

## SCHRIFTLÉITUNG

Wiss. Ass.  
Dr. iur. Karsten Gaede  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten  
Gaede, Stephan Schlegel (Web-  
master)

## STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LLM,  
(Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-  
Pedain, MJur (Oxon), (Univ. Cam-  
bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszc-  
zewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.  
Hans Kudlich (Univ. Erlangen-  
Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg  
i.Br. Dr. Frank Meyer, LLM (Yale);  
RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA  
Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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  
Wohlens (Univ. Zürich)

## Publikationen

- RiBGH *Ulrich Hebenstreit*, Karlsruhe – **Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit** S. 172
- RA *Klaus-Ulrich Ventzke*, Hamburg – **Auf der Jagd nach der Wahrheit? – Revisions-  
verteidigung zwischen Rekonstruktionsverbot und Rekonstruktionspflicht** S. 180
- RiOLG Dr. *Ralf Eschelbach*, Koblenz/Heidesheim – **Absprachenpraxis versus Wiederauf-  
nahme** S. 190

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen und eine Buchanzeige.

## Entscheidungen

- EuGH **Strafrechtliche Annexkompetenz zur Bekämpfung der Verschmutzung durch  
Schiffe**
- BVerfG **Einstweilige Anordnung zur Vorratsdatenspeicherung**
- BVerfG **Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde**
- BGH **Verjährung bei der Infektion mit Krankheitserregern (HIV)**
- BGH **Bestimmen zur Vornahme einer sexuellen Handlung an sich selbst beim se-  
xuellen Missbrauch eines Kindes**
- BGH **Anfrageverfahren: Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung  
gem. § 66b Abs. 3 StGB nach Erledigung der Unterbringung gem. § 63 StGB**
- BGHR **Aufklärungspflicht und Sachverständigenbeweis zur Schuldfähigkeit**
- BGHR **Anforderungen an den Anklagesatz bei einer Vielzahl anzuklagender  
gleichartiger Wirtschaftsstraftaten**
- BGHR **Wirksamkeit der Ladung zur Hauptverhandlung trotz Verstoßes gegen die  
Befragungspflicht nach § 216 Abs. 2 Satz StPO**
- BGH **Verschlechterungsverbot nach rechtsfehlerhafter Kompensation rechts-  
staatswidriger Verfahrensverzögerungen**
- BGH **Vorrang effektiver Verteidigung vor der beschleunigten Bearbeitung von  
Haftsachen**
- BGH **Kein strenges Kausalitätserfordernis bei der Beihilfe**
- BGH **Feststellung des Irrtums beim Betrug im Fall standardisierter Prüfungen**

Die Ausgabe umfasst 113 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. 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); RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); 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).

ISSN 1865-6277  
9. Jahrgang, April 2008, Ausgabe

4

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

### 261. BVerfG 1 BvR 256/08 (Erster Senat) – Beschluss vom 11. März 2008

Einstweilige Anordnung betreffend die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten (Folgenabwägung; erhebliche Gefährdung der Unbefangtheit der Nutzung von Telekommunikation; zwingendes Gemeinschaftsrecht, „effet utile“); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ein zwingendes Gemeinschaftsrecht umsetzendes Gesetz; Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen beim Telekommunikationsanbieter.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 230 EG; Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/24/EG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100a StPO; § 100g StPO

1. Eine Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz, welches eine EG-Richtlinie umsetzt, ist auch im Hinblick auf die Solange II-Rechtsprechung jedenfalls dann nicht un-

zulässig, wenn das angegriffene Gesetz über zwingende gemeinschaftsrechtliche Vorgaben hinausgeht, aber auch dann, wenn der Gemeinschaftsrechtsakt Gegenstand eines Antrags auf Nichtigkeitserklärung nach Art. 230 EG vor dem Europäischen Gerichtshof ist und der Erfolg dieses Verfahrens nicht ausgeschlossen werden kann.

2. Die Aussetzung des Vollzugs eines zwingendes Gemeinschaftsrecht umsetzenden Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht, setzt zumindest voraus, dass aus der Vollziehung des Gesetzes den Betroffenen ein besonders schwerwiegender und irreparabler Schaden droht, dessen Gewicht das Risiko hinnehmbar erscheinen lässt, im Eilverfahren über die Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts in der Hauptsache hinauszugehen und das Gemeinschaftsinteresse an einem effektiven Vollzug des Gemeinschaftsrechts schwerwiegend zu beeinträchtigen.

3. Die sechs Monate andauernde Möglichkeit des Zugriffs auf sämtliche durch eine Inanspruchnahme von Telekommunikationsdiensten entstandenen Verkehrsdaten bedeutet eine erhebliche Gefährdung des in Art. 10 Abs. 1 GG verankerten Persönlichkeitsschutzes. Angesichts der flächendeckenden Erfassung des Telekommunikationsverhaltens der Bevölkerung reicht es weit über den Einzelfall hinaus und droht, die Unbefangenheit des Kommunikationsaustauschs und das Vertrauen in den Schutz der Unzugänglichkeit der Telekommunikationsanlagen insgesamt zu erschüttern.

4. Im Rahmen der einstweiligen Anordnung bleiben die Strafverfolgungsbehörden unter den Voraussetzungen des § 100b Abs. 1 bis 4 Satz 1 StPO dazu befugt, nach § 100g StPO in Verbindung mit § 113b Satz 1 Nr. 1 TKG Abrufersuchen an die nach §§ 113a, 113b TKG zur Datenbevorratung und Datenauswertung verpflichteten Diensteanbieter zu richten. Ein Diensteanbieter hat auf ein Abrufersuchen hin den bevorrateten Datenbestand nach Maßgabe des Ersuchens auszuwerten. Das Suchergebnis ist der Strafverfolgungsbehörde jedoch nur dann unverzüglich mitzuteilen, wenn in der Anordnung des Abrufs (§ 100g Abs. 2 in Verbindung mit § 100b Abs. 1 und 2 StPO) aufgeführt ist, dass er eine Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO zum Gegenstand hat und dass die Voraussetzungen des § 100a Abs. 1 StPO vorliegen. Ansonsten ist das Suchergebnis der Strafverfolgungsbehörde nicht mitzuteilen, sondern bei dem Diensteanbieter zu verwahren, um gegebenenfalls später übermittelt werden zu können, und zwar über die Lösungsfrist des § 113a Abs. 11 TKG hinaus. Der Diensteanbieter darf das Suchergebnis nicht zu eigenen Zwecken verwenden und hat sicherzustellen, dass Dritte keinen Zugriff darauf nehmen können.

**262. EuGH C-440/05 – Urteil vom 23. Oktober 2007 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Rat der Europäischen Union)**

Nichtigkeitsklage gegen den Rahmenbeschluss 2005/667/JI (Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe; Verkehrspolitik; Umweltpolitik; Annexkompetenz im Gemeinschaftsrecht für strafrechtliche Sanktionen; Zuständigkeit der Gemeinschaft; Rechtsgrundlage).

Art. 31 Abs. 1 Buchst. e EU; Art. 34 EU; Art. 47 EU; Art. 80 Abs. 2 EG; Art. 6 EG

1. Art. 80 Abs. 2 EG trifft keine ausdrückliche Einschränkung, welche gemeinsamen besonderen Vorschriften der Rat auf dieser Grundlage erlassen kann. Der Gemeinschaftsgesetzgeber verfügt somit nach dieser Bestimmung über eine weitreichende Rechtsetzungsbefugnis und ist aufgrund dessen und analog zu den übrigen Bestimmungen des EG-Vertrags über die gemeinsame Verkehrspolitik, insbesondere zu Art. 71 Abs. 1 EG, u. a. für den Erlass von Maßnahmen zur Verbesserung der Verkehrssicherheit und aller sonstigen zweckdienlichen Vorschriften im Bereich der Seeschifffahrt zuständig. Diese Zuständigkeit besteht unabhängig davon, ob der Gesetzgeber beschließt, tatsächlich von ihr Gebrauch zu machen.

Da die Erfordernisse des Umweltschutzes, der eines der wesentlichen Ziele der Gemeinschaft ist, nach Art. 6 EG bei der Festlegung und Durchführung der Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen einbezogen werden müssen, ist dieser Schutz als ein Ziel anzusehen, das auch Bestandteil der gemeinsamen Verkehrspolitik ist. Der Gemeinschaftsgesetzgeber kann deshalb auf der Grundlage von Art. 80 Abs. 2 EG in Wahrnehmung der ihm durch diese Bestimmung zugewiesenen Befugnisse beschließen, den Umweltschutz zu fördern. In diesem Rahmen kann er, wenn die Anwendung wirksamer, verhältnismäßiger und abschreckender strafrechtlicher Sanktionen durch die zuständigen nationalen Behörden eine zur Bekämpfung schwerer Beeinträchtigungen der Umwelt unerlässliche Maßnahme darstellt, die Mitgliedstaaten zur Einführung derartiger Sanktionen verpflichten, um die volle Wirksamkeit der von ihm in diesem Bereich erlassenen Rechtsnormen zu gewährleisten.

2. Nach Art. 47 EU lässt der EU-Vertrag den EG-Vertrag unberührt. Dasselbe ergibt sich aus Abs. 1 des Art. 29 EU, der Titel VI („Bestimmungen über die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen“) des EU-Vertrags einleitet. Der Gerichtshof hat darüber zu wachen, dass die Handlungen, von denen der Rat behauptet, sie fielen unter diesen Titel VI, nicht die Zuständigkeiten beeinträchtigen, die die Bestimmungen des EG-Vertrags der Gemeinschaft zuweisen.

Der Rahmenbeschluss 2005/667 zur Verstärkung des strafrechtlichen Rahmens zur Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe, der die Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Verhaltensweisen strafrechtlich zu ahnden, hat, wie aus seinen Erwägungsgründen sowie aus seinen Art. 2, 3 und 5 hervorgeht, die Verbesserung der Sicherheit des Seeverkehrs und zugleich die Verstärkung des Schutzes der Meeresumwelt vor der Verschmutzung zum Ziel und zum Inhalt und hätte, zumindest soweit es um diese Bestimmungen geht, auf der Grundlage von Art. 80 Abs. 2 EG erlassen werden können; er verstößt deshalb gegen Art. 47 EU.

Bestimmungen wie die Art. 4 und 6 des Rahmenbeschlusses 2005/667, die Art und Maß der strafrechtlichen Sanktionen betreffen, fallen nicht in die Zuständigkeit der Gemeinschaft und hätten daher von dieser nicht wirksam erlassen werden können. Da die Art. 4 und 6 des Rahmenbeschlusses 2005/667 untrennbar mit dessen Art. 2, 3 und 5 sowie alle vorgenannten Artikel untrennbar mit den Art. 7 bis 12 des Rahmenbeschlusses verbunden sind, ist dieser insgesamt für nichtig zu erklären.

**308. BVerfG 2 BvR 2556/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. Januar 2008 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart/AG Waiblingen)**

Verfassungsbeschwerde (Subsidiarität; Begründung; Vorlage der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft); Anhörungsrüge (Pflicht zur Erhebung); Nichtannahmebeschluss.

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 354 Abs. 1a StPO; § 356a StPO.

1. Versäumnisse des Revisionsgerichts bei Erteilung eines verfassungsrechtlich gebotenen Hinweises hat der Angeklagte im Wege der Anhörungsrüge geltend zu machen. Dies gilt auch dann, wenn berechtigte Zweifel bestehen, ob ein erteilter Hinweis den verfassungsrechtlichen Vorgaben gerecht wird, etwa, weil der Hinweis mangels konkreter Ausführungen zur „Angemessenheit“ der Strafe trotz Rechtsfolgenzumessungsfehlern des Tatgerichts für den Angeklagten nicht deutlich werden lässt, warum das Revisionsgericht meint, nach § 354 Abs. 1a StPO verfahren zu können.

2. Das Versäumnis der Erhebung der Anhörungsrüge hat grundsätzlich zur Folge, dass die Verfassungsbeschwerde insgesamt unzulässig ist.

3. Eine Verfassungsbeschwerde gegen einen Revisionsverwerfungsbeschluss ist u.a. dann nicht ausreichend begründet, wenn es der Beschwerdeführer unterlässt, Stellungnahmen der Generalstaatsanwaltschaft vorzulegen, auf welche der angegriffene Beschluss ausdrücklich Bezug nimmt.

**309. BVerfG 2 BvR 120/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. März 2007 (BGH/LG Bonn)**

Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Anspruch auf rechtliches Gehör (prozessuale Einheit verfassungsrechtlicher Rügen gegen denselben Hoheitsakt); Darlegungsanforderungen; Rechtsprechungsänderung (Überraschungsentscheidung).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG; § 356a StPO; § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB

1. Nach Kammerrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bilden die verfassungsrechtliche Gehörsrüge und andere Grundrechtsrügen, die im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde und mit Blick auf einen unteilbaren Streitgegenstand erhoben werden, grundsätzlich eine prozessuale Einheit.

2. Eröffnet die fachgerichtliche Anhörungsrüge durch Zurückversetzung des Gerichtsverfahrens in einen vorherigen Stand dem Beschwerdeführer die Möglichkeit, neben einem Gehörsverstoß auch Eingriffe in andere grundrechtliche Positionen zu rügen, muss die fachgerichtliche Anhörungsrüge erhoben werden, um auch mit der Be-

hauptung anderer Grundrechtsverletzungen gehört zu werden.

3. Kann eine Gehörsrüge im fachgerichtlichen Verfahren nicht substantiiert angebracht werden, muss dieser Rechtsbehelf nicht ergriffen werden. Der Fristbeginn für die Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine gerichtliche Entscheidung verschiebt sich durch eine in diesem Fall gleichwohl erhobene Gehörsrüge nicht.

4. Art. 103 Abs. 1 GG schützt auch vor „Überraschungsentscheidungen“. Im Falle einer Rechtsprechungsänderung liegt eine solche aber nur dann vor, wenn ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter - selbst unter Berücksichtigung der Vielfalt vertretbarer Rechtsauffassungen - nach bisherigem Prozessverlauf mit ihr nicht zu rechnen brauchte.

**310. BVerfG 2 BvR 2111/07, 2 BvR 2112/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Braunschweig)**

Beschwerde gegen längere Zeit zurückliegende Ermittlungsmaßnahmen (Abfrage von Telekommunikationsverbindungsdaten; Rechtsschutzbedürfnis; Treu und Glauben; Verwirkung); Anspruch auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 304 StPO; § 100g StPO a.F.; § 100h StPO a.F.; § 242 BGB

1. Mit dem aus Art. 19 Abs. 4 GG zu entnehmenden Grundrecht auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt ist es vereinbar, die Rechtsschutzgewährung von einem vorhandenen und fortbestehenden Rechtsschutzbedürfnis abhängig zu machen.

2. Bei der Einlegung einer Beschwerde innerhalb von einem Jahr nach Bekanntwerden einer Ermittlungsmaßnahme nach den §§ 100g, 100h StPO a.F. und innerhalb von neun Monaten nach Einstellung des Verfahrens nach § 170 Abs. 2 StPO kann noch nicht von der Verwirkung des Rechtsschutzbedürfnisses ausgegangen werden. (Abgrenzung zu BVerfG NJW 2003, 1514)

3. Der formlose Rechtsbehelf der Gegenvorstellung gehört nicht zum Rechtsweg nach § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**287. BGH 3 StR 248/07 - Urteil vom 18. Oktober 2007 (LG Flensburg)**

Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung; Infektion mit HIV); Änderung der Verjährung (Änderung der

Strafandrohung; milderes Gesetz); gefährliche Körperverletzung; schwere Körperverletzung.  
 § 223 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 2 StGB; § 223a StGB a.F.; § 224 StGB; § 226 StGB

1. Ist die Änderung der Verjährungsfrist nur Ergebnis einer Änderung der materiell-rechtlichen Strafandrohung, so ergibt sich auch die maßgebliche Verjährungsfrist mittelbar aus § 2 StGB. Das danach anwendbare mildere Strafgesetz bestimmt zugleich die maßgebliche Verjährungsfrist.

2. Bei der Infektion mit gefährlichen Erregern wie dem HI-Virus tritt die Schädigung der Gesundheit und damit die tatbestandsmäßige Körperverletzung bereits mit der bloßen Infektion des Opfers ein, da diese objektiv den körperlichen Normalzustand des Opfers tiefgreifend verändert. Auf den Zeitpunkt der Ausbruch der eigentlichen Krankheit kommt es daher für die Vollendung oder Beendigung der Körperverletzung nicht mehr an.

**347. BGH 5 StR 192/07 (5 StR 21/06) – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Hamburg)**

Schusswaffengebrauch bei Verfolgung von Einbrechern (Totschlag; Tötungsvorsatz: Beleg des Willenselementes durch Feststellungen und nicht durch Vermutungen; Rechtfertigung durch Notwehr und nach Landespolizeirecht); Revisibilität der Beweiswürdigung (übermotiviertes Handeln eines Polizeibeamten); Aufrechterhaltung von Feststellungen zum objektiven Tathergang (Trennbarkeit); Erlaubnistatbestandsirrtum.

§ 353 Abs. 2 StPO; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB; § 32 StGB; § 261 StPO; § 25 Abs. 3 HambSOG; § 22 Abs. 1 Satz 3 HambSOG

Zu den Voraussetzungen eines gerechtfertigten Schusswaffengebrauchs (Warnschuss, Erforderlichkeit, Einzelfallprüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne hier nach dem HambSOG).

**373. BGH 5 StR 632/07 – Beschluss vom 21. Februar 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer verminderten Schuldfähigkeit bei Borderline-Persönlichkeitsstörung und Alkohol- und Diazepammissbrauch (Raub).

