

Publikationen

Wiss. Ass. Dr. Friedrich von Freier, Univ. Hamburg – **Zur Revisibilität der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO – Anmerkung zu BGH 4 StR 452/06 und 5 StR 349/06** S. 139

RA Markus Hauptmann und RA Markus Rübenstahl Mag. iur., Frankfurt – **Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda - insbesondere gemessen am „Cannabis-Urteil“ des BVerfG** S. 143

Richter Ulf Buermeyer, Berlin – **Die Online-Durchsuchung. Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme.** S. 154

Prof. Dr. Christian Fahl, Univ. Rostock – **Die „unwahre“ Protokollrüge** S. 166

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen.

Entscheidungen

EuG **Verstoß gegen die Verteidigungsrechte bei der europäischen Terrorismusbekämpfung**

BVerfG **Verstoß gegen Art. 103 II GG beim unvorsätzlichen Entfernen vom Unfallort**

BVerfG **Zulässige Medienberichterstattung über ein Strafverfahren**

BGHSt **Ablehnende Verwendung von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen**

BGHR **Begriff des „Verbringers“ einführungspflichtiger Ware und Steuererklärungspflicht bei bislang in der EU unverzollter Ware**

BGH **Grausame Tötung durch Unterlassen („Fall Dennis“)**

BGHSt **Regelmäßige Beihilfestrafbarkeit des Kuriers nach dem BtMG**

BGHSt **Prüfung und Darstellung nicht erkennbarer neuer Tatsachen bei der nachträglichen Sicherungsverwahrung**

BGHSt **Anwendbarkeit des § 266a StGB bei vorgetäushtem Entsendetatbestand**

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

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

Diese Ausgabe umfasst 131 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

8. Jahrgang, April 2007, Ausgabe **4**

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

322. EuG T-228/02 – Urteil vom 12. Dezember 2006 (2. Kammer)

Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik; Einfrieren von Geldern (Nichtigkeitsklage; gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus; Verteidigungsrechte: Einschränkungen für Überraschungseffekte; Begründungspflicht; Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz; Schadensersatzklage); Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in der zweiten und dritten Säule der Europäischen Union (rechtliches Gehör; Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit: Gemeinschaftstreue).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a und b EMRK; Art. 6 Abs. 2 EU; Art. 35 EU; Art. 46 EU; Art. 13 EMRK; Art. 253 EG; Art. 10 EG; Art. 230 Abs. 4 EG

1. Nach ständiger Rechtsprechung ist die Wahrung der Verteidigungsrechte in allen Verfahren gegen eine Person, die zu einer sie beschwerenden Maßnahme führen können, ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, der auch dann sichergestellt werden muss, wenn eine Regelung für das betreffende Verfahren fehlt. Dieser

Grundsatz gebietet es, dass jede möglicherweise von einer Sanktion betroffene Person zu den ihr zur Last gelegten Umständen, auf die sich die Verhängung der Sanktion stützt, sachgerecht Stellung nehmen kann. Dies gilt auch in Bezug auf ein Einfrieren von Konten zur Bekämpfung des Terrorismus.

2. Grundsätzlich umfasst die Gewährleistung der Verteidigungsrechte zwei wesentliche Rechte. Zum einen sind dem Betroffenen die ihm zur Last gelegten Umstände, auf die sich die bevorstehende Verhängung der (verwaltungsrechtlichen) Sanktion stützt, mitzuteilen. Zum anderen muss er zu diesen Umständen sachgerecht Stellung nehmen können. Unter Umständen wie denen des vorliegenden Falles, in denen es um spezifische restriktive Maßnahmen zum Einfrieren der Gelder und Vermögenswerte von Personen, Vereinigungen und Körperschaften geht, deren Beteiligung an terroristischen Handlungen der Rat festgestellt hat, sind jedoch bestimmte Beschränkungen der so nach ihrem Gegenstand definierten Verteidigungsrechte legitim und können den Betroffenen auferlegt werden.

3. Beschränkungen, denen die Verteidigungsrechte der Betroffenen vom Rat unterworfen werden, sind durch eine genaue, unabhängige und unparteiische gerichtliche Kontrolle auszugleichen. Der Gemeinschaftsrichter muss die Rechtmäßigkeit und die Begründetheit der Maßnahmen zum Einfrieren von Geldern kontrollieren können, ohne dass ihm die Geheimhaltungsbedürftigkeit oder die Vertraulichkeit der vom Rat herangezogenen Beweise und Informationen entgegengehalten werden könnte. Mit dem EGMR sind die Behörden auch dann nicht von jeder effektiven Kontrolle durch Gerichte freizustellen, wenn sie behaupten, dass die nationale Sicherheit und der Terrorismus betroffen seien.

4. Der Einzelne muss nach ständiger Rechtsprechung die Möglichkeit haben, einen effektiven gerichtlichen Schutz der Rechte, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten, in Anspruch zu nehmen; das Recht auf einen solchen Schutz gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, und ist in den Artikeln 6 und 13 EMRK verankert. Dies gilt u. a. auch für das Einfrieren der Gelder von Personen oder Organisationen, die terroristischer Handlungen verdächtigt werden.

5. Nach ständiger Rechtsprechung dient die Pflicht zur Begründung von beschwerenden Rechtsakten dem Zweck, den Betroffenen so ausreichend zu unterrichten, dass er erkennen kann, ob der Rechtsakt sachlich richtig oder eventuell mit einem Mangel behaftet ist, der seine Anfechtung vor dem Gemeinschaftsrichter zulässt, und außerdem dem Gemeinschaftsrichter die Rechtmäßigkeitsprüfung des Rechtsakts zu ermöglichen. Die so verstandene Begründungspflicht ist ein wesentlicher Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, von dem Ausnahmen nur aufgrund zwingender Erwägungen möglich sind. Die Begründung darf nicht aus einer allgemeinen und stereotypen Formulierung bestehen.

6. Ein Rechtsakt des aus den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten bestehenden Rates, der auf der Grundlage der Artikel 15 EU (Titel V des EU-Vertrags über die GASP) und 34 EU (Titel VI des EU-Vertrags über den Bereich JJ) erlassen wurde, ist nicht justitiabel. Auch die Grundrechtsgewährleistung des Artikels 6 Absatz 2 EU eröffnen dem Gerichtshof keine zusätzliche Zuständigkeit.

326. BVerfG 2 BvR 2273/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. März 2007 (OLG Hamm/AG Herford)

Unerlaubtes (Sich) Entfernen von Unfallort (keine Erstreckung des Abs. 2 Nr. 2 auf Fälle des unvorsätzlichen Entfernens; „Unfallflucht“); verfassungsrechtliches Analogieverbot (Bestimmtheitsgebot; Auslegung; Wortlautgrenze; Adressatensicht; keine Korrektur von Strafbarkeitslücken durch die Rechtsprechung).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Der Auslegung des § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB, die auch das unvorsätzliche - und nicht nur das berechnete oder entschuldigte - Sich-Entfernen-Haben vom Unfallort unter diese Norm subsumiert, steht die Grenze des möglichen Wortsinns der Begriffe „berechnete oder entschuldigt“ entgegen. Eine Anwendung der Vorschrift auf Fälle des unvorsätzlichen Entfernens ist im Hinblick auf das strafrechtliche Analogieverbot i.S.d. Art. 103 Abs. 2 GG ausgeschlossen.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 92, 1, 11 ff. m.w.N.) enthält die Regelung des Art. 103 Abs. 2 GG nicht nur ein Rückwirkungsverbot für Strafvorschriften. Sie verpflichtet den Gesetzgeber auch, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so konkret zu umschreiben, dass Anwendungsbereich und Tragweite der Straftatbestände sich aus dem Wortlaut ergeben oder jedenfalls durch Auslegung ermitteln lassen.

3. Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Ausgeschlossen ist danach jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Der mögliche Wortsinn des Gesetzes markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation. Da Art. 103 Abs. 2 GG die Vorhersehbarkeit der Strafandrohung für den Normadressaten garantieren will, ist die Grenze aus dessen Sicht zu bestimmen.

4. Es obliegt allein dem Gesetzgeber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich und notwendig erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Den Gerichten ist es verwehrt, seine Entscheidung zu korrigieren. Der Gesetzgeber entscheidet allein, ob eine Strafbarkeitslücke bestehen bleiben soll, oder ob diese zu schließen ist.

5. Es ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 142 Abs. 1 StGB denkbar, die Fälle einer unbeeendeten Tat erfasst, in denen der Täter nachträglich auf den Unfall hingewiesen wird und sich gleichwohl - weiter - von der Unfallstelle entfernt.

324. BVerfG 1 BvR 620/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 15. März 2007 (LG Münster)

Medienberichterstattung über ein Strafverfahren (Zulassung durch das Bundesverfassungsgericht); Rundfunkfreiheit (sitzungspolizeiliche Beschränkungen); Persönlichkeitsrecht der Verfahrensbeteiligten (Bildaufnahmen; Hinnahme durch Richter, Schöffen, Rechtsanwälte; Anonymisierung der Angeklagten); einstweilige Anordnung durch das BVerfG (doppelte Negativprognose).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 169 GVG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

1. Von dem durch Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützten Berichterstattungsinteresse ist die bildliche Dokumentati-

on des Erscheinens und der Anwesenheit von Verfahrensbeteiligten im Sitzungssaal jedenfalls dann umfasst, wenn Gegenstand der Berichterstattung ein Verfahren von besonderen öffentlichen Interesse ist.

2. Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Richter und Schöffen aus einer Anfertigung und Verbreitung von Filmaufnahmen sind von diesen hinzunehmen, da sie Kraft des ihnen übertragenen Amtes anlässlich einer öffentlichen Verhandlung ohnedies im Blickfeld der Öffentlichkeit unter Einschluss der Medienöffentlichkeit stehen. Die Anfertigung von Bildnissen dieses Personenkreises aus Anlass ihrer Anwesenheit im Sitzungssaal ist allein gemäß § 169 Satz 2 GVG während der laufenden Verhandlung - im Strafverfahren somit frühestens ab Aufruf der Sache (§ 243 Abs. 1 StPO) - sowie ferner dort ausgeschlossen, wo konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der Sicherheit der Mitglieder des Spruchkörpers vorliegen und dies eine weitergehende Beschränkung der Bildberichterstattung durch Anordnung gemäß § 176 GVG rechtfertigt.

3. Rechtsanwälte haben in ihrer Funktion als Organ der Rechtspflege grundsätzlich Aufnahmen hinzunehmen, soweit sie als Beteiligte in einem Verfahren mitwirken, an dessen bildlicher Darstellung ein öffentliches Informationsinteresse besteht.

385. BVerfG 2 BvR 932/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (OLG Köln)

Nötigung im Straßenverkehr durch dichtes Auffahren im Straßenverkehr unter Einsatz von Signalhorn und Lichthupe innerhalb von Ortschaften (Prüfungsanforderungen; Gewaltbegriff: Erfordernis körperlicher Kraftentfaltung und körperlichen Zwanges, Angst).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 240 StGB

1. Die Rechtsprechung der Strafgerichte zur Nötigung im Straßenverkehr durch bedrängendes Auffahren steht im Einklang mit Art. 103 Abs. 2 GG. Dichtes, bedrängendes Auffahren auf den Vordermann kann – insbesondere bei gleichzeitigem Betätigen von Lichthupe und Signalhorn – Gewalt im Sinne des § 240 StGB sein und zwar auch dann, wenn es im innerörtlichen Verkehr stattfindet.

2. Berücksichtigen die Strafgerichte, dass von Verfassungen wegen Gewalt physisch ausgeübter und physisch wirkender Zwang bedeutet, wobei in beiderlei Hinsicht eine bestimmte Intensität nicht gefordert ist, ist gegen eine Rechtsprechung grundsätzlich nichts zu erinnern, die bedrängendes Auffahren als tatbestandliches Unrecht im Sinne des § 240 Abs. 1 StGB in der ersten Unrechtsvariante begreift.

3. Die Feststellung nötiger Gewalt kann stets nur für den Einzelfall erfolgen. Hilfestellung bieten hier die von den Strafgerichten bereits entwickelten Maßstäbe zur Prüfung eines Unrechtsverhaltens nach § 240 StGB im Straßenverkehr. Von Bedeutung sein werden deshalb unter anderem die Dauer und Intensität des bedrängenden Auffahrens, die gefahrenen Geschwindigkeiten, die allgemeine Verkehrssituation zum Zeitpunkt des täter-

schaftlichen Handelns und ob der Täter bei dem Auffahrvorgang zugleich Signalhorn oder Lichthupe betätigt hat.

4. Werden die Auswirkungen körperlich empfunden, führen sie also zu physisch merkbaren Angstreaktionen, liegt Zwang vor, der Gewalt sein kann.

5. Da sich generelle Aussagen über die Wirkung bedrängenden Auffahrens auf den Vordermann verbieten, ist auch innerorts ein nötiges Verhalten grundsätzlich möglich. Allerdings bedarf es hier wegen der im Regelfall niedrigeren gefahrenen Geschwindigkeiten einer besonders genauen Prüfung, ob Nötigungsunrecht – insbesondere in Abgrenzung zu einer bloßen Ordnungswidrigkeit durch Unterschreiten des Sicherheitsabstands - vorliegt.

327. BVerfG 2 BvR 489/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (OLG Nürnberg/AG Fürth)

Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (erste besondere Haftprüfung; Tatverdacht des versuchten Mordes und der schweren Brandstiftung; keine Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Freiheitsanspruch im Rahmen des § 121 Abs. 1 StPO); Freiheit der Person (Beschleunigungsgebot; steigende Begründungsanforderungen mit längerer Dauer der U-Haft; 6-Monats-Frist); Darlegungsanforderungen (Begründungstiefe; inhaltliche Darlegung besonderer Umstände für eine Verfahrensverzögerung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 2 EMRK; § 121 StPO; § 122 StPO; § 211 StGB, § 22 StGB; § 306a StGB

1. Aufgrund der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 i.V.m. Art. 104 GG) muss das Verfahren der Haftprüfung und Haftbeschwerde so ausgestaltet sein, dass nicht die Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition besteht (vgl. hierzu BVerfGE 53, 30, 65; 63, 131, 143). Dem ist durch eine verfahrensrechtliche Kompensation (vgl. BVerfGE 17, 108, 117 ff.; 46, 325, 334 f.) des mit dem Freiheitsentzug verbundenen Grundrechtseingriffs, namentlich durch erhöhte Anforderungen an die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen, Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 103, 21, 35 f.). Die aktuelle Bewertung des Verfahrensstandes hat auch die Prüfung zum Gegenstand, ob dem Beschleunigungsgebot entsprochen wurde.

2. Die in § 121 Abs. 1 StPO bestimmte Sechs-Monats-Frist stellt nur eine Höchstgrenze dar. Aus dieser Vorschrift kann nicht der Schluss gezogen werden, dass das Strafverfahren bis zu diesem Zeitpunkt nicht dem Beschleunigungsgebot gemäß geführt werden muss.

3. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen umfasst das gesamte Strafverfahren. Es verpflichtet alle für die Strafverfolgung zuständigen Stellen gleichermaßen. Eine Verletzung des Beschleunigungsgebots kann daher auch schon vor Ablauf der Sechs-Monats-Frist des § 121 Abs. 1 StPO die Aufhebung des Haftbefehls gebieten, wenn es

aufgrund vermeidbarer Fehler der Justizorgane zu einer erheblichen Verzögerung kommt.

4. An einen zügigen Fortgang des Verfahrens sind umso strengere Anforderungen zu stellen, je länger die Untersuchungshaft bereits andauert.

5. Wird die Haftfortdauer lediglich mit der bloßen Wiedergabe des Gesetzeswortlauts begründet, ohne dass eine Subsumtion unter die Tatbestandsvoraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO überhaupt erkennbar wird, so hat dies regelmäßig eine Verletzung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) zur Folge.

6. § 121 Abs. 1 StPO erfordert seinem Wortlaut nach eine doppelte Prüfung. Zum einen müssen Feststellungen darüber getroffen werden, ob die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder andere wichtige Gründe ein Urteil bislang noch nicht zugelassen haben (erste Stufe) und wenn derartige Gründe vorliegen, dass diese die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen (zweite Stufe).

7. Kann eine Verletzung des Beschleunigungsgebots in Haftsachen (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht mit der erforderlichen Überzeugungsgewissheit ausgeschlossen werden, so gebietet bereits das Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG) die Aufhebung des angegriffenen Beschlusses.

8. Die Fortdauer der Untersuchungshaft kann nicht mit der Erwägung gerechtfertigt werden, der Betroffene habe ohnehin mit einer mehrjährigen Freiheitsstrafe zu rechnen. Derartige Überlegungen sind mit Bedeutung und Tragweite des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) nicht vereinbar. Im Rahmen des § 121 Abs. 1 StPO findet eine Abwägung zwischen dem Strafverfolgungsinteresse des Staates und dem Freiheitsanspruch des inhaftierten Beschuldigten nicht statt.

323. BVerfG 1 BvR 2138/05 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss 15. März 2007 (Bayerischer VGH/VG Würzburg)

Kein Betretungs- und Besichtigungsrecht der Handwerkskammern bei Gewerbetreibenden bei denen bereits feststeht, dass sie nicht in die Handwerksrolle eingetragen werden können (Reisegewerbe); Unverletzlichkeit der Wohnung (Abgrenzung von Betretungsrechten zum Zwecke der Prüfung der Eintragung in die Handwerksrolle von der Durchsuchung zur Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten; Richtervorbehalt; „Nachschaurecht“).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 17 Abs. 2 HandwO; § 118 Abs. 1 Nr. 2 HandwO; § 102 StPO; § 46 OWiG

1. Das Betretungsrecht nach § 17 Abs. 2 in Verbindung mit Absatz 1 HandwO hat, wie sich bereits aus der Aufgabe der Handwerkskammern (vgl. § 91 HandwO) ergibt, nicht den Zweck, sich Informationen gegen rechtswidrig tätige Gewerbetreibende zu verschaffen um der zuständigen Verwaltungsbehörde die unerlaubte Handwerksausübung eines nicht eingetragenen Gewerbetreibenden

anzeigen und insbesondere ein Ordnungswidrigkeitenverfahren herbeiführen zu können.

2. Mit dem seit dem Jahr 2004 neugefassten § 17 Abs. 1 Satz 2 HandwO ist es nunmehr ausdrücklich untersagt, die nach dieser Vorschrift gewonnenen Erkenntnisse, für andere Zwecke, namentlich für die Verfolgung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten – insbesondere auch der Schwarzarbeit – zu verwerten.

3. Hat die Handwerkskammer tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass ein Gewerbetreibender ohne Eintragung in die Handwerksrolle ein zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe selbständig betreibt (vgl. § 117 Abs. 1 Nr. 1 HandwO), so liegt es nahe, dass ein Betreten der Betriebs- oder Geschäftsräume zumindest auch dem Zweck dient, den Sachverhalt einer Ordnungswidrigkeit aufzuklären. In dieser Konstellation bestimmt Art. 13 Abs. 2 GG jedoch ausdrücklich den Vorbehalt einer richterlichen Anordnung der behördlichen Maßnahme.

4. § 17 Abs. 2 HandwO ist verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass die „Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen“ bei „einzutragenden Gewerbetreibenden“ nur unter der Fragestellung erfolgen darf, ob ein Gewerbetreibender durch die Handwerkskammer tatsächlich in die Handwerksrolle einzutragen ist. Sobald auch nur eine Eintragungsvoraussetzung erkennbar nicht gegeben ist, scheidet ein Betretungsrecht der Handwerkskammern nach § 17 Abs. 2 HandwO aus.

325. BVerfG 2 BvR 299/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – vom 3. Juli 2006 (LG Stuttgart/AG Stuttgart)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung bei Dritten; Durchsuchungsbeschluss (inhaltliche Anforderungen; Darlegung der Verbindung zwischen Dritten und Beschuldigten in richterlichen Beschlüssen; eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Stärke eines bestehenden Tatverdachts; Verhältnismäßigkeit); Durchführung der Durchsuchung (Mitteilung vor Beginn der Durchsuchung).

Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 106 Abs. 2 StPO

1. Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar zu gestalten. Dazu muss der Beschluss insbesondere den Tatvorwurf so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist.

2. Notwendiger und grundsätzlich auch hinreichender Eingriffsanlass für Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren ist der Verdacht einer Straftat. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen; vage Anhaltspunkte oder bloße Vermutungen reichen nicht aus (vgl. BVerfGE 44, 353, 381 f.; 59, 95, 97 f.).

3. Die Durchsuchung bedarf vor allem einer Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Richter darf die Durchsuchung nur anordnen, wenn er sich aufgrund eigenverantwortlicher Prüfung der Ermitt-

lungen überzeugt hat, dass die Maßnahme verhältnismäßig ist (vgl. BVerfGE 96, 44, 51).

4. Die Durchsuchung bei einem Nichtbeschuldigten, der durch sein Verhalten auch aus Sicht der Ermittlungsbehörden in keiner Weise Anlass zu den Ermittlungsmaßnahmen gegeben hat, stellt erhöhte Anforderungen an die Prüfung der Verhältnismäßigkeit. Dazu ist auch der aktuelle Ermittlungsstand zu berücksichtigen. Eine bloße Wiederholung bereits vollzogener Durchsuchungsbeschlüsse genügt dem nicht.

5. § 103 Abs. 1 Satz 1 StPO verlangt für die Suche nach

Beweismitteln bei Dritten die Angabe von Tatsachen, aus denen zu schließen ist, dass sich die gesuchte Sache gerade in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Hierzu gehört auch zumindest ein kurzer Hinweis, der die angenommene, verfahrensrelevante Verbindung zwischen dem Betroffenen und dem Beschuldigten darlegt. Denn wenn die Durchsuchung auf eine richterliche Anordnung gestützt und nicht ausnahmsweise auf die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden, reicht es nicht aus, dass sich Anlass und Zusammenhang der Durchsuchung für den Betroffenen erst aus den Gesamtumständen der Durchsuchung ergeben.

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht

1. Schwerpunkt Allgemeiner Teil des StGB

373. BGH 3 StR 470/06 - Urteil vom 8. Februar 2007 (LG Wuppertal)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener; mehraktiges Geschehen; Rücktrittshorizont; Freiwilligkeit und Entdeckung; unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Vorsatzwechsel (direkter Vorsatz; Eventualvorsatz; Erreichen eines außertatbestandlichen Zieles); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

1. Nimmt der Täter im Rahmen eines mehraktigen Geschehens verschiedene Handlungen vor, die auf die Herbeiführung eines Erfolges gerichtet sind, so steht der Fehlschlag eines oder mehrerer der anfänglichen Einzelakte nicht notwendig einem Rücktritt vom Versuch entgegen. Bilden diese Einzelakte untereinander sowie mit der letzten Tathandlung Teile eines durch die subjektive Zielrichtung des Täters verbundenen, örtlich und zeitlich einheitlichen Geschehens, so beurteilen sich die Fragen, ob der Versuch fehlgeschlagen ist oder ob der strafbefreiende Rücktritt andernfalls allein schon durch das Unterlassen weiterer Tathandlungen (unbeendeter Versuch) oder nur durch Verhinderung der Tatvollendung (beendeter Versuch) erreicht werden kann, allein nach der subjektiven Sicht des Täters nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung.

2. Ein fehlgeschlagener Versuch liegt im Falle eines mehraktigen Geschehens nur dann vor, wenn der Täter nach Abschluss seiner letzten Ausführungshandlung weiß oder zumindest annimmt, dass er den Taterfolg mit den bereits eingesetzten oder anderen zur Hand liegenden Mitteln nicht mehr ohne zeitliche Zäsur herbeiführen kann.

3. Der nicht fehlgeschlagene Versuch ist bei einem mehraktigen Tatgeschehen nur dann beendet, wenn der Täter

nach dem letzten Teilakt den Eintritt des Taterfolgs als Folge seines Tuns für möglich hält. Ob er bereits zuvor im Rahmen des einheitlichen Geschehens nach einem der ersten Teilakte irrig diese Vorstellung gewonnen hatte, ist dagegen ohne Belang, wenn er aufgrund des Fortgangs des Geschehens seinen Irrtum unmittelbar erkannte.

4. Diese Grundsätze finden auch dann Anwendung, wenn der Täter zwischen den einzelnen Teilakten das Tatmittel wechselt, solange hierdurch die Einheitlichkeit des Gesamtgeschehens weder in zeitlicher noch örtlicher Hinsicht beseitigt wird.

5. Die Verbindung der Einzelhandlungen bei einem mehraktigen Tatgeschehen, die diese durch die subjektive Zielrichtung des Täters erfahren, wird nicht dadurch unterbrochen, dass der Täter hinsichtlich des Taterfolgs zunächst nur mit bedingtem Vorsatz handelte und erst den oder die späteren Teilakte mit direktem Vorsatz ausführte, etwa wegen Erreichens eines außertatbestandlichen Zieles, um dessentwillen er den Erfolg zunächst nur billigend in Kauf nahm.

6. Trug sich eine Tat von Beginn an in der Öffentlichkeit zu, kam es dem Angeklagten somit nicht auf Heimlichkeit an, steht allein die Entdeckung der Tat der Freiwilligkeit eines Rücktritts nicht zwangsläufig entgegen (vgl. BGH NSTZ 1992, 587; 1999, 300, 301). Selbst wenn bei der Aufgabe der weiteren Tatausführung der Gedanke mitspielt, die Polizei könne bald eintreffen, schließt dies die Freiwilligkeit des Rücktritts nicht aus, wenn dieser Gedanke das Handeln des Angeklagten nicht bestimmte. Gibt der Täter die weitere Ausführung der Tat aus mehreren Beweggründen auf, so beurteilt sich die Freiwilligkeit nach dem Motiv, das für den Rücktritt bestimmend ist.

2. Schwerpunkt Besonderer Teil des StGB

375. BGH 3 StR 486/06 - Urteil vom 15. März 2007 (LG Stuttgart)

BGHSt; „Antifa-Versand-Fall“; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Schutzzweck der Norm; Hakenkreuz); freie Meinungsäußerung; Sinngehalt einer Darstellung.

§ 86a StGB; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK

1. Der Gebrauch des Kennzeichens einer verfassungswidrigen Organisation in einer Darstellung, deren Inhalt in offenkundiger und eindeutiger Weise die Gegnerschaft zu der Organisation und die Bekämpfung ihrer Ideologie zum Ausdruck bringt, läuft dem Schutzzweck des § 86a StGB ersichtlich nicht zuwider und wird daher vom Tatbestand der Vorschrift nicht erfasst. (BGHSt)

2. Der Schutzzweck des § 86a StGB ist ein dreifacher. Zum einen dient die Vorschrift der Abwehr einer Wiederbelebung der verbotenen Organisation oder der von ihr verfolgten verfassungsfeindlichen Bestrebungen, auf die das Kennzeichen symbolhaft hinweist. Sie bezweckt weiterhin der Wahrung des politischen Friedens dadurch, dass jeglicher Anschein einer solchen Wiederbelebung sowie der Eindruck bei in- und ausländischen Beobachtern des politischen Geschehens in der Bundesrepublik Deutschland vermieden werden soll, in ihr gebe es eine rechtsstaatswidrige innenpolitische Entwicklung, indem verfassungsfeindliche Bestrebungen der durch das Kennzeichen angezeigten Richtung geduldet würden. Schließlich will die Norm verhindern, dass die Verwendung solcher Kennzeichen - ungeachtet der damit verbundenen Absichten - sich wieder derart einbürgert, dass das Ziel, solche Kennzeichen aus dem Bild des politischen Lebens in der Bundesrepublik grundsätzlich zu verbannen, nicht erreicht wird, mit der Folge, dass sie schließlich auch wieder von den Verfechtern der politischen Ziele, für die das Kennzeichen steht, gefahrlos gebraucht werden können (BGHSt 25, 30, 33 f.; 25, 128, 130 f.). (Bearbeiter)

3. Bei der Feststellung des Sinngehalts einer Darstellung können nur sehr fern liegende, theoretische Deutungsmöglichkeiten eine sonst gegebene Eindeutigkeit der Darstellung nicht in Frage stellen. (Bearbeiter)

296. BGH 5 StR 320/06 – Beschluss vom 13. März 2007 (LG Cottbus)

„Fall Dennis“; Totschlag und Mord (bedingter Tötungsvorsatz beim Verhungernlassen eines Kindes: Überschreitung der höchsten Hemmschwelle bei Tötung des eigenen Kindes; Unterlassen; grausam: Maßgeblichkeit besonderer persönlicher Umstände des Täters und der vom Vorsatz erfassten konkreten Tathandlung); Presseerklärung.

§ 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 13 StGB

Das Mordmerkmal „grausam“ wird durch eine gefühllose und unbarmherzige Gesinnung des Täters und die Billigung von Tatumständen gekennzeichnet, welche es be-

dingen, dass dem Opfer durch die Tötungshandlung besondere Schmerzen oder Qualen zugefügt werden (vgl. BGHSt 3, 180, 181; BGH NJW 1986, 265, 266). Hierbei ist bei einer Unterlassungstat allein die Phase des vom Tötungsvorsatz getragenen Unterlassens maßgeblich: Das Opfer muss die besonderen Schmerzen oder Qualen während des tatbestandsmäßigen Geschehens – Handeln mit Tötungsvorsatz – erlitten haben.

360. BGH 3 StR 1/07 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Wuppertal)

Schwerer Raub (schwere körperliche Misshandlung); schwere Körperverletzung; Strafzumessung (gravierende Folgen für das Opfer; Vorstrafen).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB; § 226 StGB; § 46 StGB

1. Das Qualifikationsmerkmal der schweren körperlichen Misshandlung nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB setzt nicht voraus, dass die Misshandlung den Tatbestand der schweren Körperverletzung nach § 226 StGB erfüllt. Vielmehr genügt eine schwere Beeinträchtigung der körperlichen Integrität mit erheblichen Folgen für die Gesundheit oder erheblichen Schmerzen; dabei genügen heftige und mit Schmerzen verbundene Schläge (BGH 5 StR 216/98 – Beschluss vom 27. Mai 1998 = NSTZ 1998, 461).

2. Eine Vorgehensweise, bei der das Opfer mit zahlreichen Schlägen und Tritten mehrerer Täter u. a. gegen seinen Kopf misshandelt wird, stellt eine schwere körperliche Misshandlung nach § 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB dar.

302. BGH 5 StR 44/07 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Leipzig)

Schwere Körperverletzung durch Schütteln eines Kleinkindes; Misshandlung von Schutzbefohlenen (Handeln aus gefühlloser Gesinnung).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 225 StGB; § 18 StGB

Eine rohe Misshandlung im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB ist anzunehmen, wenn der Täter einem anderen eine Körperverletzung aus gefühlloser Gesinnung zufügt, die sich in erheblichen Handlungsfolgen äußert. Eine gefühllose Gesinnung liegt vor, wenn der Täter bei der Misshandlung das – notwendig als Hemmung wirkende – Gefühl für das Leiden des Misshandelten verloren hat, das sich bei jedem menschlich und verständlich Denken eingestellt haben würde.

374. BGH 3 StR 472/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Kleve)

Unterschlagung (Zueignung; Unterlassen der Herausgabe; Verurteilung zur Herausgabe).

§ 246 StGB; § 13 StGB

Allein dem Unterlassen der Rückgabe einer Sache an den Eigentümer lässt sich eine Zueignung im Sinne einer

Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB nicht entnehmen, wenn dies allein deswegen geschieht, weil der Gewahrsamsinhaber für den Fall der Herausgabe die Durchsetzbarkeit eigener Ansprüche gegen den Eigentümer gefährdet sieht. Dies gilt auch dann, wenn der Gewahrsamsinhaber zuvor rechtskräftig zur Herausgabe verurteilt worden war.

258. BGH 1 StR 574/06 – Urteil vom 13. Februar 2007 (LG Ellwangen)

Besonders schwere Vergewaltigung (Tateinheit und mittäterschaftliche Zurechnung einer schweren Folge bei Ausscheiden eines Täters; schwere körperliche Misshandlung); Strafraumenverschiebung wegen Täter-Opfer-Ausgleichs (Einbeziehung des Opfers).

§ 177 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 52 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Allein der Umstand, dass einer von zwei Tätern einer Vergewaltigung von dem Opfer ablässt, rechtfertigt keine Trennung in zwei Taten beim anderen Täter. Vielmehr kommt es bei mehrfach hintereinander begangenen Vergewaltigungen allein darauf an, ob diesen, jedenfalls soweit es die als Tatmittel angewendete Gewalt betrifft, ein einheitliches Tun eines Angeklagten zugrunde liegt (BGH NStZ 2000, 419, 420). Bei einheitlicher Gewaltanwendung liegt ebenso wie bei fortgesetzter oder fortwirkender Drohung trotz mehrfacher dadurch erzwungener Beischlafhandlungen nur eine Tat im Rechtssinne vor (BGH NStZ 2002, 199, 200).

2. Es bleibt offen, ob allein das Herbeiführen von Scheidenrissen mit äußerst schmerzhaften Entzündungsfolgen schon eine schwere körperliche Misshandlung im Sinne von § 177 Abs. 4 Nr. 2a StGB darstellt.

3. Aus der Sicht des Opfers ist es für die verlangte Kommunikation unabdingbar, dass die Geschädigte in den Dialog mit dem Täter über die zur Wiedergutmachung erforderlichen Leistungen einbezogen wird. Ein erfolgreicher Täter-Opfer-Ausgleich im Sinne des § 46a Nr. 1 StGB setzt grundsätzlich voraus, dass das Opfer die Leistungen des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert (BGHSt 48, 134, 142; NStZ 2002, 646).

274. BGH 4 StR 467/06 – Urteil vom 15. Februar 2007 (LG Magdeburg)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit; niedrige Beweggründe: tatrichterlicher Beurteilungsspielraum, Motivbündel).

§ 211 Abs. 2 StGB

1. Nach der Rechtsprechung handelt heimtückisch, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt, wobei auf den Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs abzustellen ist (vgl. BGHSt 32, 382, 384). Ein bloßer, der Tat vorausgegangener Wortwechsel, eine nur feindselige Atmosphäre oder ein generelles Misstrauen schließen die Heimtücke nicht aus, wenn das Opfer hieraus noch nicht die Gefahr einer Tötlichkeit entnommen hat. Erforderlich ist vielmehr für die Beseitigung der Arglosigkeit auch bei einem vorangegangenen Streit, dass das Opfer mit einem tätlichen Angriff rechnet (vgl. BGHSt 33, 363; 39, 353, 368; BGHR StGB § 211 Abs. 2 Heimtücke 21; BGH NStZ 2003, 146).

2. Beim Vorliegen eines Motivbündels beruht die vorsätzliche Tötung nur dann auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv oder die vorherrschenden Motive, welche der Tat ihr Gepräge geben, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und besonders verwerflich sind (BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 20; BGH NStZ 2004, 34; 2006, 338, 340 m.w.N.).

321. BGH 5 StR 76/07 – Beschluss vom 15. März 2007 (LG Berlin)

Totschlag im Affekt (tiefgreifende Bewusstseinsstörung: Affekttat und unverminderte Schuldfähigkeit, gebotene Gesamtwürdigung und intaktes Erinnerungsvermögen; minder schwerer Fall).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

Erinnert sich der Täter an das Tatgeschehen, kann dies nur eingeschränkt als Anhaltspunkt für intaktes Steuerungsvermögen herangezogen werden (BGHR StGB § 20 Bewusstseinsstörung 5): Es handelt sich dabei nur um einen von vielen Aspekten, die als Indizien – nicht als Ausschlusskriterien – im Rahmen einer Gesamtbetrachtung 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). Gleiches gilt für den Umstand, dass eine Erschütterung des Angeklagten über seine Tat unmittelbar danach jedenfalls nach außen nicht in Erscheinung getreten ist.

II. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

368. BGH 3 StR 396/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Duisburg)

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (Urteilsgründe; neue Tatsache); Aufklärungspflicht; Doppelverfolgungsverbot; Darlegungspflicht.

§ 66 StGB; § 66b StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 267 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

1. Zum notwendigen Umfang der Prüfung, ob Tatsachen für den Richter des Ausgangsverfahrens erkennbar waren, und zu den Anforderungen an die Darstellung im Urteil. (BGHSt)

2. „Erkennbar“ sind Tatsachen, die ein sorgfältiger Richter hätte aufklären müssen, um entscheiden zu kön-

nen, ob eine Maßregel nach §§ 63, 64, 66, 66a StGB anzuordnen ist, bzw. solche Tatsachen, die der Tatrichter nach dem Maßstab der Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zur Entscheidung über die Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßregel zu erforschen hatte und bei hinreichender Aufklärung gefunden hätte (BGH NStZ-RR 2006, 172). Keine „neuen“ Tatsachen sind daher auch solche Tatsachen, für die es im Ausgangsverfahren Anhaltspunkte gegeben hat, die aber damals vom Gericht unbeachtet geblieben sind. (Bearbeiter)

3. Die Sicherungsverwahrung ist - unabhängig von der Art ihrer Anordnung (§§ 66, 66a oder 66b StGB) - eine außerordentlich beschwerende Maßnahme und zugleich der intensivste Eingriff in das Freiheitsrecht, der nach dem Strafgesetzbuch angeordnet werden kann. Für die nachträglich angeordnete Sicherungsverwahrung nach § 66b StGB kommt hinzu, dass sie den Bestand eines rechtskräftigen Urteils berührt. Sie soll nach dem Willen des Gesetzgebers auf seltene Einzelfälle beschränkt sein (BGHSt 50, 121, 126; BVerfG [Kammer] StV 2006, 574 Rdn. 18). An die Annahme „neuer“ Tatsachen sind deshalb strenge Anforderungen zu stellen. (Bearbeiter)

4. Es kommen nur solche Umstände als „neue“ Tatsachen in Betracht, die entweder erst nach der Anlassverurteilung entstanden sind oder vom Richter des Ausgangsverfahrens nicht erkannt werden konnten. Nur so ist sichergestellt, dass durch die Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung nicht Versäumnisse der Strafverfolgungsbehörden im Ausgangsverfahren zu Lasten des Verurteilten im Nachhinein korrigiert werden (BGHSt 50, 121, 126; BVerfG [Kammer] StV 2006, 574 Rdn. 18). (Bearbeiter)

5. „Neu“ sind demgegenüber solche Tatsachen, die dem letztinstanzlich zuständigen Gericht im Ausgangsverfahren auch bei pflichtgemäßer Wahrnehmung seiner Aufklärungspflicht nicht hätten bekannt werden können. (Bearbeiter)

6. Der neue Richter darf eine Tatsache, die zum Zeitpunkt des Ausgangsverfahrens schon bestanden hat, nur dann als neu ansehen und auf sie die Anordnung nach § 66b StGB stützen, wenn er die Überzeugung gewinnt, dass damals insofern nicht gegen § 244 Abs. 2 StPO verstoßen worden ist. Dies kann nur auf der Grundlage der Kenntnis aller relevanten Einzelheiten des Ausgangsverfahrens – namentlich des ursprünglichen Urteils, aber auch der Akten des Ausgangsverfahrens – entschieden werden. (Bearbeiter)

7. Jedenfalls dann, wenn die jetzt als neue Tatsachen gewerteten Fakten aus nachträglicher Sicht im Zeitpunkt der Ausgangsentscheidung tatsächlich schon vorhanden waren, aber nicht erkannt worden sind, werden regelmäßig nähere Darlegungen notwendig sein, warum sie für das Ausgangsgericht nicht erkennbar waren. (Bearbeiter)

329. BGH 2 StR 28/07 - Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Frankfurt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (andere Per-

sönlichkeitsmängel neben der Sucht); Sicherungsverwahrung (Anlasstat).

§ 64 StGB; § 66 StGB

1. Eine frühere Verurteilung zu einer einheitlichen Jugendstrafe nach § 31 JGG erfüllt bei der Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung den Tatbestand des § 66 Abs. 1 Nr. 1 StGB nur dann, wenn zu erkennen ist, dass der Täter wenigstens bei einer der zugrundeliegenden Straftaten eine Jugendstrafe von mindestens einem Jahr verwirkt hätte, sofern sie als Einzeltat gesondert abgeurteilt worden wäre. Hiervon darf nur ausgegangen werden, wenn der Tatrichter Feststellungen darüber treffen kann, wie der Richter des Vorverfahrens die einzelnen Taten bewertet hat; er darf sich hingegen nicht an dessen Stelle setzen und im Nachhinein eine eigene Strafzumessung vornehmen.

2. Bei der Entscheidung über die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf der symptomatische Zusammenhang zwischen Anlasstaten und künftig zu befürchtenden erheblichen rechtswidrigen Taten nicht allein deswegen verneint werden, weil außer einer Sucht noch weitere Persönlichkeitsmängel eine Disposition für die Begehung von Straftaten begründen.

259. BGH 1 StR 601/06 – Urteil vom 13. März 2007 (LG Kempten)

Beweiswürdigung (Darlegung der Schuldfähigkeit des Täters; Detailliertheit der Urteilsgründe); Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit bei Demenz (Formen der Persönlichkeitsstörungen); Strafzumessung (nachträglich erfolglose Bewährung; Vorwurf eines Versuchs trotz Rücktritts).

§ 261 StPO; § 21 StGB; § 267 StPO; § 56 StGB

1. Die in § 56 Abs. 1 StGB vorausgesetzte Erwartung, der Angeklagte werde künftig keine Straftaten mehr begehen, ist nicht auf die Dauer der jeweiligen Bewährungszeit begrenzt. Ein neuer Tatrichter darf bei der Zumessung der Strafe und beim Stellen der Prognose gemäß § 56 Abs. 1 StGB berücksichtigen, dass der Angeklagte zwar mehrere Bewährungszeiten durchgestanden hat, dann aber doch immer wieder straffällig geworden ist (BGH, Urteil vom 7. Januar 1992 - 1 StR 599/91 = BGHR StGB § 56 Abs. 1 Sozialprognose 22).

2. Ist ein Täter von einem Versuch freiwillig zurückgetreten, kann der auf die versuchte Tat gerichtete Vorsatz nicht im Rahmen der Strafzumessung für ein damit in engem Zusammenhang stehendes vollendetes Delikt herangezogen werden. Dies gilt nach bisheriger Rechtsprechung auch dann, wenn sich der Vorsatz der versuchten Tat, von der der Täter zurückgetreten ist, mit dem Motiv für das vollendete Delikt überschneidet, es sei denn, anders wäre eine zutreffende und vollständige Bewertung der vollendeten Tat nicht möglich.

286. BGH 4 StR 581/06 – Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Arnsberg)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Tat in der Nähe der Notwehr); Doppelverwertungsverbot; Strafzumes-

sung (Vorwurf mangelnden Rücktritts; Alkoholisierung kein Strafschärfungsgrund).

§ 213, 2. Alt. StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 32 StGB; § 33 StGB

1. Bei einer Tötung im Grenzbereich der Notwehr kann insbesondere bei Überschreitung der Grenzen der Notwehr ohne Erreichen der Voraussetzungen des § 33 StGB (BGH, Beschluss vom 29. März 2000 - 2 StR 71/00) bereits allein aus diesem Grunde die Annahme eines minder schweren Falles im Sinne des § 213, 2. Alt. StGB in Betracht kommen.

2. Im Rahmen der bei der Prüfung eines minder schweren Falles erforderlichen Gesamtbetrachtung sind alle Umstände heranzuziehen und zu würdigen, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen, gleichgültig, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen (BGHSt 26, 97, 98 f.).

338. BGH 2 StR 532/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (LG Gera)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Urteilsgründe); Persönlichkeitsstörung (Vergleichbarkeit mit krankhafter seelischer Störung; Gesamtschau).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Diagnose „Persönlichkeitsstörung“ ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB, denn eine Persönlichkeitsstörung kann auch gegeben sein bei Charaktereigenschaften, die noch dem Normbereich menschlichen Wesens und Verhaltens zugerechnet werden können.

2. Für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus 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. Für eine solche 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.

282. BGH 4 StR 544/06 – Urteil vom 1. März 2007 (LG Münster)

Wertersatzverfall (Bruttoprinzip; Erlangtes; Entreichung; verbliebenes Vermögen im Umfang des Verfallbetrages).

§ 73a StGB; § 73c StGB

1. Nach dem Bruttoprinzip unterliegt nicht nur der Gewinn, sondern grundsätzlich alles, was der Täter aus der Tat erhalten hat, dem Verfall. Bei der Berechnung des aus einem Drogenverkauf Erlangten ist deshalb vom gesamten Erlös ohne Abzug des Einkaufspreises und sonstiger Aufwendungen auszugehen (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 47, 369, 370).

2. Eine Entscheidung nach § 73 c Abs. 1 Satz 2 1. Alt.

StGB scheidet regelmäßig aus, wenn der Angeklagte noch über Vermögen verfügt, das wertmäßig nicht hinter dem anzuordnenden Verfallbetrag zurückbleibt (BGHR StGB § 73 c Wert 2 = NStZ 2000, 480). Verfügt der Täter über Vermögen, liegt es nahe, dass der Wert des Erlangten in diesem noch vorhanden ist, es sei denn, es stünde zweifelsfrei fest, dass ein Vermögenswert ohne jeden denkbaren Bezug mit den abgeurteilten Straftaten erworben wurde (vgl. BGHSt 48, 40, 42/43).

3. Erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB ist nur das, worüber der Täter oder Teilnehmer auch tatsächlich Verfügungsgewalt erlangt hat. Bei mehreren Tatbeteiligten genügt jedoch die Erlangung einer (faktischen) wirtschaftlichen Mitverfügungsgewalt (vgl. BGH NStZ 2003, 198, 199; BVerfG StV 2004, 409, 411; 2006, 449, 450). Die aus der Straftat erlangten Betäubungsmittel als solche unterliegen nicht dem Verfall, sondern als Beziehungsgegenstände der Einziehung nach § 33 Abs. 2 BtMG (Senat, Beschluss vom 8. November 2001 - 4 StR 429/01; BGH NStZ-RR 2002, 118, 119).

328. BGH 2 StR 17/07 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Aachen)

Strafaussetzung zur Bewährung (Entscheidung über die Sozialprognose; Leugnen der Tat).

§ 56 StGB; § 46 StGB

1. Das bloße Leugnen der Tat darf ebenso wie bei der eigentlichen Strafzumessung auch bei der Entscheidung über die Sozialprognose im Rahmen einer etwaigen Strafaussetzung zur Bewährung nicht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden.

2. Die gemäß § 56 Abs. 1 StGB zu treffende Entscheidung über die Sozialprognose kann für einen bestimmten Zeitpunkt grundsätzlich nur einheitlich getroffen werden. Damit scheidet regelmäßig die Entscheidung aus, bei zwei nicht zu einer Gesamtstrafe zusammengezogenen Freiheitsstrafen eine Strafe zur Bewährung auszusetzen und die andere Strafe unbedingt auszusprechen (vgl. auch § 56 Abs. 4 Satz 1 StGB).

310. BGH 5 StR 517/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Dresden)

Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Darlegungsanforderungen; Urteilsgründe; Ansiegelung früherer Urteile); minder schwerer Fall der Geiselnahme (Erörterungsmangel).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB

Nach § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO muss die Anordnung einer Maßregel aus sich heraus verständlich im Urteil begründet werden. Gebotene eigene Urteilsfeststellungen oder Würdigungen dürfen nicht durch Bezugnahmen ersetzt werden, weil sonst eine revisionsgerichtliche Kontrolle nicht möglich ist (BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Bezugnahme 3; BGH NStZ-RR 2000, 304; BGH NStZ-RR 2007, 22; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2007 - 5 StR 489/06).

307. BGH 5 StR 499/06 (alt: 5 StR 339/05) – Urteil vom 13. März 2007 (LG Dresden)

Unzureichender Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (zeitlich maßgebliche Tatumstände; Auswirkung der angeordneten Sicherungsverwahrung auf die Strafzumessung).

§ 66a StGB; § 66 StGB; § 46 StGB

Hinsichtlich der materiellen Voraussetzung der Gefährlichkeit für die Allgemeinheit nach § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB, auf welche in § 66 Abs. 2 und Abs. 3 StGB verwiesen wird, ist auf den Zeitpunkt der Aburteilung abzustellen (st. Rspr., vgl. BGHSt 24, 160, 164). Auch darf der Tatrichter dabei die voraussichtlichen Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs berücksichtigen, soweit dieser eine Haltungsänderung erwarten lässt (vgl. BGHR StGB § 66 Abs. 2 Gefährlichkeit 1). Jedoch bleiben denkbare, aber nur erhoffte positive Veränderungen und Wirkungen künftiger Maßnahmen im Strafvollzug der Überprüfung nach § 67c Abs. 1 StGB vor Ende des Vollzugs der Strafe vorbehalten (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 337).

III. Strafverfahrensrecht (mit GVG)**331. BGH 2 StR 370/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Darmstadt)**

Hilfsstrafkammer (Schöffenauswahl); nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplans (Übertragung eines einzigen Verfahrens; Begründungspflicht).

§ 46 GVG; § 77 Abs. 1 GVG

1. Für Sitzungen einer Hilfsstrafkammer sind die für die entlastete ordentliche Strafkammer für den Sitzungstag - ggf. nach Verlegung auf den zeitnächsten Sitzungstag der ordentlichen Strafkammer - ausgelosten Hauptschöffen heranzuziehen, wenn diese nicht von der ordentlichen Kammer benötigt werden; im letzteren Fall sind Schöffen aus der Hilfsschöffenliste heranzuziehen.

2. Die Heranziehung von Hauptschöffen einer ganz anderen Strafkammer, nur weil diese „frei“ sind oder der Strafkammer zugewiesen wurden, der Mitglieder der Hilfsstrafkammer angehören, scheidet aus.

384. BGH StB 2/05 – Beschluss vom 11. Mai 2005

Haftbefehl des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Gegenvorstellung (rechtliches Gehör; neue Umstände).

§ 112 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

Das Gegenvorstellungsverfahren dient der Überprüfung, ob der wesentliche Sachvortrag des Beschuldigten bei der Beschwerdeentscheidung Berücksichtigung gefunden hat. Es hat nicht die Aufgabe, sich mit nach diesem Zeitpunkt neu vorgebrachten Umständen auseinander zu setzen.

367. BGH 3 StR 38/07 - Beschluss vom 27. Februar**280. BGH 4 StR 516/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Bochum)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Erörterungsmangel; eigene Würdigung des Sachverständigen-gutachtens; Fehlen einer Persönlichkeitsdepravation und von Entzugssymptomen).

§ 64 StGB; § 72 StGB; § 261 StPO

1. Der nach § 64 Abs. 1 StGB erforderliche Hang, alkoholische Getränke oder andere Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen, setzt keine körperliche (physische) Abhängigkeit voraus (st. Rspr.), sondern es genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen (vgl. BGHR StGB § 64 Abs. 1 Hang 1 und 5).

2. Das Fehlen einer Persönlichkeitsdepravation und von Entzugssymptomen können für das Vorliegen eines „Hanges“ indiziell sein, ihr Fehlen muss aber nicht zu dessen Verneinung führen.

2007 (LG Aurich)

Inbegriff der Hauptverhandlung (zu Protokoll gereichte Erklärung des Angeklagten); Mündlichkeitsprinzip.

§ 261 StPO

1. Überreicht der Verteidiger eine „Erklärung des Angeklagten zur Sache“, die als Anlage zum Protokoll genommen wird, und stimmt der Angeklagte dem zu, so wird dadurch nicht der Wortlaut der Erklärung zum Inbegriff der Hauptverhandlung, sondern lediglich der mündliche Vortrag durch den Verteidiger und die zustimmende Erklärung des Angeklagten.

2. Eine Überprüfung, ob die zusammenfassende Darstellung des Inhalts einer schriftlichen Einlassung in den Urteilsgründen zutreffend und vollständig ist, ist dem Revisionsgericht ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung nicht möglich (BGH 3 StR 17/03 – Beschluss vom 14. August 2003 = NStZ 2004, 163).

3. Nur wenn das Gericht die Verlesung eines zu Protokoll gereichten Schriftstücks angeordnet und durchgeführt hat, wird die Urkunde in ihrem Wortlaut in die Hauptverhandlung eingeführt.

370. BGH 3 StR 425/06 - Beschluss vom 13. Februar 2007

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit; Entscheidung im Beschlusswege; Mitteilung der Besetzung und des Berichterstatters.

§ 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO

1. Entscheidet das Gericht außerhalb der Hauptverhandlung im Beschlusswege, so kann ein Ablehnungsgesuch

in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur so lange statthaft vorgebracht werden, bis die Entscheidung ergangen ist.

2. Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn die Ablehnung mit einem Antrag nach § 356a StPO verbunden wird, der sich jedoch als unbegründet erweist, weil die gerügte Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG nicht vorliegt, so dass nicht mehr in eine erneute Sachprüfung einzutreten ist, ob der Anspruch auf rechtliches Gehör in entscheidungserheblicher Weise verletzt worden ist.

365. BGH 3 StR 32/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Kiel)

Absprache (negative Beweiskraft des Protokolls); Beweiserhebung zum Ablauf der Hauptverhandlung. Art. 6 EMRK; Vor § 1 StPO; § 274 Abs. 1 StPO

1. Eine Verständigung über das Verfahrensergebnis, bei der das Gericht dem Angeklagten eine Strafobergrenze zusagen darf und an diese Zusage gebunden ist (BGHSt 43, 195, 210; BGH – GS – BGHSt 50, 40, 51) ist als wesentlicher Verfahrensvorgang im Protokoll über die Hauptverhandlung festzuhalten. Dies ist schon deshalb geboten, um spätere Streitigkeiten darüber zu vermeiden, ob es zu einer Absprache gekommen ist.

2. Die Sitzungsniederschrift mit der ihr gemäß § 274 Satz 1 StPO zukommenden positiven und negativen Beweiskraft für das Revisionsverfahren beweist grundsätzlich bindend die Existenz einer Verständigung in der Hauptverhandlung (BGHSt 45, 227, 228).

3. Schweigt das Protokoll zur Frage einer Absprache, so ist grundsätzlich bewiesen (§ 274 Abs. 1 StPO), dass eine Verständigung nicht stattgefunden hat. Das Revisionsgericht ist in diesem Falle gehindert, im Wege des Freibe-weisens Feststellungen zum Ablauf der Hauptverhandlung zu treffen.

376. BGH 3 StR 490/06 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Stade)

Gemeinsame Ladung zweier Verteidiger (Zurechnung bei Sozietät und bei Bürogemeinschaften). § 218 StPO; § 59a Abs. 4 BRAO

1. Im Falle mehrerer Verteidiger sind diese grundsätzlich alle zu laden, sofern es sich nicht um Rechtsanwälte einer Sozietät handelt.

2. Ein Verteidiger in einer Bürogemeinschaft muss sich die an einen anderen Verteidiger in derselben Bürogemeinschaft gerichtete Ladung zur Hauptverhandlung jedenfalls dann zurechnen lassen, wenn tatsächlich eine gemeinsame Büroorganisation vorliegt, bei der Räume, Personal und sonstige Betriebsmittel gemeinsam genutzt werden und alle Mitglieder der Bürogemeinschaft Zugang zu allen Mandantendaten haben.

359. BGH 2 ARs 63/07 / 2 AR 31/07 - Beschluss vom 14. Februar 2007

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Be-

fasstsein mit der Sache; konkrete Anhaltspunkte für Widerruf der Bewährung; Mitteilung nach MiStra). § 462a StPO; § 56f StGB

1. Befasst im Sinne von § 462a Abs. 1 Satz 1 StPO ist ein Gericht erst dann mit der Sache, wenn Tatsachen aktenkundig werden, die den Widerruf der Strafaussetzung rechtfertigen können.

2. Hierzu bedarf es konkreter Anhaltspunkte für einen Widerruf der Strafaussetzung, weswegen die Bitte um Übersendung der Akten oder des Strafaussetzungsbeschlusses nicht ausreichen, wohl aber ggf. Mitteilungen gem. Nr. 13 Abs. 1 MiStra.

372. BGH 3 StR 459/06 - Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Aurich)

Eröffnungsbeschluss (Mängel der Anklage; Unbestimmtheit); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen); unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren. § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 207 StPO; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG;

1. Wird durch den Eröffnungsbeschluss die Anklage unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen, so führen schwere Mängel des Anklagesatzes zur Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses. Solche Mängel liegen vor, wenn unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft eines daraufhin ergehenden Urteils haben würde (st. Rspr.; vgl. z. B. BGHSt 10, 137 = BGH 5 StR 411/56 - Urteil vom 26. Februar 1957; BGH 1 StR 417/84 - Urteil vom 21. März 1985 = NStZ 1985, 464, 465).

2. Sämtliche Betätigungen, die sich auf den Vertrieb derselben, in einem Akt erworbenen Betäubungsmittel beziehen, sind als eine Tat des Handeltreibens anzusehen, weil bereits der Erwerb und Besitz von Betäubungsmitteln, die zum Zweck gewinnbringender Weiterveräußerung bereitgehalten werden, den Tatbestand des Handeltreibens in Bezug auf die Gesamtmenge erfüllen. Zu dieser einen Tat gehören als unselbständige Teilakte im Sinne einer Bewertungseinheit auch die späteren Veräußerungsgeschäfte, soweit sie dasselbe Rauschgift betreffen.

3. Dies gilt auch, soweit die Veräußerungsgeschäfte den Tatbestand der Abgabe an Minderjährige (§ 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG) erfüllen. Mehrere Abgaben an einen Minderjährigen aus derselben Rauschgiftmenge stellen nur eine Abgabe (Bewertungseinheit) dar, die tateinheitlich mit dem Handeltreiben zusammentrifft (vgl. BGH aaO).

304. BGH 5 StR 465/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Leipzig)

Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen bei zeugenschaftlicher Aussage des Staatsanwalts). § 48 StPO; § 24 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat der

als Zeuge vernommene und weiterhin als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft tätige Staatsanwalt sich bei der Beweiswürdigung – namentlich beim Schlussvortrag – auf diejenigen Teile der Beweisaufnahme zu beschränken, die von seiner zeugenschaftlichen Aussage nicht beeinflusst sein können (BGHR StPO § 24 Staatsanwalt 2, 5, 6). Daraus folgt, dass der nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO gebotene Revisionsvortrag im Fall einer Rüge der vorliegenden Art auch die Mitteilung enthalten muss, ob der als Zeuge gehörte Staatsanwalt bei seiner weiteren Mitwirkung in der Hauptverhandlung – insbesondere im Schlussvortrag – seine eigenen zeugenschaftlichen Bekundungen gewürdigt hat oder ob solches nicht geschehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 1983 – 5 StR 736/82).

294. BGH 5 StR 119/05 – Beschluss vom 14. Dezember 2006

Festsetzung eines Gegenstandeswertes für die Tätigkeit des Vertreters der Verfallsbeteiligten im Revisionsverfahren (wirtschaftlicher Maßstab bei Insolvenz; Rechtsschutzbedürfnis).

§ 10 Abs. 1 BRAGO; § 61 Abs. 1 RVG; § 95 BRAGO; § 12 Abs. 1 BRAGO; § 88 Satz 1 BRAGO

1. Der gemäß § 10 Abs. 1 BRAGO in Verbindung mit § 61 Abs. 1 RVG festzusetzende Gegenstandeswert für die Tätigkeit des Vertreters der Verfallsbeteiligten im Revisionsverfahren bemisst sich nach dem tatsächlichen wirtschaftlichen Interesse der Verfallsbeteiligten an der Abwehr der Revision der Staatsanwaltschaft, soweit diese das Unterlassen einer Verfallsanordnung mit der Sachrüge beanstandet hat.

2. Der Senat fände es unverständlich, wenn die Gebühren für eine derartige Tätigkeit in der Revisionsinstanz letztlich ohne sachlichen Grund das Vielfache einer normalen Gebühr für die umfassende revisionsrechtliche Verteidigung gegen ganz erhebliche Rechtsfolgen bis hin zu lebenslanger Freiheitsstrafe betragen.

305. BGH 5 StR 494/06 – Beschluss vom 1. Februar

2007 (LG Görlitz)

Raub mit Todesfolge (Leichtfertigkeit; Raubvorsatz); Beweiswürdigung und Konfrontationsrecht bei Verurteilung auf Grund von Aussagen von (früheren) Mitangeklagten (Würdigung wie normale Zeugenaussagen; Beurteilung einer möglicherweise alternativen Aufteilung der Tatausführungsbeiträge; besondere Anforderungen bei der Konstellation Aussage-gegen-Aussage; Kumulation des geringeren Beweiswerts mittelbarer Aussagen und der Konstellation Aussage-gegen-Aussage; in dubio pro reo).

§ 251 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; § 261 StPO

1. Steht fest, dass vorverurteilte Mittäter am Tatort anwesend waren, so ist bei der Würdigung ihrer Aussage unter dem Aspekt des Glaubwürdigkeitsanzeichens der Mitteilung von „Selbsterlebten“ zu berücksichtigen, dass unter diesen Umständen die vorverurteilten Mittäter fraglos weitestgehend Selbsterlebtes bekunden können.

2. Bei einer Beweiswürdigung der Aussagen früherer Mittäter in der Konstellation Aussage-gegen-Aussage sind eventuelle frühere, widersprechende Einlassungen der Mitangeklagten zu berücksichtigen. Liegen solche vor, ist der Tatrichter genötigt, sämtliche Qualitätsmängel der Aussagen der Verurteilten in einer Gesamtschau daraufhin zu würdigen, ob sie in ihrer Häufung zu durchgreifenden Zweifeln an der Richtigkeit des Tatvorwurfs Anlass geben konnten.

3. Ein Aspekt bei der Prüfung der Glaubwürdigkeit kann auch sein, ob der Aussagende zu anderweitigen Täuschungen, wie die Stellung von Asylanträgen in der Lage war.

4. Entzieht sich ein als Mittäter verurteilter Zeuge, welcher sich im Ausland befindet der erneuten Aussage, indem er sich mit der Begründung weigert am Verfahren teilzunehmen, er hätte seinen früheren, belastenden Aussagen nichts hinzuzufügen, ist dieser Umstand bei der Beweiswürdigung kritisch zu erörtern.

IV. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

337. BGH 2 StR 516/06 - Urteil vom 28. Februar 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Täterschaft: täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit; Beihilfe); keine Einheitstäterschaft.

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

1. Die Tätigkeit eines Kuriers, die sich in dem Transport des Rauschgifts erschöpft, ist als Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln zu werten. (BGHSt)

2. Als Handeltreiben sind alle Tätigkeiten anzusehen, die auf den Umsatz von Rauschgift gerichtet sind. Als tatbestandliche Handlungen sind damit dem Grundsatz nach

auch unterstützende Tätigkeiten erfasst (vgl. BGH GSSt 1/05 - Beschluss vom 26. Oktober 2005 = BGHSt 50, 252 f.). Es sind aber die allgemeinen Regeln zur Abgrenzung von (Mit-) Täterschaft und Beihilfe anzuwenden. Die Weite des Begriffs des Handeltreibens darf nicht dazu verleiten, eine mit den Grundsätzen der §§ 25 ff. StGB nicht zu vereinbarende Einheitstäterschaft einzuführen, indem jede möglicherweise unter das Merkmal des Handeltreibens zu subsumierende Tätigkeit ohne Rücksicht auf ihr Gewicht für das Gesamtgeschehen und auf das Interesse des Beteiligten am Gelingen des Umsatzgeschäfts mit täterschaftlichem Handeltreiben gleichgesetzt wird. (Bearbeiter)

3. Für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung eines

Kuriers am unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln muss der jeweils konkrete Tatbeitrag für das Umsatzgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports bewertet werden. Strafbar ist nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln, nicht - isoliert - das Transportieren derselben. Daher kommt es für die Annahme täterschaftlicher Verwirklichung dieses Tatbestands nicht entscheidend darauf an, welches Maß an Selbständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich eines isolierten Teilakts des Umsatzgeschäfts innehat, sondern darauf, welche Bedeutung seinem Beitrag im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt. (Bearbeiter)

4. Beihilfe ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die Tathandlung sich auf den Transport von Rauschgift zwischen selbständig handelnden Lieferanten und Abnehmern oder innerhalb der Sphäre von Lieferanten- oder Abnehmer-Organisationen beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft insgesamt maßgeblich mitzugestalten. Einer Tätigkeit als Kurier, die sich in bloßem Transport von Rauschgift erschöpft, kommt eine täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit in der Regel nicht zu; sie stellt zumeist eine (bloß) untergeordnete Hilfstätigkeit dar. (Bearbeiter)

5. Der Senat würde einer Ansicht nicht folgen, wonach täterschaftliches Handeln nur dann vorliegt, wenn der Transporteur auch unmittelbar am Erwerb oder Absatz der Betäubungsmittel beteiligt ist. (Bearbeiter)

256. BGH 1 StR 301/06 – Beschluss vom 7. März 2007 (LG Landshut)

BGHSt; Vorenthalten von Arbeitsentgelt bei einem durch türkische Scheinfirmer vorgetäuschten Entsendetatbestand (Arbeitnehmerbegriff bei Scheinanstellung; Beschäftigungsverhältnis; faktischer Geschäftsführer).

§ 266a StGB; Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit vom 30. April 1964

1. Zur Anwendbarkeit von § 266a StGB bei einem durch türkische Scheinfirmer vorgetäuschten Entsendetatbestand (im Anschluss an BGH NJW 2007, 233, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen). (BGHSt)

2. An den Voraussetzungen einer zur Versicherungsfreiheit in Deutschland führenden Entsendung fehlt es schon dann, wenn kein ausländisches Beschäftigungsverhältnis besteht. (Bearbeiter)

298. BGH 5 StR 372/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Bielefeld)

BGHR; Begriff des „Verbringers“ einfuhrabgabepflichtiger Ware (Schmuggelware; Unterlassenstäterschaft des Organisators; richtlinienkonforme Auslegung; Vorlagepflicht); Steuerklärungspflicht bei Einfuhr unverzollter und unbesteuerter Zigaretten aus dem freien Verkehr eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaften in das Steuergebiet der Bundesrepublik; gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel (erfasste Einfuhrabgaben; Beendigung); angemessene Rechtsfolge

(revisionsrichterliche Strafzumessung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheit).

§ 370 AO; § 373 AO; § 374 AO; Art. 40 Zollkodex; § 19 TabStG; § 21 TabStG; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO; Art. 234 EG; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Wird einfuhrabgabepflichtige Ware („Schmuggelware“) mit einem Fahrzeug unter Umgehung der Grenzzollstellen und ohne Gestellung gemäß Art. 40 Zollkodex in das Zollgebiet der Europäischen Gemeinschaft eingeführt, ist Verbringer im Sinne der Art. 38, 40 Zollkodex und damit Täter einer Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) auch derjenige, der als Organisator des Transports kraft seiner Weisungsbefugnis die Herrschaft über das Fahrzeug hat. (BGHR)

2. Werden aus einem Drittland stammende unverzollte und unbesteuerter Zigaretten aus dem freien Verkehr eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaften in das Steuergebiet der Bundesrepublik Deutschland verbracht, ist der Verbringer gemäß § 19 Satz 3 TabStG verpflichtet, über die Zigaretten unverzüglich eine Steuererklärung abzugeben. Der Verstoß gegen diese Pflicht ist als Steuerhinterziehung durch Unterlassen strafbar. Die für Zölle geltenden Vorschriften (vgl. § 21 TabStG) sind auch dann nicht anzuwenden, wenn sich die Zigaretten zu keinem Zeitpunkt legal in dem anderen Mitgliedstaat befunden haben. (BGHR)

3. Vom Tatbestand des § 373 AO sind – im Gegensatz zu § 370 Abs. 6 Satz 1 und § 374 Abs. 2 AO – Einfuhrabgaben, die von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Gemeinschaften verwaltet werden, nicht erfasst. Einfuhrabgaben im Sinne des § 373 AO sind lediglich die Zölle, die von Deutschland für die Europäische Gemeinschaft (EG) verwaltet werden (BGH wistra 1987, 293), sowie deutsche Einfuhrumsatz- und Tabaksteuer, die über die Verweisungsvorschriften der § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 21 Abs. 2 UStG und § 21 Satz 1 TabStG anlässlich eines Einfuhrvorgangs erhoben werden, also bei unmittelbarer Einfuhr der Zigaretten von einem Drittland in das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland entstehen. (Bearbeiter)

277. BGH 4 StR 49/07 – Beschluss vom 22. Februar 2007 (LG Bielefeld)

Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel (Beihilfe bei Kurierdiensten).

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

Bei Rauschgiftkurieren, die lediglich eine untergeordnete Rolle spielen, ist grundsätzlich nur von Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auszugehen (vgl. BGHSt - GS - 50, 252, 266; BGH, Beschluss vom 17. Januar 2007 - 2 StR 568/06 m.w.N.). Das gilt zumal dann, wenn der Kurier mit dem An- und Verkauf des Rauschgifts nichts zu tun und auch keinerlei Einfluss auf die Bestimmung von Art und Menge des zu transportierenden Rauschgifts hat und ihm auch die Gestaltung des Transports vorgegeben wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. Juni 2006 - 2 StR 150/06 - und vom 25. Oktober 2006 - 2 StR 359/06).

297. BGH 5 StR 323/06 – Urteil vom 14. Februar 2007 (LG Hamburg)

Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme; Bestechlichkeit (Unrechtsvereinbarung; Pflichtwidrigkeit bei Ermessen und Gestaltungsspielraum; Sichbereitzügen); Verfall (entgegenstehende Ansprüche Verletzter, hier des Dienstherren); keine Verfallsanordnung neben einer Bußgeldfestsetzung gegen Nebenbeteiligte; Bemessung der Geldbuße gegen Nebenbeteiligte; redaktioneller Hinweis.

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 332 StGB; § 73 StGB; § 30 Abs. 5 OWiG; § 17 Abs. 4 OWiG

1. Eine Unrechtsvereinbarung im Sinne des § 331 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn eine beiden Seiten bewusste Verknüpfung zwischen der Diensthandlung und dem Vorteil besteht, mithin der Vorteil für die Diensthandlung erbracht wird. Für die Erfüllung der Bestechungsdelikte (§§ 332, 334 StGB) muss sich die Unrechtsvereinbarung auf eine konkrete Diensthandlung beziehen, durch die der Täter seine dienstlichen Pflichten verletzt hat oder verletzen würde. Dabei wird der Tatbestand der Bestechungsdelikte (§ 332 Abs. 1, § 334 Abs. 1 StGB) sowohl dann erfüllt, wenn der Vorteil für – soweit sie hinreichend konkret umrissen sind (BGHR StGB § 332 Abs. 1 Satz 1 Unrechtsvereinbarung 4) – künftige Diensthandlungen gewährt wird als auch, wenn die dienstpflichtwidrige Diensthandlung bereits abgeschlossen ist. Diese beiden Begehungsweisen können sich überschneiden.

2. Ergeben sich die inhaltlichen Grenzen der vorzunehm-

menden Diensthandlungen nicht ohne weiteres auf Grund konkretisierter dienstlicher Vorgaben, steht vielmehr dem Amtsträger ein Ermessens- oder Gestaltungsspielraum zu, kann die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung auch darin bestehen, dass der Amtsträger sich nicht ausschließlich von sachlichen Gesichtspunkten leiten lässt, sondern auch die ihm zugewandten oder bereits zugesagten Vorteile in die Abwägung einfließen lässt (BGHSt 47, 260, 263). Ob der Täter sich insgeheim vorbehält, später sachgerecht zu verfahren, ist unerheblich. Entscheidend ist der von ihm nach außen erweckte Eindruck. Dabei darf die Pflichtwidrigkeit der Diensthandlung nicht allein in ihrer Verknüpfung mit dem Vorteil gesehen werden. Die Diensthandlung muss vielmehr bereits an sich pflichtwidrig sein (BGHSt 15, 239, 241; BGH NJW 2002, 2801, 2806).

