Kühne* (Fn. 74), S. 687, der daher auch mit Recht von der relativen Beliebigkeit des Missbrauchsvorwurfs spricht.

<sup>80</sup> Ähnlich auch *Gaede* (Fn. 2), S. 32 f., der Vorsicht im Umgang mit dem allgemeinen Missbrauchsverbot anmahnt.

<sup>81</sup> Vgl. *Kühne* (Fn. 74), S. 686 mit den entsprechenden Nachweisen.

<sup>82</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 31 = NJW 2006, 3579, 3580 (Ziff. 16). Dem stimmen *Fahl* (Fn. 2), S. 36 und *Kudlich* (Fn. 2), S. 11, zu.

<sup>83</sup> Schärfer *Ventzke*, HRRS 2005, S. 233, der insoweit von „Verteidigerbeschimpfungen“ spricht.

<sup>84</sup> BGH HRRS 2005 Nr. 162, Rn. 3 und HRRS 2006 Nr. 841, Rn. 4.

<sup>85</sup> In BGH HRRS 2005 Nr. 162 war es eine fast schon als haarsträubend anmutende Einlassung des Angeklagten, die vom Verteidiger verlesen wurde, und in HRRS 2006 Nr. 841 eine offenbar belastende und vielleicht auch verletzende Befragung einer Zeugin durch die Verteidigung.

<sup>86</sup> *Widmaier* (Fn. 2), S. 3587. *Widmaier* bezieht in seiner Anmerkung auch den Vorlagebeschluss des 1. Senats zur Beachtlichkeit nachträglicher rügevernichtender Protokollberichtigungen mit ein.

<sup>87</sup> *Fahl* (Fn. 8), S. 702 und noch einmal *ders.* (Fn. 2), S. 37 und dort Fn. 44.

<sup>88</sup> *Niethammer*, DRZ 1949, S. 451 f.

<sup>89</sup> Siehe RGSt 70, 241, 242.

Rügeverkümmern eindeutig von RGSt 70, 241.<sup>90</sup> *Niethammer* aber hat jene reichsgerichtliche Entscheidung noch mit den Worten verteidigt, sie sei „allein durch sorgfältige, auf eine gesunde Fortentwicklung des Rechts bedachte Erwägung“ zustande gekommen.<sup>91</sup> Insofern erscheint *Fahls* Bezug auf *Niethammer* als äußerst fragwürdig, zumal *Niethammer* seinerzeit die nationalsozialistische Strafjustiz gepriesen und auch nach 1945 in Schutz genommen hat.<sup>92</sup> Und insofern liegt hier ein Beispiel dafür vor, wie einseitig zum Teil in der Missbrauchsdebatte argumentiert wird und welche zweifelhaften Gewährsleute man dabei anführt.

3. Hält man das Missbrauchsverbot gleichwohl für unverzichtbar, so muss seine Anwendung auf die seltenen Fälle beschränkt sein, in denen sich die Durchführbarkeit des Strafverfahrens andernfalls nicht mehr sicherstellen lässt. Was unwahre Verfahrensrügen angeht, kam die Revisionsrechtsprechung bislang stets ohne den gravierenden Vorwurf des Rechtsmissbrauchs aus; auch Revisionsrichter sahen die unwahre Verfahrensrüge als Folge des strengen Formalismus des Revisionsrechts an, der von der Verteidigung ausgenutzt werden dürfe, weil er in vielen anderen Fällen auch zu deren Lasten gehen könne.<sup>93</sup> Dass diese ausgewogene Sichtweise nun nicht mehr gelten soll, liegt wohl weniger darin begründet, dass sich die Revisionsgerichte unwahrer Verfahrensrügen nicht mehr erwehren können und dass die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz auf dem Spiel steht, sondern beruht wohl mehr auf einer von Empörung und Unmut geprägten Haltung. Empörung und Unmut sind jedoch keine hinreichende Rechtfertigung für die Anwendung des Missbrauchsverbots und für damit verbundene Vorwürfe an Verteidiger.<sup>94</sup>

4. Manches an dem Urteil des 3. Senats erklärt sich aber auch aus den konkreten Umständen des zugrunde liegenden Strafverfahrens. Darin ging es um Sprengstoffanschläge, welche die Gruppierung „Revolutionäre Zellen“ in den 80er Jahren des letzten Jahrhunderts verübt hatte.<sup>95</sup> Die Hauptverhandlung vor dem Tatgericht zog sich über einige Jahre hin und hatte zu dem Zeitpunkt der Zeugenvernehmung, bei der der Angeklagte laut Protokoll unverteidigt gewesen war, bereits den 126. Verhandlungstag erreicht. Angesichts dessen und der nachträglich eingeholten eindeutigen dienstlichen Erklärungen kam es

<sup>90</sup> BGH HRRS Nr. 858, Rn. 16 = NJW 2006, 3583 (Ziff. 15).

<sup>91</sup> *Niethammer* (Fn. 88), S. 451.

<sup>92</sup> Siehe zur Person *Niethammers* das aufschlussreiche Buch von *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, Justiz in Deutschland, 2005, S. 166 und 229.

<sup>93</sup> So *Detter* (Fn. 5), S. 335; Siehe dazu schon oben II.3.b).

<sup>94</sup> Dass der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs aber gerade mit Vorurteilen und Schuldzuweisungen zusammenhängen kann, zeigt *Kühne* (Fn. 74), S. 684 ff. auf, der insoweit auch von einer psychologischen Falle spricht (S. 685).

<sup>95</sup> Zu den Hintergründen des Strafverfahrens siehe auch den Artikel in der Süddeutschen Zeitung vom 12./13.8.2006, Seite 5.

für den 3. Senat offenbar schlicht nicht in Frage, das Urteil aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung zurückzuverweisen.<sup>96</sup> In einem Artikel der Süddeutschen Zeitung zum vorliegenden Fall wird der Richter am BGH *Winkler*, Mitglied des 3. Senats, mit den folgenden Worten zitiert: „Wir sitzen hier als Gericht und sollen sehenden Auges dem Unrecht zum Sieg verhelfen?“<sup>97</sup> Ersichtlich tritt hinter dieser rhetorischen Frage das auch in vielen anderen Fällen erkennbare Bestreben hervor, die durch den Formalismus des Revisionsrechts gezogenen Grenzen zu durchbrechen und auf möglichst schnellem Wege materielle Gerechtigkeit herzustellen. Die heute die Praxis der Strafjustiz dominierenden Anliegen der Ressourceneinsparung und auch des Opferschutzes mögen ein Übriges tun, um dieses Bestreben zu intensivieren. Man mag dieses Bestreben aus Sicht der Revisionsrichter für nachvollziehbar halten – auch und gerade angesichts des Strafverfahrens hier. Man muss sich aber im Klaren darüber sein, dass gerade dieses Bestreben dazu verleiten kann, (vorschnell und unberechtigt) den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegen denjenigen (oftmals: den Verteidiger) zu erheben, der sich dem angestrebten Ergebnis in den Weg stellt, weil er eine eigene Sichtweise und eine vom Gericht abweichende Vorstellung von Gerechtigkeit hat.<sup>98</sup> Das Missbrauchsverbot ist aber kaum dafür da, um materielle Gerechtigkeit im Einzelfall durchzusetzen, vor allem dann nicht, wenn der Gesetzgeber, wie beim § 274 StPO, der Rechtssicherheit und -klarheit den Vorrang vor der materiell richtigen Entscheidung im Einzelfall eingeräumt hat.

## V. Konsequenzen des Urteils und Ausblick

1. Das Urteil des 3. Senats zieht eine erhebliche Relativierung der absoluten Beweiskraft des Protokolls nach sich; diese steht nunmehr stets unter dem Vorbehalt, dass nicht ein – wie auch immer gearteter – offensichtlicher Fall vorliegt, bei dem das Revisionsgericht von der Unrichtigkeit des Protokolls ausgeht und auch das entsprechende Wissen des Verteidigers vermutet. Nimmt man den aktuellen Vorlagebeschluss des 1. Senats zur Beachtlichkeit nachträglicher Protokollberichtigungen hinzu und geht man davon aus – wofür nach den Stellungnahmen der übrigen Senate auf den Anfragebeschluss des 1. Senats Vieles spricht<sup>99</sup> –, dass der Große Senat bald das Verbot der Rügeverkümmern aufgibt, kann man sich fragen, was von der absoluten Beweiskraft des Protokolls noch übrig bleibt. Welche von beiden Methoden, die Behandlung unwahrer Verfahrensrügen als rechtsmissbräuchlich oder die Berücksichtigung nachträglicher Protokollberichtigungen im Revisionsverfahren, sich für das Revisionsrecht nun nachhaltiger auswirken wird,

<sup>96</sup> Vgl. auch *Kudlich* (Fn. 2), S. 15.

<sup>97</sup> Süddeutsche Zeitung vom 11.8.2006, S. 8.

<sup>98</sup> *Kühne* (Fn. 74), S. 687. Zu den Versuchen, die vom allgemeinen Missbrauchsverbot ausgehen, siehe auch *Gaede* (Fn. 2), S. 32 f.

<sup>99</sup> Dazu *Krawczyk* (Fn. 11), S. 350 ff.

lässt sich schwer abschätzen.<sup>100</sup> Für die Verteidigung haben jedenfalls beide Methoden, die Wirkungen der absoluten Beweiskraft des Protokolls einzuschränken, gravierende Einschnitte zur Folge; auf das Protokoll gestützte Verfahrensrügen werden es in der Zukunft ungleich schwerer haben. Die Rechtsprechung dagegen scheint das erreicht zu haben, was ihr schon seit Längerem ein Anliegen gewesen ist: die Beweiskraft des Protokolls flexibler zu handhaben.