§ 21 StGB; § 253 StGB

Bei einer für §§ 20, 21 StGB prinzipiell genügenden Persönlichkeitsstörung handelt es sich um einen tief verwurzelten, anhaltenden Zustand im Sinne eines überdauernden Musters von innerem Erleben und Verhalten. Ein plötzliches – innerhalb von 40 Minuten eintretendes – Abflachen der Persönlichkeitsbeeinträchtigung ist mit dieser Diagnose nicht ohne weiteres in Übereinstimmung zu bringen.

**299. BGH 3 StR 489/07 – Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Wuppertal)**

Beendeter Versuch (Rücktritt; Rettungsbemühungen; Hilfe Dritter; ernsthafter Rettungswille).

§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB

1. Beim beendeten Versuch bleibt der Täter straffrei,

wenn die Tat ohne sein Zutun nicht vollendet wird und er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern (§ 24 Abs. 1 StGB).

2. Dabei reicht nicht ein irgendwie geartetes Bemühen aus. Vielmehr ist ein solches erforderlich, das sich in der Vorstellung des Täters als ein bewusstes und gewolltes Abbrechen des in Bewegung gesetzten Kausalverlaufs darstellt. Der Täter muss alles tun, was in seinen Kräften steht und was nach seiner Überzeugung zur Erfolgsabwendung erforderlich ist; er muss die aus seiner Sicht ausreichenden Verhinderungsmöglichkeiten ausschöpfen.

3. Der Täter muss dabei nicht unbedingt selbst die notwendigen Hilfsmaßnahmen ergreifen, sondern kann sich der Hilfe Dritter bedienen. Jedenfalls wenn ein Menschenleben auf dem Spiel steht, sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Der Zurücktretende muss sich um die bestmögliche Maßnahme für die Erfolgsabwendung bemühen und sich grundsätzlich zumindest vergewissern, ob die Hilfspersonen das Notwendige veranlassen.

4. Zum Rücktritt genügt eine Handlung nicht, die zwar vom Täter veranlasst, aber nicht von seinem ernsthaften Rettungswillen getragen ist, etwa weil er davon ausgeht, eine Rettung sei gar nicht mehr möglich, und nur zum Schein Hilfsmaßnahmen einleitet, von denen er nicht annimmt, dass sie den Erfolg noch abwenden können.

**350. BGH 5 StR 402/07- Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Neuruppin)**

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener und unbeendeter Versuch; Maßgeblichkeit des Rücktrittshorizonts); Heimtücke (Ausnutzungsbewusstsein bei der Arglosigkeit).

§ 24 StGB; § 211 Abs. 2 StGB

Ein Versuch ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fehlgeschlagen, wenn der Erfolgseintritt objektiv nicht mehr möglich ist und der Täter dies erkennt oder aber wenn der Täter den Erfolgseintritt irrig nicht mehr für möglich hält. Ein Fall des fehlgeschlagenen Versuchs liegt hingegen nicht vor, sofern der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder anderen bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden (vgl. BGHSt 39, 221, 228; BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch).

**363. BGH 5 StR 590/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Leipzig)**

Versuch (umgekehrt geänderter Rücktrittshorizont; Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch).

§ 24 StGB

Die an der wahrgenommenen Wirklichkeit korrigierte Vorstellung des Täters für den „Rücktrittshorizont“ erlangt nicht nur Bedeutung für den Fall, dass der Täter den Erfolgseintritt zunächst für möglich hält, unmittelbar darauf aber erkennt, dass er sich geirrt hat (BGHSt 36, 224; 39, 221, 227, 228). Dies hat umgekehrt auch

dann zu gelten, wenn der Täter bei unverändert fortbestehender Handlungsmöglichkeit mit einem tödlichen Ausgang zunächst nicht rechnet, unmittelbar darauf

jedoch erkennt, dass er sich insoweit geirrt hat; dieser Versuch ist im Ergebnis beendet (BGHR StGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Versuch, beendeter 12).

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**296. BGH 3 StR 463/07 - Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Lübeck)**

Fahrlässige Tötung (objektive und subjektive Vorhersehbarkeit des Todeserfolges; Zurechenbarkeit; vernunftwidriges Handeln des Getöteten); Kausalität (kumulative, überholende); Aussetzung (hilflose Lage); Aussetzung mit Todesfolge.

Vor § 13 StGB; § 222 StGB; § 221 StGB

1. In einer hilflosen Lage im Sinne von § 221 Abs. 1 StGB befindet sich, wer der abstrakten Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsbeschädigung ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt ist.

2. Hilflosigkeit im Sinne des Tatbestandes definiert sich danach als das Fehlen hypothetisch rettungsgerechter sächlicher Faktoren oder hilfsfähiger (und generell auch hilfsbereiter) Personen.

3. Zwar kann eine gänzlich vernunftwidrige Handlungsweise eines Getöteten die Vorhersehbarkeit des Erfolges und damit den Tatbestand der fahrlässigen Tötung entfallen lassen. Allerdings entfällt die Vorhersehbarkeit in solchen Fällen nur dann, sofern der Getötete entscheidungsfähig, insbesondere nicht etwa betrunken war.

**274. BGH 2 StR 572/07 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Aachen)**

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Bestimmen zur Vornahme einer Handlung „an sich selbst“); Bestimmtheitsgrundsatz (Wortlautgrenze).

§ 176 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Das Bestimmen eines Kindes zur Vornahme einer nicht mit Manipulationen an seinem Körper verbundenen sexuellen Handlung wird von dem Tatbestand des § 176 Abs. 3 Nr. 2 StGB i. d. F. des 6. StrRG nicht erfasst. Erfasst werden nach dem Wortlaut der Vorschrift nur sexuelle Handlungen, die ein Kind an sich, also nicht lediglich mit seinem Körper vornimmt, denn nur wer mit Berührungen verbundene Manipulationen am eigenen

Körper vornimmt, nimmt eine Handlung an sich selbst vor.

**278. BGH 2 StR 603/07 - Urteil vom 27. Februar 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Mord; Heimtücke (Arglosigkeit; Erkennen des Angriffs; Einsichtsfähigkeit); verminderte Schuldfähigkeit; Strafzumessung (Alter des Tatopfers).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB

1. Erkennt das Tatopfer unmittelbar vor dem Beginn des tödlichen Angriffs die drohende Gefahr, so ist heimtückisches Handeln nur dann zu bejahen, wenn die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff so kurz war, dass dem Tatopfer keine Möglichkeit blieb, dem Angriff irgendwie zu begegnen.

2. Der Tatbestand des Heimtückemordes setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit des Tatopfers erkennt und sich bewusst ist, dass er diese zur Tat ausnutzt. Hierfür genügt es, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen.

3. Nicht jede affektive Erregung steht der Annahme entgegen, dass sich der Täter bewusst war, die Arglosigkeit des Opfers auszunutzen. Kommt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass der Täter die für die Heimtücke maßgeblichen Umstände aufgrund seiner Erregung nicht in sein Bewusstsein aufgenommen hat, so muss er die Beweisanzeichen dafür darlegen und würdigen.

4. Bei erhaltener Einsichtsfähigkeit ist die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt.

5. Das junge Alter eines Tatopfers darf nicht strafscharfend gewertet werden, weil das Leben Wertabstufungen nicht zugänglich ist.

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**312. BGH 1 StR 503/07 – Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Baden-Baden)**

Auffangrechtserwerb nach neuem Recht (keine rückwirkende Anwendung; verlängerte Rückgewinnungshilfe); Verbindung bei Nachtragsanklage (Neubeginn der Hauptverhandlung); Erforderlichkeit eines Teilfreispruchs.

§ 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 266 StPO; § 3 StPO; § 4 StPO; § 260 StPO

1. § 111i Abs. 2 StPO ist gemäß § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB nicht auf bereits zuvor beendigte Taten anzuwenden. Der Auffangrechtserwerb nach § 111i Abs. 5 StPO n.F. hat trotz der systematischen Verortung in der Strafprozessordnung materiell-rechtlichen Charakter; die Feststellungsentscheidung nach § 111i Abs. 2 StPO n.F. stellt die Grundentscheidung für den Auffangrechtserwerb dar und kommt somit einer aufschiebend bedingten Verfallsanordnung gleich.

2. Ob der Tatrichter gehalten ist, mit der Hauptverhandlung neu zu beginnen, wenn er bei fehlender Zustimmung zur Einbeziehung einer Nachtragsanklage die zusätzlichen Vorwürfe durch Eröffnung der „herkömmlichen“ Anklage mit inhaltsgleichem Anklagesatz und durch Verfahrensverbindung zum Gegenstand dieser Hauptverhandlung macht (so BGH [5. Strafsenat] NStZ-RR 1999, 303 [nichttragend]), braucht der Senat nicht zu entscheiden.

**329. BGH 4 StR 314/07 (4 StR 391/07) – Urteil vom 5. Februar 2008 (LG Bielefeld, LG Saarbrücken)**

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB trotz zu verbüßender Freiheitsstrafe; Auslegung eines Gesetzes nach den Gesetzesmaterialien; Anfrageverfahren.

§ 66 b Abs. 3 StGB; § 67 d Abs. 6 StGB

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden: Der Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66 b Abs. 3 StGB steht nicht entgegen, dass der Betroffene nach Erklärung der Erledigung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (§ 67 d Abs. 6 StGB) noch Freiheitsstrafe zu verbüßen hat, auf die zugleich mit der Unterbringung erkannt worden ist (Anfragebeschluss entgegen BGH NJW 2008, 240).

2. Bleibt bereits der in den Materialien niedergelegte gesetzgeberische Wille unklar, so kann er nicht Grundlage für die Korrektur einer für sich gesehen eindeutigen Gesetzesnorm sein.

**301. BGH 3 StR 516/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Kleve)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg; Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzuges; Zweidrittelzeitpunkt); Beschränkung der Revision (Dauer des Vorwegvollzuges).

§ 64 StGB; § 67 StGB

1. Die Beschränkung der Revision auf die Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzuges ist grundsätzlich möglich.

2. Diese Beschränkung ist jedoch – wie auch sonst – dann ausnahmsweise unzulässig, wenn der Beschwerdepunkt nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von dessen nicht angefochtenem Teil rechtlich und tatsächlich nicht unabhängig beurteilt werden kann, sodass die Überprüfung des Beschwerdepunkts eine Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich macht.

**357. BGH 5 StR 511/07 – Urteil vom 21. Februar 2008 (LG Bautzen)**

Erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit bei affektbedingter Tötung der Mutter; Bemessung von Jugendstrafe (Schwere der Schuld; Strafschärfung wegen Tötung der eigenen Mutter; Erziehungsbedarf).

§ 21 StGB; § 20 StGB; § 212 StGB; § 17 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

Der Tötung der eigenen Mutter muss nichts stets eine unrechtssteigernde Bedeutung zukommen, wenn mit Straftaten einhergehenden Erziehungsmethoden für die Konflikttat mitursächlich geworden sind.

**353. BGH 5 StR 424/07 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Berlin)**

Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Missachtung von Vorsichtsregeln im Umgang mit Feuer infolge psychischer Erkrankung; Verhältnismäßigkeit der Anordnung; Anforderung an die Prognose bei Fahrlässigkeitstaten).

§ 64 StGB; § 20 StGB; § 62 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind (BGHR StGB § 63 Schuldunfähigkeit 1). Es muss wahrscheinlich sein, dass der Rechtsfrieden durch neue Taten schwer gestört wird (BGHSt 27, 246, 248; BGHR StGB § 63 Gefährlichkeit 25). Die Unterbringung darf nicht angeordnet werden, wenn – im Blick auf § 62 StGB – die wegen ihrer unbestimmten Dauer sehr

belastende Maßnahme außer Verhältnis zu der Bedeutung der begangenen und zu erwartenden Taten stehen würde. Darüber hinaus kommt die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur dann in Betracht, wenn weniger einschneidende Maßnahmen keinen ausreichenden zuverlässigen Schutz vor der Gefährlichkeit des Täters bieten. Dies ergibt sich aus dem – im gesamten Maßregelrecht geltenden und aus dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt des Übermaßverbots abgeleiteten – Subsidiaritätsprinzip (vgl. BGH NStZ-RR 2007, 300, 301 m.w.N.).

2. Bei einer fahrlässigen Anlasstat bedarf diese Prognoseprüfung besonderer Sorgfalt.

**318. BGH 1 StR 542/07 - Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG München)**

Sperrfrist bei der Entziehung der Fahrerlaubnis (gesetzliche Mindestsperrfrist; Prüfung der Erledigung bei Gesamtstrafenbildung).

§ 69a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist, wenn bei einer Gesamtstrafenbildung ein Urteil einzubeziehen ist, das unter anderem auf Entziehung der Fahrerlaubnis und Anordnung einer Sperrfrist erkannt hat, zu prüfen, ob sich die Sperrfrist infolge Zeitablaufs erledigt hat (BGH NStZ 1996, 433; BGH, Beschluss vom 25. Juli 2007 - 2 StR 279/07). Sollte sich die Sperrfrist infolge des Zeitablaufs erledigt haben, so ist lediglich die Entziehung der Fahrerlaubnis, nicht aber die Sperrfrist aufrecht zu erhalten (BGH NJW 2002, 1813, 1814; StV 1983, 14).

**288. BGH 3 StR 355/07 - Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Osnabrück)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Anordnung der Sicherungsverwahrung (Subsidiarität; Hang; Aussagekraft statistischer Prognoseinstrumente); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 Abs. 1 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Vor der Anordnung der Sicherungsverwahrung (§ 66 Abs. 1 StGB) hat der Tatrichter vorrangig zu prüfen, ob der Gefährlichkeit des Angeklagten nicht allein durch eine andere Maßregel begegnet werden kann (vgl. § 72 Abs. 1 StGB), und deren Anordnung ggf. mit rechtlich tragfähiger Begründung abzulehnen.

2. Gerade in den Fällen, in denen zugleich die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung in Frage steht, dürfen keine überspannten Anforderungen an die Erfolgsaussicht der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (§ 64 StGB) gestellt werden.

3. Erweist sich die Entscheidung des Tatrichters, gegen den Angeklagten eine mildere Maßregel nicht zu verhängen, als fehlerhaft, so ist damit zugleich der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung die Grundlage entzogen.

**297. BGH 3 StR 479/07 - Beschluss vom 16. Januar 2008 (LG Hannover)**

Ablehnung eines Beweisantrags (erwiesene Tatsache); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafraumenverschiebung; vorwerfbare Trunkenheit); Beweiswürdigung (Trinkmengenangaben; Leistungsverhalten; Zweifelsatz).

§ 244 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Die Schuld erhöhende Umstände können zur Versagung der fakultativen Strafraumenmilderung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB führen, wenn durch diese Umstände die durch eine Herabsetzung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit verminderte Tatschuld aufgewogen wird.

2. Die Versagung der Strafraumenverschiebung setzt im Falle einer alkoholbedingten Verminderung der Schuldfähigkeit regelmäßig voraus, dass diese auf eine selbst zu verantwortende, verschuldete Trunkenheit zurückgeht und diese dem Täter uneingeschränkt vorwerfbar ist.

3. Seine Trunkenheit ist dem Täter jedenfalls dann nicht uneingeschränkt vorwerfbar, wenn er alkoholkrank oder alkoholüberempfindlich ist. Eine Alkoholerkrankung, bei der schon die Alkoholaufnahme nicht als Schuld erhöhender Umstand zu werten ist, kann vorliegen, wenn der Täter den Alkohol aufgrund eines unwiderstehlichen oder ihn weitgehend beherrschenden Hanges trinkt, der seine Fähigkeit, der Versuchung zum übermäßigen Alkoholkonsum zu widerstehen, auch nur einschränkt. Eine Alkoholabhängigkeit allein reicht hingegen – ebenso wie ein Hang im Sinne des § 64 StGB – grundsätzlich nicht aus, um den Alkoholkonsum als unverschuldet einzustufen.

4. Der Tatrichter hat sich eine Überzeugung von der Richtigkeit der Einlassung eines Angeklagten zu seinem Alkoholgenuß vor der Tat aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme zu bilden. Er darf Angaben, für die keine zureichenden Anhaltspunkte bestehen und deren Wahrheitsgehalt fraglich ist, nicht ohne weiteres als unwiderlegt hinnehmen und seiner Entscheidung zugrunde legen, nur weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt, und muss sie auch nicht nach dem Zweifelssatz zu Gunsten des Angeklagten unterstellen. Dem Tatrichter ist es vielmehr unbenommen, Trinkmengenangaben des Angeklagten als unglaubhaft einzustufen, wenn er dafür durch die Beweisaufnahme gewonnene Gründe hat, die seine Auffassung tragen, namentlich ein besonderes Leistungsverhalten des Angeklagten.

**273. BGH 2 StR 561/07 - Urteil vom 6. Februar 2008 (LG Darmstadt)**

Täter-Opfer-Ausgleich (kommunikativer Prozess; umfassender friedensstiftender Ausgleich; Wiedergutmachung).

§ 46a StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Ein Täter-Opfer-Ausgleich setzt einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer voraus, der auf einen umfassenden friedensstiftenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen angelegt sein muss. Wenngleich ein „Wiedergutmachungserfolg“ nicht zwingende Voraussetzung ist, so muss sich doch das

Opfer auf freiwilliger Grundlage zu einem Ausgleich bereit finden und sich auf ihn einlassen.

2. Bei einem schwerwiegenden Sexualdelikt wird eine zumindest annähernd gelungene Konfliktlösung in der Regel aus tatsächlichen Gründen nur schwer erreichbar sein, sodass sie besonderer Darlegung in den Urteilsgründen anhand darauf bezogener Feststellungen bedarf.

3. Die vollständige Erfüllung von Ersatzansprüchen ist nicht zwingende Voraussetzung des Täter-Opfer-Ausgleichs, denn strafrechtliche Wiedergutmachung darf dem zivilrechtlichen Anspruch nicht gleichgesetzt werden. In Ausnahmefällen kann sogar schon das ernsthafte Bemühen um umfassenden Ausgleich ausreichen.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**324. BGH 1 StR 648/07 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Ulm)**

BGHR; Aufklärungspflicht und Hinzuziehung eines psychologischen Sachverständigen in Kapitalstrafsachen.