3. Zur Bemessung der Geldbuße gegen Nebenbeteiligte: Bedeutung der Tat des Verantwortlichen und der gebotenen Übersteigerung des erlangten Vorteils). Der Vorteil kann dabei durch Schätzung bestimmt werden. Bei der Bemessung des Vorteils sind die steuerlichen Wirkungen zu berücksichtigen (BVerfGE 81, 228, 241 f.). Ist das Besteuerungsverfahren bestandskräftig abgeschlossen, wird der anzusetzende Vorteil um die auf den Gewinn entfallende steuerliche Belastung zu mindern sein (BGHSt 47, 260, 264 ff.; BGH WUW DE-R 1487, 1489 – steuerfreier Mehrerlös; vgl. auch BGHR StGB § 73 Verletzter 7).

Aufsätze und Entscheidungsanmerkungen

Zur Revisibilität der Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO – Anmerkung zu BGH 4 StR 452/06¹ und 5 StR 349/06²

Von Wiss. Ass. Dr. Friedrich von Freier, Universität Hamburg.

Mit Beschluss vom 30. November 2006 ist der 4. Strafsenat einem zu diesem Zeitpunkt nur wenige Wochen alten obiter dictum des 5. Strafsenats entgegen getreten, in welchem dieser zu erkennen gibt, die Urteilsverkündungsfrist des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO nur noch als nicht reversible Ordnungsvorschrift ansehen zu wollen.

Seine Bedenken gegen die bis dahin gefestigte Rechtsprechung des BGH hatte der 5. Senat im Wesentlichen mit der Neuregelung der regelmäßigen Unterbrechungs-

frist in § 229 Abs. 1 StPO begründet: Wenn die regelmäßige Unterbrechungsfrist nicht mehr wie zuvor 10 Tage betrage, sondern ohne Rücksicht auf die Verhandlungsdauer und den Grund der Unterbrechung 3 Wochen, könne die Verkündungsfrist von 11 Tagen nicht mehr bedeutsam sein, sondern sei vielmehr nur noch als eine Ordnungsvorschrift zu werten, auf deren Verletzung allein ein Urteil niemals beruhen könne. Die unterschiedlichen Fristenregelungen erschienen unstimmtig, zumal die Verkündungsfrist durch einen kurzen Wiedereintritt in die Verhandlung vor Urteilsverkündung ohne weiteres „unbedenklich zu umgehen“ sei. Vorliegend kam es darauf allerdings nicht an, da der Senat zu der Überzeugung gelangt war, dass die abschließende Urteilsberatung innerhalb der Verkündungsfrist stattgefunden habe.

Demgegenüber hält es der 4. Senat schon nach dem zwingend formulierten Wortlaut unter Hinweis auf die Formulierungen „muss spätestens am elften Tag danach verkündet werden“ und „andernfalls *ist*“ für ausgeschlossen, die Bestimmung der Verkündungsfrist als bloße Ordnungsvorschrift anzusehen. Im Übrigen verweist er darauf, dass der Gesetzgeber die Verkündungsfrist im Gegensatz zur Unterbrechungsfrist unverändert belassen

¹ Beschluss v. 30.11.2006, NJW 2007, 448-449 = HRRS 2007 Nr. 94.

² Beschluss v. 9.11.2006, NJW 2007, 96 = HRRS 2006 Nr. 986.

habe, ohne dass eine, ohnehin allein vom Gesetzgeber zu schließende, planwidrige Regelungslücke zu erkennen sei. Auch einen Wertungswiderspruch vermag der Senat nicht zu erkennen, da dem *Beschleunigungsgebot* nach Abschluss der Beweisaufnahme eben in besonderer Weise Rechnung getragen werde.

Dem 4. Senat ist im Ergebnis und - mit erheblichen Einschränkungen - auch in der Begründung zu folgen.

1. Zum methodischen Status sogenannter Ordnungsvorschriften

Nicht zugestimmt werden kann freilich dem unhinterfragt vorausgesetzten, gemeinsamen *methodischen* Ausgangspunkt *beider* Senate, demzufolge die Revisibilität einer Nichteinhaltung der Verkündungsfrist davon abhängen soll, ob die Vorschrift des § 268 Abs. 3 StPO als sogenannte Ordnungsvorschrift qualifiziert werden kann. Zwar mag man sich der Einsicht nicht verschließen, dass *im Ergebnis* nicht jeder Verfahrensverstöß die Revision begründen kann³, die insoweit maßgeblichen Gründe somit immer zu einer Bedeutungsstufung⁴ der Verfahrensvorschriften führen und damit die Verletzung einiger Vorschriften *im Ergebnis* womöglich tatsächlich nie oder fast nie die Revision begründet. Das aber bedeutet noch lange nicht, dass man ihr mit dem seit jeher umstrittenen⁵, besonders von der Rechtsprechung⁶ mit wenigen Ausnahmen⁷ beharrlich verteidigten Argumentationstypus der „Ordnungsvorschrift“ methodisch gerecht würde.

Dagegen spricht nicht allein, dass das Gesetz den Begriff der Ordnungsvorschrift nicht kennt, sondern sich ohne eine solche Differenzierung gem. § 337 Abs. 1 StPO auf die Gesetzesverletzung und das Beruhenserfordernis beschränkt. Das wäre unschädlich, wenn die Qualifizierung am Ende einer mit den gesetzlichen Anforderungen vereinbaren, sachhaltigen, durchsichtigen und daher diskutierbaren Begründung stünde, aus der sich einsichtige Kriterien ergäben. Das eigentliche *methodische* Problem ist vielmehr, dass genau dies nicht der Fall ist. Insoweit sollte schon der Weg, den die Belehrungsvor-

schriften von der bloßen Ordnungsvorschrift⁸ zur bedeutsamen und jedenfalls teilweise revisiblen Verfahrensnorm⁹ zurückgelegt haben, gegenüber dem methodischen Ertrag der „Ordnungsvorschrift“ skeptisch stimmen.

Die Nichtrevisibilität der Ordnungsvorschrift ohne sachhaltige Ableitung des qualifizierenden Kriteriums läuft aber auf eine *petitio principii* hinaus, weil sie dann zugleich das einzige Kennzeichen der Ordnungsvorschrift ist¹⁰. Nach einer treffenden Formulierung von Frisch ist die Ordnungsvorschrift so eine nur „wenig spezifische Ersatzbegründung für das, worum es wirklich geht“¹¹. Die Heterogenität der betroffenen Vorschriften und die Unklarheit des Qualifikationskriteriums führe dazu, dass „der Begriff das Sammelbecken für eine Reihe höchst heterogener Normen bildet, die im Grunde nur dadurch zu einer Einheit verbunden sind, daß sie eben nicht revisibel sein sollen“¹². Bestenfalls sind dafür wirklich prinzipielle Gründe leitend und der Begriff der Ordnungsvorschrift nur ihre wenig aussagekräftige Abbréviatur. Schlimmstenfalls aber geben intuitive Erwägungen den Ausschlag. Insbesondere drohen entformalisierende und im Gesetz nicht vorgesehene Abwägungen des Revisionsgerichts „zwischen dem Aufwand der Urteilsaufhebung einerseits und dem Interesse an der Einhaltung der gesetzlichen Vorschrift andererseits“¹³ an die Stelle des Beruhenserfordernisses zu treten, dem allein nach dem Gesetz die Funktion zugewiesen ist zu verhindern, dass jede Gesetzesverletzung zur Urteilsaufhebung und Wiederholung der Hauptverhandlung führt.

Die Argumente der beiden Senate verdeutlichen die methodischen Schwierigkeiten¹⁴, ein mit § 337 StPO vereinbares Qualifikationskriterium zu konstruieren, ohne aber § 337 StPO anwenden zu wollen. Versteht man den 5. Senat so, dass es sich bei der Vorschrift des § 268 Abs. 3 S. 1 StPO um eine Ordnungsvorschrift handle, *weil* ein Urteil darauf niemals beruhen könne, wäre der Begriff der Ordnungsvorschrift überflüssig und nichtssagend¹⁵. Eine derart generelle Abstufung im Beruhenserfordernis kann mithin nicht das Kriterium sein, welches eine Vorschrift zur Ordnungsvorschrift qualifiziert. Will und kann man aber heute auch den in Rede stehenden Verfahrensvorschriften nicht entgegen § 337 Abs. 2 StPO i. V. m. § 7 EGStPO einfach den Rechtsnorm- und Gesetzescharakter gänzlich absprechen, ist insoweit aber umgekehrt der

³ A.A. im Hinblick auf Verfahrensverstöße in der Hauptverhandlung insbesondere Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 53 Rn. 31.

⁴ Allerdings eben nicht ohne weiteres zu einer „natürlichen Stufung der Verfahrensvorschriften“ (BGHSt 11, 213, 214), soweit die Formulierung „natürlich“ auch auf nicht diskutierbare Evidenzen fern des Gesetzes erstreckt werden kann.

⁵ Nachweise zum Streitstand bei LR-Hanack, § 337 Rn. 17 ff.; umfassend auch zur Kasuistik Weber-Petras, Ordnungs- und Sollvorschriften im Strafprozeßrecht, 1992, S. 9 ff., 201 ff., durchgreifende Kritik bei Frisch, in: J. Wolter (Hrsg.): Zur Theorie und Systematik des Strafprozessrechts, Symposium zu Ehren von Hans-Joachim Rudolph, 1995, S. 173 ff., und bei Sarstedt/Hamm, Revision in Strafsachen, 6. Aufl. 1998, Rn. 248 ff.

⁶ Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe Bohnert, NSTZ 1982, 5 f.

⁷ Ausdrücklich BGHSt 25, 325, 329 ff.

⁸ Zu § 136 Abs. 1 S. 2 StPO siehe BGHSt 22, 170, 173; für § 243 Abs. 4 S. 1 StPO offen gelassen von BGH NJW 1966, 1718 f.

⁹ Zu § 136 Abs. 1 S. 2 StPO siehe BGHSt 38, 214, 219 f., wo von Ordnungsvorschriften überhaupt nicht mehr die Rede ist; zu § 243 Abs. 4 S. 1 StPO vgl. BGHSt 25, 325, 329 ff.

¹⁰ Bohnert, NSTZ 1982, 6 u. 7; LR-Hanack, § 337 Rn. 21.

¹¹ Frisch, Rudolph-Symposium (Fn. 5), S. 204.

¹² Ebd., S. 201.

¹³ Bohnert, NSTZ 1982, 9. Zu der dahinter stehenden Behauptung eines Spannungsverhältnisses zwischen den Bedürfnissen einer wirksamen Strafrechtspflege und der Beachtung der Rechte Beteiligter zutreffend kritisch Murmann, GA 2004, 79 f. m. w. Nachw.

¹⁴ Zur Kritik der verschiedenen Begründungsversuche eingehend Weber-Petras (Fn. 5), S. 64 ff.

¹⁵ Zum Argument siehe Bohnert, NSTZ 1982, 7 f.

Hinweis des 4. Senats, der Wortlaut der Fristenanordnung in § 268 Abs. 3 StPO spreche für zwingendes Recht und schließe es aus, diese als Ordnungsvorschrift zu behandeln, für sich genommen gleichfalls unzureichend. Eine verletzbare Rechtsnorm bliebe die Fristanordnung nämlich auch dann, wenn ihre Auslegung ergäbe, dass sie nicht zwingend wäre, sondern es sich um eine sogenannte Sollvorschrift handelte. Denn es wäre nicht einzusehen, dass die Ermessensausübung nicht rechtlich kontrollierbar und damit im Hinblick auf Ermessensfehler revisibel wäre¹⁶. Kurz: Geht der „Begriff“ der Ordnungsvorschrift in dem häufig nicht hinreichend davon geschiedenen Begriff der Sollvorschrift auf, besagt er nichts Grundsätzliches mehr über das Ob der Revisibilität, sondern nur noch über das Wie.

Ist ein pauschaler Revisionsausschluss unter Rückgriff auf die Figur der Ordnungsvorschrift mit den Tatbestandsmerkmalen des § 337 StPO also gerade nicht zu vereinbaren, erschöpft sich ihre Funktion darin, die Revisibilität ohne eine Prüfung dieser Voraussetzungen auszuschließen, weil und sofern man Gefahr liefe, sie unter Umständen doch bejahen zu müssen. Das weist sie aber als eine rechtswidrige Argumentationsfigur zur Umgehung des § 337 StPO aus.

2. Revisibilität der Urteilverkündungsfrist vor dem Ersten Justizmodernisierungsgesetz

Verlässt man den methodischen Irrweg der Ordnungsvorschriften, wird der Blick frei für die eigentlichen Sachargumente, welche die Entscheidung auch bei einem Versäumnis der Urteilsverkündungsfrist nach Maßgabe des Normzwecks¹⁷ der betroffenen Verfahrensvorschrift im Hinblick auf die gesetzlichen Revisibilitätsanforderungen (Gesetzesverletzung und Beruhenserfordernis) leiten.

Nach bislang als gefestigt anzusehender Rechtsprechung des BGH¹⁸ wurde die Verletzung der Urteilsverkündungsfrist gem. § 268 Abs. 3 StPO als Gesetzesverletzung angesehen, auf der das Urteil regelmäßig auch beruht, die also zu Aufhebung und Neuverhandlung führt. Maßgeblich für den Grundsatz wie auch für die anerkannten Ausnahmen ist der Normzweck.

Die Verkündungsfrist folgt der Konzentrationsmaxime und damit dem Unmittelbarkeitsgrundsatz. Sie soll si-

¹⁶ Treffend Frisch, Rudolphi-Symposium (Fn. 5), S. 202; Sarstedt/Hamm (Fn. 5), Rn. 245 ff.; Weber-Patras (Fn. 5), S. 167 ff., jeweils m. w. Nachw. auch zur abweichenden Rechtsprechung. BGHSt 6, 326, 328, hat offen gelassen, ob Sollvorschriften nicht zumindest als Richtlinien für das pflichtgemäße Ermessen zu behandeln seien.

¹⁷ Vgl. dazu die Nachweise bei LR-Hanack, § 337 Rn. 18 Fn. 43, instruktiv auch Frisch, Rudolphi-Symposium (Fn. 5), S. 202 f.; kritisch Bohnert, NStZ 1982, 10, weil die Schutzzwecktheorie im Strafprozessrecht eine gefährliche Sache sei: „Entweder ist die Einhaltung einer förmlichen Vorschrift immer ihr Schutzzweck (genereller Justizgewährleistungsanspruch), dann braucht man den Begriff nicht, oder der Schutzzweck ist von der Norm verschieden, dann wird er zur Gefahr für die Norm.“

¹⁸ Seit BGH, StV 1982, 5.

cherstellen, dass die Entscheidung noch unter dem frischen Eindruck der Hauptverhandlung gefällt wird und nicht nach Aktenlage¹⁹. Vor diesem Hintergrund kann dann grundsätzlich nicht ausgeschlossen werden, dass das erst nach Ablauf der vorgeschriebenen Verkündungsfrist verkündete Urteil *diesem Normzweck zuwider* nicht mehr (hinreichend) aus dem Eindruck der Hauptverhandlung geschöpft ist und damit auf der Gesetzesverletzung beruht. Die gesetzliche Anordnung für den Tatrichter, im Falle der Fristversäumnis mit der Hauptverhandlung von neuem zu beginnen, belegt das nachhaltig und muss als gesetzliche Normierung eines grundsätzlichen Beruhens gelesen werden. Es handelt sich gleichsam um die gesetzlich angeordnete Selbstrevision des Tatgerichts, die erforderlichenfalls (erst) vom Revisionsgericht zu veranlassen ist.

Der Normzweck bleibt dagegen gewahrt, wenn die Beratung noch innerhalb der Frist abgeschlossen ist²⁰, da dann eine Entscheidung innerhalb des Zeitraumes gefällt wird, den der Gesetzgeber noch als hinreichend erachtet, um aus dem Eindruck der Hauptverhandlung geschöpft zu sein. Zwar liegt dann immer noch eine Gesetzesverletzung vor, aber das Urteil beruht nicht auf ihr. Auch bei rechtzeitiger Verkündung wäre es zu keiner anderen Entscheidung gekommen, die getroffene Entscheidung kann nicht mit einem Verstoß gegen die Konzentrationsmaxime behaftet sein. Mit anderen Worten: Die Gefahr, der die Verkündungsfrist wehren will, besteht in diesem Fall nicht²¹.

3. Abwertung der Urteilsverkündungsfrist durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz?

Nun stellt der 5. Senat diese Begründung als solche nicht in Frage. Er beruft sich vielmehr auf die Änderung der Unterbrechungsfristen (§ 229 StPO) durch das Erste Justizmodernisierungsgesetz²² und nimmt Auswirkungen auf die Bedeutung der unveränderten Verkündungsfrist an. Geltend gemacht werden vermeintliche Friktionen zwischen den neugefassten Unterbrechungsfristen des § 229 StPO und der Unterbrechung allein zum Zwecke der Urteilsverkündung gem. § 268 Abs. 3 S. 2 StPO.

In der Tat wirft die neue, außerordentlich großzügige Unterbrechungsfrist die Frage auf, welche Bedeutung der kurzen Verkündungsfrist für die Konzentrationsmaxime noch beigemessen werden kann, wenn nach dem Willen des Gesetzes auch eine grundlose und wiederholbare Unterbrechung der laufenden Verhandlung von drei Wochen diesem Prinzip genügen soll – zumal, wenn entgegen vielfach erhobener Forderung²³ und dem sub-

¹⁹ Vgl. Ranft, Strafprozeßrecht, 3. Aufl. 2005, Rn. 1445 u. 1860.

²⁰ BGH, StV 1982, 5.

²¹ Zum Argument und der vorausgesetzten normativen Auslegung des Beruhenserfordernisses zusammenfassend Frisch, in: K. Rogall u.a. (Hrsg.): Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi, München 2004, S. 621 ff., besonders S. 638 f.

²² BGBl. I, 2198 v. 30.8.2004.

²³ Meyer-Goßner, StPO, 49. Aufl., § 229 Rn. 3.

jektiven Willen des Gesetzgebers²⁴ eine stärkere Kontrolle von Fortsetzungsterminen in Gestalt sogenannter „Schiebetermine“ angesichts fehlender Anhaltspunkte im Gesetz von der Rechtsprechung unter dem Gesichtspunkt der Konzentrationsmaxime auch nicht zu erwarten ist²⁵.

Insoweit kommt es darauf an, ob mit dem Gesetz eine unterschiedliche Dauer der Unterbrechung während der laufenden Verhandlung und nach Abschluss von Beweisaufnahme und Schlussvorträgen begründet werden kann. Dafür spricht, dass mit dem erklärten Entschluss, nur noch abschließend über das Urteil beraten und dann das Urteil verkünden zu wollen, im Gang der Hauptverhandlung eine Zäsur eintritt, weil nunmehr aus der Verhandlung absehbar keine weiteren Entscheidungsgrundlagen gewonnen werden sollen. Die Gefahr ist nun besonders groß, dass der Eindruck der Hauptverhandlung verblasst, weil ein äußerer und innerer vorläufiger Abschluss erreicht ist, der in anderem Maße die Gelegenheit gibt und die Versuchung begründet, sich anderen Dingen zuzuwenden. Es handelt sich also keineswegs um eine Unterbrechung wie jede andere.

Dem kann das Gesetz unter dem Gesichtspunkt der Konzentrationsmaxime entgegen der Auffassung des 5. Senats ohne Widerspruch durch eine kürzere Unterbrechungsmöglichkeit allein zum Zwecke der Beratung und Verkündung in besonderer Weise Rechnung tragen. Und er hat ihm bereits vor dem Ersten Justizmodernisierungsgesetz dort Rechnung getragen, wo die besonderen Unterbrechungsfristen nach längerer Hauptverhandlungsdauer gem. § 229 Abs. 2 StPO a.F. immer schon länger bemessen waren als die Verkündungsfrist des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO. Hinzukommt, dass die hier in Rede stehende Frist begründet kürzer ausfallen kann, weil für die Urteilsberatung keine terminliche Rücksicht mehr auf die Belange der anderen Verfahrensbeteiligten zu nehmen ist, die mit der Konzentrationsmaxime ins Verhältnis zu setzen wären. Es waren auch diese Belange, die den Gesetzgeber veranlasst haben, die regelmäßige Unterbrechungsfrist zu verlängern²⁶.

Wollte man dagegen mit dem 4. Senat die unterschiedlichen Fristen allein unter Hinweis auf das Beschleunigungsgebot begründen, führte dies im Hinblick auf die hier in Rede stehende Frage der Revisibilität nicht weiter. Die Kompensation von Verstößen gegen das Beschleunigungsgebot erfolgt - notgedrungen - vornehmlich durch eine Strafmilderung aufgrund der erhöhten Strafempfindlichkeit und Strafbedürftigkeit²⁷, nach zutreffender Ansicht aber auch (wenn nicht eigentlich sogar vorrangig) durch zwischenzeitliche überobligatorische Beschleunigung²⁸. Sieht man von der (unterlassenen) Berücksichtigung eines solchen Verstoßes auf Rechtsfolgenseite ab,

ist die inhaltliche Qualität des Urteils nicht berührt. Mit der angeordneten neuen Durchführung der Hauptverhandlung sieht das Gesetz als Rechtsfolge der verspäteten Verkündung ganz gegenläufig vielmehr eine *Verlängerung* des Verfahrens vor. Das ist als Reaktion auf einen Verstoß allein gegen das Beschleunigungsgebot unverständlich und nur aus einer Verletzung der Konzentrationsmaxime und des Unmittelbarkeitsprinzips zu erklären. Solange aber sachlich überzeugende Gründe für eine Differenzierung in der Fristdauer benannt werden können, kann von einer Bedeutungslosigkeit der kurzen Frist des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO und einer Widersprüchlichkeit der Fristbestimmungen keine Rede sein.

Der 5. Senat begründet die behauptete Bedeutungslosigkeit der Verkündungsfrist allerdings ergänzend noch mit der Möglichkeit, die Verkündungsfrist nunmehr durch einen kurzen Wiedereintritt in die Verhandlung vor Urteilsverkündung „ohne weiteres unbedenklich zu umgehen“. Der Wiedereintritt hängt freilich ebenso wie jeder Fortsetzungstermin davon ab, dass zur Sache verhandelt und das Verfahren gefördert werden kann, dass also weitere verfahrensfördernde Handlungen möglich sind²⁹, bzw. negativ formuliert, dass dies zumindest nicht evident ausgeschlossen ist und der Wiedereintritt damit allein der Fristumgehung dient. Da die Möglichkeiten, zur Sache zu verhandeln, naturgemäß nach den Schlussvorträgen knapper werden, kann keine Rede davon sein, dass hier ohne weiteres und unbedenklich die Frist umgangen werden könnte. Im Übrigen aber bestand diese Möglichkeit auch schon vor dem Ersten Justizmodernisierungsgesetz, wenn auch angesichts der kürzeren Unterbrechungsfristen nach § 229 Abs. 1 u. 2 StPO a. F. nicht im gleichen Umfang. Die rein quantitativ veränderte Möglichkeit der Umgehung kann jedoch die Bedeutungslosigkeit der unveränderten Frist gem. § 268 Abs. 3 S. 2 StPO nicht begründen.

Dem 5. Senat könnte aber selbst dann nicht gefolgt werden, wenn man die Differenzierung der Unterbrechungsfristen nicht für überzeugend hielte. Denn in Folgendem ist dem 4. Senat uneingeschränkt Recht zu geben: Der Gesetzgeber des Ersten Justizmodernisierungsgesetzes hat die Fristenregelung des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO bei der Reform der Unterbrechungsfristen des § 229 StPO unberührt gelassen und eine Anpassung nicht einmal erwogen. Solange überhaupt noch objektive Differenzierungsgründe auch nur in Betracht kommen, ist es allein die Aufgabe des Gesetzgebers, die Fristen aufeinander abzustimmen.

²⁹ Meyer-Goßner (Fn. 23), § 229 Rn. 11.

²⁴ BT-Drucks. 15/1508, S. 25.

²⁵ Siehe nur BGH, NStZ 2006, 710 = HRRS 2006, 701.

²⁶ BT-Drucks. 15/999, S. 24, 15/1508, S. 25.

²⁷ Überzeugender Begründungsansatz bei Waßmer, ZStW 2006, 159, 186.

²⁸ So wohl Schmidt, NStZ 2006, 315 f.

Zur verfassungsrechtlichen Unbedenklichkeit einer Doping-Besitzstrafbarkeit de lege ferenda - insbesondere gemessen am „Cannabis-Urteil“ des BVerfG

Von den Rechtsanwälten **Markus Hauptmann** und **Markus Rübenstahl Mag. iur., Frankfurt***

Die folgenden Ausführungen sollen (vorrangig am Beispiel der Besitzstrafbarkeit nach BtMG) aufzeigen, dass durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Strafbarkeit des Besitzes von Dopingmitteln auch in der Person des Sportlers nicht bestehen. Dem eigenen Ansatz folgend, nach dem primär (und im Minimum) eine Besitzstrafbarkeit für Anabolika nach dem BtMG anzustreben ist, bezieht sich die Erörterung verfassungsrechtlicher Fragen im wesentlichen hierauf. Für die Pönalisierungsvorschläge des Gesetzentwurfs des Bundeslandes Bayern und die Überlegungen des Bundesinnenministeriums zum AMG dürften die Überlegungen, auch soweit nicht ausdrücklich ausgeführt, zumeist entsprechend gelten.

I. Zu den verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Doping-Besitzstrafbarkeit beim Sportler

Insbesondere *Dury*¹, aber auch andere² machen massiv verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Bestrafung des Besitzes von Dopingwirkstoffen geltend. Diese greifen jedoch bei näherer Betrachtung nicht durch:

1. Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 103 Abs. 2 GG)

Artikel 103 Abs. 2 GG verlangt, dass die Voraussetzungen der Strafbarkeit gesetzlich so konkret umschrieben sind, dass der Einzelne die Möglichkeit hat, sein Verhalten auf die Rechtslage einzurichten und sich Tragweite und Anwendungsbereich des Straftatbestands erkennen lassen³. Die Einbeziehung der anabolen Steroide (und auch anderer Wirkstoffe) in den Anwendungsbereich des Betäubungsmittelgesetzes könnte in hinreichend be-

stimmter Weise erfolgen, indem die betreffenden Stoffe durch eine Rechtsverordnung der Bundesregierung gemäß § 1 Abs. 2 BtMG unter namentlicher Nennung der einschlägigen chemischen Verbindungen in die Anlagen I bis III zum Betäubungsmittelgesetz aufgenommen werden würden. Auch eine entsprechende Einfügung der Besitzstrafbarkeit in das Arzneimittelgesetz könnte im Rahmen der existierenden Formulierung der §§ 6a Abs. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG ohne weiteres hinreichend bestimmt ausgestaltet werden. Die entsprechende Tat handlung („...Arzneimittel zu Dopingzwecken im Sport... zu besitzen“) wäre einfach in die §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG aufzunehmen. Der Inhalt der Besitzbegriffs ist durch jahrzehntelange Rechtsprechung zum BtMG hinreichend genau umschrieben⁴. Das Absichtsmerkmal ist durch § 6a AMG seit mehreren Jahren eingeführt; der Begriff des Sports ist zwar weit reichend, aber wegen der erforderlichen Finalitätsbeziehung im konkreten Fall handhabbar, zumal der Besitz für rein private sportliche Aktivitäten, bei denen Abgrenzungsprobleme auftauchen könnten⁵, praktisch wohl nicht vorkommt. Der Besitz zu erlaubten therapeutischen Zwecken – aufgrund ärztlicher Verordnung – bleibt wegen der Einschränkung der Strafbarkeit des Besitzes auf „Dopingzwecke“ unberührt⁶. Hinsichtlich der für die Besitzstrafbarkeit nach AMG infrage kommenden Arzneimittel würde § 6a Abs. 2 AMG auf den Anhang des Übereinkommens gegen Doping (Gesetz vom 2.3.1994 zu dem Übereinkommen vom 16.11.189 gegen Doping)⁷; ergänzend verweist § 6a Abs. 3 AMG auf die Möglichkeit der Bundesminister für Gesundheit und des Inneren, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates weitere Stoffe beziehungsweise Zubereitungen zu bestimmen, auf die § 6a Abs. 1 AMG Anwendung findet. Für das von Bayern vorgeschlagene Anti-Doping-Gesetz würde entsprechendes gelten. Dass diese Listen „veralten“ können, ändert nichts an ihrer Bestimmtheit; bei zeitnaher Aktualisierung ändert die Geltung „*ex tunc*“ nichts an der Effizienz der darauf Bezug nehmenden Strafgesetze⁸. Durch die Lektüre des Gesetzestextes und die Konsultation dieser Auflistungen könnte jedermann jederzeit die geltenden strafbewehrten Besitzverbote in Erfahrung bringen. Ernstliche Bedenken gegen die Bestimmtheit der infrage kommenden Normen können vor diesem Hintergrund nicht erhoben werden.

⁴ Weber, BtMG, § 29 Rdnr. 831 ff. m.w.N. zur Rspr.; vgl. BVerfG NJW 1994, 2412; BGHSt 27, 380; BGHR BtMG § 29 Abs. 1 Nr. 3 Besitz 4; BGH NSTZ-RR 1998, 148, 149.

⁵ Vgl. *Dury* SpuRt 2005, 137, 138.

⁶ Die Bedenken von *Dury* SpuRt 2005, 137, 138, dürften gegenstandslos sein; es ist eine einzelfallbezogen zu lösende reine Beweisfrage, zu welchen Zwecken das Medikament vorgehalten wird.

⁷ Bundesgesetzblatt 1994 II S. 334.

⁸ Anders zu Unrecht *Dury*, SpuRt 2005, 137, 138.

* Der Autor *Hauptmann* ist Vorstandsmitglied der Nationalen Anti-Doping Agentur (NADA) und war bis Juni 2005 Vorsitzender der Rechtskommission des Sports gegen Doping (ReSpoDo), die in ihrem Abschlussbericht mehrheitlich eine Besitzstrafbarkeit für Anabolika vorgeschlagen hatte. Rechtsanwalt *Hauptmann* ist Managing Partner der internationalen Sozietät White & Case LLP in Frankfurt am Main, Rechtsanwalt *Rübenstahl* Anwalt der dortigen wirtschaftsstrafrechtlichen Abteilung. Der Beitrag gibt die persönliche Auffassung der Autoren wieder.

¹ *Dury* SpuRt 2005, 137 ff.

² Kauerhof HRRS 2007, 71 ff.

³ BVerfGE 14, 174; 245; 25, 269; 32, 346; 47, 120; 55, 152; 71, 114; 73, 234; 87, 224; 105, 135.

2. Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Nach Auffassung von *Dury* soll es dem Bund an einer Gesetzgebungskompetenz für die durchgehende Kriminalisierung des Besitzes (oder des Konsums) von sämtlichen Dopingmitteln im Rahmen des (Bundes-)Arzneimittelgesetzes fehlen. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG (alter Fassung) decke Strafbestimmungen nur für das Inverkehrbringen, nicht aber für den bloßen Besitz von Arzneimitteln⁹.

Es kann dahin stehen, ob diese Rechtsauffassung zum Zeitpunkt der Veröffentlichung (2005) zutrifft; heute jedenfalls ist eine konkurrierende Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Nr. 19 GG hinsichtlich des unerlaubten Umgangs mit Dopingmitteln eindeutig zu bejahen. Die Zweifel von *Dury* an der Gesetzgebungskompetenz sind nur am Wortlaut des Artikel 74 Nr. 19 GG *alter Fassung* fest zu machen. Die damalige Vorschrift deckte seiner Auffassung nach Strafbestimmungen nur für das Inverkehrbringen, Handeltreiben u. ä. nicht aber für den Konsum oder Besitz von Arzneimitteln, weil dem Bundesgesetzgeber in Art. 74 Abs. Nr. 19 GG nur die Kompetenz zur Regelung des Verkehrs mit Arzneimitteln eingeräumt war, nicht aber die unbeschränkte Zuständigkeit zur Regelung aller Fragen des Arzneimittelrechts¹⁰. Unter „Verkehr mit Arzneimitteln“ wurde nach altem Recht der gesamte Umgang mit diesen Mitteln von der Herstellung über den Handel bis zum Verbrauch verstanden, nicht aber die ärztliche Anwendung von diesen oder die Herstellung durch den Arzt selbst nur für diesen Zweck¹¹. Art. 74 Nr. 19 GG neuer Fassung räumt dem Bund nunmehr aber die konkurrierende Gesetzgebung für „das Recht des Apothekenwesens, der Arzneien, der Medizinprodukte, der Heilmittel, der Betäubungsmittel und der Gifte“ ein – ohne jegliche Einschränkung bezüglich der Modalitäten des Umgangs. Daraus ist eine umfassende Gesetzgebungskompetenz abzuleiten, zumal der verfassungsändernde Gesetzgeber in der Begründung des Gesetzesentwurfs allgemein festgestellt hat, dass die Änderung des Wortlauts von Artikel 74 Nr. 19 GG u. a. eine Präzisierung „zur Vermeidung von Regelungslücken“ darstelle¹². Speziell hält er fest, dass das Recht der aufgezählten Gesetzgebungsgegenstände – u. a. der *Arzneimittel* – nunmehr insgesamt erfasst sei, damit ein bundeseinheitliches Schutzniveau hergestellt werden könne¹³. Insbesondere ist auch auf die Erwähnung der *Gifte* und *Betäubungsmittel* hinzuweisen, als die Dopingmittel zumindest teilweise ebenfalls gelten müssen,

sollten sie nicht bereits als Arzneimittel angesehen werden können. Einer umfassenden, auch strafrechtlichen Regelung der Dopingrechts durch den Bund steht daher nichts entgegen. Es kommt hinzu, dass die Erforderlichkeitsklausel des neuen Art. 72 Abs. 2 GG, der für die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes positiv aufführt, hinsichtlich welcher Materien noch eine Erforderlichkeitsprüfung (bzgl. der einheitlichen Bundesgesetzgebung) stattzufinden hat, Artikel 74 Nr. 19 GG nicht mehr enthält. Dies bedeutet unzweifelhaft, dass eine Wahrnehmung der Bundesgesetzgebungskompetenz in diesen Bereichen stets als zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder der Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit erforderlich anzusehen ist, wenn der Gesetzgeber dies als erforderlich ansieht¹⁴. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzgl. des Besitzes von Dopingmitteln – ob im Rahmen des BtMG, des AMG oder eines besonderen Gesetzes – kann daher nach geltendem Recht nicht (mehr) in Zweifel gezogen werden.

3. Verhältnismäßigkeit – insbesondere legitimer Zweck, Geeignetheit und Erforderlichkeit - der Besitzstrafbarkeit des Sportlers (Artikel 20 Abs. 3 GG)

Der Bundesgesetzgeber kann zweifellos neue Straftatbestände nach sachgemäßem Ermessen einführen, wenn die Strafvorschrift verfassungskonform, insbesondere verhältnismäßig ist. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Teil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG)¹⁵ begrenzt die Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers¹⁶ in Grundrechte der Bürger, insbesondere auch im Bereich des Strafrechts¹⁷ auf die zur Erreichung eines legitimen Zwecks geeigneten, erforderlichen und angemessenen gesetzgeberischen Maßnahmen¹⁸. Es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, den Bereich strafbaren Handelns unter Berücksichtigung der jeweiligen Lage im Einzelnen verbindlich festzulegen; diese gesetzgeberische Entscheidung unterliegt nicht einer verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden wurde¹⁹. Ausreichend ist, dass das Gesetz geeignet und erforderlich ist und nicht unverhältnismäßig in die von der Strafdrohung betroffenen Grundrechte auf allgemeine Handlungsfreiheit und (wegen der angedrohten Freiheitsstrafe) auf Bewegungsfreiheit eingreift (Art. 2 Abs. 1 Satz, Abs. 2 Satz 2 GG)²⁰.

⁹ *Dury* SpuRt 2005, 137, 138 unter Berufung auf BVerfG NJW 2000, 857 (Frischzellen). Dieselbe Rechtsauffassung dürfte der Autor auch bezüglich eines selbstständigen Anti-Doping-Gesetzes vertreten, das eine Strafbarkeit des Besitzes von Dopingmitteln enthält, evtl. sogar bzgl. einer Strafbarkeit nach dem BtMG, da die Formulierung des Art. 74 Nr. 19 GG a. F. für BtM entsprechend war.

¹⁰ *Dury* SpuRt 2005, 137, 138.

¹¹ Vgl. BVerfG NJW 2000, 857.

¹² Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Begründung, Bundestagsdrucksache 16/813, Seite 9.

¹³ Bundestagsdrucksache 16/813, Seite 13.

¹⁴ Ipsen NJW 2006, 2801, 2803; vergleiche auch Begründung, Bundestagsdrucksache 16/813, Seite 11.

¹⁵ Stdg. Rspr., vgl. BVerfGE 61, 126, 134; 69, 1, 35; 76, 256, 359; 80, 109, 120.

¹⁶ Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl. (2000) Art. 20 Rdnr. 80, 81.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 90, 145, 172; Jarass a.a.O. Art. 20 Rdnr. 99 m.w.N.

¹⁸ Stdg. Rspr., vgl. BVerfGE 65, 1, 54; 67, 157, 173; 70, 278, 286.

¹⁹ H.M., vgl. BVerfG BJW 1994, 1579; BVerfGE 80, 244, 255 = NJW 1990, 37 m.w.N.

²⁰ BVerfGE 30, 292, 316 = NJW 1971, 1255; BVerfGE 63, 88, 115 = NJW 1983, 1417; BVerfGE 67, 157, 173 ff. = NJW

Ausgehend von der plausiblen Annahme, dass Anabolika zumindest das Abhängigkeitspotential der „weichen“ Droge Haschisch oder sogar einer Droge mittlerer Gefährlichkeit wie Kokain hat, und die Anwendung dieser Stoffe nachgewiesenermaßen schwerste gesundheitliche Folgen – bis hin zu tödlichen Folgen – nach sich zieht, verfolgt eine Pönalisierung des unerlaubten Umgangs mit Anabolika einschließlich des Besitzes nach dem BtMG – gemessen etwa an der Bestrafung des Cannabisbesitzes – einen legitimen Zweck, ist hierzu geeignet und erforderlich. Umgekehrt wäre angesichts der bestehenden Strafdrohung gem. §§ 29 ff. BtMG bzgl. Cannabis die Straflosgigkeit zumindest des Anabolika-Besitzes rechtssystematisch und rechtspolitisch geradezu fragwürdig. Im Einzelnen:

a) Legitimer Zweck

aa) BtMG – Schutz der Volksgesundheit

Der Gesetzgeber zielt mit dem geltenden BtMG wie schon mit dessen Vorläufern darauf ab, die menschliche Gesundheit sowohl des Einzelnen als auch der Bevölkerung im ganzen – die Volksgesundheit²¹ – vor den von Betäubungsmitteln ausgehenden Gefahren zu schützen und die Bevölkerung, vor allem Jugendliche, vor Abhängigkeit von Betäubungsmitteln zu bewahren²². Dies gilt auch für die Strafvorschriften des Gesetzes, wobei nicht etwa nur unmittelbar gesundheitsschädliche Formen des Umgangs mit BtM von der Strafbarkeit – mit Ausnahme des rein selbstschädigenden Konsums – lückenlos erfasst sind und verfassungsrechtlich auch erfasst werden dürfen²³. Vielmehr geht es laut dem BVerfG im bekannten Cannabis-Beschluss vom 9.3.1994²⁴ gerade bei „weichen“ Drogen zulässigerweise um die *Gestaltung des sozialen Zusammenlebens* in einer Weise, die es *von sozialschädlichen Folgen des Umgangs mit Drogen freihält*, damit die *Festigung der Persönlichkeit von Jugendlichen und Heranwachsenden* nicht behindert wird²⁵. Über das ursprüngliche Ziel hinaus ist dem BtMG damit nach der h. M. die Aufgabe zugewachsen, die sozialschädlichen Folgen der illegalen Betäubungsmittelverkehrs einzudämmen, insbesondere die Korrumpierung der Gesellschaft durch finanzstarke kriminelle Vereinigungen zu verhindern²⁶. In der Konsequenz dessen ist der Umgang mit BtM – einschließlich des Besitzes – ohne Erlaubnis vollumfänglich unter Strafdrohung untersagt. Diese als Schutzzwecke des BtMG anerkannten Zielsetzungen sollte im Bereich des Sports für gesundheitsgefährliche und abhängig machende Dopingstoffe erst recht

zur Pönalisierung des Umgangs führen, da unter anderem für jüngere Athleten vor einem Karrieredurchbruch die Versuchung besonders groß und die Kenntnisse über die Gesundheitsschädlichkeit dieser Stoffe besonders gering sein dürften. Gerade in diesem Bereich scheint ein sozialgestaltender Einsatz des Betäubungsmittelstrafrechts legitim, da die Anreize zum regelwidrigen und gesundheitsschädlichen Verhalten besonders hoch sind. Die Gesundheitsschädlichkeit von Anabolika ist zudem anerkanntermaßen größer als die diverser Betäubungsmittel.

Es erscheint zudem nicht verfehlt, den Besitz von Dopingmitteln nicht bloß unter dem Gesichtspunkt der (Vorbereitung der) eigenverantwortlichen Selbstgefährdung bzw. –schädigung zu betrachten, sondern darin zugleich eine *mittelbare Gefährdung der Gesundheit Dritter* zu sehen. Zumindest werden nämlich Leistungssportler desselben Bereichs durch den Dopinggebrauch einem verstärkten Nachahmungsdruck ausgesetzt. Dieser Druck resultiert aus dem Wissen, dass direkte oder indirekte Konkurrenten Dopingwirkstoffe besitzen (und demnach wahrscheinlich anwenden). Es ist aus der Praxis der Dopingbekämpfung bekannt, dass eine Sportart (etwa die Leichtathletik, der Radsport), in der nachgewiesenermaßen wichtige Leistungsträger „dopen“, soweit erkennbar rasch insgesamt – bis hin zu den ambitionierteren Amateuren – besonders dopinganfällig werden, so dass man nach den vorliegenden, naturgemäß bruchstückhaften Erkenntnissen von einer enormen Breitenwirkung des Fehlverhaltens insbesondere von Spitzensportlern sprechen kann. Der Besitz von Dopingmitteln schafft also zumindest eine beträchtliche abstrakte Gefahr für die Gesundheit der Konkurrenten und des sportlichen Nachwuchses, der in diese Praktiken mit einbezogen wird und diese in einem Entwicklungsstadium als unvermeidlich kennen lernt und nachahmt. Der Besitz von Dopingmitteln geht daher über den Aspekt der frei verantworteten Selbstgefährdung hinaus und beinhaltet eine mittelbare Fremdgefährdung. Überdies besteht die Gefahr, dass sich Konkurrenten in Art und Maß der benutzten Dopingmittel gegenseitig „hochschaukeln“ und etwa durch erhöhte Dosierung von Stoffen die Gesundheitsgefährdung einer Vielzahl von Sportlern weiter verstärkt wird. All diese aus der Nachahmungstendenz entstehenden Gefahren für Dritte bestehen bereits beim Besitz von Dopingmitteln, da die Konkurrenz hieraus auf den Gebrauch schließen und entsprechend reagieren wird. Die beschriebene Gefahr für die Volksgesundheit legitimiert u. E. strafrechtliche Sanktionsnormen²⁷.

bb) AMG/Anti-Doping-Gesetz – zusätzlich Sicherheit des Verkehrs mit Arzneimitteln

Nach der gesetzlichen Zweckbestimmung des Arzneimittelgesetzes ist dieses dazu bestimmt, im Interesse einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung von Mensch und Tier für die Sicherheit im Verkehr mit Arzneimitteln, insbesondere für die Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der Arzneimittel zu sorgen (§ 1 AMG).

1985, 121; stark einschränkend vgl. Kauerhof HRRS 2007, 71, 72.

²¹ Vgl. BVerwG DVBl. 2001, 816, 818, ein Rechtsgut mit Verfassungsrang!

²² BVerfG 1994, 1579 unter Verweis auf die Regierungsvorlage zum BtMG 1971, BR-Drs. 665/70 (neu), S. 2 und die Regierungsvorlage des BtMG 1981, BT-Drs. 8/3551, S. 23 f.

²³ BVerfG NJW 1994, 1581.

²⁴ BVerfG NJW 1994, 1577 ff. = BVerfGE 77, 84 ff.

²⁵ BVerfG NJW 1994, 1579.

²⁶ Weber a.a.O. § 1 Rdnr. 2 m.w.N.; vgl. BVerfGE 90, 145, 174 = NJW 1994, 1577.

²⁷ Diesen Aspekt übersieht anscheinend Kauerhof HRRS 2007, 71, 72.

Daneben dient das AMG auch zumindest indirekt dem Schutz der Volksgesundheit (s.o.). Da nahezu alle Dopingmittel zugleich Arzneimittel und zumeist gesundheitsgefährlich sind, ist der Schutzzweck des AMG durch den Besitz von Dopingmitteln – gerade (aber nicht nur) in der Hand nicht medizinisch beziehungsweise pharmakologisch ausgebildeten Personals (Sportler, Trainer oder andere Personen im Umfeld des Sportlers) u. E. stets berührt²⁸. Der Gesetzgeber hat bislang nicht darauf reagiert, dass eine besonders große Gefahr für die Sicherheit des Verkehrs mit Arzneimitteln gerade vom Sportler selbst als pharmakologisch und medizinisch Unkundigem ausgeht. Es ist im Falle des Besitzes nämlich nie auszuschließen, dass der Besitzer (auch ein Sportler) Dopingstoffe Dritten (insbesondere anderen Sportlern) verkaufen, zur Verfügung stellen oder selbst an diesen anwenden wird. Ein Entgegenwirken mittels einer Strafdrohung, die gerade auch die Besitzstrafbarkeit für Sportler vorsieht könnte daher dem legitimen Zweck des Schutzes des sicheren Verkehrs mit Arzneimitteln dienen.

b) Geeignetheit

Im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet ist ein (Straf-)Gesetz bereits dann, wenn mit diesem Mittel der erstrebte Erfolg gefördert werden kann; eine vollständige Zielerreichung muss das Gesetz nicht erreichen (können)²⁹. Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass der Einwand, die Kriminalisierung des verbotenen Umgangs nur mit anabolen Steroiden löse das (Doping-)Problem nicht insgesamt, weil lediglich eine einzelne Gruppe von besonders auf zu Dopingzwecken missbrauchten Stoffen herausgegriffen werde³⁰, verfassungsrechtlich ohne jede Bedeutung ist. Selbst wenn dadurch allein der Dopingmissbrauch anaboler Steroide – die nach Schätzungen ca. 40% der verwandten Wirkstoffe ausmachen – möglicherweise signifikant gesenkt werden könnte, würde dies die Eignung einer Strafdrohung begründen.

Hier geht es im wesentlichen um die Eignung der Strafbefugnis des Besitzes von Dopingmitteln zum Schutz der Volksgesundheit und der Sicherheit des Verkehrs mit Arzneimitteln. Bei der Beurteilung der Eignung des gewählten Mittels (hier der Kriminalisierung eines Verhaltens) sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzungen – d.h. Bewertungen der Tatsachengrundlage – und (zukunftsbezogenen) Prognosen steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu, der der verfassungsrechtlichen Überprüfung nur eingeschränkt zugänglich ist³¹. Der Gesetzgeber darf von einer gewissen Abschreckungswirkung der Besitzstrafbarkeit und damit von einem verbesserten Schutz der genannten

Rechtsgüter ausgehen:

Bei einer Strafbarkeit aufgrund des bloßen Besitzes nach BtMG müsste – anders als zur Zeit – lediglich der vorsätzliche Gewahrsam an den Dopingmitteln nachgewiesen werden. Wenn man die Beweiserfordernisse an den Anfangsverdacht („zureichende tatsächliche Anhaltspunkte“ für eine Straftat, § 152 Abs. 2 StPO) nicht überspannt, wird man bei Einführung der Besitzstrafbarkeit gemäß BtMG annehmen dürfen, dass eine positive Dopingprobe ein zunächst ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkt für den vorherigen vorsätzlichen Besitz des nachgewiesenen Dopingmittels ist und daher die Einleitung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens gegen den Sportler wegen Verstoßes gegen den entsprechenden Besitzstrafatbestand des BtMG – und/oder des AMG oder Anti-Doping-Gesetzes, wenn die Probe im Rahmen einer Sportveranstaltung genommen wird – rechtfertigt (und in einer nicht unbeträchtlichen Anzahl von Fällen auch tatsächlich dazu führen wird)³². Der Anfangsverdacht muss es nach h. M. aufgrund kriminalistischer Erfahrung nämlich lediglich als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt³³. Hierzu reichen auch entfernte Indizien³⁴. Im übrigen besteht ein gewisser Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden³⁵. Erfahrungsgemäß führen Strafverfahren – auch unabhängig von der (zeitnahen) Erzielung rechtskräftiger Verurteilungen – aufgrund der Anwendbarkeit des umfangreichen Ermittlungsinstrumentariums der Strafverfolgungsbehörden häufig zu einer weitergehenden und effektiveren Aufklärung von Dopingsachverhalten.

Gerade gegenüber einer grundsätzlich rechtstreuen und sozial integrierten Bevölkerungsgruppe wie Leistungs- und Breitensportlern dürfte ein beträchtlicher, wenn auch nicht genau bezifferbarer Abschreckungseffekt bereits von der drohenden Einleitung derartiger Strafverfahren aufgrund von positiven Proben, jedenfalls aber von der Strafanandrohung und –verhängung ausgehen. Von einer gewissen Abschreckungswirkung eines Strafgesetzes muss jedenfalls wohl aus normativen Gründen ausgegangen werden, da einer der in der h. Rspr. anerkannten (und als grundsätzlich funktionierend vorausgesetzten) Strafzwecke die (negative) Generalprävention bzw. Abschreckungsprävention ist³⁶. Es wird daher im Allgemeinen nicht in Abrede gestellt werden können, dass die Bedrohung eines Verhaltens mit einer Kriminalstrafe auf eine nicht unerhebliche Anzahl von Normadressaten eine abschreckende Wirkung hat. Eine Eignung der Strafdrohung ist daher anzunehmen.

²⁸ Harbort, NZV 1996, 219, 224; vgl. den Fall des OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270.

²⁹ Freund GA 1995, 13; Hund ZRP 1991, 464; Kuhlmann NStZ 1983, 130.

³⁰ Meyer-Goßner, StPO, 48. Aufl. (2005), § 152 Rdnr. 4.

³¹ BGH NJW 1970, 1543; BGH NStZ 1988, 510; vgl. auch BVerfG NJW 1984, 1451.

³² BVerfG 45, 254 ff.; BGHSt 24, 46, 66; BGH NStZ 1982, 112; 1995, 77; 1996, 79 und Tröndle/Fischer § 46 Rdnr. 12 m.w.N. Vgl. auch die gesetzliche Anerkennung des Abschreckungsgedankens in den Strafzumessungsvorschriften der §§ 47 Abs. 1, 56 Abs. 3 und 59 Abs. 1 Nr. 3 StGB („Verteidigung der Rechtsordnung“).

²⁸ Einem speziellen Anti-Doping-Gesetz könnte vom Gesetzgeber neben dem Schutz der Volksgesundheit ohne weiteres derselbe Schutzzweck bezogen nur auf Dopingmittel zugeschrieben werden.

²⁹ BVerfGE 30, 292, 316 = NJW 1971, 1255; BVerfGE 63, 88, 115 = NJW 1983, 1417; BVerfGE 67, 157, 173 ff. = NJW 1985, 121.

³⁰ Dury, SpuRt 2005, 137, 138.

³¹ BVerfG NJW 1994, 1579; BVerfGE 77, 170, 215 = NJW 1988, 1651; BVerfGE 88, 203, 262 = NJW 1993, 1751.

c) Erforderlichkeit

Das Gebot der Erforderlichkeit ist nur dann verletzt, wenn das Ziel der staatlichen Maßnahme - hier die Strafbewehrung des unerlaubten Besitzes von Dopingwirkstoffen - auch durch ein anderes, *gleich wirksames* Mittel erreicht werden kann, das die betroffenen Grundrechte nicht oder weniger fühlbar einschränkt³⁷. Auch insoweit steht dem Gesetzgeber ein Beurteilungsspielraum zu³⁸. Dies gilt speziell auch für die Erforderlichkeit der Einführung der Besitzstrafbarkeit (nach dem BtMG), deren Annahme vom BVerfG im „Cannabis-Beschluss“ nur auf Vertretbarkeit überprüft wurde³⁹. Insbesondere für das Maß der Eignung ausschlaggebenden Erwägungen des Gesetzgebers auf nicht abschließend geklärt kriminologischer Grundlage zur generalpräventiven Effizienz der Strafdrohung sind danach hinzunehmen. Für die Wahl zwischen mehreren potentiell geeigneten Wegen zur Erreichung eines Gesetzesziels besitzt der Gesetzgeber eine Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative⁴⁰. Anders wäre dies nur, wenn gesicherte kriminologische Erkenntnisse Beachtung erfordern würden, weil sie die getroffene strafrechtliche Regelung als mögliche Lösung faktisch ausschließen⁴¹. Dies erscheint hier angesichts der kriminologisch (und kriminalistisch) bisher wenig erforschten Dopingmilieus ausgeschlossen. Grundsätzlich spricht vielmehr vieles dafür, dass eine strafrechtliche Sanktion als einschneidendste staatliche Reaktionsmöglichkeit auf das Fehlverhalten des Sportlers zumindest bezogen auf diesen in höherem Maße abschreckend wirken wird als strafrechtliche Sanktionen, die den dopenden Sportler im Regelfall von vornherein nicht treffen können (§§ 6 a Abs. 1, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG) in Verbindung mit einem beliebigen Maßnahmenpaket auf zivilrechtlicher beziehungsweise vereinsrechtlicher Ebene. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn die Besitzstrafbarkeit mit *denselben* flankierenden sport- bzw. vereinsrechtlichen Maßnahmen kombiniert wird, was zu befürworten ist. Die nichtstrafrechtliche Bekämpfung der Dopingunwesens und die Vorschriften der §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG haben sich nach wohl einhelliger Auffassung aller Beobachter als wenig effektiv erwiesen.

Auch ist zu berücksichtigen, dass in vielen Fällen nur die Besitzstrafbarkeit des Sportlers die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens, dessen aktive Verfolgung unter Einsatz professioneller Ermittlungsbeamten von Staatsanwaltschaft und Polizei sowie die Anwendung der nur in diesen Rahmen gesetzlich zulässigen Zwangsmaßnahmen und heimlichen Ermittlungsmethoden ermöglicht. Durch diese werden Dopingvergehen voraussichtlich in größerem Umfang aufgedeckt werden, als dies durch verbandsrechtliche und sonstige Maßnahmen geschehen kann. Schon bisher sind es häufig strafrechtliche Ermittlungen (insbesondere in anderen Staaten) gewesen, die zur Aufdeckung von Dopingnetzwerken geführt ha-

ben. Während nämlich die Sportverbände – sieht man einmal von der Dopingkontrolle ab – wenige Möglichkeiten der Sachaufklärung haben, trifft dies für die staatlichen Strafverfolgungsbehörden nicht zu. Letzterer stehen vielfältige Möglichkeiten der Sachaufklärung und der effiziente Ermittlungsapparat der Polizei zur Seite.

Die Einführung der Besitzstrafbarkeit würde zunächst faktisch die Schwelle für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens aufgrund eines Anfangsverdachts – der ebenfalls Voraussetzung für zahlreiche strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen ist – wegen einer Dopingstraftat entscheidend herabsetzen. Bei einem Besitzstraftatbestand müsste lediglich der Anfangsverdacht des vorsätzlichen Gewahrsams an den Dopingmitteln bestehen. Wenn man die Beweiserfordernisse an den Anfangsverdacht („*zureichende tatsächliche Anhaltspunkte*“ für eine Straftat, § 152 Abs. 2 StPO) nicht überspannt, wird man bei Einführung der Besitzstrafbarkeit gemäß BtMG und/oder AMG annehmen dürfen, dass eine positive Dopingprobe und erst recht der Dopingfund im Gewahrsam der Sportlers ein zunächst ausreichender tatsächlicher Anhaltspunkt für den vorherigen vorsätzlichen Besitz des betreffenden Dopingmittels ist und daher die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens *gegen den Sportler* (und ggfs. Dritte) wegen Verstoßes gegen den entsprechenden Besitzstraftatbestand des BtMG und/oder des AMG rechtfertigt⁴². Der Anfangsverdacht muss es nach h.M. aufgrund kriminalistischer Erfahrung lediglich als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt; hierzu reichen auch entfernte Indizien; im übrigen besteht ein gewisser Beurteilungsspielraum der Strafverfolgungsbehörden⁴³. Nach heutigem Recht kann hingegen eine positive Dopingprobe allein ein Einschreiten der Strafverfolgungsbehörden im Zweifelsfall nicht rechtfertigen, weil der Konsum straflos ist und aus dem Testergebnis allein noch nicht auf mögliche strafbare Verstöße gegen § 6a Abs. 1 AMG (Inverkehrbringen etc. durch Dritte) geschlossen werden kann⁴⁴. Hier würde durch eine Gesetzesänderung Abhilfe geschaffen werden.

Erfahrungsgemäß führen Strafverfahren – auch unabhängig von der (zeitnahen) Erzielung rechtskräftiger Verurteilungen – aufgrund der Anwendbarkeit des umfangreichen Ermittlungsinstrumentariums der Strafverfolgungsbehörden häufig zu einer weitergehenden und effektiveren Aufklärung von Dopingsachverhalten. Durchsuchung und Beschlagnahme von Beweismitteln beim Sportler selbst könnten schon auf der Basis eines Anfangsverdachts erfolgen, wenn er selbst einer Straftat verdächtig ist (§§ 94, 102 StPO), nicht aber, wenn er wie unter Geltung der §§ 6a, 95 AMG regelmäßig nur unverdächtig Dritter (Zeuge) ist. Eine Durchsuchung beim nicht verdächtigen Dritten ist nämlich nur dann zulässig, wenn

³⁷ BVerfGE 53, 135, 145; 67, 157, 177; 68, 193, 219; 92, 262, 273.

³⁸ BVerfGE 50, 290, 332; 57, 139, 159; 62, 1, 50; 90, 145, 173.

³⁹ BVerfG NJW 1994, 1577, Leitsatz Nr. 2 a und 1581 m.w.N.

⁴⁰ Vgl. BVerfGE 77, 84, 106 = NJW 1988, 1195.

⁴¹ Vgl. BVerfGE 50, 205, 212 f. = NJW 1979, 1039.

⁴² Vgl. die Ausf. von Heger JA 2003, 76, 82 zu § 6a AMG.

⁴³ Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 48. Auflage (2005), § 152 Rdnr. 4 m. w. N.; vergleiche auch BGH NJW 1970, 1543; BGH NStZ 1988, 510; BVerfG NJW 1984, 1451. Wegen der dort höheren Verdachts-/Gewissheitsanforderungen (§§ 112, 170, 261 StPO) reicht dies aber natürlich nicht für eine Anklage, einen Haftbefehl oder eine Verurteilung.

⁴⁴ Jahn, Sport und Recht 2005, 141, 143.

Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass eine gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet (§ 103 Abs. 1 S. 1 StPO). Anders als bei § 102 StPO reichen hier nicht Vermutungen (aufgrund kriminalistischer Erfahrung)⁴⁵, sondern *bewiesene* Tatsachen müssen die Annahme rechtfertigen, dass die Durchsuchung zur Auffindung bestimmter Beweismittel führen werde⁴⁶. Auch darf nur der Beschuldigte längerfristig observiert werden (§ 163 f StPO), nicht aber ein Zeuge. Gerade wenn es um die Ermittlung der übrigen Beteiligten eines Dopingnetzwerks nach Feststellung einer positiven Probe, einem Dopingfund oder aufgrund anderer Verdachtsmomente bezüglich des Besitzes der Sportlers von Dopingwirkstoffen geht, wäre es aber ohne Zweifel wünschenswert, dem betroffenen Sportler gegebenenfalls auch länger observieren zu können. Generell darf die Polizei Ermittlungen vornehmen u. Behörden um Auskunft ersuchen (§ 163 StPO). Grundsätzlich lassen sich strafprozessuale Maßnahmen unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten (Art. 20 Abs. 3 GG) leichter (oder u. U. überhaupt nur) rechtfertigen, wenn sie sich direkt auf den Beschuldigten beziehen, als wenn sie einen Dritten betreffen. Auch die körperliche Untersuchung des Beschuldigten (Blutprobe etc.) ist unter den Voraussetzungen des § 81a StPO leichter zu erlangen als die eines Zeugen/Opfers unter den Voraussetzungen des in diesem Fall anwendbaren § 81c StPO. Für § 81a StPO ist lediglich erforderlich, dass die Untersuchung zur Feststellung von Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind, angeordnet wird⁴⁷; andere Personen dürfen ohne ihre Einwilligung untersucht werden, *soweit zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muss*, ob es sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet (§ 81c StPO). Da Spuren nur *unmittelbar durch die Straftat* eingetretenen Veränderungen am Körper eines Zeugen sind, die Rückschlüsse auf den Täter oder die Tatausführungen ermöglichen⁴⁸, und Tatfolgen solche Veränderungen am Körper des Opfers *aufgrund der Tat*, die solche Hinweise nicht zu lassen⁴⁹, würde § 81c StPO eine ärztliche Untersuchung des Sportlers (etwa auf Dopingwirkstoffe) gegen dessen Willen wohl nicht zu lassen. Ein Inverkehrbringen oder Verschreiben der Dopingmittel durch Dritte i. S. d. § 6a AMG führt nicht unmittelbar zu einem Dopingbefund bzw. der zugrunde liegenden pharmakologischen bzw. physiologischen Veränderung; eine unmittelbare Anwendung durch Dritte wird nicht nachweisbar sein. Hinsichtlich dieser Straftaten wäre die Entnahme einer Blutprobe – zur Klärung, ob ein positiver Befund vorliegt – u. E.

⁴⁵ OLG Celle StV 1982, 561, 562; LG Frankfurt am Main StV 2002, 70.

⁴⁶ Meyer-Goßner § 103 Rdnr. 6; BGH NSTZ 2000, 154; 2002, 215.

⁴⁷ Insbesondere bei Blutprobenentnahmen und anderen körperlichen Eingriffen (§ 81a S. 2 Strafprozessordnung) ist jedoch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen, der die Prüfung der Stärke des Tatverdachts verlangt; die schwerer die Maßnahmen wie, desto größere Anforderungen sind an den Tatverdacht zu stellen, BVerfGE 16, 194, 202; 17, 108, 117. Probleme ergeben sich insoweit jedoch regelmäßig nur bei gefährlichen oder besonders belastenden Eingriffen.

⁴⁸ Meyer-Goßner § 81c Randnummer 12.

⁴⁹ Meyer-Goßner § 81c Randnummer 13.

auch nicht *unerlässlich* i. S. d. § 81c Abs. 2 StPO, weil es auf die Einnahme und Wirkung der Dopingwirkstoffe für die genannten Tatmodalitäten des § 6a Abs. 1 AMG gar nicht ankommt⁵⁰. Auch müssen für § 81c StPO bereits bestimmte Vorstellungen und Anhaltspunkt über die Spuren und Tatfolgen bestehen, um deren Auffindung es geht⁵¹. Zudem könnte sich der Sportler hinsichtlich nahe stehender bzw. verwandter Personen im Sinne des § 52 StPO auf ein Untersuchungsverweigerungsrecht (§ 81c Abs. 3 StPO) berufen. Wenn also der Anwendungsbereich des BtMG und des AMG durch die Einführung der Besitzstrafbarkeit auch faktisch auf die Sportler ausgedehnt würde, könnte bei Dopingmissbrauch die Tätergruppe insgesamt effektiver verfolgt werden, weil Beweismittel häufig nicht nur beim Umfeld, sondern auch beim Sportler aufzufinden sind, der bisher strafprozessual zumeist als Zeuge bzw. Dritter behandelt werden muss, bei der angestrebten Gesetzesänderung aber regelmäßig Beschuldigter wäre.

Zudem rechtfertigt ein Verdacht eines Vergehens gem. §§ 95 Abs. 1a i. V. m. 6a AMG jetziger Fassung keine Telefonüberwachung, da es sich dabei nicht um eine Straftat im Sinne des abschließenden Straftatenkatalogs des § 100a StPO handelt. Dies würde sich auch durch die Einführung einer Strafzumessungsvorschrift – eines besonders schweren Falles – oder einer Qualifikationsvorschrift mit erhöhtem Strafraum bei bandenmäßiger oder gewerbsmäßiger Begehung nicht ändern, da auch die entsprechend zu ändernde Vorschrift des § 95 Abs. 3 AMG nicht im Straftatenkatalog des § 100a StPO enthalten wäre. Sieht man von der vorgeschlagenen Aufnahme der Anabolika in BtM-Katalog gem. § 1 Abs. 2 BtMG ab, die beim Verdacht von schweren BtM-Delikten (§§ 29a ff. BtMG, s.o.) die Telekommunikationsüberwachung ermöglichen würde (§ 100a Abs. 1 Nr. 4 StPO), bedürfte es stets auch einer Änderung des Straftatenkatalogs des § 100a StPO, die von den Kritikern einer verstärkten strafrechtlichen Verfolgung des Dopings – insbesondere dem DOSB – nicht vorgeschlagen und als unverhältnismäßig abgelehnt wird⁵². Nach jetziger Rechtslage (oder bei bloßer Verschärfung der Strafen des AMG) müssten hinreichende Verdachtsmomente für das Bestehen einer kriminellen Vereinigung im Sinne des § 129 StGB (mit dem Vereinigungszweck des Inverkehrbringens etc. von Dopingmitteln) bestehen, damit wegen Dopingstraftaten überhaupt gemäß § 100a StPO die Telekommunikationsüberwachung angeordnet werden könnte (§ 100a Nr. 1 c StPO). Dazu müsste es tatsächliche Anhaltspunkte dafür geben, dass es um eine Vereinigung von mindestens 3 Personen mit einem Min-

⁵⁰ A. A.: Jahn SpuRt 2005, 146 unter Berufung auf KG, Beschl. v. 15.6.1998 – 4 Ws 143/98; die Entscheidung bezieht sich angesichts ihres Datums jedoch nicht auf Dopingstraftaten nach §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG und ist daher nicht einschlägig. Wenn es – anders als in den hier interessierenden Fällen – um Vorwürfe gem. §§ 223 ff. StGB gegen das Umfeld des (unwissenden) Sportlers wegen unfreiwilliger Beibringung geht, dann mag anderes gelten, weil die Veränderung des physischen Zustands Tatbestandsvoraussetzung ist.

⁵¹ Meyer-Goßner § 81c Randnummer 14 m.w.N.

⁵² Vgl. Jahn SpuRt 2005, 144.

destmaß an fester Organisation geht, die auf einige Dauer angelegt ist und sich nicht in der Vereinbarung eines einmaligen gemeinsamen Zwecks erschöpft und arbeitsteilig unter verbindlichen Regeln für eine gemeinsame Willensbildung tätig sind⁵³. Hierfür wird es zu Beginn eines Ermittlungsverfahrens regelmäßig nicht genügend Anhaltspunkte geben; insbesondere eine positive Probe oder der Fund von Dopingmitteln wird hierfür keinesfalls ausreichen. Es konnte aufgrund der Vorschrift des § 129 StGB - die die organisierte Kriminalität im engeren Sinne erfassen soll - bisher nur äußerst selten wegen Dopings ermittelt werden.

Die Einwände, die besonders von interessierter (Verbands-)Seite unter Effizienzgesichtspunkten gegen die Strafverfolgung von Sportlern wegen Besitzes von Dopingmitteln erhoben werden, sind inhaltlich unzutreffend oder fallen nicht entscheidend ins Gewicht:

Natürlich bedarf es im Strafrecht des ggfs. schwierigen und unter Umständen langwierigen Schuld nachweises in einem fairen Verfahren, wobei der Sportler nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ gegebenenfalls - nämlich wenn das Gericht nicht auf der Basis einer objektiv hohen Wahrscheinlichkeit⁵⁴ die volle subjektive Überzeugung von der Täterschaft gewinnen kann⁵⁵ - auch von strafrechtlich relevanten Vorwürfen freizusprechen ist. Entgegen verbreiteten Irrtümern bedeute dies jedoch nicht, dass das Gericht von der dem Angeklagten günstigsten Fallgestaltung ausgehen muss, auch wenn dafür keine Anhaltspunkte bestehen; entscheidend sind allein Zweifel, die das Gericht tatsächlich gehabt hat, nicht solche, die es nach Auffassung der Verteidigung hätte haben sollen (oder die es hätte haben können)⁵⁶. Gerade auch bei einer Situation, in der Aussage gegen Aussage steht oder nur ein Indizienbeweis geführt werden kann, muss es mithin durchaus nicht zum Freispruch kommen. Dieselben Maßstäbe gelten überdies bereits jetzt genauso für das „Umfeld“ des Sportlers - das die Verbände ja durchaus mit Strafe bedroht sehen möchten, und gegen die ein sportrechtliches Verfahren in den meisten Fällen nicht durchgeführt werden kann. Gegen den Sportler kann zudem unbeschadet des Strafverfahrens ein (regelmäßig schnelleres) sportrechtliches Verfahren parallel durchgeführt werden, in dem bereits auf der Basis positiver Doping-Tests Sperren u.a. Sanktionen ausgesprochen werden würden.

Zwar ist einzuräumen⁵⁷, dass es dem Sportler als Beschuldigten eines Besitzstrafatbestand nunmehr frei steht, von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens an zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen zu schweigen (§§ 136 Abs. 1 S. 2, 136 a Abs. 1, 163 a Abs. 3 S. 2, 243

Abs. 4 S. 1 StPO) und er im übrigen - wenn er dennoch aussagt - im Strafverfahren nicht wahrheitsgemäß aussagen muss. Hieraus ergeben sich aber praktisch kaum Verschlechterungen für die Ermittlung von Dopingstraf-taten. Schon bisher hat ein des Dopings verdächtiger Sportler im Verbandsverfahren regelmäßig geschwiegen beziehungsweise geleugnet. Im Strafverfahren bestand vor dem Hintergrund der für Zeugen bestehenden Aussage- und Wahrheitspflicht (§ 57 StPO) die Gefahr, dass sich der Sportler mit einer bestreitenden Aussage wegen Aussagedelikten (§§ 153 ff. StGB) strafbar machte, da er sich faktisch (aus taktischen Gründen) mit seiner Zeugenaussage nicht im Gegensatz zu seinen regelmäßig (abstreitenden) Aussagen gegenüber der Sportgerichtsbarkeit setzen durfte. Die Alternative bestand in der Verweigerung der Aussage im Strafverfahren und im Verbandsverfahren trotz Aussagepflicht mit der Folge ordnungsrechtlicher Sanktionen bis hin zur Erzwingungshaft (§ 70 StPO). So oder so trug ein des Dopings verdächtiger Sportler zur Aufklärung auch als Zeuge im Strafverfahren regelmäßig nichts bei. Diese allenfalls geringfügige Verschlechterung im Bereich des Personalbeweises bei Einführung der Besitzstrafbarkeit wird durch die zahlreichen Vorteile im Rahmen des Ermittlungsverfahrens bei weitem aufgehoben. Es liegt wegen dieses nur gegen den Beschuldigten verfügbaren strafprozessualen Instrumentariums deshalb fern, dass andere Mittel, die auf eine Pönalisierung des Besitzes verzichten, gleich geeignet (i. S. d. Art. 20 Abs. 3 GG) zur Bekämpfung des Dopings mittels Aufklärung und Abschreckung sind.