2. Wagt man eine Prognose, so werden nachträgliche Protokollberichtigungen und deren Berücksichtigung im Revisionsverfahren (sofern der Große Senat dies zulassen wird) in der Praxis wohl eine größere Bedeutung haben als die Behandlung unwahrer Verfahrensrügen als rechtsmissbräuchlich. Um im Revisionsverfahren das im Protokoll nicht zutreffend wiedergegebene „wahre Verfahrensgeschehen“ zugrunde legen zu können, hat der erste Weg gegenüber dem zweiten zwei entscheidende Vorteile: Zum einen muss dem Verteidiger nicht die für den Missbrauchsvorwurf erforderliche Kenntnis von der Unwahrheit seiner Rügebehauptung nachgewiesen werden – es genügt ja, dass die Urkundspersonen nachträglich übereinstimmend bekunden, dass sich ein bestimmter Verfahrensvorgang tatsächlich anders als im Protokoll dokumentiert zugetragen hat. Zum anderen sind nachträgliche Protokollberichtigungen von vornherein nicht nur auf jene offensichtlichen Fälle beschränkt, auf die der 3. Senat das Missbrauchsverbot anwenden will. Dass der 3. Senat trotz der wohl bevorstehenden Änderung der Rechtsprechung zur Beachtlichkeit nachträglicher rügevernichtender Protokollberichtigungen den Weg über das Missbrauchsverbot gewählt hat, lässt sich wohl damit erklären, dass er gerade in dem zugrunde liegenden Verfahren das Urteil auf keinen Fall aufheben und die Sache zurückverweisen wollte<sup>101</sup> sowie damit, dass ihm, wie es *Mikolajczyk* in einer ersten Anmerkung zu dem Urteil gesagt hat, „schlicht und einfach der Geduldsfaden mit dieser Art der (Revisions-) Verteidigungspraxis gerissen“ ist.<sup>102</sup>

<sup>100</sup> Siehe aber *Widmaier* (Fn. 2), S. 3587 f., der der Auffassung ist, dass die Missbrauchslösung des 3. Senats dem Revisionsrecht weniger schade. Auch *Kudlich* (Fn. 2), S. 15 am Ende, geht davon aus, dass die Alternativen zur Missbrauchslösung – er nennt hier die Rügeverkümmern durch Protokollberichtigung, ein generelles Zurückstutzen der absoluten Revisionsgründe oder eine generelle Aufweichung der Beweiskraft des Protokolls – für die Verteidigung noch einschneidender wären. Dazu ist zu sagen, dass diese Alternativen entweder schon seit Längerem praktiziert oder bald ergriffen werden, denn die absoluten Revisionsgründe sind in der Praxis längst nicht mehr so absolut, die Beweiskraft des Protokolls wurde in den letzten Jahren durch die Rechtsprechung zum Wegfall der Beweiskraft bei offensichtlichen Mängeln des Protokolls spürbar aufgeweicht und das Verbot der Rügeverkümmern wird wohl auch bald fallen.

<sup>101</sup> Dazu oben IV.4.

<sup>102</sup> *Mikolajczyk* (Fn. 49), S. 542.

3. Die Verteidigung wird sich jedenfalls auch auf das Urteil des 3. Senats und die sich daraus ergebenden Konsequenzen einstellen müssen. Fraglos verschärft und verschlechtert sich die Situation aus Sicht der Verteidigung. Hat man bislang schon von einer Konfliktsituation im Zusammenhang mit dem Erheben einer unwahren Verfahrensrüge gesprochen,<sup>103</sup> so konnte sich die Verteidigung auf eines noch stets verlassen: dass die absolute Beweiskraft des Protokolls, sofern das Revisionsgericht nicht einen offensichtlichen und zum Wegfall der Beweiskraft führenden Mangel des Protokolls angenommen hat, im Revisionsverfahren Bestand hat. Kritischen Nachfragen der Revisionsrichter sowie den dem Protokollinhalt und der Rügebehauptung entgegen stehenden dienstlichen Erklärungen konnte die Verteidigung damit beikommen, „die unberührt bleibende Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls verfahrensrechtlich in Erinnerung zu rufen.“<sup>104</sup> Das Erheben einer unwahren Verfahrensrüge war für den Verteidiger bislang kein rechtliches Problem, sondern – bedingt durch die Rechtsprechung zur Unbeachtlichkeit der bloßen Protokollrüge – ein berufsethisches. Dies hat sich mit dem Urteil des 3. Senats geändert; nun kommt auch eine rechtliche Unsicherheit hinzu. Der Verteidiger muss jetzt in Rechnung stellen, dass das Revisionsgericht unter Umständen einen offensichtlichen Fall annimmt, in dem, so der 3. Senat, „die objektive Unrichtigkeit (*Anm.: des Protokolls*) so klar zu Tage tritt, dass sie auch dem Verteidiger schlechterdings nicht verborgen geblieben sein kann“<sup>105</sup>, und er sich damit den Vorwurf des Rechtsmissbrauchs einhandelt. Wann es hierzu kommen kann, lässt sich im Voraus aus Verteidigersicht wohl nur sehr schwer einschätzen. Zwar zeigt ein Blick auf einige Entscheidungen der letzten Jahre, dass die Senate oftmals in den gleichen Konstellationen eine (bewusst) unwahre Verfahrensrüge vermutet haben. Neben der auch im vorliegenden Urteil einschlägigen Konstellation der gleichzeitigen Abwesenheit der Verteidiger des Angeklagten während einer auch für die Verteidigung wichtigen Beweiserhebung ist dies vor allem die unterbliebene Verlesung des Anklagesatzes gewesen.<sup>106</sup> Man wird jedoch nicht darauf vertrauen dürfen, dass es bei diesen wenigen Konstellationen bleiben wird.

4. Abschließend muss daher gesagt werden: Zwar hat der 3. Senat in der konkreten Sache, in der er zu entscheiden hatte, materielle Gerechtigkeit durchgesetzt und darüber hinaus seinen allgemeinen Unmut über eine Verteidigung geäußert, die sich (angeblich) nicht mehr dem Recht und den Zielen des Strafprozesses verpflichtet fühlt.

<sup>103</sup> Dazu schon oben I.3.

<sup>104</sup> So *Ventzke*, StV 1999, S. 189, 192.

<sup>105</sup> BGH HRRS 2006 Nr. 713, Rn. 43 = NJW 2006, 3579, 3581 (Ziff. 28).

<sup>106</sup> Siehe dazu schon die Nachweise in Fn. 39 und 40.

Zum sachlichen und unaufgeregten Umgang zwischen Gericht und der Verteidigung hat das Urteil jedoch kaum beitragen, es hat im Gegenteil wohl eher die Fronten verhärtet. Rechtsklarheit ist durch das Urteil ebenfalls nicht gewonnen, weil die an sich eindeutige Regelung des § 274 StPO erheblich relativiert wird. Obendrein

wird das Revisionshandwerk für die Verteidigung weiter erschwert.

\*\*\*

## Die Begrenzung langer Untersuchungshaft: eine Rechtsprechungsanalyse

PD Dr. Axel Dessecker, Wiesbaden und Göttingen\*

### I. Fragestellung

Untersuchungshaft als Zwangsmittel gegenüber Personen, für welche die Unschuldsumutung gilt, steht unter dem Vorbehalt des menschen- und verfassungsrechtlich verankerten Übermaßverbots (§§ 112 I 2, 120 I 1 StPO). Eine wesentliche Ausformung ist die Vorschrift des § 121 StPO, nach der Untersuchungshaft von über 6 Monaten nur aus wichtigen Gründen unter der Kontrolle des Oberlandesgerichts zulässig ist.

Diese besondere Haftkontrolle ist in ihrer Konstruktion wie in den Einzelheiten der Regelung rechtspolitisch seit langem umstritten.<sup>1</sup> Das gesetzliche Modell einer besonderen Haftprüfung wird als wenig effektiv kritisiert.<sup>2</sup> Von Zeit zu Zeit werden Entlassungen aus der Haft in der Öffentlichkeit skandalisiert.<sup>3</sup> Rechtsänderungen werden vor diesem Hintergrund immer wieder vorgeschlagen.<sup>4</sup> Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bisher in zwei Fällen in Deutschland einsitzender Untersuchungsgefangener auf eine Konventionsverletzung erkannt. Während im Fall Erdem - bei

einer Haftdauer von 5 Jahren 11 Monaten und Verurteilung zu 6 Jahren Freiheitsstrafe - schematische Prüfungen und standardisierte Begründungen der Haftfortdauer gerügt werden, wird die Konventionsverletzung im Fall Čevizović auf die wenig zügige Verhandlungsführung durch das Landgericht gestützt.<sup>5</sup> Der vorliegende Artikel schildert erste Ergebnisse eines Forschungsprojekts der Kriminologischen Zentralstelle (KrimZ) in Wiesbaden, das sich mit Strategien zur Vermeidung langer Untersuchungshaft beschäftigt. Zunächst wurde eine umfassende Analyse der veröffentlichten Rechtsprechung vorgenommen.

### II. Anlage und Methoden

Ein früherer Beitrag von Petra Hoch enthält tabellarische Zusammenstellungen und für einige Merkmale Häufigkeitsauszählungen zur einschlägigen Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts, die im Zeitraum zwischen 1990 und Februar 1998 in gängigen juristischen Fachzeitschriften veröffentlicht wurde.<sup>6</sup> Daran konnte die eigene Untersuchung zeitlich unmittelbar anschließen. Einbezogen wurden alle publizierten Entscheidungen deutscher Gerichte mit Ausnahme des Bundesgerichtshofs, welche sich mit dem Beschleunigungsgebot nach § 120 StPO oder mit den Normen der § 121 oder § 122 StPO befassen und im Zeitraum zwischen Januar 1998 und Juni 2006 ergangen sind.

#### 1. Ermittlung einschlägiger Entscheidungen

Eine zuverlässige und möglichst vollständige Ermittlung der veröffentlichten Gerichtsentscheidungen ist durch den Zugang über elektronische Datenbanken gewährleistet. Dabei konnte meist nach den angewandten Normen gesucht werden.

Wesentliches Werkzeug der Recherchen war die Datenbank *Juris Rechtsprechung*, die von der Juris GmbH angeboten wird. In dieser Datenbank sind hauptsächlich die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der fünf obersten Gerichtshöfe des Bundes seit ihrem Bestehen sowie die „wesentliche Rechtsprechung der Instanzgerichte“ spätestens seit 1976 nachgewiesen.

\* Der Verfasser ist Stellvertretender Direktor der Kriminologischen Zentralstelle e.V. (KrimZ) in Wiesbaden und Privatdozent an der Universität Göttingen. Für ihre Unterstützung bei den hier dargestellten Auswertungen dankt er Frau cand. iur. Carolin Hofmann.

<sup>1</sup> Siehe schon Sarstedt Justiz 1963, 184 (187 f.) und Schmidt NJW 1968, 2209.

<sup>2</sup> Hilger in Löwe/Rosenberg/Rieß StPO, 25. Aufl. 1997, Rn. 8 zu § 121 StPO; Kintzi DRiZ 2004, 348; Seebode StV 1989, 118.

<sup>3</sup> Schaefer in Jehle/Hoch (Hrsg.), Oberlandesgerichtliche Kontrolle langer Untersuchungshaft, 1998, 53.

<sup>4</sup> Siehe z.B. den - in der 16. Wahlperiode des Deutschen Bundestages nicht wieder eingebrachten - Gesetzentwurf des Bundesrates: Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der §§ 121, 122 StPO und weiterer Vorschriften vom 9. Juli 2004 (BT-Drs. 15/3651) und die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. März 2005 (verfügbar unter <http://www.brak.de/seiten/pdf/Stellungnahmen/2005/StPO121f.pdf>).