§ 244 StPO; § 246a StPO; § 261 StPO

Ein Rechtssatz des Inhalts, dass der Tatrichter in Kapitalstrafsachen aus Gründen der Aufklärungspflicht stets gehalten ist, einen Sachverständigen mit der Erstattung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit zu betrauen, existiert nicht. Das Revisionsgericht kann vielmehr regelmäßig davon ausgehen, dass der Tatrichter über die notwendige Sachkunde verfügt, um zu beurteilen, ob mit Blick auf das Tatbild und die Person des Angeklagten die Hinzuziehung eines Schuldfähigkeitsgutachters geboten ist. (BGHR)

**319. BGH 1 StR 596/07 – Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Mannheim)**

BGHR; Anforderungen an den Anklagesatz bei einer Vielzahl anzuklagender gleichartiger Wirtschaftsstraftaten; Auffangrechtserwerb nach neuem Recht (keine rückwirkende Anwendung; verlängerte Rückgewinnungshilfe); teilweise entbehrliche Verlesung des Anklagesatzes.

§ 200 StPO; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Bei einer Vielzahl gleichartiger Wirtschaftsstraftaten genügt der Anklagesatz regelmäßig dann sowohl der Umgrenzungs- als auch der Informationsfunktion, wenn über die Angabe der Zahl der Taten, des Gesamtschadens und des gesamten Tatzeitraums hinaus die gleichartigen Taten gruppiert bezeichnet werden und wenn die Einzelheiten im wesentlichen Ermittlungsergebnis detailliert (etwa tabellarisch) aufgelistet werden. (BGHR)

2. Von § 243 Abs. 3 StPO ist keine Doppelverlesung gefordert, wenn sich Details der Anklagesätze gegen zwei Angeklagte überschneiden (vgl. schon BGH NJW 2006, 3582 Rdn. 11, 45 ff. m.w.N.). (Bearbeiter)

3. § 111i Abs. 2 StPO ist gemäß § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB nicht auf bereits zuvor beendigte Taten anzuwenden. Der Auffangrechtserwerb nach § 111i Abs. 5 StPO n.F. hat trotz der systematischen Verortung in der Strafprozessordnung materiell-rechtlichen Charakter; die Feststellungsentscheidung nach § 111i Abs. 2 StPO n.F. stellt die Grundentscheidung für den Auffangrechtserwerb dar und kommt somit einer aufschiebend bedingten Verfallsanordnung gleich. (Bearbeiter)

**325. BGH 1 StR 653/07 – Beschluss vom 19. Februar 2008**

BGHR; Wirksamkeit der Ladung zur Hauptverhandlung trotz Verstoßes gegen die Befragungspflicht nach § 216 Abs. 2 Satz 2 StPO (Aussetzung der Hauptverhandlung; konkludenter Verzicht auf die Befragung; Bevollmächtigung zur Ladung).

§ 216 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 217 Abs. 1 und 2 StPO; § 145a Abs. 2 StPO

1. Ein etwaiger Verstoß gegen § 216 Abs. 2 Satz 2 StPO berührt die Wirksamkeit der Ladung zur Hauptverhandlung nicht. Deshalb besteht auch kein Anspruch auf Aussetzung der Hauptverhandlung nach § 217 Abs. 2 StPO. (BGHR)

2. Die Befragung nach § 216 Abs. 2 Satz 2 StPO ist entbehrlich, wenn der Angeklagte seinen Verteidiger nach § 145a Abs. 2 StPO zur Empfangnahme von Ladungen besonders bevollmächtigt hat. (Bearbeiter)

**290. BGH 3 StR 388/07 – Beschluss vom 18. Januar 2008 (LG Lübeck)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aufhebung nach rechtsfehlerhafte Kompensation und Verschlechterungsverbot; Vollstreckungslösung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 358 Abs. 2 StPO

Ist ein Strafausspruch aufzuheben, weil das Gericht noch nach der aufgegebenen Strafzumessungslösung kompensiert hat, ist der Tatrichter durch § 358 Abs. 2 StPO nicht

gehindert, höhere Strafen als die bisher erkannten zu verhängen, die jedoch die im angefochtenen Urteil als an sich verwirkt und ohne Kompensation als schuldangemessen festgesetzten Einzelstrafen nicht übersteigen dürften.

**266. BGH 2 StR 54/08 - Beschluss vom 5. März 2008 (LG Trier)**

BGH GSSt 1/07; Rechtsprechungsänderung (Kompensationslösung; Anrechnungslösung); Verschlechterungsverbot (Verhängung einer nicht kompensierenden, höheren Strafe nach neuer Rechtsprechung); Beruhen.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

Die Auffassung des 3. Strafsenats (Beschluss vom 18. Januar 2008 - 3 StR 388/07), dass bei einer Aufhebung im Strafausspruch wegen der Anwendung der früheren Strafzumessungslösung der neue Tatrichter durch das Verschlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 StPO) nicht gehindert sei, höhere Strafen als die bisher erkannten zu verhängen, ist nach Ansicht des Senats nicht bedenkenfrei.

**370. BGH 5 StR 617/07 - Beschluss vom 6. März 2008 (LG Potsdam)**

Erschöpfende Würdigung eines Beweisantrages (Ablehnung wegen völliger Ungeeignetheit; Gebot der erschöpfenden Würdigung eines Beweisantrages; rechtliches Gehör; nachvollziehbares Missverständnis des Gerichts: Rügepräklusion); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Vertrauensgrundlage; Pflichtverteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

§ 244 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

1. Das Tatgericht muss einen Beweisantrag erschöpfend würdigen und seine Beweisrichtung nicht sinnfremd reduzieren.

2. Der Ablehnungsgrund der völligen Ungeeignetheit setzt voraus, dass das Gericht ohne Rücksicht auf das bisher gewonnene Beweisergebnis feststellen kann, dass sich mit dem angebotenen Beweismittel das in dem Beweisantrag in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Ungeeignetheit 13 und 15).

3. Allein das Gebot der beschleunigten Bearbeitung von Haftsachen vermag es nicht zu rechtfertigen, dem Angeklagten bei Erkrankung der Pflichtverteidigerin ohne sein Einverständnis einen zweiten, nicht eingearbeiteten Pflichtverteidiger zu bestellen, um so mit einem besonders wichtigen Teil der Beweisaufnahme – der Vernehmung des psychiatrischen Sachverständigen – fortfahren zu können.

**320. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Verfahrensrüge zum Beleg einer gescheiterten Verfahrensabsprache und der unzulässigen Willensbeeinflussung der Verteidigung (schlüssiger Vortrag; Beweis eines Verfahrensmangels).

Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Auch bei der Rüge von Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit informellen Absprachen gilt: Unschlüssiger oder widersprüchlicher Tatsachenvortrag kann nicht Grundlage einer erfolgreichen Verfahrensrüge sein. Ist der Tatsachenvortrag der Revision dagegen schlüssig und widerspruchsfrei, hat das Revisionsgericht zu prüfen, ob die behaupteten Tatsachen erwiesen sind. Dies ist etwa dann der Fall, wenn die Beweiskraft des Sitzungsprotokolls (§ 274 StPO) eingreift oder wenn in hiervon nicht umfassten Fällen das Vorbringen von sonstigem Akteninhalt bestätigt wird. In Fällen, in denen der Tatsachenvortrag vom Akteninhalt weder bestätigt noch widerlegt wird, wird häufig ins Gewicht fallen, ob dieser Vortrag unwidersprochen geblieben ist (vgl. BGH StV 2000, 652, 653).

2. Liegen Erklärungen der Verteidigung einerseits und jedenfalls nicht weniger schlüssige und widerspruchsfreie Erklärungen von Staatsanwaltschaft und Gericht andererseits vor, die inhaltlich miteinander unvereinbar sind, fehlt regelmäßig eine ausreichend sichere Grundlage für eine erfolgreiche Verfahrensrüge (BGH NSTz 1994, 196), soweit nicht Gründe des Einzelfalls ausnahmsweise eine andere Beurteilung nahe legen.

**321. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Verfahrensrüge zum Beleg einer gescheiterten Verfahrensabsprache (schlüssiger Vortrag; Beweis eines Verfahrensmangels); Recht auf ein faires Verfahren.

Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 136a StPO

1. Liegen zu identischen Punkten untereinander unvereinbare Erklärungen der Verteidigung einerseits und von Gericht und Staatsanwaltschaft andererseits vor, so fehlt regelmäßig eine hinreichend sichere Grundlage für eine erfolgreiche Verfahrensrüge (vgl. BGH NSTz 1994, 196).

2. Die tatsächliche Richtigkeit von Behauptungen, aus denen sich ein verfahrensrechtlicher Verstoß ergeben soll, muss erwiesen sein und kann nicht lediglich nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ unterstellt werden (BGH aaO m.w.N.).

**322. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Beleg eines Verfahrensmangels (bestimmte Behauptung des Verteidigers; Begründung durch den Verteidiger).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

An der gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderlichen bestimmten Behauptung eines Verfahrensmangels fehlt es (auch) dann, wenn der Verteidiger die Verantwortung für die für einen Verfahrensmangel gegebene Begründung nicht übernimmt (vgl. BGHSt 25, 272, 274).

**337. BGH 4 StR 507/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Münster)**

Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters (Vorbefassung; Vernehmung als Zeuge in einem anderen Verfahren; Verteidigungsunfähigkeit).

§ 338 Nr. 2 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

Durch § 22 Nr. 5 StPO ist ein Richter von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er in der Sache als Zeuge oder Sachverständiger vernommen worden ist. Durch diese Regelung soll mit Rücksicht auf das Ansehen der Strafrechtspflege bereits der Anschein eines Verdachts der Parteilichkeit vermieden werden. Es ist daher ohne Bedeutung, wenn eine zeugenschaftliche Vernehmung des Richters in einem anderen Verfahren erfolgt ist: Auch in einem solchen Fall kann der Anschein einer Voreingenommenheit allgemein gegeben sein. Der Bundesgerichtshof hat daher bereits mehrfach entschieden, dass Sachgleichheit nicht Verfahrensidentität bedeutet und auch dann vorliegt, wenn ein Richter in einem anderen Verfahren als Zeuge zu demselben Geschehen vernommen worden ist, das er für die Beurteilung des ihm vorliegenden Falles in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht bewerten muss (vgl. BGHSt 31, 358, 359; BGH NStZ 2006, 113, 114; StraFo 2007, 415).

**264. BGH 2 StR 356/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Kassel)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensrüge; Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen); Strafzumessungslösung (Beschwer; Beruhen auf dem Rechtsfehler).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46 StGB; § 337 StPO

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann das Beruhen eines Urteils auf dem Fehlen einer ausdrücklichen Quantifizierung der Kompensation einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden (vgl. BGH StraFo 2007, 35).

**330. BGH 4 StR 317/07 - Urteil vom 14. Februar 2008 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf der sexuellen Nötigung (Anforderungen an die Darstellung im Urteil bei Freispruch: Feststellungen zur Person, Vortaten des Angeklagten; lückenhafte Beweiswürdigung).

§ 177 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Feststellungen zur Person des Angeklagten sind zwar in erster Linie bei verurteilenden Erkenntnissen notwendig. Aber auch bei freisprechenden Urteilen ist der Tatrichter aus sachlich-rechtlichen Gründen zumindest dann zu solchen Feststellungen verpflichtet, wenn diese zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind (vgl. BGH NStZ 2000, 91).

**369. BGH 5 StR 611/07 - Beschluss vom 5. März 2008 (LG Braunschweig)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; sexueller Missbrauch von Kindern; Teileinstellung wegen mangelnder hinreichender Anklageerhebung (mangelnde Tatidentität); Mindestmaß an Tatindividualisierung bei Serienstraftaten.

§ 174 StGB; § 176 StGB; § 206a StPO; § 200 StPO

Um eine bestimmte Anzahl von Straftaten einer in allem gleichförmig verlaufenden Serie sexueller Missbrauchs-

handlungen an Kindern festzustellen, bedarf es zwar nicht stets einer Konkretisierung nach genauer Tatzeit und exaktem Geschehensablauf, der Richter muss aber darlegen, aus welchen Gründen er die Überzeugung gerade von dieser Mindestzahl von Straftaten gewonnen hat (BGHSt 42, 107, 109 f.; BGH NStZ 1998, 208; StV 2002, 523).

**292. BGH 3 StR 430/07 - Beschluss vom 22. November 2007 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit); Aufklärungspflicht; antizipierende Beweiswürdigung (Antizipationsverbot).

§ 244 StPO

1. Zwar ist es dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt, Indiztatsachen als für die Entscheidung bedeutungslos zu betrachten, wenn er aus diesen eine mögliche Schlussfolgerung, die der Antragsteller erstrebt, nicht ziehen will.

2. Jedoch muss der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird, die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte.

3. Die Begründung der Ablehnung des Beweisantrages muss grundsätzlich denselben Anforderungen genügen, die an die Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen gestellt werden. Die Ablehnung des Beweisantrags darf nicht dazu führen, dass auflösbare, zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden.

**365. BGH 5 StR 597/07 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (Große Strafkammer beim AG Bremerhaven)**

Audiovisuelle Zeugenvernehmung (gebotene Anordnung durch die Strafkammer; Beruhen; Ergänzung der Verfahrensrüge durch die Urteilsgründe); Beweiswürdigung bei Aussagen eines Mittäters.

§ 247a Satz 1, Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 336 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO; § 261 StPO

Die Vorschriften der § 247a Satz 2 und § 336 Satz 2 StPO stehen der Zulässigkeit der Verfahrensrüge nicht entgegen, wenn geltend gemacht wird, dass kein Beschluss zur audiovisuellen Zeugenvernehmung gefasst worden ist (vgl. BGHSt 45, 188, 197; BGHR StGB § 46 Abs. 3 Sexualdelikte 4).

**339. BGH 4 StR 533/07 - Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Dessau)**

Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Anforderungen an die Urteilsdarstellung; Belastung durch Mitangeklagte: Aufklärungshilfe; nur teilweise Bestätigung durch andere Beweismittel).

§ 261 StPO; § 31 BtMG

In einem solchen Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Zudem ist in

besonderem Maße eine Gesamtwürdigung aller Indizien geboten (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 146; StV 2000, 599, jew. m.w.N.). Dies gilt umso mehr, wenn ein Mitangeklagter nach seiner Aussage zur Sache erklärt, keine weiteren Fragen beantworten zu wollen (vgl. BGH NStZ 2004, 691; Beschluss vom 7. Februar 2001 – 3 StR 570/00).

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 271. BGH 2 StR 535/07 - Urteil vom 16. Januar 2008 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beihilfe (Versuch; Kausalitätserfordernis).

§ 27 StGB; § 29a BtMG

1. Die Strafbarkeit wegen Beihilfe gemäß § 27 StGB setzt nicht voraus, dass die auf Unterstützung des Haupttäters gerichtete Handlung des Gehilfen sich auf die Begehung der Haupttat im Sinne der Bedingungstheorie kausal auswirkt. Ausreichend ist vielmehr, dass sie die Haupttat zu irgendeinem Zeitpunkt zwischen Versuchsbeginn und Beendigung erleichtert oder fördert.

2. Der Senat sieht - auch im Hinblick auf die Besonderheiten, welche durch den weiten Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und die Vorverlagerung der Tatbestandsvollendung begründet sind - keinen Anlass, diese ständige Rechtsprechung in Frage zu stellen.

### 349. BGH 5 StR 36/08 - Beschluss vom 5. März 2008 (LG Zwickau)

Erforderliche Feststellungen zum Beleg eines Irrtums beim Betrug (Begrenzung durch den Prüfungsumfang; eigene Entscheidungsbefugnis; Sicherungsbetrag); Idealkonkurrenz zwischen Betrug und Untreue.

§ 263 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 266 StGB

1. Bestehen innerhalb eines Unternehmens Kompetenzspielräume zu einer eigenen sachlichen Entscheidung, so dass kein materielles Genehmigungserfordernis besteht, werden die mit der kassenmäßigen Umsetzung dieser Entscheidungen betrauten Mitarbeiter in der Regel nur noch die formellen Voraussetzungen einer Prüfung unterziehen, also die Wahrung des äußerlichen Kompetenzrahmens prüfen. Besteht eine Trennung zwischen Auszahlungs- und Entscheidungszuständigkeit – dies gilt bei einem privatwirtschaftlich organisierten Betrieb ebenso wie bei einer Behörde –, wird den mit den Kassenaufgaben betrauten Mitarbeiter nur interessieren, ob der für die Sachentscheidung Zuständige die sachliche und rechnerische Richtigkeit einer Forderung festgestellt und die Auszahlung des geschuldeten Betrages angeordnet hat (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9; BGH NStZ 1997, 281; vgl. aber auch BGH wistra 2007, 302, 303).

2. Eine standardisierte rudimentäre Plausibilitätsprüfung reicht für die Irrtumsfeststellung in diesem Falle nicht. Der Verfügende wird sich in diesen Fällen nur Gedanken darüber machen, was von seiner Prüfungsaufgabe umfasst ist (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 9; BGH NStZ 2005, 157, 158; vgl. auch BGHSt 51, 165, 168).

3. Eine Idealkonkurrenz zwischen Untreue und Betrug setzt voraus, dass der Täter im Rahmen einer schon bestehenden Vermögensbetreuungspflicht die Vermögensschädigung des zu betreuenden Vermögens durch eine Täuschungshandlung bewirkt hat (BGH wistra 2007, 302, 303; 1991, 218, 219 m.w.N.; vgl. auch BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 10).