Dieser Befund wird aufgrund der wechselseitigen Verwertbarkeit der in parallel geführten Verfahren erzielten Beweisresultaten bestätigt:

Wenn man von sportrechtlichen - gesetzlichen und sanktionsbedrohten - erzwingbaren Mitwirkungspflichten des Sportlers ausgehen müsste (etwa die Pflichten, für Kontrollen zur Verfügung zu stehen und Blut- oder Urinproben abzugeben), und auf diesem Wege belastende Erkenntnisse anfallen, könnten diese zwar grundsätzlich im Strafverfahren u. U. von Verfassung wegen einem - von den Gerichten in Strafsachen festzustellenden bzw. gegebenenfalls durch den Gesetzgeber explizit vorzusehenden - Verwertungsverbot im Strafverfahren unterliegen⁵⁸. Dieses könnte aus dem die gesamte Rechtsordnung durchziehenden Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit („*nemo tenetur se ipsum accusare*“, vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK⁵⁹, §§ 136, 136a, 243 StPO; § 393 Abs. 2 AO) hergeleitet werden, der als Teil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 3 GG) auch verfassungsrechtlichen Rang hat.⁶⁰ Vergleichbare Probleme ergaben sich vordergründig im früheren Konkurs- bzw. heutigen Insolvenzverfahren; diesbezüglich hat das BVerfG im so genannten Gemeinschuldnerbeschluss⁶¹ entschieden, dass

⁵³ Tröndle/Fischer § 129 Rdnr. 6, 7; vgl. etwa BGH NJW 2005, 1668, 1670.

⁵⁴ BVerfG NJW 2003, 2444, 2445; Meyer-Goßner § 261 Rdnr. 2 m.w.N.

⁵⁵ BVerfG MDR 1975,468; BVerfG NJW 1988,477; 2002, 3015; BGH NStZ 2000, 498; BGH StV 2001, 666.

⁵⁶ BVerfG NJW 1988,477; BGHSt 25, 365, 367; BGH NStZ 2002, 48.

⁵⁷ Vgl. Jahn SpuRt 2005, 144.

⁵⁸ Vgl. Jahn. SpuRt 2005, 146.

⁵⁹ EGMR NJW 2002, 499.

⁶⁰ BVerfGE 56, 37; BGHSt 25, 325, 331.

⁶¹ BVerfGE 56, 37 ff; mit dieser Entsch. haben sich auch Stürner, NJW 1981, 1757 ff., und Schäfer, in: Festschr.f. Dünnebier, S. 11 ff. auseinandergesetzt.

für diejenigen Angaben, die der Gemeinschuldner kraft gesetzlicher (u.a. durch Beugehaft erzwingbarer) Aussagepflichten gemäß der damaligen Konkursordnung (KO) im Konkursverfahren machen muss, im Strafverfahren ein Beweisverwertungsverbot analog §§ 393 Abs. 2 AO, 136a Abs. 3 StPO besteht. Das BVerfG begründet das Verwertungsverbot damit, dass der Einzelne *vom Staat* grundsätzlich nicht in eine Konfliktlage gebracht werden solle, in der er sich selbst strafbarer Handlungen oder ähnlicher Verfehlungen bezichtigen muss oder in Versuchung gerät, durch Falschaussagen ein neues Delikt zu begehen, oder wegen seines Schweigens in Gefahr kommt, *Zwangsmitteln* unterworfen zu werden⁶².

Das Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren ist mit dem sport(-verbands-)rechtlichen Verfahren aber nicht vergleichbar. Anders als im Insolvenzverfahren gibt es nämlich sportrechtlich nur solche Verpflichtungen (Teilnahme an Kontrollen, Abgabe von Proben), die der Sportler durch seinen freiwilligen Beitritt zu Sportverbänden beziehungsweise durch seine freiwillige Teilnahme an Wettkämpfen und die ausdrücklich oder konkludent miterklärte Annahme der Verbandsregeln beziehungsweise Wettkampfregeln, darunter auch diejenigen, die der Dopingbekämpfung dienen, selbst nach privatrechtlichen Grundsätzen eigenverantwortlich eingegangen ist. Es gibt hingegen keine *gesetzlichen* Mitwirkungsverpflichtungen, die ihn unabhängig von seinen eigenen, frei abgegebenen (konkludenten) Willenserklärungen treffen. Schon gar nicht sind die sportrechtlichen Mitwirkungspflichten (Teilnahme an der Dopingkontrolle etc.) durch *hoheitliche, staatliche Gewalt* (Zwangsgeld, Beugehaft) erzwingbar. Gerade dies steht aber bei der Gemeinschuldner-Rechtsprechung des BVerfG (s.o.) erkennbar im Vordergrund. Die von Seiten der Sportverbände drohenden Sanktionen sind ausschließlich verbandsrechtliche, das heißt *privatrechtliche Sanktionen*, denen der Sportler durch aufgrund seiner Mitgliedschaft in seinem Verband oder seiner Wettkampfteilnahme unterliegt. Es besteht kein rechtlicher Zwang wie im Besteuerungs- oder Insolvenzverfahren, sondern allenfalls ein faktischer Druck, den sportrechtlichen Mitwirkungsobliegenheiten zu genügen. Auch letztere resultieren lediglich aus einer freiwilligen, nach h. M. zivilrechtlich wirksam abgegebenen, freiwilligen Selbstverpflichtung. Das BVerfG stellt jedoch gerade auf hoheitliche Zwangsmittel ab, die zu dem nachher strafrechtlich unverwertbaren Beweisresultat geführt haben; ein Beweisverwertungsverbot bzgl. der Beweisergebnisse des Verbandsverfahrens (insbesondere einer positiven Probe) ist daher abzulehnen. Umgekehrt ist erst recht kein Rechtsgrund ersichtlich, warum hinsichtlich der im Strafverfahren mit den bestehenden rechtsstaatlichen Garantien erlangten Beweisresultate ein Verwertungsverbot im sportrechtlichen Verfahren bestehen sollte. Vordringlich dürfte hier die Frage sein, ob, wann und inwieweit der Sportverband gemäß § 406e oder § 475 StPO Akteneinsicht erlangen kann.

Andere Maßnahmen können daher nach jetzigem Kennt-

⁶² BVerfG NJW 1997, 1841, 1843.

nisstand nicht als gegenüber der Besitzstrafbarkeit gleich geeignet angesehen werden. Diese erfüllt daher die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erforderlichkeit.

4. Gleichheitsgrundsatz (Artikel 3 Abs. 1 GG)

Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz steht der Besitzstrafbarkeit des Sportlers nicht im Wege, sondern spricht – zumindest was Anabolika betrifft – eher für diese: Artikel 3 Abs. 1 GG verbietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches ungleich⁶³ und wesentlich Ungleiches gleich⁶⁴ zu behandeln. Als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung kommt grundsätzlich jede vernünftige, sachgemäße Erwägung in Betracht⁶⁵. Angesichts der Tatsache, dass bekanntermaßen das Abhängigkeitspotential und die Gesundheitsschädlichkeit des verbotenen BtM Cannabis verhältnismäßig gering ist, kann es bei Berücksichtigung des Gesetzeszwecks des BtMG nicht überzeugen, dass Stoffe wie Anabolika, die mindestens dasselbe Abhängigkeitspotential haben und gesundheitlich weitaus schädlicher (und jedenfalls im Bereich des Sports besonders sozialgefährlich und destabilisierender) sind, nicht von der Strafdrohung sind. Zur Erinnerung sei zunächst darauf hingewiesen, dass Cannabisprodukte dem BVerfG zufolge *keine* körperliche Abhängigkeit hervorrufen⁶⁶, d.h. *keine* Entzugserscheinungen und *allenfalls eine geringfügige Tendenz* zur Erhöhung der Dosis⁶⁷. Hinsichtlich der grundsätzlichen Möglichkeit der psychischen Abhängigkeit wird das Suchtpotential von Cannabis als „*sehr gering*“ beurteilt⁶⁸. Die gesundheitlichen Schäden des mäßigen (aber regelmäßigen und dauerhaften) Cannabiskonsums werden als *eher gering* angesehen⁶⁹. Dennoch hat das BVerfG in seiner Grundsatzentscheidung deutlich gemacht, dass bereits dieses geringe Maß an Gesundheitsgefahren die Einbeziehung von Cannabis in das BtMG rechtfertigt, da jedenfalls nach dem bestehenden Erkenntnisstand nicht unbeträchtlich Gefahren und Risiken verbleiben würden, zumal Unkenntnis über die Nebenwirkungen bestehe, die aus dem Massenkonsum bzw. einem Dauergebrauch der Droge resultierten⁷⁰. Für Anabolika muss – erst recht – dasselbe gelten. Der Einwand, das Suchtpotential, dass man bei anabolen Steroiden festgestellt habe, sei weit davon entfernt, „*bei vielen Verwendern*“ ein „*unbeherrschbares Verlangen*“ nach Anabolika „*i.S. einer krankhaften Drogenabhängigkeit*“ zu begründen⁷¹ ist verfassungsrechtlich

⁶³ BVerfGE 1, 14, 52; 76, 256, 329; 78, 249, 278.

⁶⁴ BVerfGE 72, 141, 150; 84, 133, 158; 98, 365, 385.

⁶⁵ BVerfGE 90, 145, 196; 75, 108, 157; 94, 241, 260.

⁶⁶ BVerfG NJW 1994, 1580; Körner a.a.O. Anh. C 1, Rdnr. 46g; Eberth/Müller, Betäubungsmittelrecht, 4. Aufl. (2004), § 1 Rdnr. 27.

⁶⁷ BR-Drs. 665/70 (neu), S. 5 ff. zur Begründung des BtMG 1971.

⁶⁸ BVerfG NJW 1994, 1580 im Anschluss an Täschner NStZ 1993, 322, 323.

⁶⁹ BVerfG NJW 1994, 1580 m.w.N.

⁷⁰ BVerfG NJW 1994, 1579-1581 m.w.N.

⁷¹ Ahlers, Doping und strafrechtliche Verantwortlichkeit (1994), S. 218.

völlig irrelevant, wie der am Beispiel von Cannabis verdeutlichte rechtliche Maßstab des Bundesverfassungsgerichts zeigt.

Art. 3 Abs. 1 GG und die Systematik des BtMG würden eine *Doping-Besitzstrafbarkeit bzgl. anaboler Steroide ohne Einbeziehung des Sportlers* – wie gelegentlich von Sportfunktionären erwogen – kaum zulassen: Der vorsätzliche unerlaubte Besitz von Anabolika durch Sportler wäre bei deren Aufnahme in die BtM-Kataloge der Anlagen I – III grundsätzlich gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG zu bestrafen. Gäbe es – wie zur Zeit der Fall – keine explizite Vorschrift, die den Sportler selbst von der Strafbarkeit gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 3 BtMG ausnehmen würde, wäre dieser nach der Systematik und den übrigen Vorschriften des Gesetzes – das bisher keine personenbezogenen Tatbestandsausnahmen kennt – strafbar. Die Erlaubnisvorschriften (§ 3 ff. BtMG) würden jedenfalls regelmäßig nicht eingreifen. Ein Sportler würde von Seiten des Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte keine Erlaubnis zum Verkehr mit Betäubungsmitteln – hier: Anabolika – erhalten (vgl. § 3 Abs. 1, Abs. 2 BtMG). Eine Ausnahme von der Erlaubnispflicht (§ 4 BtMG) ist nicht gegeben. Die Tatbestände von § 4 Abs. 1 Nr. 3 a und Nr. 4 b BtMG, die eine Verschreibung von den in Anlage III aufgeführten Betäubungsmitteln durch Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte voraussetzen, käme praktisch nicht in Betracht, weil die durch Anabolika zu behandelnden Krankheiten bei Sportlern realistischweise nicht anzutreffen sein dürften. Der Besitz von Anabolika wäre auch bei der Absicht der bloßen Eigengebrauchs zu Dopingzwecken strafbar, weil § 29 Abs. 5 BtMG ausdrücklich festhält, dass der Richter in den Fällen des Betäubungsmittelbesitzes „*lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge*“ von der Bestrafung abgesehen kann (nicht muss). Auch die Absicht des bloßen Eigenkonsums beim unerlaubten Besitz von Betäubungsmitteln führt nach der Systematik des BtMG bisher gerade nicht zur materiellrechtlichen Entkriminalisierung des Verhaltens, sondern unter Umständen (nach Ausübung des rechtlich gebundenem Ermessens des Gerichts bzw. der Staatsanwaltschaft) zum Absehen von Strafe im Urteil (§ 29 Abs. 5 BtMG, § 60 StGB), zur Einstellung des Verfahrens ohne Sanktionen (§§ 153, 153b Abs. 1 und 2 StPO, 31a BtMG) oder gegen Auflagen (§ 153a StPO). Ein Ermittlungsverfahren kann und muss aufgrund des Legalitätsprinzips (§ 152 Abs. 2 StPO) bei Anhaltspunkten für den Besitz von BtM stets eingeleitet werden. Der Gesetzgeber des BtMG hat sich mit Zustimmung des Bundesverfassungsgerichts⁷² bei der Berücksichtigung des geringeren Schuldgehalts beim Besitz von BtM zum eigenen Konsum durchgehend für eine so genannte „prozessuale Lösung“ und gegen eine „materiell-rechtliche Lösung“ (d.h. eine echte Entkriminalisierung) entschieden (s.o.). Eine abweichende Regelung nur für Dopingmittel wäre zumindest systemwidrig.

Einfachgesetzliche, insbesondere strafrechtliche Normen stünden der Einführung einer gesetzlichen Ausnahmetatbestandes für Sportler in das BtMG oder ein anderes

Gesetz zwar nicht entgegen. Die Gestaltung der Strafrechtsordnung steht im (weiten) gesetzgeberischen Ermessen, das nur durch Verfassungsrecht begrenzt wird (s.o.). Dessen trennscharfe Formulierung im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG (s. o.) wäre aber praktisch schwierig⁷³. Auch strafrechtspolitische Gesichtspunkte sprächen eindeutig gegen eine Ausnahmeregelung: Es wäre zumindest systemwidrig, wenn man dies nur für die Gruppe der Doping besitzenden Sportler gerade umgekehrt handhaben würde.

Es wäre auch unter Gleichheitsgesichtspunkten und rechtspolitisch fragwürdig: Gerade der bewusst „dopende“ Sportler ist selbst häufig ein wesentlicher Nutznießer der regelwidrig bewirkten Leistungssteigerung, die ihm erheblichen, auch wirtschaftlichen Gewinn bringen kann. Anders als evtl. bei Gelegenheitskonsumenten von kleinen Mengen von Cannabis besteht keinerlei Anlass, ihn vor strafrechtlichen Konsequenzen seines sportrechtlich eindeutig verbotenen Tuns zu bewahren, wenn sein Umfeld – das nicht selten von ihm kontrolliert wird – sich wegen des Besitzes strafbar machen würde. Es ist zudem zu berücksichtigen, dass noch mehr als beim Cannabis-Besitz bei einer Straflosigkeit des Anabolikabesitzes aufgrund des Konkurrenzdruckes im sportlichen Wettbewerbs eine erhöhte Nachahmungsgefahr für bisher nicht dopende Sportler besteht, gerade auch wenn bekannt wird, dass der Sportler selbst verbotene Mittel besitzt; auch die Gefahr der Weitergabe von Anabolika durch einen diese Mittel benutzenden Sportler an Dritte (insbesondere Mannschaftskameraden etc.) und damit eine Gefährdung der Volksgesundheit kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, selbst wenn die Anabolika zunächst für den Eigenbedarf erworben und verwahrt wurden. Das BtMG sollte daher – u. E. zukünftig auch hinsichtlich anaboler Steroide – grundsätzlich einer jedermann erfassende Strafdrohung für den Besitz ohne personenbezogene Ausnahme enthalten.

5. Zur Einhaltung des verfassungsrechtlichen Doppelbestrafungsverbots (Art. 103 Abs. 3 GG) beim dopenden Sportler

Das verfassungsrechtliche Doppelbestrafungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG) steht auch hinsichtlich des aktiven Sportlers, der aufgrund des Besitzes oder Konsums von Dopingmitteln sportrechtlichen Verbandsstrafen unterliegt, einer zusätzlichen strafrechtlichen Ahndung derselben Tat nicht entgegen: Die Vorschrift verbietet lediglich die Verhängung von zwei Kriminalstrafen, d. h. solche der so genannten „*allgemeinen Strafgesetze*“, aufgrund desselben Sachverhalts neben einer Kriminalstrafe⁷⁴. Wie ein Disziplinarvergehen⁷⁵ betrifft ein Verstoß gegen die sportrechtlichen Dopingregeln die dem Sportler für den Wettkampf und auch sonst auferlegten Verbandsregeln, auf die er sich privatrechtlich und freiwillig verpflichtet

⁷³ Vgl. Dury SpuRt 2005, 137, 138.

⁷⁴ vgl. BVerfGE 21,383/384; 28,267/277; 43, 105.

⁷⁵ Vgl. bei Disziplinarvergehen BVerfGE 21, 384, 403/404; 29, 144; 32, 48/49.

⁷² BVerfG NJW 1994, 1583.

hat⁷⁶, mithin nur die einem bestimmten Kreis von Staatsbürgern auferlegte Ordnung. Anders als die Kriminalstrafe trifft die Verbandsstrafe (Sperr-, Disqualifikation) den dopenden Sportler nicht in seinem allgemeinen Staatsbürgerstatus, der Freiheit und dem Vermögen, sondern nur in seiner besonderen Rechtsstellung als Sportler (d. h. als Verbandsmitglied beziehungsweise Wettkampfteilnehmer)⁷⁷. Art. 103 Abs. 3 GG ist daher nicht einschlägig.

6. Zur Einhaltung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots (Artikel 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) bei sportrechtlicher und strafrechtlicher Sanktionierung des Besitzes von Dopingmitteln beim Sportler

Es kann auch nicht ernstlich davon die Rede sein, dass die Besitzstrafbarkeit abstrakt bereits gegen das Übermaßverbot und damit den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) bzw. gegen den Grundsatz des verhältnismäßigen Strafens⁷⁸ als spezielle Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes i. V. m. dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) verstoßen würden:

Zwar ist zutreffend, dass von Verfassung wegen Art und Maß der Strafe stets in einem angemessenen Verhältnis zur Schuld und zur Schwere der Tat stehen müssen⁷⁹. In diesem Zusammenhang wird gerne darauf hingewiesen, dass die von den Verbandsgerichten verhängten sportrechtlichen Sanktionen die Täter in aller Regel erheblich härter treffen würden als staatliche Strafen, die aber noch hinzutreten würden⁸⁰. Eine Bestrafung durch den Strafrichter könnte unangemessen hart sein, wenn die (aus

praktischen Gründen zumeist vorher verhängten) sportrechtlichen Sanktionen keinerlei Raum mehr für ein zusätzliches Strafbedürfnis ließen. Es bestehen aber durchgreifende Zweifel, ob die abstrakte Strafandrohung der Besitzstrafbarkeit diverser Dopingmittel gem. § 29 ff BtMG in diesem Sinne problematisch sein kann. Die Unverhältnismäßigkeit dürfte vielmehr eine Frage des *Einzelfalles* zu sein, da die Beantwortung der Frage nach einem Übermaß der Ahndung entscheidend von dem Verhältnis zwischen der *Schwere der konkret verhängten sportrechtlichen Sanktionen*, dem *Gewicht der im Raum stehenden strafrechtlichen Sanktionen* und dem *Schuldgehalt der konkreten Tat* ankommt⁸¹. Dass eine Strafandrohung gegen den Besitz von Dopingmitteln etwa nach dem BtMG allenfalls im Einzelfall, d.h. bei der konkreten Verhängung einer schuldunangemessen hohen Strafe, nicht aber abstrakt-generell unverhältnismäßig und deshalb verfassungswidrig sein kann, ergibt sich wiederum aus dem „Cannabis-Beschluss“ des BVerfG vom 9.3.1994, mit dem das Verfassungsgericht die Strafbarkeit der unerlaubten Besitzes von geringen Mengen von Cannabisprodukten zum Zwecke des eigenen Konsums (§ 29 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 BtMG) als grundsätzlich verfassungsmäßig angesehen hat⁸². Die einschlägigen Strafvorschriften des BtMG verstoßen für sich betrachtet nicht gegen das Übermaßverbot (Artikel 20 Abs. 3 GG), weil der Gesetzgeber es den Strafverfolgungsorganen und der Strafjustiz für den Einzelfall ermöglicht, durch das Absehen von Strafe (§ 29 Abs. 5 BtMG) oder von der Strafverfolgung (§§ 153 ff. StPO bzw. § 31a BtMG) einem geringen *individuellen* Unrechts- und Schuldgehalt der Tat Rechnung zu tragen⁸³.

Zudem wird für das vergleichbare Verhältnis zwischen Kriminalstrafe und Disziplinarstrafe in der Rechtsprechung nicht vertreten, dass deren Verhängung nebeneinander (bezogen auf denselben Sachverhalt) grundsätzlich unverhältnismäßig und daher unzulässig wäre. Das BVerfG hat vielmehr bereits des Öfteren entschieden, dass die doppelte Sanktionierung grundsätzlich verhältnismäßig ist⁸⁴, und das Rechtsstaatsprinzip (d. h. der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) allenfalls unter Umständen *eine gewisse Anrechnung* gebieten kann⁸⁵, regelmäßig nicht aber den völligen Verzicht auf eine Kriminal- oder eine Disziplinarstrafe.

Verfassungsrechtliche Kritik an der Doppelsanktionierung wurde überdies vorwiegend dann geübt, wenn *eine lediglich formalrechtliche Verschiedenheit* zwischen den Disziplinarstrafen und strafrechtlichen Nebenfolgen bei inhaltlicher Vergleichbarkeit gegeben war⁸⁶. Im Hinblick

⁷⁶ BGH NJW 1995, 583 ff.; auch Dury SpuRt 2005, 137, 139.

⁷⁷ Die privatrechtlich beziehungsweise vereinsrechtlich geprägte sportrechtliche Sanktion dürfte eher einer (zuvor zwischen den Parteien für einen eventuellen zukünftigen Sachverhalt frei vereinbarten) *Vertragsstrafe* als einer *staatlichen Strafe* vergleichbar sein. Mit der Unterzeichnung der Athletenvereinbarung oder dem Antrag auf Erteilung eines Startpasses akzeptieren die Sportler freiwillig den Anti-Doping-Code und alle vorgesehenen Kontrollmaßnahmen in und außerhalb der Sportstätten in der ganzen Welt (vergleiche Dury, SpuRt, 137, 139); dies ist zivilrechtlich ohne weiteres möglich und rechtlich unbedenklich; darin liegt ein *rechtsgeschäftlicher Einzelakt* (BGH NJW 1995, 583 ff.; Sportschiedsgericht des DSB, SpuRt 2004, 35, 36). Der ganze Zusammenhang ist daher im Wesentlichen *privatrechtlich* geprägt und lässt sich nicht ohne weiteres mit öffentlich-rechtlichen disziplinarrechtlichen und berufsrechtlichen Regelungen vergleichen. Insbesondere muss vor diesem Hintergrund (Privatautonomie, Satzungsautonomie) ein Mehr an Selbstständigkeit der sportrechtlichen Regelungen gegenüber staatlicher Rechtskontrolle zulässig sein.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 50, 5, 12; 50, 166, 176; 73, 206, 253f.; 86, 288, 313; 92, 277, 326 ff.; 96, 245, 249. Bei (insbesondere unverhältnismäßig langen) Freiheitsstrafen wäre zudem Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG betroffen, vgl. BVerfGE 70, 297, 311 ff. m.w.N.

⁷⁹ BVerfGE 6, 389, 439; 45, 187, 228; 50, 5, 12; 73, 203, 253; 86, 288, 313; 94, 277, 327; 95, 96, 140; Vogel StV 1996, 111, 114.

⁸⁰ Vgl. eingehend Dury, SpuRt 2005, 137, 140.

⁸¹ Vgl. BVerfGE 45, 253; Tröndle/Fischer § 46 Rdnr. 5, 6 m.w.N. zur BGH-Rspr.

⁸² BVerfG NJW 1994, 1577 ff., 1582 f = BVerfGE 90, 145, 187f.; vgl. mit derselben Stoßrichtung BVerfG NJW 1979, 1039 zur Verhältnismäßigkeit der Bestrafung des Diebstahls geringwertiger Sachen.

⁸³ BVerfG NJW 1994, 1577, Leitsatz Nr. 3.

⁸⁴ Siehe nur BVerfGE 27, 180, 187.

⁸⁵ BVerfGE 21, 378, 388-390; 28, 264, 277/278; 29, 312, 316.

⁸⁶ Vgl. Rüping in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz (Looseblatt, 45. Lieferung Oktober 1982), Artikel 103 Abs. 3 Rand-

auf das Verhältnis zwischen *Kriminalstrafe und sportrechtlicher Verbandsstrafe* ist daher zu berücksichtigen, dass die allgemeinen Grenzen für eine doppelte Sanktionierung aus dem Gedanken des Übermaßverbots heraus umso eher eine Anrechnung beziehungsweise eine Milderung der zuletzt verhängten Sanktion gebieten, je mehr die unterschiedlichen *Sanktionen nach Ziel und Art vergleichbar* sind. Es ist jedoch auf den ersten Blick erkennbar, dass die typische sportrechtliche Sanktion der (rückwirkenden) Disqualifikation oder der (zukünftigen) Sperrung für Wettkämpfe mit den Hauptsanktionen des Kriminalstrafrecht (Freiheitsstrafe und Geldstrafe, §§ 38 ff StGB) nicht vergleichbar sind und eine andere, nicht schuldangleichende (Art. 3 Abs. 1 GG, § 46 StGB) sondern ganz überwiegend präventive Funktion erfüllt. Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der Art der Strafe und nach dem Zweck der Strafe wesentlich größere Unterschiede zwischen Kriminalstrafe und Verbandsstrafe bestehen dürften, als zwischen Kriminalstrafe und Disziplinarstrafen, weshalb die doppelte Sanktionierung bei Dopingsachverhalten auf wesentlich geringere Bedenken stoßen dürfte als bei strafrechtlich relevanten Disziplinarvergehen.

Im Disziplinarrecht (und im Berufsrecht) gilt zudem im Wesentlichen wie im Strafrecht das Schuldprinzip, die Unschuldsvermutung und die wichtigsten übrigen strafprozessualen Verfahrensgarantien⁸⁷. Im Sportrecht ist dies nicht der Fall. Nach dem international geltenden WADC gilt der eingeschränkte Grundsatz der „strict liability“, wonach grundsätzlich jeder Athlet für die in seinem Körper entdeckte unerlaubte Stoffe haftet; er kann die vorhergesehenen Sanktionen besonders die (vorläufige) Verhängung einer Sperre für die Zukunft nur ausnahmsweise durch den Nachweis fehlenden Verschuldens verhindern⁸⁸. Nach deutschem Verfassungsverständnis mancher Autoren soll zwar grundsätzlich auch bei Verbandsstrafen das Verschuldensprinzip gelten⁸⁹. In der Rechtsprechung wird jedoch von jeher vertreten, dass für weniger schwerwiegende Strafen kein Verschulden nachzuweisen ist⁹⁰. Inzwischen ist h. Rspr., dass ein Athlet, wenn eine Sperre abwenden möchte, den an einen positiven Dopingbefund anknüpfenden Anscheinsbeweis für eigenes Verschulden erschüttern und die Vermutung für sein Verschulden widerlegen muss⁹¹. Für die vorläufige Sperre des Sportlers reicht regelmäßig ein positiver Dopingbefund in A- und B-Probe aus, ohne dass der Nachweis erforderlich ist, der Sportler sei für die Zuführung der Dopingmittelstoffe (zumindest fahrlässig) verantwortlich; der Gegenbeweis fehlenden Verschuldens - etwa durch ein DNA-Gutachten zur Identität der

Probe - ist nur äußerst eingeschränkt zulässig und möglich⁹². Da auch insofern keine Parallelität zum Strafverfahren ersichtlich ist, liegt eine übermäßige Belastung des Sportlers bei Durchführung beider Verfahren fern.

Für Gerichte in Strafsachen ist es zudem alltägliche Praxis, dass das Strafverfahren von Disziplinarverfahren oder sonstigen berufsrechtlichen Verfahren begleitet wird, diesen voran geht oder folgt. Gemäß § 46 Abs. 1 StGB hat die Strafjustiz die vorhersehbaren oder eingetretenen belastenden Auswirkungen derartiger anderer Verfahren, die ebenfalls auf den strafrechtlich relevanten Sachverhalt zurückzuführen sind, strafmildernd zu berücksichtigen⁹³. Bezogen auf das Verfahren der Sportgerichtsbarkeit ist daher bei der zeitlich regelmäßig nachfolgenden strafrechtlichen Entscheidung darauf zu achten, dass eine insgesamt - unter strafmildernder Berücksichtigung der sportrechtlichen Sanktionen - schuldangemessene, verhältnismäßige Strafe verhängt wird. Diese Koordinierung und Gesamtabwägung strafrechtlicher und berufsrechtlicher Sanktionen funktioniert nach der ständigen Rspr. des BGH etwa bei Beamten und Freiberuflern ohne Weiteres⁹⁴. Dass Fragen der Strafzumessung im Hinblick auf sportrechtliche Sanktionen bisher bei der Strafverfolgung von „athlete support personnel“ Probleme aufgeworfen hätten, ist nicht bekannt. Warum dies anders sein sollte, wenn zukünftig (vermehrt) auch Sportler der (staatlichen) Strafjustiz unterliegen würden, ist nicht ersichtlich. Es ist davon auszugehen, dass die deutsche Strafjustiz u. E. nur im Einzelfall theoretisch denkbare Verstöße gegen das Übermaßverbot weitestgehend vermeiden wird. In hypothetischen, zweifelhaften Einzelfällen stünde die Überprüfung durch das BVerfG offen.

II. Fazit

Nach der bisherigen Rspr. des BVerfG stehen der Einführung der Besitzstrafbarkeit für anabole Steroide durch deren Aufnahme in den Anwendungsbereich des Betäubungsmittelgesetzes (vorbehaltlich medizinisch-pharmakologischer Prüfung des Abhängigkeitspotenzials) keine verfassungsrechtlichen Hindernisse entgegen. Entsprechendes gilt für die diskutierte Besitzstrafbarkeit für sämtliche (im einzelnen gesetzlich bzw. durch statische Verweisung zu bestimmende) international anerkannte Dopingmittel nach den entsprechend umzugestaltenden Vorschriften des AMG beziehungsweise eines neu einzuführenden Anti-Doping-Gesetzes.

nummer 31 m.w.N.; Amtsverlust als strafrechtlichen Nebenfolge beziehungsweise als dienstrechtliche Maßnahme.

⁸⁷ Vgl. BVerwGE 33, 202, BVerwG NJW 2001, 3645.

⁸⁸ Dury SpuRt 2005, 137, 140.

⁸⁹ Summerer in: Fritzweiler/Pfister/Summerer, Praxishandbuch Sportrecht (1998) 2. Teil Rdnr. 263-165, Dury a. a. O. S. 140.

⁹⁰ BGHZ 29, 352; BGH NJW 1972, 1892; OLG München SpuRt 1997, 134; Summerer zur Praxis der Verbände a. a. O. Rdnr. 240 f m.w.N.

⁹¹ OLG Frankfurt NJW-RR 2000, 1120; Adolphsen SpuRt 2000, 97; Dury SpuRt 2005, 137, 140 m. w. N.

⁹² Vgl. OLG Dresden SpuRt 2004, 75; TAS/CAS, SpuRt 2005, 162; Sportschiedsgericht Frankfurt a.M. SpuRt 2004, 35.

⁹³ Tröndle/Fischer, § 46a Rn. 34 a.

⁹⁴ Vgl. BGH, Urt. v. 16. Dezember 1987 - 2 StR 527/87, in: BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall; vgl. auch BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1985 - 2 StR 403/85.

Die „Online-Durchsuchung“.

Technischer Hintergrund des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme

Von Ulf Buermeyer, Berlin *

Der Beschluss des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs zur sogenannten „Online-Durchsuchung“¹ hat ein lebhaftes Echo gefunden: Während einige der deutlichen Erinnerung des *Senats* an die eingriffsbegrenzende Funktion des Gesetzesvorbehalts für grundrechtsrelevante Ermittlungshandlungen zustimmten, forderten andere, die für das Strafverfahren bisher fehlende formalgesetzliche Grundlage einer solchen Maßnahme baldmöglichst zu schaffen.

Anders als die engagiert geführte Diskussion in Rechtswissenschaft und Politik vermuten ließe, handelt es sich bei „der“ Online-Durchsuchung jedoch *nicht* um eine klar definierte Ermittlungsmaßnahme. Selbst in der bislang noch recht übersichtlichen Rechtsprechung finden sich unterschiedliche - intendierte oder angeordnete - Eingriffe.² Der folgende Beitrag möchte zur Begriffsklärung beitragen und darstellen, warum es bei der zutreffender als **Online-Überwachung** zu bezeichnenden³ Maßnahme aus tatsächlicher Sicht geht. Dazu wird zunächst die Terminologie vorgestellt, die zur Kennzeichnung der allgegenwärtigen - illegalen - Angriffe verwandt wird, mit denen EDV-Anwender konfrontiert werden. Was ist eigentlich genau ein „Sniffer“ oder ein „Root-Kit“?

Daran anknüpfend wird gegenübergestellt, welche Erkenntnismöglichkeiten sich den Ermittlungsbehörden bereits heute durch Überwachung des Internet-Verkehrs und Auswertung einer beschlagnahmten EDV-Anlage bieten und welche technischen und ermittlungstaktischen Vorteile eine Online-Überwachung bieten könnte. Dabei wird zwischen den unterschiedlichen Zugriffsformen zu differenzieren sein, die derzeit unter diesem allzu vagen Begriff diskutiert werden: Welche Zugriffe waren im zuletzt vom 3. Strafsenat des BGH entschiedenen Fall beabsichtigt, liegen anderen Entscheidungen zugrunde

* Der Verfasser ist Redakteur der HRRS und Richter in Berlin, wo er am Amtsgericht Tiergarten als Strafrichter und Ermittlungsrichter tätig ist. An der Universität Leipzig arbeitete er von 1999 bis 2003 als Netzwerk-Administrator in einer gemischten Windows-Linux-Umgebung.

¹ BGH StB 18/06 – Beschluss des 3. Strafsenats vom 31. Januar 2007 (HRRS 2007 Nr. 197).

² Vgl. dazu unten unter C.

³ Zutreffend betonte die Bundesministerin der Justiz, Zypries, in ihrer Rede vom 13. Februar 2007 zur Eröffnung des 10. Europäischen Polizeikongresses, diese Maßnahme habe „mit dem, was wir in Deutschland unter Durchsuchung verstehen, [...] nichts zu tun“, vgl. <http://www.bmj.bund.de>.

oder wären technisch denkbar?

In einem separaten Beitrag wird dargestellt werden, welche verfassungsrechtlichen Vorgaben nach der Rechtsprechung des BVerfG zu beachten sein werden, falls sich der Gesetzgeber zu einer gesetzlichen Regelung entschließen sollte. Doch auch wenn es zu einer solchen Normierung der Online-Überwachung nicht kommen sollte, ist der verfassungsrechtliche Hintergrund von Bedeutung. Es handelt sich dabei nämlich keineswegs um – atonale? – Zukunftsmusik: Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber hat im Dezember 2006 in einer mit heißer Nadel gestrickten⁴ und auch in der Fachöffentlichkeit bisher recht wenig beachteten⁵ Novelle des Verfassungsschutzgesetzes⁶ eine Eingriffsgrundlage geschaffen. Zwei Verfassungsbeschwerden,⁷ die sich unmittelbar gegen dieses Änderungsgesetz richten, sind seit Februar bzw. März 2007 beim BVerfG anhängig; das Gericht hat sie „zugestellt“.⁸

A. Die Welt der Viren – Überblick über die Rechtswirklichkeit des illegalen Fernzugriffs auf Computersysteme

Bereits das vielzitierte Schlagwort vom „Bundestrojaner“ als Spitznamen für ein derzeit in Entwicklung befindliches Computerprogramm⁹ zum staatlichen Fernzugriff auf EDV-Anlagen macht deutlich, dass die Ermittlungsbehörden hier technisch betrachtet kein Neuland betreten: Angriffe durch „Trojaner“ sind jedenfalls für Nutzer von Rechnern mit dem Betriebssystem *Microsoft Windows*

⁴ Zwischen der 1. und der 3. Lesung des Gesetzes vergingen keine vier Monate. Trotz umfangreicher gutachterlicher Stellungnahmen im Rahmen eines Anhörungsverfahrens empfahl der Hauptausschuss des Landtages mit den Stimmen der Düsseldorfiger Regierungsfractionen, den Gesetzentwurf ohne eine einzige Änderung anzunehmen, vgl. LT-Drucksache NRW Nr. 14/3045 vom 30. November 2006.

⁵ Vgl. aber jüngst *Hornung* CR 2007, 144; *Rux* JZ 2007, 285, 287.

⁶ GVBl. NRW 2006 Seite 620.

⁷ Die Redaktion der HRRS stellt den Text der Verfassungsbeschwerdeschriften und einige Materialien zum Gesetzgebungsverfahren im Rahmen einer Prozessdokumentation zur Verfügung.

⁸ D.h. den im Verfassungsbeschwerdeverfahren Äußerungsberechtigten (vgl. § 94 Abs. 1 und 4 i.V.m. § 77 BVerfGG) Gelegenheit zur Äußerung gegeben. Wenn dem auch keine Präjudizwirkung zukommt, so ist der Zustellung nach den Usancen des Gerichts zu entnehmen, dass es die Verfassungsbeschwerden jedenfalls nicht für offensichtlich unbegründet hält.

⁹ Die Existenz eines solchen Projekts beim Bundeskriminalamt folgt aus den Antworten der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der F.D.P., BT-Drucksache 16/3972, Seite 2 sowie der Fraktion Die Linke, BT-Drucksache 16/3973, Seite 3. Aus letzterer Antwort ergibt sich weiter, dass der „einmalige“ Investitionsaufwand rund 200.000 Euro betragen werde. In der Antwort der Bundesregierung (BT-Drucksache 16/4997) auf eine Nachfrage der Fraktion der F.D.P. (BT-Drucksache 16/4795) werden weitere Details geschildert.

alltägliche Realität.¹⁰ Daher lohnt sich ein kurzer Blick auf den gegenwärtigen Stand der Technik auf der dunklen Seite des Internet: Was zu missbräuchlichen Zwecken technisch möglich ist, könnte auch auf gesetzlicher Grundlage zu hoheitlichen Zwecken eingesetzt werden.

1. Überblick über den Datenaustausch im Internet

Die Diskussion um die Online-Überwachung setzt ein grundsätzliches Verständnis der Datenübertragung im Internet voraus, die wie folgt zusammenzufassen ist:

Um mit einem Rechner „ins Netz“ zu gehen, ist zunächst ein Anschluss an das Internet nötig. Von praktischer Bedeutung sind heute vor allem sogenannte DSL¹¹-Zugänge, der Zugang über das Mobilfunknetz (insbesondere per *UMTS*) und immer noch die Einwahl über das klassische Telefonnetz mit einem sogenannten Modem. Diesen Zugangsformen ist bei allen Unterschieden vor allem bei den Kosten und der Geschwindigkeit der Übertragung gemeinsam, dass sie zunächst nur den Datenaustausch zwischen der Anlage des Benutzers und der Infrastruktur des Zugangsanbieters (des „*Access-Providers*“ oder kurz „*Providers*“) herstellen. Über diese provider-eigene Hardware werden die Daten aus dem weltweiten Netz an den Nutzer weitergereicht und umgekehrt. Aus rechtlicher Sicht ist dabei vor allem bedeutsam, dass der gesamte Datenverkehr des Nutzers außerhalb seiner Einflussosphäre an einem Punkt – nämlich beim Provider – „mitgeschnitten“ werden kann.

Sobald ein Rechner die Verbindung zur Infrastruktur des Providers herstellt, wird ihm eine sogenannte IP¹²-Adresse zugeteilt. Jedes System – oder auch jeder „Host“, wie ein Rechner im Netz bezeichnet wird – benötigt eine solche Adresse, um über das Internet Daten austauschen zu können, da allein aufgrund der IP-Adresse Absender und Empfänger der Daten bestimmt werden. Diese Adressierung ist deshalb so wichtig, weil im Internet im Gegensatz etwa zum klassischen Telefonnetz keine „Leitungen“ unmittelbar zwischen den kommunizierenden Systemen geschaltet werden. Internet-

¹⁰ Der Beitrag konzentriert sich im Folgenden auf die Situation unter dem Betriebssystem *Microsoft Windows*. Dies beruht darauf, dass Benutzer der Betriebssysteme *Linux* und *MacOS* mit Viren kaum konfrontiert sind. Ausschlaggebend hierfür sind neben der weiten Verbreitung von *Windows*-Systemen, die sie für Viren-Programmierer besonders attraktiv machen, vor allem die Sicherheitskonzepte von *Linux* und *MacOS*. Beispielweise arbeiten unter *Windows* bis zur Version *XP* sehr viele Anwender dauerhaft mit vollen Zugriffsrechten („Administrator-Rechten“), was einem Virus ebenfalls die Möglichkeit eröffnet, das infizierte System vollständig unter seine Kontrolle zu bringen. Dies ist bei *Linux* und *MacOS* (das seit Version *X* ebenfalls zur Familie der UNIX-artigen Systeme gehört) anders: Hier arbeiten Benutzer mit eingeschränkten Rechten, sodass auch Viren in diesem Kontext zumindest weit weniger Schaden anrichten können. Eine ähnliche Funktion enthält der *XP*-Nachfolger *Windows Vista*.

¹¹ *Digital Subscriber Line* - Digitale Teilnehmeranschlussleitung.

¹² *Internet Protocol*.

Verbindungen sind vielmehr virtuell: Daten aus verschiedensten Kommunikationsvorgängen teilen sich dieselben Leitungswege; allein über die Adressierung der Daten lassen sie sich bestimmten Empfängern zuordnen. Die Informationen werden dabei zum Transport im Internet in relativ kleine „Pakete“ von rund 1.500 Zeichen aufgeteilt, von denen jedes unabhängig von den anderen übertragen wird; man spricht daher von einer „paketorientierten“ Datenübertragung.

Schließlich ist aus Sicht der EDV-Sicherheit von Bedeutung, dass ein Rechner die an seine IP-Adresse gerichteten Datenpakete prinzipbedingt zunächst empfangen *muss* – man kann im Internet „nicht nicht kommunizieren“. Eine andere Frage ist, inwieweit ein einmal empfangenes Paket auch inhaltlich ausgewertet, ausdrücklich (d.h. unter Mitteilung an den Empfänger) abgelehnt oder stillschweigend verworfen wird.

2. Viren, Trojanische Pferde und Trojaner

Unerwünschte Eindringlinge plagten bereits in den 80er-Jahren die Nutzer des damals weit verbreiteten Home-Computers „Commodore 64“ und Anwender der ersten PCs. Die schon damals gängige Bezeichnung unerwünschter Schadprogramme als „Viren“ beruht auf einer Analogie zu den gleichnamigen Krankheitserregern: Ebenso wie diese sind auch Computer-Viren zu ihrer Verbreitung auf „Wirte“ angewiesen, nämlich die betroffenen Computersysteme, auf denen sie sich verbreiten. Und ebenso wie die Krankheitserreger übernehmen auch Computerviren die Kontrolle über den „Wirt“ und missbrauchen ihn zu ihrer eigenen Reproduktion. Die Bezeichnung „Virus“ als Oberbegriff für verschiedenste Schadprogramme hat sich bis heute gehalten, geändert haben sich jedoch ebenso die Funktionsweise wie die Art der Weiterverbreitung.

Als „Trojanische Pferde“ – bzw. kurz, wenn auch historisch unzutreffend,¹³ als „Trojaner“ – bezeichnete die EDV-Fachwelt ursprünglich Programme, die neben ihrer offen erkennbaren Funktion noch eine versteckte, regelmäßig vom Anwender nicht gewünschte Aufgabe erfüllen. Inzwischen ist die Bedeutung des Begriffs diffuser geworden, sodass er oft synonym mit der Bezeichnung „Virus“ als generelle Bezeichnung für einen Eindringling verwandt wird.

3. Verbreitungsformen von Schadsoftware

Während in den 80er und 90er Jahren zunächst die Weitergabe von infizierten Disketten die entscheidende Rolle bei der Verbreitung von Viren spielte, führte der Siegeszug des Internet ab Mitte der 90er Jahre zu einer nahezu

¹³ Das namensgebende Trojanische Pferd wurde nach *Homer* (*Odysee*, 8. Lied, Vers 493 ff.) von den Griechen zur Eroberung Trojas eingesetzt, sodass die Kurzbezeichnung „Trojaner“ das mythische Geschehen streng genommen auf den Kopf stellt: Der Computer-„Trojaner“ ist schließlich eher einem griechischen Angreifer vergleichbar als einem überlisteten Einwohner Trojas.

vollständigen Umstellung der Viren-Programmierer auf die Infektion über Netzwerke. Viren, die sich auf diese Weise verbreiten, werden auch „Würmer“ oder „Internet-Würmer“ genannt. Hier dominieren zwei Formen:

a) Verbreitung als Dateianhang einer eMail

Die weitaus meisten Schadsoftware-Programme setzen auf die Weitergabe als Dateianhang in einer eMail. Dazu enthalten die Viren-Programme eine Funktion, die den befallenen Rechner zum Versand von eMails nutzt, die wiederum das Virus transportieren. Typischerweise durchsuchen Viren das befallene System nach eMail-Adressbüchern und versenden sich wahllos an alle gefundenen Adressen unter einem zufällig gewählten Absender aus dem lokalen Adressbestand. Dies führt zu der besonders gefährlichen Erscheinung, dass infektiöse eMails häufig vorgeben, von einem bekannten Absender zu stammen.

Dieses vertrauenserrückende Mimikry weist auf die zentrale „Schwachstelle“ des Verbreitungswegs eMail aus der Sicht des Virus-Programmierers hin: In der Regel¹⁴ führt der bloße Empfang einer infektiösen Botschaft selbst noch nicht zum Befall des Systems des Empfängers. Vielmehr muss er dazu den Anhang öffnen, was typischerweise einen „Doppelklick“ mit der Maus erfordert. Aus der Sicht des Virus-Programmierers gilt es also, die – hoffentlich vorhandene – gesunde Skepsis des Empfängers gegenüber versandten Dateien zu überwinden und ihn zum Öffnen des Anhangs zu verleiten. Dazu setzen Viren-Programmierer vielfältige Tricks ein. Derzeit beliebt sind etwa angebliche Rechnungs-eMails mit horrenden Forderungen, wozu sich Details im Anhang finden sollen. Wer hier seiner Neugier nachgibt, wie es zu einer so hohen Forderung kommen mag, hat schon verloren, es sei denn, ein leistungsfähiger Virens Scanner ist installiert, der vor allem aktuell genug ist, um den Eindringling in letzter Sekunde zu erkennen und unschädlich zu machen.

b) Verbreitung unter Ausnutzung von Sicherheitslücken des Systems

Einige wenige, dafür aber umso gefährlichere Schadprogramme benötigen keinen eMail-Verkehr, sondern nutzen Programmierfehler der EDV-Systeme aus, um diese zu infizieren, während sie mit dem Internet verbunden sind. Daraufhin übernimmt die eingedrungene Software

¹⁴ In bestimmten Fällen genügt dagegen bereits das bloße Anzeigen einer infektiösen Mail in dem Programm *Outlook* der Firma *Microsoft*: Intern greift *Outlook* zur Anzeige von eMails mit HTML-Code auf Funktionen des WWW-Browsers *Internet Explorer* zurück und übernimmt damit viele Sicherheitslücken dieses Programms. Diese wiegen beim Anzeigen von eMails umso schwerer, weil die infektiösen Botschaften ohne Zutun des Empfängers in seinem Posteingang eintreffen und angezeigt werden, während er eine infektiöse Webseiten ja erst einmal von Hand aufrufen müsste. Ein Beispiel für diese Angriffstechnik ist der Wurm *Bagle.Q*; nähere Einzelheiten finden sich unter <http://www.heise.de/newsticker/meldung/45716>.

die Kontrolle über das befallene System und versucht, von dort aus weitere zufällig ausgewählte Rechner über das Internet zu infizieren.

Zwar ist die Zahl der Sicherheitslücken, die sich als Einfallstor eignen, nur begrenzt. Andererseits muss der Benutzer zur Infektion – anders als regelmäßig¹⁵ bei Viren in eMail-Anhängen – nicht überlistet werden. Wird daher in interessierten Kreisen eine solche Lücke bekannt und reagiert der Anbieter der lückenhaften Software nicht schnell genug, so führt dies typischerweise zu sehr hohen Infektionsraten binnen kurzer Zeit und mitunter wegen des zusätzlichen Datenverkehrs zu deutlichen Störungen des Internet.

Ein Beispiel für einen besonders „erfolgreichen“ Wurm ist „*Sasser*“, der die Netzgemeinschaft im Sommer 2004 heimsuchte¹⁶ und einige Millionen *Windows*-Rechner infizierte. Bei *Sasser* führt der bloße Empfang eines einzigen Datenpakets, das an eine bestimmte Schnittstelle des Zielrechners gerichtet ist, aufgrund eines Fehlers des Betriebssystems *Windows* zur Ausführung eines winzigen Schadprogramms, das in dem zugesandten Datenpaket enthalten ist. Einmal gestartet, lädt es den eigentlichen Virus-Code vom Absender des infektiösen Datenpakets herunter und führt ihn aus. Unmittelbar nach der Infektion beginnt der angegriffene Rechner seinerseits damit, zufällig ausgewählte andere Hosts zu infizieren, indem er ihnen ein infektiöses Datenpaket zusendet und den eigentlichen Virus-Code zum Abruf bereitstellt, sodass es binnen Minuten zu einem Lawineneffekt mit zahllosen Neuinfektionen ungeschützter *Windows*-Rechner kommt.

4. Typische Schadfunktionen

Schließlich soll an dieser Stelle noch ein kurzer Überblick über typische Schadfunktionen heutiger Schadsoftware – in jüngerer Zeit in Anlehnung an den Begriff „Software“ für Computerprogramme auch als „Malware“ bezeichnet – gegeben werden.

Aus der Sicht eines Virus-Programmierers grundlegend ist die möglichst weite Verbreitung seines Schadprogramms. Bis etwa zum Jahr 2000 wurden Viren überhaupt nur um dieses Selbstzwecks willen entwickelt und enthielten darüber hinaus keine oder nur „kosmetische“ Funktionen, wie etwa der Wurm „*Win32.Melting*“, der den Bildschirminhalt scheinbar wie Raclettekäse schmelzen ließ, sodass er am unteren Bildschirmrand „zusammenfloss“.¹⁷ Auch heute noch enthalten praktisch alle

¹⁵ Zur Ausnahme vgl. obige Fußnote.

¹⁶ Eine detaillierte Funktionsbeschreibung findet sich auf den Seiten des *Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik* unter <http://www.bsi.de/av/vb/sasser.htm>. Der für *Sasser* verantwortliche Programmierer wurde vom Landgericht Verden – Jugendkammer – im Juli 2005 zu einer Jugendstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde; vgl. die Pressemitteilung auf <http://www.landgericht-verden.niedersachsen.de>.

¹⁷ Nähere Beschreibung unter <http://www.viruslist.com/>

aktuellen Viren eine Funktion zur automatischen Weiterverbreitung. Dabei ist zunächst kein Schaden für den Inhaber des Wirtssystems beabsichtigt, sodass die Reproduktionsfunktion nicht als Schadfunktion im engeren Sinne zu bezeichnen ist. Allerdings sind „Kollateralschäden“ denkbar, etwa wenn der Internet-Zugang nach übertragener Datenmenge abgerechnet wird, sodass versandte Virus-Kopien unmittelbar zu Buche schlagen, oder indem die Bandbreite des Netzzugangs durch das Senden zahlloser virenverseuchter eMails verstopft wird.

a) Sniffer / Keylogger

Die ersten Viren, die nicht nur verbreitet werden sollten, sondern darüber hinaus einen weiteren Zweck verfolgten, brachten einen sogenannten „Sniffer“¹⁸ oder auch „Keylogger“¹⁹ mit, d.h. eine Funktion, die jede auf der Tastatur gedrückte Taste erfasste und die so gesammelten Daten dem Autor des Virus zusandte oder ihm zum Abruf zur Verfügung stellte.²⁰ Auf diese Weise – so die Intention des Urhebers – können u.a. Zugangsdaten (Benutzernamen und Passwörter) mitgeschnitten und missbraucht werden, etwa um unter fremdem Namen betrügerische Auktionen auf der Handelsplattform *eBay* durchzuführen. Zugleich können Passwörter mitgelesen werden, die der Benutzer eingibt, um z.B. auf durch Verschlüsselung besonders geschützte Dateien zuzugreifen.²¹

b) Backdoors

Heutige Würmer enthalten häufig eine Komponente, die es dem Autor ermöglicht, den befallenen Rechner „fern-zusteuern“; sie bieten also eine „Backdoor“, eine Hintertür zu dem befallenen System. Eine grundlegende Funktion dieses Schleichweges besteht darin, dem Angreifer über das Internet vollen Zugriff auf die gespeicherten Daten zu gewähren, gerade so, als säße er vor dem angegriffenen Rechner. Die Möglichkeiten des Missbrauchs sind mannigfaltig – man denke nur an Kreditkartendaten oder Zugangscodes zu kostenpflichtigen Online-Angeboten, die auf dem Rechner möglicherweise gespeichert sind.

Ein weiterer typischer Anwendungszweck von „Backdoors“ ist das Nachladen neuer Komponenten je nach Bedarf des Angreifers. Aktuelle Viren sind regelmäßig modular aufgebaut, wobei eine Komponente für die Infektion und Reproduktion zuständig ist, während weitere Komponenten – aus der Sicht des Viren-Programmierers die eigentliche „Nutzlast“ – erst nach der Infektion aus

dem Internet heruntergeladen werden.²² Auf diese Weise lässt sich die Flexibilität einer Schadsoftware steigern, weil lediglich die Programmteile zur Verbreitung nach der Freisetzung des Schädling fest definiert sind, während die darüber hinausgehenden Funktionen beliebig geändert werden können. Der einmal von einem Virus befallene Rechner verwandelt sich so zum äußerst praktischen, ganz nach Bedarf zu missbrauchenden „Nutztier“. Eine Gruppe parallel ferngesteuerter Rechner wird als „Bot-Netz“ bezeichnet, deren Mitgliederzahl bisweilen einige Tausend erreicht.

In der Praxis werden befallene Rechner häufig zum massenhaften Versand von Werbe-eMails (sogenannter „Spam-eMails“) genutzt, indem ihnen über eine Hintertür „Versandaufträge“ erteilt werden. Ein anderes reales Einsatzszenario sind sogenannte „DDOS“-Angriffe.²³ Ein Bot-Netz, also eine Vielzahl infizierter Rechner, wird zeitgleich über die jeweilige „Backdoor“ veranlasst, auf denselben Internet-Server zuzugreifen, etwa durch den Abruf einer Webseite. Die schiere Masse tausender gleichzeitiger Anfragen lässt den betroffenen Server schließlich zusammenbrechen oder beeinträchtigt zumindest seine vorgesehene Nutzung erheblich. Damit lassen sich unliebsame Internet-Seiten – etwa von Antivirus-Herstellern – vorübergehend faktisch lahm legen oder auch Schutzgelder von den Betreibern kommerzieller Internet-Angebote erpressen, die einen verlustträchtigen Ausfall ihrer Seite unbedingt vermeiden wollen.

c) Rootkits

In jüngerer Zeit haben einige Virenautoren ihre Programme mit einer besonders perfiden Technik ausgestattet, damit die Schädlinge nur schwer entdeckt und beseitigt werden können: Sie nutzen sogenannte „Rootkit“²⁴-Techniken. Damit werden Methoden bezeichnet, mit denen das Betriebssystem so manipuliert wird, dass bestimmte Dateien und aktive Programme dem Benutzer gar nicht mehr angezeigt werden. Er mag also sein Dateisystem manuell oder mittels einer Antivirus-Software durchsuchen, soviel er mag – der Virus ist sowohl im Hauptspeicher als auch auf den Datenträgern schlicht unsichtbar geworden. Für besonderes Aufsehen sorgten vor einiger Zeit Versuche von Unternehmen der Unterhaltungsindustrie,²⁵ die PCs ihrer Kunden ungefragt und verschleiert mittels Rootkit-Technologie so zu manipu-

²² Vgl. auch *Schmidt*, „Bundestrojaner: Geht was – was geht“, <http://www.heise.de/security/artikel/86415>.

²³ *Distributed denial of service* – sinngemäß: verteilter Angriff mit dem Ziel der Leistungsverweigerung.

²⁴ „Rootkit“ – sinngemäß: Handwerkszeug des Systemverwalters. Ursprünglich bezeichnete dieser Terminus bestimmte Methoden, um einen Einbruch in ein Serversystem unter den Betriebssystemen *Unix* bzw. *Linux* zu verschleiern, indem der Angreifer sich zunächst die Zugriffsrechte des Systemverwalters („root“) verschafft und sodann ein aus bestimmten Programmen bestehendes Handwerkszeug – also ein „kit“ – verwendet, um sich selbst unsichtbar zu machen.

²⁵ Nämlich die Firmen *Sony* *BMG* (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/65602>) und *Kinowelt* (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/71115>).

[en/VirusList.html?page=0&mode=1&id=3930&key=00001000130000100011](http://www.heise.de/newsticker/meldung/65602).

¹⁸ Sinngemäß: Schnüffler.

¹⁹ Sinngemäß: Tastendruck-Protokollierer.

²⁰ Vgl. auch *Borges* NJW 2005, 3313, 3314 zum Mitschneiden von PIN und TAN mittels eines Keyloggers.

²¹ Einen Beschluss eines Ermittlungsrichters zum Einsatz eines Keyloggers im Rahmen eines Ermittlungsverfahrens auf der Grundlage der §§ 102, 105 Abs. 1 StPO (!) erwähnen *Jahn/Kudlich* JR 2007, 57, 58.

lieren, dass Kopien von CDs und DVDs verhindert werden sollten.

5. Schutzkonzepte von Virensclannern

Wichtig ist schließlich ein grundlegendes Verständnis der Technik von Antivirus-Software. Aktuelle Programme können sowohl Dateien beim Lesen oder Schreiben seitens des Benutzers auf Viren prüfen (sog. *On-Access-Scan*²⁶) als auch im Hintergrund Hauptspeicher und Medien nach dort gespeicherten Schädlingen durchsuchen. Dabei verfolgen sie eine doppelte Strategie, um Schadsoftware zu erkennen:

Zum einen stützen sie sich auf sogenannte *Signaturen*. Dies sind Kurzbeschreibungen typischer Kennzeichen von Virusdateien, in etwa vergleichbar ihrem Fingerabdruck. Findet die Antivirus-Software beim Zugriff auf eine Datei eine Zeichenfolge, die ihr als Virensignatur bekannt ist, schlägt sie Alarm. Schwäche dieser Erkennungsmethode ist jedoch, dass sie ein Virus grundsätzlich nur dann erkennen kann, wenn die passende Signatur vorliegt. Dies setzt voraus, dass der Hersteller des Virensclanners bereits eine Signatur erstellt und der Nutzer sie heruntergeladen und eingespielt hat.

Zum anderen versuchen Antiviren-Programme, Viren anhand eines typischen Verhaltens, insbesondere typischer Anweisungen im Programmcode zu erkennen (sogenannte *heuristische Verfahren*). Die Heuristik hat den Vorteil, dass sie möglicherweise auch neue, unbekannte Viren anhand verdächtigen Verhaltens erkennen kann. Andererseits ist die Einschätzung eines Programms als „gut“ oder „böse“ relativ heikel: Eine Sicherheitssoftware, die häufig Fehlalarme produziert, wird irgendwann nicht mehr ernstgenommen; lässt sie aber aufgrund großzügiger Prüfung Viren passieren, vermittelt sie eine gefährliche, weil trügerische Sicherheit.

B. Erweiterte Möglichkeiten der verdeckten Online-Überwachung im Gegensatz zu klassischen Ermittlungsmethoden

Auch nach bisheriger Rechtslage stellt eine EDV-Anlage aus der Sicht der Ermittlungsbehörden keine *terra incognita* dar. So unterliegen die Computeranlagen selbst – die sogenannte Hardware – ebenso der Sicherstellung und Beschlagnahme wie externe Speichermedien, etwa CD-ROMs oder DVDs.²⁷ Datenträger – interne, vor allem Festplatten, ebenso wie externe – können gem. § 110 Abs. 1 StPO („Durchsicht von Papieren“) ausgelesen und auf verfahrensrelevanten Inhalt hin analysiert werden.²⁸ Der Datenaustausch eines Rechners über das Internet kann als Telekommunikation gem. § 100a StPO über-

wacht werden.²⁹ Doch stoßen diese Ermittlungsmaßnahmen an spezifische Grenzen.

1. Grenzen der Erkenntnisgewinnung bei der „klassischen“ Durchsuchung

a) Ermittlungstaktische Nachteile

Die physische Beschlagnahme des Computers setzt eine klassische Durchsuchung voraus. Diese ist gem. § 106 StPO eine offene Maßnahme, wie der BGH gerade mit seinem Beschluss zur „Online-Durchsuchung“³⁰ bekräftigt hat. Der Betroffene erfährt also vom Zugriff und damit von dem geführten Ermittlungsverfahren. Aus ermittlungstaktischer Sicht kann dies Nachteile haben, weil dadurch oftmals weitere Ermittlungsansätze verloren gehen werden,³¹ etwa indem Kontakte zu noch unbekanntem Mittätern abgebrochen werden oder indem Dritte Gelegenheit erhalten, Beweismittel zu vernichten.

b) Momentaufnahme des Systems ohne die Inhalte des Hauptspeichers

Naturgemäß kann das System nach dem Zugriff der Ermittlungsbehörden nicht mehr im laufenden Betrieb beobachtet, sondern lediglich ein bestimmter Endzustand der Datenträger analysiert werden. Ein Speichermedium bleibt dabei der Beweisgewinnung vollständig entzogen: Der Arbeitsspeicher des Systems (auch Hauptspeicher oder RAM genannt) wird beim Abschalten der Stromversorgung irreversibel gelöscht.³²

Allerdings erscheint eher zweifelhaft, von welchem praktischen Nutzen der Zugriff auf den Arbeitsspeicher tatsächlich wäre, da praktisch alle auf einem Rechner verarbeiteten Informationen früher oder später ihren Weg auf die Festplatte finden. Eine Ausnahme mag für Passwörter gelten. Doch wäre es ein grober Designfehler einer Verschlüsselungssoftware, einmal eingegebene Passwörter im Klartext im Arbeitsspeicher zu halten. Daher kann ein solcher Fund im Arbeitsspeicher allenfalls als seltenes Glück, kaum aber als ernsthafter Ermittlungsansatz angesehen werden kann. Dies gilt zumal angesichts der Größenverhältnisse: Sucht man auf einem Rechner, der heute typischerweise mehr als 500 Millionen Zeichen³³ im Hauptspeicher fassen kann, nach einem vielleicht ein Dutzend Zeichen langen Passwort, so gleicht dies der Suche nach der sprichwörtlichen Nadel im Heuhaufen.

²⁹ KK-Nack, 5. Auflage 2003, § 100a StPO Rn. 6; Einzelheiten regeln § 110 TKG und § 9 Abs. 2 TKÜV.

³⁰ Vgl. oben Fußnote 1.

³¹ Vgl. Hofmann NSTZ 2005, 121, 121 und die Stellungnahme des Bundesministers des Innern unter http://www.bmi.bund.de/Internet/Content/Nachrichten/Pressemitteilungen/2007/02/BGH__Urteil.html.

³² Darauf verweist etwa das Bundesministerium des Innern auf Seite 4 der Antwort (BT-Drucksache 16/4997) auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der F.D.P. vom 21. März 2007 (BT-Drucksache 16/4795).

³³ Entsprechend 512 MByte.

²⁶ *On access* – beim Zugriff.

²⁷ BVerfG 2 BvR 1027/02 – Beschluss vom 12. April 2005, HRRS 2005 Nr. 549; KK-Nack, 5. Auflage 2003, § 94 StPO Rn. 4.

²⁸ BVerfG a.a.O.; KK-Nack, 5. Auflage 2003, § 110 StPO Rn. 2; BGH – Ermittlungsrichter – 1 BGs 186/06, Nichtabhilfebeschluss vom 28. November 2006.

c) gelöschte Dateien

Ein Problem für die Ermittlungsbehörden stellen vom Betroffenen³⁴ einmal angelegte, aber bereits wieder gelöschte Dateien dar. Zwar kann deren Inhalt unter optimalen Bedingungen rekonstruiert werden, wenn der – unbedarfte – Anwender eine Datei nur mit den Mitteln des Betriebssystems „löscht“.³⁵ In diesem Falle werden nämlich nicht die Dateiinhalte als solche von der Festplatte entfernt, sondern nur der sogenannte Directory-Eintrag, d.h. der Hinweis in Datenstrukturen des Betriebssystems, dass ein bestimmter Bereich der Festplatte einer Datei unter einem bestimmten Namen zugeordnet ist – vergleichbar etwa einer Karteikarte im Katalog einer Bibliothek, die den Standplatz eines Bandes im Regal angibt. Die gezielte Suche nach „gelöschten“ Dateien ist bereits kriminalistische Praxis und führt bisweilen zu bemerkenswerten Erfolgen.³⁶

Allerdings werden die ehemals bereits gelöschten Dateien zugeordneten Festplattenbereiche vom Betriebssystem als frei angesehen und früher oder später mit neuen Inhalten überschrieben, was die Rekonstruktion nahezu³⁷ unmöglich macht. EDV-gewandte und zugleich auf Geheimhaltung bedachte Benutzer werden zudem spezielle Löscho-Programme einsetzen,³⁸ die die Inhalte einer zu löschenden Datei auf dem Datenträger unwiederbringlich überschreiben.

d) externe Datenspeicher

Soweit Daten auf externen Speichern abgelegt sind – etwa auf bestimmten Servern im Internet – können sie naturgemäß auf einem beschlagnahmten Rechner nicht gefunden und ausgewertet werden. Zum Zugriff sind regelmäßig Benutzernamen und Passwort notwendig. Der Einsatz solcher Server erfordert kein besonderes Fachwissen, lässt sich aber auf dem Rechner, von dem aus darauf zugegriffen wird, kaum nachweisen. Daher stellen

³⁴ Der Begriff wird hier und im Folgenden untechnisch verwendet; gemeint ist nicht derjenige, gegen den sich ein Verfahren nach dem OWiG richtet, sondern jeder, der von hoheitlichem Zugriff auf eine von ihm eingesetzte EDV-Anlage berührt ist.

³⁵ Vgl. BVerfG 2 BvR 2099/04 – Urteil vom 2. März 2006 – „Heidelberger Richter“, HRRS 2006 Nr. 235, Rn. 79; ebenso die Einschätzung des Bundesministerium des Innern auf Seite 4 der Antwort (BT-Drucksache 16/4997) auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der F.D.P. vom 21. März 2007 (BT-Drucksache 16/4795).

³⁶ So hat das BKA in einer Kopie der Festplatte eines Rechners, der im Libanon bei dem Beschuldigten *Jihad Hamad* – mutmaßlich einem der Kölner „Kofferbomber“ – beschlagnahmt und den deutschen Behörden übergeben wurde, „gelöschte“ Pläne zum Bombenbau rekonstruieren können, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 8. März 2007, Seite 7.

³⁷ Zur Problematik, Inhalte magnetischer Datenträger unwiederbringlich zu löschen, vgl. *Gutmann*, Secure Deletion of Data from Magnetic and Solid-State Memory, Proceedings of the Sixth USENIX Security Symposium 1996.

³⁸ Etwa die freie Software *Eraser*, vgl. <http://www.heidi.ie/eraser>, die ebenfalls auf den Erkenntnisse von *Gutmann* (vgl. vorige Fußnote) aufbaut.

externe Speicher auch in der Ermittlungspraxis bereits ein Problem dar.³⁹

e) Einsatz von Verschlüsselungssoftware

Zudem kann der Zugriff der Ermittlungsbehörden auf gespeicherte Daten durch den Einsatz geeigneter Verschlüsselungssoftware erheblich erschwert und – bei Verwendung entsprechend starker Software und geeigneter Passwörter⁴⁰ – auch gänzlich vereitelt werden.⁴¹ So bieten Windows-Betriebssysteme ab der Version *Windows 2000* die Verschlüsselung ganzer Festplatten⁴² an – der Zugriff ist dann nur möglich, wenn sich ein Benutzer mit seinem Benutzernamen und Passwort am System angemeldet hat, der als zugriffsberechtigt erkannt wird. Ein systemübergreifendes Beispiel ist das Programm *TrueCrypt*⁴³, das derzeit⁴⁴ unter *Microsoft Windows* und *Linux* lauffähig ist und sowohl ganze Festplatten⁴⁵ verschlüsseln als auch „virtuelle Laufwerke“ zur Verfügung stellen kann. „Virtuelle Laufwerke“ werden technisch betrachtet in normalen Dateien abgelegt, erscheinen dem Anwender jedoch unter *Windows* wie ein „normales“ Laufwerk, d.h. können unter einem Laufwerksbuchstaben genau wie z.B. eine Festplatte oder eine CD-ROM angesprochen werden. *TrueCrypt* bietet verschiedene Verschlüsselungsalgorithmen an, die bei richtiger Wahl des Passworts in realistischen Zeiträumen nach gegenwärtigem Stand der EDV-Technik nicht zu „knacken“ sind.⁴⁶

2. Grenzen der Telekommunikationsüberwachung

Auch die Überwachung des Internet-Verkehrs als Telekommunikation gem. § 100a StPO kann bestimmte Inhalte systembedingt nicht erfassen.

³⁹ Darauf wies auch der Präsident des BKA, *Ziercke*, auf der Jahrespressekonferenz seiner Behörde hin, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/86887>.

⁴⁰ D.h. solcher, die in keinem Lexikon enthalten sind, weil sonst bloßes automatisches Ausprobieren anhand im Internet frei verfügbarer Wortlisten genügt (sogenannte *brute-force*-Angriffe), sondern die aus einer möglichst langen Kombination augenscheinlich sinnloser Buchstaben, Ziffern und sonstigen Zeichen bestehen.

⁴¹ So auch die Einschätzung des Präsidenten des BKA, *Ziercke*, in seiner Rede auf dem 10. Europäischen Polizeikongress, abzurufen unter http://bka.de/pressemitteilungen/hintergrund/vortraege/070213_rede_pr_europ_polizeikongress.pdf, dort Seite 11.

⁴² Genauer: von Partitionen, die mit dem Dateisystem NTFS verwaltet werden. Partitionen sind logische Verwaltungseinheiten einer physikalischen Festplatte. Als NTFS wird der Nachfolger des Dateisystems FAT bezeichnet, das die Firma *Seattle Computer Products* 1980 einführt und das die Firma *Microsoft* mit ihrem Betriebssystem *MS-DOS* weltbekannt machte. Auch *Microsoft Windows* setzte lange auf FAT und kann bis heute Datenträger unter FAT verwalten.

⁴³ Vgl. <http://www.truecrypt.org>.

⁴⁴ Unterstützung für MacOS X ist geplant, vgl. <http://www.truecrypt.org/future.php>.