<sup>5</sup> EGMR, Urteile vom 5. Juli 2001 - Nr. 38321/97 (Erdem ./ Deutschland) [= NJW 2003, 1439] und vom 29. Juli 2004 - Nr. 49746/99 (Čevizović ./ Deutschland) [= StV 2005, 136].

<sup>6</sup> Hoch in Jehle/Hoch (Fn. 3), 155.

Quellen sind Originalentscheidungen der Gerichte, amtliche Sammlungen und Zusatzsammlungen der Richter sowie über 630 juristische Fachzeitschriften.

Darüber hinaus wurden folgende elektronischen Datenbanken durchsucht:

- die Rechtsprechungsdatenbank *Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht* mit allen Entscheidungen des BGH seit 1999, die wenigstens mit einer ergänzenden Anmerkung des entscheidenden Senats versehen sind,<sup>7</sup> aber auch anderen höchstrichterlichen Entscheidungen mit Bezug zum deutschen Strafrecht;
- die *Landesrechtsprechungsdatenbank Hessen*<sup>8</sup> mit Entscheidungen der hessischen Gerichte, die von Richterinnen und Richtern zur Veröffentlichung vorgesehen wurden. Dazu zählten 22 Entscheidungen des OLG Frankfurt zu strafprozessualen Vorschriften seit 2002, von denen sich jedoch keine auf §§ 120 ff. StPO bezieht.
- Die *Rechtsprechungsdatenbank Nordrhein-Westfalen*<sup>9</sup> enthält einige Entscheidungen der drei Oberlandesgerichte Düsseldorf, Hamm und Köln seit 1998, die ein HES-Aktenzeichen tragen. Diese wurden mit dem Suchergebnis von *Juris* abgeglichen.
- Die Rechtsprechungsdatenbank des *OLG Dresden*<sup>10</sup> lieferte weitere einschlägige Entscheidungen, die nicht zugleich in *Juris* veröffentlicht sind.
- Schließlich waren der Leitsatzdatenbank des *OLG Jena*<sup>11</sup> einige weitere Entscheidungen zu entnehmen.

Die über das Internet zugänglichen Rechtsprechungsdatenbanken weiterer Länder und Oberlandesgerichte wurden konsultiert. Sie enthielten aber keine einschlägigen Entscheidungen, die nicht schon in *Juris* enthalten sind. Auf eine gesonderte Durchsicht von Zeitschriftenbänden wurde nach den positiven Erfahrungen mit den Recherchen in Datenbanken verzichtet. Mehr als drei Viertel der gefundenen Entscheidungen konnten aufgrund elektronischer Quellen ausgewertet werden.

## 2. Breite der Rechtsprechungsanalyse

Die Rechtsprechungsanalyse sollte in erster Linie Beschlüsse der Oberlandesgerichte erfassen, die im besonderen Haftprüfungsverfahren ergangen sind (§§ 121 II, 122 I StPO). Wie bereits *Hoch* gezeigt hat, wird die Rechtsprechung zur Begrenzung langer Untersuchungshaft darüber hinaus nicht unwesentlich von Haftbeschwerdeentscheidungen geprägt (§ 117 II StPO).<sup>12</sup> Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist demgegenüber eher am Rande von Bedeutung. Die veröffentlichten

Entscheidungen<sup>13</sup> beruhen auf seiner Zuständigkeit nach §§ 121 IV 2, 122 VII StPO in solchen Verfahren, die im ersten Rechtszug von den „Landeshauptstadt-Oberlandesgerichten“ verhandelt werden (§ 120 GVG). Dabei handelt es sich im wesentlichen um Strafsachen wegen des Verdachts von Staatsschutzdelikten. Wegen der Besonderheiten dieser Strafverfahren wurden entsprechende Haftentscheidungen aus der Analyse ausgeklammert. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zur Dauer der Untersuchungshaft, die sich vor allem auf den „Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder auf Entlassung während des Verfahrens“ (Art. 5 III 1 MRK) stützt, wurde schon wegen des abweichenden Prüfungsmaßstabs nicht in die systematische Rechtsprechungsanalyse einbezogen. Dagegen wurde die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welche das Haftrecht nicht unwesentlich geprägt hat, in die Analyse aufgenommen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird seit 1998 vollständig veröffentlicht, so dass die Konzentration auf die veröffentlichte Judikatur insoweit nicht zu einer Selektion führt.

## 3. Erhebungsinstrument

Für die systematische Auswertung der veröffentlichten Rechtsprechung wurde ein Erhebungsbogen entwickelt, der die in einzelnen Haftentscheidungen enthaltenen Informationen möglichst ausschöpft und qualitative ebenso wie quantitative Auswertungen ermöglicht. Neben dem Gegenstand und Ergebnis der Entscheidung wurden verschiedene Merkmale zum Verlauf der Untersuchungshaft erhoben, wobei besonderes Augenmerk auf Verzögerungen des Verfahrens und Maßnahmen zu seiner Beschleunigung gerichtet wurde.

## III. Ergebnisse

In dem Erhebungszeitraum, der die 8 1/2 Jahre zwischen dem 1. Januar 1998 und dem 30. Juni 2006 umfasst, wurden 287 Entscheidungen ermittelt. Auffällig ist die zeitliche Verteilung: während in den Jahren zwischen 1998 und 2002 jeweils mehr als 40 Entscheidungen veröffentlicht wurden, hat sich die Häufigkeit seit 2003 auf durchschnittlich 19 Entscheidungen pro Jahr halbiert. Der Rückgang könnte mit einer veränderten Veröffentlichungspraxis zusammenhängen, aber auch einen Hinweis liefern, dass lange Untersuchungshaft von Beschuldigten und Verteidigung seither seltener als problematisch empfunden wird - was dem Eindruck in der Fachöffentlichkeit widersprechen dürfte.

## 1. Grunddaten zur veröffentlichten Rechtsprechung

<sup>13</sup> Siehe etwa BGH, Beschluss vom 9. Februar 2000 - 3 BJs 37/99 - 2 (7) - AK 2/2000 (= AW-Prax 2000, 90); Beschluss vom 26. Juni 2002 - AK 12/02 (= NStZ-RR 2002, 300).

<sup>7</sup> <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/db/>

<sup>8</sup> <http://www.rechtsprechung.hessen.de>

<sup>9</sup> <http://www.jm.nrw.de/RB/nrwe/index.html>

<sup>10</sup> <http://www.justiz.sachsen.de/elvis/>

<sup>11</sup> <http://www.thueringen.de/olg/infotek70.html>

<sup>12</sup> *Hoch* in Jehle/Hoch (Fn. 3), 155.

Schon ein Blick auf die Gerichte, von denen die Entscheidungen stammen, zeigt nämlich eine deutliche Konzentration. Fast ein Drittel aller Entscheidungen wurde vom Kammergericht veröffentlicht (N = 92), dessen Veröffentlichungspraxis erfahrungsgemäß auch in anderen Bereichen wie der Vollstreckung freiheitsentziehender Sanktionen von anderen Oberlandesgerichten abweicht. Es folgen das OLG Köln mit 30, das OLG Hamm mit 26 und das Bundesverfassungsgericht mit 18 Entscheidungen. Auf der anderen Seite liefert das OLG Frankfurt, das in der Zeit zwischen 1990 und 1998 immerhin 17 Entscheidungen veröffentlicht<sup>14</sup> und dessen Entscheidungspraxis die justizpolitische Diskussion der 1990er Jahre nicht unwesentlich geprägt hat<sup>15</sup>, für die vorliegende Studie keinerlei publizierte Rechtsprechung. Dass nur wenige einschlägige Entscheidungen von Amts- und Landgerichten veröffentlicht wurden, kann dagegen nicht überraschen. Die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen erwiesen sich als bemerkenswert vollständig. 74 % der Entscheidungen waren im Volltext zugänglich, 24 % lagen mit mehr oder weniger weit gehenden redaktionellen Kürzungen vor, und lediglich 2 % beschränkten sich auf einen Leitsatz.

Eine (Mindest-)Anzahl der Beschuldigten ließ sich für fast alle Entscheidungen ermitteln. Danach entfielen allein 62 % auf Entscheidungen gegen eine einzige beschuldigte Person, bei 19 % richtete sich das Verfahren gegen zwei und bei 5 % gegen drei Beschuldigte. Verfahren gegen eine Vielzahl von Beschuldigten - im Extremfall wurden 60 Personen genannt<sup>16</sup> - sind insgesamt aber nicht zu vernachlässigen; immerhin 5 % betrafen mehr als 10 Beschuldigte. Erwartungsgemäß handelte es sich bei den meisten Entscheidungen um Haftprüfungen durch das Oberlandesgericht (§ 121 StPO); auf sie entfielen 67 %. Immerhin 17 % der Fälle betrafen Haftbeschwerden. Entscheidungen über die Zulässigkeit der besonderen Haftprüfung durch das Oberlandesgericht und solche über Verfassungsbeschwerden waren mit jeweils 6 % gleich häufig. Die übrigen Fälle verteilen sich auf Beschwerden der Staatsanwaltschaft und Haftentscheidungen gem. § 120 I StPO.

Nach der Arbeit von *Hoch* überwogen in den veröffentlichten Entscheidungen aus den 1990er Jahren die Ablehnungen einer Haftfortdauer bei weitem.<sup>17</sup> Dies ist für den hier untersuchten Zeitraum seit 1998 zu relativieren. Zwar liegen Haftbefehlsaufhebungen auch in der vorliegenden Untersuchung an der Spitze; auf sie entfallen 40 % der 281 Entscheidungen, deren Ergebnis feststellbar ist. Die Haftbefehle wurden erwartungsgemäß vor allem durch die Oberlandesgerichte aufgehoben, in einzelnen Fällen jedoch durch andere Gerichte bis hin zum Bun-

desverfassungsgericht.<sup>18</sup> Bereits an zweiter Stelle folgen Anordnungen der Haftfortdauer (34 %). Allerdings stammen diese zu rund zwei Dritteln vom Kammergericht. Die restlichen Fälle verteilen sich auf Konstellationen wie die Verwerfung einer Beschwerde (9 %), Unzuständigkeit für die Haftprüfung (6 %) oder eine erfolgreiche Verfassungsbeschwerde (6 %). Aussetzungen des Haftvollzugs (§ 116 StPO) sind mit 4 % noch seltener festzustellen.