### 361. BGH 5 StR 581/07 (alt: 5 StR 334/05) – Beschluss vom 8. Februar 2008 (LG Berlin)

Subventionsbetrug; Betrug (Feststellung eines Vermögensschadens bei zweckwidriger Subventionsverwendung; keine Begründung über einen Mindestschaden durch Provisionseinbehalt ohne Beleg der unberechtigten Subventionserlangung).

§ 264 StGB; § 263 StGB

1. Nur soweit Scheinrechnungen der Herbeiführung von unberechtigten Subventionsleistungen dienen, kann unterstellt werden, dass mit Hilfe dieser Rechnungen bestrittene Provisionszahlungen beim Subventionsbetrug per se einen Vermögensschaden ausmachen.

2. Der Betrug ist gegenüber dem Subventionsbetrug subsidiär.

### 352. BGH 5 StR 33/08 - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Berlin)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; vollendete unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln als Personen über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

Eine vollendete Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG liegt erst dann vor, wenn

der Empfänger die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Betäubungsmittel erlangt hat und der Besitzwechsel damit vollzogen ist (vgl. BGH NStZ-RR 1998, 347).

**280. BGH 2 StR 619/07 - Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Erfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit); Urteilsformel (Bezeichnung der Straftat).

§ 260 Abs. 4 StPO; § 29a BtMG

1. Mehrere von einem Drogenhändler getätigte bzw. beabsichtigte Rauschgiftverkäufe werden nur dann zu einer Bewertungseinheit und damit zu einer Tat im Rechtssinne zusammengefasst, wenn die gehandelten Drogen zuvor in einem Erwerbsakt zum Zwecke der Weiterveräußerung erlangt wurden. Allein der gleichzeitige Besitz verschiedener Betäubungsmittel begründet eine Bewertungseinheit für verschiedene Verkaufsgeschäfte nicht.

2. Eine festgestellte Straftat ist im Urteilstenor so genau wie möglich zu bezeichnen. Die pauschale Angabe „Verstoß gegen das Waffengesetz“ genügt insoweit nicht.

**281. BGH 2 ARs 24/08 / 2 AR 16/08 - Beschluss vom 5. März 2008**

Namentliche Bestimmung des Bewährungshelfers (Zuständigkeit); Belehrung des Verurteilten.

§ 56d Abs. 4 StGB; § 36 BtMG

1. Setzt das Gericht des ersten Rechtszuges gemäß § 36 Abs. 1 BtMG den Vollzug der Reststrafe nach Abschluss einer Drogentherapie zur Bewährung aus, so hat es dem

Verurteilten auch einen namentlich bestimmten Bewährungshelfer zu bestellen (§ 56d Abs. 4 StGB) und ihn über die Bedeutung der Strafaussetzung zur Bewährung zu belehren (§ 36 Abs. 5 BtMG a.E.).

2. Die Strafvollstreckungskammer ist in diesem Fall nicht gemäß § 462a StPO für die „nachträglichen Entscheidungen“ zuständig.

**364. BGH 5 StR 594/07 - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Duisburg)**

Konkurrenzen bei der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Lohnsteuer); Vorenthalten von Arbeitsentgelt; Tenorierung (Klarheit und Verständlichkeit); Verfahrensbeschränkung bei Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerjahreserklärung; monatliche Umsatzsteuervoranmeldungen).

§ 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 370 AO; § 266a StGB; § 260 Abs. 4 Satz 5 StPO; § 154a StPO

Ob bei Beihilfe Tateinheit oder -mehrheit anzunehmen ist, hängt von der Anzahl der Beihilfehandlungen und der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab. Tatmehrheit nach § 53 StGB ist anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbständige Taten unterstützt werden, also den Haupttaten jeweils eigenständige Beihilfehandlungen zuzuordnen sind. Dagegen liegt eine Beihilfe im Sinne des § 52 StGB vor, wenn der Gehilfe mit einer einzigen Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines anderen Hilfe leistet (vgl. BGH NStZ 2000, 83). Dasselbe gilt wegen der Akzessorietät der Teilnahme, wenn sich mehrere Unterstützungshandlungen auf dieselbe Haupttat beziehen (BGHSt 46, 107, 116).

Aufsätze und Anmerkungen

## Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit

### Referat im Rahmen der revisionsrechtlichen Arbeitsgruppe des 32. Strafverteidigertages 2008

Von RiBGH Ulrich Hebenstreit, Karlsruhe

## I. Einleitung

Wenn ich die übersandten Materialien zum 32. Strafverteidigertag richtig gelesen habe geht es vor allem darum, dem Ärger über die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 23. April 2007<sup>1</sup> Luft zu machen. Es handelt sich um die Entscheidung zur Begrenzung der relativen Unwirksamkeit einer Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls.

<sup>1</sup> GStSt 1/06 (BGHSt 51, 298; NJW 2007, 2419).

Zugrunde lag ein Fall der hier in München auf dem Oktoberfest spielte. Der Angeklagte hatte dem Geschädigten zwei Mal mit einem Bierkrug auf den Kopf geschlagen. Das Landgericht München I hatte den Angeklagten wegen gefährlicher Körperverletzung (§ 223 Abs. 1, § 224 Abs. 1 Nrn. 2 und 5) zu Freiheitsstrafe verurteilt. Angeklagt gewesen war versuchter Totschlag.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Das Verfahren war kompliziert und langwierig, da zu den Auswirkungen von Schlägen mit einem Bierkrug auf einen menschlichen Kopf umfangreiche Gutachten eingeholt wurden.

In der Sitzungsniederschrift fehlte zunächst der Vermerk über die Verlesung des Anklagesatzes. Tatsächlich war er – zweifelsfrei<sup>3</sup> – verlesen worden.

Der Fehler in der Sitzungsniederschrift wurde beim Landgericht erst nach Eingang der Revisionsbegründungsschrift, in der dies gerügt wurde, entdeckt.

Die Urkundspersonen – der Strafkammervorsitzende und die Urkundsbeamtin – ergänzten daraufhin (nach Anhörung der Beteiligten) die Sitzungsniederschrift um den Satz: „Der Vertreter der Staatsanwaltschaft verlas den Anklagesatz“.

Nach der alten Rechtsprechung zur relativen Unwirksamkeit der Protokollberichtigung wäre dies unbeachtlich gewesen, da dadurch der bereits erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen wurde (Stichwort: Rügeverkümmern). Das Urteil des Landgerichts hätte im konkreten Fall aufgehoben werden müssen. Der Große Senat hat diese Rechtsprechung geändert.

Er hat wie folgt entschieden:

„1. Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden.

2. Die Urkundspersonen haben in einem solchen Fall vor einer beabsichtigten Protokollberichtigung zunächst den Beschwerdeführer anzuhören. Widerspricht er der beabsichtigten Berichtigung substantiiert, sind erforderlichenfalls weitere Verfahrensbeteiligte zu befragen. Halten die Urkundspersonen trotz des Widerspruchs an der Protokollberichtigung fest, ist ihre Entscheidung hierüber mit Gründen zu versehen.

3. Die Beachtlichkeit der Protokollberichtigung unterliegt im Rahmen der erhobenen Verfahrensrüge der Überprüfung durch das Revisionsgericht. Im Zweifel gilt insoweit das Protokoll in der nicht berichtigten Fassung.“

Aus der umfangreichen Begründung des Beschlusses des Großen Senats wird nun im Materialheft 32 zum Strafverteidigertag 2008 folgender Satz in das Zentrum der Erörterung gestellt:

<sup>3</sup> Die Urkundsbeamtin hatte die Verlesung in ihren vorläufigen stenographischen Aufzeichnungen noch vermerkt. Der Staatsanwalt erinnerte sich, dass die Verlesung der rechtlichen Bewertung des Tatgeschehens als versuchter Totschlag Unmutsäußerungen im Publikum ausgelöst hat. Der Verteidiger nahm wie folgt Stellung: „An den entsprechenden Verfahrensabschnitt kann ich mich nicht konkret erinnern; die Verlesung der Anklageschrift stellt einen Routinevorgang dar. Allerdings vermute ich, dass ich mich hieran erinnern könnte, wenn die Anklageschrift nicht verlesen worden wäre, weil dies einen ungewöhnlichen Verfahrensablauf darstellen würde. Auch diese Überlegung führt aber nicht zu einer konkreten Erinnerung. Aufgrund dieses Rückschlusses erscheint es mir aber durchaus möglich, dass die Erinnerung der Urkundspersonen zutreffend ist.“

„Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein.“

Aus diesem Satz wird dann die Forderung abgeleitet, die Revisionsgerichte müssten – wenn sie der Wahrheit verpflichtet sind – auch die Tatsachenfeststellung der Instanzgerichte bei entsprechender Beanstandung seitens des Beschwerdeführers umfassend überprüfen, also nicht nur dahingehend, ob die Feststellungen aus revisionsrechtlicher Sicht rechtsfehlerfrei getroffen sind. Das beträfe dann vor allem Indiztatsachen, beispielsweise ob ein Zeuge so ausgesagt hat, wie es in der Beweiswürdigung des Urteils nachzulesen ist. Die Fesseln des bisherigen Revisionsrechts sollen quasi gesprengt werden.

Ich meine nicht, dass der Beschluss des Großen Senats dies „hergibt“, dass diese Schlussfolgerung gezogen werden kann oder gar muss. Im Ergebnis hat sich nämlich bei der Bewältigung von Protokollierungsfehlern wenig geändert, wie anschließend in einem Teil 1 aufzuzeigen sein wird. Die neue Rechtsprechung zur Protokollberichtigung bewältigt dies nur dogmatisch passender<sup>4</sup>.

Ich verkenne aber nicht, dass in dem Mangel der Überprüfbarkeit der inhaltlichen Richtigkeit von Feststellungen der Tatsacheninstanzen gerade von Verteidigern ein Problem gesehen wird. Dabei geht es im Wesentlichen um die Verfahren, die beim Landgericht<sup>5</sup> beginnen. Das Problem wird zwar meines Erachtens überschätzt. Dennoch: Die Frage, ob die schriftlichen Urteilsgründe wirklich immer das Ergebnis der Hauptverhandlung zutreffend widerspiegeln, kann nicht generell vom Tisch gewischt werden. Dazu, ob insoweit Abhilfe im Rahmen unseres gegenwärtigen Strafprozessrechts bei nur zwei Instanzen in den gewichtigen Verfahren möglich ist, werde ich dann in einem Teil 2 ein paar Bemerkungen machen.

## II. Teil 1

Welche Bedeutung kommt der Entscheidung des Großen Senats zur Protokollberichtigung zu?

Im Vorspann zu den Materialien zur Arbeitsgruppe 5 des Strafverteidigertags 2008<sup>6</sup> im wird dazu ausgeführt:

„Prozessual erhebliche Tatsachen wurden bisher durch das Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen. Diesen Grundsatz hat der BGH nunmehr unter Bezugnahme auf die Wahrheitspflicht als übergeordnetes Prinzip durchbrochen

<sup>4</sup> Übertrieben ist deshalb auch die Formulierung von Kay Schumann in der JZ von einem Erdbeben im Revisionsrecht mit seinem Epizentrum in Karlsruhe, Schumann, Protokollberichtigung, freie Beweiswürdigung und formelle Wahrheit im Strafverfahren, JZ 2007, 927, 928.

<sup>5</sup> Bzw. bei gewichtigen Staatsschutzsachen oder Außenwirtschaftsvergehen beim Oberlandesgericht.

<sup>6</sup> Materialienheft 32, Seite 117.

und den Nachweis einer Unrichtigkeit des Protokolls zugelassen.“

Dies ist so nicht richtig! Der Bundesgerichtshof hat keineswegs den Nachweis der Unrichtigkeit des Protokolls zum allgemeinen Grundsatz erhoben. Der Bundesgerichtshof hat vielmehr

a) der Bedeutung des Protokolls im Hinblick auf seine Beweiskraft (§ 274 StPO) mehr Geltung verschafft. Denn die alte Rechtsprechung hat dessen Beweiskraft mehr beschränkt als die neue. Und der Bundesgerichtshof hat vor allem

b) die Notwendigkeit freibeweislicher Überprüfung des Protokolls zurückgedrängt.

Bei der Bewertung der Folgen des Beschlusses des Großen Senats zur Protokollberichtigung darf der Blick nicht allein auf § 274 StPO gerichtet werden. Notwendig ist eine Gesamtschau des Umgangs der Revisionsrechtsprechung mit Protokollierungsfehlern, also auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung

- zum Wegfall der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift<sup>7</sup>
- zum Beruhen des Urteils auf Verfahrensfehlern und
- zum Missbrauch bei der Erhebung unwahrer Verfahrensrügen<sup>8</sup>.

Wie gingen die Revisionsgerichte nun bisher bei Protokollierungsfehlern vor, wenn die Sitzungsniederschrift etwas Nichtgeschehens scheinbar belegte oder Geschehenes (Wesentliches gemäß § 273 StPO) verschwieg.

Der Grundsatz war und ist: Auch das Protokoll über eine strafrechtliche Hauptverhandlung kann bei erkanntem Fehler von den Urkundspersonen berichtigt werden, auch wenn es – anders als z.B. in der ZPO (§ 164 ZPO) – keine ausdrückliche gesetzliche Regelung dazu gibt. Das ist seit langem, seit Anfang des 20. Jahrhunderts weitgehend unbestritten<sup>9</sup>. Wirkt der Fehler zum Nachteil des Angeklagten liegt die Berichtigungspflicht auf der Hand. Aber auch sonst sollten – oder müssen sogar – Fehler korrigiert werden<sup>10</sup>. Ein fehlerhaftes Protokoll sollte nicht – wider besseres Wissen der Urkundspersonen – perpetuiert werden. Die Berichtigung ist geboten.<sup>11</sup>

<sup>7</sup> vgl. dazu G. Schäfer BGH-Festschrift 710 ff.

<sup>8</sup> Die Distanzierung einer der Protokollpersonen - oder beider - vom Inhalt Sitzungsniederschrift, lässt zwar ebenfalls die Beweiskraft entfallen. Diese allein (ohne Berichtigung) kann aber einer bereits erhobenen Verfahrensrüge aber - weiterhin - nicht die Grundlage entziehen (vgl. BGH GSSt 1/06 Rn. 22; Gollwitzer in Löwe-Rosenberg StPO, 25. Aufl., § 274 m.w.N.).

<sup>9</sup> Vgl. BGH GSSt 1/06 Rn. 20 ff.

<sup>10</sup> Zwar wirkt die Beweiskraft des § 274 StPO nur in diesem konkreten Strafverfahren für das Gericht höherer Instanz (BGHSt 26, 281,282). Die Sitzungsniederschrift ist keine öffentliche Urkunde mit Beweiskraft für und gegen jedermann (vgl. Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. § 274 Rn. 7 m.w.N.). Also kann etwa die Vereidigung im Strafverfahren wegen Meineids auch durch Zeugen bewiesen werden, auch wenn das Sitzungsprotokoll keine Vereidigung ausweist.

<sup>11</sup> Vgl. BGH GSSt 1/06 Rn. 21 m.w.N.

Erkennen die Urkundspersonen den Fehler vor Eingang der Revisionsbegründungsschrift und berichtigen sie die Sitzungsniederschrift gab es auch früher keine Probleme, auch wenn der Fehler in der später eingehenden Revisionsbegründung noch gerügt wird. Dann ist das Gegenteil durch das – berichtigte – Protokoll bewiesen.

Werden die Urkundspersonen erst durch die Revisionsbegründung auf den – gerügten – Fehler aufmerksam, gilt zunächst nicht anderes. D.h. sie können und sie sollen das Protokoll – nach Anhörung<sup>12</sup> – berichtigen, sichere Erinnerung natürlich immer vorausgesetzt. Aber die Beweiskraft des § 274 Satz 1 StPO galt für das Revisionsverfahren nach der alten Rechtsprechung immer dann nicht, wenn dies der Rüge den Boden entzogen hätte. Fiktiv wurde also auch nach der Berichtigung in all diesen Fällen auf ein so nicht, nicht mehr existentes Protokoll zurückgegriffen.

Ich halte diese frühere Rechtsprechung schon dogmatisch für falsch. § 274 StPO lautet:

„Die Beachtung der für die Hauptverhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten kann nur durch das Protokoll bewiesen werden. Gegen den diese Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig.“

Es gibt aber nur ein Protokoll im Sinne von § 274 StPO. Es gibt nur einen gültigen Protokollinhalt auf den sich § 274 Satz 1 StPO bezieht. Das ist im Falle der Berichtigung die endgültige Fassung der Sitzungsniederschrift.<sup>13</sup> Im Grunde war die Rechtsprechung zur relativen Unwirksamkeit der Protokollberichtigung mit dem Gesetzeswortlaut kaum vereinbar. Allerdings muss ich zugeben, dass der Große Senat die Einschränkung der formellen Beweiskraft des berichtigten Protokolls mit der Eröffnung von deren freibeweislicher Überprüfbarkeit durch das Revisionsgericht insoweit perpetuiert hat. Ich komme darauf zurück.

Diese frühere Rechtsprechung zur relativen Unwirksamkeit einer Protokollberichtigung führte sicher auch zu Urteilsaufhebungen; aber – ohne dies nun empirisch untermauern zu können – in der Regel nur in kleineren, kurzen Verfahren. In großen langwierigen Verfahren waren die Revisionsgerichte, voran der BGH, durchaus kreativ, andere Wege zu finden, um Aufhebungen möglichst zu vermeiden. Stichworte sind: Der Wegfall der Beweiskraft des Protokolls, die Beruhensfrage und die Missbrauchsrechtsprechung.

Zum ersten der genannten Wege:

<sup>12</sup> zum Verfahren vgl. BGH GSSt 1/06 Rn. 62, 63.