⁴⁵ Wiederum genauer: Partitionen einer physikalischen Festplatte, vgl. oben Fußnote 42.

⁴⁶ Vgl. hierzu auch *Rux* JZ 2007, 285, 286.

a) verschlüsselte Übertragungskanäle

Durch eine Anordnung gem. §§ 100a, 100b StPO können Internet-Zugangsanbieter verpflichtet werden, an der Überwachung des Internet-Verkehrs des Betroffenen mitzuwirken. Technisch werden dabei alle Daten in unsortierter Form zur Verfügung gestellt, die über die Internetverbindung des Betroffenen empfangen oder gesendet werden. Zwar ist es technisch mit einigem Aufwand möglich, die abgegriffenen Rohdaten wieder einzelnen Kommunikationsvorgängen – etwa dem Abruf einer WWW-Seite – zuzuordnen. Allerdings sind die Daten aus der Sicht der Ermittlungsbehörden praktisch wertlos, wenn der Benutzer eine verschlüsselte Verbindung genutzt hat, etwa zu einer WWW-Seite, die das Protokoll HTTPS einsetzt. Denn die eingesetzten Verschlüsselungsverfahren gelten nach gegenwärtigem Stand der Mathematik als nicht zu brechen.

Ein alltägliches Beispiel für den Einsatz verschlüsselter Kommunikation im Internet ist der schlichte Abruf einer Seite für das *Online-Banking*. Naturgemäß haben Bank und Kunde ein Interesse daran, dass niemand die übertragenen Daten „unterwegs“ abhören kann, und setzen entsprechend starke Verschlüsselungsverfahren ein. Damit aber lässt sich mit der Überwachung der Telekommunikation lediglich noch ermitteln, dass zwischen dem Rechner des Betroffenen und dem Server der Bank eine Kommunikation stattgefunden hat. Welche Daten jedoch ausgetauscht wurden, bleibt unbekannt. Vergleichbare Verschlüsselungsverfahren existieren für alle Internet-Protokolle.⁴⁷

b) Internet-Telefonie

Seit einigen Jahren werden Computer zunehmend für Zwecke der Telefonie über das Internet genutzt. Dazu werden verschiedene sogenannte VoIP⁴⁸-Verfahren eingesetzt. Je nach verwandter Software ist es technisch nicht möglich, den VoIP-Telefonie-Verkehr auf der Strecke zwischen den beteiligten Rechnern abzuhören. Auch in diesem Fall laufen Eingriffsbefugnisse wie § 100a StPO derzeit faktisch leer, wenn die Kommunikationspartner gewisse „Sicherheitsvorkehrungen“ treffen. Dazu genügt es, die weit verbreitete und kostenfreie Software *Skype*⁴⁹ zu nutzen. Für dieses Programm werden bereits handyähnliche Geräte angeboten, die nicht

⁴⁷ HTTPS statt HTTP für WWW-Seiten, SCP oder SFTP statt FTP zum Dateitransfer, SSH statt Telnet für den Terminalzugriff, TLS oder SSL statt SMTP für den Mailversand, I-MAPS oder POP3S zum Abrufen von eMails.

⁴⁸ *Voice over IP* – Übermittlung von Sprache über das Internet-Protokoll.

⁴⁹ Das Verbindungsprotokoll von *Skype* ist nicht öffentlich dokumentiert, sodass eine unabhängige Evaluation nicht möglich ist. Die Verfahren, mit denen die Verbindung zwischen den beteiligten Rechnern nach Herstellerangaben verschlüsselt wird, gelten jedoch ebenfalls als gegenwärtig nicht in realistischen Zeiträumen zu „knacken“. Denkbar wäre allenfalls, dass der Hersteller eine Hintertür - für wen auch immer - vorsieht.

einmal mehr einen Computer benötigen.⁵⁰

3. Vorteile der Online-Überwachung

Demgegenüber bietet der heimliche Zugriff auf eine EDV-Anlage über das Internet aus Sicht der Ermittlungsbehörden verschiedene Vorteile. Dabei sind unterschiedliche Formen des Zugriffs denkbar: In der denkbar mildesten Form der Online-Überwachung wird von außen auf das Dateisystem des betroffenen Computers zugegriffen, um einmal eine Kopie sämtlicher Datenträger oder bestimmter Teile hiervon herzustellen (unten a). In einer weitergehenden Form der Online-Überwachung wäre denkbar, das Dateisystem zunächst ebenfalls zu kopieren, sodann aber auf mögliche Änderungen hin zu überwachen und so einen Einblick in die Aktivitäten des Anwenders zu gewinnen (b). Schließlich wäre als wesentlich weitergehender Eingriff auch ein Vollzugriff auf den Rechner möglich, der eine Reihe von Einblicken eröffnet (c).

a) einmaliger Zugriff auf das Dateisystem – Suche nach Dateien und „Daten-Spiegelung“

Der einmalige Zugriff auf die gespeicherten Daten – ob in Form der Suche nach bestimmten Dateien oder in Form der Kopie eines Datenträgers, der sogenannten *Spiegelung* – kommt der klassischen Beschlagnahme und Auswertung eines Rechners am nächsten: Hier wie dort steht der Ermittler eine Momentaufnahme der EDV-Anlage zur Verfügung.

Dennoch bietet bereits die einmalige Kopie eines Teils der gespeicherten Daten oder der gesamten Datenträger erhebliche technische Vorteile. Von besonderer praktischer Bedeutung dürfte sein, dass die Durchsuchung des laufenden Rechners einen Zugriff bieten kann, der demjenigen des am Rechner arbeitenden Anwenders entspricht. Damit behindert der Einsatz von Verschlüsselungssoftware die Ermittlungen nicht mehr oder zumindest deutlich weniger: Die Verschlüsselung mittels NTFS wird komplett umgangen, da der Zugriff nach der Anmeldung des Benutzers an seinem Rechner für ihn und alle aktiven Programme – und damit auch das staatliche Durchsuchungsprogramm – freigeschaltet wird. Setzt der Anwender andere Verschlüsselungstechnologien ein, hängt es vom Zufall ab, in welchem Umfang er während des Zeitraums der Spiegelung den Zugriff durch Eingabe des Passworts freischaltet.

b) kontinuierliche Überwachung des Dateisystems – „Daten-Monitoring“

Hängt der konkrete Erkenntnisgewinn bei der einmaligen *Spiegelung* der Festplatte noch vom Zeitpunkt des Zugriffs ab, so kann bei kontinuierlicher Überwachung der gespeicherten Daten, bei der jede einzelne Änderung mitgeschnitten wird („*Monitoring*“), auf die Hilfe von

⁵⁰ <http://www.wifi-info.de/category/wlan-handy>.

„Kommissar Zufall“ verzichtet werden: Auch wenn Teile der Festplatte verschlüsselt sein mögen, so wird der überwachte Anwender früher oder später den Zugriff „freischalten“, etwa indem er sein Passwort eingibt, um mit den verschlüsselten Daten arbeiten zu können. Damit wird zugleich dem staatlichen Überwachungsprogramm die Möglichkeit eröffnet, die entschlüsselten Daten zu spiegeln. Bei genügend langer Überwachung des Rechners kann daher mit großer Wahrscheinlichkeit ein komplettes Abbild aller gespeicherten Daten einschließlich der verschlüsselten oder sonst besonders gesicherten Daten gewonnen werden.

Hinzu kommt, dass beim *Monitoring* auch die Inhalte von Dateien „mitgeschnitten“ werden können, die nur für begrenzte Zeit gespeichert werden. Relevant kann dies zum einen werden, wenn der betroffene Nutzer Daten bewusst löscht. Zum anderen legen Internet-Browser⁵¹ regelmäßig einen sog. *Cache*-Speicher einer bestimmten Größe an, in dem sie die Inhalte der zuletzt aufgerufenen Internet-Seiten hinterlegen und dabei ältere Inhalte löschen, um Platz für die neuen zu schaffen. Aus den so gespeicherten Daten lässt sich relativ mühelos das WWW-Nutzungsverhalten rekonstruieren. Auch bei der *Spiegelung* (vgl. oben a) werden zwar die letzten besuchten Seiten erfasst. Wird aber das *Cache*-Verzeichnis über längere Zeiträume überwacht, so ergibt sich auch bei der bloßen Online-Überwachung mittels *Monitoring* ein ebenso detailliertes Profil der Internet-Nutzung des Betroffenen, als wenn der Datenverkehr von und ins Internet unmittelbar – etwa gem. § 100a StPO – beim Zugangsprovider mitgeschnitten worden wäre. Soweit der Datenverkehr verschlüsselt ablief,⁵² können die Ermittlungsbehörden überhaupt *nur* mittels Zugriffs auf einen der beiden Endpunkte der Kommunikation Kenntnis von den übermittelten Inhalten nehmen, während ein Zugriff auf der Internet-Strecke – also praktisch beim Zugangsprovider – lediglich unverständliche verschlüsselte Daten liefern würde. Soweit es um die Kenntnisnahme bestimmter Inhalte der Kommunikation via Internet geht, ist damit die Online-Überwachung in der Form des *Monitoring* wesentlich eingriffsintensiver als eine Überwachung der Telekommunikation.

Analog gilt dies für den eMail-Verkehr: Alle gängigen eMail-Programme⁵³ legen heruntergeladene eMail-Nachrichten auf dem Rechner des Anwenders in bestimmten Dateien ab. Erfasst das *Monitoring* im Rahmen einer Online-Überwachung diese Dateien, so ergibt sich daraus ein komplettes Abbild aller empfangenen eMail-Botschaften, und zwar auch derer, die der Benutzer inzwischen längst gelöscht hat.

Da bei einer kontinuierlichen Online-Überwachung in Form des *Monitoring* auch solche Dateien erfasst werden, die der Betroffene nach dem Beginn des *Monitoring*

⁵¹ D.h. Programme zum Betrachten von WWW-Seiten, die gängigsten Beispiele sind *Internet Explorer*, *Opera* und *Mozilla*.

⁵² Vgl. dazu oben B 2. a)

⁵³ Etwa das Programm *Microsoft Outlook* oder die weit verbreitete freie Alternative *Thunderbird*.

wieder gelöscht hat und die daher von einer *Spiegelung* gerade nicht erfasst wären, verliert der Betroffene insoweit die Hoheit über den Bestand seiner Daten.

c) Weitere Zugriffsformen

Neben den gespeicherten Dateien können aus technischer Sicht noch wesentlich mehr Informationen von einem Computersystem aus der Ferne abgerufen werden. Es drängen sich verschiedene Szenarien auf:

aa) Keylogging

Als relativ schlichte Funktion würde es sich anbieten, einen „Bundestrojaner“ mit einer Funktion auszustatten, die in der Tradition der *Sniffer/Keylogger* sämtliche Tastatureingaben mitschneidet. Auf diese Weise könnten eingegebene Passwörter mitgelesen werden, sodass beispielsweise auf verschlüsselte Daten auf der Festplatte oder auf externe Speicher im Internet⁵⁴ mit den Zugangsdaten des Betroffenen zugegriffen werden könnte.

bb) Mitschneiden von Internet-Telefonie

Vor dem Hintergrund, dass Internet-Telefonie unter Einsatz bestimmter Technologie derzeit nicht auf der Übertragungsstrecke abzuhören ist, könnte aus der Sicht der Ermittlungsbehörden ein Bedürfnis entstehen, stattdessen einen der beteiligten Rechner „anzuzapfen“.⁵⁵ Denn dort werden die Audio-Daten notwendigerweise von der Telefoniesoftware in entschlüsselter Form wieder an das Betriebssystem zur Ausgabe über Lautsprecher oder Kopfhörer übergeben. Dass das Mitschneiden auf einem der beteiligten Rechner technisch keine besondere Herausforderung darstellt, zeigen Programme wie *TotalRecorder*⁵⁶, die in der Lage sind, jeden Ton mitzuschneiden und zu speichern, der von einem *Windows*-Rechner ausgegeben wird. Was sich speichern lässt, kann jedoch ebenso gut in Echtzeit an einen Rechner z.B. des Bundeskriminalamts über das Internet zur dortigen Aufzeichnung übertragen werden.

cc) Aktivieren von Mikrofon und Kamera

Praktisch alle heute gängigen Laptops haben ein eingebautes Mikrofon, leistungsfähigere Modelle bringen oftmals auch eine eingebaute Kamera (eine sogenannte „Webcam“) mit. Aber auch an viele ortsgebundene Rechner sind Mikrofone und Kameras angeschlossen. Aus technischer Sicht ist es kein Problem, diese Aufnahmevorrichtungen aus der Ferne zu aktivieren und die

⁵⁴ Hierzu erläuterte der Präsident des BKA, *Ziercke*, dass Täter ihre „Daten oft sogar ganz in die Weiten des World Wide Web ausgelagert“ hätten, sodass die Polizei „den Schlüssel zu diesem Versteck [...] nur durch die Online-Durchsuchung“ finden könne, vgl. *tageszeitung* vom 26. März 2007, Seite 6.

⁵⁵ So auch *Ziercke* (vgl. vorige Fußnote) in einer Diskussionsveranstaltung im Deutschen Bundestag, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/87421>.

⁵⁶ <http://www.totalrecorder.com>.

aufgenommenen Audio- und Video-Daten an Ermittlungsbehörden zu übertragen. Der Anwender würde in diesem Falle unfreiwillig selbst die Geräte stellen, mit denen gegen ihn eine akustische und optische (Wohnraum-)Überwachung durchgeführt wird - also ein kumulierter großer Lausch- und Spähangriff über das Internet.

dd) Fernsteuerung des Rechners

Über eine hoheitliche „Backdoor“ können schließlich auch alle übrigen Funktionen des Rechners benutzt werden, die einem Benutzer offen stehen, der unmittelbar am Gerät arbeitet. Dies könnte realisiert werden, indem die dortige Bildschirmausgabe über die Überwachungssoftware an die Ermittlungsbehörden übertragen wird, während Tastatureingaben und Mausebewegungen in umgekehrter Richtung, also aus der Ferne, auf den überwachten Rechner übertragen werden. Technisch ist auch dies Alltag – jeder Rechner unter *Windows XP Professional* bietet beispielsweise die Funktion „*Remote-Desktopverbindung*“⁵⁷, die genau dies leistet. Damit wäre es etwa möglich, anstelle des Benutzers den Abruf von eMails auf seinen Rechner zu veranlassen, um sie von dort zu kopieren. Insgesamt werden hier die Grenzen zwischen der bloßen Überwachung und der Manipulation des Rechners des Betroffenen fließend.

C. Kasuistik bisheriger „Online-Durchsuchungen“

Die bisher im Rahmen von Strafverfahren beantragten Online-Überwachungen sind soweit ersichtlich entweder bereits nicht genehmigt oder später aus tatsächlichen Gründen nicht ausgeführt worden. Auch der Bundesregierung waren im Dezember 2006 keine durchgeführten Online-Überwachungen – weder zu repressiven noch präventiven Zwecken – bekannt⁵⁸. Allerdings lässt sich den veröffentlichten Entscheidungen folgendes entnehmen:

1. Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH vom 31. Juli 1995

Bereits vor fast zwölf Jahren erging ein Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH⁵⁹, der einen heimlichen Fernzugriff auf eine *Mailbox* zuließ:

„In dem Ermittlungsverfahren gegen X. wegen Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung u. a. wird gemäß §§ 100a Satz 1 Nr. 1c und Nr. 2, Satz 2, 100b Abs. 1, 103

⁵⁷ Unter Start / Programme / Zubehör / Kommunikation.

⁵⁸ Antwort der Bundesregierung vom 22. Dezember 2007 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der F.D.P., BT-Drucksache 16/3972, Seite 3; vgl. zum Ermittlungsverfahren auch die Antwort der Bundesregierung vom 22. Dezember 2007 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drucksache 16/3973, Seite 1 sowie zur Gefahrenabwehr a.a.O. Seite 2.

⁵⁹ BGH 1 BGs 625/95 – Beschluss vom 21. Februar 1995 = NJW 1997, 1934.

Abs. 1 Satz 1, 169 Abs. 1 Satz 2 StPO

I. die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs bezüglich der Telefonanschlüsse X.

II. der einmalige Zugriff auf die Daten, die in den unter den genannten Anschlüssen erreichbaren Mailboxen gespeichert sind, soweit diese Daten X. betreffen, angeordnet.

Die Frist zu Ziff. I. beginnt mit dem Tag der Schaltung.“

Mit den bei einer Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen Zugangsdaten des Beschuldigten, einem mutmaßlichen Mitglied der Bremer „*Antiimperialistischen Zellen*“, sollte dessen elektronisches Postfach „durchsucht“ werden. Der Sache nach ging es dabei also um eine teilweise *Spiegelung*, allerdings gerade nicht über eine „Hintertür“ zu der *Mailbox*, sondern mit dem elektronischen „Schlüssel“ des Beschuldigten. Damit betrifft der Beschluss, der im Zusammenhang der „Online-Durchsuchung“ bisweilen zitiert wird,⁶⁰ jedenfalls aus tatsächlicher Sicht eine andere Konstellation.⁶¹

2. Beschluss des Ermittlungsrichters des BGH vom 21. Februar 2006

Durch Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs vom 21. Februar 2006 wurde

„1. gemäß §§ 102, 105 Abs. 1, 169 Abs. 1 Satz 2 StPO die Durchsuchung des von dem Beschuldigten ... benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Dateien, angeordnet.

2. Zur verdeckten Ausführung dieser Maßnahme wird den Ermittlungsbehörden gestattet, ein hierfür konzipiertes Computerprogramm von außen auf dem Computer des Beschuldigten zu installieren, um die auf den Speichermedien des Computers abgelegten Daten zu kopieren und zum Zwecke der Durchsicht an die Ermittlungsbehörden zu übertragen.“⁶²

Dem Tenor des Beschlusses ist nicht zu entnehmen, ob eine einmalige Spiegelung des Datenbestandes (oben a) oder ein längerfristiges Monitoring (oben b) gestattet werden sollte. Aus den Gründen ergibt sich jedoch, dass der Generalbundesanwalt nur „einen einmaligen Online-Zugriff“ - also eine Spiegelung - beantragt hatte⁶³. Dennoch ordnete der Ermittlungsrichter – also *ultra petita*⁶⁴ –

⁶⁰ *Störing*, c` t 5/2007, 58, 59.

⁶¹ Vgl. zu den hier aufgeworfenen Rechtsfragen BVerfG 2 BvR 902/06 – Beschluss (einstweilige Anordnung) vom 29. Juni 2006 m. Anm. *Schlegel* HRRS 2007, 44.

⁶² BGH 3 StB 31/06, Beschluss vom 22. Februar 2006 – juris.

⁶³ A.a.O. unter II. 3. b) ee) am Ende; irreführend ist hier, dass der folgende Abschnitt ebenfalls als ee) bezeichnet ist.

⁶⁴ Wobei ersichtlich kein Fall des § 165 StPO vorlag.

an, dass auch ein mehrmaliger Zugriff gestattet sei, nämlich solange, bis der gesamte Datenbestand abgegriffen sei, da sich dies als „rechtlich unselbständige, von der richterlichen Anordnung gedeckte Fortsetzung einer begonnenen, einheitlichen Durchsuchungsaktion“ darstelle⁶⁵; eine zeitliche Begrenzung des wiederholten Zugriffs sieht der Beschluss nicht vor. Letztlich wurde die gestattete Maßnahme aber aus tatsächlichen Gründen nicht ausgeführt.⁶⁶

3. Beschlüsse des Ermittlungsrichters des BGH vom 25. und 28. November 2006 sowie des 3. Strafsenats vom 31. Januar 2007

Nach dem Tenor des Beschlusses vom 25. November 2006 hatte die Generalbundesanwältin beantragt,

„gemäß §§ 102, 105 Abs. 1, 169 Abs. 1 Satz 2 StPO die Durchsuchung des von dem Beschuldigten

...

benutzten Personalcomputers/Laptops, insbesondere der auf der Festplatte und im Arbeitsspeicher abgelegten Dateien, insbesondere nach

- Dateien, die Hinweise ...
- gesendeten oder empfangenen E-Mails in diesem Zusammenhang,
- Text- oder sonstige Dateien mit Bezug zu ...“

anzuordnen. Den Gründen lassen sich keine weitergehenden Angaben zur vorgesehenen Maßnahme entnehmen. Demnach ist von einer Online-Durchsicht der Datenträger ähnlich dem Fall des § 110 StPO und Kopie der für relevant erachteten Dateien auszugehen, wobei wiederum nicht deutlich wird, ob beides einmalig oder in Form eines *Monitoring* vorgesehen war.

D. Technische Umsetzung der Online-Fernüberwachung

Die oben aufgezeigten Zugriffswege mögen verlockend erscheinen – zunächst aber müsste ein entsprechendes Programm in den Rechner eingeschleust werden. Hierzu bieten sich wiederum verschiedene Verfahren an.

1. Möglichkeiten der Infiltration

a) Ausnutzen bekannter Sicherheitslücken

Zum einen könnte ein „Bundestrojaner“ versuchen, bekannte Sicherheitslücken auszunutzen, um von außen in ein Computersystem eingeschleust zu werden. Dieses

⁶⁵ A.a.O unter 3. d).

⁶⁶ So jedenfalls die vorsichtige Antwort („nach Informationen der Bundesregierung“) vom 22. Dezember 2007 auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der FDP, BT-Drucksache 16/3972, Seite 3. Deutlicher („wurde nicht durchgeführt“) fällt die Antwort der Bundesregierung vom selben Tage auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke, BT-Drucksache 16/3973, Seite 2 aus.

Verfahren brächte jedoch erhebliche Nachteile mit sich. So ist die Zahl der bekannten Sicherheitslücken begrenzt. Außerdem bemühen sich die Software-Anbieter, bekannt gewordene Lücken möglichst umgehend zu schließen. Demnach müsste eine entsprechende Überwachungssoftware ständig aktualisiert werden, was einen ganz erheblichen Aufwand bedeuten würde.

b) Ausnutzen einer für hoheitliche Zwecke vorgesehenen „Bundes-Backdoor“

Diskutiert wurde im Zusammenhang mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs die Möglichkeit, Software-Anbieter zu verpflichten, in jedem Betriebssystem eine Schnittstelle vorzusehen, über die Hoheitsträger unerkannt Zugriff auf Computersysteme erlangen können.

Dieser Weg erscheint jedoch aus mehreren Gründen praktisch kaum gangbar. Zum einen würde es Jahre dauern, bis alle EDV-Systeme auf ein neues, entsprechend eingerichtetes Betriebssystem umgestellt wären. Außerdem läge ein Missbrauch nahe: Wer könnte sicherstellen, dass eine „Bundes-Backdoor“ nicht ihrerseits eine Schwachstelle enthielte, die sich nichthoheitliche Software zunutze machen könnte, um in Computersysteme einzudringen? Schließlich existieren nicht nur Betriebssysteme großer Softwarehersteller wie *Windows* von *Microsoft* oder *MacOS* der Firma *Apple*, sondern auch eine Vielzahl freier Kreationen auf der Basis von *Linux* oder dem ebenfalls *Unix*-ähnlichen *FreeBSD*. Deren weltweit vernetzt arbeitende Autoren fühlen sich typischerweise dem Datenschutz und dem Schutz der Privatsphäre besonders verpflichtet, sodass es faktisch als ausgeschlossen gelten kann, dass sie einer gesetzlichen Verpflichtung in der Bundesrepublik nachkämen, ihre Systeme mit einer Hintertür auszustatten. Solange aber praxistaugliche Betriebssysteme existieren, die keine Hintertür enthalten, dürfte eine entsprechende Regelung leer laufen: Eine Online-Überwachung, die sich schon durch Einsatz bestimmter Betriebssysteme umgehen ließe, würde sich selbst *ad absurdum* führen. Das Bundesministerium des Innern teilte schließlich auf eine Kleine Anfrage der Fraktion der F.D.P. im Deutschen Bundestag⁶⁷ mit, dass die Schaffung von Sicherheitslücken nicht geplant sei.⁶⁸

c) Manipulation der Internet-Infrastruktur

Schließlich wird über eine dritte Methode zur Infiltration spekuliert,⁶⁹ um eine staatliche Überwachungssoftware unbemerkt aufzuspielen, nämlich über den unbemerkten Austausch von Dateien, die der Nutzer selbst herunterlädt. Das Szenario geht davon aus, dass jeder Anwender früher oder später eine ausführbare Datei aus dem Netz laden wird – sei es ein Update für den Virensch scanner, eine

⁶⁷ BT-Drucksache 16/4795 vom 21. März 2007.

⁶⁸ BT-Drucksache 16/4995, Seite 2.

⁶⁹ Vgl. die Stellungnahme des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein unter <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20070402-online-durchsuchung.htm>.

neue Software oder auch eines der vielen Updates für das Betriebssystem selbst, die die Firma *Microsoft* nahezu täglich bereitstellt. Schiebt man ihm nun anstelle der eigentlich gewünschten Datei einen staatlicherseits um das Überwachungsprogramm erweiterten „Zwilling“ unter, so wird er die heruntergeladene Datei ausführen und dabei unbemerkt zugleich den „Bundestrojaner“ einspielen.

Aus technischer Sicht stellt dies keine besondere Herausforderung dar – die unbemerkte Umleitung von Internet-Verkehr und das gezielte Austauschen von Dateien sind Standardverfahren. Wer etwa schon einmal per *UMTS* über ein Mobilfunknetz online war, wird vielleicht die schlechte Qualität von Grafiken im WWW-Browser bemerken: Sie beruht darauf, dass die Mobilfunknetzbetreiber die vom Nutzer angeforderten und aus dem Internet eintreffenden Bilddateien stillschweigend vor der Weiterleitung an den mobilen Surfer komprimieren, um Übertragungskapazität zu sparen. Dies geht allerdings mit einem deutlichen Qualitätsverlust einher, der dem aufmerksamen Nutzer in Auge springt.

Auf ähnlichen Techniken beruht die Weiterleitung, die man beim Einbuchen in kommerzielle WLANs (drahtlose Funknetze) – etwa in vielen Hotels und neuerdings auch in manchen ICE-Zügen zwischen Köln und Frankfurt am Main – mitunter beobachtet: Auch wenn man *Google* oder *Spiegel online* als Startseite im Browser definiert hat, erscheint dort zunächst völlig ungefragt eine Seite des WLAN-Betreibers, auf der der Nutzer freundlich, aber bestimmt gebeten wird, sich kostenpflichtig anzumelden. Anstelle einer Umleitung von einer Webseite auf eine andere wäre natürlich auch der Verweis auf eine mit einem „Bundestrojaner“ angereicherte Datei statt der vom Betroffenen eigentlich angeforderten möglich.

Vorteil dieser Infiltrationsmethode wäre, dass sie sich automatisieren und per Fernzugriff der Ermittlungsbehörden auf die Infrastruktur des Providers kurzfristig aktivieren ließe. Auch die Inanspruchnahme der Provider zur Mitwirkung an der Überwachung des Netzverkehrs ist bereits gängige Praxis: Seit 2005 verpflichtet sie etwa die Telekommunikations-Überwachungs-Verordnung (TKÜV)⁷⁰ in Verbindung mit einer dazu aufgrund einer Ermächtigung in § 11 TKÜV ergangenen Technischen Richtlinie,⁷¹ Standardschnittstellen zur Ausleitung bestimmter Daten an die Strafverfolgungsbehörden bereitzustellen. Es bleibt also abzuwarten, ob sich eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage in einem etwaigen Entwurf eines Online-Überwachungs-Gesetzes finden werden.

⁷⁰ Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (Telekommunikations-Überwachungsverordnung – TKÜV) vom 3. November 2005, BGBl. I Seite 3136.

⁷¹ Technische Richtlinie zur Umsetzung gesetzlicher Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (TR-TKÜ) der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, derzeit Version 5.0 vom Dezember 2006.

Demgegenüber bleibt aber zu bedenken, dass auch diese Infiltrationsmethode trotz ihrer Komplexität leicht zu umgehen ist: Wer auf das Herunterladen ausführbarer Dateien verzichtet oder konsequent auf verschlüsselte Übertragungen und Vergleich der verwendeten Zertifikate setzt, dem kann keine manipulierte Datei untergeschoben werden. Außergewöhnlichen technischen Sachverständer erfordert beides nicht.

d) „social engineering“

Als realistische Möglichkeit, um einen „Bundestrojaner“ anzuwenden, erscheint daher vor allem das Aufspielen durch den Nutzer selbst, indem ihm in bewährter Manier heutiger Viren eine infektiöse Datei per Mail zugespielt wird, oder durch einen Dritten, der Zugriff auf die zu überwachende EDV-Anlage hat. Beides setzt ebenfalls einige Nachlässigkeit beim Betroffenen voraus – er müsste entweder per Mail empfangene Dateien unbesehen ausführen oder Dritten Zugriff auf den eigenen Rechner gewähren. Einen wirklich zuverlässigen Weg zur Infiltration stellt auch dies nicht dar.

2. Technische Grenzen der Online-Überwachung

Neben den beschriebenen Schwierigkeiten bei der Installation einer staatlichen Überwachungssoftware stößt die „Online-Durchsuchung“ auch dann noch auf erhebliche technische Probleme, wenn die Installation einmal gelungen sein sollte. An dieser Stelle kann nur auf die augenfälligsten hingewiesen werden.

a) Abhängigkeit von der Internet-Verbindung

Eine praktisch bedeutsame Einschränkung ergibt sich aus der Natur der Online-Überwachung selbst: Der Zugriff auf den überwachten Rechner ist selbstverständlich nur möglich, solange dieser mit dem Internet verbunden ist. Außerdem begrenzt die Kapazität des verwendeten Internet-Zugangs die Ermittlungsmöglichkeiten: Wer nur per Modem online geht, dessen Festplatte kann schon wegen der sehr geringen Bandbreite dieses Zugangs kaum effektiv ausgeforscht werden.

b) Datenvolumen

Eine vollständige *Spiegelung* und noch mehr ein vollständiges *Monitoring* der Datenträger des Zielrechners ist angesichts des dabei zu übertragenden Datenvolumens kaum zu realisieren. Heutige Rechner enthalten Festplatten in der Größenordnung einiger Dutzend bis mehrerer hundert Gigabyte, wobei jedes Gigabyte einer Milliarde Zeichen entspricht. Selbst über eine sehr schnelle DSL-Leitung lassen sich zwar in Empfangsrichtung („aus dem Internet“) Rohdaten von 16000 kBit, also rund 2000

kByte pro Sekunde, übertragen; in Senderichtung⁷² sind es jedoch nur 1024 kBit, also 128 kByte. Wegen des Verlusts (sog. *overhead*) durch Verwaltungsinformationen bei der Übertragung können letztlich auch unter günstigen Bedingungen nur rund 100 kByte pro Sekunde gesendet werden. Die vollständige Kopie einer mittleren Festplatte von 50 GByte würde damit fast sechs Tage dauern. Außerdem würde eine so umfangreiche Übertragung die DSL-Leitung des Nutzers in Senderichtung komplett auslasten, was wegen der Geschwindigkeitsverluste sehr auffällig wäre.⁷³

Praktisch kommt also nur ein Vorgehen in zwei Schritten in Betracht: Zunächst müsste die Liste der insgesamt auf den Datenträgern gespeicherten Dateien an die Ermittlungsbehörden übertragen werden, die sodann die mutmaßlich „relevanten“ Dateien und Verzeichnisse auswählen und sich diese gezielt einmalig (*Spiegelung*) bzw. kontinuierlich jeweils bei Änderungen (*Monitoring*) zusenden lassen könnten.⁷⁴

c) Entdeckung durch Virens Scanner

Schließlich droht einem etwaigen „Bundes-Trojaner“ Ungemach seitens der Schutzsoftware, die der Betroffene auf seinem Rechner möglicherweise installiert hat. Zum einen könnten sog. *Firewalls*, also Programme, die den Datenverkehr mit dem Internet überwachen, den Benutzer warnen, sobald die staatliche Überwachungssoftware erfasste Daten „nach Hause“ senden möchte. Vor allem aber liegt die Annahme nahe, dass Antiviren-Programme einen „Bundes-Trojaner“ als Schädling erkennen: Wie oben gezeigt versuchen aktuelle Virens Scanner, Schadsoftware anhand ihrer Funktionen zu erkennen. Zwar wird eine staatliche Software – anders als Viren – keine Funktionen zur Weiterverbreitung mitbringen, sodass die Heuristik hier nicht anschlagen wird. Umso eher aber dürften *Sniffer*⁷⁵, *Backdoor*-Funktionen⁷⁶ oder gar die Verwendung von *Rootkit*-Techniken⁷⁷ zum Verbergen des „Bundestrojaners“ die Aufmerksamkeit eines Heuristik-Virens Scanners auf sich ziehen. Und wenn erst einmal die Warnung „Vorsicht – verdächtige Software entdeckt: Wollen Sie SCHAEUBLE.EXE wirklich ausführen?“ auf dem Bildschirm erscheint, ist der Vorteil der „heimlichen“ Online-Überwachung passé.

⁷² Fast alle kommerziellen „DSL“-Anschlüsse bieten technisch präzise ADSL-Leitungen, wobei das A für asymmetrisch steht: Die meisten Nutzer senden deutlich weniger Daten als sie empfangen, weswegen die ADSL-Anbieter der Empfangsrichtung deutlich mehr Bandbreite zuweisen als der Senderichtung.
⁷³ Skeptisch zur Realisierbarkeit der Komplettkopie äußert sich auch das *Unabhängige Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein*, vgl. <https://www.datenschutzzentrum.de/presse/20070402-online-durchsuchung.htm>.

⁷⁴ Dass eine selektive Übertragung vorgesehen sei, deutete auch der Präsident des BKA, *Ziercke*, in einer Diskussionsveranstaltung im Deutschen Bundestag an, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/87421>.

⁷⁵ Vgl. oben unter A. 4. a).

⁷⁶ Vgl. oben unter A. 4. b).

⁷⁷ Vgl. oben unter A. 4. c).

Denkbar wäre zwar, mit den Anbietern von Antivirensoftware zu kooperieren, um sie zu veranlassen, bei staatlicher Überwachungssoftware ein Auge zuzudrücken. Realistisch erscheint dieser Ansatz jedoch nicht: Zum einen dürften die Hersteller der typischerweise weltweit vermarkteten Programme kaum ein Interesse haben, ihre Produkte auf deutsche Sonderwünsche einzurichten. Vor allem aber würde damit ein Sicherheitsleck geschaffen, weil kaum auszuschließen wäre, dass geschickt programmierte nichtstaatliche Software ebenfalls von der Nachsicht des Virens Scanners profitieren würde. Konsequenterweise teilte das Bundesministerium des Innern auf die bereits genannte Kleine Anfrage⁷⁸ mit, dass eine Zusammenarbeit mit Software-Herstellern zur Realisierung der Online-Überwachung nicht geplant sei.⁷⁹

E. Zusammenfassung und Ausblick

Hinter dem Schlagwort „Online-Durchsuchung“ verbirgt sich ein bunter Strauß verschiedenster Möglichkeiten des staatlichen Online-Zugriffs auf EDV-Anlagen. Sie bieten einerseits ein beträchtliches Ermittlungspotential, das teils deutlich über das hinaus geht, was mit dem klassischen Instrumentarium etwa der StPO zu erreichen ist.

Andererseits erweist sich zwar nicht die technische Realisierung der Überwachungskomponente selbst, umso mehr aber die Infiltration des ins Visier genommenen Systems als ausgesprochen komplex. Daher beantwortet sich bereits die Frage nach dem Verhältnis von technischem Aufwand und tatsächlich zu erwartendem Nutzen keinesfalls von selbst.⁸⁰ Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass alle Wege der Infiltration wie oben gezeigt schon mit wenig technischem Sachverstand relativ problemlos zu verstellen sind. Damit erweist sich die Online-Überwachung zwar als potentiell scharfes Schwert, das aber gerade gegen intelligente Täter – also die eigentlichen „Gefährder“ – kaum wirksam geführt werden kann. So scheiterte die Online-Überwachung im einzigen bisher vom *Ermittlungsrichter des BGH* genehmigten Fall an der Unmöglichkeit ihrer praktischen Durchführung.⁸¹

Dieser Umstand entlarvt die zur Begründung der Maßnahme stets gern zitierte „Abwehr terroristischer Gefahren“ als Rhetorik: Selbst wenn es legitim sein mag, „die Online-Durchsuchung“ zu fordern, so gebietet es die Redlichkeit des Diskurses, offen zu bekennen, dass die Maßnahme regelmäßig nur gegen „virtuelle Eierdiebe“

⁷⁸ BT-Drucksache 16/4795.

⁷⁹ BT-Drucksache 16/4995, Seite 2.

⁸⁰ Skeptisch zur Notwendigkeit der Online-Durchsuchung äußerten sich die Bundesministerin der Justiz, *Zypries*, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 16. April 2007, Seite 6, ebenso wie die Berliner Senatorin für Justiz, *von der Aue*, in einer Antwort auf eine Anfrage des Abgeordneten *Jotzo* im Berliner Abgeordnetenhaus, vgl. <http://www.parlament-berlin.de:8080/starweb/adis/citat/VT/16/NichtbehMdlAn/n16-00918.pdf>.

A.A. *Hofmann* NStZ 2005, 121, 125: „unabweisbares Bedürfnis“ bei der Bekämpfung der Schwerekriminalität und des Terrorismus.

⁸¹ Vgl. oben Fußnummer 66.

vom Schläge eines amateurhaft agierenden eBay-Betrügers wirksam anzuwenden sein wird.⁸² Wer hingegen Anschläge vom Zuschnitt des 11. September 2001 logistisch abwickeln kann, dem ist jedenfalls nach der aktuellen breiten öffentlichen Diskussion der Online-Überwachung ohne weiteres zuzutrauen, einige wenige Gedanken auf EDV-Sicherheit zu verwenden, zumal sich zumindest deren Grundbegriffe fast so schlicht wie ein Kochrezept formulieren lassen.⁸³

⁸² Ebenso die Einschätzung des Berliner Innensenators *Körting*, vgl. <http://www.heise.de/newsticker/meldung/85471>.

⁸³ Nämlich etwa wie folgt: Lade keine Programme aus dem Netz; öffne keine Dateianhänge, auch nicht wenn sie scheinbar von Bekannten stammen; installiere einen aktuellen Virens Scanner. Oder noch konsequenter: Sattle daneben auf eine *Linux*-Variante um, die sich von CD-Rom starten lässt, wie etwa

Angesichts der beschriebenen Eingriffsdichte und der Bedeutung des Computers für Leben und Privatsphäre des Einzelnen, für den der PC oftmals die Funktion eines „ausgelagerten Gehirns“ hat,⁸⁴ unterliegt schließlich auch die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der beschriebenen Zugriffsoptionen zumindest erheblichen Zweifeln. Dem wird in einem eigenen Beitrag nachzugehen sein.

Knoppix. Wenn nämlich das Betriebssystem von einem schreibgeschützten Datenträger gestartet wird, laufen alle Versuche dauerhafter Infiltration notwendigerweise ins Leere.

⁸⁴ So der ehemalige Vizepräsident des Deutschen Bundestages, *Burghard Hirsch*, zitiert nach <http://www.heise.de/newsticker/meldung/84748>.

Die „unwahre“ Protokollrüge¹

Von Prof. Dr. Christian Fahl, Rostock

I. Die bloße Protokollrüge

„Bloße Protokollrügen sind unbehelflich“² – dieses Verdikt wird gemeinhin damit erklärt, dass das Urteil nicht auf der falschen Protokollierung, sondern nur auf einem Verfahrensfehler beruhen könne.³ Mit dem bloßen Hinweis auf einen sich aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergebenden Verfahrensfehler kann die Revision daher nicht begründet werden. Vielmehr muss der Verfahrensverstoß selbst als geschehen behauptet werden. Geschieht das nicht, so handelt es sich um eine bloße Protokollrüge.⁴ Dass damit zugleich eine Vorkehrung

gegen den „Missbrauch“ der durch § 274 I 1 StPO eröffneten Möglichkeit geschaffen werden sollte, einen Verfahrensfehler zu rügen, der in Wahrheit nicht vorgekommen ist und lediglich durch das insoweit unrichtige Protokoll ausgewiesen wird, wird heute nicht mehr so häufig betont. Dabei hat der BGH in seiner Entscheidung vom 1.2.1955, die stets zitiert wird, nicht nur ausgesprochen, dass das Urteil niemals auf der falschen Protokollierung, sondern nur auf einem Verfahrensfehler *beruhen* könne, sondern diese Rspr. gerade damit begründet, sie sei nicht etwa formalistisch, sondern wolle „im Gegenteil einem *Missbrauch* rein formaler Möglichkeiten entgegenwirken“, welche „sich zuweilen aus der ausschließlichen Beweiskraft der Hauptverhandlungsniederschrift nach § 274 StPO“ ergäben.⁵

Das hat zur Folge, dass der Revisionsführer, der sich auf einen nicht geschehenen, aber im Protokoll enthaltenen Verfahrensfehler berufen will, „lügen“ muss, wenn er seine Revision darauf stützen will. Der BGH geht davon aus, dass dies abschrecken werde. Doch man wird *Schuler*⁶ einräumen müssen, dass die Rspr. im Ergebnis diejenigen skrupellosen Revisionsführer bevorzugt, die „den Mut besitzen, den Verfahrensfehler wirklich zu behaupten“,⁷ was häufig nur gegen besseres Wissen geschehen

¹ Auszug aus *Fahl*, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, abgedruckt mit freundlicher Genehmigung des C.F.Müller Verlages. Das Thema ist durch das aktuelle Volageverfahren – BGH NJW 2006, 3082 m. Anm. *Widmaier* (Vorlagebeschl.); NStZ-RR 2006, 112 (Anfragebeschl.) = StV 2006, 287 m. Anm. *Fezer* = JR 2006, 162 m. Anm. *Jahn/Widmaier* = JA 2006, 578 m. Bespr. *Bosch* – in den Mittelpunkt des Interesses weiter Kreise der Fachöffentlichkeit gerückt.

² *Gollwitzer*, JR 1980, 518, 519.

³ Etwa *Beulke*, Strafprozeßrecht, 9. Aufl., 2006, Rn. 565; *Haller/Conzen*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1999, Rn. 789; *KK-Kuckein*, 5. Aufl., 2003, § 344 Rn. 60; *Kühne*, Strafprozeßrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 972 a.E.; *Krause*, Die Revision im Strafverfahren, 5. Aufl., 2001, Rn. 91; *LR-Hanack*, StPO, 25. Aufl., 1997-99, § 344 Rn. 86; *Mutzbauer*, in: *Bockemühl* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 2000, Teil C/2 Rn. 85; *Ott*, Die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls im Strafverfahren und das Verbot der Rügeverkümmung, 1970, S. 15; *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., 1998, § 49 Rn. 12; *Sarstedt/Hamm*, Die Revision in Strafsachen, 6. Aufl., 1998, Rn. 238; *Schäfer*, Die Praxis des Strafverfahrens, 6. Aufl., 2000, Rn. 1813; *Ziegert*, in: Grundlagen der Strafverteidigung, 2000, S. 405; s. auch *Schmid*, DTRpfl 1962, 301, 304.

⁴ Abweichend davon versteht *HK-Temming*, 3. Aufl., 2001, § 344 Rn. 20 unter der „Unzulässigkeit der Protokollrüge“ den Fall, dass ein vorschriftswidrig *nicht* aufgenommener Verfahrensverstoß gerügt werde; ähnl. *Schmid*, DTRpfl 1962, 301, 304 – wie hier *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl.,

1999, Rn. 881; *KK-Kuckein* (Fn. 3), § 344 Rn. 21, 60; *Meyer-Göbner*, 48. Aufl., 2005, § 344 Rn. 26.

⁵ BGHSt 7, 162, 163 = NJW 1955, 641 (betr. die Wendung: „inhalts des Protokolls“ „scheine“ das LG keinen Beschluß über die Verteidigung gefaßt zu haben); dazu *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 726; vgl. noch *Jescheck*, GA 1956, 97, 119: „weil dem *Missbrauch* rein formaler Anfechtungsmöglichkeiten entgegengetreten werden müsse“; schönes Beispiel zum Zusammenhang von bloßer Protokollrüge und unwahrer Protokollrüge bei *Joachimski/Haumer*, S. 201.

⁶ *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1262.

⁷ Mit den Worten „zugunsten des Angeklagten“ sei „davon auszugehen“, dass er seine Aussagefreiheit nicht gekannt habe, ist der Rechtsfehler nicht bestimmt genug behauptet, fand BGH, Beschl. v. 15.12.1999 – 3 StR 513/99 = bei *Kusch*, NStZ-RR 2000, 290, zu dessen Überzeugung im übrigen auf Grund von Indizien feststand, dass der Angeklagte seine Aussagefreiheit gekannt hatte, und ließ die Revision an § 344 II 2 StPO

kann, „während der wahrheitsliebende Beschwerdeführer diese Möglichkeit nicht ausnutzen kann“. Diese Möglichkeit erkennt auch der BGH: „Allerdings kann das Revisionsgericht keinen Beschwerdeführer daran hindern, einen Verfahrensfehler, der durch die Niederschrift bewiesen wird, ohne Rücksicht auf die wirklichen Hergänge zu behaupten.“⁸ Dies hat dazu geführt, dass § 274 StPO insgesamt zu einem „Eldorado für unseriöse Verzeichnungen und Verfälschungen des Verfahrenshergangs im Wege verfahrensrechtlicher Beanstandungen“ geworden ist.⁹ Der BGH lässt allerdings offen: Ob ein Rechtsanwalt, der dies wider besseres Wissen tue, standeswidrig handele, sei hier nicht zu entscheiden. „Jedenfalls muss er vor seinem Gewissen und nach außen hin die Verantwortung für die Geltendmachung eines jeden Verfahrensmangels übernehmen, indem er ihn ernstlich behauptet... Zu dieser klaren eigenen Stellungnahme zwingt ihn die Rechtsprechung“.¹⁰

Freilich fragt sich dann sogleich, ob es nicht klüger ist, die Sache einem erfahrenen Kollegen zu übergeben, der nur das Sitzungsprotokoll kennt, damit dieser die Revisionsrüge unbefangen erheben kann. Das setzt indes voraus, dass ein Revisionspezialist, der selbst nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen hat, das Vorliegen eines Verfahrensfehlers überhaupt noch mit der nötigen Bestimmtheit vortragen kann, wenn die Rspr. von ihm doch dieselbe „klare Stellungnahme“ verlangt wie von einem Anwesenden. Dazu schreibt der BGH: „Ein Verteidiger, der erst nach der Hauptverhandlung hinzugezogen wird, die Sitzungsniederschrift liest und dabei den Beweis eines Verfahrensfehlers entdeckt, braucht nicht schon deshalb Bedenken zu tragen, den Verstoß mit Bestimmtheit zu behaupten, weil er selbst nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen hat.“¹¹ Versteht man es, zwischen den Zeilen zu lesen, so steht da nicht, dass er auch dann keine Bedenken hegen müsste, wenn er wissentlich falsch vorträgt, im Gegenteil, der BGH sagt: „Ob er sich zuvor bei dem Angeklagten oder etwaigen anderen Verteidigern erkundigt, muss seinem pflichtgemäßen Ermessen... überlassen bleiben.“¹² Ihm ist daher anzuraten, über den Verlauf der Hauptverhandlung möglichst wenig in Erfahrung zu bringen.

Die Kenntnis von einem tatsächlich geschehenen, aber mit dem Protokoll nicht belegbaren Verfahrensfehler nützt ihm nicht (§ 274 I 1 StPO) – es sei denn, es ließe

scheitern; krit. *Weiler*, Meyer-Goßner-FS, S. 571, 590, Fn. 94; zust. *Sander*, NSTZ-RR 2002, 1.

⁸ BGHSt 7, 162, 164.

⁹ *Ventzke*, StV 1999, 190.

¹⁰ BGHSt 7, 162, 164; vgl. auch *Schmid*, DtRpfl 1962, 301, 304: Das Gesetz bzw. genauer die Rspr. zwingt damit den Beschwerdeführer, „Farbe zu bekennen; er muß vor seinem Gewissen (und vor seinen Standesgenossen) die Verantwortung für diese Rügen übernehmen!“

¹¹ BGHSt 7, 162, 164; *AK-Maiwald*, StPO, Bd. 3, 1996, § 344 Rn. 18 meint, für ihn sei eine „Ausnahme“ hinsichtlich der Unzulässigkeit der Protokollrüge zu machen – nach BGH StV 1999, 585 sollen in diesem Fall nicht einmal Bedenken gegen die Zulässigkeit einer sog. „unwahren“ Verfahrensrüge bestehen.

¹² BGHSt 7, 162, 164.

sich der Nachweis der Fälschung (§ 274 I 2 StPO) führen, die freilich kaum je in Betracht kommen wird – und die Kenntnis von dem umgekehrten Sachverhalt schadet nur: Zwar bleibt die Zulässigkeit der dennoch erhobenen Revisionsrüge nach dieser Judikatur davon unberührt, doch muss sich sein „Gewissen“ regen. Es empfiehlt sich daher, nicht selbst nachzufragen bzw. wegzuhören, falls ein Verteidiger so unvorsichtig sein sollte, den Grund der Beauftragung eines mit der Sache bisher nicht befassten Anwalts zu nennen, und den Angeklagten zu bremsen, der unaufgefordert etwas ausplaudern will – das zeigt die ganze Bigotterie, dieses Ansatzes, von dem aus es ehrlicher wäre, dem Revisionsführer die Behauptung eines Verfahrensfehlers „inhalts des Protokolls“ zu gestatten und genügen zu lassen. Nachweisbar dürfte ihm die Kenntnis, die nach dem BGH, nimmt man die Wendung ernst, sein „pflichtgemäßes Ermessen“ ihm einzuholen umgekehrt auch gebieten kann (in welchen Fällen?), freilich ohnehin nicht sein, und ob die Verantwortung vor dem „Gewissen“, auf die diese Rspr. setzt, um „Missbräuche“ formal bestehender Möglichkeiten zu verhindern, heute noch die gleiche Kraft hat wie 1955, darf bezweifelt werden.

Doch wäre diese – schon vom RG begründete¹³ – Rspr. unschädlich, wenn ihr nicht auch begründete Revisionen, in denen ein Verfahrensfehler tatsächlich geschehen und durch das Protokoll nachweisbar ist, zum Opfer fallen würden, deren Unbestimmtheit in der Formulierung lediglich auf Ungeschicklichkeit oder Unkenntnis zurückzuführen ist.¹⁴ BGHSt 7, 162, 165 erkennt nur an, dass die „besondere Lage“, in der sich ein Revisionsführer befindet, der selbst nicht bei der Hauptverhandlung zugegen war, bei der Auslegung zu berücksichtigen sein werde, „wenn der Wortlaut seiner Erklärung in der Revisionsrechtfertigung mehrdeutig ist und daher sinngemäß ausgelegt werden muss“ – mit anderen Worten: ob er bestimmt genug behauptet hat, was er gar nicht bestimmt behaupten kann, weil er nicht anwesend war und seine Kenntnis nur aus zweiter Hand haben kann. Doch dieselbe Ungeschicklichkeit kann natürlich auch einem Verteidiger und dem Angeklagten zum Verhängnis werden, der an der Hauptverhandlung teilgenommen hat und weiß, dass ein Verfahrensfehler stattgefunden hat (und übrigens ist auch dies ein Fall, in dem man sich nicht scheut, dem Beschuldigten ein „Verschulden“ seines Anwalts voll zuzurechnen). Die Rspr. schießt in diesem Fall weit über das selbst gesetzte Ziel der Abwehr „missbräuchlicher“ Revisionen hinaus, was bei Anerkennung der (aus dem Rechtsmissbrauch folgenden) Unzulässigkeit „bewusst unwahrer Protokollrügen“ überflüssig und unnötig wäre.

So muss die Rspr. in Fällen, in denen eine unwahre Tat-

¹³ Vgl. RGSt 42, 168, 170 f.; 48, 288; 53, 50, 51; RG JW 1932, 2437; RG HRR 1940, Nr. 343 (danach ist das Hauptverhandlungsprotokoll „nicht dazu bestimmt, den Prozeßbeteiligten das Heraussuchen von Verfahrensverstößen zu ermöglichen“).

¹⁴ Das ist auch gegen die Rspr. einzuwenden, die vom Rechtsanwalt bei § 345 II StPO die Übernahme der „Verantwortung“ für die Revisionsbegründung fordert, s. dazu s. dazu *Fahl* (Fn. 1), S. 609 ff.

sachenbehauptung fern liegt, eingestehen, dass die Formulierung „ausweislich des Protokolls“ in einer Revisionsbegründung auch als Hinweis auf das geeignete Beweismittel verstanden werden kann, ohne dass dadurch die Ernsthaftigkeit der Tatsachenbehauptung in Frage gestellt wird.¹⁵ Wie schwierig und – schon deshalb – fragwürdig die Abgrenzung ist, zeigt etwa die folgende Formulierung (in einem Urteil): „Die auf § 59 StPO gestützte Verfahrensrüge ist keine bloße Protokollrüge, sondern trotz der nicht unmissverständlichen Fassung noch in zulässiger Weise erhoben...“¹⁶

II. Die nachträgliche Protokollberichtigung als Verstoß gegen Treu und Glauben

1. Berichtigung von Amts wegen

a) Berichtigung auf übereinstimmende Aussagen beider Urkundspersonen hin

Ungeachtet der Frage, ob es einen „Missbrauch“ der durch § 274 I 1 StPO eröffneten Möglichkeit darstellt, einen Verfahrensfehler zu rügen, der in Wahrheit nicht vorgekommen ist,¹⁷ muss festgestellt werden, dass es jedenfalls ein „Missbrauch“ der Möglichkeit der Protokollberichtigung wäre, einen wirklich vorgekommenen Verfahrensfehler zu korrigieren, nur damit ihn das Protokoll nicht mehr „ausweist“. Das Wissen um das Geschehen des Verfahrensfehlers allein würde dem Revisionsführer angesichts der Ausschließlichkeit seiner Beweisbarkeit durch das Protokoll (§ 274 I 1 StPO) nicht viel nützen, und der Nachweis der Fälschung – ganz abgesehen davon, ob dies eine solche wäre, wenn die Korrektur von den dazu an sich berufenen Personen vorgenommen würde¹⁸ – kann misslingen (§ 274 I 2 StPO). Der Fall, dass die Urkundspersonen eine solche „unwahre Protokollberichtigung“ vornehmen, um ein an sich noch so richtiges und gerechtes, aber verfahrensfehlerhaft zustande gekommenes Urteil „revisionsfest“ zu machen, dürfte indes rein theoretischer Natur sein und in der Praxis unserer Gerichte nicht vor-

kommen.¹⁹ Ein solches Vorgehen wäre trotz der dahinter stehenden „guten Absicht“, die hier einmal unterstellt werden soll, unerhört. Es kann kein Zweifel bestehen, dass jedes Gericht dem entschieden entgegentreten würde.

Die Rspr. geht aber darüber weit hinaus und versagt auch einer an sich berechtigten – weil einen tatsächlich nicht geschehenen Verfahrensfehler aus dem insoweit falschen Protokoll tilgenden – nachträglichen Protokollberichtigung schon dann die Anerkennung, wenn sie einer bereits eingelegten Revision „die Grundlage“ entziehen würde.²⁰ Anders im Zivilprozessrecht: Dort lässt § 164 I ZPO – bei im übrigen gleicher Beweiskraft des Protokolls²¹ – „jederzeit“ die Berichtigung von Unrichtigkeiten des Protokolls zu, und das soll nach der Rspr. auch dann gelten, wenn dadurch „einer auf die ursprüngliche Falschprotokollierung gestützten Verfahrensrüge im nachhinein der Boden entzogen wird“²². Dabei ist die Zulässigkeit der Protokollberichtigung im Allgemeinen auch im Strafprozessrecht anerkannt. Mit ihrer Zulassung „wird eine Lücke der Strafprozessordnung, die hierüber nichts sagt, ausgefüllt“.²³ Eine Berichtigung des Sitzungsprotokolls ist danach, soweit es sich nicht um eine verlesene und genehmigte Niederschrift i.S. des § 273 III

¹⁹ Schäfer, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 717 weist zu Recht darauf hin, in der ganzen Diskussion werde „ein gewisses Misstrauen gegen die Redlichkeit der Urkundspersonen“ spürbar. *Belting*, ZStW 38 (1918), 612, 633 meinte noch davon absehen zu können, dass die „Berichtigung“ ausnahmsweise einmal wahrheitswidrig sein könne.

²⁰ Vgl. BGHSt 2, 125 = NJW 1952, 432 = JZ 1952, 280; JZ 1957, 587 m. Anm. *Bohme*; s. auch BayObLG, Rpfleger 1957, 16; offen lassend, ob dies „stets“ der Fall sein müsse BGH NJW 1982, 1057 = StV 1982, 100; aus der Lit. *Alsberg/Nüse/Meyer*, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 5. Aufl., 1983, S. 886 f.; *Dahs* (Fn. 4), Rn. 884; *Hamm*, in: *Brissov/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 1. Aufl., 1998, § 10 Rn. 120; *HK-Julius* (Fn. 4), § 271 Rn. 15; *KK-Engelhardt* (Fn. 3), § 271 Rn. 26; *KK-Kuckein* (Fn. 3), § 344 Rn. 60; *Meyer-Gofßner* (Fn. 4), § 271 Rn. 26; *Kramer*, Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts, 4. Aufl., 1999, Rn. 286; *LR-Gollwitzer StPO*, 24. Aufl., 1987-89, § 271 Rn. 55 m.w.N. (auch zur Gegenansicht des älteren Schrifttums in Fn. 104); *Meurer*, Strafprozeßrecht, 3. Aufl., 1991, S. 142 f.; *Pfeiffer*, 5. Aufl., 2005, § 271 Rn. 8; *Peters*, Strafprozeß, 4. Aufl., 1985, § 22 II, S. 156; *Ranft*, JuS 1994, 785, 787; *Rieß*, in: *Strafverteidigung in der Praxis*, 2. Aufl., 2000, § 13 Rn. 244; *Roxin* (Fn. 3), § 49 Rn. 10; *Sarstedt/Hamm* (Fn. 3), Rn. 241; *Schmid*, Die „Verwirkung“ von Verfahrensrügen im Strafprozeß, 1967, S. 310; *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO, § 271 Rn. 19; *SK-Schlüchter*, StPO, 1. Aufl., 1986 ff., § 271 Rn. 26; *Volk*, § 17 Rn. 28; *Werner*, DRiZ 1955, 180, 183; krit. etwa *Schäfer* (Fn. 3), Rn. 1814 (sollte „überprüft“ werden); abl. *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1261; *Niethammer*, DRZ 1949, 451.

²¹ Vgl. den § 274 StPO fast wörtlich entsprechenden § 165 ZPO.

²² BGHR § 164 I ZPO Protokollberichtigung 1 (darauf weist auch *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 718 hin); ebenso, für den Verwaltungsprozeß, BVerwG, MDR 1981, 166.

²³ BGHSt 2, 125; so schon RGSt 43, 1, 4; vgl. auch Nr. 161 RiStBV. Vorschläge, die Zulässigkeit des Berichtigungsverfahrens gesetzlich zu regeln, sind nie umgesetzt worden, vgl. *Werner*, DRiZ 1955, 180.

¹⁵ Vgl. BGH StV 1997, 515; BGH StV 1982, 4, 5 m. Anm. *Peters* (entgegen der Meinung des Generalbundesanwalts keine „unzulässige Protokollrüge“, vielmehr ergebe „sich aus den Revisionsbegründungen eindeutig, dass nicht ein bloßer Fehler des Hauptverhandlungsprotokolls, sondern ein tatsächlich vorgekommener Verfahrensverstoß gerügt werden“ solle); *Meyer-Gofßner* (Fn. 4), § 344 Rn. 26; *LR-Hanack* (Fn. 3), § 344 Rn. 86.

¹⁶ OLG Karlsruhe, JR 1980, 517 m. Anm. *Gollwitzer*: der Beschwerdeführer beanstandete damit „inzident“ die (angebliche) Nichtvereidigung einer Zeugin; s. zu diesem Urteil noch unten.

¹⁷ Bejahend: BGHSt 7, 162, 163; vgl. schon RG JW 1932, 2437 Nr. 28 – offen lassend BGH NJW 2001, 3794 = wistra 2001, 471 = NStZ 2002, 270, 272 m. Anm. *Fezer* (obiter dictum): „Es bedurfte hier auch keiner Entscheidung darüber, ob eine mit dem Wissen eines Verteidigers unvereinbare Rügebehauptung sich als *Rechtsmissbrauch* darstellt und zur Unzulässigkeit führt“; BGHR § 274 StPO Beweiskraft 24: „ob sie wegen *Rechtsmissbräuchlichkeit* bereits *unzulässig* ist, weil sie von dem in der Hauptverhandlung mitwirkenden Verteidiger wider besseres Wissen erhoben wurde“.

¹⁸ Bejahend *Kühne* (Fn. 3), Rn. 975.

StPO handelt,²⁴ auf Antrag eines Beteiligten (also sowohl der Staatsanwaltschaft wie auch der Verteidigung) oder von Amts wegen *ohne zeitliche Beschränkung* zulässig, auch noch nach Urteilsverkündung.²⁵ Einzige Voraussetzung ist, dass beide Urkundspersonen (§ 271 I 1 StPO) darin übereinstimmen, dass das Protokoll unrichtig ist.²⁶ Von der zeitlich unbegrenzten Zulässigkeit der Berichtigung ist jedoch die Frage zu unterscheiden, welche Fassung das Revisionsgericht seiner Entscheidung zugrunde zu legen hat. Hier ist wiederum zu differenzieren zwischen der nachträglichen Protokollberichtigung zugunsten des Revisionsführers (*in bonam partem*) und der Protokollberichtigung zu Lasten desjenigen, der Revision eingelegt hat (*in malam partem*).

Während die nachträgliche Protokollberichtigung *in bonam partem* uneingeschränkt berücksichtigt wird, ist die Protokollberichtigung *in malam partem* nicht berücksichtigungsfähig. Das ergibt sich aus dem Satz, dass das Revisionsgericht eine Protokollberichtigung nicht berücksichtigen darf, „wenn sie einer erhobenen Verfahrensrüge nachträglich den Boden entziehen würde“²⁷ – d.h. es darf zwar berichtet, die geänderte Fassung der Revisionsentscheidung aber nicht *berücksichtigt* werden.²⁸

Bohne erklärt den von der Rspr. entwickelten Satz, dass der einmal eingelegten Revision nicht durch die nachträgliche Protokollberichtigung der Boden entzogen werden dürfe, mit dem „fundamentalen Satz von Treu und Glauben“, der somit auch im Strafprozessrecht Anerkennung gefunden habe.²⁹ Auch *Schmid* sieht die „Beschränkung der Protokolländerungsbefugnis“ – was freilich nicht ganz korrekt ist, da die Befugnis, das Protokoll zu ändern, bestehen bleibt – aus *Treu und Glauben* her-

geleitet.³⁰ *Roxin* spricht treffend von dem „Verbot der Rügeverkümmern“,³¹ das freilich zugunsten der Staatsanwaltschaft (wenn diese die Revision eingelegt hat) ebenso wirkt wie zugunsten des Beschuldigten.³² Nach BGHSt 34, 11 gilt dies allerdings nur, wenn durch die Berichtigung einer „zulässigen Rüge“ der Boden entzogen würde.

Gegen den Satz, dass der einmal eingelegten Revision durch die Protokollberichtigung nicht der Boden entzogen werden dürfe, hat sich *Schuler* für den Fall gewandt, dass die Sitzungsniederschrift falsch war und der Beschwerdeführer die Unrichtigkeit auch kannte oder kennen musste, weil der Rüge, der damit der Boden entzogen werde, dann keine „berechtigte Rüge“, sondern nur *scheinbar* berechtigt gewesen sei.³³ Die Entziehung ihrer Grundlage nehme den Parteien deshalb kein Recht, das ihnen gewahrt bleiben müsste. Der von der Gegenmeinung betonte – zunächst bestechende – Einwand, dass der Beschwerdeführer auf den Fortbestand der Niederschrift als feste Grundlage für die Einlegung seiner Revision müsse vertrauen dürfen,³⁴ sei deshalb nicht folgerichtig und versage vollkommen, wenn der Beschwerdeführer die Unrichtigkeit kannte. Schließlich gestattet der BGH die Protokollberichtigung auch dann, wenn dadurch dem Beschwerdeführer eine nur angekündigte oder beabsichtigte Rüge entzogen wird.

Sei die Niederschrift noch berichtet worden, bevor der Berichtende Kenntnis von der (bereits eingelegten) Verfahrensrüge erhalten habe, so entfalle auch der Vorwurf, dass die Berichtigung durch die Einlegung der Revision veranlasst gewesen sein könnte. Die Einlegung einer Revision mit der Rüge eines Verfahrensverstößes, der nicht stattgefunden hat, zu dem Zweck, die Hauptverhandlung neu aufzurollen und in der Hoffnung, dass Zeugen sich wegen der vergangenen Zeit nicht mehr erinnern oder andere Beweismittel entstehen werden, die vorher nicht vorhanden waren, bezeichnet er als einen „insbesondere im Strafverfahren beliebten *Missbrauch*“. Bezwecke die Verfahrensrüge nur, dass in der neuen Entscheidung der gleiche Sachverhalt, z.B. ein Indizien-

²⁴ Zum Protokollierungsantrag und dem Missbrauch des Rechts auf wörtliche Protokollierung siehe *Fahl* (Fn. 1), S. 603 ff.

²⁵ Vgl. nur *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 271 Rn. 23; abw. *Kühne* (Fn. 3), Rn. 976: nur bis zur Zustellung des Urteils (§ 273 IV StPO), weil dem vom Urteil Betroffenen nicht zugemutet werden könne, sich und seine (kostspieligen) Rechtsanwälte (und Staatsanwälte?) mit Revisionsfragen zu beschäftigen, ohne zu wissen, ob nicht wesentliche Revisionsgrundlagen durch spätere Protokollierungen „abgeschnitten“ werden.

²⁶ *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 271 Rn. 23; LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 44.

²⁷ BGHSt 34, 11, 12 – unter Verweis auf die mittlerweile st. Rspr., vgl. (außer den o.g. Fundstellen) noch BGHSt 10, 145, 147; BGH NSTZ 1984, 521; 1986, 374; 1995, 200, 201; wistra 1985, 154 = StV 1985, 135. Die Entwürfe bis 1920 wollten diesen Rechtssatz ausdrücklich im Gesetz verankern (vgl. *Schafheutle*, DJ 1936, 1300, 1301; *Werner*, DRiZ 1955, 180, 183), der Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuch ausdrücklich das Gegenteil bestimmen, s. *Glanzmann*, Verh. des 41. DJT, 1955, Bd. 2, G 35.

²⁸ Vgl. nur *Glanzmann* (Fn. 27), G 33; *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 271 Rn. 26; *Ott* (Fn. 3), S. 1; *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax., S. 707, 716 m.w.N. auch zur vereinzelt vertretenen Gegenmeinung, wonach schon die Berichtigung unzulässig sein soll.

²⁹ *Bohne*, JZ 1957, 588, 589; *ders.*, SJZ 1949, 760; vgl. auch *Mattil*, GA 77 (1933), 7.

³⁰ *Schmid* (Fn. 20) S. 310; vgl. schon S. 3: Das Strafverfahrensrecht sei dem Satz von Treu und Glauben und damit dem *Missbrauchsverbot* nicht überhaupt unzugänglich, vielmehr sei die rechtsbegründende und rechtsvernichtende Auswirkung des Satzes von *Treu und Glauben* auch im Strafprozeßrecht längst anerkannt, und zwar nicht nur für die Tatsacheninstanz, sondern auch im Revisionsrechtszug, etwa was das zugunsten des Revisionsführers entwickelte *Verbot der nachträglichen Protokolländerung* angehe.

³¹ *Roxin* (Fn. 3), § 49 Rn. 10; vgl. auch *Krause* (Fn. 3), Rn. 110.

³² Vgl. *Ott* (Fn. 3), S. 221 ff. – *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax., S. 707, 716 bemerkt freilich zu Recht, dass die Frage überwiegend nur für den Beschuldigten diskutiert wird.

³³ *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1261; vgl. auch *Glanzmann* (Fn. 27), G 34: es bedürfe „ernsthafter Überlegung“, ob es richtig sei, der Berichtigung die Wirkung zu versagen, der dies aber im Grundsatz für richtig hält und schon 1955 meinte, es sei nicht zu erwarten, dass sich die Rspr. noch wandle; in diese Richtung – obiter dictum – aber jetzt BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 5 StR 617/99 = NSTZ 2000, 216, 217.

³⁴ *Bohne*, JZ 1957, 588, 589.

beweis, tatrichterlich anders beurteilt wird, so liege „auch darin ein *Missbrauch* des Revisionsverfahrens, weil es hierzu nicht bestimmt ist“. ³⁵ *Communis opinio* ist das nicht. ³⁶ Aber man wird *Schuler* zugestehen müssen, dass diese Rechtsprechung – wie auch die zur Unbehelflichkeit der sog. Protokollrüge – im Ergebnis denjenigen Revisionsführer bevorzugt, der flink und „skrupellos“ genug ist, seine Rüge anzubringen, bevor die zur Berichtigung berufenen Urkundspersonen ihren Fehler entdecken.

Die mittlerweile ständige Rspr. darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Rspr. geschwankt hat. Während schon das Preußische Obertribunal ³⁷ und anfangs das RG ³⁸ dieselbe Meinung vertrat wie heute die Rspr. und die Berichtigung nicht mehr zuließ, wenn dadurch der Rüge der Boden entzogen würde, zuletzt bestätigt im Beschluss der Vereinigten Strafsenate des RG, ³⁹ hat der Große Senat des RG diese – heftig umkämpfte – Rspr. wieder aufgegeben. ⁴⁰ Dieser Auffassung haben sich die Zivilsenate des RG angeschlossen. ⁴¹ Erst der OGH der Britischen Zone ist zur alten Rspr. zurückgekehrt, ⁴² und der BGH hat sie fortgesetzt. ⁴³

Für das RG stand bereits seit RGSt 2, 76 fest, dass ein Nachbessern des Hauptverhandlungsprotokolls zum Nachteil des Revisionsführers unzulässig sei. ⁴⁴ Das Reichsmilitärgericht hat dem jedoch bereits frühzeitig entgegengehalten und in ständiger Rspr. ⁴⁵ daran festgehalten: „Ein *prozessuales Recht* der Prozessbeteiligten, dass etwas nicht Geschehenes beurkundet oder etwas Geschehenes nicht beurkundet wird, gibt es nicht. Ebenso wenig besteht ein Recht der Prozessbeteiligten, dass das Sitzungsprotokoll mit seinem ursprünglichen Inhalte zu der Zeit, zu welcher es als abgeschlossen zu den Akten gebracht wird, bestehen bleibt.“ ⁴⁶ Trotzdem hielten

³⁵ *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1261.

³⁶ Entschieden a.A. *Schmid* (Fn. 20), S. 323: das sei das „gute Recht“ des Revisionsführers; zur Frage des „Rechtsmissbrauchs“, wenn durch die Revision nur Zeit geschunden werden soll, s. *Fahl* (Fn. 1), S. 663 ff.

³⁷ PrObTrib, GA 17 (1869), 796 f.; s. dazu *Ott* (Fn. 3), S. 45: In diesem Fall stützte sich die Beschwerdeführerin darauf, dass ein Dolmetscher nicht zugezogen worden sei, obwohl sie der deutschen Sprache nicht mächtig sei, das Protokoll wurde daraufhin dahingehend geändert, dass es die Anwesenheit des Dolmetschers auswies. Das Gericht sah die Protokollberichtigung als „nachträgliche Bescheinigung“ an, die zum Beweis wesentlicher Förmlichkeiten nicht taue.