## 2. Haftverläufe

Die Dauer der bis zu der jeweiligen Gerichtsentscheidung vollzogenen Untersuchungshaft variiert zwischen wenigen Tagen und 8 Jahren 4 Monaten.<sup>19</sup> Berechnet wurde die tatsächliche Dauer des Aufenthalts in der Untersuchungshaft, die gerade bei diesen Verfahren häufig nicht mit dem gesetzlichen Fristenlauf übereinstimmt (§ 121 III StPO). Allein 41 % der Fälle liegen im Bereich von 6 Monaten, was angesichts der gesetzlichen Frist des § 121 I StPO nicht überrascht. In weiteren 13 % der Fälle beträgt die bisherige Haftdauer rund 7 Monate. Hinzu kommen einzelne Entscheidungen etwa zu Fragen der Überhaft, bei denen im ausgewerteten Verfahren überhaupt kein Haftvollzug stattfand. Unter den zuletzt angenommenen Haftgründen überwiegt die Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 2 StPO) bei weitem; sie wurde in 96 % der Fälle angegeben. Dieses Ergebnis bestätigt die Erkenntnisse aus der Strafverfolgungsstatistik und bisherigen empirischen Untersuchungen zur Haftpraxis.<sup>20</sup> An zweiter Stelle folgt der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr (§ 112 II Nr. 3 StPO) mit einem Anteil von 12 %, gefolgt von der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) mit 6 % und der Schwere der Tat (§ 112 III StPO) mit knapp 4 %.<sup>21</sup> Nach Erlass eines Haftbefehls kann es während des Verfahrens zu weiteren Freiheitsentziehungen kommen. Dies war in immerhin 22 % der ausgewerteten Entscheidungen der Fall. Dabei handelte es sich überwiegend um Untersuchungshaft in anderer Sache (39 %) und Straf- oder Maßregelvollzug in anderer Sache (34 %). Doch waren auch Auslieferungshaft (18 %) und einstweilige Unterbringung gem. § 126a StPO (15 %) nicht zu vernachlässigen. Abschiebungshaft und (vorläufige) Unterbringung nach § 81 StPO oder den Landesgesetzen für

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 13.9.2002 - 2 BvR 1375/02 (= NStZ 2004, 82); ähnlich BVerfG, Beschluss vom 5.12.2005 - 2 BvR 1964/05 (= NJW 2006, 672).

<sup>19</sup> Zum letzteren Extremfall BVerfG, Beschluss vom 5.12.2005 - 2 BvR 1964/05 (= NJW 2006, 672).

<sup>20</sup> *Statistisches Bundesamt* Strafverfolgung 2004, 336; *Gebauer* Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland, 1987, 230; *Geiter* Untersuchungshaft in Nordrhein-Westfalen, 1998, 183; *Jabel* Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in Niedersachsen, 1988, 127.

<sup>21</sup> Die Prozentuierung ist zur Berücksichtigung der hier möglichen Mehrfachnennungen auf die Anzahl der Fälle bezogen, so dass die Summe der Prozentwerte 100 % übersteigt.

<sup>14</sup> *Hoch* in *Jehle/Hoch* (Fn. 3), 155 (157).

<sup>15</sup> *Schaefer* (Fn. 3).

<sup>16</sup> KG, Beschluss vom 28.2.2005 - (5) 1 HEs 11/05 (3/05) (in *Juris* veröffentlicht).

<sup>17</sup> *Hoch* in *Jehle/Hoch* (Fn. 3), 155 (157).

psychisch Kranke betrafen jeweils nur einzelne Fälle.<sup>22</sup> Die mittlere Dauer weiterer Freiheitsentziehungen liegt mit 5 1/2 Monaten etwas unter derjenigen der vollzogenen Untersuchungshaft. Betrachtet man die schwersten Tatvorwürfe nach dem Haftbefehl, der Gegenstand der ausgewerteten Entscheidung ist, so liegen Eigentums- und Vermögensdelikte mit einem Anteil von 38 % an der Spitze. Innerhalb dieser Deliktsgruppe waren Betrugsvorwürfe etwas häufiger als Fälle von Raub und Erpressung sowie von Diebstahlsdelikten. Weitere 27 % entfielen auf Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz, rund 10 % auf Sexualdelikte.

Die in erster Instanz durch das Gericht verhängte Sanktion ließ sich nur in 28 Fällen ermitteln; in den weiteren Verfahren lag zum Zeitpunkt der ausgewerteten Entscheidung noch kein Urteil vor. Es wurden Freiheitsstrafen zwischen 6 Monaten und einer lebenslangen Strafe verhängt; in einem Verfahren wurde die Sicherungsverwahrung angeordnet.

<sup>22</sup> Auch hier wurde die Prozentuierung zur Berücksichtigung von Mehrfachnennungen auf die Anzahl der Fälle bezogen, so dass die Summe der Prozentwerte 100 % übersteigt.

### 3. Verzögerungen und Maßnahmen zur Verfahrensbeschleunigung

Die in den ausgewerteten Entscheidungen angesprochenen Verzögerungen des Verfahrens wurden zunächst den gesetzlichen Verfahrensstadien zugeordnet. Eine mehr oder minder bedeutsame Verzögerung konnte bei immerhin 246 Entscheidungen festgestellt werden. Erfasst wurden mit dieser Zählung alle Verfahrensabläufe, die in den Entscheidungstexten ausdrücklich mit der Verfahrensdauer in Verbindung gebracht wurden, einschließlich solcher Vorgänge, die ausdrücklich als vertretbar oder unvermeidlich geschildert wurden. Auf diese Weise wurde eine vorgängige Bewertung möglichst weitgehend vermieden. Wie Tabelle 1 zeigt, ergaben sich Konzentrationen im Ermittlungsverfahren (40 %) und im Hauptverfahren (26 %). Das Zwischenverfahren (16 %) und das Rechtsmittelverfahren (5 %) waren von geringerer Bedeutung. In einigen Fällen ergaben sich Verzögerungen in mehreren Verfahrensstadien, wobei die Kombination von Ermittlungs- und Zwischenverfahren (6 %) am häufigsten genannt wurde.

Tabelle 1: Schwerpunkt der Verzögerung nach Verfahrensstadium

	Häufigkeit	%
Ermittlungsverfahren	99	40,2
Ermittlungs- und Zwischenverfahren	15	6,1
Zwischenverfahren	39	15,9
Ermittlungs- und Hauptverfahren	4	1,6
Zwischen- und Hauptverfahren	9	3,7
Hauptverfahren	64	26,0
Haupt- und Rechtsmittelverfahren	3	1,2
Rechtsmittelverfahren	13	5,3
Gesamt	246	100,0

Die aufgrund veröffentlichter Gerichtsentscheidungen auf diese Weise ermittelten Verzögerungen des Verfahrens hängen nicht nur davon ab, was in diesen Entscheidungen überhaupt thematisiert wird. Sie lassen sich auch unmittelbar mit dem Zeitpunkt im Verfahrensablauf in

Verbindung bringen, zu dem die Entscheidungen jeweils ergangen sind. Die Gerichte können sich bei der Ermittlung möglicher Verzögerungen nur auf Verfahrensteile beziehen, die bereits geschehen sind - von gelegentlich anzutreffenden Prognosen über die Dauer bevorstehender

Vorgänge sei hier abgesehen. Dass das Ermittlungsverfahren in einer solchen Aufstellung dominiert, verwundert daher nicht.

Etwas konkretere Aussagen gestattet das Merkmal „Urheber der Verzögerung“, das für 207 Entscheidungen erhoben werden konnte. Berücksichtigt man die hier

möglichen Mehrfachnennungen (Tabelle 2), so liegt das Gericht klar an der Spitze. Ein weiterer bedeutsamer Anteil kommt aus der Sphäre der Staatsanwaltschaft. Alle anderen Akteure von der Polizei bis zur Justizverwaltung scheinen quantitativ gesehen von deutlich geringerer Bedeutung zu sein.

Tabelle 2: Urheber der Verzögerung (Mehrfachnennungen)

	Häufigkeit	% der Fälle
Polizei	20	9,7%
Staatsanwaltschaft	76	36,7%
Gericht	129	62,3%
Beschuldigte	10	4,8%
Verteidigung	18	8,7%
Sachverständige	18	8,7%
Gerichtspräsidium	11	5,3%
Justizverwaltung	3	1,4%
Gesamt	285	137,7%

Gezielte Maßnahmen zur Beschleunigung des Verfahrens wurden ohne vorher festgelegte Antwortkategorien in Stichworten erhoben. Sie waren in 51 Entscheidungen erkennbar. Am häufigsten wurden Verfahrensteile abgetrennt, um im Übrigen Entscheidungsreife herzustellen (12 Nennungen). In 7 Fällen wurden Prozesshandlungen sofort nach Eintritt ihrer Voraussetzungen ausgeführt. Änderungen der Geschäftsverteilung (oder zumindest darauf gerichtete Bemühungen) waren mit 6 Nennungen ebenso häufig wie die nicht weiter konkretisierte „beschleunigte Sachbehandlung“. In weiteren 4 Verfahren wurden Doppelakten angelegt. Andere Maßnahmen wie die fristgerechte Ausführung von Prozesshandlungen, die beschleunigte Sachbehandlung zum Ausgleich einer bereits eingetretenen Verzögerung, Bemühungen um Absprachen unter Prozessbeteiligten (auch über Termine), das Zurückstellen aktuell nicht ausführ-

barer Prozesshandlungen, frühe Gewährung von Akteneinsicht, Fristsetzungen für bevorstehende Prozesshandlungen sowie die Ausweitung der Arbeitszeit oder die Einführung zusätzlicher Sitzungstage betrafen jeweils wenige Einzelfälle.

Auch die wesentlichen Entscheidungsgründe wurden, soweit sie im Hinblick auf Verzögerungen des Verfahrens und die Verhältnismäßigkeit der Haftdauer von Bedeutung waren, qualitativ ohne vorher festgelegte Antwortkategorien erhoben, wobei für jede Entscheidung bis zu 3 Begründungselemente vergeben werden konnten. Für 274 der ausgewerteten Entscheidungen wurden auf diese Weise 509 Begründungselemente ermittelt (Tabelle 3). Diese deckten ein sehr breites Spektrum von Argumentationsmöglichkeiten ab.