<sup>13</sup> So bezieht sich die Beweiskraft des zivilrechtlichen Protokolls gemäß § 165 ZPO (im Wortlaut identisch mit § 274 StPO) ebenso auf das gemäß § 164 ZPO berichtigte Protokoll (vgl. MünchkommZPO-Peters, 2. Aufl., § 165 Rn. 7; Wiecek/Schütze/Smid ZPO, 3. Aufl., § 165 Rn. 7; Musielik/Stadler ZPO, 5. Aufl., § 165 Rn. 1; BAG NJW 1965, 931,932: „.... Ist das Protokoll nicht in seiner ursprünglichen maßgebend, sondern in seiner berichtigten Fassung, wie sich aus Sinn und Zweck der Berichtigung ohne weiteres ergibt.“).

Enthält die Sitzungsniederschrift Unklarheiten, dann entfällt die Beweiskraft des Protokolls und der tatsächliche Ablauf kann im Freibeweisverfahren festgestellt werden. Das ist im Grundsatz sicher richtig. Aber diese Möglichkeit wurde sehr strapaziert.

Ich verweise auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. August 2001<sup>14</sup>. Darin werden zunächst umfassend Beispiele aufgeführt in denen zuvor Widersprüchlichkeiten oder sonstige inhaltliche Mängel im Protokoll entdeckt wurden, die dessen Beweiskraft insoweit entfallen ließen. Der konkrete Fall stellt dann aber wohl den Höhepunkt dieser Rechtsprechung dar:

Es ging um Folgendes:

Der Angeklagte hatte einen Wahl- und einen Pflichtverteidiger. Das Verfahren erstreckte sich über 21 Sitzungstage. Der Angeklagte wurde an manchen Sitzungstagen nur von einem Verteidiger vertreten. Am 12. Verhandlungstag war – so trägt das der Beschwerdeführer in der Revisionsbegründung vor – der Wahlverteidiger nicht erschienen. Nur der Pflichtverteidiger war anwesend. Während der Vernehmung eines wichtigen Zeugen verließ der Pflichtverteidiger kurzfristig den Sitzungssaal. Während dieser Zeit war der Angeklagte nicht verteidigt. Da es sich um einen Fall notwendiger Verteidigung handelte, lag nach der Darstellung in der Revisionsbegründung ein klarer Fall eines absoluten Revisionsgrundes – § 338 Nr. 5 StPO – vor. Und dies wurde durch das Protokoll bestätigt.

Tatsächlich war der Wahlverteidiger an diesem Sitzungstag ebenfalls anwesend. Das hatte die Protokollführerin auch noch in ihren stenografischen Aufschrieben notiert. Sie hatte die entsprechende Zeile aber bei der Übertragung in die Reinschrift vergessen. Aber darauf kam es im Hinblick auf den Inhalt der dann gefertigten Sitzungsniederschrift (§ 274 Satz 1) nicht an. Diese war weder insgesamt noch zu diesem speziellen Punkt aus sich heraus offensichtlich widersprüchlich:

- Der Wahlverteidiger hatte auch an anderen Verhandlungstagen – tatsächlich – gefehlt.
- Es findet sich auch an diesem 12. Sitzungstag kein Widersprüche aufdeckender Vermerk, wie etwa: „der Wahlverteidiger verließ den Sitzungssaal“. Dann wäre deutlich geworden, dass entweder etwas fehlt – der Wahlverteidiger hätte dann ja vorher mal erschienen sein müssen – oder dieser Vermerk unzutreffend war. Damit wäre der Weg zur Überprüfung dieser offensichtlichen Unklarheit im Freibeweisverfahren in der Tat eröffnet gewesen.

Nein, das Protokoll war eindeutig: Danach verließ eben der einzig anwesende Verteidiger den Sitzungssaal als ein wichtiger Zeuge, der KOK H., vernommen wurde.

Der Senat sah dennoch Anknüpfungspunkte, um dem Protokoll die Beweiskraft zu nehmen und den Weg ins Freibeweisverfahren zu eröffnen. Dies begründete er kurz gefasst wie folgt:

- Das Gericht habe an all den vorhergehenden Sitzungstagen das Gebot der notwendigen Verteidigung beachtet.
- Es sei auszuschließen, dass die drei Berufsrichter, der Staatsanwalt und der Nebenklägervertreter das Fehlen des Verteidigers nicht bemerkt haben, zumal es sich um einen wichtigen Verfahrensabschnitt handelte.
- Die Urkundsbeamtin habe ja den Weggang des Pflichtverteidigers notiert, also registriert. Sie hätte das Fehlen eines sonstigen Verteidigers sofort dem Gericht signalisiert.
- Es gehöre zu den vornehmsten Aufgaben eines Pflichtverteidigers, die notwendige Verteidigung sicherzustellen. Der Senat könne dem Pflichtverteidiger nicht unterstellen, dass er bei Abwesenheit des Wahlverteidigers sich während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung eigenmächtig entfernt habe.

Das ist sicher alles richtig, nimmt aber der Sitzungsniederschrift nicht seinen eindeutig entgegenstehenden Inhalt und belegt auch keine Fälschung der Sitzungsniederschrift (§ 274 Satz 2 StPO).

Der Senat gelangte dann zu dem Ergebnis, dass es nahe liege, dass der Wahlverteidiger Rechtsanwalt B. in der Verhandlung vom 11. April 2000 anwesend war, obwohl er für den Zeitraum, in dem Rechtsanwalt K. sich entfernt hatte, nicht in die Sitzungsniederschrift aufgenommen wurde. Der tatsächliche Verfahrensgang könne dem Protokoll nicht klar entnommen werden. Aus den oben angeführten Gründen enthalte das Protokoll insoweit einen offensichtlichen Mangel, der zum Wegfall der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift nach § 274 Satz 1 StPO führe.<sup>15</sup>

<sup>15</sup> Die Begründung hat folgenden Wortlaut: „Der Tatrichter hat ausweislich des Gesamtprotokolls an allen anderen Verhandlungstagen das Gebot der notwendigen Verteidigung beachtet. Dafür, dass dies auch während der gesamten Vernehmung des KOK H. geschehen ist, sprechen folgende Umstände: Es gehört zu den vornehmsten Aufgaben eines Pflichtverteidigers, die notwendige Verteidigung sicherzustellen. Der Senat kann dem Pflichtverteidiger nicht unterstellen, dass er bei Abwesenheit des Wahlverteidigers sich während eines wesentlichen Teils der Hauptverhandlung eigenmächtig entfernt hätte. Ferner konnte es bei dem überschaubaren Verfahren der mit drei Berufsrichtern besetzten Kammer nicht entgehen, wenn einer von zwei Angeklagten zeitweise nicht verteidigt war. Außerdem hatte die Urkundsbeamtin das Verlassen des Sitzungssaals durch den Pflichtverteidiger in die Sitzungsniederschrift aufgenommen, so dass ihr die Abwesenheit dieses Verteidigers bewusst war. Es lag daher nahe, dass sie die Jugendkammer davon informiert hätte, sollte kein weiterer Verteidiger zugegen gewesen sein. Es handelte sich ferner um zwei augenfällige Vorgänge, einmal um den Vorgang des Entfernens durch den Pflichtverteidiger und sodann um den Vorgang des erneuten Erscheinens. Diese Vorgänge standen auch unter der Beobachtung der beiden Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft und der Nebenklägervertreterin. Das Interesse sämtlicher vorbenannter Verfahrensbeteiligter an der prozessordnungsgemäßen Abwicklung des Verfahrens, das sich schon im Stadium des zwölften Verhandlungstages befand, gab Anlass zu besonderer Wachsamkeit und Sorgfalt. Es ist auszuschließen, dass allen diesen Verfahrensbeteiligten entgangen sein könnte, dass der Beschwerdeführer nicht verteidigt war, wie das Protokoll es aussagt. Außer-

<sup>14</sup> 2 StR 504/00 = NJW 2001, 3794.

Ich frage: Ist demgegenüber die Anerkennung der Beweiskraft eines berichtigten Protokolls nicht der dogmatisch klarere Weg?

Nun zum zweiten der oben genannten Wege, Urteilsaufhebungen trotz des Verbots der Rügeverkümmern zu vermeiden:

Dies gelang – neben der Lösung mittels Wegfalls der Beweiskraft des Protokolls aufgrund von Widersprüchlichkeiten – bei relativen Revisionsgründen häufig mit der Feststellung, dass das Urteil auf dem Verfahrensverstöß nicht beruhe.

Hierzu eine Äußerung des Strafsenats des Bundesgerichtshofs, der sich in seiner Stellungnahme<sup>16</sup> zur Anfrage des 1. Senats am stringentesten gegen eine Änderung der Rechtsprechung zur Rügeverkümmern aus. Für den konkreten Fall meinte er aber:

„Der Senat hat bereits Bedenken, ob die aufgeworfene Rechtsfrage für die Entscheidung des anfragenden Senats erheblich .... ist .... Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beruht das Urteil bei einem einfach gelagerten Sachverhalt nicht auf der unterbliebenen Verlesung des Anklagesatzes (vgl. nur BGH NStZ 1982, 431, 432; 518; 1984, 521; 1986, 39, 40; 374; 1991, 28; 1995, 200, 201; 2000, 214). Dass ein solcher Fall hier gegeben sein kann, liegt auf der Hand (zu einer fast identischen Fallgestaltung wie hier vgl. BGH NJW 1982, 1057). Danach wäre die Verfahrensrüge unbegründet, ohne dass es auf die zur Beantwortung gestellte Frage ankäme.“

Der anfragende 1. Strafsenat sah die Beruhensfrage grundsätzlich und im konkreten Fall – bei einem eben nicht einfach gelagerten Fall – anders<sup>17</sup> und daran ist der Große Senat – bei der Beruhensfrage – grundsätzlich gebunden.

Ich frage auch hier: Ist gegenüber einer Strapazierung der Beruhensfrage die Anerkennung der Beweiskraft eines berichtigten Protokolls nicht der dogmatisch klarere Weg?

dem handelte es sich bei der Vernehmung des KOK H. um ein Kernstück der Beweisaufnahme. ....

Da die Anwesenheit eines zweiten Verteidigers nicht zu den wesentlichen in das Protokoll aufzunehmenden Förmlichkeiten im Sinne von §§ 273 Abs. 1, 274 Satz 1 StPO gehört (vgl. BGHSt 24, 280, 281), liegt es nahe, dass der Wahlverteidiger Rechtsanwalt B. in der Verhandlung vom 11. April 2000 anwesend war, obwohl er für den Zeitraum, in dem Rechtsanwalt K. sich entfernt hatte, nicht in die Sitzungsniederschrift aufgenommen wurde. Der tatsächliche Verfahrensgang kann dem Protokoll nicht klar entnommen werden. Aus den oben angeführten Gründen enthält das Protokoll insoweit einen offensichtlichen Mangel, der zum Wegfall der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift nach § 274 Satz 1 StPO führt.“

<sup>16</sup> 4 ARs 3/06 = BGH NStZ-RR 2006, 273.

<sup>17</sup> Vgl. Vorlagebeschluss vom 23. August 2006 - 1 StR 466/05 - (NJW 2006, 3581), Rn. 45 bis 49.

Der 1. Strafsenat bemerkte hierzu im Vorlagebeschluss an den großen Senat:

„Die oben genannte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beruhensfrage in diesem Zusammenhang, aber auch zur Unvollständigkeit des Protokolls ..... zeigt im Übrigen einen nicht ganz unbedenklichen Umgang mit dem Grundsatz der relativen Unwirksamkeit einer Protokollberichtigung. Auch dies war Anlass für den Senat, nunmehr eine Änderung der Rechtsprechung zum Geltungsumfang einer Berichtigung der Sitzungsniederschrift vorzuschlagen.“<sup>18</sup>

Zum dritten der oben genannten Wege, Urteilsaufhebungen trotz des Verbots der Rügeverkümmern zu vermeiden:

In weitem Umfang bedeutungslos wurde die Rechtsprechung zur relativen Unwirksamkeit der Protokollberichtigung mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zum Rechtsmissbrauch bei Erhebung und Aufrechterhaltung einer erkannt unwahren Verfahrensrüge mit Beschluss vom 11. August 2006.<sup>19</sup> Die Entscheidung wurde getroffen, als das Anfrageverfahren zur Protokollberichtigung schon lief.

Der Leitsatz lautet:

„1. Ein Beschwerdeführer, der bewusst wahrheitswidrig einen Verfahrensverstöß behauptet und sich zum Beweis auf ein als unrichtig erkanntes Protokoll beruft, handelt rechtsmissbräuchlich; seine Rüge ist unzulässig.

2. Dies gilt auch, wenn er das sichere Wissen von der Unwahrheit erst nachträglich erlangt, die Rüge jedoch gleichwohl weiterverfolgt.“

Auch hier frage ich: Ist demgegenüber die Anerkennung der Beweiskraft eines berichtigten Protokolls nicht der bessere Weg, zumal dann der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gegenüber dem Beschwerdeführer im Revisionsverfahren vermieden wird?<sup>20</sup>

Es stellt sich die Frage nach dem Hintergrund all dieser revisionsrechtlichen Bemühungen:

Auch der Große Senat hat in seiner Begründung – unter anderem – auf die ausufernde, konturenlose Rechtsprechung zum Wegfall der Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls verwiesen<sup>21</sup>. Dazu hat Kay Schumann in der JZ 2007<sup>22</sup> angemerkt:

<sup>18</sup> Vgl. Vorlagebeschluss vom 23. August 2006 - 1 StR 466/05 - (NJW 2006, 3581), Rn. 50.

<sup>19</sup> BGHSt 51, 88.

<sup>20</sup> Die Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch kann auch weiterhin dann zum Tragen kommen, wenn eine Berichtigung wegen fehlender Erinnerung einer der Urkundspersonen nicht möglich ist, der Fehler im Protokoll aber aus anderen Gründen erwiesen ist.

<sup>21</sup> BGH GSSt 1/06 Rn. 56.

<sup>22</sup> JZ 2007, 927, 934.

„Ist die Rechtsprechung des BGH (n.b. erkannt durch ihn selbst) aber ausufernd, konturlos und damit falsch, ist *diese* Rechtsprechung zu ändern, keine andere.“

Das klingt natürlich zunächst absolut überzeugend. Das wäre auch überzeugend, wenn es allein um die Rechtsprechung zum Beweisverlust einer Sitzungsniederschrift ginge. Aber diese war in ihrer Strapazierung – wie auch die beiden anderen oben aufgezeigten Wege – ja auch nur der Versuch ein anderes, dahinter stehendes Ziel zu erreichen. Woraus also folgt das Bemühen, reinen Protokollierungsversehen die Bedeutung eines tatsächlich geschehenen Verfahrensfehlers zu nehmen?

Es geht eben – so meine ich jedenfalls und man sollte das auch klar bekennen – es geht schlicht und einfach darum, in aufwändigen Verfahren Aufhebungen und Neuverhandlungen wegen eines bloßen – zweifelsfreien – Fassungsversehens beim Protokoll möglichst zu vermeiden. Dies natürlich vor dem Hintergrund – ich zitiere den Großen Senat – der „veränderten Einstellung der Strafverteidiger zu der Praxis, auf unwahres Vorbringen Verfahrensregeln zu stützen“<sup>23</sup>.

Und es ist ja auch kaum zu vermitteln, dass ein langes Verfahren, das tausende, in Einzelfällen Millionen an Euro gekostet hat, wegen eines tatsächlich nicht geschehenen Verfahrensfehlers aufgehoben wird. Es ist schon schwer zu vermitteln, dass ein Urteil wegen eines einzigen, in der Sache unbedeutenden Verfahrensfehlers – aber mit der Folge eines absoluten Revisionsgrundes – aufgehoben werden muss; etwa wegen einer für die Beweisführung wenig bedeutsamen Augenseheinseinnahme während der Vernehmung eines Zeugen unter Ausschluss des Angeklagten gemäß § 274 StPO. Das kommt immer wieder vor<sup>24</sup> und ist dann als zwingende Folge des § 338 StPO auch hinzunehmen.<sup>25</sup> Aber wenn gar feststeht, dass es den – vermeintlichen – Verfahrensverstöß gar nicht gab, und die Sitzungsniederschrift dementsprechend berichtigt wurde?

Dem Ziel, in der Sache fehlerhafte – da auf einer realiter unzutreffenden Basis beruhende – Urteilsaufhebungen zu vermeiden, wird mit der neuen Rechtsprechung zur Beachtlichkeit einer Protokollberichtigung auch im Falle einer Rügeverkümmern dogmatisch treffender Rechnung getragen als mit dem Institut des Rechtsmissbrauch oder einer überdehnten Rechtsprechung zum Beweisverlust des Protokolls und zur Beruhensfrage. Demgegenüber ist die Abkehr von der Rechtsprechung zur relativen Unwirksamkeit einer Protokollberichtigung nach Eingang der Revisionsbegründung, die sich auf einen entsprechenden Passus beruft, geradezu der Königsweg.

<sup>23</sup> Vgl. BGH GSSt 1/06 Rn. 49 bis 54.

<sup>24</sup> Vgl. z.B. BGH NStZ 2003, 218 (Fall Timoschenko).

<sup>25</sup> Das Absehen von einer Urteilsaufhebung bei Vorliegen eines absoluten Revisionsgrundes, wenn ausnahmsweise das Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensverstöß „denkgesetzlich ausgeschlossen“ ist (vgl. Meyer-Gofßner StPO, 50. Aufl., § 338 Rn. 2 m.w.N.) halte ich für bedenklich.

Denn der Große Senat trägt damit dem Inhalt des § 274 StPO eher Rechnung als die frühere Rechtsprechung. Allerdings hat der Große Senat dies nicht konsequent durchgehalten. Die Eröffnung der revisionsrechtlichen Überprüfung einer Protokollberichtigung im Freibeweisverfahren passt insoweit nicht.