³⁸ RGSt 2, 76, 77 f.

³⁹ RGSt 43, 1.

⁴⁰ RGSt 70, 241 = JW 1936, 2654 m. Anm. *Jonas*, JW 1936, 3009.

⁴¹ RGZ 164, 359 – entgegen RGZ 148, 151 = JW 1935, 2812; JW 1936, 1603, die der alten Rspr. des RG in Strafsachen folgten.

⁴² OGHSt 1, 277 = NJW 1949, 434 = SJZ 1949, 794.

⁴³ BGHSt 2, 125 = NJW 1952, 432; zur Entwicklung *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1260; *Ventzke*, StV 1999, 190, 192 f.

⁴⁴ RGSt 3, 47; 5, 451, 453; 12, 119, 121; RG JW 1890, 189; ausführlich *Ott* (Fn. 3), S. 47 ff.

⁴⁵ RMGE 15, 281 f.; 17, 151, 153 – zur Rspr. des Reichsmilitärgerichts auch *Ott* (Fn. 3), S. 61 f.

⁴⁶ RMGE 9, 35, 42; zust. *Beling*, ZStW 38 (1918), 612, 633.

die Vereinigten Strafsenate des RG mit Entscheidung vom 13.10.1909 daran fest, dass „das Protokoll den Zwecken der Prozessbeteiligten dienen soll und diese daher berechtigt sein müssen, schon bei der Anfechtung des Urteils das Protokoll zur Richtschnur zu nehmen und sich für die Geltendmachung eines Prozessverstößes auf den darin beurkundeten Sachverhalt zu berufen“. ⁴⁷ Dem Einwand, durch ein derartiges Gesetzesverständnis des § 274 StPO werde dem Revisionsführer ein Recht gewährt, „durch das Sitzungsprotokoll eine Unwahrheit zu beweisen“, wurde entgegengehalten, es könne „sich nur um die Möglichkeit handeln, eine prozessrechtliche Befugnis zu tatsächlich wahrheitswidrigen Zwecken zu *missbrauchen*“ – eine Möglichkeit, die indes auch bestehen würde, „wenn man im Protokoll Nachträge unbeschränkt für zulässig erklären wollte, und sie würde selbst dann nicht unbedingt ausgeschlossen sein, wenn das Gesetz einen Gegenbeweis gegen das Protokoll gestatten würde“. ⁴⁸ Die vom zweiten Strafsenat gestellte (und verneinte) Rechtsfrage lautete: „Erstreckt sich die Beweiskraft des Protokolls über die Hauptverhandlung auf seine Berichtigung auch dann, wenn die Revisionsbegründung einen bestimmten Mangel des Verfahrens behauptet und die darauf erfolgte Berichtigung die Unrichtigkeit dieser Behauptung bezeugt“? ⁴⁹ Oder einfacher, wie im Leitsatz, ausgedrückt: „Ist die Berichtigung eines Hauptverhandlungsprotokolls vom Revisionsgerichte zu berücksichtigen, wenn sie nach erhobener Prozessrüge zu deren Ungunsten vorgenommen worden ist?“ ⁵⁰ Die Frage ist klar zu verneinen. Unglücklicherweise ist sie jedoch verquickt worden mit der Frage der Statthaftigkeit der sog. „unwahren“ Protokollrüge. So kann die Entscheidung, was deren Zulässigkeit angeht, von der einen wie von der anderen Seite in Anspruch genommen werden.

Die Uneinigkeiten beginnen schon mit der Stellungnahme des Oberreichsanwalts. Der Oberreichsanwalt erklärte, „mit dem Anerkenntnis dieser Forderung beuge sich die Rechtsauslegung des RG einer nicht ausschließlich auf staatliche Interessenverfolgung aufgebauten sozialen Ethik, erhebe die von Haus aus ethischen Begriffe von *Treu und Glauben* zu einem wesentlichen Bestandteil der Rechtsauslegung“. Demgegenüber müssten „die Nachteile der Möglichkeit einer *schikanösen* Ausübung des dem Beschwerdeführer zustehenden Prozessrechts... zurücktreten.“ ⁵¹ – Diese Stellungnahme wird (zur Stützung seiner These von der Geltung des Grundsatzes von *Treu und Glauben* im Strafprozessrecht) zitiert von *Schmid*, wonach diese Ausführungen des Oberreichsanwalts unwidersprochen geblieben seien. ⁵² Auch *Dallinger* zitiert die Stelle, aber mit umgekehrten Vorzeichen. Danach ist das RG dem keinesfalls beigetreten, sondern habe im Gegenteil betont, dass von einem Rechte auf

⁴⁷ RGSt 43, 1, 6.

⁴⁸ RGSt 43, 1, 6 f.

⁴⁹ RGSt 43, 1.

⁵⁰ RGSt 43, 1.

⁵¹ Wiedergegeben in RGSt 43, 1, 2 f. – *Beling*, ZStW 38 (1918), 612, 634 gesteht dazu, dass er ein „ganz anderes Billigkeitsempfinden“ habe.

⁵² *Schmid* (Fn. 20), S. 311.

Geltendmachung einer Unwahrheit nicht gesprochen werden könne; es könne sich vielmehr nur um einen *Missbrauch* einer prozessualen Befugnis handeln.⁵³

Die damit angesprochene (oben bereits auszugsweise zitierte) Passage lautet im Wortlaut: „Dem Einwand, dass die Verneinung der Zulässigkeit solcher Protokollberichtigung auf die *Gewährung* eines *Rechts* hinauslaufe, durch das Sitzungsprotokoll eine Unwahrheit zu beweisen, vermag nicht durchzugreifen. Von einem *Rechte* auf Geltendmachung einer Unwahrheit kann hier nicht gesprochen werden; es kann sich nur um die Möglichkeit handeln, eine *prozessrechtliche Befugnis* zu tatsächlich wahrheitswidrigen Zwecken zu *missbrauchen*. Eine solche Möglichkeit würde auch dann bestehen, wenn man Protokollnachträge unbeschränkt für zulässig erklären wollte, und sie würde selbst dann nicht unbedingt ausgeschlossen sein, wenn das Gesetz einen Gegenbeweis gegen das Protokoll gestatten würde.“ Weiter heißt es: „Allerdings ist die *Möglichkeit missbräuchlicher Ausnutzung prozessualer Befugnisse* bei der Verneinung der Zulässigkeit von Protokollberichtigungen in erhöhtem Maße gegeben; aber hieraus allein ist noch kein zwingender Schluss darauf zu ziehen, dass die Verneinung – wenigstens bis zu einem gewissen Grade – nicht dem Willen des Gesetzes entsprechen könne.“⁵⁴ Diese Fundstelle hat der These Nahrung verschafft, dass der *Missbrauch* prozessualer Rechte in bestimmtem Umfang „institutionell mit eingeplant“ sein könne.⁵⁵

Zuvor ist jedoch festzuhalten, dass die Entscheidung, deren Ausführungen ausschließlich der Beantwortung der Vorlagefrage dienen, den „*Rechtsmissbrauch*“ in aller Klarheit beim Namen nennt. Davon, dass ein *Rechtsmissbrauch* – der in der Tat mit der Beantwortung der Vorlagefrage nur wenig zu tun hat, weil eine der Wahrheit zuwider erhobene Verfahrensrüge auch dann möglich bliebe, wenn die Protokollberichtigung aus anderen Gründen ausschiede (z.B. weil sich die Urkundspersonen nicht mehr an den Vorgang erinnern) und es dem Revisionsführer auch bei nachträglicher Tilgung des gerügten Verfahrensfehlers im Protokoll unbenommen bliebe, der Wahrheit zuwider einen Verfahrensfehler zu behaupten – zwingend hingenommen werden müsste, ist an keiner Stelle der Entscheidung die Rede. (Dass aus der mit der Verneinung der Zulässigkeit von Protokollberichtigungen verbundenen Möglichkeit missbräuchlicher Ausnutzung prozessualer Befugnisse kein zwingender Schluss gezogen werden kann, dass die Unzulässigkeit von Protokollberichtigungen nicht dem Willen des Gesetzes entsprochen haben könne, besagt nicht, dass einem *Missbrauch* nicht entgegengetreten werden dürfte.) Im Gegenteil: Wenn das Gericht sagt, dass es sich bei der Ausnutzung dieser Möglichkeit nur um einen „*Missbrauch*“ handeln könne, so bleibt die Frage der Reaktion auf einen solchen *Missbrauch* offen,⁵⁶ und wenn das Gericht den Hinweis auf die dann (aber eben nicht bloß in dieser Lage) gegebene Möglichkeit nicht als

Gegenargument gelten lassen will, so deshalb, weil es augenscheinlich davon ausgeht, dass der „*Missbrauch*“ eines *Rechts* anderweitig in den Griff genommen werden muss und dass dies auch gelingen kann.

Das RG selbst weist sogar darauf hin, dass bereits die Entstehungsgeschichte der Vorschrift mit der Befürchtung des *Missbrauchs* durch den Revisionsführer aufs engste verbunden ist, indem die Entwurfsbegründung ausführte, dass mit der Zulassung anderer Beweise als des Protokolls, „dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben wäre, die Rechtsbeständigkeit des gegen ihn stattgehabten Verfahrens durch leere Ausflüchte auf geraume Zeit in Frage zu stellen“.⁵⁷ Das RG meinte allerdings nur, dass „die zum Entwurf angeführten Gründe für den Ausschluss eines Gegenbeweises“ auch für die jetzt erforderliche Auslegung des § 274 StPO „verwertet“ werden könnten, ohne auf die Frage des *Missbrauchs* noch näher einzugehen.⁵⁸

Zur Geltung von Treu und Glauben, auf die der Oberreichsanwalt hingewiesen hat, wird ausgeführt: Es sei davon auszugehen, „dass das Protokoll den Zwecken der Prozessbeteiligten dienen soll und diese daher berechtigt sein müssen, schon bei der Anfechtung des Urteils das Protokoll zur Richtschnur zu nehmen und sich für die Geltendmachung eines Prozessverstoßes auf den darin beurkundeten Sachverhalt zu berufen“.⁵⁹ Das RG bejaht infolgedessen „ein prozessuales Recht auf unveränderte Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für die Revisionsinstanz“ und dass „demzufolge auch der Revisionsrichter nicht berechtigt sein soll, Berichtigungen des Hauptverhandlungsprotokolls, durch die einer bereits erhobenen und durch das Protokoll bestätigten Rüge die Grundlage entzogen würde, zu berücksichtigen“.⁶⁰ Das ist unrichtig. Bestünde in § 274 StPO wirklich ein „institutionell“ eingeplantes Recht auf Beibehaltung des ursprünglichen Protokollinhalts, wie behauptet wird, dann müsste dieses wohl von Anfang an gelten und nicht erst mit der Erhebung der Prozessrüge, was dann jegliche Berichtigung ausschliesse.⁶¹

Darauf entgegnet das RG: „Die Eigenschaft des Hauptverhandlungsprotokolls als Grundlage für das Revisionsverfahren mag der Vornahme nachträglicher Berichtigungen insoweit nicht entgegenstehen, als die Beurkundungen des Protokolls noch nicht *bestimmungsgemäß* als Grundlage für die Anfechtung des Urteils in Anspruch genommen worden sind.“⁶² Ist aber eine Beschwerde bereits angebracht, so kann nach der vom Gesetze dem Protokolle für das gesamte Revisionsverfahren beigelegten Bedeutung eine dem Beschwerdeführer nachteilige Berichtigung nicht mehr zulässig sein

⁵⁷ So wiedergegeben in RGSt 43, 1, 5.

⁵⁸ RGSt 43, 1, 5.

⁵⁹ RGSt 43, 1, 6.

⁶⁰ RGSt 43, 1, 9.

⁶¹ *Beling*, ZStW 38 (1918), 612, 634.

⁶² Der Satz ist insofern missverständlich als der „*Missbrauch*“ gerade keinen „bestimmungsgemäßen Gebrauch“ darstellen würde, was auch das RG erkennt.

⁵³ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 258.

⁵⁴ RGSt 43, 1, 7.

⁵⁵ *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 237.

⁵⁶ Ebenso wohl auch *Dallinger*, NJW 1951, 256, 258.

und keine Berücksichtigung mehr finden“.⁶³ Richtig ist nur das letztere.⁶⁴ Das folgert es aus der Reziprozität, später auch „notwendiges Gegenstück“⁶⁵ genannt: Es könne „doch unmöglich dem Willen des Gesetzes entsprechen, dass zwar der Beschwerdeführer sich über die Anbringung oder Nichtanbringung einer Prozessrüge und die hierfür maßgebenden Tatsachen innerhalb der ihm gesetzten Frist Klarheit verschaffen und sie schlüssig machen müsste, den Urkundspersonen aber unbeschränkt – auch nach Ablauf jener Frist – gestattet sein sollte, einen im Protokoll beurkundeten Sachverhalt, nachdem sich der Beschwerdeführer für seine Zwecke bereits darauf berufen hat, noch mit Beweiskraft i.S. des § 274 StPO zu ändern“⁶⁶ – zumal, worauf *Gollwitzer* hingewiesen hat,⁶⁷ er wegen des Ablaufs der Revisionsbegründungsfrist umgekehrt gar nicht mehr in der Lage wäre, Verfahrensfehler, die erst das berichtigte Protokoll offenbar werden lässt, noch zu rügen. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Entscheidend ist die Erkenntnis, dass es eben keinen Missbrauch, sondern im Gegenteil einen bestimmungsgemäßen, normzielkonformen Gebrauch der durch § 274 S. 1 StPO eröffneten Möglichkeit des Nachweises eines Verfahrensfehlers darstellt, sich in einem Punkt auf das Protokoll zu stützen, an den man keine (eigene) Erinnerung hat.⁶⁸ Deshalb handelte es sich auch nicht um eine unstatthafte „bloße Protokollrüge“, wenn der Revisionsführer sich dabei auf das Protokoll beruft. Dieses Recht würde man dem Revisionsführer beschneiden und das schutzwürdige Vertrauen in den Fortbestand der Vertrauensgrundlage enttäuschen, wollte man die nachträgliche Protokolländerung für beachtlich halten. Dass die Veränderung der Grundlage der Revision dabei nur zu seinen Ungunsten und nicht auch zu seinem Vorteil einsetzbar wäre, lässt die Unvereinbarkeit einer solchen Berichtigung mit dem Gebot der *Fairness*⁶⁹ und den dafür grundlegenden Prinzipien von *Treu und Glauben* noch deutlicher hervortreten. Im Übrigen ist eine Rechtsordnung gut beraten – und damit gelangt man zu der

⁶³ RGSt 43, 1, 8.

⁶⁴ Siehe oben.

⁶⁵ OGHSt 1, 277, 280; *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 585; dazu auch *Ventzke*, StV 1999, 190, 192 f.

⁶⁶ RGSt 43, 1, 9.

⁶⁷ LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 55.

⁶⁸ Zur Frage, ob ein Rechtsanwalt, der an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat, sich auf das Protokoll berufen darf, noch unten Fn. 268.

⁶⁹ BGH, Beschl. v. 8.8.2001 – 2 StR 504/00 = NJW 2001, 3794 = wistra 2001, 471 = StraFo 2001, 410 = JuS 2002, 198 m. Anm. *Martin* = NStZ 2002, 270, 272 m. Anm. *Fezer* = StV 2002, 525 m. Anm. *Köberer*: „Der von der Rspr. entwickelte Grundsatz, dass... einer zulässig erhobenen Verfahrensrüge nicht nachträglich der Boden entzogen werden darf, basiert letztlich auf Erwägungen, die mit dem Grundsatz eines für den Angeklagten *fairen Verfahrens* zusammenhängen. Fraglich ist allerdings, ob aus dem Gebot des *fairen Verfahrens* auch folgt, dass das Revisionsgericht sehenden Auges einen Verfahrensvorgang unterstellen muß, der so nicht geschehen ist, nur weil das Geschehene sich für den Beschwerdeführer ungünstig auswirkt. Aus dem Grundsatz des *fairen Verfahrens* muß dies jedenfalls dann nicht folgen, wenn der behauptete Verfahrensverstöß in der Sphäre des Angeklagten liegt.“

eingangs erwähnten Möglichkeit zurück – es so einzuordnen, dass schon der *Anschein* einer nachträglichen „Manipulation“ und damit des Missbrauchs der Möglichkeit der Protokollberichtigung (durch das Gericht) vermieden wird. Nach *Gollwitzer* ist es diese Überlegung, die der Rechtsprechung, dass der einmal erhobenen Revision durch die Protokollberichtigung nicht der Boden entzogen werden darf, mindestens „unausgesprochen“ zugrunde liegt.⁷⁰

b) Initiative einer Urkundsperson

Hält eine der beiden Urkundspersonen das Protokoll für richtig, oder erinnert sie sich nicht mehr, so ist eine Berichtigung ausgeschlossen⁷¹ – kann eine Übereinstimmung zwischen den beiden Urkundspersonen nicht erzielt werden, so ist diejenige Urkundsperson, welche das Protokoll für unrichtig hält, berechtigt und – nach Meinung vieler – sogar verpflichtet,⁷² dies in den Akten zu vermerken. Eine solche einseitige Erklärung ist zwar keine Protokollberichtigung mit dem Effekt, dass nunmehr der darin festgestellte Inhalt an der vollen Beweiskraft des Protokolls teilnimmt, sie beseitigt aber die Beweiskraft des alten Protokolls, dessen Inhalt nicht mehr von den beiden Urkundspersonen übereinstimmend bestätigt wird.⁷³ Eine solche einseitige Erklärung kann aber nicht weiter gehen als eine Protokollberichtigung; sie ist daher ebenso wenig wie eine Berichtigung geeignet, einer bereits erhobenen Revision *den Boden* zu entziehen.⁷⁴ Soweit sie einer bereits erhobenen Verfahrensrüge den Boden entziehen würde, ist sie nicht unzulässig, sondern hat „unbeachtet“⁷⁵ zu bleiben, „findet keine Berücksichtigung“.⁷⁶ Dies gilt natürlich erst recht dann, wenn die Urkundsperson (hier der Vorsitzende) nur erklärt, als dass der gerügte Fehler „seiner Erinnerung nach“ nicht vorgekommen (und der Anklagesatz doch

⁷⁰ Vgl. *Gollwitzer*, JR 1980, 518, 519: „dass schon der *Anschein* einer nachträglichen *Manipulation* des Protokollinhalts zu Lasten einer Revisionsbehauptung vermieden werden sollte“, „Vermeidung jeden Anscheins einer nur zur Ausmanövrierung des Rechtsmittels vorgenommenen Protokollkorrektur“; LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 55: „Um schon den *Anschein* einer *Manipulation* zu vermeiden, soll von vornherein jede Möglichkeit ausgeschlossen werden, eine begründete Rüge durch eine nachträgliche Änderung des Protokolls zu Fall zu bringen“.

⁷¹ *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 271 Rn. 23; LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 47.

⁷² *Glanzmann* (Fn. 27), G 34; LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 49.

⁷³ Vgl. *Glanzmann* (Fn. 27), G 33; HK-*Julius* (Fn. 4), § 271 Rn. 7; LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 49; *ders.*, JR 1980, 518, 519; *Pfeiffer* (Fn. 20), § 271 Rn. 7; *Rieß* (Fn. 20), § 13 Rn. 243; *Volk*, § 17 Rn. 27; BGHSt 4, 364; BGH GA 1963, 19; 1970, 240; BayObLG, MDR 1979, 160; krit. etwa *Roxin* (Fn. 3), § 49 Rn. 9 sowie *Ranft*, JuS 1994, 785, 787, wonach (was nicht von der Hand zu weisen ist) § 274 StPO hierdurch in weitem Umfang leerliefe.

⁷⁴ So richtig LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 49; s. auch *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 719; aus der Rspr.: BGHSt 8, 283; 10, 342, 343; 13, 53, 59; BGHR § 274 StPO Beweiskraft 3, 8, 11 = NStZ 1992, 49 = StV 1992, 1.

⁷⁵ BGHR § 274 I StPO Protokollauslegung 1.

⁷⁶ BGH NStZ 1983, 375; zum uneinheitlichen Sprachgebrauch *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 719.

verlesen worden) ist.⁷⁷

Freilich ist dies mit einer Einschränkung zu versehen: Denn der Satz, dass der einmal eingelegten Revisionsrüge weder durch die (nachträgliche) Protokollberichtigung, noch durch die einseitige Erklärung einer Urkundsperson der Boden unter den Füßen weggezogen werden darf, gilt nur für den Fall, dass entsprechende Erklärungen *nach* Anbringung der Verfahrensrüge abgegeben werden (wie regelmäßig erst auf Anfrage des Revisionsgerichts hin, dem sich der Verdacht aufgedrängt hat, es handele sich um eine „unwahre“ Protokollrüge). Diese sind „unbeachtlich“.⁷⁸ Damit ist jedoch noch nicht entschieden, was wäre, wenn entsprechende Erklärungen (etwa auf einen Protokollberichtigungsantrag der Staatsanwaltschaft hin) *vor* Anbringung der Verfahrensrüge abgegeben worden wären. Sofern das Protokoll dann nach Anbringung der Verfahrensrüge geändert würde, würde es zwar einer bereits erhobenen Revision die Grundlage nehmen, das Vertrauen des Revisionsführers, sich auf den unveränderten Fortbestand der Revisionsgrundlage zu verlassen, wäre aber nicht schutzwürdig. Nach der hier vertretenen Ansicht, die auf den Grundsatz von Treu und Glauben abstellt und dabei das allgemeine Missbrauchsverbot berücksichtigt, dürfte das Protokoll hier nicht nur geändert werden – das darf es immer – sondern der geänderte Inhalt auch vom Revisionsgericht zu Grunde gelegt werden. Auch wenn das Protokoll nicht geändert würde, dürfte das Revisionsgericht die Erklärung der Urkundspersonen berücksichtigen, weil die Erklärung *nicht* einer *bereits* erhobenen Verfahrensrüge den Boden entzöge. Eine Rückausnahme ist allerdings zu machen, wenn die Rüge bereits angekündigt worden ist und daraufhin die Erklärung abgegeben wird, bevor die Revisionsrüge erhoben wird.⁷⁹

Umgekehrt – zugunsten des Revisionsführers – eröffnet die einseitige Distanzierung einer Urkundsperson vom Protokollinhalt stets die Möglichkeit des Freibeweises, um der Revision zum Erfolg zu verhelfen. So hat der BGH z.B. die formelle Beweiskraft eines Protokolls mit der Begründung entfallen lassen, dass „der Vorsitzende in der dienstlichen Stellungnahme den Sachvortrag der Revision bestätigt hat und damit insoweit vom Inhalt des Protokolls... abgerückt ist“.⁸⁰ Die Praxis kennt also

⁷⁷ BGH, Beschl. v. 7.12.1999 – 1 StR 494/99 = NStZ 2000, 214.

⁷⁸ BGH, NStZ 1986, 39 – ebenso wie die Erklärung des Staatsanwalts im konkreten Fall, der zwar nicht zu den Urkundspersonen gehört, auf deren Erklärungen es insoweit allein ankommt, der aber selbstverständlich (wie die Urkundspersonen) *verpflichtet* ist, während der Hauptverhandlung und danach auf die Übereinstimmung des Protokolls mit dem wahren Verfahrenshergang hinzuwirken, notfalls durch einen Protokollberichtigungsantrag, der sich – überflüssig zu betonen – selbstverständlich auch zugunsten der bereits eingelegten Revision des Angeklagten auswirken kann.

⁷⁹ Siehe dazu unten 3.

⁸⁰ BGH StV 1988, 45 (s. dazu Schäfer, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 719) für eine Verfahrensrüge des Angeklagten. Dasselbe müßte aber auch für die Verfahrensrüge der Staatsanwalt gelten, gleichviel ob diese zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten eingelegt ist.

durchaus Fälle, in denen sich die Urkundsperson auf eine Verfahrensrüge des Angeklagten hin vom Protokoll distanzieren und so der Rüge erst auf die Sprünge geholfen hat.⁸¹

2. Protokollberichtigungsantrag

Die Protokollberichtigung erfolgt nicht ausschließlich von Amts wegen, sondern kann auch beantragt werden.⁸² Neben dem Angeklagten und der Staatsanwaltschaft sind dazu auch andere Verfahrensbeteiligte berechtigt, wenn sie ein rechtliches Interesse dartun. Über den Antrag entscheidet der Vorsitzende nach Anhörung des Urkundsbeamten.⁸³ Wird die Protokollberichtigung abgelehnt, so ist hiergegen Beschwerde möglich (§ 304 StPO). Die Beschwerde hat jedoch nur Erfolg, wenn die Protokollierung oder Nichtprotokollierung auf einem Rechtsfehler beruht, etwa wenn der Vorsitzende den Vorgang rechtsirrig für nicht protokollierungspflichtig gehalten hat, nicht schon dann, wenn das Protokoll schlicht „falsch“ ist, weil es etwas Geschehenes als nicht geschehen bekundet oder umgekehrt. Das Beschwerdegericht kann den Hergang der Hauptverhandlung nicht rekonstruieren oder darüber etwa selbst Beweis erheben (durch Vernehmung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft oder der Zuhörer oder dergleichen). Eine Beschwerde, die in diese Richtung zielt, wäre unzulässig.⁸⁴

Enthält das Hauptverhandlungsprotokoll nicht die wesentliche Förmlichkeit der Entfernung des Angeklagten (bei einer Zeugenvernehmung) oder Mitangeklagten (bei der Vernehmung eines anderen Mitangeklagten), so kann die Revision wegen der „negativen Beweiskraft“ des Protokolls⁸⁵ nicht darauf gestützt werden, der Angeklagte sei während eines Teils der Hauptverhandlung abwesend gewesen. Zwar ist das Protokoll falsch. Der Ablauf der Hauptverhandlung war aber, so wie sie durch das Protokoll ausgewiesen ist, rechtsfehlerfrei. Wird trotzdem Revision eingelegt und zugleich mit der Revision die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls beantragt, so würde einer bereits eingelegten Revision der Boden „entzogen“, wenn zwar die Berichtigung dahingehend erfolgte, dass der (Mit-)Angeklagte entfernt wurde, wenn aber mit dieser Berichtigung das Protokoll zugleich dahin berichtigt würde, dass dabei alle Förmlichkeiten eingehalten wurden – einschließlich derer, deren Nichteinhaltung der Revisionsführer bereits gerügt hat. Die Rspr. hält das für zulässig.⁸⁶ Der Beschwerdeführer kann auch nach Einlegung der zulässigen Revision nicht verlangen, dass die Protokollierung dieser ebenfalls protokollierungspflichtigen Tatsachen unterbleibt und so ein Rechtsfehler ausgewiesen wird, der nicht stattgefunden hat, selbst wenn dadurch seiner Revision die Grundlage „ent-

⁸¹ Schäfer, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 717.

⁸² OLG Hamburg, NJW 1971, 1326; Ott (Fn. 3), S. 156; Rieß (Fn. 20), § 13 Rn. 244 (zulässig und bescheidungspflichtig).

⁸³ LG Osnabrück, StraFo 1997, 309; OLG Düsseldorf, NStZ 1998, 477, das sogar eine schriftliche Äußerung des Urkundsbeamten voraussetzt (dazu unten).

⁸⁴ Zum Ganzen: Ranft, JuS 1994, 785, 786 f.

⁸⁵ Dazu Beulke (Fn. 3), Rn. 393.

⁸⁶ BGHSt 1, 259; s. Ott (Fn. 3), S. 57 f. m.w.N. aus der Rspr. schon des RG.

zogen“ wird.

Diese – richtige – Ansicht gründet darauf, dass die Revision eine Basis, die ihr entzogen werden könnte, nie gehabt hat.⁸⁷ Vor der Protokollberichtigung stand ihr die negative Beweiskraft des Protokolls entgegen, nach der Protokollberichtigung steht die positive Beweiskraft dem Erfolg der Revision im Wege. Einem derartigen Missbrauch (der Kombination von „unwahrer Protokollrüge“ und Protokollberichtigungsantrag) braucht nicht Folge gegeben zu werden. Ein „Anspruch“, so der BGH, bestehe „nur insoweit, als die Feststellung des Vorganges, wie er sich zugetragen hatte“, unterblieben sei: „Die Revision muss daher die Berichtigung des Protokolls *im ganzen* gegen sich gelten lassen. Sie kann nicht dadurch, dass sie zu einem bestimmten Verfahrenshergange nur eine beschränkte, in dieser Beschränkung ihr allein günstige Berichtigung erstrebt..., einen Revisionsgrund schaffen, der nicht gegeben wäre, wenn eine ordnungsmäßige, den gesamten einheitlichen Hergang umfassende Richtigstellung vorgenommen würde“.⁸⁸ Hätte der Satz, dass einer einmal eingelegten Revision der Erfolg nicht mehr abgeschnitten und nachträgliche Protokollberichtigungen vom Revisionsgericht nur *in bonam partem* und niemals *in malam partem* berücksichtigt werden dürften, allgemeine, vom Grundsatz von Treu und Glauben losgelöste Geltung und wäre das allgemeine Missbrauchsverbot außer Kraft gesetzt, so dürfte es diesen Fall eigentlich nicht geben: Der Beschwerdeführer *hat* Revision eingelegt. Er *hat* Anspruch darauf, dass das Protokoll berichtigt wird. Eine nachträgliche Protokollberichtigung dürfte nur zugunsten des Angeklagten berücksichtigt werden (Entfernung), nicht zu seinen Ungunsten (Einhaltung der Förmlichkeiten).

Dagegen ist es vom Prozessrecht her möglich und geboten, einer *berechtigten* Verfahrensrüge auf dem Umweg über die Protokollberichtigung erst zum Erfolg zu verhelfen, auch das besagt – im Gegenschluss – die Entscheidung: Danach besteht insoweit, wie sich der Vorgang tatsächlich ereignet hat, auch ein prozessualer *Anspruch auf Berichtigung*.⁸⁹ Wenn also beispielsweise der Angeklagte im obigen Beispiel tatsächlich entfernt und danach nicht nach § 247 S. 4 StPO über den wesentlichen Inhalt der in seiner Abwesenheit erstatteten Zeugenaussage belehrt worden wäre,⁹⁰ so hätte der Revisionsführer Anspruch darauf, dass das Hauptverhandlungsprotokoll dahingehend berichtigt würde, dass die Tatsache der Entfernung („positive Beweiskraft“), nicht aber der Unterrichtung („negative Beweiskraft“) darin vermerkt würde. Man kann bei dieser Auslegung des § 274 StPO nicht sagen, dass sie „einseitig“ zum Nachteil des revisionswilligen Beschuldigten oder der Verteidigung ausgeschlagen würde – ganz abgesehen davon, dass dies alles

ganz ebenso für die Staatsanwaltschaft und jeden anderen Revisionsführer zu gelten hat. Es ist heute unbestritten und entspringt einem unbezweifelbaren praktischen Bedürfnis, dass der Beschwerdeführer die Berichtigung des Protokolls *zu seinen Gunsten ohne zeitliche Begrenzung* erreichen kann und die Berichtigung insoweit stets zulässig ist⁹¹ – noch das RG hielt dies keinesfalls für selbstverständlich, sondern hielt eine nach Fertigstellung erfolgte Protokollberichtigung auch *in bonam partem* für nicht berücksichtigungsfähig.⁹² Einen Anspruch auf die Erhaltung von Missbrauchsmöglichkeiten hat aber keine Seite.

Wenn in der Praxis Defizite angeprangert werden und gesagt wird, dass es „kaum etwas Aussichtsloseres“ gebe als einen Protokollberichtigungsantrag,⁹³ dann treffen sie jedenfalls nicht das Prozessrecht. Mit Recht werden die Urkundspersonen sogar für *verpflichtet* gehalten, einen von ihnen erkannten Fehler in der Beurkundung richtig zu stellen, um spätere Rechtsnachteile Dritter zu verhüten.⁹⁴ Für manche stellt es allerdings schon einen „Missbrauch der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 StPO)“, wenn Standardfloskeln verwandt werden, wie z.B.: „Nach einer jeden Zeugenvernehmung wurde der Angeklagte befragt, ob er noch etwas zu erklären habe.“⁹⁵ Dieser Meinung kann schon deshalb nicht beigepflichtet werden, weil kaum zu entscheiden ist, was häufiger vorkommt: dass die vorgeschriebene Frage entgegen der Standardformel im Protokoll unterlassen wurde oder die unbegründete Rüge, dass dem nicht so war.

Im Übrigen lässt sich nicht behaupten, dass die obergerichtliche Rspr. ihr Wächteramt zur Verhinderung von „Missbräuchen“ seitens der Gerichte oder des Vorsitzenden hier etwa vernachlässigte. So hat das OLG Düsseldorf entschieden,⁹⁶ dass der Vorsitzende einen Antrag auf Protokollberichtigung (hier: der Vermerk, der

⁹¹ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257.

⁹² RGSt 8, 141, 143; 17, 346, 348; s. *Ott* (Fn. 3), S. 50 f.

⁹³ *Schneidewin*, MDR 1951, 193, 194: Eine „jahrzehntelange ständige Bearbeitung von Revisionen“ belehre darüber, „dass es kaum etwas Aussichtsloseres gibt als einen Antrag auf Berichtigung des Sitzungsprotokolls im Sinne einer geplanten... Verfahrensbeschwerde“; *Dahs* (Fn. 4), Rn. 884: habe kaum Aussichten; *Ziegert* (Fn. 3), S. 405: in der Praxis selten Erfolg. – Das mag früher durchaus zutreffend gewesen sein, vgl. etwa KG JR 1960, 28 m. Anm. *Dünnebier*, das den Versuch, den Vermerk, die Hauptverhandlung habe öffentlich stattgefunden, durch einen Protokollberichtigungsantrag zu beseitigen, kurzerhand unter Hinweis auf die vom Ermessen des Vorsitzenden abhängige Beurkundungstätigkeit ablehnte (krit. dazu *Schmid*, GA 1962, 353, 355: öffne „Missbräuchen Tür und Tor“); s. auch BGHSt 2, 125, 127, wonach der Angeklagte „so gut wie keine Möglichkeit“ habe, die Berichtigung des Protokolls zu erzwingen.

⁹⁴ OGHSt 1, 277, 278; *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257 – von sich aus wie auf Antrag; so schon *Oetker*, JW 1927, 918; zum Vermerk eines einseitigen Widerspruchs einer Urkundsperson gegen die Richtigkeit des Protokolls siehe oben II.1.b).

⁹⁵ *Hamm*, Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts, 1995, S. 367, 383.

⁹⁶ OLG Düsseldorf, NStZ 1998, 477 = StV 1999, 201 (Leit-satz); vgl. auch schon dass., StV 1985, 359, 360.

⁸⁷ Richtig gesehen von BGHSt 1, 259, 261 – der Revisionsführer spekuliert darauf, dass die beantragte „Protokollberichtigung“ seiner Revision erst zu ihrem „Boden“ verhelfen wird.

⁸⁸ BGHSt 1, 259, 261.

⁸⁹ BGHSt 1, 259, 261.

⁹⁰ Zur Notwendigkeit der Beurkundung der Tatsache der Unterrichtung (nicht ihres Inhalts) in der Sitzungsniederschrift vgl. *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 247 Rn. 17.

Vorsitzende habe die Urteilsformel – in einer Berufungshauptverhandlung – verlesen, wird gestrichen) erst dann ablehnen darf, wenn sich der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle *schriftlich* zu der behaupteten Unrichtigkeit geäußert hat und wenn er, bei eigener Nichterinnerung, weitere Erhebungen wie etwa die Befragung des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, durchgeführt hat, die geeignet sind, ihm den Vorgang möglicherweise ins Gedächtnis zurückzurufen.⁹⁷ Eine am Telefon mündlich eingeholte Erklärung soll dagegen, angeblich „im Interesse der Klarheit“ und um auf diese Weise eine Überprüfung durch das Revisionsgericht zu ermöglichen (in Wahrheit aber wohl um einen möglichen Missbrauch des Ablehnungsrechts zu erschweren), nicht ausreichen.

3. Verstoß gegen Treu und Glauben oder Vorkehrung gegen prozessuale „Arglist“?

Je nachdem, worauf sich der Satz stützt, dass der einmal eingelegten Revision nicht durch die Protokolländerung der Boden entzogen werden darf, ergeben sich Unterschiede in der Reichweite dieser Regel. Die Unterschiedlichkeit in der Betonung entweder des Grundsatzes von „Treu und Glauben“ oder der Befürchtung von Missbräuchen der Protokolländerungsbefugnis hat deshalb Konsequenzen auch für die Frage, ab wann der Grundsatz eingreift, dass einer bereits erhobenen Revision „der Boden nicht mehr entzogen“ werden darf. So kann man auf den Zeitpunkt der Einlegung des Rechtsmittels abstellen,⁹⁸ oder auf den Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht.⁹⁹ Wer auf das Vertrauen des Revisionsführers in die Grundlagen seiner einmal eingelegten Revision abstellt, wird sagen, dass der Rechtsmittelführer sich bereits bei der Einlegung der Revision darauf verlassen können soll, dass eine etwaige Protokollberichtigung sein Rechtsmittel nicht mehr berühre. Wer dagegen eher dem „bösen Schein“ einer mit prozessualer Arglist zur Ausmanövrierung der Revision vorgenommenen Protokollberichtigung und damit des *Missbrauchs* vorbeugen will, wird auf den späteren Zeitpunkt des Eingangs bei Gericht abstellen, weil vor diesem Zeitpunkt eine „Manipulation“ (seitens des Vorsitzenden) zu Lasten der Revision ausgeschlossen werden kann. *Alsberg/Nüse/Meyer* versehen dies jedoch mit einer aufschlussreichen Ein-

schränkung: Allerdings werde man nach der ausdrücklichen Ankündigung des Beschwerdeführers, er werde mit der Revision eine bestimmte Verfahrensrüge erheben, eine Protokollberichtigung für ebenso wirkungslos ansehen müssen wie in dem Fall, dass diese erst nach Eingang der Revision erfolge.¹⁰⁰

Auch in dem Fall, dass die Revision nur angekündigt ist, muss der „Anschein“ entstehen, dass durch die „Manipulation“ des Protokollinhalts einer Rüge der Boden entzogen werden soll. Außerdem erscheint es als ein Gebot der prozessualen *Fairness*, einer angekündigten Prozesshandlung nicht den Erfolg abzuschneiden. Daraus ergibt sich die Anerkennung gewisser „Vorwirkungen“ des Satzes, dass einer Revision nicht durch die Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls der Boden entzogen werden darf, indem dieser Satz nicht nur auf die bereits „erhobene“ sondern auch auf die nur „angekündigte“ Revision bezogen werden kann. Wenn hier im Grundsatz für die zweite Meinung plädiert wird, so nicht deshalb, weil die Meinung vertreten würde, dass der Grundsatz von Treu und Glauben im Strafprozess nicht (niemals) anwendbar wäre¹⁰¹ – zu berücksichtigen ist hier: Wollte man mit der ersten Meinung strikt an den Zeitpunkt der Revisionseinlegung anknüpfen, so wäre auch die oben beschriebene „Vorwirkung“ nicht erreichbar. Denn die bloße Ankündigung einer noch einzulegenden Revision schafft noch kein schutzwürdiges Vertrauen in den Fortbestand der Revisionsgrundlage. Der Fall dürfte freilich selten praktisch relevant werden, in der Praxis scheint es sich vielmehr um einen „Wettlauf“ mit der Zeit zu handeln, in dem es darum geht, wer den Fehler zuerst entdeckt: das Gericht, um noch rechtzeitig eine Protokollberichtigung herbeizuführen oder der Revisionsführer, um auf den Fehler die Revision zu stützen. Für Ankündigungen bleibt da kein Raum.

III. Der Status quo: Behandlung der „unwahren“ Protokollrüge in Rechtsprechung und Literatur

1. Die Nachkriegsrechtsprechung

Durch die Anerkennung des Satzes, dass der einmal eingelegten Revisionsrüge durch die nachträgliche Protokollberichtigung „der Boden nicht mehr entzogen“ werden darf, wird die sog. „unwahre“ Protokollrüge¹⁰² zwar nicht erst ermöglicht, aber doch begünstigt. Darunter wird der Fall verstanden, dass der Revisionsführer, sei er Verteidiger oder Staatsanwalt, einen Verfahrensverstoß rügt, von dem er weiß, dass er nicht stattgefunden

⁹⁷ Vgl. zu letzterem auch SK-Schlüchter (Fn. 20), § 271 Rn. 27 m.w.N.; nach LG Bielefeld, Beschl. v. 10.10.2000 - Qs 546/00 IV = StV 2002, 532 kann die Ablehnung eines Antrags auf Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls mit der Beschwerde (§ 304 StPO) angegriffen werden, wenn der Vorsitzende den Berichtigungsantrag ablehnt, ohne weitere Erhebungen zu veranlassen, die den Vorgang möglicherweise ins Gedächtnis der beiden Urkundspersonen zurückrufen könnten. Zu diesem Zweck seien „alle denkbaren Quellen, die zur Auffrischung des Gedächtnisses der Urkundspersonen dienen könnten“, auszunutzen, insbesondere die Anhörung in der Hauptverhandlung anwesender Verfahrensbeteiligter.

⁹⁸ So z.B. *Ranft*, JuS 1994, 785, 787.

⁹⁹ So etwa LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 56; SK-Schlüchter (Fn. 20), § 271 Rn. 26; jetzt auch *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 887 f. (entgegen der Vorauf., S. 447); *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax., S. 707, 717; zum Streitstand: LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 58.

¹⁰⁰ *Alsberg/Nüse/Meyer*, S. 888; dagegen will LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 58 das „Vertrauen“ des Revisionsführers auf den unveränderten Fortbestand des Protokolls bis zum Eingang der Rüge bei Gericht offenbar auch insoweit nicht für „schutzwürdig“ halten, wie sich a.a.O. (Rn. 58) aus der Verweisung auf die Behandlung der „verfälschten“ Protokollrüge in Rn. 40 ergibt.

¹⁰¹ Ausführlicher *Fahl* (Fn. 1), S. 79 ff.

¹⁰² Terminologie uneinheitlich: *Seibert*, JR 1951, 678 spricht von „unwahrer Verfahrensrüge“; so auch *Dahs*, AnwBl 1951, 90; *Dahs* (Fn. 4), Rn. 885 ff.

den hat. Die Möglichkeit, durch das Protokoll eine Unwahrheit zu beweisen, ergibt sich aus § 274 S. 1 StPO ebenso wie kehrseitig die Unmöglichkeit, einen in Wahrheit geschehenen Verfahrensverstöß zu beweisen, den das Protokoll nicht enthält. Gäbe es den Satz nicht, dass das Protokoll zwar berichtigt, das geänderte Protokoll aber vom Revisionsgericht nicht zum Nachteil der bereits erhobenen Revision berücksichtigt werden dürfte, so könnte zwar ein Verfahrensverstöß noch immer der Wahrheit zuwider behauptet werden, ein solches Vorgehen wäre aber wenig Erfolg versprechend, da mit der Berichtigung (Wiederherstellung der Übereinstimmung von prozessualer und wirklicher Wahrheit) auch die Möglichkeit entfiel, eine Unwahrheit zu beweisen.

Aber auch wenn man die Berücksichtigung der nachträglichen Protokolländerung in der Revisionsinstanz zuließe, bestünde die Möglichkeit, mit Hilfe des Protokolls eine Unwahrheit zu beweisen, noch immer dann, wenn eine Protokollberichtigung aus anderen Gründen nicht vorgenommen werden könnte, etwa weil sich die Urkundspersonen (im Unterschied zum Revisionsführer) nicht an den Vorgang erinnern¹⁰³ oder verstorben sind, und die Möglichkeit, mit Hilfe des falschen Protokolls die Unwahrheit zu beweisen, bestünde selbst dann, wenn das Gesetz den Gegenbeweis gegen die Richtigkeit des Protokolls (über § 274 S. 2 StPO hinaus) zuließe, aber die Beweise nicht ausreichten, um das Gericht von der Unrichtigkeit des Protokolls zu überzeugen. Auch in diesem Fall würde der Revisionsführer mit einer „unwahren Verfahrensrüge“ durchdringen. Es kann sich dabei aber „nur um die Möglichkeit handeln, eine prozessrechtliche Befugnis zu tatsächlich wahrheitswidrigen Zwecken zu missbrauchen.“¹⁰⁴

Diese Stellungnahme des RG lässt nicht nur an die Möglichkeit der *Rügeverwirkung* wegen *Arglist* denken,¹⁰⁵ sondern bereits die Möglichkeit erahnen, die bewusst unwahre Protokollrüge als wegen *Rechtsmissbrauchs* unzulässig anzusehen. Angesichts der Einmütigkeit der Judikatur, die darin einen „Missbrauch“ gesehen hat, ist es in der Tat wenig erstaunlich, dass die Entwicklung bei RGSt 43, 1 nicht stehen geblieben ist. Die schärfste Klinge gegen RGSt 43, 1 führte einer der großen Strafrechtslehrer seines Jahrhunderts, *Ernst von Beling*, er tritt der reichsgerichtlichen Rspr. mit den Worten entgegen, man würde dadurch „dem offensichtlich *schikanösen* Rechtsmittelwerber wider besseres Wissen beispringen und aller Gerechtigkeit und Prozessökonomie zum Trotz das völlig ordnungsgemäße Urteil der Vorinstanz aufheben“ – weiter heißt es: „Das wäre nichts geringeres als eine Prämie für Lüge und Schwindel, für ein Handeln *in*

fraudem legis“.¹⁰⁶ Dennoch hat das RG in zahlreichen Entscheidungen¹⁰⁷ bis zur Entscheidung des Großen Senats v. 11.7.1936 an dieser – heftig umkämpften¹⁰⁸ – Rechtsauffassung festgehalten. In der erwähnten Entscheidung des Großen Senats¹⁰⁹ hat dieser die ältere Rspr. aufgeben, wenn auch mit zweifelhafter¹¹⁰ Begründung: Die bisherige Rspr. erscheine „mit der Grundauffassung der Aufgaben des Strafverfahrens, die im *Dritten Reich* Allgemeingut geworden ist, nicht mehr vereinbar.“ – „Heute ist, mehr noch als früher, der Gedanke in den Vordergrund gerückt, dass es Aufgabe des Strafverfahrens ist, mit möglichster Beschleunigung der Wahrheit und der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen. Hieraus ergibt sich für die Rechtsprechung die Pflicht, dem Fortgang des Verfahrens keine Hindernisse zu bereiten, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben.“¹¹¹

Dieser Auffassung haben sich die Zivilsenate des RG angeschlossen.¹¹² Nach dem Krieg bot sich ein uneinheitliches Bild, das zugleich „ein erhellendes Beispiel“ für strafrechtliche Vergangenheitsbewältigung abgibt.¹¹³ Während das OLG Kassel zu den von den Vereinigten Strafsenaten in RGSt 43, 1 aufgestellten Grundsätzen zurückkehrte,¹¹⁴ nahm das OLG Braunschweig¹¹⁵ die Entscheidung des Großen Senats gegen den Vorwurf nationalsozialistischen Denkens in Schutz: „Die Entwicklung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung zu der zur Erörterung stehenden Frage hat hiernach nichts mit der Beeinträchtigung der Rechte des Angeklagten zu tun, die in gewissen nationalsozialistischen Gesetzen ihren Niederschlag gefunden“ habe, sondern sei „vielmehr ein Glied in der Kette“ einer allgemeinen geistigen Entwicklung.¹¹⁶

Dass eine Entscheidung nationalsozialistisches Gedankengut enthält, macht die darin enthaltene Rechtsauffassung jedenfalls nicht *per se* unvertretbar. Auch *Dallinger* schreibt, die Entscheidung des Großen Senats sei „zwar bedauerlicherweise da und dort durch nationalsozialistische Floskeln verbrämt“,¹¹⁷ aber man dürfe *Niethammer*¹¹⁸ vollen Glauben schenken, wenn er berich-

¹⁰³ RGSt 43, 1, 5 spricht von der „Unsicherheit des menschlichen Erinnerungsvermögens im allgemeinen“ und „desjenigen solcher viel und gleichartig beschäftigter Urkundspersonen im besonderen“.

¹⁰⁴ So richtig RGSt 43, 1, 6; s. auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 601 f.: „muß jedoch betont werden, dass eine solche Rüge letztlich *einen* Rechtsmissbrauch darstellt“.

¹⁰⁵ So nunmehr tatsächlich BGH StV 1999, 189 m. Anm. *Ventzke*.

¹⁰⁶ *Beling*, JW 1925, 2790; s. schon *dens.*, ZStW 38 (1918), 612, 632 ff.

¹⁰⁷ RGSt 59, 429; 63, 408, 410.

¹⁰⁸ Vgl. etwa *Mannheim*, JW 1925, 2818 f.; *Niethammer*, SJZ 1948, 191, 194; *ders.*, DRZ 1949, 451; *Oetker*, JW 1927, 918; *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1260 – weiter Nachw. bei LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 271 Rn. 55, Fn. 104.

¹⁰⁹ RGSt 70, 241 = JW 1936, 2654 m. Anm. *Jonas*, JW 1936, 3009 = DJ 1936, 1299 m. Anm. *Schafheutle*.

¹¹⁰ *Ventzke*, StV 1999, 190, 193.

¹¹¹ RGSt 70, 241, 242 f.

¹¹² RGZ 164, 359.

¹¹³ So jedenfalls *Ventzke*, StV 1999, 190, 193.

¹¹⁴ OLG Kassel, SJZ 1947, 443 = HEST 1, 118.

¹¹⁵ OLG Braunschweig, SJZ 1948, 210 – dazu *Niethammer*, SJZ 1948, 191 ff.

¹¹⁶ OLG Braunschweig, SJZ 1948, 210 f.; s. auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 609: zweifellos „nicht Ausdruck speziell nationalsozialistischen Gedankenguts“.

¹¹⁷ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 258.

¹¹⁸ *Niethammer*, DRZ 1949, 451 f.

te, dass der Beschluss aufgrund sorgfältiger Abwägung zustande kam: „Maßgebend für die Entscheidung des Großen Senats waren Erfahrungen, die sich in den vergangenen Jahrzehnten angesammelt hatten und gebieterisch dazu drängten, die im Beschluss der Vereinigten Senate ausgesprochene Ansicht aufzugeben. Die starre Gebundenheit an den zur Zeit der Erhebung einer Verfahrensbeschwerde gegebenen Inhalt der Sitzungsniederschrift war von den Beschwerdeführern immer wieder *missbraucht* worden.“

Der OGH der Britischen Zone ist aber – mit Urteil vom 1.2.1949 – zur alten Rspr. zurückgekehrt.¹¹⁹ Die RGSt 70, 241 tragende Argumentation, so „bestechend“ sie auch sei, nehme dem § 274 StPO „einen guten Teil seiner vom Gesetzgeber gewollten Bedeutung und Tragweite“. Er argumentierte: „So kann auch der ärgste und offensichtlichste Verfahrensverstöß vom Revisionsgericht nur berücksichtigt werden, wenn er rechtzeitig in der vorgeschriebenen Form gerügt ist. Ist dies nicht geschehen, so ist der Fehler für das Revisionsgericht nicht vorhanden... Dass sich umgekehrt die Prozessbeteiligten auf einen Verfahrensfehler berufen dürfen, der nach dem Protokoll als vorhanden anzusehen ist, mag er auch in Wahrheit nicht bestehen, ist das notwendige Gegenstück“.¹²⁰ Es sei „durchaus auch der Fall denkbar“, dass der Beschwerdeführer „in gutem Glauben an die Richtigkeit des Sitzungsprotokolls“ die Verfahrensrüge erhebe und dass die Urkundspersonen bei der Berichtigung einer „Täuschung“ unterlägen.¹²¹ – Weiter heißt es, wie zur Beruhigung eines unguuten Gefühls mit dem Ergebnis der eigenen Auslegung: „Im Ergebnis ist jedoch nicht zu besorgen, dass die Gerechtigkeit Schaden leidet. Denn selbst bei *missbräuchlicher* Ausübung der Befugnis erreicht der Beschwerdeführer nur, dass der Sachverhalt nochmals unter gewissenhafter Beachtung aller sachlichen und verfahrensrechtlichen Vorschriften erörtert und gerecht entschieden wird“.¹²² Doch das ist ein allzu „schöngefärbtes“ Bild. In Zeiten, in denen die „Konfliktverteidigung“ auf Zermürbung und Abschluss des Verfahrens durch „Deal“ setzt, wird das Prozessieren zum Selbstzweck. Außerdem muss dem OGH „entgegeng gehalten werden, dass die beträchtliche Verzögerung... und die dadurch bedingte Verwässerung der Beweismittel nicht unbeachtet bleiben darf“,¹²³ und schließlich: „Diese Bemerkungen können nur dahin verstanden werden, dass die zwar auf das Protokoll gestützte, aber bewusst wahrheitswidrige Behauptung eines Verfahrensfehlers als *Missbrauch* angesehen wird“.¹²⁴

Der BGH hat sich bald nach seiner Einrichtung, schon im zweiten Band der Amtlichen Sammlung, mit dem bereits erwähnten Urteil vom 19.12.1951 dem OGH angeschos-

sen.¹²⁵ Dort sagt er: „Die außergewöhnliche Beweiskraft der Sitzungsniederschrift hat zur Folge, dass kein Prozessbeteiligter sich auf einen tatsächlich unterlaufenen Verfahrensfehler mit Erfolg berufen kann, wenn er in ihr nicht enthalten ist. Der Beschwerdeführer hat so gut wie keine Möglichkeit, deren Berichtigung zu erzwingen. Umgekehrt muss aber dann auch dem Beschwerdeführer das *Recht* eingeräumt werden, einen aus dem Protokoll ersichtlichen – in Wahrheit nicht vorliegenden – Mangel zur Begründung seines Rechtsmittels zu verwerten ...“¹²⁶

Das entspricht der Argumentation von der Reziprozität in RGSt 43, 1, 9 bzw. vom „notwendigen Gegenstück“ in OGHSt 1, 277, 280, geht aber über jene Entscheidungen (scheinbar) hinaus, in deren Tradition sich das Gericht sieht.¹²⁷ Vom *Missbrauch*, wie in beiden genannten Entscheidungen, ist darin nicht mehr die Rede. Während es in der reichsgerichtlichen Entscheidung noch geheißt hatte, dass „von einem *Rechte* auf Geltendmachung einer Unwahrheit... nicht gesprochen werden“ könne, es sich vielmehr nur um einen *Missbrauch* handeln könne,¹²⁸ spricht der BGH nunmehr von einem „Recht“, einen „in Wahrheit nicht vorliegenden“ Mangel zur Begründung des Rechtsmittels heranzuziehen. Warum der BGH von dieser zutreffenden Qualifikation abrückt, wird aus der Entscheidung nicht ersichtlich. Das zur Begründung angeführte Argument, dass der Beschwerdeführer „so gut wie keine Möglichkeit“ habe, die Berichtigung des Protokolls zu erzwingen, ist jedenfalls falsch¹²⁹ und war schon damals unhaltbar angesichts einer Rspr., die dem Beschwerdeführer einen prozessualen Anspruch auf Protokollberichtigung gewährt¹³⁰ und die Urkundspersonen darüber hinaus sogar für verpflichtet hält, von sich aus einen von ihnen erkannten Fehler in der Beurkundung richtig zu stellen.

Für den BGH ist entscheidend, dass er „sich der nachträglichen Änderung“ des in der Niederschrift dargelegten und für alle Beteiligten maßgeblichen Sachverhalts „widersetzen“ können¹³¹ und dass er „gegen eine nachträgliche Beseitigung des Mangels durch Protokollberichtigung gesichert sein“ müsse.¹³² Das ist aber

¹²⁵ BGHSt 2, 125, 126 = NJW 1952, 432 = JZ 1952, 280 – schon in BGHSt 1, 259, 260 findet sich ein Hinweis auf OGHSt 1, 277, ohne dass die Kritik indes verstummte, vgl. *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1260.

¹²⁶ BGHSt 2, 125, 127 – dagegen nennt BGHSt 36, 354, 358 dies eine „bedenkliche Konsequenz“, wörtlich: „Sachverhalte, die auf Grund der formellen Beweiskraft der Sitzungsniederschrift unwiderlegbar zu vermuten sind, brauchen der wahren Sachlage nicht zu entsprechen. Das ist eine bedenkliche Konsequenz der Vorschrift des § 274 StPO...“.

¹²⁷ Beide Entscheidung werden in BGHSt 2, 125, 126 angeführt.

¹²⁸ RGSt 43, 1, 6; dagegen sprechen *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 585 von einem „*Recht* der Verteidigung zur unwahren Verfahrensrüge“, das noch dazu „sakrosankt“ sein soll – eine Auffassung, die nach *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 726, Fn. 136 „einer weiteren Erörterung nicht bedarf“.

¹²⁹ *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 717 („sehr zweifelhaft“).

¹³⁰ BGHSt 1, 259, 261; siehe dazu oben II.2.

¹³¹ BGHSt 2, 125, 126; so bereits RGSt 43, 1, 9.

¹³² BGHSt 2, 125, 127.

¹¹⁹ OGHSt 1, 277 = NJW 1949, 434 = SJZ 1949, 794.

¹²⁰ OGHSt 1, 277, 279 f.

¹²¹ OGHSt 1, 277, 280 – gemeint ist wohl: einem Irrtum unterliegen. Denn wer sollte sie schon (arglistig?) täuschen, etwa die Staatsanwaltschaft?

¹²² OGHSt 1, 277, 282.

¹²³ Zutreffend *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257.

¹²⁴ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 258.

eine ebenfalls aus dem *Gebot von Treu und Glauben*, der *Fairness* und dem *Rechtsmissbrauchsverbot* – Missbrauch des in der StPO nicht erwähnten, aber durch Lückenfüllung zu schließenden¹³³ Rechts zur Berichtigung des Protokolls – begründbare Forderung, der mit dem BGH und der h.M. in der Lit. vorbehaltlos zugestimmt werden kann.¹³⁴ – „Andernfalls liefe die Regelung... auf eine Benachteiligung des Beschwerdeführers hinaus, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann... Er wäre der Gefahr ausgesetzt, durch eine nachträgliche Änderung des Protokolls eine nach dessen Inhalt begründete und auch nach den tatsächlichen Vorgängen der Hauptverhandlung berechnete Verfahrensrüge zu verlieren.“¹³⁵ Das ist aber ein ganz anderer Aspekt. Über die arglistige Erhebung einer „unwahren“ Protokollrüge besagt das Urteil, liest man es genau, nichts. Auch das „Recht“, einen „aus dem Protokoll ersichtlichen – in Wahrheit nicht vorliegenden – Mangel zur Begründung seines Rechtsmittels zu verwerten“ besagt, genau genommen, nichts Gegenteiliges. Denn es ist ja, worauf der OGH hingewiesen hat, „durchaus auch der Fall denkbar“, dass der Beschwerdeführer „in gutem Glauben an die Richtigkeit des Sitzungsprotokolls“¹³⁶ einen Verfahrensmangel rügt, der in Wahrheit nicht vorliegt.

Es verbietet also nicht, dem Missbrauch des Rügerechts entgegenzutreten. Für das Gericht waren jenseits der missbräuchlichen Rüge liegende Gesichtspunkte wie „das Nachlassen des Gedächtnisses der Urkundspersonen und die damit verbundene Unsicherheit der Erkenntnis, was sich in der Hauptverhandlung wirklich ereignet hat“, maßgebend.¹³⁷ So wird zu dem Einwand, dass das Revisionsgericht dann gezwungen sei, „seiner Entscheidung einen unzutreffenden Sachverhalt zugrunde zu legen“,¹³⁸ ausgeführt: „Es steht eben dann nicht fest, was der Wirklichkeit entspricht.“ – „Im Regelfall lässt sich das auch nicht zuverlässig feststellen. Sehr häufig werden einander widersprechende Behauptungen – der anderen Seite – vorliegen, die es dem Revisionsgericht unmöglich machen, über die tatsächlichen Vorkommnisse ein klares Bild zu gewinnen.“¹³⁹

2. Die Literatur

Die Rspr. ist allerdings anders verstanden worden. So meint *Kempf* feststellen zu können, dass es „jedenfalls zwischenzeitlich einhellige Auffassung“ ist, „dass die Rüge von Verfahrensverstößen, die sich aus dem Protokoll ergeben, sich in Wirklichkeit aber nicht zugetragen haben, zulässig ist“;¹⁴⁰ *Dahs* meint, nach heute herr-

schender Auffassung brauche sich der Verteidiger davor „nicht zu scheuen“,¹⁴¹ und *Hamm* schreibt, dass man sich „getrost“ auf einen solchen Verfahrensverstoß stützen dürfe.¹⁴² In der Tat scheint die h.M. im Schrifttum davon auszugehen, dass die „bewusst“ unwahre Protokollrüge weder „unzulässig“ noch „standeswidrig“ sein könne.¹⁴³ Das war nicht immer so, der mit Recht als ständige Rspr. des Bundesgerichtshofes¹⁴⁴ zu bezeichnende Satz, dass das Revisionsgericht eine Protokollberichtigung nicht berücksichtigen darf, wenn sie einer erhobenen Verfahrensrüge nachträglich die tatsächliche Grundlage entziehen würde, verdeckt auch hier eine bis heute nicht geklärte Kontroverse, in deren Mittelpunkt die Frage steht, ob der Anwalt „lügen“ darf.¹⁴⁵

Dahs meint, die Wahrheitspflicht des Verteidigers sei damit nicht nur „nicht verletzt“, sondern sie werde „geradezu in ihr Gegenteil, nämlich die Verpflichtung zur Unwahrheit verkehrt“: Für *Dahs* handelt es sich hier um einen Bereich „in dem der Verteidiger nach Herzenslust... lügen darf – und muss“.¹⁴⁶ Als erster hat *Cüppers* den Charakter der unwahren Tatsachenbehauptung als „Lüge“ in Zweifel zu ziehen versucht.¹⁴⁷ Das Gesetz zwingt den Anwalt wider besseres Wissen, das Gegenteil dessen zu behaupten, was sich zugetragen habe, da sonst seine Revision nicht durchdringe. Viele Anwälte stünden

¹⁴¹ *Dahs* (Fn. 4), Rn. 886.

¹⁴² *Hamm* (Fn. 20), § 10 Rn. 121.

¹⁴³ Für Zulässigkeit: *Beulke* (Fn. 55), S. 156 f.; *ders.*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 1989, Rn. 114 f., 291; *ders.*, Roxin-FS, S. 1173, 1193 f.; *Cüppers*, NJW 1950, 930 ff.; *ders.*, NJW 1951, 259; *Dahs/Dahs*, Rn. 490; *Dahs* (Fn. 4), Rn. 885 ff.; *ders.*, StraFo 2000, 181, 185; *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 584 f.; *Glanzmann* (Fn. 27), G 35; *Hamm* (Fn. 20), § 10 Rn. 121; *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110; *ders.*, Cüppers-FS, S. 179, 242 ff.; *Kempf* (Fn. 140), § 1 Rn. 60 a.E.; *KK-Laufhütte* (Fn. 3), vor § 137 Rn. 13 (prozessual auf jeden Fall wirksam und auch standesrechtlich zulässig); *Krekel*, NSTZ 1989, 146, 15; *Pfeiffer*, DRiZ 1984, 341, 347; *Rieß* (Fn. 20), § 13 Rn. 145; *Schäfer* (Fn. 3), Rn. 1814; *ders.*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 725 ff. (der sich letztlich gegen die Errichtung einer „Rügebarrriere“ ausspricht); *Schlothauer*, StraFo 2000, 289, 293; *Schmid*, DtRpfl 1962, 301, 304; *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 601; *Ziegert* (Fn. 3), S. 405; tendenziell befürwortend auch *Schneidewin*, MDR 1951, 193 ff.; *Seibert*, JR 1951, 678 f.; *Ventzke*, StV 1999, 190, 192 f.; *Peters* (Fn. 20), § 75 III 3b, S. 654, der die Rüge in das Ermessen des Beschwerdeführers stellen will – unter Berufung auf *Sarstedt/Hamm* (Fn. 3), Rn. 177; skeptisch *Eb. Schmidt* (Fn. 20), vor § 137 Rn. 26; die Zulässigkeit verneinend: *Dahs*, AnwBl 1951, 90; *Dallinger*, NJW 1951, 256 ff.; vgl. auch *Jescheck*, GA 1956, 97, 119 sowie *Ranft*, JuS 1994, 867 f.: standeswidrig; a.A. *Feuerich/Braun*, § 43a BRAO Rn. 42; *Henssler/Prütting-Eylmann*, § 43a BRAO Rn. 96.

¹⁴⁴ So BGHSt 34, 11, 12; zuletzt BGH, Beschl. v. 21.7.1999 – 3 StR 268/99 = StV 1999, 585.

¹⁴⁵ Siehe dazu (kurz) *Fahl* (Fn. 1), S. 89 f.

¹⁴⁶ *Dahs*, StraFo 2000, 181, 185; abl. *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 602.

¹⁴⁷ *Cüppers*, NJW 1950, 930 mit Erwiderung *Dallinger*, NJW 1951, 256 ff. und *Schneidewin*, MDR 1951, 193 ff. – Schon der Titel „Gesetzlicher Zwang zur Lüge?“ scheint andeuten zu wollen, dass das, was das Gesetz verlange, keine „Lüge“ sein könne.

¹³³ Vgl. dazu ebenfalls BGHSt 2, 125, 125 und RGSt 43, 1, 4; ausf. *Ott* (Fn. 3), S. 130 ff.

¹³⁴ Siehe dazu bereits oben II.

¹³⁵ BGHSt 2, 125, 127.

¹³⁶ OGHSt 1, 277, 280.

¹³⁷ Vgl. BGHSt 2, 125, 128.

¹³⁸ BGHSt 2, 125, 127 a.E.

¹³⁹ BGHSt 2, 125, 128.

¹⁴⁰ *Kempf*, in: Strafverteidigung in der Praxis, 2. Aufl., 2000, § 1 Rn. 60; ebenso *Grüner*, Über den Missbrauch von Mitwirkungsrechten und die Mitwirkungspflichten des Verteidigers im Strafprozeß, 2000, S. 56; einschränkend *Rieß* (Fn. 20), § 13 Rn. 241 („derzeit noch“).

hier vor einem „Gewissenskonflikt“.¹⁴⁸ Cüppers sagt: „Es ist richtig, dass bei oberflächlicher Betrachtung diese Situation als moralisch in höchsten Maße bedenklich betrachtet werden kann“. Aber er kommt zu dem Ergebnis, diese der Wahrheit nicht entsprechende Behauptung sei keine „Lüge“ und derogiert damit den „angeblichen Gewissenskonflikt“ gleich wieder: „Die Antwort ist: Ein solcher Konflikt besteht überhaupt nicht, da die Vorbringung einer sog. Verfahrensrüge, die der objektiven Wahrheit nicht entspricht, niemals eine Lüge ist“,¹⁴⁹ weil § 274 StPO eine „praesumptio juris et de jure“ oder – wenn man noch einen Schritt weiter gehen wolle – eine „gesetzliche Fiktion“ aufstelle,¹⁵⁰ bei der die „Wahrheit“ in dem Maße keine Rolle mehr spiele, in dem sie durch das Protokoll zur beweiskräftig feststehenden Wahrheit verändert werde. „Das Ergebnis ist also: wer eine verfahrensrechtliche Rüge erhebt, behauptet trotz des äußeren Anscheins nicht, dass der verfahrensrechtliche Verstoß tatsächlich begangen worden sei“.¹⁵¹ Aber das ist nicht richtig – es wäre nur dann richtig, wenn der gerügte Verfahrensfehler nicht mit Bestimmtheit als geschehen behauptet werden müsste. Das ist aber gerade nicht der Fall.¹⁵² Es ist gerade die Unzulässigkeit der sog. „bloßen“ Protokollrüge, die den „Gewissenskonflikt“ heraufbeschwört und den Anwalt zu der Behauptung zwingt, „dass der verfahrensrechtliche Verstoß tatsächlich begangen worden sei“. Die Rüge des – tatsächlich – vorgekommenen „Verfahrensfehlers“, nämlich des falschen Eintrags im Protokoll, ist eben nicht genügend. Mit dieser Rspr. zur „bloßen“ Protokollrüge setzt sich Cüppers in Widerspruch.¹⁵³

Die apodiktische Behauptung, „die Vorbringung einer sog. Verfahrensrüge, die der objektiven Wahrheit nicht entspricht“, sei keine Lüge, ist unhaltbar – dass sie „niemals eine Lüge“ sei, ist nicht einmal bei Billigung des Ausgangspunktes aufrechtzuerhalten, so kann die Behauptung, ein (in Wahrheit entgegen dem Protokoll nicht) vereidigter Zeuge sei bereits wegen Hehlerei oder Begünstigung hinsichtlich der gegenständlichen Tat verurteilt worden, es habe also ein Vereidigungsverbot be-

standen (§ 60 Nr. 2 StPO), selbstverständlich erlogen sein.¹⁵⁴ Zu Recht erteilt der ältere *Dahs* allen Versuchen eine Absage, „den Charakter der beanstandeten Unwahrheit als einer Lüge in Zweifel zu ziehen“.¹⁵⁵ Dass das Revisionsgericht durch die von ihm vielfach vermutete Kenntnis des wahren Prozessgeschehens häufig nicht getäuscht werde, ändere daran nichts.¹⁵⁶ Cüppers argumentierte, dass der Revisionsrichter das Vorbringen nicht für „wahr“ halten und der Rüge diese Bedeutung nicht beimessen müsse; „er weiß sogar möglicherweise aus eigener Anschauung, dass sie falsch ist, etwa weil er gerade bei dieser Verhandlung... als Zuhörer anwesend war“.¹⁵⁷ Aber das ist irrelevant, da der Zwang, einen unrichtigen Sachverhalt zugrunde legen zu müssen, nicht durch die Erregung eines „Irrtums“, sondern durch die Unwiderlegbarkeit der gesetzlichen Beweisregel ausgelöst wird.¹⁵⁸

Schließlich ist es keinesfalls so, dass § 274 StPO die Kraft hätte, aus Unwahrheit „Wahrheit“ zu machen. Bei § 274 StPO handelt es sich nicht um eine „Fiktion“, sondern um eine „gesetzlichen Vermutung“, eine Beweisregel (mit stark eingeschränkter Widerlegbarkeit), deren Wirkung nicht auf die Ebene der Tatsachen übertragen werden darf.¹⁵⁹ Der rechtliche „Mechanismus“ der Beweisregel wird nur in Gang gesetzt, wenn eine entsprechende Behauptung aufgestellt wird.¹⁶⁰ Ob der Anwalt dies tut, hängt von ihm ab.¹⁶¹ Häufig kann man nicht alles beweisen, was mit gutem Gewissen behauptet werden dürfte. Hier liegt es umgekehrt. Man kann u.U. mehr beweisen, als man mit gutem Gewissen behaupten darf.¹⁶² *Dallinger* gibt zu bedenken, dass ein Gewissenskonflikt nur für denjenigen bestehe, der mit seiner Revision um jeden Preis durchdringen wolle, und hält folgende Weisheit für unverbrüchlich: „Sicherlich darf der Anwalt nicht alles tun, was ihm ermöglichen würde, mit einer Revision durchzudringen“.¹⁶³ Kurz: „Der Zweck heiligt nicht die Mittel“.¹⁶⁴ Das meinte auch *Dahs*.¹⁶⁵

¹⁵⁴ Vgl. auch schon *Schneidewin*, MDR 1951, 193.