Tabelle 3: Wesentliche Entscheidungsgründe (Mehrfachnennungen)

	Nennungen	Prozent der Fälle
Umfang der Ermittlungen oder des Verfahrens	40	14,6%
Begehren nach Hinzuziehung weiterer Beweismittel	40	14,6%
Verzögerung im Zwischenverfahren und bei Vorbereitung der HV	38	13,9%
Interesse an umfassender Tataufklärung (auch über HB hinaus)	37	13,5%
Verzögerungen bei Entscheidung über Anklageerhebung	33	12,0%
Fristberechnung nach § 121 II StPO	31	11,3%
Arbeitsüberlastung	26	9,5%
Terminsaufhebung, Aussetzung der Hauptverhandlung	25	9,1%
keine organisatorischen Maßnahmen gegen Verzögerung	21	7,7%
Zuständigkeitsstreit	18	6,6%
Geschwindigkeit der Verfahrensführung	16	5,8%
Abtrennung oder Verbindung von Verfahren	16	5,8%
Schwierigkeit des Verfahrens	16	5,8%
Verzögerung in der Sphäre der Verteidigung, Aussageverhalten	15	5,5%
Dringlichkeitsvergleich mit anderen Verfahren	15	5,5%
Verzögerungen im Rechtsverkehr mit dem Ausland	14	5,1%
Verzögerung in der Sphäre von Sachverständigen	13	4,7%
Dauer der Haft	11	4,0%
Verhältnis der Haftdauer zu einer erwartbaren Strafe	11	4,0%
kein Haftvollzug im vorliegenden Verfahren, Überhaft	8	2,9%
Verzögerung beim Aktenversand und der Rückgabe	8	2,9%
Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der Freiheit der Person	8	2,9%
unzureichende Vorbereitung der Hauptverhandlung	8	2,9%
Prognose des weiteren Verfahrensverlaufs	7	2,6%
Verzögerung im Rechtsmittelverfahren	7	2,6%
Besonderheiten des Jugendstrafverfahrens	5	1,8%
neuer Haftbefehl nach oder bei Aufhebung eines früheren	5	1,8%
Verzögerung bei Urteilsabsetzung und -zustellung	3	1,1%
Verzögerung im Haftbeschwerdeverfahren	3	1,1%
begründete Revisionsbegehren	2	0,7%
Gründe für Verzögerungen nicht erkennbar	2	0,7%
Zuständigkeitswechsel	2	0,7%
Besetzungswechsel	1	0,4%
Haftvollzug im Interesse der beschuldigten Person	1	0,4%
Konflikt über Verfahrenseinstellung	1	0,4%
Aufhebung eines fehlerhaften erstinstanzlichen Urteils	1	0,4%
Fehlverhalten von Schöffen	1	0,4%
Gesamt	509	185,8%

Selbst auf die häufigsten Begründungselemente - „Begehren nach Hinzuziehung weiterer Beweismittel“ und „Umfang der Ermittlungen oder des Verfahrens“ - entfielen nicht mehr als 15 % der Nennungen. Etwas weniger häufig wurden „Verzögerungen im Zwischenverfahren und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung“ und „Verzögerungen bei der Entscheidung über die Anklageerhebung“ genannt, ebenso wie das „Interesse an umfassender Tataufklärung (auch über den Haftbefehl hinaus)“ und die Fristberechnung nach § 121 II StPO. Erst an 7. Stelle folgt das Argument „Arbeitsüberlastung“. Auf der anderen Seite gibt es Begründungen, die - wie etwa das Fehlverhalten von Schöffen<sup>129</sup> - singulär bleiben und

darüber hinaus nicht verallgemeinert werden sollten. Dass bestimmte Begründungselemente gehäuft auftreten, ermöglicht jedoch Aussagen über einige Gründe für Verfahrensverzögerungen in der Praxis der Strafgerichte, die auch eine Verlängerung der Haftdauer mit sich bringen.

· Der besondere Umfang der Ermittlungen ist einer der Gesichtspunkte, die als mögliche Rechtfertigung der weiteren Haftfortdauer beispielhaft bereits im Gesetzestext des § 121 I StPO genannt werden. Das Vorliegen dieses Merkmals wird meist konkret begründet.<sup>130</sup>

<sup>129</sup> Zu diesem Sachverhalt OLG Köln, Beschluss vom 3.5.2000 - HEs 62-64/00 - 77-79 (verfügbar unter www.justiz.nrw.de).

<sup>130</sup> Siehe z.B. OLG Hamm, Beschluss vom 20.1.2003 - 2 BL 3/03 (= NStZ-RR 2003, 143): Vielzahl von Betrugsfällen,

- Das Begehren nach Hinzuziehung weiterer Beweismittel kann zu einer Vermehrung des Zeitaufwands führen. Das gilt vor allem dann, wenn dieses Bedürfnis nicht zu einem frühen Zeitpunkt nach Beginn der Ermittlungen entsteht, sondern erst später erkannt wird. Ein Beispiel ist die richterliche Vernehmung einer bereits umfassend durch Polizei und Staatsanwaltschaft vernommenen Zeugin.<sup>131</sup>
- Verzögerungen im Zwischenverfahren und bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung betreffen die Arbeitsorganisation der Gerichte. Diese Kategorie enthält eher eine zeitliche Zuordnung als eine Erklärung für die Dauer von Verfahrensabläufen in der Phase vor einer Hauptverhandlung. Sie wurde dann vergeben, wenn der Begründungstext auf Verzögerungen in der Sphäre des Gerichts hinwies, aber keine besondere Erklärung für eine Verzögerung ergab.<sup>132</sup> Für 87 Verfahren konnte der Zeitraum zwischen Anklage und Eröffnungsbeschluss berechnet werden; er lag in der Hälfte der Fälle über 67 Tagen und erreichte im Extremfall fast 15 Monate.<sup>133</sup>
- Ähnlich ist es bei den Verzögerungen bei der Entscheidung über die Anklageerhebung, welche die Sphäre der Staatsanwaltschaft betreffen.<sup>134</sup>
- Das Interesse an umfassender Tataufklärung betrifft typischerweise Verfahren, in denen erste Ermittlungen bei Polizei und Staatsanwaltschaft den Wunsch nach weiteren Erkenntnissen wecken, ohne dass sich diese zusätzlichen Informationen binnen kurzer Zeit ergeben. Teilweise geht es dabei nicht um die Taten, derentwegen der Haftbefehl ergangen ist,<sup>135</sup> teilweise um den Verdacht organisierter Kriminalität.<sup>136</sup>
- Ein nicht unbeträchtlicher Teil der veröffentlichten Rechtsprechung entfällt schließlich auf Probleme der Fristberechnung nach § 121 II StPO. Hier geht es um die Berücksichtigung bestimmter Zeitabschnitte von Freiheitsentziehungen auch außerhalb der Untersuchungshaft und letztlich um die Frage der aktuellen Zuständigkeit für eine Haftentscheidung.

Beziehung von Fallakten auswärtiger Staatsanwaltschaften, Anfragen an Geschädigte, mehrfache Vernehmungen der Beschuldigten.

<sup>131</sup> OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.7.1999 - 2 (3) HES 28/99 (= StV 2000, 37).

<sup>132</sup> So z.B. OLG Koblenz, Beschluss vom 19.12.2002 - 1 Ws 973/02 (= StV 2003, 519): keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens innerhalb von 3 Monaten nach Anklageerhebung, obwohl im Zwischenverfahren keine Einwendungen der Verteidigung zu erwarten sind.

<sup>133</sup> KG, Beschluss vom 8.5.2002 - 1 AR 556/02 - 4 Ws 71/02 (= StV 2002, 554); der Haftbefehl in diesem Verfahren wurde währenddessen nicht vollzogen.

<sup>134</sup> Als Beispiel OLG Koblenz, Beschluss vom 22.4.2004 - (1) 4420 BL - III - 17/04 (= StV 2004, 491): Anklage 3 Monate nach Abschluss der Ermittlungen, wobei ein mehrfacher Verteidigerwechsel vom Senat nicht als Erklärung akzeptiert wird.

<sup>135</sup> OLG Koblenz, Beschluss vom 10.1.2002 - (1) 4420 BL - III - 97/01 (= StraFo 2002, 208): „Die weiteren Ermittlungen dienten entweder der Identifizierung weiterer Tatbeteiligter oder der Prüfung, ob der Angeklagte noch andere Straftaten begangen hat (...)“

<sup>136</sup> OLG Köln, Beschluss vom 29.11.2002 - HES 211/02 - 242 (verfügbar unter [www.justiz.nrw.de](http://www.justiz.nrw.de)): Verdacht der gewerbs- und bandenmäßigen Einschleusung von Ausländern.

#### IV. Folgerungen und Ausblick

Die hier vorgelegte Rechtsprechungsanalyse weist zwei wichtige Beschränkungen auf. Zum einen bezieht sie sich auf veröffentlichte Entscheidungen und kann daher kein vollständiges Bild gerichtlicher Entscheidungen zur Begrenzung langer Untersuchungshaft zeichnen. Welche Kriterien für eine Veröffentlichung solcher Entscheidungen den Ausschlag geben, ist unbekannt.<sup>137</sup> Zum anderen konzentriert sie sich auf schriftlich vorliegende Begründungen, die nicht alle in Betracht gezogenen Erwägungen enthalten müssen und den bisherigen Verfahrensgang höchstens zusammenfassen. Dennoch ermöglicht diese Analyse einen Überblick, der über eine unsystematische Auswahl hinausgeht. Es zeigt sich, dass Verzögerungen des Verfahrens und die Verhältnismäßigkeit der Haftdauer aus der Sicht der Gerichte von vielfältigen Einflüssen geprägt werden.<sup>138</sup> Dabei gibt es kein Verfahrensstadium, das nicht zumindest in einer bedeutsamen Untergruppe von Einzelfällen einen Schwerpunkt der Verzögerung bilden könnte. Wenn das Ermittlungsverfahren am häufigsten genannt wird, liegt das zu einem großen Teil daran, dass die jeweiligen Verfahren (noch) nicht weiter fortgeschritten sind. Obwohl Gericht und Staatsanwaltschaft bei der Frage nach den Urhebern der Verzögerung dominieren, ist das aus der Sicht der Justiz nahe liegende Argument der Arbeitsüberlastung<sup>139</sup> nur eines von vielen, die in den ausgewerteten Entscheidungen angeführt werden. Andere Begründungselemente wie der Umfang der Ermittlungen, das Begehren nach der Hinzuziehung weiterer Beweismittel oder Verzögerungen in bestimmten Verfahrensphasen wie der Vorbereitung der Hauptverhandlung sind noch häufiger festzustellen. Im weiteren Verlauf des Forschungsprojekts wird sich zeigen, inwieweit diese ersten Eindrücke anhand von Expertenbefragungen und Aktenanalysen zu korrigieren sind.

\*\*\*

<sup>137</sup> Es geht hier um Veröffentlichungsmuster der juristischen Praxis und ihrer Publikationsorgane, die sich von denen der Tagespresse (dazu etwa *Brüchert* Autoritäres Programm in aufklärerischer Absicht, 2005, 105 ff.; *Höbermann* Der Gerichtsbericht in der Lokalzeitung, 1989) deutlich unterscheiden dürften.

<sup>138</sup> In der Literatur dokumentieren sich diese auch in alphabetischen Aufstellungen wie derjenigen von *Burhoff* StraFo 2002, 379 (386 f.).