Ich bedaure diese – auch dogmatisch unstimmige – Verkomplizierung des Verfahrens. Der Anfragebeschluss<sup>26</sup> (an die anderen Strafsenate) und der Vorlagebeschluss (an den großen Senat)<sup>27</sup> sahen dies so nicht vor. Denn das Protokoll erstellen, auch bei einer berechtigten Sitzungsniederschrift, die Urkundspersonen. Sie tragen hierfür die alleinige Verantwortung. Nur die berichtigte, endgültige Fassung ist – wie bereits oben ausgeführt<sup>28</sup> – das Protokoll im Sinne von § 274 Satz 1 StPO. Gegen den die wesentlichen Förmlichkeiten betreffenden Inhalt des Protokolls ist nur der Nachweis der Fälschung zulässig (§ 274 Satz 2 StPO).

Das sah natürlich auch der Große Senat. Er stellte daher lapidar fest: „Allerdings kommt dem berechtigten Teil des Protokolls nicht die formelle Beweiskraft des § 274 StPO zu“. Und der Große Senat begründet dies schlicht damit: „Nur so ist das Revisionsgericht in der Lage, zum Schutz der Beschwerdeführer die rügevornnehmende Protokollberichtigung zu überprüfen“<sup>29</sup>. Nun ja, § 274 Satz 2 StPO sieht das eigentlich anders.

Aber auch damit wird das Freibeweisverfahren bei Protokollberichtigungen, die einer Rüge den Boden entziehen, nicht generell eröffnet. Nur wenn die – im Falle eines Widerspruchs gegen die beabsichtigte Berichtigung erforderliche – Begründung aus Sicht des Revisionsgerichts unter Berücksichtigung des Revisionsvorbringens, das in einer entsprechenden Verfahrensregeln den Inhalt des substantiierten Widerspruch gegen die Absicht der Protokollberichtigung vortragen muss, nicht überzeugt, kann das Revisionsgericht den Sachverhalt im Freibeweisverfahren weiter aufklären<sup>30</sup>.

Abschließend zum Teil 1 nochmals zurück zu dem in den Materialien zu dieser Tagung so hervorgehobenen Satz aus der Begründung der Entscheidung des Großen Senats:

„Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet; wenn prozessual erhebliche Tatsachen aus der tatrichterlichen Hauptverhandlung der Klärung bedürfen, muss grundsätzlich der wahre Sachverhalt, wie er sich zugetragen hat, maßgeblich sein.“

Das klingt zwar im ersten Teil ziemlich pathetisch. Diese Passage des Beschlusses des Großen Senats ist aber letztlich nur eine Entgegnung<sup>31</sup> auf einen Aspekt der Begründung der früheren Rechtsprechung zur Rügeverkümmern, wonach § 274 StPO nach dem Willen des Gesetz-

<sup>26</sup> 1 StR 466/06 vom 13. Januar 2006 = NStZ-RR 2006, 112.

<sup>27</sup> 1 StR 466/06 vom 23. August 2006 = NJW 2006, 3582.

<sup>28</sup> Bei Fn. 10.

<sup>29</sup> BGH GSSt 1/06 Rn. 65.

<sup>30</sup> BGH GSSt 1/06 Rn. 65.

<sup>31</sup> BGH GSSt 1/06 Rn. 43.

gebers der Zweckmäßigkeit Vorrang vor der Wahrheit einräume<sup>32</sup>. Bei Fehlern zum Nachteil des Angeklagten wurde dem ja schon damals nicht gefolgt.<sup>33</sup> Eine weitergehende Bedeutung kommt diesem Satz nicht zu.

### III. Teil 2

Damit komme ich zu den Folgerungen aus der Entscheidung des Großen Senats zur Rügeverkümmern im Hinblick auf den Umfang der Überprüfung der Tatsachenfeststellung durch das Revisionsgericht.

Wie Sie aus dem Vorgetragenen unschwer folgern können, kann meines Erachtens hierzu aus der Entscheidung des Großen Senats zur Protokollberichtigung kein Honig gesaugt werden. Es bleibt dabei: Die Tatsachenfeststellung und die dazu führende Beweiswürdigung ist Sache der Tatrichter. Die Überprüfung der Beweiswürdigung durch die Revisionsgerichte beschränkt sich auf Rechtsfehler, wie Lücken, Widersprüche, Verstoß gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze usw., soweit sich dies aus den Urteilsgründen ergibt oder durch entsprechende Verfahrensrügen dargetan wird.<sup>34</sup>

Beispielhaft die prägnante – gerade mal eine Seite umfassende – Entscheidung des Bundesgerichtshofs aus dem Jahre 1982<sup>35</sup> zu § 267 Abs. 2 StPO. Dabei ging es um die Pflicht zur Abhandlung von Umständen, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen, wenn entsprechendes in der Hauptverhandlung behauptet worden ist<sup>36</sup>.

Der Bundesgerichtshof lehnte es ab, zu überprüfen, ob Entsprechendes in der Hauptverhandlung behauptet wurde:

„Das Revisionsgericht kann ... darüber, was die in der Hauptverhandlung vernommenen Personen zur Schuld- oder Rechtsfolgenfrage ausgesagt haben, nicht nur bei der Prüfung der Sachbeschwerde, sondern auch zur Prüfung einer sich auf die Tatsachenfeststellung beziehenden Verfahrensrüge keine eigenen Beweise erheben (BGHSt 17, 351, 352; 21, 149, 151; 29, 18, 20). Das würde auf eine (teilweise) Wiederholung der tatrichterlichen Verhandlung hinauslaufen und damit der Ordnung des Revisionsverfahrens widersprechen.“

<sup>32</sup> BGHSt 2, 125, 128; 26, 281, 283.

<sup>33</sup> Vgl. etwa BGH NStZ 1988, 85 (Laut Protokoll Belehrung des Angeklagten vor der ersten Sacheinlassung. Tatsächlich erfolgte sie erst später, wie der Vorsitzende nach entsprechender Verfahrensrüge bestätigte.); oder BGHSt 4, 364 (Die Abwesenheit des Angeklagten war nicht protokolliert).

<sup>34</sup> Auch die Aufklärungsrüge (§ 244 Abs. 2 StPO) oder die Inbegriffsrüge (§ 261 StPO) zeigen entsprechende Mängel auf.

<sup>35</sup> BGHSt 31, 139.

<sup>36</sup> § 267 Abs. 2 StPO lautet: „Waren in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände behauptet worden, welche die Strafbarkeit ausschließen, vermindern oder erhöhen, so müssen die Urteilsgründe sich darüber aussprechen, ob diese Umstände für festgestellt oder für nicht festgestellt erachtet wurden.“

Oder eine der letzten Entscheidungen hierzu, der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22. November 2007<sup>37</sup>: Es ging um Feststellungen zum Schadensumfang. Gerügt wurde eine Verletzung des § 261 StPO, Feststellungen hierzu beruhten nicht aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung. Der Senat stellte fest, dass der Beschuldige oder verschiedene andere Zeugen als Quelle in Betracht kommen und kam deshalb zu dem Ergebnis:

„Der geltend gemachte Verfahrensverstoß ist somit nicht bewiesen (vgl. BGHSt 16, 164, 167; 21, 4, 10). Eine Rekonstruktion der Beweisaufnahme ist – wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift zutreffend ausgeführt hat – dem Revisionsgericht insoweit verwehrt (vgl. BGHSt 17, 351, 352 f.; 31, 139, 140).“

Unzutreffende Feststellungen insbesondere zu Indiztatsachen mögen in Einzelfällen ein Problem sein oder sich einem Verfahrensbeteiligten so darstellen. Dass die Urteilsgründe nicht sämtliche Ergebnisse der Hauptverhandlung widerspiegeln liegt in der Natur der Sache (vgl. auch § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO). Urteilgründe sollen sich in der Beweiswürdigung in einer logischen Abfolge – nicht dem historischen des Ablauf der Hauptverhandlung folgend oder in Form eines Inhaltprotokolls – auf die Mitteilung der wesentlichen, der tragenden Aspekte beschränken. Dabei kann es zu unzutreffenden Feststellungen kommen, ohne dass dahinter böse Absicht stecken müsste. Ich meine allerdings, dass das Problem überschätzt wird. Die subjektive Interessenlage beeinflusst auch die Wahrnehmung. Abweichungen im späteren Prozessverlauf werden unbewusst ausgeblendet. Nebensächlichkeiten werden überbewertet.

Herdegen erklärte beim ersten Frühjahrsymposium der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht im Deutschen Anwaltsverein 1986:

„Die Rüge, dass das tatrichterliche Urteil nicht das gesamte wesentliche Ergebnis der Hauptverhandlung widerspiegeln, muss dem Grundsatz nach anerkannt, aber so in den Formerfordernissen strukturiert werden, dass sie nicht zur unzumutbaren Plage für die Strafrechtspflege wird. Das ist eine schwierige Aufgabe. Es ist jedoch an der Zeit, sich ihr zu stellen.“<sup>38</sup>

Das ist nun 22 Jahre her. Die Rüge, dass das tatrichterliche Urteil nicht das gesamte wesentliche Ergebnis der Hauptverhandlung widerspiegeln, eröffnet auch heute nicht den Weg zur – partiellen – Rekonstruktion der Hauptverhandlung.

Es bleibt bei den bisherigen Rügemöglichkeiten, insbesondere der Verletzung der §§ 244, 261 usw. StPO. Diese sind, wenn sie gekonnt gehandhabt werden, durchaus scharfe Schwerter. Auch ein Widerspruch zwischen Ak-

<sup>37</sup> BGH 4 StR 397/07 = HRRS 2008 Nr. 114.

<sup>38</sup> Zitiert nach: G. Schäfer, Freie Beweiswürdigung und revisionsrechtliche Kontrolle, StV 1995, 147.

teninhalt und Tatsachenfeststellungen im Urteil ist in gewissem Umfang durchaus revisibel<sup>39</sup>.

Eine generelle Überprüfung der Tatsachengrundlage, einzelner Vernehmungen etwa, ist demgegenüber nach wie vor revisionsrechtlich nicht akzeptiert und meines Erachtens auch nicht möglich. Der bloße Hinweis auf die Ordnung des Revisionsverfahrens trägt dabei allerdings weniger. Was die Ordnung des Revisionsverfahrens beinhaltet, ist eine Frage der Definition oder eine Frage der gesetzlichen Regelung. Beides wäre Änderungen zugänglich. Entscheidend ist vielmehr, dass die Revisionsgerichte – insbesondere der Bundesgerichtshof – mit einer Überprüfung der Tatsachengrundlage hinsichtlich ihrer Kapazität schlicht überfordert wären<sup>40</sup>. Dies würde zu der nach Herdegen eben gerade zu vermeidenden Plage der Strafrechtspflege in der Revisionsinstanz führen. So punktuell, wie manche sich eine Kontrolle vorstellen, geht es eben nicht. Das Revisionsgericht müsste auch bei einer auf eine bestimmte Angabe eines Zeugen abzielende Rüge zumindest diese Zeugenvernehmung insgesamt ansehen – das Aussageverhalten kann sich ja ändern –, es wäre u.U. gezwungen sich stunden- ja tagelang mit den Aufzeichnungen der Hauptverhandlung zu befassen. Das Revisionsgericht würde zur Berufungsinstanz.

Der einzige Ausweg scheint mir zu sein: Auch in den Verfahren, die beim Landgericht beginnen, müsste eine zweite Tatsacheninstanz, eine Berufungsinstanz eingerichtet werden, eine beschränkte Berufung, die sich nur mit gerügten Mängeln auch zu Feststellungen befasst.

<sup>39</sup> Ein Zeuge hat laut polizeilicher Vernehmungsniederschrift während des Ermittlungsverfahrens in einem entscheidenden Punkt anders aussage, als er dies in der Hauptverhandlung nach den Urteilsfeststellungen tat. Wird dies in der Revisionsbegründung vorgetragen, dann sind zunächst folgende Antworten erwarten:

- unzulässige Rüge der Aktenwidrigkeit. Damit ist gemeint, was in den Akten steht ist unerheblich. Entscheidend ist das Ergebnis der Hauptverhandlung.

- Der Widerspruch kann sich während der Hauptverhandlung für alle eindeutig erklärt haben - etwa ein Schreibversehen bei einer Datumsangabe im polizeilichen Protokoll -. Dann bedarf das in den Urteilsgründen keiner Erwähnung mehr.

- Ob sich der Widerspruch für alle aufgeklärt hat könnte nur mit der Rekonstruktion der Hauptverhandlung geklärt werden. Dies ist dem Revisionsgericht untersagt.

Das sind alles revisionsrechtlich für bestimmte Konstellationen mögliche, dann auch richtige Reaktionen. Aber: Wenn es sich um einen entscheidenden Zeugen in einem gewichtigen Punkt handelt – etwa mit Relevanz zur behaupteten Konstanz in der Aussage der Geschädigten eines Sexualdelikts -, dann möchte das Revisionsgericht schon lesen, ob und ggf. wie sich der Widerspruch aufgelöst hat, oder wenn nicht, warum dies den Wert der Aussage nicht beeinträchtigt. Fehlt entsprechendes in der Beweiswürdigung, dann ist das bei tragenden Indizien ein Darstellungsmangel, eine Lücke. Die Grundlagen dazu müssen mit einer Verfahrensrüge vorgetragen werden. Das hat dann auch Erfolg. Allerdings geht es bei den meisten Revisionen, die solches rügen, eher um Nebenkriegschauplätze. Und dann muss eben nicht alles in den Urteilsgründen abgehandelt werden.

<sup>40</sup> Und zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung darf die Richter- bzw. Senatszahl in der obersten Revisionsinstanz auch nicht zu groß sein.

Einer Illusion darf man sich dabei aber nicht hingeben: Wesentlich mehr Richterinnen und Richter wird es deshalb nicht geben. In der Konsequenz müsste die Einführung einer – beschränkten – Berufung auch bei Verfahren, die beim Landgericht beginnen, zur Straffung des Verfahrens in der 1. Instanz führen. Auch Konsequenzen für das Revisionsverfahren wären möglich. Beides müsste aber kein Schaden sein.

In einem Punkt sollte sich die Rechtsprechung in Richtung Erweiterung der Revisibilität allerdings bewegen: Ich meine die Alternativrüge, die Rüge, Beweisstoff sei entweder nicht erhoben oder bei der Entscheidung nicht verwertet worden, es liege also entweder ein Verstoß gegen die Aufklärungspflicht – § 244 Abs. 2 StPO – oder ein Verstoß gegen die Pflicht der Urteilsfindung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung – § 261 StPO – vor.

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Alternativrüge stellt sich zwar als uneinheitlich dar. Grundsätzlich wird die Zulässigkeit der Alternativrüge jedoch abgelehnt mit dem Hinweis auf das Verbot der Rekonstruktion der Beweisaufnahme, der Unzulässigkeit der Rügen der Aktenwidrigkeit oder der Nichtausschöpfung eines Beweismittels. Auch könne sich der Widerspruch frühzeitig für alle Verfahrensbeteiligten einleuchtend aufgeklärt haben, er habe daher keine Urteilsrelevanz mehr gehabt und musste dann in den schriftlichen Urteilsgründen auch nicht erörtert werden.

Ich halte die generelle Ablehnung der Alternativrüge für falsch. Ich meine, sie ist dann zulässig, wenn damit eine Widersprüche, d.h. eine Lücke in der Beweiswürdigung, ein Darstellungsmangel ohne Notwendigkeit der Rekonstruktion der Hauptverhandlung dargetan wird. Dazu an anderer Stelle mehr.<sup>41</sup>

<sup>41</sup> In Festschrift für Gunter Widmaier, die im Oktober 2008 erscheinen wird.

# Auf der Jagd nach der Wahrheit?

## Revisionsverteidigung zwischen Rekonstruktionsverbot und Rekonstruktionspflicht\*

Von Rechtsanwalt Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg

Geht mit der revisionsgerichtlich bewirkten Abschaffung der Beweiskraft des im Sinne von § 273 Abs. 4 StPO fertiggestellten Hauptverhandlungsprotokolls (§§ 273 f. StPO) ein Wunschtraum der Verteidigung in Erfüllung oder beginnt ein weiterer Alptraum für die Verteidigung in strafrechtlichen Revisionsverfahren?

Diese Frage ist nicht (nur) rhetorischer Natur. Freilich zeichnete die Mehrzahl der Angriffe auf das sog. Verbot der Rügeverkümmern<sup>1</sup> seit jeher ein obrigkeitlich-autoritäres Verständnis des Strafverfahrens<sup>2</sup> aus. Ein Blick in die Frühphase dieser über hundertjährigen Debatte belegt dies anschaulich: Daß „Licht und Schatten für den Angreifer und den Verteidiger des angefochtenen Urteils ungleich verteilt (werden)“<sup>3</sup>, daß der „schreiende Nachteil“<sup>4</sup> dieses Prozeßrechtsverständnisses darin liege, daß es auf „nichts Geringeres als eine Prämie für Lüge und Schwindel“<sup>5</sup> hinauslaufe, wurde damals von Autoren aus Strafjustiz und Rechtswissenschaft u.a. aus folgenden Gründen als unerträglich angesehen:

- Dies begünstige „den Angeklagten insofern, als von diesem, dem gesetzlichen Vertreter des Angeklagten oder dem Ehemanne der angeklagten Frau die weitaus überwiegende Zahl von Beschwerden über Mängel des Verfahrens erhoben wird, während die Staatsanwaltschaft

und der Nebenkläger solche Mängel nur in beschränktem Umfang rügen können und viel seltener rügen“.<sup>6</sup>

- Es sei unsicher, „ob das neu ergehende Urteil im gleichen Sinne entschieden wird wie das angefochtene“.<sup>7</sup>
- „Diese Tendenz, dem Rechtsmittel zum Erfolge zu verhelfen, (sei) nicht vereinbar mit der Autorität, die dem ergangenen Urteil so lange gebührt, als nicht im Rechtsmittelverfahren ein *wirklicher* Urteilsfehler sich ergeben hat“.<sup>8</sup>
- Man werde „dem deutschen Richter- und Beamtenstand nicht das Mißtrauensvotum geben wollen, für möglich zu halten, daß, wenn eine wirklich begründete Beschwerde angestellt wird, Vorsitzender und Gerichtsschreiber im Stande seien, die Begründetheit durch Aenderung des Protocolls abzuleugnen, um der Eitelkeit halber einen Prozeßverstoß nicht eingestehen zu wollen und das Urtheil nicht aufgehoben zu sehen“.<sup>9</sup>

Kurzum mit *Dallingers*<sup>10</sup> Worten: „Wir müssen danach streben, die Wahrheit über die Form siegen zu lassen.“<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Sabarth a.a.O. Sp. 575.