¹⁵⁵ *Dahs*, AnwBl 1951, 90; ebenso *Beulke* (Fn. 55), S. 157.

¹⁵⁶ *Dahs*, AnwBl 1951, 90, 91.

¹⁵⁷ *Cüppers*, NJW 1950, 930, 932.

¹⁵⁸ So auch *Dahs*, AnwBl 1951, 90, 91.

¹⁵⁹ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257; vgl. auch *Dahs*, AnwBl 1951, 90: keine „Fiktion“; *Kühne* (Fn. 3), Rn. 973 („Beweisregel“) – siehe aber auch RGSt 43, I, 6: Indem das Protokoll „vollen und unwiderleglichen Beweis“ liefere, werde „gewissermaßen ein Sachverhalt geschaffen, der Kraft gesetzlicher Vorschrift als *Tatsache* zu behandeln ist“; (zust.) zit. u.a. bei *Grüner* (Fn. 140), S. 56.

¹⁶⁰ So *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257; *Schneidewin*, MDR 1951, 193, Fn. 1: Für die einzelne Beurkundung werde also die Vorschrift „erst in dem Augenblick lebendig“, in dem eine ihren Gegenstand betreffende Rüge erhoben werde.

¹⁶¹ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257 mit dem Bemerkten, er wird daher „zu prüfen haben, ob er die Behauptung verantworten“ könne.

¹⁶² *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257.

¹⁶³ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 256.

¹⁶⁴ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257. – *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110, 112 wehrt sich dagegen, dass hier der Zweck ein unlauteres Mittel heilige: „Das Mittel ist nicht unlauter, seine Anwendung ist durch die Wahrheit schaffende Kraft des Gesetzes richtig und erlaubt.“

¹⁴⁸ Dabei erkannte doch schon *Binding*, DJZ 1909, 161, 163, dass ein Gewissen, das zur Lüge nötig, das Gegenteil eines Gewissens ist.

¹⁴⁹ *Cüppers*, NJW 1950, 930, 931; ähnl. *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110; *ders.*, Cüppers-FS, S. 179, 243; in diesem Sinne auch *Dahs*, StraFo 2000, 181, 185, der den „absoluten“ mit dem „prozessualen“ Wahrheitsbegriff kontrastiert, die Wahrheit des Revisionsverfahrens sei eine „Rechts-Wahrheit“; zust. *Ventzke*, StV 2001, 101, 103; vgl. auch *Schlothauer*, StraFo 2000, 289, 293 („hier maßgebliche prozessuale Wahrheit“) – *Ranft*, JuS 1994, 867, 868 nennt das „höchst bedenklich“.

¹⁵⁰ *Cüppers*, NJW 1950, 930, 932; ähnlich *Schmid*, Dtrpfl 1962, 301, 304; *Dahs*, StraFo 2000, 181, 185 spricht von einer „virtuellen“ Existenz des Verfahrensvorgangs.

¹⁵¹ *Cüppers*, NJW 1950, 930, 932.

¹⁵² *Dahs*, StraFo 2000, 181, 185 schreibt, die Revisionsgerichte bestrafen „derartige Relikte von Wahrheitsliebe mit unnachsichtiger Strenge“.

¹⁵³ Wie hier *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257; *Pfeiffer*, DRiZ 1984, 341, 347; *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 598 – skeptisch zu diesen „Kunstgriff“, „der erst die Verbindung zwischen unwahrer Prozeßrüge und standesrechtlichem Lügeverbot“ herstelle, *Grüner* (Fn. 140), S. 56.

Auch wäre es falsch, zu behaupten, dass der Verfahrensablauf schon vor der Rüge unabänderlich feststehe. Das Sitzungsprotokoll kann schließlich von den Urkundspersonen noch mit für das Revisionsgericht beachtlicher Wirkung geändert – berichtigt – werden.¹⁶⁶ Die Möglichkeit hierzu geht, wie die Rspr. zu Recht erklärt hat, erst „in dem Augenblick verloren, in dem eine in tatsächlicher Beziehung durch das Sitzungsprotokoll gestützte Verfahrensrüge erhoben“ wird. „Es ist schon ein Unterschied, ob sich der Verteidiger mit seiner Rüge auf den Boden verfahrensrechtlich bereits unverrückbar festliegender Tatsachen stellt oder ob er, der „objektiven Wahrheit“ zuwider, diese Unverrückbarkeit erst schafft.“¹⁶⁷ Der Meinung von *Cüppers* kann daher nicht beigepflichtet werden. Es müsste dem Unbefangenen in der Tat scheinen, als feiere, wie *Dallinger* es ausdrückte, der „Formalismus“ Triumphe: „Das Sitzungsprotokoll ist, obwohl unrichtig, unwiderlegbar und kann nicht (mehr) geändert werden. Der Anwalt ist berechtigt, wenn nicht gar verpflichtet, einen gar nicht unterlaufenen Fehler zu rügen, an den weder er sonst noch jemand glaubt. So wird infolge eines geheimnisvollen juristischen Zaubers ein vollkommen ordnungsgemäßes Verfahren zu nichte“.¹⁶⁸

Auch *Eb. Schmidt* erhebt im Lehrkommentar Bedenken: „Dass in obigem Fall der Anwalt... bewusst *lügt*, kann nicht geleugnet werden mit der Behauptung, das Protokoll schaffe die vom Anwalt behauptete Tatsache.“¹⁶⁹ Doch die Frage, ob der Anwalt „lügen“ darf,¹⁷⁰ ist in Wahrheit zweitrangig. *Jescheck* hält die wissentlich unwahre Protokollrüge aus diesem Grunde für „standeswidrig“.¹⁷¹ Doch das ist keine Lösung des Problems. Zwar wird im Regelfall der Anwalt Revision einlegen (§ 345 II StPO), doch kann auch der Beschuldigte selbst die Revision zu Protokoll der Geschäftsstelle anbringen – und dabei den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle „belügen“ oder ihm die Wahrheit gestehen und dennoch auf die Erhebung der Rüge bestehen. Dann würde der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle „lügen“, wenn er die entsprechende Rüge in der notwendigen Form (Bestimmtheit der Tatsachenbehauptung) anbringt. Schließlich kann auch die Staatsanwaltschaft Revision einlegen.

Die Frage ist nicht, ob der Anwalt oder der Beschuldigte oder der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle oder der Staatsanwalt „lügen“ dürfen, sondern ob sie eine vom Prozessrecht ihnen gegebene Möglichkeit oder Befugnis (einen Verfahrensfehler zu behaupten und zu beweisen) zu einem dafür nicht vorgesehenen Zweck *missbrauchen*

dürfen. Das behauptet die These, der zufolge der „Missbrauch“ der Protokollrüge bei § 274 I StPO „institutionell mit eingeplant“ sei.¹⁷² Denn dass es sich um einen „Missbrauch“ handelt, ist unbestreitbar.¹⁷³ Die Verfahrensrüge ist dazu da, geschehene Verfahrensfehler zu korrigieren. Sie ist nicht dazu geschaffen worden, Urteile aufgrund von Verfahrensfehlern zu kippen, die nicht vorgekommen sind. Auch § 274 I StPO hat nicht den Zweck, der Behauptung einer Unwahrheit in Form der „Rüge wider besseres Wissen“ Vorschub leisten – das zu behaupten, wäre barer Hohn – allenfalls kann man sagen, dass diese Möglichkeit in § 274 I StPO um dezentwillen in Kauf genommen wird, dass ein aus dem Sitzungsprotokoll ersichtlicher Verfahrensfehler auch dann gerügt und bewiesen werden kann, wenn der Revisionsführer sich an den Vorgang nicht erinnert und deshalb unwissentlich die Unwahrheit behauptet.

Auch *Cüppers* verwarft sich als Kammervorstandsmitglied gegen den Vorwurf, dem „Missbrauch“ das Wort reden zu wollen.¹⁷⁴ Nur versteht er darunter etwas anderes: Er betont „dass an keiner Stelle meines Aufsatzes die These verteidigt wäre, dass auch ein *Missbrauch* des formellen Rügerechts nicht standeswidrig sei“. Er sei sogar ausdrücklich von dem Fall ausgegangen, dass „ein falsches Urteil, also ein ungerechtes Urteil“ ergangen sei. „Wer, um der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen, ein nur mit Mitteln des Prozessrechts bekämpfbares Urteil zur Aufhebung bringt, *lügt* weder, noch macht er sich einer *Standeswidrigkeit* schuldig, wer aber einen solchen verfahrensrechtlichen Rechtsbehelf dazu *missbraucht*, um unlautere Zwecke zu verfolgen, lügt zwar auch dann nicht, aber er macht sich ehrenrechtlich strafbar wegen unsauberer Machenschaften.“¹⁷⁵ Ähnlich argumentiert *Schneidewin*: Man werde voraussetzen müssen, „dass es ihm wirklich darum zu tun ist, ein Urteil zu beseitigen, gegen das er ernste sachliche Bedenken hat“¹⁷⁶ – „nicht zu billigen“ sei es dagegen, wenn er sich die Regelung des § 274 StPO „zur Verschleppung oder zu anderen nicht ganz lauterer Zwecken dienen ließe“ – diese Einschränkung ist später verloren gegangen. Doch davon kann die Entscheidung auch sonst schon deshalb kaum abhängig gemacht werden, weil die Feststellung der Schuld des Angeklagten in allen Fällen dem Urteil überlassen bleiben muss, weil das prozessuale Recht ebenso für den Unschuldigen wie (vielleicht noch mehr) für den Schuldigen da ist und weil auch das Missbrauchsverbot den Angeklagten ohne Ansehung seiner Schuld trifft.

Zutreffend formuliert *Dahs*, dass diese „bequeme Ent-

¹⁶⁵ *Dahs*, AnwBl 1951, 90, 91; anders *Dahs* (Fn. 4), Rn. 885 ff.; *ders.*, StraFo 2000, 181, 185.

¹⁶⁶ Darauf weisen auch *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257 und *Schneidewin*, MDR 1951, 193 hin.

¹⁶⁷ So richtig *Schneidewin*, MDR 1951, 193.

¹⁶⁸ *Dallinger*, NJW 1951, 256.

¹⁶⁹ *Eb. Schmidt* (Fn. 20), vor § 137 Rn. 26.

¹⁷⁰ *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 585 entnehmen der Rspr., dass der Verteidiger im Rahmen des § 274 StPO „nicht der Wahrheitspflicht unterliegt“; ähnl. *Beulke* (Fn. 55), S. 157: Ausnahme.

¹⁷¹ *Jescheck*, GA 1956, 97, 119 im Anschluß an *Dallinger*, NJW 1951, 256 ff.

¹⁷² *Beulke* (Fn. 55), S. 237; in diesem Sinne auch *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 727: „das Gesetz... nimmt es hin“ – *Grüner* (Fn. 140), S. 59 nennt die Wendung vom „institutionell eingeplanten“ Missbrauch zumindest „problematisch“.

¹⁷³ Vgl. nur RG JW 1932, 2437 Nr. 28; RGSt 43, 1, 6; BGHSt 7, 162, 163.

¹⁷⁴ *Cüppers*, NJW 1951, 259 (in seiner Erwiderung auf *Dallinger*, NJW 1951, 256).

¹⁷⁵ *Cüppers*, NJW 1951, 259.

¹⁷⁶ *Schneidewin*, MDR 1951, 193, 194.

schuldigungsformel“ nicht „zieht“.¹⁷⁷ Dennoch hat die Meinung weitere Anhänger im Schrifttum gefunden. *Kalsbach* äußert etwa zur selben Zeit: „Wann aber ein *Missbrauch* gegeben ist, das ist die Frage“, er liege nicht schon darin, dass die Kraft des § 274 StPO für die Revision ausgenutzt werde.¹⁷⁸ Nach ihm kann ein „Missbrauch“ der Protokollrüge einmal vorliegen, wo „außerhalb der Wirkungskraft des Protokolls liegende Vorgänge“ unter Hinweis auf das Protokoll (das wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, ist aber wohl so zu verstehen, wenn überhaupt eine Verbindung zum Protokoll gezogen werden soll, um dessen Missbrauch es immerhin geht, und es ist denkbar, weil nicht alle im Protokoll bezeichneten Vorgänge an der besonderen Beweiskraft teilnehmen) „bewusst wahrheitswidrig“ behauptet würden, und zum zweiten dann, wenn die Rüge nicht dazu diene, der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen, sondern nur dazu, Zeit zu gewinnen.¹⁷⁹ Diese Revision diene „nicht der materiellen Gerechtigkeit, sondern nur Eigeninteressen des Angeklagten“ – insofern liege die Lage nicht anders „als in all den Fällen, in denen die Ausnutzung gesetzlicher Möglichkeiten nicht das Recht, sondern *missbräuchlich*... Eigeninteressen der Partei verwirklichen soll“.¹⁸⁰

Dagegen, sich auf die „materielle Gerechtigkeit“ zurückzuziehen, hat sich zu Recht auch der jüngere *Dahs* gewandt. Zwar habe man versucht, die Befugnis zur Einlegung einer unwahren Protokollrüge auf den Fall zu begrenzen, dass der Verteidiger von der materiellen Unrichtigkeit des Urteils überzeugt ist und nur auf dem Umweg über die Verfahrensrüge zum Ziel kommen kann. Das hält *Dahs* aber für eine nicht folgerichtige Einschränkung¹⁸¹ – und ist es wohl auch nicht, wie der Vergleichsfall zeigt, dass der Staatsanwalt bei der Einlegung der Revision oder die Urkundspersonen bei der Protokollberichtigung auf die Idee kämen, der „materielle Gerechtigkeit“ mit der Behauptung einer Unwahrheit auf die Sprünge zu helfen. Der Fall wurde bereits oben als „unerhört“ und abwegig bezeichnet. Doch es kommt noch ein Weiteres hinzu, worauf *Dahs* mit vollem Recht hinweist: Die Meinung des Anwalts von der Schuld oder Unschuld seines Mandanten kann falsch sein. Gegen eine Differenzierung, die daran ansetzt, ob die Verfahrensrüge dazu benutzt wird, ein materiell richtiges oder unrichtiges Urteil zu Fall zu bringen, haben sich auch *Ranft* und *Jescheck* ausgesprochen.¹⁸²

¹⁷⁷ *Dahs*, AnwBl 1951, 90: da allen Verteidigeraktivitäten letztlich „die Herstellung der materiellen Gerechtigkeit als letztes Prozeßziel immanent“ sei.

¹⁷⁸ *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110, 111; *ders.*, Cüppers-FS, S. 179, 245.

¹⁷⁹ *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110, 111 – nach *Beulke* (Fn. 143), Rn. 113, 289 hingegen erlaubt; ebenso *Pfeiffer*, DRiZ 1984, 341, 345.

¹⁸⁰ *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110, 112; *ders.*, Cüppers-FS, S. 179, 246.

¹⁸¹ *Dahs* (Fn. 4), Rn. 886; vgl. auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 600.

¹⁸² *Ranft*, JuS 1994, 867, 868; *Jescheck*, GA 1956, 97, 119 („standeswidrig“ selbst dann, „wenn der Rechtsanwalt damit ein Urteil bekämpft, das er aus anderen Gründen für ungerecht hält“).

Jescheck, *Pfeiffer*, *Ranft* und auch *Kalsbach* scheinen darin nur ein standesrechtliches Problem zu sehen,¹⁸³ es ist aber auch – und sogar vornehmlich¹⁸⁴ – ein strafprozessuales Problem,¹⁸⁵ von dem sich sogar vertreten ließe, dass die entsprechende Rüge, da die Rechtslage umstritten ist, zwar prozessual (wegen Missbrauchs) unzulässig, aber deswegen keineswegs auch schon standeswidrig sei – im Gegenteil: Sollte das zuständige Revisionsgericht, wie der Anwalt weiß, eine andere Meinung vertreten, so ist fraglich, ob der Anwalt, der selbst einer anderen Rechtsmeinung anhängt als das Revisionsgericht, dem Mandanten die Revisionsmöglichkeit bewusst vorenthalten darf, das kann man bezweifeln. Außerdem betrifft das Standesrecht nur den Rechtsanwalt, nicht den Beschuldigten selbst (bei Einlegung der Revision über den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle) oder den Staatsanwalt. Wäre es richtig, dass der „unwahren Protokollrüge“ nur das Standesrecht der Rechtsanwälte (in bestimmten Fällen), prozessual aber nichts entgegenstände, so müsste man sie auch dem Staatsanwalt, dem Privatkläger (§ 390 I, II StPO) und dem Nebenkläger gewähren, der zur Einlegung der Revision jedenfalls nach dem Wortlaut des § 401 StPO¹⁸⁶ nicht einmal eines Rechtsanwalts bedarf.

Ließe man die „Rüge wider besseres Wissen“ beim Verteidiger zu, so wäre in der Tat die Konsequenz unausweichlich, dass man sie auch dem Neben-¹⁸⁷ oder Privatkläger¹⁸⁸ und dem Staatsanwalt geben müsste.¹⁸⁹ Diese Folgerung zu ziehen, fällt nach *Dallinger* „noch schwerer“ als die Zulassung der falschen Protokollrüge beim Verteidiger.¹⁹⁰ So konsequent ist in der Tat *Peters*, er schildert folgenden Fall: Der Staatsanwalt hatte unter Hinweis auf § 274 StPO seine Revision damit begründet, dass nach der Sitzungsniederschrift der notwendige Verteidiger bei einer Augenscheinseinnahme während der Hauptverhandlung nicht zugegen gewesen sei. Der Verteidiger erklärte in der Revisionserklärung, dass er diese Revisionsbegründung für unerhört halte, zumal er sich während des Augenscheinstermins mit dem Staatsanwalt längere Zeit unterhalten habe. Der Generalstaatsanwalt

¹⁸³ *Jescheck*, GA 1956, 97, 119; *Kalsbach*, AnwBl 1951, 110; *ders.*, Cüppers-FS, S. 179, 242 ff.; *Pfeiffer*, DRiZ 1984, 341, 347; *Ranft*, JuS 1994, 867, 868; so wohl auch *Kramer* (Fn. 20), Rn. 347.

¹⁸⁴ A.A. *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 597 ff., 601, die nach wie vor „gegen eine Verknüpfung von Standeswidrigkeit und Unzulässigkeit der Rüge“ ist.

¹⁸⁵ Richtig erkannt von BGH NSTZ 1999, 424 = StV 1999, 582 m. abl. Anm. *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 584, die das offenbar leugnen wollen.

¹⁸⁶ Zur Frage der Anwendbarkeit des Rechtsgedankens der §§ 345 II, 390 II StPO auf ihn siehe *Fahl* (Fn. 1), S. 619 ff.

¹⁸⁷ So in der Tat *Ott* (Fn. 3), S. 225.

¹⁸⁸ Vgl. *Ott* (Fn. 3), S. 227.

¹⁸⁹ Insbesondere, wenn man es mit *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 585 für ein Gebot der „Waffengleichheit“ hielte – zu dem Begriff *Kühne* (Fn. 3), Rn. 174 –, dem Verteidiger ein „Recht“ auf „unwahre Verfahrensrüge“ zu gewähren; vgl. *Dahs*, AnwBl 1951, 90, Fn. 1, der eigens hervorhebt: „Alle Ausführungen gelten auch für den Staatsanwalt“; s. auch *Beulke* (Fn. 55), S. 157: „alle Beteiligten, also auch der Verteidiger“.

¹⁹⁰ *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257, Fn. 20.

nahm daraufhin die Revision zurück.¹⁹¹ *Peters* meint, notwendig sei das nicht gewesen: „Die Ausnutzung ist jedenfalls dann nicht pflichtwidrig, wenn Anlass für den Beschwerdeführer besteht, zu glauben, er werde einen gerechten Ausgang des Verfahrens erzielen... Das Revisionsgericht ist, gleichgültig ob der Verteidiger oder Staatsanwalt pflichtwidrig gehandelt hat oder nicht, an die Rechtslage gebunden. Eine etwaige Pflichtwidrigkeit des Anwalts hat nur Folgen für die Ehrengerichtbarkeit.“¹⁹²

Wie das mit der Stellung einer an Wahrheit und Gerechtigkeit orientierten und zur Unparteilichkeit verpflichteten Staatsanwaltschaft vereinbar sein könnte, ist schwer begreiflich.¹⁹³ Richtigerweise ist auch hier zu unterscheiden zwischen der – möglicherweise zu selten genutzten – uneingeschränkt zulässigen (weil Protokoll und Wahrheit wieder zusammenführenden) Protokollberichtigung *in bonam partem*; der zwar ebenfalls (uneingeschränkt) zulässigen, aber nicht in allen Fällen (Treu und Glauben) berücksichtigungsfähigen Protokollberichtigung *in malam partem* und der diesen Grundsatz wiederum einschränkenden „prozessualen Arglist“: Wenn Richter und Protokollführer sich auch bei Anstrengung aller zu Gebote stehenden Möglichkeiten nicht daran erinnern (und freilich nur dann), kann ein auf Änderung des (den Fehler nicht ausweisenden) Protokolls gerichteter Berichtigungsantrag *in bonam partem* abgelehnt werden. Dem Revisionsführer die Protokollrüge in Kenntnis der Unrichtigkeit des (den Fehler ausweisenden) Protokolls zu gestatten, hieße, wenn man konsequent ist und jeder „Arglist“ die Bedeutung abspricht, auch das Gericht trotz Kenntnis des Fehlers nicht für verpflichtet zu halten, das Protokoll *in bonam partem* zu ändern.¹⁹⁴ Daran könnte selbst die Tatsache, dass Richter und Protokollführer unumwunden zugäben, dass das Protokoll einen tatsächlich unterlaufenen Fehler nicht ausweise, nichts ändern, und das würde selbst dann gelten, wenn die Ablehnung des Berichtigungsantrags einer bereits (freilich momentan noch ohne Erfolgsaussichten) eingelegten Rüge „den Boden entziehen“ würde.¹⁹⁵

Das kann nicht richtig sein. Vielmehr wird man umkehrt in dem Maße, in dem man aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, der „Fürsorgepflicht“ oder aus dem Gebot der prozessualen „Fairness“, das Gericht zur Tätigkeit für verpflichtet hält, statt untätig den Misserfolg

¹⁹¹ *Peters* (Fn. 20), § 29 V 7, S. 240 (Fall 36); dazu, dass Staatsanwälte offenbar seltener „unwahre Verfahrensrügen“ erheben, *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 597.

¹⁹² *Peters* (Fn. 20), § 29 V 7, S. 241.

¹⁹³ Nach *Ott* (Fn. 3), S. 223 mit der Stellung der Staatsanwaltschaft als „objektivste Behörde der Welt“ unvereinbar.

¹⁹⁴ Hierin und nicht in der Tatsache, dass ein durch das Protokoll nicht ausgewiesener, aber tatsächlich geschehener Verfahrensfehler nicht bewiesen werden kann, liegt das „notwendige Gegenstück“ zur unwahren Protokollrüge. Das verwechseln *Docke/Döllens/Momsen*, StV 1999, 583, 585.

¹⁹⁵ Vgl. zum umgekehrten Fall, dass arglistig eine Protokollberichtigung beantragt wird, die der Rüge erst zu ihrem „Boden“ verhelfen soll, siehe oben Fn. 87.

der Revision abzuwarten,¹⁹⁶ „kehrseitig“ auch den Missbrauch der faktisch und rechtlich bestehenden Möglichkeit für verboten – und zwar auch prozessrechtlich und nicht nur standesrechtlich verboten – halten, die Unrichtigkeit des Protokolls zu einer „unwahren“ Protokollrüge wider besseren Wissens auszunutzen. Nach alledem besteht kein Grund, den (erkannten) „Missbrauch“ einer prozessualen Möglichkeit durch eine (als solche erkannte) „unwahre“ Protokollrüge wider besseren Wissens hier anders als sonst in Kauf zu nehmen.

IV. Die „verfrühte“ Protokollrüge

Ein Fall, in dem auch die h.M. der wissentlich unwahren Protokollrüge den Erfolg versagt, ist die Behandlung der sog. verfrühten Protokollrüge. Die „verfrühte“ Protokollrüge stellt einen Sonderfall in dem Streit um die Beachtlichkeit von Protokollberichtigungen dar, die der eingelegten Verfahrensrüge den Boden entziehen, in dem sich ein bemerkenswerter Meinungswandel vollzogen hat. Änderungen des noch nicht abgeschlossenen Protokolls sind grundsätzlich ohne Beschränkung möglich, unabhängig davon, ob der Verteidiger den noch nicht fertig gestellten Protokollentwurf bei den Akten eingesehen hat.¹⁹⁷ Der BGH hat jedoch gemeint, dass das Revisionsgericht eine nach Eingang der Revisionsbegründung vorgenommene Änderung der noch nicht fertig gestellten Niederschrift nicht berücksichtigen dürfe, wenn dadurch einer Verfahrensrüge der Boden entzogen werde und die von der Rspr. für die Berichtigung des abgeschlossenen Protokolls entwickelten Grundsätze für entsprechend anwendbar erklärt. Der BGH meinte, da dem Beschwerdeführer nur eine verhältnismäßig kurze Zeit für die Revisionsbegründung zur Verfügung stehe, müsse er sich auf die bei den Akten befindliche Niederschrift verlassen dürfen.¹⁹⁸

Diese Auffassung ist vom Grundsatz von Treu und Glauben her und nach der Änderung der Rechtslage durch das StPÄG 1964 nicht mehr geboten,¹⁹⁹ und ihr sollte heute auch nicht mehr gefolgt werden.²⁰⁰ Da das Urteil vor Fertigstellung des Protokolls nicht zugestellt werden darf (vgl. § 273 IV StPO), ist sichergestellt, dass dem Revisionsführer ausreichend Zeit zur Begründung der Revision (innerhalb der auf einen Monat verlängerten Frist, vgl. § 345 I 2 StPO) bleibt. Ein Bedürfnis, sich auf das – an der fehlenden Unterschrift – erkennbar unfertige, noch nicht abgeschlossene Protokoll zu stützen, ist somit nicht mehr vorhanden. Ein unwürdiger „Wettlauf“ zwischen

¹⁹⁶ Siehe dazu oben OLG Düsseldorf, NStZ 1998, 477; LG Bielefeld, StV 2002, 532.

¹⁹⁷ LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 39.

¹⁹⁸ BGHSt 10, 145, 147 = NJW 1957, 798 = JR 1957, 302 = JZ 1957, 587 m. Anm. *Bohne*.

¹⁹⁹ Siehe BGH, Beschl. v. 24.10.2001 – 1 StR 163/01 = StV 2002, 532 = NStZ 2002, 160 = StraFo 2002, 83 = wistra 2002, 26.

²⁰⁰ Wie hier LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 40; Meyer-Goßner (Fn. 4), § 271 Rn. 22: „überholt“; *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 888; SK-Schlüchter (Fn. 20), § 271 Rn. 14; *dies*, Rn. 591, Fn. 664; vgl. OLG Karlsruhe, JR 1980, 517 m. zust. Anm. *Gollwitzer*; a.A. KMR-Müller, StPO, 8. Aufl., 1990 ff., § 271 Rn. 8, 30; zweifelnd HK-Julius (Fn. 4), § 271 Rn. 15.

dem Vorsitzenden, der das Sitzungsprotokoll vor der Unterschrift noch durchsehen muss, und dem Revisionsführer, wer den Fehler zuerst entdeckt, findet nicht mehr statt. Reicht der Beschwerdeführer vor Fertigstellung des Protokolls eine Revisionsbegründung ein, so ist sein Vertrauen, anders als bei der nachträglichen Protokollberichtigung, jedenfalls nicht schutzwürdig²⁰¹ und kein Grund ersichtlich, der „verfrüht“ erhobenen Rüge zum Erfolg zu verhelfen, nur weil das unfertige Protokoll unrichtig war. Hielte man dagegen die „Vermeidung *jeden Anscheins* einer nur zur Ausmanövrierung des Rechtsmittels vorgenommenen Protokollkorrektur“²⁰² (als Forderung aus dem allgemeinen Missbrauchsverbot) „ohne Rücksicht auf die... Grenzen des Vertrauensschutzes“ für beachtlich, so müsste man konsequenterweise eigentlich auch der verfrüht erhobenen Rüge dieselbe Kraft einräumen wie sonst der erhobenen (und sogar bereits der nur angekündigten) Verfahrensrüge.²⁰³ Indes besteht dafür kein Anlass: Der bloße *Anschein* eines Missbrauchs (Ausmanövrierung der Revision) kann gegen einen wirklichen Missbrauch („unwahre Protokollrüge“) nicht ins Feld geführt werden.

Das Gesagte wirft freilich noch ein weiteres Licht auf die bislang h.M. zur „unwahren Protokollrüge“. Denn ein unwürdiger „Wettlauf“ findet nach h.M. dann statt, wenn es darum geht, einen nicht vorgekommenen Fehler noch zu rügen, bevor das fertig gestellte Protokoll entsprechend berichtigt wird.²⁰⁴ Das ist nicht weniger bedenklich und führt im übrigen auch zu einer gespaltenen Revisionsgrundlage, wenn der eine Mitangeklagte seine Rüge noch rechtzeitig angebracht hat und der andere nicht, es sei denn man „belohnt“ über § 357 StPO auch den Mitangeklagten, der „zu spät“ gekommen ist. (Denkbar ist dies, weil eine Mindermeinung den Anwendungsbereich dieser Vorschrift auch auf Aufhebungen infolge verfahrensrechtlicher Fehler erstrecken will.²⁰⁵ Zwar ist die Revisionserstreckung grundsätzlich nur auf Mitangeklagte anwendbar, die nicht Revision eingelegt haben, doch wird man diesen Fall gleichstellen müssen, weil der zu spät gekommene Mitangeklagte sonst nichts besseres tun könnte, als seine Revision zurückzunehmen.²⁰⁶) Daraus ergibt sich: Von vier Mitangeklagten, von denen einer wegen des vollkommen ordnungsgemäßen Ablaufs nur die allgemeine Sachrüge erhebt,²⁰⁷ ein anderer wegen des als falsch erkannten Protokolls unter Berufung auf eben dieses sich nur zu einer sog. „bloßen“ Protokollrüge durchringt, ein dritter eine „unwahre Protokollrüge“ anbringt, mit deren Erhebung er aber zur Überwindung von Skrupeln noch zögerte, und ein vierter sofort die entspre-

chende unwahre Rüge erhebt, hat derjenige am meisten Aussichten auf Erfolg, der sich als der skrupelloseste von allen erweist, ein bedenkliches Ergebnis.

V. Urteilsberichtigung

Einen allgemeinen Grundsatz, dass einer eingelegten Rüge durch Berichtigungen nicht die Grundlage entzogen werden dürfte, gibt es nicht. Er muss sich schon was die Berichtigung der Sitzungsniederschrift anbelangt Ausnahmen gefallen lassen. Das gilt für den eben genannten Fall einer „verfrühten“ (weil auf ein unfertiges Protokoll gestützten) Revision ebenso wie für den weiter oben angesprochen Fall einer unzulässigen Revision,²⁰⁸ bei der es erlaubt sein soll, ihr durch die Berichtigung des Sitzungsprotokolls noch die Basis zu entziehen, bevor sie (in nachgebesselter Form) erneut eingelegt wird, und vor allem außerhalb des Revisionsrechts.²⁰⁹ Der vielfach mit Treu und Glauben erklärte Grundsatz, dass die Berichtigung einer bereits eingelegten Revision nicht „der Boden entziehen“ dürfe, gilt merkwürdigerweise auch nicht für die Urteilsberichtigung.²¹⁰

Das BayObLG hat dies jüngst für die Urteilsergänzung bestätigt, die einer Rechtsbeschwerde den Boden entzieht. Das AG hatte den Betroffenen wegen Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit verurteilt und ein Fahrverbot angeordnet, wobei es wegen einschlägiger Vorahnungen von einer beharrlichen Pflichtverletzung ausging. Die relativ geringfügige Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit allein hätte die Anordnung eines Fahrverbots nicht gerechtfertigt. Da die Urteilsgründe den Zeitpunkt der Rechtskraft der Vorahnungen nicht angaben, konnte von der Rechtsmittelinstanz nicht geprüft werden, ob diese im Zeitpunkt der Hauptverhandlung noch verwertbar waren und entbehrte die Annahme der Beharrlichkeit der tragfähigen Urteilsgrundlage. Das BayObLG hielt die diesbezügliche Ergänzung des Urteils jedoch für zulässig: „Unerheblich ist, dass durch den Ergänzungsbeschluss *der Rechtsbeschwerde der Boden entzogen wird*“.²¹¹ Die Lage ist insoweit ähnlich wie bei der Protokollberichtigung: Es wird einer Rüge, die ohne die Änderung zum Erfolg

²⁰⁸ Vgl. dazu BGHSt 34, 11; Roxin (Fn. 3), § 49 Rn. 10

²⁰⁹ Siehe nur LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 63; SK-Schlüchter (Fn. 20), § 271 Rn. 26 a.E. zur Entscheidung des Beschwerdegerichts ohne Bindung an § 274 StPO als Fall einer wirksamen nachträglichen Protokollberichtigung, obwohl hierdurch der Beschwerde der Boden entzogen wird (!); s. dazu auch OLG Bremen, JR 1951, 693; OLG Hamm, JMBI. NRW 1952, 86; offen lassend OLG Hamm, JMBI. NRW 1956, 8.

²¹⁰ BGH NJW 1952, 797 = LM Nr. 4 zu § 268 StPO; NJW 1954, 730 = LM Nr. 8 zu § 268 StPO = MDR 1954, 245; BGHSt 12, 374 = NJW 1959, 899; KG JR 1962, 69, 70; Bay-ObLG, NStZ-RR 1999, 140; LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 268 Rn. 52; KK-Engelhardt (Fn. 3), § 267 Rn. 46; Eb. Schmidt (Fn. 20), § 268 Rn. 24; SK-Schlüchter (Fn. 20), § 267 Rn. 84 und § 268 Rn. 24; Seibert, NJW 1964, 239.

²¹¹ BayObLG, Beschl. v. 8.10.1998 – 2 ObOWi 523/98 = NStZ-RR 1999, 140, 141 – unter allerdings fälschlicher Berufung auf BGH bei Miebach/Kusch, NStZ 1991, 121 (dort wird, im Anschluß an das auszugsweise wiedergegebene Urteil des 1. Senats v. 3.5.1990 – 1 StR 154/90, lediglich nochmals ein Auszug der älteren Entscheidung BGHSt 12, 374 wiedergegeben).

²⁰¹ So auch LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 40.

²⁰² Siehe dazu oben II.

²⁰³ Vgl. zu dieser – interessanten – Überlegung auch Gollwitzer, JR 1980, 518, 519, auf den die Zitate im Text zurückgehen.

²⁰⁴ Vgl. Oetker, JW 1927, 918, 919: Nicht einmal die Tatsache, dass schon vor der Rüge die Berichtigung beantragt war, findet Beachtung.

²⁰⁵ Vgl. zum Überblick Meyer-Göfner (Fn. 4), § 357 Rn. 11.

²⁰⁶ Vgl. dazu Meyer-Göfner (Fn. 4), § 357 Rn. 7.

²⁰⁷ Wie für den Fall empfohlen wird, dass der Verteidiger die nötige „Verantwortung“ für das Rügevorbbringen nicht übernehmen kann oder will, s. dazu Fahl (Fn. 1), S. 619 ff.

geführt hätte, durch die Berichtigung der Boden entzogen. Dem Betroffenen, so das BayObLG, werde erst durch die förmliche Zustellung des Ergänzungsbeschlusses das vollständige Urteil in der vom erkennenden Gericht gewollten Fassung zur Kenntnis gebracht; erst zu diesem Zeitpunkt werde er in den Stand versetzt, zu dem Urteil in dieser Fassung eine Rechtfertigung seines Rechtsmittels abzugeben und – zum Ausgleich dafür – die entsprechende Begründungsfrist erst zu diesem Zeitpunkt in Gang gesetzt.²¹² Das ist freilich ein schwacher Ausgleich. Da der gerügte Mangel durch die Berichtigung rückwirkend entfällt, bleibt dem Betroffenen meist nichts anderes, als das Rechtsmittel zurückzunehmen oder andernfalls den Misserfolg des Rechtsmittels zu gewärtigen (von den kostenrechtlichen Folgen einmal ganz abgesehen).

Etwas anderes soll aber dann gelten, wenn keine Berichtigung in Rede steht, sondern ein unterschriebenes Urteil zunächst ohne Gründe den Dienstbereich des Gerichts verlassen hat, was nach § 77b OWiG in bestimmten Fällen (ähnlich dem „abgekürzten“ Urteil nach § 267 IV StPO) zulässig ist, und nun auf die Rechtsbeschwerde des Betroffenen hin mit Gründen versehen wird.²¹³ Hier hat das OLG Celle die Ergänzung des Urteils um die fehlenden Urteilsgründe mit dem Argument abgelehnt und diese Urteilsgründe bei der Rechtsbeschwerde unberücksichtigt gelassen, die deshalb erfolgreich war, dass es gefestigter Rspr. und verbreiteter Meinung in der Lit. entspreche, „dass die nachträgliche Ergänzung eines Urteils im Straf- und Bußgeldverfahren grundsätzlich nicht zulässig ist, und zwar auch nicht innerhalb der Urteilsabsetzungsfrist des § 275 I 2 StPO, wenn es aus dem inneren Dienstbereich des Gerichts herausgegeben worden ist“.²¹⁴ Das BayObLG hat in einem solchen Fall sogar an dem Satz festgehalten, dass die nachträgliche Ergänzung schon deshalb unzulässig sei, „weil durch die nachträgliche Ergänzung der Urteilsgründe dem bereits eingelegten Rechtsmittel des Betroffenen *die Grundlage entzogen* würde“. Infolge der Unzulässigkeit der Urteilsergänzung sei für den Senat nur die ursprüngliche, nicht mit Gründen versehene Urteilsfassung maßgebend, aufgrund derer der Senat aber nicht prüfen könne, ob die Zulassungsvoraussetzungen des § 80 OWiG vorlägen, weshalb die Rechtsbeschwerde zuzulassen und für zulässig und be-

gründet zu erklären sei.²¹⁵ Dem hat der BGH allerdings widersprochen.²¹⁶ Schon vorher hat er es für zulässig erklärt, innerhalb der Frist des § 275 I 2 StPO ein aus dem inneren Dienstbereich herausgegebenes Urteil auf eine von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsbeschwerde hin um die fehlenden Urteilsgründe zu ergänzen. Zwar existiere eine verbreitete Meinung, dass die nachträgliche Ergänzung eines Urteils im Straf- und Bußgeldverfahren grundsätzlich unzulässig sei – worauf das OLG Celle sich bezieht – aber das gelte nicht ausnahmslos.²¹⁷ Dem stehe weder der Grundsatz der Unabänderlichkeit des Urteils noch das Argument entgegen, dass durch spätere Änderungen des Urteils dem Rechtsmittel des Beschwerdeführers *nicht die Grundlage entzogen* werden darf. – Auch dem Einwand des Generalbundesanwalts, durch deren Gestattung würden dem Tatrichter „*Missbrauchsmöglichkeiten*“ eröffnet, mochte der BGH nicht folgen. Wollte man dem Gedanken überhaupt näher treten, dass der Tatrichter bereit sei, bewusst gegen das Gesetz zu verstoßen, um sich Arbeit zu ersparen, so sei dies hier jedoch nicht ernsthaft zu befürchten. Die nachträgliche Begründung eines Urteils entziehe dem Rechtsmittel im übrigen „nicht den Boden“, sondern sie bereite ihn erst vor. Erfolgreiche sachlich-rechtliche Angriffe gegen das Urteil seien nur möglich, wenn das Urteil Rechtsfehler enthalte. Fehle die Urteilsbegründung völlig, so könne ein Rechtsfehler nicht festgestellt und damit auch nicht gerügt werden. Daher bestehe die Gefahr, dass das Gericht das Urteil aufgrund der Rechtsmittelschrift so ergänze, dass Rügen leer liefen, nicht.²¹⁸

Grundsätzlich können falsche Urteile nach Abschluss ihrer Verkündung (§ 268 StPO) nicht mehr berichtigt werden.²¹⁹ Allerdings sind bei einem Widerspruch zwischen mündlichen und schriftlichen Urteilsgründen die schriftlichen Gründe maßgebend und können in dieser Phase bis zur Abfassung des Urteils (§ 275 I 3 StPO) sprachliche Verbesserungen, z.B. einer ungeschickten Ausdrucksweise, uneingeschränkt vorgenommen werden.²²⁰ Auch nach Abfassung des schriftlichen Urteils können nach Ansicht der Rspr. ausnahmsweise „offensichtliche Schreib- und Fassungsfehler“ noch berich-

²¹² BayObLG, NStZ-RR 1999, 140, 141 im Anschluß an BGHSt 12, 374, 375; vgl. auch die weiteren Nachweise in BGH NStZ 1991, 195; a.A. aber KMR-Paulus (Fn. 200), § 268 Rn. 16, der wegen der Offenkundigkeit des Versehens entgegen der h.M. auch für den Revisionsführer einen erneuten Beginn der Revisionsbegründungsfrist ablehnt.

²¹³ Ein Urteil, das den inneren Geschäftsbereich des Gerichts noch nicht verlassen hat, darf – ohne dass Bedenken hiergegen bestünden – innerhalb der Urteilsabsetzungsfrist des § 275 I 2 StPO geändert oder ergänzt werden, vgl. BGHSt 43, 22, 25; RGSt 54, 21; BayObLGSt 1981, 84.

²¹⁴ OLG Celle, Beschl. v. 17.5.1999 – 211 Ss 202/98 (OWi) = NStZ-RR 2000, 180 – unter Berufung auf BGHSt 43, 22; OLG Köln, VRS 56, 149; BayObLG, NStZ 1991, 342 = wistra 1991, 275 sowie auf die nachfolgende Entscheidung BayObLG, VRS 78, 464; zum Ganzen: Göhler, OWiG, 13. Aufl., 2002, § 77b Rn. 5 ff., 8 m.w.N.

²¹⁵ BayObLG, Beschl. v. 17.1.1990 – 1 ObOWi 458/89 = DAR 1990, 267 = VRS 78, 464 = wistra 1990, 244 – unter Berufung auf BayObLGSt 1977, 137 = VRS 53, 441; 1981, 84; OLG Celle, VRS 75, 461 und auf die Entscheidung BGHSt 12, 374, welche freilich die Urteilsberichtigung zugelassen hat; zust. KK-OWiG-Senge, 2. Aufl., 2000, § 77b Rn. 8.

²¹⁶ BGHSt 42, 187 ff. (auf Vorlage gem. § 79 III OWiG).

²¹⁷ BGHSt 43, 22, 26 = NJW 1997, 1862 = MDR 1997, 682 = DAR 1997, 316 = NZV 1997, 315 = NStZ 1998, 454 = JR 1998, 74 m. zust. Anm. Gollwitzer.

²¹⁸ BGHSt 43, 22, 30 f.

²¹⁹ BGH NJW 1953, 155 = LM Nr. 6 zu § 268 StPO m. Anm. Kohlhaas.

²²⁰ Vgl. nur SK-Schlüchter (Fn. 20), § 268 Rn. 24 – zur Versuchsung, einen in dieser Phase zwischen Urteilsverkündung und -abfassung erkannten Fehler, z.B. in der Strafzumessung, durch nachträgliche Veränderung der Begründung in den schriftlichen Gründen im Gegensatz zu der verkündeten Urteilsbegründung noch zu „heilen“ Fahl, JuS 1998, 748, 750; LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 267 Rn. 8; vgl. auch Schmid, Maurach-FS, S. 535, 544; hier sei „die Gefahr von Missbräuchen“ besonders groß.

tigt werden.²²¹ Eine „nachträgliche sachliche Berichtigung“ ist dagegen unzulässig. Zulässig ist nur eine Berichtigung von „Schreibfehlern und ähnlichen Versehen“.²²² Verschreibt sich der Richter zum Beispiel (Verurteilung wegen „26“ statt wegen der tatsächlich abgeurteilten „36“ Fälle), so darf ein solcher Fehler berichtigt werden, wenn er „für alle Verfahrensbeteiligten offensichtlich ist und seine Behebung darum auch nicht den entfernten Verdacht einer inhaltlichen Änderung des Urteils begründen kann“.²²³ Die nachträgliche Berichtigung eines schriftlichen Urteils sei nur bei offenbaren Versehen *nichtsachlicher Art* möglich. „Sachliche Fehler sind auch dann nicht berichtigungsfähig, wenn sie *offensichtlich* sind“.²²⁴ Der BGH hat diese anfänglich strengen Grenzen jedoch im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt und lässt die Berichtigung inzwischen auch dann zu, wenn sich die Unrichtigkeit nicht aus dem Urteil selbst, wo das Versehen „mit anderen Worten schon ohne die Berichtigung offensichtlich“ ist,²²⁵ sondern erst aus anderen Umständen ergibt²²⁶ – jedoch müsse die Möglichkeit, dass sich hinter der Berichtigung eine sachliche Änderung „*verbirgt*“, unter allen Umständen ausgeschlossen sein.²²⁷

Die Lit. folgt der Rspr.²²⁸ Maßgeblich dafür ist weniger

²²¹ BGHSt 5, 5, 7 = NJW 1953, 1926 = LM Nr. 7 zu § 268 StPO m. Anm. *Jagusch*; BGH NJW 1953, 155, 156 = LM Nr. 6 zu § 268 StPO im Anschluß an RGSt 61, 388; OLG Zweibrücken, NStZ-RR 1997, 10; aus der Lit.: *Beulke* (Fn. 3), Rn. 508; *Roxin* (Fn. 3), § 51 Rn. 2; *Schlüchter*, Das Strafverfahren, 2. Aufl., 1983, Rn. 587; *Vent*, JR 1980, 400, 403; *Schönfelder*, JR 1962, 368, 369.

²²² BGHSt 2, 248 = NJW 1952, 675.

²²³ BGH NStZ 2000, 386; speziell zu „Zählfehlern“: BGH, Urt. v. 27.6.1957 – 4 StR 252/57 (Abtreibung in 21 Fällen statt in 20 Fällen); BGH, Beschl. v. 25.10.1963 – 1 StR 400/63 (72 vollendete und 5 versuchte statt 71 vollendete und 6 versuchte Fälle); *Seibert*, NJW 1964, 239.

²²⁴ BGHSt 3, 245 = NJW 1953, 76.

²²⁵ So BGHSt 7, 75, 76 = NJW 1955, 510.

²²⁶ Vgl. BGHSt 12, 374, 378 – *Schlüchter* (Fn. 221), Rn. 587, Fn. 657 nennt dies „eine bedenkliche Ausweitung der Berichtigung“.

²²⁷ Vgl. BGHR § 267 StPO Berichtigung 2 = NStZ 1991, 195 = NJW 1991, 1900; vgl. schon BGHSt 3, 245, 247: „auch darf sich unter der „Berichtigung“ keine sachliche Änderung *verbergen*“; zur Schwierigkeit der Abgrenzung und der Frage, wer hier im Einzelfall missbräuchlich handelt, *Sieg*, MDR 1986, 16 – z.B. BGH bei *Miebach*, NStZ 1990, 226, 229: Ergänzung der Liste der angewandten Vorschriften um „§ 49 StGB“ und Einfügung eines kompletten Satzes in die Strafzumessungserwägungen, wonach die Kammer von der Milderungsmöglichkeit „Gebrauch gemacht“ habe, unzulässig – im Unterschied dazu: OLG Karlsruhe, NStZ-RR 1999, 112, 113: Berichtigung der Urteilsformel „3 Jahre auf Bewährung“ in „3 Jahre“ zulässig, da es sich nur um ein Versehen gehandelt haben könne.

²²⁸ Siehe KK-*Engelhardt* (Fn. 3), § 267 Rn. 46 (zur Berichtigung der Urteilsgründe); KK-*Schoreit* (Fn. 3), § 260 Rn. 13 (Berichtigung der Urteilsformel); *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 267 Rn. 39 (Urteilsgründe), § 268 Rn. 9 ff. (Urteilsformel); LR-*Gollwitzer* (Fn. 20), § 268 Rn. 42 ff.; *Pfeiffer* (Fn. 20), § 267 Rn. 27; *Eb. Schmidt* (Fn. 20), § 268 Rn. 19 ff.; SK-*Schlüchter* (Fn. 20), § 267 Rn. 83 ff. u. § 268 Rn. 15; ausführlich *Wiedemann*, Die Korrektur strafprozessualer Entscheidungen außerhalb des Rechtsmittelverfahrens, 1981, S. 31 ff., 40 ff.

der aus Treu und Glauben abgeleitete Schutz des Vertrauens des Revisionsführers in den Erfolg seiner Revision und – damit verbunden – den Fortbestand der Revisionsgrundlage als vielmehr das allgemeine Missbrauchsverbot. Der BGH hat dazu in einer Leitentscheidung²²⁹ ausgeführt: „Die in § 267 StPO vorgeschriebenen schriftlichen Urteilsgründe müssen die Ergebnisse der Hauptverhandlung so, wie sie bei der für die Verkündung des Urteils grundlegenden Beratung gesehen und gewürdigt wurden, vollständig und wahrheitsgetreu wiedergeben“. Allein aus diesem Erfordernis sei die Folgerung zu ziehen, „dass es auch ohne eine ausdrückliche Vorschrift in der Strafprozessordnung möglich sein muss, bei der Abfassung der schriftlichen Begründung unterlaufene Versehen, die diese *Übereinstimmung* in Frage stellen, durch einen nachfolgenden Beschluss... zu beseitigen“.²³⁰ Diese Möglichkeit könne allerdings „nicht unbeschränkt gegeben“ sein. „Sie muss jedenfalls dort ihre Grenze finden, wo Zweifel auftreten können, ob es sich tatsächlich um eine Berichtigung eines Versehens oder um eine sachliche Änderung handelt, die eben nicht die Übereinstimmung mit dem aufgrund der maßgeblichen Beratung Gewollten herstellen würde ..., sondern darauf hinausliefe, einer nachträglichen Meinungsänderung des erkennenden Gerichts *in unzulässiger Weise* Geltung zu verschaffen... Denn es wäre mit den Grundsätzen einer geordneten Rechtspflege schlechthin unverträglich, wenn auch nur der entfernte *Verdacht* einer nachträglichen Änderung und damit einer *Verfälschung* des Urteils aufkommen könnte“. Dabei sei „natürlich besondere Zurückhaltung geboten, wenn die Berichtigung sich nicht auf Nebensächlichkeiten wie etwa das Verschreiben eines Namens bezieht, sondern, wie im gegebenen Fall auf Tatsachen, die für die Anwendung des Strafgesetzes *wesentlich* sind, so dass durch eine solche Berichtigung zugleich ein dem Urteil in der ursprünglichen Fassung scheinbar anhaftender rechtlicher Mangel beseitigt und damit u.U. einem *bereits eingelegten Rechtsmittel die Grundlage entzogen* wird“.²³¹ Hier habe die Rspr. nach anfänglicher Ablehnung jeglicher Berichtigung²³² „nur bei gesondert gelagerten Ausnahmen“ eine Berichtigung als statthaft angesehen. Ein solcher Ausnahmefall liege vor, wenn aufgrund der „für alle Verfahrensbeteiligten offenkundigen und urkundlich festliegender Umstände“ jeder *Zweifel* daran ausscheide, dass die durch den Ergänzungsbeschluss dem Urteil eingefügten Tatsachen lediglich „infolge eines bloßen Versehens in den Urteilsgründen unerwähnt blieben“, sowie daran, „dass sie so, wie sie inhaltlich durch den Berichtigungsbeschluss angefügt wurden, Grundlage der Urteilsfindung gewesen sind“.²³³ Das zeigt, worin der Unterschied zur nachträglichen

²²⁹ BGHSt 12, 374 = NJW 1959, 899.

²³⁰ BGHSt 12, 374, 376 – vgl. schon RGSt 28, 81 f., wo gesagt wird, die „Berichtigung“ drücke „das Gewollt-Gesagte besser aus“.

²³¹ BGHSt 12, 374, 377; vgl. treffend SK-*Schlüchter* (Fn. 20), § 268 Rn. 15: Die zur Korrektur von Urteilsängeln dienenden rechtsstaatlich abgesicherten Rechtsmittelverfahren dürften „nicht durch das Ausweichen auf den gesetzlich nicht vorgesehenen Berichtigungsbeschluss *umgangen* werden“.

²³² Der BGH verweist auf BGHSt 3, 245; siehe oben Fn. 224.

²³³ BGHSt 12, 374, 378.

chen Protokollberichtigung zu finden ist:²³⁴ Da dort Streit darüber aufkommen kann, ob etwas Protokolliertes in Wahrheit nicht geschehen oder etwas nicht Protokolliertes doch geschehen ist, kann ein Verfahrensbeteiligter darauf vertrauen, dass das Protokollierte richtig ist. Der Vertrauensschutz gebietet, es bei dem Protokollierten zu belassen, sobald sich der Beteiligte darauf eingerichtet hat. Da die Urteilsberichtigung aber von vornherein nur in dem Maße zulässig ist, in dem ein Zweifel an der Unrichtigkeit des Urteils unter den Beteiligten nicht aufkommen kann,²³⁵ verdient sein Vertrauen keinen Schutz. Unter diesen Umständen bestehen auch keine Bedenken daran, solche Umstände mit einzubeziehen, die sich nicht aus dem Urteil selbst, sondern aus seinen Begleitumständen ergeben, solange nur für einen gewissenhaften Rechtsmittelführer erkennbar war, dass der gerügte Fehler in Wahrheit nicht aufgetreten ist. Es ist offensichtlich, dass damit (nicht nur, aber auch und vor allem) der „unwahren“ Rüge der Boden von der Rspr. entzogen wird.

So wie ein Gericht *missbräuchlich* handelt, das die ihm eingeräumte Befugnis zur nachträglichen Urteilsberichtigung hinsichtlich offensichtlicher Schreib- und Fassungsfehler dazu benutzte, einen dem Urteil tatsächlich anhaftenden rechtlichen Mangel zu beseitigen, indem dessen in der ursprünglichen Fassung erkennbaren Spuren gleichsam ausgemerzt werden, um damit einer (zukünftigen oder bereits eingelegten) Revision den Boden zu entziehen, so handelt auf der anderen Seite auch ein Beschwerdeführer *rechtsmissbräuchlich* (und verdient keinen Schutz vor nachträglicher Veränderung seiner Revisionsgrundlage), der eine Rüge wissentlich auf einen in Wahrheit nicht vorgekommenen Verfahrensfehler stützt, der sich lediglich aus der Urteilsfassung oder dem Hauptverhandlungsprotokoll (oder dem Widerspruch zwischen beiden) ergibt.

In BGH, Urt. v. 20.2.1985 – 2 StR 746/84 – erkennt der BGH nur das erste an, verkennt aber das zweite.²³⁶ Das LG hatte beschlossen, dass die Urteilsgründe „wegen eines offensichtlichen Schreibfehlers“ dahingehend berichtigt würden, dass es statt „der Sachverhalt steht fest aufgrund... der verlesenen Aussage des H.S.“ darin heißt „aufgrund der durch den Zeugen B. (Vernehmungsbeamter) in die Hauptverhandlung eingeführten Aussage des H.S.“ und außerdem statt „der H.S. hat zu seiner verlesenen Aussage angegeben“ zukünftig heiße „der H.S. hat zu seiner durch den Zeugen B. (Vernehmungsbeamter) in die Hauptverhandlung eingeführten Aussage angegeben“. Der BGH gab der auf die Verletzung des § 261 StPO gestützten Revisionsrüge statt, da die Strafkammer ihre Entscheidung auf die *verlesene* Aussage

²³⁴ Schon BGH NJW 1954, 730 meinte, deren Grundsätze könnten auf die Urteilsberichtigung „nicht angewandt werden“.

²³⁵ Vgl. BGH bei *Miebach/Kusch*, NSTZ 1991, 121 in bezug auf eine dienstliche Erklärung der Richter, in Wahrheit von der richtigen Mindestfreiheitsstrafe ausgegangen zu sein: „Diese Erklärung ist jedoch unbeachtlich, da kein Fall vorliegt, in dem das bei Abfassung der Urteilsgründe unterlaufene Versehen klar zu Tage tritt (vgl. BGHSt 12, 374, 376 f.)“.

²³⁶ Auszugsweise wiedergegeben bei *Sieg*, MDR 1986, 16.

„des von ihr *nicht* vernommenen Zeugen H.S. gestützt hat, obwohl die Niederschrift über diese Aussage, *wie durch das Verhandlungsprotokoll bewiesen ist* (§ 274 StPO), in der Hauptverhandlung nicht verlesen wurde. Denn damit hat die Strafkammer zur Aufklärung des Sachverhalts insoweit auf den Akteninhalt zurückgegriffen und ihre Überzeugung entgegen § 261 StPO nicht ausschließlich aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft...“. „Der Berichtigungsbeschluss des LG v. 11.9.1984, nach dem der Zeuge B die Aussage des Zeugen H.S. in die Hauptverhandlung eingeführt hatte, ist nicht geeignet, der am 20.7.1984 erhobenen Rüge *den Boden zu entziehen*. Denn insoweit hat das LG nicht, was allein nach der Rspr. des BGH zulässig wäre, ein *offensichtliches Schreibversehen* berichtigt..., sondern das Urteil *inhaltlich* abgeändert“.²³⁷

Das Urteil ist, soweit man dies anhand der Auszüge beurteilen kann, falsch. Aus der (schon in der ursprünglichen Urteilsfassung enthaltenen) Wendung „der H.S. hat zu seiner verlesenen Aussage *angegeben*“ muss man entnehmen, dass die Kammer den Zeugen H.S. tatsächlich *vernommen* hat. Auf die Frage der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der nachträglichen Urteilsberichtigung, kommt es deshalb nicht an. Handelte es sich um einen „offensichtlichen Fassungsfehler“, was bei den Vergleichsfällen²³⁸ immerhin begründbar wäre, wenn auch ein solcher „Fassungsfehler“ trotz der geringen phänotypischen Unterschiede zwischen einem „Verlesen“ und einer durch Vorhalt²³⁹ bzw. Vernehmung des Vernehmungsbeamten – unter entsprechendem Vorhalt – in die Hauptverhandlung eingeführten Aussage, einem Vorsitzenden Richter freilich nicht unterlaufen sollte, so dürfte nach h.M. (anders als bei der Protokollberichtigung) der Revisionsrüge dadurch durchaus der Boden entzogen werden. *Nur* wenn der Zeuge nicht vernommen und seine Aussage tatsächlich nicht durch Vorhalt, sondern „nur“ durch Verlesung des (nichtrichterlichen) Vernehmungsprotokolls der früheren Aussage vor dem Vernehmungsbeamten in den Prozess eingeführt worden sein sollte, läge ein Fehler vor,²⁴⁰ den die Kammer nicht einfach durch nachträgliche Urteilskosmetik „heilen“ und damit der Revision den Boden entziehen dürfte. Dafür spricht aber das Urteil schon in seiner bisherigen Fassung nicht.

Sofern der BGH meint, durch das Hauptverhandlungsprotokoll sei bewiesen, dass der Zeuge H.S. *nicht* vernommen wurde, besteht zwischen dem Urteil (in seiner ursprünglichen Fassung) und dem Sitzungsprotokoll ein Widerspruch. Wäre tatsächlich das Protokoll (und nicht das Urteil) falsch, so käme eine entsprechende Protokollberichtigung in Betracht, die freilich nach h.M. insoweit keine Berücksichtigung mehr finden dürfte, als sie der bereits erhobenen Revision den Boden entziehen würde. Es ergäbe sich aber auch dann, dass die Rüge auf einen *in Wahrheit nicht vorgekommenen Verfahrensfehler* gestützt worden wäre, was die Frage aufkommen ließe, ob

²³⁷ BGH, Urt. v. 20.2.1985 – 2 StR 746/84.

²³⁸ Vgl. etwa noch BGH NJW 1952, 797: „Herbst“ statt „März“.

²³⁹ Siehe dazu *Beulke* (Fn. 3), Rn. 421.

²⁴⁰ Vgl. dazu nur *Beulke* (Fn. 3), Rn. 411 ff.

einer solchen Rüge unter allen Umständen stattgegeben werden muss.²⁴¹

VI. Eigene Meinung: Einordnung der „unwahren“ Protokollrüge als Fall des „Rechtsmissbrauchs“

Die bislang herrschende – zugegebenermaßen durch missverständliche Stellungnahmen der Rspr. in die Irre geleitete – Ansicht von der Zulässigkeit der „unwahren Verfahrensrüge“ unterliegt zwei kardinalen Irrtümern. Der erste gründet auf die Annahme, der Satz, dass der einmal eingelegten Revision nicht nachträglich der Boden unter den Füßen weggezogen werden dürfe, verbiete es dem Gericht, der wissentlich unwahren Protokollrüge entgegenzutreten.²⁴² Der zweite Irrtum besteht in der Verwechslung von strafprozessualer Unzulässigkeit und Standeswidrigkeit. Soweit die Frage der „unwahren Protokollrüge“ bisher häufig nur unter dem Gesichtspunkt der Standeswidrigkeit betrachtet wurde, liegt dem die schon bei der Frage der Geltung von „Treu und Glauben“ im Strafprozessrecht für falsch erkannte Vorstellung von der Trennung von Recht und Moral zugrunde. Für diese Auffassung steht bereits fest, dass nicht das Recht, sondern allenfalls die Moral der Erhebung der Rüge entgegensteht. Doch das ist ein verkehrtes Bild. Abgesehen davon, dass es sich auch umgekehrt verhalten kann und eine Rüge zwar prozessual unzulässig, aber nicht standeswidrig ist, wäre es auch merkwürdig, man würde dem Verteidiger die „Waffe“ der unwahren Protokollrüge erst reichen, um sie ihm dann „auf dem Umweg über das Standesrecht wieder aus der Hand“ zu schlagen.²⁴³

Man hat aber nicht nur die Frage der prozessualen Unzulässigkeit und der Standeswidrigkeit auseinander zu halten, auf die, da sie das Thema nicht betrifft, hier nicht weiter eingegangen zu werden braucht, sondern auch die historisch bedingte unheilvolle Verquickung der Frage der Zulässigkeit von unwahren Protokollrügen mit der Frage der Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit von nachträglichen Protokollberichtigungen aufzulösen, wenn man der Antwort einen Schritt näher kommen will. Dabei gründet der Satz, dass der einmal eingelegten Revision nicht durch die nachträgliche Berichtigung des Sitzungsprotokolls ihre rechtliche Grundlage entzogen werden darf, weniger auf dem Grundsatz von Treu und Glauben

²⁴¹ Vgl. zu einer auf § 261 StPO gestützten „unwahren Protokollrüge“ BGH StV 1999, 189, 190 m. abl. Anm. *Ventzke*: Dort sah der BGH das Protokoll als „unklar und missverständlich“ an; so auch der Generalbundesanwalt in BGH, Beschl. v. 23.10.2001 – 4 StR 249/01 = NStZ 2002, 219 = StV 2002, 531: Dort hatte die auf § 261 StPO gestützten (vermeintlich) unwahren Protokollrüge Erfolg.

²⁴² Dazu, dass, die Rspr. zu § 344 II 2 StPO den Revisionsführer u.U. zwingt, seiner eigenen Revision „den Boden“ zu entziehen, s. *Fahl* (Fn. 1), S. 609 ff.

²⁴³ So auch *Beulke* (Fn. 55), S. 157; *Grüner* (Fn. 140), S. 57 meint deshalb, dass es nur zwei Möglichkeiten gebe: entweder verbiete das Standesrecht dem Verteidiger die „unwahre Prozeßrüge“, dann könne sie entgegen der h.M. auch prozessual nicht erlaubt sein, oder es bestehe kein standesrechtliches Verbot, dann sei die Ausnutzung des Protokollfehlers mit ihrer Hilfe erlaubt.

– wiewohl auch mit der Einhaltung eines Mindestmaßes an prozessualer „Fairness“ zu erklären²⁴⁴ und auch durch das Fehlen berechtigten Vertrauens begrenzt²⁴⁵ – als vielmehr auf dem *allgemeinen Missbrauchsverbot*.

Zwar ist es *kein* Missbrauch (verstanden als die zweckwidrige Ausübung der prozessualen Möglichkeit der Protokollberichtigung), wenn beide Urkundspersonen durch die Berichtigung nur die Übereinstimmung von tatsächlicher und prozessualer Wahrheit wiederherstellen, doch soll – wie anderswo,²⁴⁶ so auch hier – schon der bloße „Anschein“ einer zur „Ausmanövrierung“ der Revision vorgenommenen Berichtigung vermieden und dem auch hier denkbaren *Missbrauch* (durch Beurkundung einer Unwahrheit, um dadurch der Rüge den Boden zu entziehen) durch die Urkundspersonen *vorgebeugt* werden. Darum hat der Satz, dass einer eingelegten Rüge durch eine nachträglich erfolgte Berichtigung nicht die Grundlage entzogen werden darf, auch keine allgemeine Anerkennung gefunden, z.B. nicht bei der Beschwerdeentscheidung und auch nicht bei der Urteilsberichtigung, wo die Rspr. eine – mit Treu und Glauben vereinbare – Einschränkung dahingehend vorgenommen hat, dass der bereits erhobenen Revision durch die nachträgliche Änderung ihrer Grundlage der Boden entzogen werden darf. Dennoch bleibt der *Missbrauch* der Befugnis zur „Berichtigung“ des Urteils (durch Vornahme *sachlicher* Änderungen) auch dort verboten.²⁴⁷ Der Satz ist aber nicht Selbstzweck und beansprucht deshalb dort keine Geltung, wo (wie bei der Berichtigung von klar zu Tage tretenden Fehlern im Urteil) schon der Anschein eines Missbrauchs von vornherein ausgeschlossen werden kann. Bedenkt man dies nur recht, so erscheint es völlig ausgeschlossen, dass derselbe Grundsatz, der einerseits auf einer *Vorkehrung gegen Missbrauch* durch das Gericht – bei der Urteilsberichtigung – bzw. durch den Vorsitzenden bei der Protokollberichtigung gründet, andererseits zur *Hinnahme des Rechtsmissbrauchs* durch den Verteidiger (oder den Staatsanwalt) bei der sog. „unwahren Protokollrüge“ nötigen sollte.

Bei genauerem Hinsehen erweist es sich dann auch als falsch, dass bei § 274 StPO der Missbrauch mit einkalkuliert oder gar „institutionell eingeplant“ sei, bzw. dass eine missbräuchliche Ausnutzung des Revisionsrechts in diesem Punkte toleriert werde.²⁴⁸ Entscheidend ist die Erkenntnis, dass es eben *kein* Missbrauch, sondern ein *bestimmungsgemäßer*, normzielkonformer Gebrauch der durch § 274 S. 1 StPO geschaffenen Möglichkeit des Nachweises eines Verfahrensfehlers ist, sich in einem Punkt auf das Protokoll zu verlassen, an den man keine

²⁴⁴ Zum Beispiel bei der „nur“ angekündigten Protokollrüge, vgl. zur „Fairness“ allgemein *Fahl* (Fn. 1), S. 109 ff.

²⁴⁵ Im Falle der „verfrühten Protokollrüge“, siehe dazu oben IV.

²⁴⁶ Nach OLG Hamm, StV 1999, 240, 242 muß z.B. „auch nur der Anschein der Beeinflussung des Gerichtsstands“ vermieden werden, s. dazu *Fahl* (Fn. 1), S. 214.

²⁴⁷ Siehe dazu V.

²⁴⁸ Vgl. *Beulke* (Fn. 55), S. 156 f., 237; ähnl. *Krekeler*, NStZ 1989, 146, 153; *Docke/Döllens/Momsen*, StV 1999, 583, 585 – jeweils unter Berufung auf *Beulke*, a.a.O.

eigene Erinnerung (mehr) hat.²⁴⁹ Das bedeutet aber nicht, dass die „Rüge wider besseres Wissen“, die „unwahre Protokollrüge“, hingenommen werden müsste. Richtigerweise muss die Frage der Zulässigkeit einer – *missbräuchlichen* bzw. gegen Treu und Glauben verstoßenden – nachträglichen Protokollberichtigung einerseits und die einer – ebenfalls *missbräuchlichen* (gegen Treu und Glauben verstoßenden) – „unwahren Protokollrüge“ auseinander gehalten werden.²⁵⁰ Daraus ergibt sich die Antwort auf die Frage, die *Hamm* stellt,²⁵¹ von selbst: „Darf der Verteidiger, der die tatrichterliche Hauptverhandlung selbst miterlebt hat, einen Verfahrensfehler rügen, der nach seiner Erinnerung nicht geschehen ist, dessen Vorliegen aber wegen der absoluten Beweiskraft des Protokolls (§ 274 StPO) vom Revisionsgericht angenommen werden müsste?“ Die Frage ist klar mit „Ja“ zu beantworten, enthält aber bis dahin auch noch keinen Anhaltspunkt für „Missbrauch“ („Arglist“) seitens des Verteidigers.²⁵² Er will die Frage jedoch auch für den Fall bejahen, dass der Verteidiger genau weiß, dass ordnungsgemäß verfahren worden ist. Das ist aber etwas ganz anderes, und der einschlägigen Rspr. ist mit keinem Satz zu entnehmen, dass auch dieser „Missbrauch“ hingenommen werden müsste, im Gegenteil. Das RG hat nie gezögert, das Kind beim Namen zu nennen, und die wechselvolle Geschichte der reichsgerichtlichen Rspr. mag in der Tat als ein Beleg dafür zu deuten sein, dass „der Missbrauch“ in den folgenden knapp dreißig Jahren seit der ersten Entscheidung der Vereinigten Strafsenate „überhand genommen“ hat.²⁵³

Man wird auf Dauer von keinem Gericht der Welt erwarten können, dass es vor massenhaft auftretendem Missbrauch die Augen verschließt, aber das ist nur eine statistische Erklärung. Es ist auch im Sinne des Dienstes „am Recht“ keinem Revisionsgericht zumutbar, einen klar erkennbaren – oder sogar offen zugegebenen – Rechtsmissbrauch sehenden Auges hinzunehmen.²⁵⁴ Wenn da-

²⁴⁹ *Glanzmann* (Fn. 27), G 35; vgl. auch *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 726: „wird man bei Zweifeln an der eigenen Erinnerung noch gelten lassen können“.

²⁵⁰ Schon erkannt von *Eb. Schmidt* (Fn. 20), § 271 Rn. 19, vor § 137 Rn. 26.

²⁵¹ *Hamm* (Fn. 20), § 10 Rn. 121.

²⁵² Das verkennt *Schmid*, DtRpfl 1962, 301, 304: Selbstverständlich darf er eine entsprechende Revisionsrüge auch dann erheben, wenn er den fraglichen Vorgang anders, nämlich als gesetzmäßig, in Erinnerung hat – die Erinnerung kann trügen.

²⁵³ Vgl. *Niethammer*, DRZ 1949, 451, 452.