<sup>139</sup> Dazu etwa *Sarstedt* (Fn. 1) und *Schmidt-Sommerfeld* in *Jehle/Hoch* (Fn. 3), 81.

## Prozessdokumentation

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

zum weiteren Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

## Schrifttum

**Detlef Burhoff: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren;** 4. Auflage, ZAP-Verlag für die Rechts- u. Anwaltspraxis, ISBN-13:978-3-89655-211-X, ZAP-Verlag, Münster 2006, 1466 Seiten, 98,00 €.

Eine Rezension für die 4. Auflage des bereits bekannten und gut eingeführten Handbuchs für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren von *Burhoff* zu schreiben ist keine leichte Aufgabe, wenn man die Vielzahl derer, die die Voraufgaben bereits zu schätzen gelernt haben, nicht durch Wiederholungen langweilen möchte.

Gleichwohl seien für diejenigen, denen die von *Burhoff* verfassten bzw. herausgegebenen Handbücher (noch) nicht bekannt sind, einige Anmerkungen zum Aufbau und zur Darstellungsweise gestattet. Alle anderen mögen diese einführenden Worte überspringen und direkt zum Abschnitt „Neuerungen der 4. Auflage“ vorrücken.

### Aufbau und Darstellungsweise

*Burhoff* erhebt, wie er es selbst formuliert, mit seinem Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nicht den Anspruch auf einen (weiteren) Kommentar zur StPO. Vielmehr soll es allen Benutzern – in erster Linie dem Strafverteidiger, aber auch dem Staatsanwalt und dem Richter – eine praktische Arbeitshilfe sein und bei der Lösung der in der täglichen Praxis auftretenden Probleme helfen.

Diesem Ansatz folgend hat *Burhoff* auf einen „klassischen“ thematischen bzw. systematischen Aufbau verzichtet. Vielmehr nutzt *Burhoff* für sein Handbuch eine **Darstellung der einzelnen Probleme bzw. Themen in ABC-Form**. Hierbei werden alle wichtigen Fragestellungen unter eingängigen Stichwörtern von A wie „Ablehnung eines Richters“ über D wie „Dinglicher Arrest im Ermittlungsverfahren“ und P wie „Pflichtverteidiger“ bis hin zu Z wie „Zuziehung eines Dolmetschers“ abgehandelt. Bei den wichtigsten oder sehr umfangreichen Fragenkomplexen hat *Burhoff* zur besseren Übersicht sog. „Verteilerstichwörter“ gebildet, unter denen dann auch die zu dem jeweiligen Komplex gebildeten (Unter-)Stichwörter zusammengestellt sind. Beispielhaft sei dies am Stichwort „Akteneinsicht“ erläutert. Hier wird unter insgesamt 25 Punkten dieses grundlegende Instrument der Verteidigung wirklich erschöpfend abgehandelt, von

„Akteneinsicht, Allgemeines“ und „Akteneinsicht, Beschränkung“ bis zu „Akteneinsicht, Umfang“. Dieser Aufbau bietet nicht nur den Vorteil eines sehr schnellen Zugriffs auf die umfassenden Informationen zum jeweiligen Stichwort, *Burhoff* gelingt es darüber hinaus durch die Angabe **interner Querverweise** auch systematische und praktische Zusammenhänge zu verdeutlichen, so dass nahezu alle sich ergebenden Fragen unmittelbar beantwortet werden.

Dieser das Handbuch auszeichnende schnelle Zugriff auf die wesentlichen Informationen wird weiter erleichtert durch die bei vielen Stichwörtern eingearbeiteten **„Leitsätze“, Checklisten und tabellarischen Übersichten**. Diese fassen auch optisch rasch erfassbar und nachvollziehbar den jeweiligen Stoff zusammen und erläutern ihn an prägnanten und praxisnahen Beispielen.

Weiter hervorzuheben sind vor allem jedoch die wie immer mit sehr viel Akribie eingearbeiteten **Rechtspredictionshinweise**, die an Aktualität (Stand August 2006!) kaum zu überbieten sein dürften.

Sollte darüber hinaus noch der Wunsch bestehen, sich weiter in eine Fragestellung einzuarbeiten, so ist auch für diesen Fall mehr als ausreichend vorgesorgt. So finden sich zu jedem Stichwort eingangs umfassende und zum Teil ergänzende **Literaturhinweise**, die eine sehr gute Ausgangsbasis zur weiteren Vertiefung der jeweiligen Thematik bieten.

Ergänzt wird diese an der schnellen Informationsvermittlung orientierte Darstellung weiter durch praxisnahe **Hinweise für den Verteidiger**. Das Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wirft daher nicht nur „theoretische“ Probleme auf, es liefert vielmehr auch wertvolle Hilfe bei der Frage, wie die jeweilige Thematik im Verfahren richtig umgesetzt werden kann und was es dabei zu beachten gilt.

Abgerundet wird das gelungene Paket durch eine beigefügte **CD-ROM**. Diese muss – erfreulicherweise – nicht installiert werden und beinhaltet neben anderem Lesenswerten die im Buch enthaltenen **Muster und Checklisten**.

### Neuerungen der 4. Auflage

Im Vergleich zur 3. Auflage wurden die Stichwörter

insgesamt aktualisiert und teilweise erheblich erweitert, was sich auch in dem um ca. 250 Seiten gewachsenen Umfang niederschlägt. So wurden die durch das **Opferrechtsreformgesetz** und die durch das **1. Justizmodernisierungsgesetz** im Ermittlungsverfahren eingetretenen Änderungen ebenso eingearbeitet wie rund **700 (!) Entscheidungen mit Stand bis August 2006**. Hierbei sind aus Verteidigersicht insbesondere die Entscheidungen des BVerfG zum Haftrecht, zur Akteneinsicht im Arrestverfahren und zum Thema „Gefahr in Verzug“ hervorzuheben, die zu einer zum Teil weitgehenden Überarbeitung der damit zusammenhängenden Stichwörter geführt haben.

Neu aufgenommen wurden in der 4. Auflage die Stichwörter **„Dinglicher Arrest im Ermittlungsverfahren“** und **„Vorermittlungen“**. Auch hier bewegt sich *Burhoff* auf der Höhe der Zeit. Insbesondere der dingliche Arrest als Instrument zur Vermögensabschöpfung hat in der Praxis zugenommen und wird auch noch weiter an Bedeutung gewinnen. Auf Grund der hohen Gefahr, dass aus dieser „vorläufigen“ Maßnahme bereits ein endgültiger Schaden erwächst, muss sich vor allem der Verteidiger rechtzeitig um fundierte Kenntnisse der Materie bemühen.

Nahezu überflüssig ist es zu erwähnen, dass selbstverständlich auch die **Einführung des RVG** zu einer entsprechenden Überarbeitung und Erweiterung der vergütungsrechtlichen Hinweise geführt hat.

Wie die Voraufgabe enthält das Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wiederum eine **CD-ROM**. Außer den bereits bekannten **Checklisten und Musterschriftsätzen**, die in der Praxis einen ersten Anhalt bieten, enthält diese neben den Aufsätzen, die zitiert aber nicht veröffentlicht sind, auch Lesenswertes abseits der täglichen Praxis. So findet sich dort z.B. der Rahmenbeschluss der Europäischen Union zum Europäischen Haftbefehl, der ansonsten nicht zugänglich ist.

### Fazit

Auch in der 4. Auflage bietet das Handbuch in seiner gewohnt kompakten Form eine umfassende und ausgewogene Zusammenstellung des Verfahrensstoffes. Es stellt dabei sowohl für den „alten Hasen“ als auch für den Berufsanfänger eine übersichtliche Fundgrube an aktuellem Wissen zur Verfügung, die es ermöglicht, sowohl fundiertes Wissen aufzubauen als auch vermeintlich sicheres Wissen und altgeübte Praxis zu überprüfen und gegebenenfalls der veränderten Rechtslage anzupassen. *Burhoff* sollte mit der neuen Auflage seines Handbuches für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren nun endgültig den Sprung vom „Strafverteidigerhandbuch“ zu einem für alle am Strafverfahren Beteiligten lesenswerten Ratgeber geschafft haben.

**Georg Strittmatter**, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht, Düsseldorf

*Herbert Tröndle/Thomas Fischer: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 54. Aufl., C.H. Beck, München, 2007, LII, 2471 Seiten, geb., ISBN 3-406-55477-6, EUR 70,00.

**I.** Erneut im Turnus von nur rund einem Jahr hat *Fischer* die 54. Auflage des StGB-Klassikers und Praktikerkommentars aus dem Hause Beck vorgelegt. Es handelt sich damit bereits um die sechste von *Fischer* (davon in einem Fall zusammen mit *Tröndle*) verantwortete Auflage, der damit bereits die Hälfte der von *Tröndle* bearbeiteten Auflagenzahl (38.-49. Aufl.) erreicht hat. *Fischer* hat dabei die dem Kommentar von ihm verliehene Linie konsequent fortgeführt, d.h. die Systematisierung der Darstellung, aber auch die mitunter kritische Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung weiter ausgebaut. Es fehlt dabei nicht an ebenso klaren wie wortgewaltigen (und damit ganz unabhängig vom eigenen Standpunkt beeindruckenden) Stellungnahmen. Diese betreffen etwa die Rettungsfolterdiskussion (vgl. § 32 Rn. 7b ff.), die Überzeugungskraft der strafrechtlichen Konzeption der Geldwäschebekämpfung (§ 261 Rn. 46 ff.) oder die zunehmende Ausdehnung des Konzepts eines Präventionsstrafrechts, hinter dem nach *Fischer* „grundlegende, in ihrer Bedeutung noch unterschätzte Veränderungen der Lebenswirklichkeit, tief greifende Auflösungen sozialer Strukturen und dramatische Änderungen der sozialen Kommunikation“ stehen (Einleitung Rn. 12 einschließlich eines engagierten Statements gegen das Konzept des sog. Feinstrafrechts, Rn. 12a ff.). Exemplarisch für die in der 54. Auflage insoweit neu bearbeiteten Abschnitte sei die ganz zutreffende Kritik an der ausufernden und mit dem Wortlaut des Gesetzes kaum zu vereinbarenden Handhabung des § 354 Ia StPO durch die Rechtsprechung des BGH (§ 46 Rn. 120b) genannt.