<sup>7</sup> Oetker JW 1927, 918.

<sup>8</sup> Oetker a.a.O. S. 919 (Hervorhebung im Original).

<sup>9</sup> Stenglein a.a.O. S. 94.

<sup>10</sup> NJW 1951, 256/258.

<sup>11</sup> *Dallinger* bezieht sich insoweit auf die Ausführungen von *Schneidewin* (in: *Lobe* (Hg.): Fünfzig Jahre Reichsgericht, 1929, S. 270 ff.). *Schneidewin* (a.a.O. S. 327) hatte das Verbot der Rügeverkümmern als „schönes Beispiel dafür (betrachtet), wie das RG. das Prozeßgesetz über seinen ausdrücklichen Inhalt hinaus nach höheren Gesichtspunkten handhabt“, und ausgerufen: „Wie manchem Angeklagten ist im Kampfe gegen ein von ihm als ungerecht empfundenes Urteil diese Stellung des RG. zugute gekommen!“ Den Vorwurf der „`Protokolljustiz““ (a.a.O. S. 326) hielt er gleichwohl für „ein irreführendes Schlagwort“ (a.a.O. S. 326). Zwar sei „klar (...), daß eine solche formale Beweisvorschrift zu sachlichem Unrecht führen kann“, die Rechtsprechung habe aber das „Gebiet, auf dem solches geschehen kann, je länger, je mehr eingeengt“ (a.a.O. S. 326). Die Rechtsprechung sei - so seine Bilanz - „in Wirklichkeit beherrscht von dem erfolgreichen und immer erfolgreicher Bestreben, die Wahrheit über die Form obsiegen zu lassen“ (a.a.O. S. 328).

\* Das Manuskript lag meinem Beitrag vom 01.03.2008 in der AG 5 „Die Wahrheit und nichts als die Wahrheit“ des 32. Strafverteidigertages in München zugrunde. Gegenstand der Erörterungen waren das Urteil des 3. Strafsenats des BGH vom 11.08.2006 (3 StR 284/05) = BGH HRRS 2006 Nr. 713 sowie der Beschluß des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 23.04.2007 (GSSt 1/06) = BGH HRRS 2007 Nr. 600.

<sup>1</sup> Vgl. für die älteren Leitentscheidungen der Revisionsgerichte die Belege bei *Ventzke StV* 1999, 190/192 f. Die neuere Entwicklung findet sich sorgfältig dokumentiert und gewürdigt bei *Krawczyk*, Die Relativierung der absoluten Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls (§ 274 StPO) in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, 2008.

<sup>2</sup> *Waltós*, in: *Festschrift für Eser*, 2005, S. 1057 ff.; vgl. zur Bedeutsamkeit des Prozeßverständnisses für die Anwendung verfahrensrechtlicher Vorschriften im übrigen *Trüg/Kerner*, in: *Festschrift für Böttcher*, 2007, S. 191 ff.

<sup>3</sup> *Sabarth DJZ* 1906, 570/571.

<sup>4</sup> *Stenglein GS* 1891, 81/91.

<sup>5</sup> *Beling JW* 1925, 2790.

Diese Sicht der Dinge fand allerdings auch Widerhall bei Verteidigern. Niemand Geringerer als *Max Alsborg* focht vehement für die Abschaffung der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift, weil damit „der materiellen Wahrheit nur gedient“ würde, scheiterten doch zahlreiche begründete Revisionen an dieser Regelung, „während unbegründete Revisionen durch sie eine Scheinberechtigung erlangen und Erfolg haben müssen“.<sup>12</sup> Mit Befriedigung nahm *Alsborg*<sup>13</sup> zur Kenntnis, „daß die revisionsgerichtliche Rechtsprechung sich von der sklavischen Bindung an die Sitzungsniederschrift, die den Schöpfern der StPO als das Ideal vorschwebte, in zunehmendem Maße freizumachen sucht“. Wenn die „unglückselige Idee einer ausschließlichen Beweiskraft des Sitzungsprotokolls“ demnach „im ganzen ein Mißgriff“ war<sup>14</sup>, sind es dann vielleicht eher psychologische Gründe, die erklären, daß und in welcher Weise über die Berechtigung der Rügeverkümmerung seit über 100 Jahre gestritten wird? *Mannheim*<sup>15</sup> hat bereits 1925 hinsichtlich der Befürworter ihres Verbots in diese Richtung argumentiert:

„Wenn man sicher wäre, daß die nachträgliche *Änderung* immer eine *Berichtigung* wäre, so würde man gegen ihre Zulassung keine Bedenken tragen. Aber man mißtraut – zwar nicht der subjektiven, aber doch der objektiven Wahrheit nachträglicher Änderungen. (...) Daß dieser Gesichtspunkt sonst kaum jemals erwähnt wird, ist bezeichnend für die verbreitete Neigung, derartige in Wahrheit entscheidende psychologische Momente hinter scheinbar juristischen Konstruktionen zurücktreten zu lassen.“

Freilich scheinen auch für die Anhänger der Rügeverkümmerung derartige „psychologische Momente“ ausschlaggebend zu sein. Ein beredtes Beispiel lieferte 1949 der ehemalige Reichsgerichtsrat und damalige Oberlandesgerichtspräsident *Niethammer*<sup>16</sup>: Mit seiner Leitentscheidung vom 01.02.1949 hatte sich nämlich der Strafsenat des *OGHBZ* von der Entscheidung des Großen Senats des *Reichsgerichts* vom 11.07.1936 abgewandt, mit der wiederum in Abkehr von der früheren Rechtsprechung der Vereinigten Strafsenate des *Reichsgerichts* aus dem Jahr 1909 erstmals die Rügeverkümmerung zugelassen worden war. *Niethammer* unternahm es in dieser Situation, die 13 Jahre zurückliegende Entscheidung gegen den Vorwurf zu verteidigen, in ihr spiegelte sich entsprechend ihrem Wortlaut<sup>17</sup> genuin nationalsozialistisches Strafprozeßverständnis. Dabei griff er zu folgender bemerkenswerten Argumentation:

„Der Beschluß unterlag nicht verfehlten Rechtsgedanken. Er kam allein durch sorgfältige, auf eine gesunde Fortentwicklung des Rechts bedachte Erwägungen zustand(e). Maßgebend für die Entscheidung des Großen Senats waren Erfahrungen, die sich in den vorangegangenen Jahrzehnten angesammelt hatten und gebiete-

risch dazu drängten, die im Beschluß der Vereinigten Strafsenate ausgesprochene Ansicht aufzugeben. Die starre Gebundenheit an den zur Zeit der Erhebung einer Verfahrensbeschwerde gegebenen Inhalt der Sitzungsniederschrift war von Beschwerdeführern immer wieder mißbraucht worden. Die unantastbare Herrschaft der Sitzungsniederschrift hatte das Revisionsgericht in vielen Fällen zu Entscheidungen gezwungen, die mit Wahrheit und Recht unvereinbar waren und schädlich auf die Erledigung der einzelnen Sachen einwirkten. Es ist verständlich, daß der Große Senat angesichts solcher Erfahrungen das Bestehen eines Rechtssatzes, der dem Beschwerdeführer ein Recht auf unveränderte Beibehaltung der Grundlage seiner Rüge für das Verfahren vor dem Revisionsgericht einräum(t)e, nicht mehr länger anerkennen wollte, sondern eine freiere, der Wahrheit zugewandte Lösung der umstrittenen Frage anstrebte.(...) Die Zurückverweisung einer Sache zu neuer Verhandlung zieht immer einen Nachteil für die Erforschung der Wahrheit nach sich. (...) In Fällen, in denen mühsam um Wahrheit gerungen wird, bedeutet ein solches Verfahren regelmäßig die endgültige Niederlage der Wahrheit.“

Der *Bundesgerichtshof* formuliert es ein halbes Jahrhundert später nicht viel anders. Die in den Entscheidungen seines 3. Strafsenats vom 11.08.2006 und seines Großen Senats vom 23.04.2007 (Rn. 49 ff.), aber auch in einer Vielzahl von im Verfahren gem. § 349 Abs. 2 StPO ergangenen Beschlüssen – nicht nur als Begleitmusik – enthaltene Klage über den ethischen Niedergang der Strafverteidigung hat keinen anderen Inhalt. Sie verzichtet ebenso auf wenigstens ansatzweise (über bloßes Resentiment hinausgehende) empirische Belege<sup>18</sup>. Es dürfte kein Zufall sein, daß diese Verteidiger und ihr Prozeßverhalten anprangernden Beschlüsse vornehmlich vom 1. und 3. Strafsenat des *Bundesgerichtshofs* stammen, also denjenigen Senaten, die die „Neuausrichtung“ des Revisionsverfahrens energisch vorantreiben.<sup>19</sup> Vor diesem Hintergrund lassen sich die die Rügeverkümmerung zulassenden Entscheidungen relativ einfach einordnen:

1. Als ein Bestandteil des – salopp formuliert – revisionsgerichtlichen Projektes „Schützende Hand“<sup>20</sup> sollen sie tatrichterliche Urteile vor al-

<sup>12</sup> JW 1930, 1069/1072.

<sup>13</sup> JW 1931, 2824.

<sup>14</sup> Ebenda.

<sup>15</sup> JW 1925, 2817/2819 (Hervorhebung im Original).

<sup>16</sup> DRZ 1949, 451 f.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu *Hamm* NJW 2007, 3166/3168 f.

<sup>18</sup> Auch *Fahl* (JR 2007, 341 mit Fn. 4) liefert keine Belege, sondern verweist selbstreferentiell auf höchstrichterliche „Warnungen, den Bogen nicht zu überspannen“.

<sup>19</sup> Vgl. dazu m.w.N. den im Erscheinen befindlichen Aufsatz von *Ventzke*, Verteidigung am revisionsgerichtlichen Pranger? Diese Rechtsprechung hat nunmehr auch die aus Verteidigersicht vielfach überschätzte Rechtsprechung des *BVerfG* zur Verfahrensbeschleunigung erreicht (2 BvR 2652/07 vom 23.01.2008, Rn. 56 a.E.) = *BVerfG* HRRS 2008 Nr. 258.

<sup>20</sup> „Das muß allerdings nicht bedeuten, daß der Bundesgerichtshof seine schützende Hand über dem Tatrichter erst dann wegzieht...“(Schädler, Neue Entwicklungen in der Rechtsprechung des BGH zum Strafverfahrensrecht; Manuskript des Referates auf der Beck-Strafrechtstagung 2006, S. 3). Zur Analyse dieser Entwicklung des Revisionsrechts

lem gegen verfahrensrechtliche Beanstandungen abschirmen, die dem Revisionsgericht der Sache nach als bloße Protokollrügen oder als Produkt einer auf ihre bewußte Herbeiführung zielenden Verteidigungsstrategie erscheinen. Anderes gilt nur dann, wenn die tatrichterliche Verfahrensweise bzw. das von dem Tatrichter gefundene Ergebnis dem Revisionsgericht nach seinem möglichst freien Ermessen als (handwerklich) verfehlt erscheinen.<sup>21</sup>

**2.** Wird mit diesen Entscheidungen und ihrer expliziten Wahrheitsfixierung gerade die schützende Hand des Revisionsrichters über das „goldrichtige Urteil“<sup>22</sup> des Tatrichters gehalten, so ist für Wunschvorstellungen gar von Verteidigern keinerlei Raum. In ihrer Begründungslogik – also bei immanenter, nicht rechtspolitischer Betrachtungsweise – sind sie gerade nicht anschlussfähig für Versuche, die Filter des Revisionsverfahrens (im Sinne einer „wirklichen“ Wahrheitsorientierung) zu öffnen und so die Kontrolle des tatgerichtlich gefundenen Ergebnisses in *tatsächlicher* Hinsicht zu erweitern. Das folgt auch daraus, daß ein Essential des Projektes „Schützende Hand“ weiterhin unermüdliche Versuche der Revisionsgerichtsbarkeit sind, mit anderen revisionsverfahrensrechtlichen Mitteln die Chancen erhobener *Verfahrensbeanstandungen* zu minimieren.

**3.** Als Ergebnis dieser Entwicklung befindet sich die (Instanz- wie die) Revisionsverteidigung in einer von ihr nicht aufzulösenden Zwickmühle: *Einerseits* trifft sie die Pflicht, den Gang der Hauptverhandlung auch in tatsächlicher Hinsicht zu rekonstruieren, *andererseits* werden ihr derartige Versuche als Verstöße gegen die Usancen des Revisionsverfahrens übelgenommen. Unwillkürlich fühlt man sich an eine double-bind-Situation erinnert. Sie führt bekanntlich nach einer psychiatrischen Lehrmeinung zum Irresein.

Diese Thesen möchte ich in drei Schritten veranschaulichen: Zuerst werde ich mich der Frage zuwenden, wie die Revisionsgerichtsbarkeit (bisher) praktisch mit Verfahrensrügen umgegangen ist, die unter dem Verdacht der Unwahrhaftigkeit standen (I.). Alsdann werde ich die Rechtsinstitute in Erinnerung rufen, die die Rechtsprechung ungerührt zur Anwendung bringt, um sich in der

immer noch grundlegend Fezer, in: Festschrift für Hanack, 1999, S. 331 ff..

<sup>21</sup> Daß der *Bundesgerichtshof* – und zwar auch gerade sein 1. Strafsenat – in sachlichrechtlicher Hinsicht durchaus bemüht ist, die Beweisführung des Tatrichters fast beweismäßig zu rationalisieren, stellt kein gegenläufiges Projekt „Eiserne Hand“ dar, sondern ist hiermit ohne weiteres vereinbar, weil die Prüfungsgrundlage, das schriftliche Urteil des Tatgerichts, gerade nicht ein potentieller Artefakt von Verteidigungsverhalten zu sein scheint (vgl. etwa zur Glaubhaftigkeitsprüfung von Zeugenaussagen Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 5. Aufl., Rn. 88 ff., 1362 ff.).

<sup>22</sup> Vgl. Dettner StraFo 2004, 329.

Revisionsinstanz gerade nicht mit der „Wahrheit“ befasen zu müssen (II.) Schließlich werde ich schlaglichtartig die praktischen Probleme beleuchten, die sich hieraus für den Verteidigungsalltag ergeben (III.).

## I. Zum bisherigen revisionsgerichtlichen Umgang mit ordnungsgemäß erhobenen Protokollrügen

Daß gerade im Jahr 2006 die Notwendigkeit bestand, wegen der Gepflogenheiten der Revisionsverteidigung den Rechtszustand vom 11.07.1936 wiederherzustellen, wird in beiden Entscheidungen nicht aufgezeigt. Ein Blick auf die Homepage des *Bundesgerichtshofes* und in seine dort seit 2000 vollständig dokumentierte Rechtsprechung<sup>23</sup> gibt nichts dafür her, daß der *Bundesgerichtshof* in erwähnenswerter Weise gezwungen worden war, nur wegen nicht angreifbar gerügter Protokollmängel „goldrichtige“ Urteile aufzuheben. Das spricht dafür, daß es sich um einen eher gefühlten Belagerungszustand handeln könnte.<sup>24</sup> Möglicherweise ist für diese Gemütslage auch die revisionsgerichtliche Beobachtung ursächlich, die Qualität der tatgerichtlich zu verantwortenden Protokolle werde trotz (oder wegen) des Einsatzes von Formularen und Textbausteinen nicht besser. Denkbar ist aber auch, daß die Revisionsgerichte bisher Wege gefunden hatten, sich Rügen zu erwehren, bei denen in der Tat der Eindruck naheliegen mag, der von ihnen beanstandete Verfahrensfehler könne nur auf dem Papier des Protokolls stattgefunden haben.<sup>25</sup> Gerade das Verfahren gemäß § 349 Abs. 2 StPO eröffnet dem Revisionsgericht die effektive Möglichkeit, sich still und leise derartiger Beanstandungen zu entledigen.<sup>26</sup>

**a)** Insoweit mag es hilfreich sein, sich der Behandlung derjenigen Fallkonstellation zuzuwenden, die dem Urteil des 3. Strafsenats des *Bundesgerichtshofes* vom 11.08.2006 zugrundelag: Gerügt worden war die Abwesenheit des notwendigen Verteidigers, die durch das Hauptverhandlungsprotokoll belegt worden war, deren Nachweis aber u.a. die dienstliche Erklärung desjenigen Richters des Kammergerichts entgegenstand, der von der Vorsitzenden damit betraut worden war, die Verteidigerpräsenz zu überwachen (a.a.O. Rn. 10). Wie ist die Rechtsprechung mit derartigen Rügen zuvor verfahren? In seinem in derselben Sache ergangenen Urteil vom 29.06.2006 hatte sich für den Senat die Erfolglosigkeit einer vergleichbaren Rüge daraus ergeben, daß das Protokoll widersprüchlich und damit nicht beweiskräftig war.<sup>27</sup> In vergleichbarer Weise erledigte er den Fall, daß eine Rechtsanwältin „in den Niederschriften verschiedener Terminstage als Verteidigerin unterschiedlicher Angeklagter bezeichnet

<sup>23</sup> Soweit sie auch nur geringfügig über den Tenor hinausgehende Begründungen enthält.