²⁵⁴ *Glanzmann* (Fn. 27), G 35 nennt es einen „unerfreulichen Fall“, „dass sich alle Beteiligten, auch der Beschwerdeführer, darüber klar sind, dass der aus dem Protokoll ersichtliche Verstoß überhaupt nicht geschehen ist“; *Dahs* (Fn. 4), Rn. 887 f. spricht von „grotesken Begründungen“ (am Urteil habe ein Richter mitgewirkt, der an der Hauptverhandlung nicht beteiligt war, wenn der Protokollführer versehentlich einen Namen falsch geschrieben hat) und meint, noch „viel peinlicher“ werde es, wenn der Verteidiger antworten müsse, falls ein Revisionsrichter „taktlos“ genug wäre, ihn zu fragen: „Herr Verteidiger, glauben Sie das eigentlich selbst?“ – vgl. dazu jüngst BGH StV 1999, 189 m. Anm. *Ventzke*, wo der betreffende Verteidiger „fast trotzig“ antwortete, nach h.M. dürfe sich der Verteidiger darauf „trotz seiner Kenntnis, dass einwandfrei verfahren worden ist“, stützen (und damit scheiterte).

durch einer bereits eingelegten Verfahrensrüge „der Boden entzogen“ wird, so ist dies unbedenklich, weil der Rüge, der damit der Boden entzogen wird, keine berechnete, sondern nur *scheinbar* berechnete gewesen ist.²⁵⁵ Da es der förmlichen Protokollberichtigung, die nach absolut herrschender Ansicht zwar vorgenommen, aber im Revisionsrechtszug nicht *in malam partem* berücksichtigt werden darf, zur Klärung der hier in Bezug auf die Missbräuchlichkeit (war das Protokoll falsch? behauptet der Revisionsführer bewusst die Unwahrheit?) relevanten Fragen nicht bedarf, sie diese nicht einmal aufklären kann, ist ein Widerspruch zu dem dort im Grundsatz anerkannten Satz, dass der einmal erhobenen Verfahrensrüge *durch die Protokollberichtigung* nicht die Grundlage genommen werden dürfe, nicht zu befürchten – ganz zu schweigen davon, dass der bloße *Anschein* eines Missbrauchs der – im Gesetz zwar nicht ausdrücklich erwähnten, aber von der Rspr. im Wege der Lückenfüllung geschlossenen – Befugnis zur Protokollberichtigung (Manipulation an der Sitzungsniederschrift) gegen einen wirklichen Missbrauch (unwahre Protokollrüge) nicht ins Feld geführt werden kann.²⁵⁶

In den Fällen, in denen sich der Beschwerdeführer gutgläubig auf einen durch das Sitzungsprotokoll ausgewiesenen Verstoß beruft, ist für die Annahme von *Missbrauch* kein Raum. Dasselbe gilt, wenn man ihm das Gegenteil – freibeweislich – nicht nachweisen kann. Bestehen aber Anhaltspunkte dafür und gewinnt das Revisionsgericht die Überzeugung, dass der Beschwerdeführer (sei er Verteidiger, Beschuldigter oder Staatsanwalt) „arglistig“ handelt, so braucht es diesem *Missbrauch* keinen Erfolg zu geben.

Sollten die Urkundspersonen (nicht das Revisionsgericht) irrtümlich von der Falschheit des Protokolls ausgehen, so stellt das ebenso wenig ein Problem dar, wie wenn sogar Verteidiger, Angeklagter oder auch der Staatsanwalt den Versuch unternähmen, diese Personen darüber zu *täuschen* (ihnen also einredeten, das Protokoll enthalte der Wahrheit zuwider einen Verfahrensfehler, der tatsächlich geschehen ist).²⁵⁷ Denn es käme lediglich auf die Missbräuchlichkeit der Verfahrensrüge und damit auf den Revisionsführer an, für den das Protokoll unabhängig davon streitet, was die Urkundspersonen in Bezug auf dessen Richtigkeit meinen. Selbst wenn die Täuschung Erfolg hätte, so ist der bekundete Verfahrensfehler dennoch geschehen, und der Revisionsführer darf sich darauf auch dann stützen, wenn er keine Erinnerung mehr an den Vorgang hat oder wenn er selbst infolge der Täuschung nunmehr meinte, das Protokoll sei unrichtig. Die Unrichtigkeit des Protokolls allein reicht für sich genommen ebenso wenig hin, um einen Missbrauch anzunehmen,

²⁵⁵ So *Schuler*, NJW 1955, 1258, 1261 (zur Frage der Berichtigung) – *Dallinger*, NJW 1951, 256, 258 spricht von „Pseudo-*fehlern*, die man als Schein erkannt hat“.

²⁵⁶ Siehe zu diesem Argument schon oben IV.

²⁵⁷ Vgl. OGHSt 1, 277, 280: Es sei „durchaus auch der Fall denkbar“, dass der Beschwerdeführer „in gutem Glauben an die Richtigkeit des Sitzungsprotokolls die Verfahrensrüge erhebt und dass die Urkundspersonen bei der Berichtigung sogar einer *Täuschung*“ unterlägen.

wie die Überzeugung, die Unwahrheit zu behaupten. Da das Revisionsgericht die Täuschung durchschaut und da der Verfahrensfehler tatsächlich geschehen ist, ist das Revisionsgericht nicht daran gehindert, der Rüge stattzugeben.²⁵⁸ Man sieht: Mit der Forderung nach „Redlichkeit“ im Strafverfahren hat das nichts zu tun, ein „redlicher“ Revisionsführer dürfte einen Verfahrensfehler, an den er selbst nicht (mehr) glaubt, möglicherweise nicht rügen. Damit würde man die Verteidigung überfordern, wollte man verlangen, „dass ein Verteidiger, der sich zunächst gutgläubig die unrichtige Darstellung des Protokolls zu eigen gemacht hat, dann aber im weiteren Verlauf des Revisionsverfahrens seinen Irrtum erkennt, seinerseits die Rüge fallen lasse oder sich doch für ihre Zurücknahme einsetze“.²⁵⁹ Das ist aber vom *Rechtsmissbrauchsverbot* her auch nicht gefordert. Ein *Rechtsmissbrauch* liegt nicht schon dann vor, wenn der Revisionsführer subjektiv nicht an das glaubt, was er als geschehen rügt,²⁶⁰ sondern nur dann, wenn tatsächlich nicht geschehen ist, was er rügt, und er dies im Zeitpunkt der Rechtsausübung auch weiß.

Schwieriger zu entkräften ist das Argument, ließe man die unwahre Protokollrüge „wider besseren Wissens“ des Verteidigers nicht zu, so könne dem Angeklagten nur geraten werden, sich einen anderen Verteidiger zu wählen, „der nur das Protokoll sieht und von der Erinnerung des bisherigen Verteidigers nichts weiß“.²⁶¹ Das ist in der Tat die Konsequenz aus der „Waffengleichheit“ und der Tatsache, dass sich auch die Staatsanwaltschaft als Behörde verschiedener Personen zur Sitzungsvertretung und zur Einlegung der Revision bedienen kann. *Dahs* schrieb zu der Frage, ob „der Anwalt der Tatsacheninstanz nach Einsicht des Protokolls den Mandanten an einen gutgläubigen Anwalt abgeben“ dürfe, diese Frage werde auch der „gewissenhafte Anwalt“ nach Lage des Einzelfalls ggf. bejahen und so manchmal den Ausweg finden dürfen“. Er setzt jedoch hinzu: „Aber auch hier ist Vorsicht geboten“.²⁶²

Spätestens seit BGHSt 7, 162 ff. steht fest, dass ein Verteidiger, der erst nach der Hauptverhandlung hinzugezogen wird, die Sitzungsniederschrift liest und dabei den Beweis eines Verfahrensfehlers entdeckt, „nicht schon deshalb Bedenken zu tragen braucht, den Verstoß mit Bestimmtheit zu behaupten, weil er selbst nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen hat.“²⁶³ Unproblematisch ist der Fall, dass der Verteidiger aus dem Protokoll

ersichtliche Verfahrensverstöße rügen darf, wenn er keine Zweifel daran haben muss, dass sich die gerügten Verfahrensverstöße tatsächlich zugetragen haben, gleiches gilt, wenn er solche Zweifel zwar haben musste, aber tatsächlich nicht gehabt hat, und selbst wenn er Zweifel tatsächlich gehegt hat, verbietet ihm der BGH nicht, die Verfahrensrüge zu erheben, sondern überlässt es seinem „pflichtgemäßen Ermessen“, ob „er sich zuvor bei dem Angeklagten oder etwaigen anderen Verteidigern erkundigt“.²⁶⁴ Auch vom Standpunkt des *Rechtsmissbrauchsverbots* aus ist die Rüge bei Zweifeln an der Richtigkeit der aufgestellten Behauptungen nicht verboten, da nur die „wissentlich unwahre Protokollrüge“ einen Rechtsmissbrauch bedeutet. Man wird dem Angeklagten also zu empfehlen haben, „die Sache an einen guten Revisionsanwalt abzugeben und“ – das ist aber gerade entscheidend – „diesen *im guten Glauben* zu belassen“.²⁶⁵ Bei allzu offenkundiger Unwahrheit der Behauptung wird das Revisionsgericht freilich zu der Überzeugung gelangen, dass auch der Anwalt, der an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen hat, dieses Wissen erlangt hat. Dass man dazu die (freibeweisliche) Beweisaufnahme „auf die subjektiven Vorstellungen des Revisionsführers erstrecken müsste“,²⁶⁶ ist kein Gegenargument, das ist in Missbrauchsfällen häufig so und schließlich auch bei der Rügeverwirkung infolge prozessualer Arglist kein Problem.²⁶⁷

Bei der Staatsanwaltschaft wird man noch einen Schritt weiter gehen und annehmen, dass die Rüge ihren Charakter nicht dadurch verändert, dass der eine Staatsanwalt innerhalb der Behörde die Rüge an einen anderen Staatsanwalt weitergibt, der kein eigenes Wissen von der Hauptverhandlung hat. Weiß das Revisionsgericht oder kann es freibeweislich klären, dass dies der Fall war, so wird das Revisionsgericht auch dieses Vorgehen als „Missbrauch“ bezeichnen und der entsprechenden Rüge keinen Erfolg geben dürfen (immer vorausgesetzt, es erkennt außerdem dafür, dass der gerügte Verfahrensfehler tatsächlich nicht stattgefunden hat). – Nun ist aber nicht einzusehen, warum das anders sein sollte, wenn der Angeklagte selbst so verfährt. Lediglich wenn der Angeklagte selbst keine Erinnerung mehr an den Vorgang hätte und er von seinem früheren Verteidiger zu dem neuen Verteidiger geschickt würde, der ebenfalls keine Kenntnis von den wahren Vorgängen hätte, stellte sich dann noch die Frage, ob die böse Absicht des alten Verteidigers dem Angeklagten bzw. dem neuen Verteidiger noch irgendwie zugerechnet werden könnte, bzw. ob es darauf überhaupt ankäme. Ich meine, dass von einem „Missbrauch“ (durch den Beschwerdeführer) dann nicht mehr gesprochen werden kann. In der Tat bietet sich so für einen „gewitzten“ Verteidiger – aber nicht für die Staatsanwaltschaft – die Möglichkeit, der Rüge auf diese

²⁵⁸ Dass auch das Revisionsgericht irren kann, ist unerheblich – entscheidend ist, dass das Revisionsgericht durch niemanden gezwungen werden kann, wissentlich falsch zu entscheiden.

²⁵⁹ Vgl. *Schneidewin*, MDR 1951, 193, 194.

²⁶⁰ Vgl. *Hamm* (Fn. 20), § 10 Rn. 121: Insofern greift das Argument, eine Rüge „wider besseres Wissen“ dürfe getrost erhoben werden, das „bessere Wissen“ des Verteidigers kann auch ein Irrtum sein.

²⁶¹ *Hamm* (Fn. 20), § 10 Rn. 121; *Pfeiffer*, DRiZ 1984, 341, 347 – vgl. auch *Beulke*, Roxin-FS, S. 1173, 1194; *ders.* (Fn. 55), S. 157: nicht „praktikabel“, weil die einzige Konsequenz ein „Zwang zum Wechsel des Verteidigers“ wäre; ähnl. *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 601.

²⁶² *Dahs*, AnwBl 1951, 90, 91.

²⁶³ BGHSt 7, 162, 164; s. dazu bereits oben I.

²⁶⁴ BGHSt 7, 162, 164.

²⁶⁵ *Dahs*, StraFo 2000, 181, 185.

²⁶⁶ *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 601, die freilich dazu selbst bemerkt, „in besonders krassen Fällen“ (an einem von unzähligen Sitzungstagen hätte unbemerkt ein anderer Richter teilgenommen) werde dies keine großen Schwierigkeiten bereiten.

²⁶⁷ Näher dazu *Fahl* (Fn. 1), S. 622 ff.

Weise doch noch zum Erfolg zu verhelfen, aber das kann eben nur gelingen, indem auch der „Missbrauch“ verschwindet.²⁶⁸ Das ist letztlich eine Konsequenz des § 274 StPO, den zu ändern dem Gesetzgeber vorbehalten ist,²⁶⁹ aber man kann mit *Dallinger* bei dieser Lage gewiss nicht sagen, dass unsere Auslegung des § 274 StPO „einseitig“ zum Nachteil der Verteidigung ausschlägt.²⁷⁰

VII. „Ersatzstrategien“ der Rspr.

1. Verneinen der Beruhensfrage

Die neuere Rspr. tendiert wieder in Richtung darauf, erkannten „Missbräuchen“ einen Riegel vorzuschieben.²⁷¹ *Miebach/Sander* raten daher zukünftig zur Vorsicht.²⁷² So hat es der 3. Senat jüngst dahin stehen lassen, „ob mit der im Schrifttum als herrschend bezeichneten Auffassung auch eine Verfahrensrüge, die von einem in der Hauptverhandlung anwesenden Verteidiger auf eine – gemessen am tatsächlichen Verfahrensablauf – wissentlich unwahre Behauptung gestützt wird, im Rahmen der Wirkungen des § 274 StPO trotz der einem Verteidiger obliegenden Wahrheitspflicht²⁷³ als zulässig behandelt werden muss oder ob nicht vielmehr der *Gegenmeinung*,

²⁶⁸ Die Unterschiede sind also im Grundsätzlichen größer als in der praktischen Auswirkung, s. auch *Fahl* (Fn. 1), S. 728: Die h.M. glaubt, hier sei *Missbrauch* erlaubt – die vorliegende Arbeit hält ihn für verboten und die entsprechende Rüge auch *prozessual* für unzulässig. In dem Normalfall, dass der die Revision damit begründende Beschwerdeführer an der Hauptverhandlung nicht teilgenommen und die Unrichtigkeit des Protokolls ihm nicht in aller Offenheit vom vorinstanzlich tätigen Verteidiger oder den Angeklagten selbst eingestanden worden ist, braucht sich der Revisionsführer jedoch nicht zu scheuen, die Revision zu begründen. Hier will BGH, Urt. v. 11.8.2006 – 3 StR 284/05 nun weiter gehen und einen *Missbrauch* durch Unterlassen auch dann annehmen, wenn der Beschwerdeführer, durch die dienstlichen Erklärungen der amtlichen Prozessbeteiligten *bösgläubig* geworden, die Rüge nicht zurücknimmt.

²⁶⁹ *Docke/Döllens/Momsen*, StV 1999, 583, 585; s. auch BGH NStZ 2002, 219: „Auch wenn dieses Ergebnis der wahren Sachlage widersprechen sollte, muß es als Konsequenz oder dem § 274 StPO zugrundeliegende gesetzgeberische Entscheidung hingenommen werden.“

²⁷⁰ Vgl. *Dallinger*, NJW 1951, 256, 257.

²⁷¹ Vgl. BGH, Beschl. v. 14.4.1999 – 3 StR 70/99 = BGHR § 274 StPO Beweiskraft 21 = NStZ 1999, 424, 425 = StV 1999, 582 m. abl. Anm. *Docke/Döllens/Momsen* = bei *Miebach/Sander*, NStZ-RR 2000, 2 = bei *Müller*, NStZ-RR 2001, 100 = bei *Molkekin*, AnwBl 2001, 214 (Stichwort „Verwirkung, Rechtsmissbrauch“); BGH, Beschl. v. 21.7.1999 – 3 StR 268/99 = StV 1999, 585; BGH, Urt. v. 10.12.1997 – 3 StR 441/97 = NStZ 1998, 267 = StV 1999, 189 m. Anm. *Ventzke*; BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 5 StR 617/99 = NStZ 2000, 216, 217; BGH, Beschl. v. 8.8.2001 – 2 StR 504/00 = NJW 2001, 3794 = wistra 2001, 471 = JuS 2002, 198 m. Anm. *Martin* = NStZ 2002, 270, 272 m. Anm. *Fezer* = StV 2002, 525 m. Anm. *Köberer*; BGH, Beschl. v. 22.5.2001 – 3 StR 462/00 = StV 2002, 530 = BGHR § 274 StPO Beweiskraft 24 = bei *Becker*, NStZ-RR 2002, 100.

²⁷² *Miebach/Sander*, NStZ-RR 2000, 1, 2.

²⁷³ Der Senat verweist dafür auf BGH NStZ 1999, 188, 189 („Lieber Eberhard“) m. Anm. *Lüderssen*, StV 1999, 537; s. dazu auch *Beulke*, Roxin-FS, S. 1173, 1175; *Stumpf*, wistra 2001, 123.

die sich auf *erwägenswerte Gründe* stützen kann, zu folgen ist“.²⁷⁴ – Für die erste Meinung zitiert der Senat *Beulke*.²⁷⁵ Wenn der Senat für die *Gegenmeinung Dünnebieber*²⁷⁶ mit dem Hinweis anführt, dass dieser „allerdings die standeswidrig erhobene Rüge für prozessual wirksam hält“, so gibt er damit zu erkennen, dass er sie auch für *prozessual* unwirksam halten würde.²⁷⁷ Das geht aber nur mit dem *allgemeinen Rechtsmissbrauchsverbot*.

Gerügt wurde die Verletzung nahezu sämtlicher den Gang des Verfahrens betreffender Vorschriften des § 243 StPO (nämlich: Unterbleiben der Verlesung des Anklagesatzes, der Belehrung über die Aussagefreiheit sowie der Vernehmung zur Sache), welche nach dem Sitzungsprotokoll, auf das sich die Verteidiger zum Beweis ihrer Behauptungen beriefen, vorgekommen waren. Der BGH verwunderte sich über die „Häufung der verfahrensrechtlichen Unterlassungen, die dann geschehen und auch noch von zwei erfahrenen Strafverteidigern und dem Staatsanwalt widerspruchslos hingenommen worden sein müssen“.²⁷⁸ – ließ dann aber alle entscheidenden Fragen unentschieden. So ließ er offen, ob nicht bei einem so lückenhaften Protokoll die Beweiskraft i.S. des § 274 StPO entfalle²⁷⁹ und ob die dienstlichen Stellungnahmen des Vorsitzenden, des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft und der Protokollführerin, wonach die geltend gemachten Verfahrensverstöße „eindeutig nicht geschehen“ seien, im Freibeweisverfahren nicht doch berücksichtigt werden dürften. Statt dessen verneinte er – ohne weitere Begründung – das „Beruhen“ des Urteils auf den gerügten Verfahrensfehlern, welches „unter den besonderen Umständen des Falles“ mit Sicherheit auszuschließen sei.²⁸⁰

Den damit für die Zukunft angedeuteten Rechtsprechungswandel hat der Senat in Wahrheit längst vollzogen, wenn er, wie hier, in unhaltbarer Weise das „Beruhen“ auf den angeblichen Verfahrensverstößen verneint. Unhaltbar ist dies deshalb, weil, wären die gerügten Verstöße tatsächlich vorgekommen, das „Beruhen“ darauf unmöglich verneint werden könnte: Es wäre geradezu

²⁷⁴ BGH StV 1999, 582, 583 = NStZ 1999, 424, 425; krit. *Ventzke*, StV 2000, 249, 252, Fn. 31: „Problematisierung der ordnungsgemäß ausgeführten Protokollrüge“.

²⁷⁵ *Beulke* (Fn. 55), S. 156 f.

²⁷⁶ LR-*Dünnebieber* StPO, 23. Aufl., 1975-79, vor § 137 Rn. 17 f.

²⁷⁷ Inwieweit der BGH damit einen ersten „Schritt in Richtung der Überwindung der *unwahren Verfahrensrüge* getan“ habe, bleibt nach *Dahs*, StraFo 2000, 181, 186 abzuwarten; die Streitfrage sei weiterhin offen, meint auch *Müller*, NStZ-RR 2001, 97, 100.

²⁷⁸ Krit. dazu *Docke/Döllens/Momsen*, StV 1999, 583: es gebe „keine empirische Aussage des Gehalts, dass Verfahrensfehler ab einer bestimmten Häufung nicht eingetreten sein können“; s. auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 608; krit. auch *Molkekin*, AnwBl 2001, 208, 214, Fn. 351.

²⁷⁹ Siehe dazu weiter unten.

²⁸⁰ BGH NStZ 1999, 424, 425; zust. *Müller*, NStZ-RR 2001, 97, 100; BGH NStZ 1995, 200 m. krit. Anm. *Krekeler*, NStZ 1995, 299 verneint ebenfalls das „Beruhen“ auf der Nichtverlesung der Anklage, allerdings bei einfach liegenden Sachverhalten, wenn das Protokoll in unbeachtlicher Weise nachträglich dahingehend berichtigt wurde, dass der Anklagesatz doch verlesen wurde.

grotesk anzunehmen, das Urteil beruhte nicht darauf, dass die Anklage nicht verlesen,²⁸¹ der Angeklagte nicht über seine Aussagefreiheit belehrt wurde und so fort.²⁸² Wenn es dem Senat möglich erscheint, das „Beruhen“ des Urteils auf diesen Verstößen zu verneinen, dann doch nur deshalb, weil er sich davon überzeugen konnte, dass die gerügten Verfahrensverstöße in Wahrheit nicht vorgekommen waren, und damit hat er bereits die dienstlichen Stellungnahmen des Vorsitzenden, des Staatsanwalts und der Protokollführerin freibeweislich herangezogen und zugleich gesagt, dass § 274 StPO dem nicht entgegensteht. Das ist wiederum unabhängig davon, wie schlecht und lückenhaft das Protokoll aufs Ganze gesehen ist, denn die Überzeugung davon, dass ein gerügter Verstoß nicht vorgekommen ist, ist unabhängig von der Offensichtlichkeit der Lückenhaftigkeit des Protokolls: Auch der aus einem nicht offensichtlich lückenhaften Protokoll hervorgehende Verfahrensverstoß kann zur Überzeugung des Revisionsgerichts bewusst der Wahrheit zuwider behauptet worden sein.

Dass der Rügende selbst an der Hauptverhandlung teilgenommen hat, kann kein tragfähiges Abgrenzungskriterium sein, obwohl der Senat dies anzudeuten scheint. Erstens kann auch den, der selbst anwesend war, die Erinnerung trügen, weshalb ihm die Berufung auf das Protokoll, das dazu da ist, diese Unsicherheit zu beseitigen, nicht pauschal verwehrt werden kann, es sei denn, das Revisionsgericht hält dafür, dass bewusst die Unwahrheit behauptet wurde. Ist aber die bewusste Behauptung der Unwahrheit entscheidend, so kommt es nicht darauf an, ob der Behauptende in der Hauptverhandlung anwesend war, denn die Kenntnis von der Wahrheit kann er auch auf andere Weise erhalten, beispielsweise indem der frühere Verteidiger den neuen einweicht, an den er die Sache zum Zwecke der Geltendmachung der unwahren Protokollrüge übergeben hat. Je offensichtlicher die Unwahrheit des den Fehler enthaltenen Protokolls ist, desto sicherer ist nicht nur der Schluss auf das „Bewusstsein“ der Unwahrheit bei dem Verteidiger, der selbst in der Hauptverhandlung anwesend war, sondern auch bei demjenigen, an den die Sache übergeben wurde. Vorauszusetzen aber auch genügend ist danach im einen wie im anderen Fall die Überzeugung beim Revisionsgericht von dem Bewusstsein der Unwahrheit der Behauptung.

Entgegen *Docke/Döllen/Momsen* wird man auch aus der „Häufung“ der gerügten Verstöße ein „Indiz“ – freilich

²⁸¹ Vgl. BGH NStZ 1986, 39; 1986, 374; BGHR § 274 StPO Beweiskraft 6 – nach BGH NJW 1982, 1057 = StV 1982, 100 (alle „unwahre“ Protokollrüge betreffend) soll in einfachen Fällen das Beruhen auf der Nichtverlesung des Anklagesatzes ausgeschlossen werden können.

²⁸² A.A. Schäfer, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 710, 723 ff., wo eine „strenge Beruhensprüfung“ gerade als ein „Korrektiv“ der formellen Beweiskraft erwogen wird, um unwahre Protokollrügen auszuschließen; wie hier *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583; *Krekeler*, NStZ 1995, 299 f. (unter Berufung auf den Sinn und Zweck der Anklageverlesung) – und auch prompt anders derselbe Senat in BGH StV 1999, 585, wo das „Beruhen“ (auf dem in Wahrheit nicht vorgekommenen Verfahrensverstoß) ausführlich bejaht wird.

nicht mehr²⁸³ – dafür entnehmen können, dass das Protokoll nicht den wahren Verfahrenshergang widerspiegeln. Einzuräumen ist, dass sich die Unwahrheit der Behauptung dann schon aus der Rüge selbst ergeben kann, ohne dass „das Protokoll überhaupt nur aufgeschlagen werden müsste“.²⁸⁴ Allerdings ist es auch sonst nicht ausgeschlossen, dass sich die Unwahrheit schon ohne Rückgriff auf das Protokoll aus der Rüge selbst ergibt – man denke nur an den Fall, dass der Revisionsführer sich nicht dazu durchringen kann, die „Verantwortung“ für seine Behauptungen zu übernehmen, oder sogar unumwunden einräumt, dass der Verfahrensfehler sich zwar nicht zugetragen habe, er sich aber dennoch zur Erhebung solcher Rüge für berechtigt halte. Die Ansicht, dass sich ein Verteidiger nun „ab einer gewissen Häufung sicherheitshalber“ dafür entscheiden müsste, nicht alle Verfahrensverstöße zu rügen,²⁸⁵ trifft nur zu, wenn es sich um tatsächlich nicht geschehene Verfahrensverstöße handelt. Tatsächlich vorgekommene Verfahrensverstöße können immer bedenkenlos gerügt werden. Kommt der Verteidiger, der an der Hauptverhandlung selbst nicht teilgenommen hat, infolge der Häufung der im Protokoll enthaltenen Verfahrensfehler allerdings selbst zu dem Schluss, dass es sich so nicht zugetragen haben kann, dann kann das Anlass für die „pflichtgemäße“ Prüfung sein, ob er nicht eigene Erkundigungen einziehen sollte, um die bestimmte Behauptung, es habe sich so zugetragen, noch „verantworten“ zu können.²⁸⁶

Schon in der nächsten veröffentlichten Entscheidung des Senats zum Thema entscheidet dieser wieder anders,²⁸⁷ und die nächste Entscheidung des Senats besteht nur aus einem knappen Satz, mit dem sich der Senat den Ausführungen des Generalbundesanwalts anschließt, der zu der auf die Verletzung des § 258 StPO gestützten Verfahrensrüge, mit welcher der Angeklagte geltend macht, ihm sei das letzte Wort nicht erteilt worden,²⁸⁸ ausgeführt hat:

²⁸³ Auch die Wendung des BGH, der sich darüber verwundert, dass Staatsanwaltschaft und Verteidiger all dies „widerspruchlos“ sollten hingenommen haben, sagt nichts über eine „umfassende“ Widerspruchspflicht (oder -obliegenheit) der Verteidigung, sondern ist ein Indiz dafür, dass hier die Unwahrheit behauptet wurde, das verwechseln *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 584.

²⁸⁴ *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 584; *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 608 meint, damit werde der Grundsatz aufgegeben, dass sich die „Mangelhaftigkeit des Protokolls aus diesem selbst“ ergeben müsse.

²⁸⁵ *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583, 584.

²⁸⁶ Vgl. BGHSt 7, 162, 164.

²⁸⁷ Siehe BGH, Beschl. v. 23.6.1999 – 3 StR 212/99 = NStZ 1999, 522 = StV 1999, 636: Der Senat fühlt sich insgesamt nicht weniger als dreimal aufgerufen zu betonen, dass der jeweilige Verfahrensverstoß durch das Protokoll (§ 274 StPO) bewiesen sei, weist auf die Möglichkeiten hin, das Protokoll „kürzer und weniger missverständlich“ abzufassen, gibt der (offensichtlich „unwahren“) Rüge statt und teilt auch nicht die Bedenken des Generalbundesanwalts im Hinblick auf § 344 II 2 StPO; vgl. zur Funktion des § 344 II 2 StPO *Fahl* (Fn. 1), S. 609 ff.

²⁸⁸ Siehe dazu auch BGH, Beschl. v. 7.5.2002 – 3 StR 499/01 = StV 2002, 530 = wistra 2002, 308; vgl. schon BGH wistra 1985, 154, 155 = StV 1985, 135 (nachträgliche Protokollberichtigung dahingehend, dass das letzte Wort gewährt worden sei,

„Dieser Vortrag ist durch die Niederschrift über die Hauptverhandlung, die jedenfalls keine offensichtliche Lücke aufweist, bewiesen (§ 274 StPO). Die im Senatsbeschluss v. 14.4.1999 – 3 StR 70/99 – erörterten Bedenken bestehen hier nicht, weil Verfasser der Revisionsbegründung in der Hauptverhandlung nicht *anwesend* war und ihm mögliches Wissen seines Mitverteidigers nicht *zugerechnet* werden kann... Nach gefestigter Rspr. des BGH kann eine Protokollberichtigung nicht dazu führen, dass einer zulässigen Verfahrensrüge *nachträglich der Boden entzogen wird*.“²⁸⁹ – Diese Stelle besagt leider nicht, ob die Bedenken deshalb nicht bestehen, weil dem Revisionsanwalt, der selbst nicht an der Hauptverhandlung teilgenommen hat, das Wissen eines anwesenden Verteidigers (oder auch des Angeklagten, wenn dieser ihn eingeweiht hat), nicht – niemals – zugerechnet werden kann, oder ob ihm dieses Wissen nur in diesem Fall „nicht“, grundsätzlich aber doch zugerechnet werden könnte – richtig wäre nur das letztere.²⁹⁰

Um diese Unsicherheiten zu vermeiden hat der 5. Senat jüngst erwogen, ob nicht doch „eine *Ausnahme* von dem Grundsatz, dass eine wirksame *Protokollberichtigung* nach Eingang der Revisionsrechtfertigung nicht mehr möglich ist, wenn damit einer zulässigen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen wird“ für Fälle „eines zweifelsfrei vom protokollierten Hergang abweichenden Sachablaufs in Betracht kommt“. Eine solche Lösung habe „den Vorteil, dass ein Verteidigerwechsel... für den Erfolg derartiger Rügen unmaßgeblich wäre, da es auf die Frage der Wissenslichkeit unrichtigen Revisionsvorbringens nicht ankäme...“.²⁹¹ Aber das ist nicht möglich. Der Grundsatz, dass einer erhobenen Revisionsrüge nicht nachträglich der Boden entzogen werden darf, ist, wie oben gezeigt, neben einer Vorkehrung gegen Missbrauch (durch die Urkundspersonen), welcher in einem solchen Fall ausscheiden dürfte, auch ein Gebot der prozessualen Fairness als Ausprägung von *Treu und*

wurde vom 3. Senat nicht berücksichtigt); s. auch OLG Hamm, wistra 1999, 319 f., wo der Betroffene rügte, ihm sei nicht das letzte Wort erteilt und seinem Verteidiger keine Gelegenheit gegeben worden, einen Schlußvortrag zu halten. – Der Senat ließ dahinstehen, „ob dies zutrifft oder ob sich ggf. aus dem Protokoll der Hauptverhandlung *auch das Gegenteil* entnehmen läßt“, weist aber darauf hin, der Trichter werde „in Zukunft, wenn schon nicht das sonst übliche Formular des Protokolls der Hauptverhandlung verwendet wird, darauf zu achten haben, dass das Protokoll... widerspruchsfrei sein muß“ und Durchstreichungen usw. zu vermeiden haben, wenn das Protokoll „nicht, wie vorliegend, widersprüchlich werden soll“; s. dazu unten VII.

²⁸⁹ BGH, Beschl. v. 21.7.1999 – 3 StR 268/99 = StV 1999, 585. Das Übrige sind Erwägungen, mit denen begründet wird, warum die Höhe der Strafe, obwohl auf den ersten Blick „sehr milde“, dennoch „die Möglichkeit des Beruhens“ (des Strafauspruchs auf dem aufgezeigten Rechtsfehler) nicht mit der gebotenen Sicherheit ausschließen läßt (und nährt damit den Verdacht, dass der BGH dann besonders geneigt ist, ein Urteil aufzuheben, wenn ihm das Ergebnis ungerecht erscheint).

²⁹⁰ Der in StV 1999, 585 abgedruckte Leitsatz formuliert eindeutig in diese Richtung.

²⁹¹ BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 5 StR 617/99 = NStZ 2000, 216, 217; krit. dazu auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 605 f.

Glauben, das einer Ausnahme nur insoweit zugänglich ist, als das Vertrauen des Revisionsführers in den Fortbestand der Revisionsgrundlage nicht schutzwürdig erscheint. Das ist aber nur dann der Fall, wenn der Revisionsführer weiß, dass der durch das Protokoll ausgewiesene Fehler tatsächlich nicht vorgekommen ist, aber nicht dann, wenn er keine Erinnerung mehr an den betreffenden Vorfall hat. Abgrenzungsschwierigkeiten bleiben also auf die eine oder andere Weise immer bestehen.

2. Schreibfehler, Lücken und Widersprüche

Eine weitere (in einigen der genannten Entscheidungen bereits angesprochene) „Ersatzstrategie“, auf die sich die Rspr. seit langem verlegt, um „unwahren Protokollrügen“ den Wind aus den Segeln zu nehmen, besteht darin, die Beweiskraft des Protokolls bezüglich des angeblich geschehenen Verfahrensfehlers zu relativieren. Das gilt zunächst für bloße Schreibversehen. In BGH, Beschl. v. 12.1.2000 – 5 StR 617/99, hatte die Revision behauptet, an einem bestimmten Verhandlungstag habe nicht die sonst anwesende Übersetzerin „Krause“ teilgenommen, sondern eine unbekannte Dolmetscherin „Krüger“, die (mangels Existenz) weder vereidigt worden sei, noch sich auf eine allgemeine Beeidigung berufen habe. Obwohl dies dem ursprünglich fertig gestellten Protokoll entsprach, scheiterte die Revision. Bei offensichtlichen Namensverwechslungen sei auch eine nachträgliche Protokollberichtigung, die dem Revisionsvorbringen die Grundlage entzieht, unbeschränkt zulässig.²⁹²

Im Übrigen schließt die dem Hauptverhandlungsprotokoll verliehene (positive wie negative) Beweiskraft zwar die Benutzung anderer Beweismittel zum Nachweis der relevanten Verfahrensvorgänge aus, nicht aber die Heranziehung von anderen Erkenntnisquellen zur Auslegung des Protokolls.²⁹³ Im genannten Fall hatte die richtige Dolmetscherin „Krause“ Abrechnungen zu den Akten gereicht, die unzweifelhaft belegten, dass sie auch an jenem Tag tätig gewesen war.²⁹⁴

In einem anderen Fall versagte der BGH einer Revision des Angeklagten den Erfolg, der die Nichtgewährung des letzten Wortes nach Wiedereintritt in die Hauptverhandlung und erneuter Schließung der Beweisaufnahme rügte, im Anschluss an welche das Protokoll vermerkte: „Der Staatsanwalt, der Verteidiger und der Angeklagte bleiben bei ihren Anträgen.“ Zwar sei die dienstliche Erklärung des Vorsitzenden, aus der sich ergab, dass dem Angeklagten das letzte Wort doch gewährt worden war, nicht zu berücksichtigen, derartige Protokollvermerke seien

²⁹² BGH, NStZ 2000, 216, 217; s. auch *KK-Engelhardt* (Fn. 3), § 271 Rn. 15; *Pfeiffer* (Fn. 20), § 271 Rn. 7; *Eb. Schmidt* (Fn. 20), § 271 Rn. 12; für „vorsichtige Erweiterung der Grundsätze, die die Rspr. für erkennbare Mängel des Protokolls entwickelt hat“, um unwahren Verfahrensrügen „den Boden zu entziehen“, auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 607.

²⁹³ *LR-Gollwitzer* (Fn. 20), § 274 Rn. 25; *Ranft*, JuS 1994, 785, 787; *SK-Schlüchter* (Fn. 20), § 274 Rn. 12: Ergeben sich hieraus sichere Anhaltspunkte für eine vom naheliegenden Wortsinne abweichende Bedeutung des Protokolls, so darf das Revisionsgericht die Beweiskraft sogar in diesem Sinne feststellen.

²⁹⁴ *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595, 607; ebenso in BGHR § 274 StPO Beweiskraft 24.

indes auslegungsfähig. Die nicht sehr geschickte Fassung des betreffenden Vermerks ergebe „immerhin noch genügend deutlich, dass der Angeklagte als letzter der Beteiligten“ gesprochen habe.²⁹⁵

Schließlich darf die Sitzungsniederschrift auch keine *offensichtlichen* Lücken oder Widersprüche enthalten.²⁹⁶ Vom Schweigen des Protokolls zu einem verfahrensrelevanten Vorgang, dessen Fehlen die Revision begründen würde, ist mithin die Lückenhaftigkeit des Protokolls zu unterscheiden. Während das Schweigen des Protokolls die negative Beweiskraft entfaltet, dass der betreffende Verfahrensvorgang nicht stattgefunden hat,²⁹⁷ vermag die Annahme einer „offensichtliche Lücke“ das Gegenteil. Sie hebt die Beweiskraft des Protokolls insoweit auf. Die Abgrenzung ist naturgemäß schwierig, zumal derartige Fehler nicht voraussetzen, dass ein Widerspruch im strengen logischen Sinne eines gegenseitigen Ausschlusses vorliegt. Vielmehr soll genügen, dass es angesichts der Lebenserfahrung ausgeschlossen erscheint, dass der Vorgang sich wie protokolliert abgespielt hat, oder dass ein protokolliertes Geschehen auf einen unprotokollierten Vorgang hindeutet, ohne dass es darauf ankommt, dass jener andere Vorgang logisch zwingend stattgefunden haben muss.²⁹⁸

Es ist offensichtlich, dass damit einer unwahren Revisionsrüge, mit der ein Fehler gerügt und auf das Protokoll gestützt wird, der tatsächlich nicht stattgefunden hat (das Protokoll schweigt zu einem Erfordernis, dessen Fehlen die Revision begründen würde), der Boden „entzogen“ werden kann. Dasselbe gilt auch im umgekehrten Fall (das Protokoll weist widersprüchlich und unklar einen Vorgang aus, dessen Vorhandensein die Revision begründen würde).²⁹⁹ Folge solcher Unklarheiten oder Widersprüche im Protokoll ist nicht etwa, dass nunmehr das Vorbringen des Beschwerdeführers (unabhängig von

seiner Richtigkeit) als wahr unterstellt werden müsste.³⁰⁰ Folge ist vielmehr auch hier nur, dass der wahre Verfahrensablauf im Freibeweisverfahren in freier Beweiswürdigung vom Rechtsmittelgericht geklärt wird,³⁰¹ wozu sich die dienstlichen Erklärungen der Richter und des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft anbieten.³⁰² Selbst wenn sich der wahre Verfahrenshergang dadurch nicht aufklären lässt, muss die Revision nach dem Grundsatz, dass ihr nur erwiesene Verfahrensfehler zum Erfolg verhelfen können, verworfen werden.³⁰³

In einem vom RG bereits im Jahre 1930 entschiedenen Fall enthielt das ursprüngliche Sitzungsprotokoll nur die Tatsache, dass der Angeklagte (nach Schluss der Beweisaufnahme und dem Plädoyer seines Verteidigers) selbst einen (Hilfs-)Beweisantrag gestellt hatte, die Angabe des Beweismittels (Sachverständigenbeweis), aber nicht das Beweisthema. In den Urteilsgründen wird dieser Antrag wegen Bedeutungslosigkeit mit der Begründung abgelehnt, dass es nicht darauf ankomme, ob ein Hanomagwagen imstande sein, eine geschlossene Eisenbahnstranke zu heben. Der gleiche Beweissatz wurde im Wege der nachträglichen Berichtigung in das Protokoll eingefügt. Dagegen wird in der vorher erhobenen Revision behauptet, der Sachverständige sei zu einem ganz anderen Beweisthema benannt worden, welches für die Entscheidung durchaus von Bedeutung war (dass der Angeklagte nicht zu schnell gefahren sei). Da der Revision „ohne weiteres der Boden entzogen“ wäre, wenn der nachträglichen Protokollberichtigung Beweiskraft i.S. des § 274 StPO zukäme, erwägt das Reichsgericht, „ob in dem hier gegebenen Falle *die Grundsätze der Entschei-*

²⁹⁵ BGHSt 13, 53, 59 = NJW 1959, 1093.

²⁹⁶ Vgl. BGHSt 16, 306, 307 f. = NJW 1962, 165; 17, 220, 222 = NJW 1962, 1308; BGH NJW 1982, 1057; NStZ 1986, 39, 40; 1986, 374 (beide betr. angeblich unterbliebene Verlesung des Anklagesatzes – „Lücke“ wurde verneint); 1993, 51; 1999, 371; 2002, 219; StV 1999, 585; wistra 2000, 459, 460 = bei *Miebach/Sander*, NStZ-RR 2001, 7; OLG Hamm, wistra 1999, 319; *Glanzmann* (Fn. 27), G 32 f. (m.w.N. aus der Rspr. des RG); *HK-Julius* (Fn. 4), § 274 Rn. 7; *KK-Engelhardt* (Fn. 3), § 274 Rn. 8 ff.; *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 274 Rn. 17; *KMR-Paulus* (Fn. 200), § 274 Rn. 9; *Pfeiffer* (Fn. 20), § 274 Rn. 3; *SK-Schlüchter* (Fn. 20), § 274 Rn. 17 ff.; s. auch *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 890 f.; *Fezer*, Strafprozessrecht, 2. Aufl., 1995, Rn. 11/114; *ders.*, NStZ 2002, 272; *Haller/Conzen* (Fn. 3), Rn. 345; *Kühne* (Fn. 3), Rn. 974; *Kramer* (Fn. 20), Rn. 286; *Meurer* (Fn. 20), S. 142; *Ranft*, JuS 1994, 785, 787; *Schäfer* (Fn. 3), Rn. 1815; *ders.*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 712 ff.; *Ziegert* (Fn. 3), S. 405.

²⁹⁷ *Beulke* (Fn. 3), Rn. 393.

²⁹⁸ *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 712 (Widerspruch), 713 (Lücke); vgl. etwa BGHR § 274 StPO Beweiskraft 12: Dort ergab sich aus den Umständen, dass der Staatsanwalt einen Schlußantrag zur Strafhöhe gestellt haben mußte, dessen Fehlen gerügt wurde; s. auch BGH NStZ 1995, 356.

²⁹⁹ *Fahl*, JA-R 2000, 179, 181; BGHSt 16, 306, 307 f.; BGH StV 1999, 189 m. Anm. *Ventzke*.

³⁰⁰ BGHSt 16, 306, 308; 17, 220, 222; BGH, Beschl. v. 2.5.2000 – 1 StR 62/00 = NStZ 2000, 546 = StV 2001, 219 (betr. die Rüge, eine Zeugin sei unvereidigt geblieben, während sich aus einer „unbestritten gebliebenen“ dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden ergab, dass auf Vereidigung allseits verzichtet worden war); RGSt 63, 408, 411 mit Klarstellung der früheren Rspr. auf S. 412; vgl. auch *LR-Gollwitzer* (Fn. 20), § 274 Rn. 4; *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 274 Rn. 18; *SK-Schlüchter* (Fn. 20), § 274 Rn. 21; *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 892 f. m. zahlr. Nachw. zur Gegenmeinung in Fn. 79.

³⁰¹ *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 893; *Meyer-Göfner*, a.a.O.; *Pfeiffer* (Fn. 20), § 274 Rn. 3.

³⁰² Vgl. BGHR § 274 StPO Beweiskraft 12, 24; BGH, Beschl. v. 22.6.1999 – 1 StR 193/99 = StV 1999, 639 = bei *Kusch*, NStZ-RR 2000, 33, 37 (unter Zuhilfenahme der dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden, „der die Verteidigung in ihrer dazu abgegebenen Stellungnahme nicht entgegentritt“); BGH, Beschl. v. 7.7.1999 – 1 StR 303/99 = bei *Kusch*, NStZ-RR 2000, 293 f. („dienstliche Äußerungen der Berufsrichter und des Sitzungsvertreters, zu denen der Beschwerdeführer sich inhaltlich nicht geäußert hat“); BGH, Beschl. v. 20.7.1999 – 1 StR 287/99 = NStZ 2000, 49 (dazu *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 713): Hier ergab der Vermerk des Vorsitzenden, „den die Revision... für *unverwertbar* hält, dessen *inhaltliche* Richtigkeit sie dabei aber nicht in Zweifel zieht“, zur Überzeugung des Gerichts, dass der gerügte Verfahrensfehler nicht stattgefunden habe.

³⁰³ OLG Saarbrücken, VRS 48, 439; *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 894; *Meyer-Göfner* (Fn. 4), § 274 Rn. 18; *SK-Schlüchter* (Fn. 20), § 274 Rn. 21; vgl. BGHR § 274 StPO Beweiskraft 12 (dienstliche Äußerung des Sitzungsstaatsanwalts eindeutig, Protokollführerin „glaubt sich zu erinnern“); s. auch *Beulke* (Fn. 3), Rn. 564.

„dung der Vereinigten Strafsenate in RGSt 43, 1... anzuwenden“ seien,³⁰⁴ und kommt zu dem Schluss, auch hier müsse der Grundsatz gelten, „dass dem Beschwerdeführer ein prozessuales Recht auf unveränderte Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für die Revisionsinstanz eingeräumt“ sei.³⁰⁵

Indes gelte die ausschließliche Beweiskraft des Protokolls bei offensichtlicher Unvollständigkeit der Protokollierung eines Prozessvorgangs nicht für die erkennbaren Lücken und „gewinnt... durch eine solche Unvollständigkeit des Protokolls der Beschwerdeführer *nicht ein Recht*, dass seine Behauptungen hinsichtlich der Ergänzung der Lücke schlechthin als wahr anzunehmen sind“. Es würde zu weit gehen und sei auch durch den oben angesprochenen Grundsatz nicht gedeckt, „wenn die Ausfüllung der *Lücke* nur durch die (scil.: hier offensichtlich unwahren) Behauptungen der Revision erfolgen dürfte, diese also als unwiderleglich gelten müssten“.³⁰⁶ Vielmehr habe das Gericht zu klären, wie es sich in Wahrheit verhalten habe, und dabei könnten auch „nachträgliche Erklärungen der Mitglieder des erkennenden Gerichts oder der Urkundsperson, selbst wenn die letzteren der Form nach sich als eine Ergänzung des Protokolls darstellen“.³⁰⁷

Nach *Docke/Döllen/Momsen* soll es revisionsrechtlichem „common sense“ entsprechen, dass bei der Entscheidung, ob „offensichtliche Lücken“ bestehen und damit über den Fortfall der absoluten Beweiskraft des Protokolls, dienstliche Erklärungen der Richter „nicht mehr vom Revisionsgericht berücksichtigt werden dürfen, wenn sie erst abgegeben werden, nachdem die Verfahrensrüge wirksam erhoben worden ist“³⁰⁸ – vielmehr müsse das Revisionsgericht *zuerst* prüfen, ob die Beweiskraft des Protokolls infolge Lückenhaftigkeit weggefallen sei, und dürfe erst dann im Rahmen des Freibeweisverfahrens die dienstlichen Erklärungen verwerten. Daran ist richtig, dass es von der logischen Reihenfolge her nahe läge, zuerst die Lücke festzustellen, bevor man sie stopft und nicht anhand des Füllmaterials festzustellen, ob eine Lücke besteht. Doch auch in dieser Erwartung wurden sie vom BGH enttäuscht. Der „common sense“ des 3. Senats scheint diesem – in der besprochenen Entscheidung – ein anderes Vorgehen nahe zu legen.³⁰⁹ Hingegen hat der Satz, dass der einmal eingelegten Revision nicht nachträglich der Boden entzogen werden dürfte, auf den sie offenbar anspielen, ohnehin keine allgemeine Gültigkeit.³¹⁰

³⁰⁴ RGSt 63, 408, 409 – s. dazu oben II.

³⁰⁵ RGSt 63, 408, 410.

³⁰⁶ RGSt 63, 408, 411.

³⁰⁷ RGSt 63, 408, 412. Allerdings fehle ihnen die Beweiskraft des § 274 StPO.

³⁰⁸ *Docke/Döllen/Momsen*, StV 1999, 583; in diesem Sinne wohl auch *Fezer*, NStZ 2002, 272 („Binnenbeurteilung“); *Mutzbauer* (Fn. 3), Teil C/2 Rn. 85 a.E.

³⁰⁹ Vgl. BGH NStZ 1999, 424, 425 = StV 1999, 582; siehe oben.

³¹⁰ Er gilt, wie gesehen, nur für die – hier nicht in Rede stehende – Protokollberichtigung und muß sich selbst dort Einschränkungen gefallen lassen, siehe oben.

Hatte RGSt 63, 408 eine „Lücke“ angenommen, um der unwahren Verfahrensrüge den Boden zu entziehen, so operiert BGHSt 16, 306 mit einem – offensichtlichen – Widerspruch: „Die Revision irrt..., wenn sie meint, durch das Protokoll... werde auf Grund der Beweiskraft, die ihm in § 274 StPO eingeräumt sei, unwiderleglich bewiesen, dass die Strafkammer an diesem Tage an Stelle... des C. mit... B. als zweitem beisitzenden Richter besetzt gewesen sei. Die gerichtliche Niederschrift über den Verlauf einer Hauptverhandlung bildet, auch wenn sich diese über mehrere Tage erstreckt hat, eine Einheit und kann daher nur als Ganzes behandelt und beurteilt werden... Hier enthält das Protokoll abweichende Angaben über die Besetzung des Gerichts, indem es an einer Stelle B. und im übrigen ...C. als zweiten beisitzenden Richter aufführt. Darin liegt, *da das Gesetz* einen Wechsel in der Person der an einer Hauptverhandlung mitwirkenden Richter... *nicht zulässt* und dieses *Verbot auch schlechthin beachtet wird*, ein offensichtlicher Widerspruch, der soweit er sich erstreckt, der Niederschrift die ihr nach § 274 StPO zustehende Beweiskraft entzieht... Deshalb ist es zulässig und geboten, im Wege *freier Beweismwürdigung* zu ermitteln, wie die Besetzung der Strafkammer... tatsächlich gewesen ist“.³¹¹

Das ist schon eine erstaunliche Begründung. Weil das Gesetz es nicht vorsieht, soll der Fehler nicht vorgekommen sein! Dass das Gesetz ansonsten beachtet wird, bedeutet eben nicht, dass es nicht in diesem Fall doch verletzt worden sein könnte. Wenn der Senat dennoch zu einem „Widerspruch“ gelangt, der auch noch „offensichtlich“ sein soll, so deshalb, weil die Rüge offensichtlich

³¹¹ BGHSt 16, 306, 307 f.: „Auf Grund der hier abgegebenen dienstlichen Äußerungen... in Verbindung mit den dienstlichen Erklärungen... sowie in Übereinstimmung mit einer entsprechenden Berichtigung des Protokolls... ist erwiesen, dass an allen Tagen... C. ...mitgewirkt hat, und dass (der Fehler im übrigen) auf einem Schreibversehen beruht“; vgl. auch BGHR § 344 II 2 StPO Missbrauch 1 = StV 2001, 101 m. Anm. *Ventzke*: „Zur Auflösung des Widerspruchs war das Freibeweisverfahren eröffnet; es hat ergeben, dass RiLG M. am 11. Mai gegenwärtig war (Dienstliche Erklärungen des Vorsitzenden, des Beisitzers und der Protokollführerin)“. – Das BVerfG, Beschl. v. 11.11.2001 – 2 BvR 1151/01 = StV 2002, 521 billigt das: Die Auffassung, der Inhalt eines Hauptverhandlungsprotokolls sei mit der Folge unklar, dass die absolute Beweiskraft entfallt und die Beweismöglichkeiten des Freibeweises eröffnet werden, sei von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden. Das Protokoll beweise selbst dann nicht die Abwesenheit einer Person an einem bestimmten Sitzungstag, wenn die Anwesenheit der anderen Verfahrensbeteiligten ausdrücklich vermerkt sei. Der BGH hatte argumentiert, protokollierungspflichtig sei nur der Wechsel innerhalb der Beteiligten und sah das Freibeweisverfahren als eröffnet an (das ergab, dass die Aufzählung des Dolmetschers an dem fraglichen Tag lediglich vergessen wurde). Das BVerfG ließ offen, ob eine solche Gesetzesauslegung „einfach-rechtlich“ bedenklich sei – so *KK-Engelhardt* (Fn. 3), § 274 Rn. 7 –, ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit ergebe sich schon daraus, dass er nicht schlechter, sondern durch die Einräumung gegenüber § 274 StPO weiter gehender Beweismöglichkeiten nur besser gestellt würden. Das ist richtig. Denn der „legitime“ Gebrauch des Rechts wird dadurch nicht beschnitten! Bei dem „Recht“, einen Verfahrensverstöß mit einer Unwahrheit zu beweisen, kann es sich nämlich nur um einen *Missbrauch* handeln.

„unwahr“ ist. Diese Argumentation scheint sich trotz ihrer offensichtlichen Unhaltbarkeit unter den Strafsenaten des BGH so festgesetzt zu haben, dass der zweite Senat inzwischen sogar den Rechtssatz aufstellen kann, obwohl die Rüge durch das Protokoll belegt zu werden „scheine“, sei doch anerkannt, dass dessen Beweiskraft entfalle, wenn es „an bestimmten inhaltlichen Mängeln“ – aus sich selbst nicht lösbare Widersprüche, unerklärliche Auslassungen (Lücken) und Unklarheiten – leide: „Um solche *offensichtlichen* Mängel handelt es sich nach der *neueren Rspr.* auch dann, wenn die Sitzungsniederschrift Vorgänge beurkundet, die sich *nach aller Erfahrung so nicht zugetragen haben können.*“³¹²

Der in StV 1999, 189³¹³ mitgeteilte Sachverhalt ist gleich in mehrfacher Hinsicht aufschlussreich, was die Behandlung des „Missbrauchs“ anbelangt. Die erste der beiden Rügen lässt den Senat die Frage diskutieren, ob nicht die Rüge, der Angeklagte sei phasenweise unverteidigt gewesen, als „verwirkt“ anzusehen wäre, weil sich der Verteidiger absichtlich kurzzeitig entfernt hatte. Er diskutiert dies jedoch nicht aus, sondern hält die Rüge „auch“ für unbegründet, weil der Vorsitzende einen Entpflichtungsantrag des weiterhin anwesenden ursprünglichen Verteidigers, den der Angeklagte zuvor verbal angegriffen hatte, zu Recht abgelehnt habe.³¹⁴ Ohne Erfolg blieb auch die zweite Rüge, die den vorliegenden Kontext betrifft: Der Verteidiger rügte, das Gericht habe bei der Überzeugungsbildung nach § 261 StPO nicht alles verwertet, was Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen sei, namentlich die Einlassung des Angeklagten zur Sache, welche im Hauptverhandlungsprotokoll mit den Worten angesprochen sei: „Der Zeuge sagte weiter zur Sache aus. Der Angeklagte sagte weiter zur Sache aus...“. In Wahrheit hatte der Angeklagte, wie ebenfalls im Hauptverhandlungsprotokoll steht, von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht (und lediglich eine an den Zeugen gerichtete Frage seines Verteidigers konkretisiert).³¹⁵ Nachdem die Berufsrichter der Strafkammer zu dieser Verfahrensrüge eine dienstliche Erklärung abgegeben hatten, erwiderte der Verteidiger: Selbst wenn das Hauptverhandlungsprotokoll objektiv unrichtig wäre, so sei dies für die Begründetheit der Revision unerheblich, nach seiner Einschätzung dürfte es „*herrschende Meinung* sein, dass sich der Verteidiger *trotz seiner Kenntnis, dass einwandfrei verfahren worden ist, auf einen fehlerhaft protokollierten Verfahrensverstöß stützen darf.*“³¹⁶

³¹² BGH, Beschl. v. 8.8.2001 – 2 StR 504/00 = NJW 2001, 3794; abl. Fezer, NStZ 2002, 272; Köberer, StV 2002, 527 (betr. die Rüge, der Angeklagte sei zeitweise unverteidigt gewesen).

³¹³ BGH, Urt. v. 10.12.1997 – 3 StR 441/97 = NStZ 1998, 267 = bei Kusch, NStZ-RR 1998, 264 = StV 1999, 189 m. Anm. Ventzke.

³¹⁴ Auch dies beruht auf einer seit langem anerkannten Folge aus dem „Missbrauchsverbot“, so richtig gesehen von Ventzke, StV 1999, 190: „weil sie... durch missbräuchliches Prozeßverhalten hätte erzwungen werden sollen“.

³¹⁵ Vgl. BGH StV 1999, 189, 190; insoweit in NStZ 1998, 267 nicht abgedruckt.

³¹⁶ BGH StV 1999, 189, 190 – Dahn (Fn. 4), Rn. 888 nennt es für den Verteidiger „peinlich“ und vom Revisionsrichter „takt-

Das ist, abgesehen von dem Fall der „bloßen“ Protokollrüge, bei dem ein Verfahrensverstöß nicht bestimmt behauptet wird, was von der Aufstellung unwahrer Tatsachenbehauptungen abschrecken soll, aber offensichtlich nur als eine Aufforderung zur noch nachdrücklicheren Behauptung der Unwahrheit verstanden wird, eine durchaus zutreffende Wiedergabe des Meinungsbildes zum Thema „unwahre Protokollrüge“. Allerdings sollte man sich nicht darauf verlassen, dass die Rspr., derart „offen“ herausgefordert, den *Missbrauch* länger hinnehmen wird.³¹⁷ Der Senat behalf sich auch hier mit der „Zweckkonstruktion“, derzufolge das Protokoll einen Verfahrensfehler, auf den sich der Verteidiger berufen könnte, gar nicht enthielt, sondern „unklar und missverständlich“ sei, weil die erstmalige Äußerung zu Sache („weiter zur Sache“) eine zu protokollierende wesentliche Förmlichkeit der Hauptverhandlung gewesen wäre,³¹⁸ zu der das Protokoll aber nichts enthalte, weshalb der BGH den wahren Verfahrensablauf im Freibeweisverfahren klären könne – was der Senat daraufhin tat und fand, dass an der Rüge (natürlich) nichts dran sei.

3. Umfang der Protokollierungspflicht

Damit verlegt sich der BGH auf „Nebenkriegsschauplätze“, auf denen er häufig mehr Schaden anrichtet als Nutzen stiftet. Ob die Tatsache der erstmaligen Äußerung zur Sache in der Hauptverhandlung eine protokollierungspflichtige wesentliche Förmlichkeit i.S. des § 273 I StPO ist, hat beispielsweise derselbe dritte Senat zuvor gegenteilig entschieden und ausgesprochen: „Ob ein Angeklagter im Rahmen seines Erklärungsrechts gem. § 257 I StPO erstmalig in der Hauptverhandlung Angaben zur Sache gemacht hat, gehört nicht zu den wesentlichen Förmlichkeiten der Verhandlung und ist deshalb nicht protokollierungspflichtig.“³¹⁹ – Interessanterweise lag dem eine ganz ähnliche Verfahrensrüge zugrunde: Der Verteidiger hatte eine Verletzung des § 261 StPO gerügt und damit begründet, dass sich der Angeklagte „ausweislich der Urteilsgründe“ – freilich zur Überzeugung des LG in Form einer widerlegten Schutzbehauptung – zur Sache eingelassen habe. Tatsächlich habe

los“, nach der Wahrheit zu fragen. Davor scheinen die Revisionsgerichte indes längst nicht mehr zurückzuschrecken, vgl. BGH NJW 2001, 3794 = NStZ 2002, 270, 272: Dort hatten die Verteidiger die erbetenen Stellungnahmen mit Rücksicht auf das fortbestehende Verteidigungsverhältnis abgelehnt, die Urkundsbeamtin und die drei Berufsrichter den wahren Hergang in ihren dienstlichen Stellungnahmen, die der BGH im Freibeweisverfahren verwertete, klaggestellt.

³¹⁷ Krit. Ventzke, StV 1999, 190: Getroffen werde „als missbräuchlich bewertete Verteidigerverhalten“ im *Revisionsverfahren*, die erhobenen Verfahrensrügen ließen aber nur den Schluß zu, dass schon die Hauptverhandlung vor dem LG von erheblichen Spannungen gekennzeichnet war.

³¹⁸ BGH StV 1999, 189, 190 unter Berufung auf BGH NJW 1996, 2804 (insoweit in BGHSt 42, 123 und NStZ 1996, 499 nicht abgedr.); ebenso BGH StV 1995, 513; aus der Lit.: Hohmann, StraFo 1999, 153, 156; Miebach, NStZ 2000, 234, 240; Schlothauer, StV 1994, 468, 469; SK-Schlüchter (Fn. 20), § 257 Rn. 12 sowie jetzt auch KK-Diemer (Fn. 3), § 257 Rn. 6.

³¹⁹ BGH, Beschl. v. 22.10.1993 – 3 StR 337/93 = StV 1994, 468 m. abl. Anm. Schlothauer; s. dazu auch Wesemann, StraFo 2001, 293, 298.

der Angeklagte aber nicht zur Sache ausgesagt, weshalb der gerichtlichen Überzeugungsbildung die Grundlage fehle. Auf den Einwand des Generalbundesanwalts, der Angeklagte könne die Äußerungen im Rahmen des § 257 I StPO gemacht haben, erwiderte der Beschwerdeführer, dies sei zwar denkbar, zu einer solchen Äußerung sei es aber „ausweislich“ des (dazu schweigenden) Hauptverhandlungsprotokolls nicht gekommen. Der BGH stellte sich – offenbar ebenfalls mit dem Ziel, einer vermeintlich unwahren Protokollrüge den Boden zu entziehen – auf den Standpunkt, die betreffenden Urteilsrügungen ließen sich unschwer mit der vom Generalbundesanwalt angesprochenen Möglichkeit erklären, da solche Äußerungen *nicht* protokollierungspflichtig seien.³²⁰ Umgekehrt verhielt es sich in BGH, Beschl. v. 23.2.2000 – 5 StR 382/99. Die Verfahrensrüge nach § 261 StPO, das Urteil sei von einem schweigenden Angeklagten ausgegangen, während durch das Protokoll bewiesen sei, dass er sich zur Sache eingelassen habe, verwarf der BGH mit der Begründung, dass (obwohl das Hauptverhandlungsprotokoll weder lückenhaft noch widersprüchlich sei) die Äußerungen sich „nahe liegend“ mit einer Zwischenbemerkung des Angeklagten im Rahmen der Vernehmung des Sachverständigen erklären ließen.³²¹

Der Vorsitzende Richter am BGH *Schäfer* meint, das vom Gesetz aufgestellte Erfordernis, dass es sich um eine „wesentliche Förmlichkeit“ gem. §§ 273 I 1, 274 StPO handeln müsse, gebe einen *Beurteilungsspielraum*, bei dem auch die „ziemlich ungewöhnliche“ Konsequenz berücksichtigt werden dürfe, dass Sachverhalte, von denen aufgrund der Beweiskraft des Protokolls auszugehen ist, nicht der wahren Sachlage zu entsprechen brauchen, um sich so die Möglichkeit zu verschaffen, „ohne Bindung an den Inhalt des Protokolls im Wege des Freibeweises zu einem materiell gerechten Ergebnis zu gelangen“.³²² Er beruft sich dafür auf BGHSt 36, 354, 358, wo das Auseinanderfallen von wahren und aufgrund der formellen Beweiskraft der Sitzungsniederschrift gem. § 274 StPO unwiderlegbar zu vermutenden Sachverhalt (mit unverhohlener Sympathie für *Eb. Schmidt*, der die Vorschrift „ziemlich außergewöhnlich“ genannt hat,³²³ und *Beling*, der sie für einen „gesetzgeberischen Missgriff“ gehalten habe) als „eine bedenkliche Konsequenz der Vorschrift des § 274 StPO“ bezeichnet und hinzugefügt wird, es sei „nach den Erfahrungen des Senats weder für das berechnete Verteidigungsinteresse noch für die Rechtspflege ein Nachteil, wenn die Frage, ob eine gerichtskundige Tatsache Gegenstand der Hauptverhandlung war, im Wege des Freibeweises ihre Klärung findet“.³²⁴ Doch der Entscheidung BGHSt 36, 354 ist bereits

von *Meyer-Goßner* entgegengehalten worden, dass sich „die Eigenschaft als wesentliche Förmlichkeit“ nicht „wegen der unerwünschten Konsequenz des § 274 StPO“ verneinen lasse.³²⁵

Dass sich unberechtigten Revisionen auf diese Weise vorzüglich der Boden entziehen lässt, ist nicht zu leugnen. So entscheidet der 5. Senat, protokollierungsbedürftig sei lediglich ein im Verhältnis zum vorangegangenen Sitzungstag eingetretener Wechsel des Dolmetschers, weshalb die Rüge erfolglos blieb, der Angeklagte sei – was das Freibeweisverfahren als falsch erbracht hatte – ohne Dolmetscher gewesen (§ 338 Nr. 5 StPO).³²⁶ Auch der 1. Senat hat sich – unter Berufung auf den Beitrag von *Schäfer* – im folgenden Fall auf die fehlende Protokollierungspflicht berufen: Der Beschwerdeführer machte geltend, die Verhandlung sei erst am Tatort und sodann auf der Polizeistation fortgesetzt worden, ohne dass – *wie sich aus dem Schweigen des Hauptverhandlungsprotokoll ergebe* – entsprechende Hinweise an den jeweils vorhergehenden Verhandlungsorten ausgehängt worden seien (§ 338 Nr. 6 StPO, § 169 GVG).³²⁷ Aus der eingeholten dienstlichen Erklärung des Vorsitzenden ergab sich, dass solche Aushänge sowohl im Gerichtsgebäude als auch am Tatort und an der Polizeistation angebracht worden waren. Der BGH verwertete dies im Freibeweisverfahren, die negativen Beweiskraft des § 274 StPO bestehe nur für Vorgänge in der Hauptverhandlung selbst.³²⁸

Dass es sich auch bei dem oben zuerst genannten, in StV 1994, 468 abgedruckten Fall um den Versuch handelte, mit einer „unwahren Protokollrüge“ durchzudringen, ergibt sich aus einem weiteren Urteil, nämlich aus BGH – 4 StR 72/95, das die Protokollierungspflicht der späteren Äußerung zur Sache in der Hauptverhandlung nach anfänglichem Schweigen wiederum ausdrücklich bejaht und der auf § 261 StPO gestützten Rüge – Widerspruch zwischen der Beweiswürdigung im Urteil und der durch Protokoll bewiesenen Nichteinlassung des Angeklagten zur Sache – stattgibt.³²⁹ Aus der Entscheidung BGH StV

StV 2001, 254 zwar die Verteidiger auf seiner Seite habe, aber nicht seine Richterkollegen.

³²⁵ *Meyer-Goßner* (Fn. 4), § 273 Rn. 7; vgl. auch *Kahlo*, StV 1991, 52, 55 f.; *dens.*, *Meyer-Goßner-FS*, S. 447, 454 f.

³²⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 15.7.1999 – 5 StR 203/99 = bei *Kusch*, NSTZ-RR 2000, 297.

³²⁷ Zur Frage, ob das Gericht überhaupt verpflichtet ist, Aushänge von Ort zu Ort „nach Art einer Schnitzeljagd“ anzubringen, vgl. jüngst BayObLG, NSTZ-RR 2001, 49, 51.

³²⁸ BGH, Beschl. v. 23.11.2000 – 1 StR 429/00 = bei *Becker*, NSTZ-RR 2001, 264; vgl. auch OLG Köln, Beschl. v. 5.7.2002 – Ss 161/02, NSTZ-RR 2002, 337: fehlende Eintragung belegt nicht, dass eine Urteilsberatung nicht stattgefunden hat; s. aber auch BGH, Beschl. v. 21.9.1999 – 1 StR 389/99 = *wistra* 1999, 471 = StV 2000, 7 = NSTZ 2000, 47: Kenntnisnahme im Wege des Selbstleseverfahrens sei wesentliche Förmlichkeit, weshalb entgegen der dienstlicher Stellungnahme des Vorsitzenden davon auszugehen ist, dass im Urteil Schriftstücke verwertet wurden, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren.

³²⁹ BGH, Urt. v. 29.6.1995 – 4 StR 72/95 = StV 1995, 513 = NSTZ 1995, 560; ebenso BGH, Beschl. v. 14.5.2002 – 3 StR 35/02 = StV 2002, 531 sowie bereits zuvor BGH, Beschl. v. 28.10.1999 – 4 StR 370/99 (= StV 2000, 123 = NSTZ 2000,

³²⁰ BGH, StV 1994, 468.

³²¹ BGH, Beschl. v. 23.2.2000 – 5 StR 382/99 (unveröff.); wiedergegeben bei *Weider*, *StraFo* 2000, 328, 330.

³²² *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 720.

³²³ *Eb. Schmidt* (Fn. 20), § 188 Rn. 13.

³²⁴ BGHSt 36, 354, 360 f. = NJW 1990, 1740 = StV 1991, 51 m. Anm. *Kahlo*. – Im Ergebnis schlägt *Schäfer*, 50 Jahre BGH-FS/Prax, S. 707, 728 – im Anschluß an frühere Überlegungen von *Glanzmann* (Fn. 27), G 37 – vor, die absolute Beweiskraft des Sitzungsprotokolls abzuschaffen und das Revisionsvorbringen freibeweislich zu würdigen, womit er nach *Salditt*,

1994, 468, so heißt es darin, folge nichts anderes, allerdings könne sie zu „Missverständnissen“ Anlass geben: In jenem Verfahren habe sich der Angeklagte, was aus den Gründen des Beschlusses allerdings nicht zu erkennen sei, zur Äußerung bereit erklärt; es sei (entgegen den Angaben des Verteidigers) *nur* fraglich gewesen, wann – nicht: ob – der Angeklagte Angaben zur Sache gemacht habe: „Damit erwies sich das Protokoll der Hauptverhandlung als unvollständig...“³³⁰

Die Beispiele für Rspr., die ohne diesen (wechselnden) Hintergrund gar nicht verständlich wäre, ließen sich mehren. So meint der 5. Senat, ob die Verfahrensbeteiligten im Sinne des § 33 StPO angehört worden seien, stelle keine protokollierungspflichtige wesentliche Förmlichkeit i.S. der §§ 273, 274 StPO dar,³³¹ mit dem – gewünschten – Effekt, dass ein diesbezügliches Schweigen des Protokolls mithin nicht beweist, dass ein Verfahrensfehler geschehen (z.B. der Beteiligte nicht angehört worden) ist. Dem lag die (vermeintlich) unwahre Protokollrüge zugrunde, weder der Angeklagte noch der Verteidiger seien vor Erlass eines bestimmten Beschlusses des LG (nämlich nach § 247 StPO zu verfahren) gehört worden. Der Senat konnte die Rüge so für unbegründet ansehen und viel sagend offen lassen, ob sie nicht schon deshalb unzulässig sei, weil der Beschwerdeführer dabei wesentliche Teile der vorangegangenen Hauptverhandlung unterschlagen und nicht vorgetragen hatte, aus denen sich ergab, dass über den vorangegangenen Antrag der Nebenklägerin verhandelt (und die Sitzung daraufhin auf Antrag des Verteidigers sogar unterbrochen worden war) und somit vieles dafür sprach, dass der Angeklagte und sein Verteidiger in Wahrheit doch dazu gehört worden waren.³³²

Durch die damit demonstrierte Unwichtigkeit von Protokollinhalten relativiert die Rspr. nicht nur den – ohnehin schon – geringen Wert der Sitzungsniederschrift und verführt die Tatrichter nur zu noch mehr Nachlässigkeit bei der Protokollaufnahme,³³³ die relative Beliebigkeit der Entscheidung, je nachdem, ob sie tunlich erscheint, um einer „unwahren Protokollrüge“ den Boden unter den Füßen wegzuziehen, trägt auch nicht gerade zu Voraussehbarkeit und Rechtssicherheit bei. Zwar stellt sich das

217; dazu *Miebach*, NSTZ 2000, 234, 240), der damit ebenfalls einer (mutmaßlich) unwahren Protokollrüge stattgab.