**II.** Aus dem Bereich wichtiger Leitentscheidungen im Zeitraum seit der Voraufgabe nimmt *Fischer* die Ablehnung des § 11 II Nr. 2c StGB durch den BGH im Fall des „Kölner Müllskandals“ ebenso neutral bis zustimmend zur Kenntnis (vgl. § 11 Rn. 22b mit Hinweis auf das Argument einer Sperrminorität des privaten Beteiligten) wie die Annahme einer untreurelevanten Pflichtverletzung durch den Aufsichtsrat im Fall Mannesmann (§ 266 Rn. 54a). Dezidiertere und engagiertere Zustimmung finden das BVerfG für sein Urteil zum Luftsicherheitsgesetz, in dem *Fischer* eine „dem Kriege entnommene Regelung“ sieht, „die das Verbot einer die Menschenwürde verletzenden Instrumentalisierung von Personen zu bloßen Objekten staatlicher Aufgabenerfüllung außer Acht ließ“ (vgl. § 34 Rn. 16a), sowie die einschränkende Auslegung der sexuellen Nötigung bei Ausnutzung einer schutzlosen Lage in § 177 I Nr. 3 StGB auf Fälle einer kausalen Verbindung zwischen der eine spezifische Zwangslage begründenden schutzlosen Lage und dem Verhalten des Opfers (§ 177 Rn. 37 ff., insb. Rn. 48). Gerade das letztgenannte Beispiel verdeutlicht auch die Nöte, in denen sich ein Kommentator befinden kann, wenn er sich kritisch mit der Rechtsprechung des eigenen Strafsenats auseinandersetzen hat (vgl. die Nachweise auf Entscheidungen des 2. Strafsenats in § 177 Rn. 37, welcher in BGHSt 50, 359 wohl nicht zuletzt unter dem

Eindruck der Kritik in der Kommentierung *Fischers* seine Rechtsauffassung modifiziert hat). Zur in dieser Auflage nicht mehr berücksichtigbaren Entscheidung des BGH im Fall Hoyzer (sog. Bundesliga-Wettskandal) lässt sich eine Zustimmung *Fischers* prognostizieren, da – auch im Zusammenhang mit der instanzgerichtlichen Entscheidung des LG Berlin – in § 263 Rn. 18 „im Angebot des Vertragsabschlusses (sc.: zu einer Sportwette)“ die konkludente Erklärung gesehen wird, „die Geschäftsgrundlage nicht selbst rechtswidrig manipuliert zu haben“. Selbstverständlich sind zahlreiche weitere Entscheidungen und teilweise auch Fundstellen aus der Literatur auf aktuellem Stand eingearbeitet; weitere Abschnitte wurden mehr oder weniger umfangreich überarbeitet.

**III.** Die Vorzüge und die Bedeutung von *Fischers* Kommentierung für die Praxis müssen an dieser Stelle nicht mehr erwähnt werden. Wenn man sie aber wenigstens angemessen würdigen, zugleich jedoch auch ein realistisches Bild zeichnen will, so lässt sich vielleicht sagen: Das Format eines kompakten, aber gleichzeitig nicht zu

knappen Kommentars für die Praxis, in dem auch immer wieder Platz auch für rechtspolitische Anstöße zur Verfügung steht, ist gewiss attraktiv. Dabei kann jedoch der Blick nicht davor verstellt werden, dass ein organisches Wachsen eines solchen Kommentars über viele Jahre und Auflagen hin – gerade wenn auch eine gewisse Vollständigkeit in den Details angestrebt wird – die Lesbarkeit nicht immer erhöht und dass ein einzelner Autor angesichts der stets zunehmenden und sich immer weiter beschleunigenden Informationsflut zwangsläufig größte Mühe hat, sämtliche Vorschriften des StGB in all ihren wesentlichen Facetten zu behandeln. Indes sind diese Befunde systembedingt beim vorliegenden (um es noch einmal zu wiederholen: ebenso attraktiven wie wichtigen) Kommentarformat und keine Kritik, die an *Fischer* geäußert werden könnte – im Gegenteil: seiner Kommentierungskunst und seiner kaum beinahe unglaublichen Arbeitskraft ist es zu verdanken, dass es an diesen gleichsam systembedingten „Sollbruchstellen“ im „*Tröndle/Fischer*“ noch keinen Bruch gegeben hat.

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

## 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.

### 198. BVerfG 2 BvR 2060/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Koblenz/AG Bad Neuenahr-Ahrweiler)

Freiheit der Person (Freiheitsstrafe gegen psychisch kranke Person; Verhängung von Maßregeln neben Jugendstrafe; Anspruch auf ausreichende medizinische Behandlung und Betreuung; Verhältnismäßigkeit: Eignung); Willkürverbot (nicht nur bloße einfachrechtliche Fehlerhaftigkeit gerichtlicher Entscheidungen; keine Verletzung bei fehlendem Widerspruch zur höchstrichterlichen Rechtsprechung); Rechtsstaatsprinzip; Recht auf Verteidigerbeistand (Ersatzverteidiger; Einarbeitung in den Prozessstoff; fehlender Vortrag zur Kausalität für das Urteil); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21 StGB; § 63 StGB

### 199. BVerfG 2 BvR 392/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. März 2007 (OLG Dresden/AG Leipzig)

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (drohende Strafvollstreckung; mangelndes Rechtsschutzbedürfnis; Absehen von Vollstreckung durch die Staatsanwaltschaft; Erfordernis eines Antrags auf Vollstreckungsaufschub); Leipziger Inzest-Verfahren; Ablehnungsbeschluss.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 456 StPO; § 458 Abs. 2 und 3 StPO; § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB

### 200. BVerfG 2 BvR 273/06 (1. Kammer des Zweiten

### Senats) – Beschluss vom 12. Februar 2007 (LG Würzburg/AG Würzburg/Staatsanwaltschaft beim Landgericht Würzburg)

Effektivität des Rechtsschutzes (fehlende fachgerichtliche Stellungnahme zur Anordnungscompetenz im Rechtsschutzverfahren; Rechtsweggarantie; Feststellungsinteresse und Erledigung); Blutentnahme zur Beweissicherung (Richtervorbehalt; Gefahr im Verzug; Anordnungsvoraussetzungen; Dokumentation).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO; § 81a StPO

### 201. BVerfG 1 BvR 538/06 (Ersten Senat) – Urteil vom 27. Februar 2007 (LG Potsdam/AG Potsdam)

Pressefreiheit (Schutzbereich; Eingriff; Schwere; Vertrauensverhältnis zum Informanten; allgemeines Gesetz und Wechselwirkungslehre); Veröffentlichung eines Dienstgeheimnisses (sukzessive Beihilfe); Durchsuchung und Beschlagnahme im Medienunternehmen (Beihilfe; Anforderungen an den Tatverdacht; nicht zur Identifizierung des Informanten; beschlagnahmefreie Unterlagen); nachträglicher Rechtsschutz (prozessuale Überholung; schwerwiegende Grundrechtseingriffe; Kopien redaktionellen Materials; Beachtung der Pressefreiheit); Fall CICERO.

Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 353b StGB; § 27 StGB; § 97 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO; § 162 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 98 Abs. 2 S. 2 StPO

### 202. BGH 1 StR 429/06 – Urteil vom 31. Januar 2007

**(LG Traunstein)**

Tötungsvorsatz; schwere Körperverletzung (Siechtum; Lähmung; Erörterungsmangel); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Erforderlichkeit; Verteidigungswille).  
§ 212 StGB; § 226 StGB; § 32 StGB; § 18 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

**203. BGH 1 StR 605/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Passau)**

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (neue Tatsache: im Strafvollzug aufgetretene psychische Erkrankung des Verurteilten und Gefährlichkeitsprognose nach Verhaltenssymptomen, Therapieunwilligkeit des Verurteilten; symptomatischer Zusammenhang mit der Anlasstat; hinreichende Tatsachengrundlage; Erforderlichkeit des Hanges); polizeirechtliches Parallelverfahren nach dem landesrechtlichen Unterbringungsgesetz einzuleiten; keine nachträgliche Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 66b StGB; § 63 StGB; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 5 EMRK

**204. BGH 1 StR 616/06 – Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Landshut)**

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

**205. BGH 1 StR 7/07 – Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Augsburg)**

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

**206. BGH 4 StR 394/06 – Urteil vom 18. Januar 2007 (LG Essen)**

Schwerer Raub (Scheinwaffen als Werkzeuge im Sinne des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB; Verwendungsabsicht und vom Täter vorgestellte Zwangswirkung beim Opfer; „Labello-Rechtsprechung“; Abgrenzung von maßgeblicher Täuschung).  
§ 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b StGB

**207. BGH 4 StR 474/06 – Urteil vom 1. Februar 2007 (LG Hagen)**

Anforderungen an ein freisprechendes Urteil (Urteilsgründe; Beweiswürdigung: Lückenhaftigkeit hinsichtlich belastender Umstände und nur formelhafte Gesamtwürdigung der belastenden Umstände; Reichweite des Zweifelsgrundsatzes).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**208. BGH 4 StR 489/06 – Urteil vom 18. Januar 2007 (LG Dortmund)**

Tötungsvorsatz (gefährliche Tathandlungen und mögliche Besonderheiten des Einzelfalles: Nachtatverhalten, affektive Erregung, hochgradige Alkoholisierung; Eventualvorsatz).  
§ 15 StGB; § 212 StGB

**209. BGH 4 StR 491/06 – Beschluss vom 6. Februar 2007 (LG Münster)**

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

**210. BGH 4 StR 497/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Essen)**

Sexueller Missbrauch eines Kindes (unzureichende Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage; teilweise unrichtige Angaben des Belastungszeugen; Aufklärungspflicht).  
§ 176 StGB; § 261 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**211. BGH 4 StR 514/06 – Urteil vom 1. Februar 2007 (LG Saarbrücken)**

Minder schwerer Fall der Geiselnahme; sexuelle Nötigung und Vergewaltigung; Strafzumessung (Maßgeblichkeit deutscher Wertvorstellungen: Jesiden, herabgesetzte Hemmschwelle; begrenzte Revisibilität); Eheschließungsfreiheit.  
§ 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB; § 177 Abs. 2 Nr. 1 StGB; Art. 6 GG; Art. 11 EMRK

**212. BGH 4 StR 524/06 – Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Saarbrücken)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs: Einwirkung durch das Werkzeug selbst); gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr.  
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315b StGB

**213. BGH 4 StR 598/06 – Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Memmingen)**

Mord (gemeingefährliche Mittel: Einsatz eines PKW); Straßenverkehrsgefährdung (Ursachenzusammenhang hinsichtlich der Fahruntüchtigkeit) und gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (anderer gefährlicher Eingriff); vorsätzliche Trunkenheit im Verkehr.  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 315c StGB; § 315b StGB; § 316 StGB

**214. BGH 4 StR 599/06 – Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Frankenthal)**

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

**215. BGH 4 StR 602/06 – Beschluss vom 6. Februar 2007 (LG Halle)**

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

**216. BGH 4 StR 603/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Magdeburg)**

Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (erforderliche Feststellung eines Zustands zumindest erheblich verminderter Schuldfähigkeit; seelische Abhängigkeit bei „fixen Ideen“; Stalking).  
§ 63 StGB

**217. BGH 4 StR 611/06 – Beschluss vom 23. Januar 2007 (LG Hagen)**

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**218. BGH 4 StR 612/06 – Beschluss vom 6. Februar 2007 (LG Dortmund)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (bandenmäßige Begehung; erforderliche Feststellungen, keine

Anwendung bei Zusammenwirken in eingespieltem Bezugs- und Absatzsystem).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**219. BGH 5 StR 404/06 – Urteil vom 31. Januar 2007 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf des Totschlages (lückenhafte Beweiswürdigung); Notwehr (gegenwärtiger Angriff; Absichtsprovokation); unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; Mittäterschaft (wertende Gesamtbetrachtung); Beihilfe (psychische Beihilfe; Anwesenheit); unbeendeter Versuch (Aufgeben; fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; Entdeckung der Tat). § 212 StGB; § 32 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 24 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 2 a WaffG; § 261 StPO

**220. BGH 5 StR 444/06 – Urteil vom 1. Februar 2007 (LG Neuruppin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Intelligenzminderung und Verhaltensauffälligkeit; Schwachsinn; Gefahrenprognose: Gesamtwürdigung bei Tat im Rahmen einer Heimunterbringung); Sicherungsverfahren; unzulässige Aufklärungsrüge (Benennung eines konkreten Beweismittels).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 413 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 2 StPO

**221. BGH 5 StR 454/06 (alt: 5 StR 136/04) – Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Stuttgart)**

Sofortige Beschwerde gegen die Kostenentscheidung (Teilaufhebung als Teilerfolg; Billigkeit) und gegen die Versagung einer Entschädigung (Untersuchungshaft; Billigkeit; fehlerfreie Ermessensausübung; besondere Härte der Untersuchungshaft und Berücksichtigung bei der Strafzumessung).

§ 464 Abs. 3 StPO; § 473 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 8 Abs. 3 StrEG; § 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG

**222. BGH 5 StR 467/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Braunschweig)**

Betrug und Subventionsbetrug (Konkurrenzverhältnis; Bewertungseinheit: rechtliche Handlungseinheit; Beendigung beim Subventionsbetrug); Strafverfolgungsverjährung.

§ 52 StGB; § 263 StGB; § 264 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78a StGB

**223. BGH 5 StR 504/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Leipzig)**

Minder schwerer Fall des Totschlages; verminderte Schuldfähigkeit (tiefgreifende Bewusstseinsstörung; Erörterungsmangel bezüglich einer affektiven Erregung und Zusammenwirken mit einer alkoholbedingten Beeinträchtigung, indizieller Charakter einer erhalten gebliebenen Erinnerung, gebotene Gesamtwürdigung).

§ 213 2. Alt. StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

**224. BGH 2 StR 277/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Köln)**

Anhörungsrüge (Erwiderung des Generalbundesanwalts; willkürliche Verwerfung der Revision).

§ 356a StPO

**225. BGH 2 StR 405/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Trier)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

**226. BGH 2 StR 431/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007**

Anhörungsrüge (Zeitpunkt der Kenntniserlangung vom Gehörsverstoß; Glaubhaftmachung).

§ 356a StPO

**227. BGH 2 StR 461/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (LG Aachen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Revisionsbegründung); Kostenentscheidung gegen Jugendliche.

§ 44 StPO; § 74 JGG

**228. BGH 2 StR 485/06 - Beschluss vom 12. Januar 2007 (LG Aachen)**

Einstellung des Verfahrens nach Tod des Angeklagten (Kostenfolge).

§ 206a StPO; § 467 Abs. 1 und 3 StPO

**229. BGH 2 StR 486/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Frankfurt)**

Sicherungsverwahrung (Urteilsgründe; Feststellungen zu den Symptomtaten: Sachverhalte; Ermessensentscheidung; Einzelstrafen).

§ 66 StGB; § 267 StPO

**230. BGH 2 StR 487/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Kassel)**

Teilweiser Freispruch; Gesamtstrafenentscheidung im Beschlusswege; sexueller Missbrauch von Schutzbefehlen.

§ 174 StGB; § 55 StGB; § 460 StPO; § 462 StPO

**231. BGH 2 StR 496/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Mainz)**

Serienstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Individualisierung der Einzeltaten; nicht entbehrliche Feststellung der tatbestandlichen Nötigungshandlung).

§ 177 StGB; § 261 StPO

**232. BGH 2 StR 498/06 - Beschluss vom 19. Januar 2007 (LG Frankfurt)**

Brandstiftung (Versuch); mehrere Körperverletzungen durch eine Brandstiftung (Idealkonkurrenz).

§ 306 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

**233. BGH 2 StR 518/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Frankfurt)**

„Kannibale von Rotenburg“; Inbegriff der Hauptverhandlung (Falschbezeichnung eines Sachverständigen); Beruhen; rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (keine Strafmilderung bei absoluter Strafdrohung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung; Konventionsbeschwerde).

§ 211 StGB; § 261 StPO; § 337 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**234. BGH 2 StR 537/06 - Beschluss vom 19. Januar 2007 (LG Kassel)**

Einstellung des Verfahrens (Strafklageverbrauch); Rücktritt vom Versuch (Freiwilligkeit; Angst vor Entdeckung); Diebstahl (Versuch; Vollendung; Enttäuschung über das Diebesgut); Nötigung.

§ 206a StPO; Art. 103 Abs. 3 GG; § 24 StGB; § 242 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 240 StGB

**235. BGH 2 StR 555/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007 (LG Koblenz)**

Mord (Heimtücke; Arglosigkeit zum Zeitpunkt des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs); Hinweispflicht (Angabe der einem Gesichtspunkt zugrunde liegenden tatsächlichen Umstände; effektive Verteidigung; Fairness des Verfahrens).

§ 211 StGB; § 265 Abs. 1 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK

**236. BGH 2 StR 558/06 - Beschluss vom 19. Januar 2007 (LG Darmstadt)**

Rücknahme der Revision (ausdrückliche Ermächtigung); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.

§ 302 Abs. 2 StPO; § 267 StPO

**237. BGH 2 StR 562/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (LG Köln)**

Strafzumessung (Berücksichtigung des Nachtatverhaltens).

§ 46 StGB

**238. BGH 2 StR 567/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Frankfurt)**

Angemessenheit der Rechtsfolge.

§ 354 Abs. 1a StPO

**239. BGH 2 StR 568/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe).

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

**240. BGH 2 StR 582/06 - Beschluss vom 26. Januar 2007 (LG Kassel)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Persönlichkeitsstörung, Zustand; schwere andere seelische Abartigkeit).

§ 20 StGB; § 63 StGB

**241. BGH 2 StR 583/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (Landgericht Gera)**

Gesamtstrafenbildung (Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts; Jugendstrafe); Härteausgleich.

§ 54 StGB; § 55 StGB

**242. BGH 2 StR 584/06 - Beschluss vom 12. Januar 2007 (LG Mainz)**

Serienstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung (Konkretisierung der Einzelaten).

§ 177 StGB; § 267 StPO

1. Auch bei Serienstraftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung müssen die Tatbestandsmerkmale des § 177 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB – finale Gewaltanwendung

oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben – für jede Tat konkret und individualisiert festgestellt werden. Wegen der erfahrungsgemäß nicht gleichen Handlungsabläufe beim Einsatz des Nötigungsmittels bedarf es dazu näherer Feststellungen.

2. Zwar dürfen bei einer Vielzahl von sexuellen Übergriffen an die Individualisierbarkeit der einzelnen Taten im Urteil keine überspannten Anforderungen gestellt werden; eine unzureichende Konkretisierung darf jedoch auch nicht dazu führen, dass der Angeklagte in seinen Verteidigungsmöglichkeiten beschränkt wird.

**243. BGH 2 StR 591/06 - Beschluss vom 26. Januar 2007 (LG Koblenz)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mittäterschaft; Beihilfe).

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

**244. BGH 2 StR 596/06 - Beschluss vom 2. Februar 2007**

Beistandsbestellung (Fortwirkung bis zur Rechtskraft).

§ 397a StPO

**245. BGH 2 ARs 2/07 / 2 AR 9/07 - Beschluss vom 26. Januar 2007**

Zuständigkeitsbestimmung; Zuständigkeitskonzentration bei Vollstreckung von Jugendstrafe.

§ 14 StPO

**246. BGH 2 ARs 545/06 / 2 AR 308/06 - Beschluss vom 10. Januar 2007**

Aufenthaltswechsel (faktischer Aufenthalt; Wohnsitz; Meldeanschrift).

§ 42 Abs. 3 JGG

**247. BGH 3 StR 251/06 - Beschluss vom 16. Januar 2007 (OLG Düsseldorf)**

Revision gegen ein erstinstanzliches Urteil des Oberlandesgerichts (fehlerhafte Verwerfung eines Ablehnungsgesuchs gegen einen erkennenden Richter; kein Rechtsmittel); Konfrontationsrecht und Recht auf Ladung und Vernehmung von Entlastungszeugen (Fragerecht; Fragezurückweisung).

§ 27 Abs. 1 StPO; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d EMRK; § 338 Nr. 3 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; Art. 19 IV GG; Art. 20 Abs. 3 GG

**248. BGH 3 StR 385/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Düsseldorf)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 29a BtMG

**249. BGH 3 StR 402/06 - Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Hannover)**

Unzulässige Beschwerde gegen Kosten- und Auslagenentscheidung; Bewilligung von Prozesskostenhilfe (Nebenklagerrevision; Prüfung der Erfolgsaussicht).

§ 304 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 464 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 397a Abs. 2 StPO

**250. BGH 3 StR 412/06 - Beschluss vom 11. Januar**

**2007 (LG Hildesheim)**

Überzeugungsbildung (Beweiswürdigung: Glaubwürdigkeitsbeurteilung durch ermittelnde Beamte als Indiz der Glaubwürdigkeit); Beruhen; Recht auf Verfahrensbeschleunigung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; Gesamtbetrachtung).

§ 261 StPO; § 337 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz EMRK

**251. BGH 3 StR 444/06 - Beschluss vom 16. Januar 2007**

Einstellung des Verfahrens (geringe Schuld; Verfahrensdauer).

§ 153 StPO

**252. BGH 3 StR 445/06 - Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Wuppertal)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

**253. BGH 3 StR 487/06 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Krefeld)**

Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines Urteils).

§ 249 SPO; § 250 StPO

**254. BGH 3 StR 489/06 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Duisburg)**

Unbegründete Revision (Beschwer).

vor § 296 StPO; § 349 Abs. 2 StPO