³³⁰ So jedenfalls BGH StV 1995, 513, 514 = BGHR § 274 StPO Beweiskraft 18.

³³¹ A.A. *Meyer-Gößner* (Fn. 4), § 33 Rn. 8; *KMR-Paulus* (Fn. 200), § 33 Rn. 27; *KK-Maul* (Fn. 3), § 33 Rn. 8.

³³² Vgl. BGH, Urt. v. 20.4.1993 – 5 StR 568/92 = NSTZ 1993, 500; vgl. auch BayObLG, Beschl. v. 21.9.1999 – 2 ObOWi 458/99 = NZV 2000, 380; Das Schweigen des Protokolls in bezug auf die Erteilung des Hinweises sei deshalb unerheblich, weil eine Hinweispflicht nicht bestanden habe, es könne daher „offen bleiben, ob die Rüge schon deshalb keinen Erfolg haben kann, weil ausweislich der dienstlichen Äußerung des Tatrichters ein Hinweis... gegeben wurde, oder ob es sich insoweit um eine wesentliche Förmlichkeit im Sinne von § 273 I StPO handelt mit der Folge, dass ein Hinweis nur durch das Protokoll bewiesen werden kann“.

³³³ Vgl. die Kritik von *Ventzke*, StV 2000, 249, 253, Fn. 31; *Kühne* (Fn. 3), Rn. 970 a.E.

gewünschte Ergebnis ein, dass denjenigen Beschwerdeführern, die sich nicht davor scheuen, das Mittel der „unwahren Protokollrüge“ aus der Hand geschlagen wird. Zugleich wird aber dadurch die Nachweisbarkeit von Verfahrensfehlern so erschwert, dass gerade diejenigen Revisionsführer, die zu einem solchen Mittel niemals greifen würden, davon abgeschreckt werden, Revisionen zu erheben. Statt die Krankheit zu heilen, kuriert der BGH die Symptome – freilich mit Nebenwirkungen für den gesamten Organismus.

4. Aufweichen absoluter Revisionsgründe

Zu den „Nebenkriegsschauplätze“ der unwahren Protokollrüge, auf denen echte „Stellvertreterkriege“ ausgefochten werden, gehört auch die Frage der Angabe von Gründen bei Beschlüssen, durch die die Öffentlichkeit vom Verfahren ausgeschlossen wird (§ 174 I 3 GVG), die hier *pars pro toto* dafür angeführt werden soll, dass die Veränderungen des Prozessrechts mit dem Ziel der Ausschließung „unwahrer Protokollrügen“ nicht einmal vor den Prozessgrundsätzen halt machen. Da jeder Richter und auch der Staatsanwalt (der ebenfalls auf die Einhaltung drängen wird) um die Bedeutung der Vorschriften über die Öffentlichkeit und den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO weiß, ist es heute extrem unwahrscheinlich, dass ein die Öffentlichkeit ausschließender Beschluss bei seiner Verkündung nicht begründet worden ist, zumal der Ausschlussgrund vor dem Ausschluss der Öffentlichkeit unter den Verfahrensbeteiligten diskutiert und besprochen zu werden pflegt und sich regelmäßig schon aus dem auf die Ausschließung der Öffentlichkeit gerichteten Antrag eines Verfahrensbeteiligten ergeben wird. Das lässt vermuten, dass die meisten diesbezüglich erhobenen Revisionsrügen heute „unwahre Protokollrügen“ sind, mit denen ein Verfahrensverstoß gerügt wird, der sich in Wahrheit nicht zugetragen hat. Das hat dazu geführt, wenn schon nicht die *Missbräuchlichkeit* eines solchen Vorgehens erneut zu thematisieren, so doch wenigstens die Anforderungen an die Begründung so weit herabzuschrauben, dass das diesbezügliche Schweigen des Protokolls einen Mangel nicht beweist. Das sind indes Strategien, die im Ergebnis dazu führen, den Öffentlichkeitsgrundsatz „auszuhöhlen“. So soll das Schweigen des Protokolls zu den Ausschlussgründen des Beschlusses dann unschädlich sein, wenn der Ausschlussgrund für alle Verfahrensbeteiligten (und die ausgeschlossene Öffentlichkeit selbst) „auf der Hand“ lag oder wenn der Revisionsführer den Ausschluss der Öffentlichkeit sogar „selbst beantragt“ hat.³³⁴ Am Anfang stand jedoch auch für den BGH noch fest: Der Beschluss, „die Öffentlichkeit wird während der Dauer der Vernehmung (des Zeugen) ausgeschlossen“, verstößt gegen § 174 I 3 GVG, weil die Begründung, die aus sich selbst heraus verständlich sein muss, nicht erkennen lässt, auf welchen Grund die Ausschließung gestützt werden sollte.³³⁵

³³⁴ Zu letzterem noch unten bei Fn. 360.

³³⁵ BGH, Beschl. v. 20.10.1981 – 5 StR 639/81 = bei *Pfeifer/Miebach*, NSTZ 1983, 212 m.w.N.: zumal nicht einmal die Gesetzesstelle angegeben sei.

Zuerst ließ der 5. Senat wissen, er neige dazu, „für die Angabe des Ausschlussgrundes (im Falle des § 171b GVG) eine Bezugnahme auf einen in öffentlicher Hauptverhandlung hinreichend begründeten Antrag auf Ausschließung der Öffentlichkeit ausreichen zu lassen“ und nahm die weitere Entwicklung mit den Worten vorweg, es bedürfe keiner Klärung, „ob der Mangel, dass eine ausdrückliche Begründung für den Ausschluss der Öffentlichkeit fehlt, in Abkehr von bisheriger Rspr.... ausnahmsweise als unschädlich anzusehen ist, wenn der Ausschlussgrund nach Verfahrensgegenstand und Verfahrensablauf auf der Hand liegt“.³³⁶

Mit Beschluss vom 20.10.1998 hat der 1. Senat gem. § 132 III GVG bei den anderen Strafsenaten angefragt, ob deren Rspr. einer Entscheidung entgegenstehe, dass kein Verstoß gegen § 174 I 3 GVG vorliege, wenn der Ausschließungsgrund (es handelte sich um die Vorführung eines vom Täter selbst mitgeschnittenen Videos einer Vergewaltigung) „des Schutzes der Privatsphäre des Opfers (§ 171b GVG) oder der Gefährdung der Sittlichkeit (§ 172 Nr. 1 GVG) oder beide zusammen“ für die Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit „durch den sich aus dem Beschluss selbst ergebenden Hinweis auf den Verfahrensabschnitt zweifelsfrei erkennbar“ sei.³³⁷ Dass es sich bei der zugrunde liegenden Verfahrensrüge, mit der der Revisionsführer die Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit rügte (§ 338 Nr. 6 StPO), um eine „unwahre“ Protokollrüge handelte, ergibt sich mittelbar aus dem Verweis auf eine angebliche „Tendenz der Rechtsprechung“, die bemüht sei, das Fehlen einer Begründung als unschädlich anzusehen, wenn „unzweifelhaft ist, dass sich hinter dem Begründungsdefizit kein Verfahrensfehler verbergen kann“.³³⁸ Der Senat verweist dazu u.a. auf die Entscheidung BGH NStZ 1993, 500. Dort ließ der BGH viel sagend offen, ob die Rüge nicht schon deshalb unzulässig sei, weil der Beschwerdeführer bei seiner Rüge wesentliche Teile der vorangegangenen Hauptverhandlung unterschlagen habe, aus denen sich ergab, dass der gerügte Verfahrensverstoß nicht vorgekommen war und die vorgeschriebene Anhörung i.S. des § 33 StPO in Wahrheit doch stattgefunden hatte.³³⁹ Dafür, dass auch im vorliegenden Verfahren kein Verfahrensfehler vorgekommen war, sprach die im Revisionsverfahren eingeholte dienstliche Erklärung des Vorsitzenden, die angab, dass das Hauptverhandlungsprotokoll in diesem Punkt „unvollständig“ und der Ausschließungsgrund in dem mündlich verkündeten Be-

schluss entgegen dem Hauptverhandlungsprotokoll unter Nennung der Vorschrift (§ 171b GVG) begründet und die Verfahrensbeteiligten dazu auch angehört (§ 33 StPO) worden seien. – Erklärt eine der Urkundspersonen, wie hier der Vorsitzende, den Inhalt der Sitzungsniederschrift für unrichtig, so entfällt die Beweiskraft grundsätzlich auch ohne formelle Berichtigung, weil das Protokoll insoweit, als ihm widersprochen ist, nicht mehr von beiden Urkundspersonen gedeckt ist.³⁴⁰ Dies gilt jedoch ebenso wie bei der nachträglichen Protokollberichtigung dann nicht, wenn damit, wie hier, einer bereits erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen würde.³⁴¹

Die Antwortbeschlüsse des 2.,³⁴² 3.,³⁴³ 4.³⁴⁴ und 5. Senats des Bundesgerichtshofs³⁴⁵ stimmten der beabsichtigten Entscheidung mit unterschiedlichen Begründungen, teils „unter Aufgabe“ etwaiger entgegenstehender Rspr.,³⁴⁶ teils indem sie grundsätzlich an der bisherigen Rspr. festhielten,³⁴⁷ zu.

Noch mit Beschl. v. 1.12.1998 war der 4. Senat anderer Meinung in einem Fall, in dem das Protokoll im Anschluss an den Antrag der Nebenklägerin (als der Geschädigten einer Vergewaltigung) und Gelegenheit zur Stellungnahme der Verfahrensbeteiligten lediglich vermerkte, dass auf Anordnung des Vorsitzenden die anwesenden Zuschauer sodann den Sitzungssaal verließen: „Damit ist – da das Protokoll weder *lückenhaft* noch *widersprüchlich* ist und deshalb auch keine andere Deutung zulässt – bewiesen (§ 274 S. 1 StPO), dass der nach § 174 I 2 GVG zwingend vorgeschriebene Beschluss des Gerichts *nicht* ergangen... ist“ – „ganz abgesehen davon, dass die Anordnung nicht einmal den Ausschlussgrund *erkennen* lässt und deshalb auch nicht den Mindestanforderungen an die nach § 174 I 3 GVG vorgeschriebene Begründung genügt. *Schon* dieser Verfahrensmangel begründet den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO“.³⁴⁸ Dabei drängte sich auch hier auf, dass das

³⁴⁰ Vgl. *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 888.

³⁴¹ *Alsberg/Nüse/Meyer* (Fn. 20), S. 889; LR-Gollwitzer (Fn. 20), § 271 Rn. 49; *Ranft*, JuS 1994, 785, 787.

³⁴² BGH, Beschl. v. 11.12.1998 – 2 ARs 473/98.

³⁴³ BGH, Beschl. v. 12.11.1998 – 3 ARs 13/98 = bei *Kusch*, NStZ-RR 1999, 263; noch offen gelassen in BGH, Urt. v. 6.11.1998 – 3 StR 511/97 = NStZ 1999, 372 = *wistra* 1999, 66.

³⁴⁴ BGH, Beschl. v. 17.12.1998 – 4 ARs 9/98.

³⁴⁵ BGH, Beschl. v. 9.12.1998 – 5 ARs 60/98 (unter Verweis auf das Senatsurteil, NStZ 1994, 591).

³⁴⁶ So z.B. der 3. und einschränkend (für Fälle, in denen der Ausschließungsgrund „ohne *freibeweisliche* Rekonstruktion des Inhalts der Hauptverhandlung *offen* zu Tage tritt“) 5. Senat.

³⁴⁷ Der 4. Senat teilte mit, dass er an seiner bisherigen Rspr. festhalte, dass das Fehlen der Begründung in dem Beschl. über die Ausschließung der Öffentlichkeit auch dann ein Verstoß gegen § 174 I 3 GVG sei, wenn der Ausschließungsgrund für die Beteiligten und die Zuhörerschaft offen zutage liege (BGHSt 27, 187, 188 = NJW 1977, 1643; BGHR § 174 I 3 GVG Begründung 5). Er stimme jedoch „angesichts der *Besonderheiten* der Sach- und Verfahrenslage in dem der Anfrage zugrunde liegenden Fall“ der vom 1. Senat beabsichtigten Entscheidung zu.

³⁴⁸ BGH, Beschl. v. 1.12.1998 – 4 StR 585/98 = NStZ 1999, 371 = StV 2000, 242.

³³⁶ BGH, Urt. v. 30.8.1994 – 5 StR 403/94 = NStZ 1994, 591; vgl. auch BGH, Beschl. v. 9.11.1999 – 5 StR 552/99 = StV 2000, 243: Dort lag der Ausschließungsgrund nicht „auf der Hand“.

³³⁷ BGH NStZ 1999, 92.

³³⁸ BGH NStZ 1999, 92 – Die Kritik von *Park*, StV 2000, 246, Fn. 4, der diese Formulierung „*verunglückt*“ nennt, weil bereits das „Begründungsdefizit“ selbst den Verfahrensfehler darstelle, läßt außer Acht, dass das Begründungsdefizit der Wahrheit zuwider behauptet worden sein könnte, in diesem Fall ließe sich ausschließen, dass sich dahinter ein Verfahrensfehler verbirgt; den Zusammenhang erkennt *Rieß*, JR 2000, 253, 256: „erkennbare Bereitschaft, einem *Missbrauch* von Verfahrensrügen durch Versagung ihrer Beachtlichkeit entgegenzutreten“; s. auch *Tepperwien*, Meyer-Goßner-FS, S. 595.

³³⁹ Zu diesem Fall schon oben bei Fn. 332.

Protokoll insoweit unrichtig und die entsprechende Rüge „unwahr“ war, zumal das Protokoll auch nicht die Wiederherstellung der Öffentlichkeit auswies, obwohl an diesem Verhandlungstag außer der Nebenklägerin noch vier weitere Zeugen vernommen worden waren (worin der Senat konsequenterweise ebenfalls einen Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit sah).³⁴⁹

Mit Urteil v. 9.6.1999 hat der 1. Senat wie beabsichtigt judiziert.³⁵⁰ Die in § 174 I 3 GVG normierte Begründungspflicht diene der Selbstkontrolle des Gerichts, der Unterrichtung der Öffentlichkeit und der späteren Nachprüfbarkeit der Entscheidung durch das Revisionsgericht. Alle diese Zwecke seien aber unter den gegebenen Umständen erfüllt, dies ändere „zwar nichts daran, dass ein Verstoß gegen die gesetzlichen vorgeschriebene Begründungspflicht vorliegt“. „Angesichts des Zwecks der Begründungspflicht nach § 174 I 3 GVG“ sei der Verstoß aber „nicht so schwer, dass deshalb der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO zu bejahren wäre“.³⁵¹

Aber dagegen spricht, dass die absoluten Revisionsgründe viel von ihrer gesetzlich gewollten Durchschlagskraft verlören, wenn diese Auffassung Schule machte.³⁵² Nach dem Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO, dem nach der Rspr. schon lange „keine absolute Bedeutung“ mehr zukommen soll,³⁵³ soll dies nun offenbar auch für den „absoluten“ Revisionsgrund des § 338 Nr. 6 StPO insofern gelten, als nicht mehr jeder entsprechende Verstoß auch die Revision begründen soll.³⁵⁴ Die absoluten Revisionsgründe setzen aber gerade keine Prüfung des „Beruhens“ voraus, welches bei Einhaltung sämtlicher mit den Vorschriften, die sie absichern sollen, verbundener Zwecke möglicherweise zu verneinen wäre, und kennen auch

³⁴⁹ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.7.2000 – 3 StR 228/00 = bei *Becker*, NSTZ-RR 2001, 264, wo das Protokoll nur den Beschluß auswies, die Öffentlichkeit wiederherzustellen. Der Senat hielt die Rüge für zulässig und begründet, weil das – nicht lückenhafte oder widersprüchliche – Protokoll nicht zusätzlich noch einen Hinweis darauf enthielt, dass der Beschluß auch ausgeführt worden sei. In BGH, Beschl. v. 7.7.1999 – 1 StR 303/99 = bei *Kusch*, NSTZ-RR 2000, 293 wurde es dagegen als widersprüchlich angesehen, dass nach Ausschluß der Öffentlichkeit deren Wiederherstellung nicht protokolliert, für die später erfolgte Vernehmung einer Zeugin aber die Öffentlichkeit erneut ausgeschlossen wurde.

³⁵⁰ BGHSt 45, 117 = NJW 1999, 3060 = NSTZ 1999, 474 = wistra 1999, 345 = StraFo 1999, 298 = JR 2000, 251 m. Anm. *Rieß* = StV 2000, 244 m. abl. Anm. *Park*.

³⁵¹ BGHSt 45, 117, 120 (unter Berufung auf BGHSt 15, 194, 196; 22, 18, 20); zust. *Kuckein*, StraFo 2000, 397, 399; gegen die beiden letzten Entscheidungen indes schon (vom BGH, a.a.O. nicht erwähnt) BGH NJW 1976, 1108; abl. auch *Gössel*, NSTZ 2000, 181.

³⁵² Vgl. BGH, Beschl. v. 8.2.2000 – 5 StR 543/99 = StV 2000, 240 = NSTZ 2000, 328 (zu den Begründungsanforderungen an einen Beschluß nach § 247 StPO zur Entfernung des Angeklagten).

³⁵³ Siehe BGH NJW 1982, 189 = StV 1983, 139 (ebenfalls zu einer Missbrauchsproblematik).

³⁵⁴ Da paßt es ins Bild wenn inzwischen offen die Einschränkung des Katalogs der absoluten Revisionsgründe, namentlich bei Verletzung von Vorschriften über die Öffentlichkeit, gefordert wird, *Bittmann*, DRiZ 2001, 112, 119.

kein Kriterium der „Schwere“ des Verstoßes. Auf diese Weise ließe sich jeder absolute Revisionsgrund in einen relativen Revisionsgrund umdeuten, was der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann.³⁵⁵ Zwar werden die absoluten Revisionsgründe häufig mit den besonders schwerwiegenden Verstößen identifiziert, aber erstens ist dies unrichtig, weshalb aus der fehlenden „Schwere des Verstoßes“ noch kein Kontraindiz gegen das Durchgreifen eines absoluten Revisionsgrundes entnommen werden kann, und zweitens würde, wenn es richtig wäre, der Gesetzgeber mit der Einführung des Katalogs des § 338 StPO gerade angeordnet haben, welche Verstöße ihm, dem Gesetzgeber, so schwer erschienen sind, dass er daran die Folge der Urteilsaufhebung geknüpft hat. Für eine andere Bewertung durch das Revisionsgericht ist dann kein Raum.

Außerdem lässt sich gegen die Ausnahme – gerade weil die revisionsrechtlichen Konsequenzen der Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes eindeutig sind und jeder Vorsitzende weiß, dass er sich mit dem Öffentlichkeitsausschluss auf revisionsanfälligerem Terrain bewegt und deshalb mit größter Sorgfalt vorgehen muss – einwenden, was der BGH schon von Anbeginn seiner Rspr. an betont hat, dass nämlich vom Gericht mit der Angabe des Grundes nicht zuviel verlangt werde, weil es ein Leichtes sei und das Verfahren weder unnötig verzögere noch erschwere, den Grund in dem Beschluss anzugeben, damit werde „nichts schwer Erfüllbares oder die Hauptverhandlung besonders Erschwerendes“ verlangt.³⁵⁶ Das ist umso wichtiger als die beiden hier in Betracht kommenden Ausschlussgründe, nämlich § 171b GVG (Schutz der Privatsphäre) und § 172 Nr. 1 GVG (Gefährdung der Sittlichkeit), auch ganz unterschiedliche rechtliche Konsequenzen haben (vgl. § 174 III 1 GVG), die unklar blieben, wollte man auf die genaue Bezeichnung des Grundes verzichten.³⁵⁷ Darum hat der BGH, auch der 1. Senat, bisher stets vertreten, dass es der genauen Angabe des Grundes bedürfe.³⁵⁸ Zwar spricht die *ratio legis* des Zwangs zur Angabe des Grundes nicht unbedingt gegen die vom BGH jetzt gemachte Einschränkung. Doch lag es, wie der BGH früher durchaus zutreffend bemerkte, „fast durchweg so, dass sich der Grund der Ausschließung der Öffentlichkeit für jeden Beteiligten aus dem Sachzusammenhang oder aus früheren Beschlüssen und Anträgen deutlich ergab“.³⁵⁹

Es mag als „unnötige Förmerei“ erscheinen, daran festzuhalten, dass der Grund benannt werde, wenn dieser doch für alle Beteiligten „auf der Hand“ liegt. Indes hat der Gesetzgeber in § 338 Nr. 6 StPO, was ein Leichtes gewesen wäre, nicht auf den materiell zu Recht oder zu Unrecht erfolgten Ausschluss der Öffentlichkeit abge-

³⁵⁵ Zur Kritik: *Park*, StV 2000, 246, 247; *Gössel*, NSTZ 2000, 181, 182; *Rieß*, JR 2000, 253, 254; s. auch *dens.* (Fn. 20), § 13 Rn. 222; *Kudlich*, JA 2000, 970, 975.

³⁵⁶ BGHSt 1, 334, 336.

³⁵⁷ BGHSt 1, 334, 336.

³⁵⁸ Vgl. BGH, Ur. v. 11.4.1989 – 1 StR 782/88 = NSTZ 1989, 442; Beschl. v. 24.4.1990 – 1 StR 211/90 = bei *Miebach/Kusch*, NSTZ 1991, 122.

³⁵⁹ BGHSt 27, 117, 118.

stellt, sondern ausdrücklich auf die verfahrensrechtlichen Vorschriften Bezug genommen (vgl. § 338 Nr. 6 StPO: „...auf Grund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit verletzt sind“). Beim Öffentlichkeitsgrundsatz handelt es sich um eine der wesentlichsten Errungenschaften unseres Strafprozesses, ihn zu beschneiden ist schädlicher und hat weit reichendere Konsequenzen für alle Revisionsführer, als die Anerkennung der unwahren Prozessrüge als „rechtsmissbräuchlich“ hätte. Zwar hat der 3. Senat für den Fall, dass der Angeklagte sogar selbst den Ausschluss der Öffentlichkeit (zum Schutz seines eigenen persönlichen Lebensbereichs) beantragt hat, darüber

nachgedacht, „ob die Rüge *rechtsmissbräuchlich* erhoben worden ist“,³⁶⁰ was, wie die zitierte Entscheidung des 5. Senats³⁶¹ auch, der sich der Senat anschließt, weit über die Problematik der „unwahren Protokollrüge“ hinausginge, weil es auch den Fall erfasste, dass ein Grund tatsächlich und unzweifelhaft nicht angegeben worden ist.

³⁶⁰ BGH, Urt. v. 6.11.1998 – 3 StR 511/97 = NStZ 1999, 372 = wistra 1999, 66.

³⁶¹ BGH, Urt. v. 30.8.1994 – 5 StR 403/94 = NStZ 1994, 591.

Prozessdokumentation

Zum Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen die im nordrhein-westfälischen Verfassungsschutzgesetz neu zugelassene „**Online-Durchsuchung**“ wurden folgende Dokumente aufgenommen:

- Verfassungsbeschwerde von Frau W. und des Herrn X. vom 9. Februar 2007
- Verfassungsbeschwerde von RA G. R. Baum, RA Dr. J. F. Reiter, P. Schantz vom 1. März 2007
- Gesetzesentwurf (Gesetz zur Änderung des Gesetzes über den Verfassungsschutz in Nordrhein- Westfalen (Verfassungsschutzgesetz

Nordrhein-Westfalen/VSG NRW), LT-Drs. 14/2211 v. 3. Juli 2006)

- Landtagsprotokoll (1. Lesung)
- Landtagsprotokoll (2. Lesung)
- Landtagsprotokoll (3. Lesung)
- Verkündeter Gesetzestext (GVBl. NRW 2006 S. 620)

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

Schrifttum

Detlef Burhoff: Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung; 5. Auflage, ZAP-Verlag für die Rechts- u. Anwaltspraxis, Münster 2006, 1008 Seiten, 89,00 €.

Wer sich heute einen präzisen Überblick über die Fülle der Institute des gemeinen Rechts, ihre Ausgestaltung und ihre tatsächlich-profane Bedeutung in der Verfahrenswirklichkeit des 15. und 16. Jahrhunderts verschaffen will, kommt an der Literaturgattung der so genannten ‚*Repertorien*‘ nicht vorbei. In dickem Schweinsleder gebunden, überstanden die mitunter großformatigen und abgegriffenen Folianten besser als andere juristische Zeugnisse ihrer Zeit die Jahrhunderte, Kriege, Verwüstungen und Feuersbrünste. Dies lag allerdings nicht an der Qualität ihres Einbandes oder des verwendeten Papiers, sondern daran, dass diese Werke, darunter beispielhaft die im Jahre 1545 entstandene Locisammlung ‚*Topi-corum legalium*‘ des Johann Oldendorp (um 1487 - 1567) oder das berühmte, bereits 1481 in Rom und zwei

Jahre später auch in Nürnberg erschiene ‚*Repertorium*‘ des Johannes Bertachinus (um 1448-1497), eine geradezu massenhafte Verbreitung mit entsprechenden Auflagenstärken erreichten.

Worin lag das Erfolgsgeheimnis dieser Kompendien? Sie folgten einem gänzlich anderen Aufbau als die gängige gelehrte Literatur ihrer Zeit, indem sie die Rechts-schriften, Standpunkte und Rechtsregeln (‚*brocarda*‘) der ‚*multos doctores*‘ zu Registern bzw. schematisch aufgebauten Kollektanten im Sinne von ‚*loci-Sammlungen*‘ mit didaktischem Anspruch zusammen stellten und unter rigoroser Abkehr vom mitunter gestelzten Stil der zeitgenössischen Rechtsliteratur eine bis dato unbekannte Praxis-tauglichkeit erreichten.

Wie damals kann eine vergleichbare Leistung auch heute nur von einem Spitzenvertreter seiner Zunft erwartet werden, zu denen der renommierte Verfahrensrechtler und Richter am Oberlandesgericht Hamm Detlef Burhoff seit Jahren fraglos zählt. Die Neuauflage seines ‚Handbuchs für die strafrechtliche Hauptverhandlung‘ über-

trifft freilich aufs Neue den allzu bescheidenen eigenen Anspruch, Wissensdefizite vornehmlich auf Verteidigerseite zu schließen. Denn über diesen Stand ist das Werk nicht erst seit seiner nunmehr vorliegenden 5. Neuauflage längst hinausgewachsen. Mag auch die spezifische Ausrichtung des Werkes, u.a. mit einem wahren Füllhorn von die Verteidigungstaktik betreffenden Hinweisen, Verweisungen und zusätzlich – wie schon bei dem vom selben Autor erst unlängst in 4. Auflage (Oktober 2006) vorgelegten „Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren“ – auf einer CD-ROM mitgelieferten Mustertexten erklärtermaßen am Blickwinkel des Strafverteidigers orientiert sein. Der aus ihm zu ziehende Nutzen ist für die übrigen professionellen Akteure des Strafverfahrens nicht geringer. Im Gegenteil: Die – den großen rechtshistorischen Vorgängern sehr ähnliche – Darstellung in der „ABC-Form“ ermöglicht eine völlig neue induktive Erkenntnisgewinnung, die kein herkömmliches Kommentarwerk oder Lehrbuch zu leisten im Stande ist. Das selbstredend auf den neuesten Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung gebrachte sowie erheblich (u.a. im Revisionsverfahren) erweiterte Werk ist schon deshalb nicht nur eine – wie der Autor meint – „praktische Arbeitshilfe“. So richtig die Feststellung ist, dass das Werk den StPO-Kommentar weder ersetzen kann noch will, so berechtigt erscheint die Aussage, dass jedenfalls der nicht ganz unerfahrene Praktiker, sei er Verteidiger, Staatsanwalt oder Richter, in der mehr denn je auf Schnelligkeit, Spontaneität sowie nicht zuletzt auf informelle Verfahrenserledigung angelegten Hauptverhandlung unserer Tage sich erst zusammen mit dem vorliegenden – soweit ersichtlich in seiner Art weiterhin einzigartigen – Kompendium als hinreichend gewappnet wähen darf, die Untiefen einer strafgerichtlichen Hauptverhandlung unbeschadet zu überstehen. Den Siegeszug der Burhoff'schen ‚Repertorien‘ wird es ohne jeden Zweifel fortsetzen!

Richter am OLG Dr. Georg Gieg, Bamberg

Thomas Hillenkamp (Hg.): **Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?**, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2006, Schriftenreihe Deutsche Strafverteidiger e.V., hg. von: Deutsche Strafverteidiger e.V., Bd. 31, ISBN 3-8329-2077-3, 126 S., br., € 24.-.

Im Kernteil des kleinen Bandes (S. 35-110) stehen vier Referate zum Verhältnis von Hirnforschung und Strafrecht, die auf der 15. Alsberg-Tagung (2005) von allem bestens ausgewiesenen Kennern der Materie gehalten wurden. – Der Neurobiologe *Grothe* wendet sich dagegen, die Daten, die bei einer Messung von unbewusst aufgebauten Handlungsneigungen, sogenannten „Bereitschaftspotentialen“, gewonnen wurden, für die Lösung des Problems der (Un-) Freiheit des Willens heranzuziehen: „... wenn man sich mehr oder weniger auf die Messung der Bereitschaftspotentiale stützt, kann man seriöserweise den freien Willen weder beweisen noch

abstreiten“ (S. 42). In der Tat, wer so sucht, dass er nur Kausalzusammenhänge finden kann, wird allenfalls Kausalzusammenhänge finden. *Grothe* legt dar, das Gehirn sei nur anfangs „ganz den Genen und der Umwelt ausgeliefert“, mit „zunehmender Komplexität“ würden sich freilich „interne Bewertungsmechanismen, Ich-Bewußtsein und ein Wertesystem“ entwickeln (S. 47). Da das Gehirn nicht „hierarchisch“ und „sequenziell“ arbeite, sei seine Tätigkeit solchermaßen „dynamisch, dass jede Vorstellung, aus einem physiologischen Zustand könne man mit Sicherheit neue Zustände ableiten, ein geradezu absurdes Gedankenspiel“ sei (S. 47). – Die Antwort auf die Freiheitsfrage bleibt nach *Grothe* offen (S. 48).

Der Psychologe *Prinz* will nicht nur „über die Willensfreiheit selbst“ reden, sondern auch über „die Idee der Willensfreiheit als kollektive Vorstellung und Konstruktion“ (S. 51). Zu dieser Konstruktion komme es trotz der „subpersonalen Produktion“ von Handlungsentscheidungen (S. 56: „Entscheidungen kommen zu Stande, ohne dass da jemand wäre, der sie trifft“), und zwar als Konstruktion des „wahrgenommenen Selbst“ (S. 58), dem in „Attributionsdiskursen“ die „Rolle des Autors“ zugewiesen werde. Deshalb bezeichnet *Prinz* den freien Willen als eine „soziale Institution“ und stellt ausdrücklich die sich aufdrängende Frage, wofür diese Institution „eigentlich gut“ sein soll (S. 59). Die Antwort lautet: *Subjektiv* soll die Selbstwahrnehmung der Freiheit bei Entscheidungen „retardierend“ wirken und damit für eine vertiefte Bearbeitung sorgen (S. 60); *sozial* soll die Freiheitszuschreibung einen „Erklärungsregress“ aufs Kausierte abschneiden: „Verantwortlichkeit ist der Preis der Freiheit“ (S. 61). Mit anderen Worten: Hirnstrukturen und Zurechnungsstrukturen sind nicht dasselbe. – Dieses Modell von *Prinz* ist hinreichend differenziert, um mit ihm auch juristisch arbeiten zu können, mehr noch, es wiederholt, wie der *Rezensent* mit Genugtuung feststellt, bis in die Formulierungen hinein die Kernaussage des so genannten funktionalen Schuldbegriffs. – Wenn *Prinz* am Ende den „freien Willen“ als ein Artefakt bezeichnet, wie etwa ein Rad ein Artefakt ist, verliert sich allerdings die normative Struktur der Gesellschaft in den Techniken des Umgangs mit der äußeren Welt.

Der Psychiater *Kröber* wirft den Hirnforschern „Biologismus“ vor, also den Fehler, „naturwissenschaftlich-biologisch beschreibbare Sachverhalte ... als entscheidende Ursache gesellschaftlicher Phänomene und sozialer Unterschiede“ zu behandeln (S. 65 f.). Als begnadeter Polemiker formuliert er: „Anstelle des Textes von ‚Romeo und Julia‘ einfach Laborwerte zu Hormonen und elektrischem Hautwiderstand – da wäre man auf Seiten der harten Fakten und der wissenschaftlichen Wahrheit“ (S. 66). Er kann so formulieren, weil er davon ausgeht, es bestehe „in Wahrheit Einmütigkeit darüber, dass die bisherige naturwissenschaftliche Hirnforschung komplexe Konstrukte wie Bewusstsein, Willen, Entscheidung nicht operationalisieren kann“ (S. 73). *Kröber* verweist auf einige Vorläufer der in Rede stehenden Lehren in der neueren Geschichte, etwa auf die Zuordnung des Problems der Psychopathien zur Psychiatrie und auf die Leh-

ren von *Lombroso* und von *Liszt* (S. 75 ff.); er resumiert: „Die Psychiatrie weiß, gewappnet durch die zwei Jahrhunderte der Debatte, dass ihre Gegenstände nicht reduzierbar sind auf die Schwankungen elektrischer Feldpotentiale oder andere physikalisch fassbare Phänomene“ (S. 77).

Das letzte Referat stammt von dem Strafrechtler *Hillenkamp*, der etwas erstaunt auf *Prinz* blickt, weil dieser, wie skizziert, neben den Naturwissenschaften das System (*Hillenkamp*: „Spiel“, S. 91) „von Moral und Recht“ zulässt. *Hillenkamp* richtet sich entschieden gegen die radikalere (auch nach Ansicht des *Rezensenten* mit allen Nachteilen eines *monistischen* Materialismus belastete) Position von *Singer* und *Roth* und zeigt die Konsequenzen: „ein Volk von Geschäftsunfähigen, ... Wahlunfähigen“ (S. 95). Im Ergebnis will *Hillenkamp* „das Schuldstrafrecht retten“ (S. 101), aber weder wegen der „individuellen Gewissheit, frei zu sein“ (S. 101 f.), noch wegen eines Übergangs zu einem generalisierenden Schuldbegriff (S. 103) noch wegen der Vorgaben des positiven Rechts und der gefestigten Rechtsprechung (S. 105),

sondern wegen der (wie bestimmten?) Vorzugswürdigkeit einer „gemäßigt indeterministischen“ Position (S. 106). *Hillenkamp* beruft sich auf *Bieri*, wonach „’unser Wille frei ist, wenn er sich unserem Urteil fügt, was zu wollen richtig ist‘“ (S. 107), also wenn er unseren Handlungsgründen folgt, und zwar ohne Zerreißen des Zusammenhangs der Gründe durch Handlungsursachen (S. 109).

Die vier Vorträge spiegeln nicht nur den aktuellen Stand der Diskussion, sondern bilden selbst einen Teil dieses Standes. Es besteht deshalb ein guter „Grund“, den kleinen Band in die Hand zu nehmen und sich durch eigene Lektüre genauer zu informieren; ob eine „Ursache“ besteht, ein entsprechendes „Bereitschaftspotential“ aufzubauen, entzieht sich juristischem Sachverstand.

Prof. Dr. Dr. h. c. (mult.) Günther Jakobs, Bonn

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.

255. BGH 1 StR 18/07 – Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG München)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung; Feststellung der Unzulässigkeit der Revision. § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 346 Abs. 1 StPO

256. BGH 1 StR 301/06 – Beschluss vom 7. März 2007 (LG Landshut)

BGHSt; Vorenthalten von Arbeitsentgelt bei einem durch türkische Scheinfirmen vorgetäuschten Entsendetatbestand (Arbeitnehmerbegriff bei Scheinanstellung; Beschäftigungsverhältnis; faktischer Geschäftsführer). § 266a StGB; Abkommen zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Türkei über Soziale Sicherheit vom 30. April 1964

257. BGH 1 StR 54/07 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Bamberg)

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

258. BGH 1 StR 574/06 – Urteil vom 13. Februar 2007 (LG Ellwangen)

Besonders schwere Vergewaltigung (Tateinheit und mittäterschaftliche Zurechnung einer schweren Folge bei Ausscheiden eines Täters; schwere körperliche Misshandlung); Strafraumverschiebung wegen Täter-Opfer-Ausgleichs (Einbeziehung des Opfers). § 177 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 52 StGB; § 25

Abs. 2 StGB

259. BGH 1 StR 601/06 – Urteil vom 13. März 2007 (LG Kempten)

Beweiswürdigung (Darlegung der Schuldfähigkeit des Täters; Detailliertheit der Urteilsgründe); Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit bei Demenz (Formen der Persönlichkeitsstörungen); Strafzumessung (nachträglich erfolglose Bewährung; Vorwurf eines Versuchs trotz Rücktritts). § 261 StPO; § 21 StGB; § 267 StPO; § 56 StGB

260. BGH 1 StR 618/06 – Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Aschaffenburg)

Strafzumessung (Grenzen der Revisibilität). § 46 StGB

261. BGH 1 StR 623/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Regensburg)

Schwerer Kindesmissbrauch (gemeinschaftliche Begehung). § 176 a Abs. 2 Nr. 2 StGB

262. BGH 1 StR 623/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Regensburg)

Schwerer Kindesmissbrauch (gemeinschaftliche Begehung). § 176 a Abs. 2 Nr. 2 StGB

263. BGH 1 StR 627/06 – Beschluss vom 13. Februar

2007 (LG Freiburg)

Tateinheit bei Vergewaltigung (fortwirkende Gewalt).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

264. BGH 1 StR 637/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Traunstein)

Ernsthafte und wirksame Rücknahmeerklärung (Unwiderrufflichkeit).
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

265. BGH 1 StR 68/07 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Schweinfurt)

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

266. BGH 1 StR 76/07 – Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Landshut)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).
§ 64 StGB

267. BGH 1 StR 8/07 – Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG München)

Anhörungsruhe; nicht verlängerbare Frist zur Gegenerklärung (Recht auf ein faires Verfahren; konkrete und wirksame Strafverteidigung).
Art. 6 EMRK; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 356a StPO

268. BGH 1 StR 91/03 – Beschluss vom 14. Februar 2007

Antrag auf Gewährung nachträglichen rechtlichen Gehörs (Versagung der Rechte auf konsularischen Beistand).
§ 33a StPO; Art. 36 WÜK

269. BGH 4 StR 17/07 – Beschluss vom 22. Februar 2007 (LG Saarbrücken)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung (Verweisung auf Entscheidung im Beschlusswege).
§ 54 StGB; § 55 StGB; § 460 StPO; § 462 StPO; § 354 Abs. 1 b StPO

270. BGH 4 StR 24/07 – Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet; angemessene Rechtsfolge.
§ 354 Abs. 1a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

271. BGH 4 StR 26/07 – Beschluss vom 22. Februar 2007 (LG Detmold)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Erörterungsmangel).
§ 64 StGB

272. BGH 4 StR 319/03 – Beschluss vom 11. Januar 2007

Pauschvergütung (keine Abgeltung von Auslagen).
§ 102 Abs. 1 BRAGO; § 99 Abs. 2 Satz 2 BRAGO; § 61 Abs. 1 Satz 1 RVG; § 51 RVG

273. BGH 4 StR 428/06 – Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Bielefeld)

Beihilfe zum vollendeten Betrug (Irrtum: Feststellung

und Zweifel des Opfers; Kausalität; Beweiswürdigung; Vermögensverlust großen Ausmaßes: keine Anwendung beim Versuch).

§ 263 StGB; § 27 StGB; § 261 StPO

274. BGH 4 StR 467/06 – Urteil vom 15. Februar 2007 (LG Magdeburg)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit; niedrige Beweggründe: tatrichterlicher Beurteilungsspielraum, Motivbündel).
§ 211 Abs. 2 StGB

275. BGH 4 StR 476/06 – Beschluss vom 6. Februar 2007 (LG Hagen)

Besonders schwere Brandstiftung (Zeit, zu der sich Menschen im Tatobjekt aufhalten: Kaufpark mit Alarmanlage); Tateinheit von Brandstiftung und schwerer räuberischer Erpressung.
§ 306 a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 52 StGB; § 306 StGB; § 249 StGB

276. BGH 4 StR 48/07 – Beschluss vom 20. März 2007 (LG Bielefeld)

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

277. BGH 4 StR 49/07 – Beschluss vom 22. Februar 2007 (LG Bielefeld)

Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel (Beihilfe bei Kurierdiensten).
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

278. BGH 4 StR 50/07 – Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Bielefeld)

Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel (Beihilfe bei Kurierdiensten).
§ 29 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

Bei Rauschgiftkurieren, die lediglich eine untergeordnete Rolle spielen, ist grundsätzlich nur von Beihilfe zum unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auszugehen (vgl. BGHSt - GS - 50, 252, 266; BGH, Beschluss vom 17. Januar 2007 - 2 StR 568/06 m.w.N.). Das gilt zumal dann, wenn der Kurier mit dem An- und Verkauf des Rauschgifts nichts zu tun und auch keinerlei Einfluss auf die Bestimmung von Art und Menge des zu transportierenden Rauschgifts hat und ihm auch die Gestaltung des Transports vorgegeben wird (vgl. BGH, Beschlüsse vom 2. Juni 2006 - 2 StR 150/06 - und vom 25. Oktober 2006 - 2 StR 359/06).

279. BGH 4 StR 502/06 – Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Dortmund)

Keine Bewertungseinheit beim Betäubungsmittelhandeln nur durch gleichzeitigen Besitz von Betäubungsmitteln (Handeltreiben).
§ 29 BtMG; § 52 StGB

280. BGH 4 StR 516/06 – Beschluss vom 11. Januar 2007 (LG Bochum)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Erörterungsmangel; eigene Würdigung des Sachverständigen-gutachtens; Fehlen einer Persönlichkeitsdepravation und von Entzugssymptomen).

§ 64 StGB; § 72 StGB; § 261 StPO

281. BGH 4 StR 535/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Rostock)

Berechnung der BAK (Kontrollberechnung bei der Blutalkoholkonzentration); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen dem Hang zum Alkoholmissbrauch und der Tat).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

282. BGH 4 StR 544/06 – Urteil vom 1. März 2007 (LG Münster)

Wertersatzverfall (Bruttoprinzip; Erlangtes; Entreichung: verbliebenes Vermögen im Umfang des Verfallbetrages).

§ 73a StGB; § 73c StGB

283. BGH 4 StR 548/06 – Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Münster)

Beachtung einer Verletzung des Rechts auf Verfahrensbeschleunigung auf die Sachrüge (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung; ausgebliebene Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

284. BGH 4 StR 570/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Bochum)

Unzulässiger Wiedereinsetzungsantrag (mangelnde Glaubhaftmachung: mangelndes Verschulden, Zulässigkeitsvoraussetzungen des Antrages).

§ 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

285. BGH 4 StR 574/06 – Beschluss vom 16. Januar 2007 (LG Essen)

Unerlaubter Besitz einer halbautomatischen Kurzwaffe in Tateinheit mit unerlaubtem Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe (Tenorierung); Beweisantrag (Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit: Begründungsgrundsätze; auf der Hand liegen).

§ 260 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 53 Abs. 1 Nr. 3 a WaffG; § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsache abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihr keine Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch beimisst (vgl. BGHSt 2, 284, 286; BGH NStZ 1981, 401; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 15 m.w.N.). Geht es um die Glaubwürdigkeit eines Zeugen, bedarf es daher der Begründung, warum die zu beweisende Tatsache das Gericht auch im Falle ihres Nachweises unbeeinflusst lassen würde. Die erforderliche Begründung der Ablehnung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit entspricht grundsätzlich den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (vgl. BGH StV 2003, 369, 370).

286. BGH 4 StR 581/06 – Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Arnshausen)

Minder schwerer Fall des Totschlages (Tat in der Nähe der Notwehr); Doppelverwertungsverbot; Strafzumessung (Vorwurf mangelnden Rücktritts; Alkoholisierung kein Strafschärfungsgrund).

§ 213, 2. Alt. StGB; § 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 32 StGB; § 33 StGB

287. BGH 4 StR 590/06 – Beschluss vom 23. Januar 2007 (LG Neubrandenburg)

Beweiswürdigung (Widersprüchlichkeit; Hörensagen); Verfall (Ansprüche Verletzter).

§ 261 StPO; § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB

288. BGH 4 StR 593/06 – Beschluss vom 23. Januar 2007 (LG Göttingen)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

289. BGH 4 StR 595/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Halle)

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung (wirksamer Rechtsmittelverzicht).

§ 44 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

290. BGH 4 StR 8/07 – Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Stralsund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

291. BGH 4 StR 83/07 – Beschluss vom 13. März 2007 (LG Detmold)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

292. BGH 4 StR 9/07 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Bielefeld)

Verfolgungsverjährung (Ruhen; keine Rückwirkung); Gesamtstrafenbildung.

§ 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

293. BGH 4 ARs 32/03 – Beschluss vom 25. November 2003

Rechtsmittelverzicht nach Absprachen.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

294. BGH 5 StR 119/05 – Beschluss vom 14. Dezember 2006

Festsetzung eines Gegenstandeswertes für die Tätigkeit des Vertreters der Verfallsbeteiligten im Revisionsverfahren (wirtschaftlicher Maßstab bei Insolvenz; Rechtsschutzbedürfnis).

§ 10 Abs. 1 BRAGO; § 61 Abs. 1 RVG; § 95 BRAGO; § 12 Abs. 1 BRAGO; § 88 Satz 1 BRAGO

295. BGH 5 StR 13/07 – Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Berlin)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang bei Beschaffungskriminalität und zugleich vorliegender Persönlichkeitsstörung).

§ 64 StGB

296. BGH 5 StR 320/06 – Beschluss vom 13. März 2007 (LG Cottbus)

„Fall Dennis“; Totschlag und Mord (bedingter Tötungsvorsatz beim Verhungernlassen eines Kindes; Überschreitung der höchsten Hemmschwelle bei Tötung des eigenen Kindes; Unterlassen; grausam: Maßgeblichkeit besonderer persönlicher Umstände des Täters und der vom Vorsatz erfassten konkreten Tathandlung); Presseerklärung.
§ 212 StGB; § 211 Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 13 StGB

297. BGH 5 StR 323/06 – Urteil vom 14. Februar 2007 (LG Hamburg)

Vorteilsgewährung; Vorteilsannahme; Bestechlichkeit (Unrechtsvereinbarung; Pflichtwidrigkeit bei Ermessen und Gestaltungsspielraum; Sichbereitzzeigen); Verfall (entgegenstehende Ansprüche Verletzter, hier des Dienstherrn); keine Verfallsanordnung neben einer Bußgeldfestsetzung gegen Nebenbeteiligte; Bemessung der Geldbuße gegen Nebenbeteiligte; redaktioneller Hinweis.
§ 331 StGB; § 333 StGB; § 332 StGB; § 73 StGB; § 30 Abs. 5 OWiG; § 17 Abs. 4 OWiG

298. BGH 5 StR 372/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Bielefeld)

BGHR; Begriff des „Verbringers“ einfuhrabgabepflichtiger Ware (Schmuggelware; Unterlassenstäterschaft des Organisators; richtlinienkonforme Auslegung; Vorlagepflicht); Steuerklärungspflicht bei Einfuhr unverzollter und un versteuerte Zigaretten aus dem freien Verkehr eines anderen Mitgliedstaats der Europäischen Gemeinschaften in das Steuergebiet der Bundesrepublik; gewerbsmäßiger und bandenmäßiger Schmuggel (erfasste Einfuhrabgaben; Beendigung); angemessene Rechtsfolge (revisionsrichterliche Strafzumessung); Gesetzlichkeitsprinzip (Bestimmtheit).
§ 370 AO; § 373 AO; § 374 AO; Art. 40 Zollkodex; § 19 TabStG; § 21 TabStG; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO; Art. 234 EG; Art. 7 EMRK; Art. 103 Abs. 2 GG

299. BGH 5 StR 400/06 – Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG Potsdam)

Bestechlichkeit und Untreue bei der Ablösung von Stellplatzverpflichtungen (Wirksamkeit als Voraussetzung des Missbrauchstatbestandes; Treubruchstatbestand: konkrete Feststellung des Vermögensnachteils, konkrete Gefährdung).
§ 332 StGB; § 266 StGB

300. BGH 5 StR 4/07 – Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG Bautzen)

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

301. BGH 5 StR 42/07 – Beschluss 15. März 2007 (LG Berlin)

Gesamtstrafenbildung in der Revision.
§ 54 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

302. BGH 5 StR 44/07 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Leipzig)

Schwere Körperverletzung durch Schütteln eines Kleinkindes; Misshandlung von Schutzbefohlenen (Handeln aus gefühlloser Gesinnung).
§ 223 Abs. 1 StGB; § 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 225 StGB; § 18 StGB

303. BGH 5 StR 445/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Hamburg)

Räuberischer Diebstahl (minder schwerer Fall: unangemessene Strafraumenwahl).
§ 252 StGB; § 250 Abs. 3 StGB; § 46 StGB

304. BGH 5 StR 465/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Leipzig)

Verfahrensrüge (Darlegungsanforderungen bei zeugenschaftlicher Aussage des Staatsanwalts).
§ 48 StPO; § 24 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

305. BGH 5 StR 494/06 – Beschluss vom 1. Februar 2007 (LG Görlitz)

Raub mit Todesfolge (Leichtfertigkeit; Raubvorsatz); Beweiswürdigung und Konfrontationsrecht bei Verurteilung auf Grund von Aussagen von (früheren) Mitangeklagten (Würdigung wie normale Zeugenaussagen; Beurteilung einer möglicherweise alternativen Aufteilung der Tatausführungsbeiträge; besondere Anforderungen bei der Konstellation Aussage-gegen-Aussage; Kumulation des geringeren Beweiswerts mittelbarer Aussagen und der Konstellation Aussage-gegen-Aussage; in dubio pro reo).
§ 251 StGB; Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; § 261 StPO

306. BGH 5 StR 497/06 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Neuruppin)

Minder schwerer Fall der schweren räuberischen Erpressung (Revisibilität der Strafzumessung).
§ 250 Abs. 3 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 46 StGB

307. BGH 5 StR 499/06 (alt: 5 StR 339/05) – Urteil vom 13. März 2007 (LG Dresden)

Unzureichender Vorbehalt der Sicherungsverwahrung (zeitlich maßgebliche Tatumstände; Auswirkung der angeordneten Sicherungsverwahrung auf die Strafzumessung).
§ 66a StGB; § 66 StGB; § 46 StGB

308. BGH 5 StR 508/06 – Urteil vom 13. Februar 2007 (LG Berlin)

Abgrenzung von Mord und Totschlag (Heimtücke: Arglosigkeit und Wehrlosigkeit; niedrige Beweggründe: Besitzdenken, Beurteilungsspielraum des Tatrichters).
§ 212 StGB; § 211 StGB

309. BGH 5 StR 514/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Bremen)

Minder schwerer Fall der schweren Körperverletzung (Revisibilität der Strafzumessung: Lückenhaftigkeit; Doppelverwertungsverbot; gebotene Darlegung des Warneffektes bei nicht rechtskräftigem Strafbefehl); Schlägerei.
§ 223 StGB; § 227 StGB; § 229 StGB; § 46 StGB

310. BGH 5 StR 517/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Dresden)

Voraussetzungen der Sicherungsverwahrung (Darlegungsanforderungen; Urteilsgründe; Ansiegelung früherer Urteile); minder schwerer Fall der Geiselnahme (Erörterungsmangel).

§ 66 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 239b Abs. 2 StGB; § 239a Abs. 2 StGB

311. BGH 5 StR 529/06 – Beschluss vom 15. März 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

312. BGH 5 StR 534/06 – Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG Potsdam)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

313. BGH 5 StR 535/06 – Beschluss vom 14. März 2007 (LG Potsdam)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel; Hang; Gefährlichkeitsprognose).

§ 64 StGB

314. BGH 5 StR 543/06 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Wuppertal)

Beihilfe zum Betrug (Feststellungen).

§ 27 StGB; § 263 StGB

315. BGH 5 StR 544/06 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Wuppertal)

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Berechnungsdarstellung der verkürzten Beiträge zur Sozialversicherung; Schätzungsberechtigung).

§ 266a StGB

316. BGH 5 StR 553/06 – Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

317. BGH 5 StR 560/06 – Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

318. BGH 5 StR 568/06 – Beschluss vom 13. März 2007 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

319. BGH 5 StR 63/07 – Urteil vom 14. März 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision der Staatsanwaltschaft.

§ 349 Abs. 5 StPO

320. BGH 5 StR 7/07 – Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Chemnitz)

Wertersatzverfall (Härtefallklausel: Entreicherung, Erörterungsmangel).

§ 33 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 73d Abs. 2 StGB; § 73a StGB

321. BGH 5 StR 76/07 – Beschluss vom 15. März 2007 (LG Berlin)

Totschlag im Affekt (tiefgreifende Bewusstseinsstörung: Affekttat und unverminderte Schuldfähigkeit, gebotene Gesamtwürdigung und intaktes Erinnerungsvermögen; minder schwerer Fall).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 20 StGB

322. EuG T-228/02 – Urteil vom 12. Dezember 2006 (2. Kammer)

Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik; Einfrieren von Geldern (Nichtigkeitsklage; gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus; Verteidigungsrechte: Einschränkungen für Überraschungseffekte; Begründungspflicht; Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz; Schadensersatzklage); Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit in der zweiten und dritten Säule der Europäischen Union (rechtliches Gehör; Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit: Gemeinschaftstreue).

Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. a und b EMRK; Art. 6 Abs. 2 EU; Art. 35 EU; Art. 46 EU; Art. 13 EMRK; Art. 253 EG; Art. 10 EG; Art. 230 Abs. 4 EG

323. BVerfG 1 BvR 2138/05 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss 15. März 2007 (Bayerischer VGH/VG Würzburg)

Kein Betretungs- und Besichtigungsrecht der Handwerkskammern bei Gewerbetreibenden bei denen bereits feststeht, dass sie nicht in die Handwerksrolle eingetragen werden können (Reisegewerbe); Unverletzlichkeit der Wohnung (Abgrenzung von Betretungsrechten zum Zwecke der Prüfung der Eintragung in die Handwerksrolle von der Durchsuchung zur Aufklärung von Ordnungswidrigkeiten und Straftaten; Richtervorbehalt; „Nachschaurecht“).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 17 Abs. 2 HandwO; § 118 Abs. 1 Nr. 2 HandwO; § 102 StPO; § 46 OWiG

324. BVerfG 1 BvR 620/07 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 15. März 2007 (LG Münster)

Medienberichterstattung über ein Strafverfahren (Zulassung durch das Bundesverfassungsgericht); Rundfunkfreiheit (sitzungspolizeiliche Beschränkungen); Persönlichkeitsrecht der Verfahrensbeteiligten (Bildaufnahmen; Hinnahme durch Richter, Schöffen, Rechtsanwälte; Anonymisierung der Angeklagten); einstweilige Anordnung durch das BVerfG (doppelte Negativprognose).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 169 GVG; § 176 GVG; § 32 BVerfGG

325. BVerfG 2 BvR 299/06 (3. Kammer des Zweiten Senats) – vom 3. Juli 2006 (LG Stuttgart/AG Stuttgart)

Unverletzlichkeit der Wohnung; Durchsuchung bei Dritten; Durchsuchungsbeschluss (inhaltliche Anforderungen; Darlegung der Verbindung zwischen Dritten und Beschuldigten in richterlichen Beschlüssen; eigenverantwortliche richterliche Prüfung; Stärke eines bestehenden Tatverdachts; Verhältnismäßigkeit); Durchführung der Durchsuchung (Mitteilung vor Beginn der Durchsuchung).

Art. 13 GG; § 103 StPO; § 105 StPO; § 106 Abs. 2 StPO

326. BVerfG 2 BvR 2273/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. März 2007 (OLG Hamm/AG Herford)

Unerlaubtes (Sich) Entfernen von Unfallort (keine Erstreckung des Abs. 2 Nr. 2 auf Fälle des unvorsätzlichen Entfernens; „Unfallflucht“); verfassungsrechtliches Analogieverbot (Bestimmtheitsgebot; Auslegung; Wortlautgrenze; Adressatensicht; keine Korrektur von Strafbarkeitslücken durch die Rechtsprechung).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 142 Abs. 2 Nr. 2 StGB

327. BVerfG 2 BvR 489/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (OLG Nürnberg/AG Fürth)

Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft (erste besondere Haftprüfung; Tatverdacht des versuchten Mordes und der schweren Brandstiftung; keine Abwägung zwischen Strafverfolgungsinteresse und Freiheitsanspruch im Rahmen des § 121 Abs. 1 StPO); Freiheit der Person (Beschleunigungsgebot; steigende Begründungsanforderungen mit längerer Dauer der U-Haft; 6-Monats-Frist); Darlegungsanforderungen (Begründungstiefe; inhaltliche Darlegung besonderer Umstände für eine Verfahrensverzögerung).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; Art. 5 Abs. 2 EMRK; § 121 StPO; § 122 StPO; § 211 StGB; § 22 StGB; § 306a StGB

328. BGH 2 StR 17/07 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Aachen)

Strafaussetzung zur Bewährung (Entscheidung über die Sozialprognose; Leugnen der Tat).
§ 56 StGB; § 46 StGB

329. BGH 2 StR 28/07 - Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Frankfurt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (andere Persönlichkeitsmängel neben der Sucht); Sicherungsverwahrung (Anlasstat).
§ 64 StGB; § 66 StGB

330. BGH 2 StR 31/07 - Beschluss vom 7. März 2007 (LG Koblenz)

Anfechtung der Kostenentscheidung mit der Revision; sofortige Beschwerde.
§ 311 StPO; § 336 Satz 2 StPO; § 464 Abs. 3 StPO

331. BGH 2 StR 370/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Darmstadt)

Hilfsstrafkammer (Schöffenauswahl); nachträgliche Änderung des Geschäftsverteilungsplans (Übertragung eines einzigen Verfahrens; Begründungspflicht).
§ 46 GVG; § 77 Abs. 1 GVG

332. BGH 2 StR 479/06 - Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Frankfurt am Main)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Absehen von der Aufhebung des Strafausspruchs (Angemessenheit des Rechtsfolge); Untreue (besonders schwerer Fall; Vermögensverlust großen Ausmaßes).

§ 154 StPO; § 354 Abs. 1a StPO; § 354 Abs. 1b StPO; § 266 StGB aF

333. BGH 2 StR 494/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Köln)

Betrug (Stoffgleichheit; Täuschung durch Rechnungsstellung); Strafzumessung (Zahl der Tateinheitlich begangenen Straftaten; Unrechts- und Schuldgehalt); Beruhen.
§ 263 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO

334. BGH 2 StR 499/06 - Beschluss vom 17. Januar 2007 (LG Koblenz)

Überzeugungsbildung; Beweiswürdigung (Zweifel an der Einlassung des Angeklagten); Urteilsgründe.
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

Zweifel an der Wahrheit der Einlassung eines Angeklagten allein genügen nicht zum Tatnachweis, da auch ein unschuldiger Angeklagter zu seiner Verteidigung eine unwahre Einlassung vorbringen kann.

335. BGH 2 StR 506/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Mittäterschaft; Beihilfe).
§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

336. BGH 2 StR 5/07 - Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Wiesbaden)

Vergewaltigung (Bedrohung als Nötigungsmittel); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 177 StGB; § 241 StGB; § 64 StGB

337. BGH 2 StR 516/06 - Urteil vom 28. Februar 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kurier; Täterschaft; täterschaftliche Gestaltungsmöglichkeit; Beihilfe); keine Einheitstäterschaft.
§ 29a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

338. BGH 2 StR 532/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (LG Gera)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Urteilsgründe); Persönlichkeitsstörung (Vergleichbarkeit mit krankhafter seelischer Störung; Gesamtschau).
§ 63 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 20 StGB; § 21 StGB

339. BGH 2 StR 540/06 - Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Köln)

Revision der Nebenklage (Mord; besondere Schwere der Schuld).
§ 400 StPO; § 211 StGB; § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

Der Nebenkläger kann das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass bei einer Verurteilung wegen Mordes zusätzlich die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld im Sinne des § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB getroffen werde.

340. BGH 2 StR 546/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Frankfurt)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Ku-

rier; Inkorporation); Mittäterschaft; Beihilfe.
§ 30 Abs. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB

341. BGH 2 StR 547/06 - Beschluss vom 2. März 2007 (LG Kassel)

Ablehnung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit).
§ 244 Abs. 3 StPO

342. BGH 2 StR 557/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Darmstadt)

Tenorkorrektur (offensichtlicher Zählfehler).
§ 260 Abs. 4 StPO

343. BGH 2 StR 566/06 - Beschluss vom 20. Februar 2007 (LG Darmstadt)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation durch das Revisionsgericht); Klarstellung des Tenors.
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO; § 349 Abs. 4 StPO

344. BGH 2 StR 57/07 - Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beweiswürdigung (Urteilsgründe).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

345. BGH 2 StR 572/06 - Beschluss vom 24. Januar 2007 (LG Koblenz)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (nicht geringe Menge); Beweiswürdigung; Urteilsgründe.
§ 29a BtMG; § 261 StPO; § 267 StPO

346. BGH 2 StR 577/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007 (LG Frankfurt)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (ausdrückliche Kompensation durch Milderung der Einzelstrafen); Strafzumessung (Entschuldigung beim Opfer; Schadenswiedergutmachung).
Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 46 StGB

347. BGH 2 StR 586/06 - Beschluss vom 21. Februar 2007 (LG Aachen)

Tateinheit; Tatmehrheit; Strafzumessung (Beruhen); Verfall (Urteilsgründe).
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 337 StPO; 73 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

348. BGH 2 StR 594/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Limburg)

Sexueller Missbrauch einer widerstandsunfähigen Person (alkoholisiertes Opfer); Überzeugungsbildung (lückenhafte Beweiswürdigung).
§ 179 StGB; § 261 StPO

349. BGH 2 StR 599/06 - Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Koblenz)

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Rechtsfolge; Heranwachsender; Anwendung des allgemeinen Strafrechts).
§ 400 StPO; § 105 JGG

350. BGH 2 StR 603/06 - Beschluss vom 14. Februar

2007 (LG Frankfurt)

Sexuelle Nötigung; Verjährung (relative; absolute; Ruhen; Unterbrechung; Hemmung).
§ 177 StGB; § 78 StGB; § 78b StGB; § 78c StGB

351. BGH 2 StR 605/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007 (LG Mainz)

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche; Gesamtstrafenbildung (starke Erhöhung der Einsatzstrafe; Urteilsgründe).
§ 29 a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 54 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

352. BGH 2 StR 67/07 - Beschluss vom 28. Februar 2007 (LG Bonn)

Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts (Frist); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 346 Abs. 2 StPO; § 44 StPO

353. BGH 2 ARs 116/07 / 2 AR 67/07 - Beschluss vom 20. März 2007

Verfahrensverbinding (Sachdienlichkeit).
§ 4 StPO

354. BGH 2 ARs 48/07 / 2 AR 17/07 - Beschluss vom 28. Februar 2007

Vollstreckungsleitung (Übertragung der Vollstreckung aus wichtigem Grund).
§ 85 JGG; § 35 BtMG; § 36 BtMG

355. BGH 2 ARs 525/06 2 AR 289/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007

Zuständigkeitsbestimmung (Strafvollstreckungskammer; Befasstsein).
§ 462a StPO

356. BGH 2 ARs 547/06 / 2 AR 310/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007

Zuständigkeitsbestimmung; Abgabe des Verfahrens (Wohnsitzwechsel nach Anklageerhebung).
§ 14 StPO; § 42 Abs. 3 JGG

357. BGH 2 ARs 556/06 / 2 AR 323/06 - Beschluss vom 31. Januar 2007

Abgabe des Verfahrens durch das Jugendgericht (Wohnsitzwechsel nach Anklageerhebung); Zweckmäßigkeit der Übertragung (Wohnsitz der Zeugen).
§ 42 Abs. 3 JGG; § 108 Abs. 1 JGG; § 12 Abs. 2 StPO

358. BGH 2 ARs 557/06 / 2 AR 318/06 - Beschluss vom 7. Februar 2007

Zuständigkeitsbestimmung (erhebliche Erschwernisse für das Verfahren).
§ 14 StPO; § 42 Abs. 3 JGG; § 109 JGG

359. BGH 2 ARs 63/07 / 2 AR 31/07 - Beschluss vom 14. Februar 2007

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Befasstsein mit der Sache; konkrete Anhaltspunkte für Widerruf der Bewährung; Mitteilung nach MiStra).
§ 462a StPO; § 56f StGB

360. BGH 3 StR 1/07 - Beschluss vom 30. Januar 2007

(LG Wuppertal)

Schwerer Raub (schwere körperliche Misshandlung); schwere Körperverletzung; Strafzumessung (gravierende Folgen für das Opfer; Vorstrafen).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 a StGB; § 226 StGB; § 46 StGB

361. BGH 3 StR 11/07 - Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Hildesheim)

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (Vorsatzform; dolus eventualis; dolus directus; direkter Vorsatz; bedingter Vorsatz); sexueller Missbrauch von Gefangenen, behördlich Verwahrten oder Kranken und Hilfsbedürftigen in Einrichtungen.

§ 179 StGB; § 174a StGB; § 15 StGB

362. BGH 3 StR 14/07 - Beschluss vom 13. Februar 2007 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

363. BGH 3 StR 17/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Krefeld)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge (Rüge der Besetzung; Mitteilung des Geschäftsverteilungsplans); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel; Schizophrenie).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 64 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

364. BGH 3 StR 23/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Duisburg)

MDMA (nicht geringe Menge); Beruhen.

§ 29 a BtMG; § 337 StPO

365. BGH 3 StR 32/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Kiel)

Absprache (negative Beweiskraft des Protokolls); Beweiserhebung zum Ablauf der Hauptverhandlung.

Art. 6 EMRK; Vor § 1 StPO; § 274 Abs. 1 StPO

366. BGH 3 StR 34/07 - Beschluss vom 1. März 2007 (LG Kiel)

Unbegründete Revision (Beschwer).

§ 349 Abs. 2 StPO; vor § 296 StPO

367. BGH 3 StR 38/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Aurich)

Inbegriff der Hauptverhandlung (zu Protokoll gereichte Erklärung des Angeklagten); Mündlichkeitsprinzip.

§ 261 StPO

368. BGH 3 StR 396/06 - Urteil vom 21. Dezember 2006 (LG Duisburg)

BGHSt; nachträgliche Sicherungsverwahrung (Urteilsgründe; neue Tatsache); Aufklärungspflicht; Doppelverfolgungsverbot; Darlegungspflicht.

§ 66 StGB; § 66b StGB; § 244 Abs. 2 StPO; § 267 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

369. BGH 3 StR 415/06 - Beschluss vom 8. Februar 2007

Anhörungsrüge (Wartezeit auf Erwiderung des Verteidigers).

§ 356a StPO

370. BGH 3 StR 425/06 - Beschluss vom 13. Februar 2007

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit; Entscheidung im Beschlusswege; Mitteilung der Besetzung und des Berichterstatters.

§ 24 StPO; § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 356a StPO

371. BGH 3 StR 44/07 - Beschluss vom 27. Februar 2007 (LG Oldenburg)

Recht auf ein faires Verfahren; Unterbrechung der Hauptverhandlung.

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 265 Abs. 4 StPO

372. BGH 3 StR 459/06 - Beschluss vom 14. Februar 2007 (LG Aurich)

Eröffnungsbeschluss (Mängel der Anklage; Unbestimmtheit); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen); unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an eine Person unter 18 Jahren.

§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 207 StPO; § 29a BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG;

373. BGH 3 StR 470/06 - Urteil vom 8. Februar 2007 (LG Wuppertal)

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener; mehraktiges Geschehen; Rücktrittshorizont; Freiwilligkeit und Entdeckung; unbeendeter Versuch; beendeter Versuch; Vorsatzwechsel (direkter Vorsatz; Eventualvorsatz; Erreichen eines außertatbestandlichen Zieles); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 3 StPO

374. BGH 3 StR 472/06 - Beschluss vom 9. Januar 2007 (LG Kleve)

Unterschlagung (Zueignung; Unterlassen der Herausgabe; Verurteilung zur Herausgabe).

§ 246 StGB; § 13 StGB

375. BGH 3 StR 486/06 - Urteil vom 15. März 2007 (LG Stuttgart)

BGHSt; „Antifa-Versand-Fall“; Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen (Schutzzweck der Norm; Hakenkreuz); freie Meinungsäußerung; Sinngehalt einer Darstellung.

§ 86a StGB; Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 10 EMRK

376. BGH 3 StR 490/06 - Beschluss vom 30. Januar 2007 (LG Stade)

Gemeinsame Ladung zweier Verteidiger (Zurechnung bei Sozietät und bei Bürogemeinschaften).

§ 218 StPO; § 59a Abs. 4 BRAO

377. BGH 3 StR 493/06 - Urteil vom 8. Februar 2007 (LG Mönchengladbach)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Arbeitsverweigerung des Rechtspflegers; fehlender Revisionsübersendungsbericht); Kompensation durch das Revisionsgericht.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 354 Abs. 1a StPO

378. BGH 3 StR 53/07 - Beschluss vom 6. März 2007 (LG Itzehoe)

Strafzumessung (Mathematisierung); Beruhen.
§ 46 StGB; § 337 StPO

379. BGH 3 StR 55/07 - Beschluss vom 1. März 2007 (LG Düsseldorf)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Bewertungseinheit; Erwerb; Einfuhr; Eigenverbrauch).
§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

380. BGH 3 StR 6/07 - Beschluss vom 1. März 2007 (LG Mönchengladbach)

Rücknahme der Revision (ausdrückliche Vollmacht); Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 302 Abs. 2 StPO; § 44 StPO

381. BGH 3 StR 6/07 - Beschluss vom 1. März 2007 (LG Mönchengladbach)

Urteilsformel (Regelbeispiele).
§ 260 Abs. 4 StPO

382. BGH 3 StR 61/07 - Beschluss vom 27. Februar

2007 (LG Kleve)

Heimtückemord (Arglosigkeit: maßgeblicher Zeitpunkt des Beginns des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs).
§ 211 Abs. 2 StGB

383. BGH 3 StR 8/07 - Beschluss vom 8. Februar 2007 (LG Kiel)

Unzulässiger Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts.
§ 346 StPO

384. BGH StB 2/05 – Beschluss vom 11. Mai 2005

Haftbefehl des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Gegenvorstellung (rechtliches Gehör; neue Umstände).
§ 112 StPO; § 304 Abs. 5 StPO

385. BVerfG 2 BvR 932/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. März 2007 (OLG Köln)

Nötigung im Straßenverkehr durch dichtes Auffahren im Straßenverkehr unter Einsatz von Signalhorn und Lichthupe innerhalb von Ortschaften (Prüfungsanforderungen; Gewaltbegriff: Erfordernis körperlicher Kraftentfaltung und körperlichen Zwanges, Angst).
Art. 103 Abs. 2 GG; § 240 StGB