<sup>24</sup> Vgl. Widmaier NJW 2006, 3587 f.: „Eindruck (...) von lügenhaften Verfahrensrügen bedrängte(r) Revisionsgerichte“.

<sup>25</sup> Vgl. hierzu Jahn/Widmaier JR 2006, 166 ff.

<sup>26</sup> Vgl. das Eisberggleichnis bei Barton StraFo 1998, 325.

<sup>27</sup> So bereits der Lösungsversuch von BGH 5 StR 82/95 vom 06.04.1995, S. 3 f.; dazu auch Krawczyk a.a.O. S.171, 174 ff.

wird“<sup>28</sup>; hieraus hatte der Beschwerdeführer eine Rüge gem. §§ 140 Abs.1, 338 Nr. 5 StPO hergeleitet.

Freilich hatte derselbe Senat, der seine Entscheidung vom 11.08.2006 in der Pressemitteilung 116/2006 mit dem Aufmacher präsentierte „Bundesgerichtshof tritt rechtsmißbräuchlichem Verteidigerverhalten entgegen“, in teildentischer Besetzung in der Sache 3 StR 202/04 (Beschluß gem. § 349 Abs. 2 und 4 StPO vom 11.08.2004) genau zwei Jahre zuvor eine identische Rüge in einer vor dem OLG Naumburg anhängig gewesenen Staatsschutzsache durchgreifen lassen. Die – wie im Berliner Fall vorliegenden – dienstlichen Erklärungen erklärte er für unbeachtlich, da ihre Beachtung „zu einer weitgehenden Relativierung der Beweiskraft des Protokolls führen und damit dem Zweck des § 274 StPO widerstreiten (würde), die Prüfung der wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrensgangs der Tatsacheninstanz durch das Revisionsgericht zu formalisieren und daher auf die aus der Sitzungsniederschrift ersichtlichen Verfahrensgänge zu beschränken“ (S. 5).

Damit setzte sich dieser Senat ausdrücklich von dem Versuch des 2. Strafsenats des *Bundesgerichtshofes* (Urteil vom 08.08.2001 – 2 StR 504/00) ab, dem Hauptverhandlungsprotokoll die Beweiskraft zu nehmen, wenn zwar nicht eine Analyse seines Textes selbst einen Mangel aufdeckt, wohl aber seine an allgemeinen Erfahrungssätzen orientierte Betrachtung zur Annahme der Unwahrscheinlichkeit des gerügten und in ihm dokumentierten Verfahrensfehlers zu zwingen scheint.<sup>29</sup>

**b)** Was bedeutet(e) es aber praktisch, wenn Tatgericht und Revisionsgericht gemeinsam daran gehen, einer derartigen Rüge die Grundlage zu entziehen? Ein Verfahren aus dem Jahr 1997 gibt Aufschluß über die schon immer genutzten strafjustiziellen Handlungsmöglichkeiten und liefert zugleich einen ersten Vorgeschmack auf zukünftige Protokollberichtigungsverfahren.<sup>30</sup>

*Sachverhalt:* In einem Verfahren vor einer erfahrenen Schwurgerichtskammer wurde der Angeklagte durch drei als kompetent bekannte Verteidiger (G., M., Ma.) verteidigt. Der Beschwerdeführer beanstandete, am Nachmittag eines Hauptverhandlungstages, an dem ein Zeuge vernommen worden war, unverteidigt gewesen zu sein. Das Hauptverhandlungsprotokoll ergab, daß Rechtsanwältin G. und Rechtsanwalt M. am Vormittag anwesend waren, am Nachmittag aber nicht erschienen waren, ohne daß für diesen Tag irgendetwas für die Präsenz eines anderen Verteidigers, etwa des dritten Verteidigers Ma., erkennbar war. Dies war nicht den als Revisionsverteidiger tätigen Rechtsanwälten, sondern einem mitverteidigenden Hochschullehrer aufgefallen. Nach Eingang der Revisionsbegründung fertigte der Vorsitzende folgende Vermerke:

<sup>28</sup> BGH 3 StR 174/06 vom 27.06.2006, S. 3 = BGH HRRS 2006 Nr. 602.

<sup>29</sup> BGH a.a.O. S. 6: „...Vorgänge bekundet, die sich nach aller Erfahrung so nicht zugetragen haben können“. Dazu Fezer NStZ 2002, 272 f. und zusf. Krawczyk a.a.O. S. 163 ff. m.w.N..

<sup>30</sup> Das Verfahren endete mit einem unbegründeten Beschluß gem. § 349 Abs. 2 StPO (BGH 5 StR 245/97 vom 09.07.1997).

„Vermerk

Das Protokoll vom 10.1.1996 (Bl. 412) ist – offenkundig – lückenhaft.

1) Zu Beginn des Verfahrens um 9.45 waren als Verteidiger anwesend:

- RA M.
- RA 'in G.
- RA Ma.

Dies folgt hinsichtlich des Verteidigers M. bereits aus Bl. 413 des Protokolls. Hinsichtlich des Verteidigers Ma. ergibt sich dessen Anwesenheit aus dem Schlußsatz des Protokolls von diesem Tage: 'Die Prozeßbeteiligten wurden vor dem Protokoll....'

Die Wahl des Plurals durch den Protokollführer macht nur Sinn bei Anwesenheit eines Verteidigers.

2) Neben der Offenkundigkeit folgt die Anwesenheit des RA 'tes Ma. zu Beginn der Verhandlung aus meiner Erinnerung:

An diesem Verhandlungstag galt es, die Glaubwürdigkeit des Zeugen W. durch Vernehmung u.a. des Zeugen OStA Me. zu prüfen. Dessen Vernehmung betraf das Verhalten des Zeugen W. in dem spektakulären 'P.-Verfahren'. Wohl auch aus diesem Grund waren zu Beginn der Verhandlung alle Verteidiger anwesend. Entsprechend wurde RA Ma. in der Anwesenheitsliste aufgeführt und rechnete den 10.1.96 ab.

Sch.  
2.1.97:"

Sodann übersandte er die Akte dem Urkundsbeamten mit der folgenden Verfügung:

„Ich beabsichtige, das Protokoll dahingehend zu berichtigen, daß am 10.01.1996 mit Beginn der Sitzung anwesend waren:

- RA M.
- RA Ma.
- RA 'in G..

Ich bitte um Beantwortung folgender Fragen:

- a) Erinnern Sie die Anwesenheit der Verteidiger zu Beginn der Verhandlung?
  - b) Wie kam es zu der fehlerhaften Protokollierung?
  - c) Erinnern Sie den Umstand, daß nach der Pause ohne Verteidiger verhandelt worden ist?
  - d) Schließen Sie letzteres aus?
- (...)  
Sch.  
6.1.97“

Die Antwort erfolgte prompt am selben Tage:

„zu a): Nachdem ich die Abrechnungsliste der Verteidiger vom 10.1.1996 eingesehen habe, die

ich am 10.1.1996 geführt habe, während ich Protokoll führte, erinnere ich mich, daß mit Prozeßbeginn anwesend waren RAe M., Ma. und G.

zu b) Die Fehlerhaftigkeit des Protokolls (Nichtaufführen aller Verteidiger) kann ich mir nur erklären, daß ich durch irgendeinen Umstand abgelenkt worden bin.

zu c) und d): Ich schließe mit Sicherheit aus, daß ohne Verteidiger weiterverhandelt worden ist.

Hamburg, d. 6.1.1997  
X JHS“

Ebenfalls am selben Tage nahm der Vorsitzende die angekündigte Protokollberichtigung vor und fügte ihr noch folgenden Vermerk an:

„Da sich die Revisionsbegründung auf die Zeit nach der Mittagspause bezieht, ist für die Protokollberichtigung für die Zeit vor der Pause Raum.

Sch.  
6.1.1997“

Nachdem die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft in ihrer dienstlichen Erklärung diesen Verfahrensgang bestätigt und ergänzend darauf hingewiesen hatte, das Beweisthema der nachmittäglichen Beweisaufnahme sei ohnehin für das spätere Urteil in Ermangelung der Relevanz des Zeugen W. unbeachtlich gewesen, war es an der Bundesanwaltschaft, die Unbegründetheit der Revision aufzuzeigen:

„Zwar ist der Revision zuzugeben, daß das Hauptverhandlungsprotokoll insoweit auslegungsbedürftig ist, als sich ihm nicht eindeutig die Anwesenheit des Verteidigers Rechtsanwalt Ma. vor und nach der Unterbrechung der Hauptverhandlung am 10. Januar 1996 ergibt. Das Hauptverhandlungsprotokoll, das in dem von § 274 Abs. 1 StPO umschriebenen Rahmen dem Revisionsgericht die Nachprüfung erleichtern soll, kann seine Kontrollfunktion nicht erfüllen, wenn es mehrere Varianten offen läßt, so daß unentschieden bleibt, von welcher auszugehen ist und welcher Verfahrensfehler als bewiesen gilt. In einem solchen Fall, in dem auch mit Hilfe der nicht widerlegbaren Beweisvermutung, die § 274 StPO aufstellt, ein bestimmter Schluß nicht gezogen werden kann, darf das Revisionsgericht im Wege freier Beweisermittlung und -würdigung klären, wie der Verfahrensablauf tatsächlich war.“

Der sich anschließende Hinweis auf die oben wiedergegebenen Vermerke überzeugte das Revisionsgericht, das das Rechtsmittel begründungslos der hiermit beantragten Beschlußverwerfung (§ 349 Abs. 2 StPO) zuführte.

Von derartigen kreativen Bemühungen war es dann nicht mehr weit zu einer dienstlichen Erklärung, über die ich<sup>31</sup> an anderer Stelle berichtet habe, in der ein Kammervorsitzender das Revisionsgericht erfolglos<sup>32</sup> auf (von ihm zu verantwortende) Protokollmängel aufmerksam machte, um ihm den Weg ins Freibeweisverfahren ebnen zu helfen, und sich zugleich für die Flüchtigkeit seines Vorgehens wortreich unter Hinweis auf seine Tätigkeit als Gerichtspräsident und die vorrangige Führung eines anderen Verfahrens entschuldigte: In ihm habe der Justiz ein Ansehensverlust wegen der drohenden Haftentlassung der dortigen Angeklagten gedroht.

Diese und andere von dem *Bundesgerichtshof* durchaus mit bissigem Sarkasmus gewürdigten dienstlichen Erklärungen<sup>33</sup> veranschaulichen, daß das von *Mannheim* erwähnte Mißtrauen der Anhänger des Verbots der Rügeverkümmernung nicht neben der Sache liegt. Das bestätigt die Richtigkeit der Einschätzung *Nieses*:<sup>34</sup>

„Wenn damit für das Revisionsgericht das im Protokoll enthaltene *Bild* des Verfahrens allein maßgebend ist, so wird der Zwang zu sorgfältiger *Protokollführung* auch auf eine sorgfältige, rechtsstaatliche *Verhandlungsführung* hinwirken, so daß auf die Dauer der `gesetzliche Zwang zur Lüge´ das kleinere Übel ist.“

c) Diesem Arsenal an rügeverkümmernenden Instrumenten fügt die Mißbrauchslösung des 3. Strafsenats des *Bundesgerichtshofes*<sup>35</sup> ein weiteres Werkzeug hinzu. *Widmaier*<sup>36</sup> hatte sie als im Vergleich zur (zeitlich merkwürdig konkurrierend<sup>37</sup> entwickelten) großen Lösung des 1. Strafsenats als letztlich kleineres Übel angesehen. Bloß: Diese Lösung (Rn. 32 ff.) nahm auch den während der Revisionsverfahrens bösgläubig werdenden Revisionsverteidiger in den Blick, der den Gang der tatgerichtlichen Verhandlung nicht aus eigener Wahrnehmung kannte. Das kommt einer Einladung an die (Revisions-) Staatsanwaltschaft gleich, Revisionsverteidiger gezielt bösgläubig zu machen, wie folgender Fall<sup>38</sup> belegt:

*Sachverhalt*: Das Landgericht stützte seine Beweiswürdigung unter ausdrücklicher Nennung der einschlägigen Blattzahlen der Fallakten auf die „in der Hauptverhandlung verlesenen Telefonverbindungen“. Angesichts dieser ausdrücklichen Erwähnung des Beweisgewinnungsaktes mußten die Urkunden auch verlesen worden sein (vgl. §

<sup>31</sup> StV 2004, 300.

<sup>32</sup> BGH StV 2004, 297.

<sup>33</sup> 3 StR 108/07 vom 11.04.2007, Rn. 6 f. = BGH HRRS 2007 Nr. 587; 1 StR 434/06 vom 09.11.2006, Rn. 4 ff. = BGH HRRS 2007 Nr. 35.

<sup>34</sup> JZ 1953, 219/223 (Hervorhebungen im Original).

<sup>35</sup> Vgl. zu ihr instruktiv *Wagner* StraFo 2007, 496 ff.

<sup>36</sup> A.a.O.: „...schadet der Keulenschlag des 3. Strafsenats dem Revisionsrecht weit weniger als die sich subtil gebende Methode, mit der der 1. Strafsenat an die Grundlagen der Verfahrensrüge rührt“.

<sup>37</sup> Der Vorlagebeschluß 1 StR 466/05 vom 23.08.2006 (Rn. 42) = BGH HRRS 2006 Nr. 858 zitiert die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 11.08.2006 nur nach der oben erwähnten Pressemitteilung.

<sup>38</sup> BGH 3 StR 383/06 vom 11.04.2007 = BGH HRRS 2007 Nr. 418.

261 StPO). Das Hauptverhandlungsprotokoll berichtete folgenden Verfahrensgang: Der Vorsitzende ordnete die Verlesung an. Der Verteidiger widersprach. Nach Beratung wies die Kammer den Widerspruch zurück und bestätigte die Entscheidung ihres Vorsitzenden. Sodann verkündete dieser zwei weitere Beschlüsse. Eine Ausführung seiner Verlesungsanordnung ist dem Protokoll nicht zu entnehmen. Der Beschwerdeführer rügte einen Verstoß gegen § 261 StPO.

Es war die Bundesanwaltschaft, die initiativ wurde, nachdem ihr die Akten nebst Revisionsbegründung zugeleitet worden waren: Sie holte dienstliche Erklärungen des Sitzungsvertreters der Staatsanwaltschaft, des Vorsitzenden und des Urkundsbeamten ein, die zudem zu einer rügeverkümmernenden Protokollberichtigung führten. Diesen Ertrag ihrer Aktivitäten übersandte sie dem Revisionsverteidiger unter dem 13.12.2006 mit der folgenden Maßgabe:

„Ihrer gefälligen Stellungnahme sehe ich mit Blick auf das Urteil des 3. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 11.08.2006 (3 StR 284/05) bis zum 17.01.2007 entgegen.“

Was war geschehen?

Der Vorsitzende gab folgende ersichtlich um Authentizität bemühte dienstliche Äußerung ab:

„Ich erinnere mich ausdrücklich an die Verlesung dieser Urkunden. Die Verlesung ist mir deshalb in Erinnerung, weil ich einerseits die von mir selbst zuvor vorgenommene grüne Markierung vor Augen habe und ich mich andererseits erinnere, dass die Verlesung von Daten, Uhrzeiten und Telefonnummern, die nicht einmal sämtliche Ziffern aufwies, unangenehm war. Um diese Dinge überhaupt verständlich zu machen, habe ich für die Verfahrensbeteiligten während der Verlesung jeweils die Zusammenhänge durch ein paar Worte versucht zu erklären. Die Protokollierung ist versehentlich unterblieben. Dies ist, so vermute ich, darauf zurück zu führen, dass ich bei der Durchsicht des Protokolls die Protokollierung des Beschlusses Anlage 2) fälschlicherweise so gelesen hatte, als wäre die Feststellung der Verlesung gleichzeitig enthalten.

Hannover, den 04.12.2006  
R.“

Der Urkundsbeamte äußerte sich am selben Tag wie folgt:

„Die Verlesung der fraglichen Urkunden hat stattgefunden. Diese Tatsache folgt für mich selbstverständlich aus dem Satz `Nach Beratung wurde der aus der Anlage 2) zum Protokoll ersichtliche Beschluss verkündet`. Zum damaligen Zeitpunkt war es mir nicht klar, dass ich die Tatsache der Verlesung zusätzlich hätte dokumentieren müssen.  
Y, JS.“

Bereits am 14.11.2006 hatte der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft folgendes festgehalten:

„Ist mir als Sitzungsvertreter erinnerlich, dass die Telefonverbindungen zwischen den Angeklagten (...) in der Hauptverhandlung durch Verlesung der Auskünfte der Telefongesellschaften festgestellt worden sind. Diese Telefonverbindungen spielten auch für die Beweiswürdigung eine gewisse Rolle. Ich kann mich heute nicht mehr an jede einzelne Telefonverbindung erinnern, zumal ich auch meine Notizen aus der damaligen Hauptverhandlung schon deswegen vernichtet habe, weil ich die Ruhephase der Altersteilzeit erreicht habe. Ebenfalls kann ich mich nicht mehr erinnern, ob die Telefonverbindungen am 14.12.2005 verlesen worden sind, zumal Rechtsanwalt J. tagelang seinen Beweis Antrag verlesen hat. Jedenfalls sind die Telefonverbindungen in meiner Anwesenheit festgestellt worden. d.h. nicht am 22.12.2005.

B.  
OStA“

Nachdem die Verteidigung am 17.01.2007 unter Hinweis auf das keine Mängel aufweisende Protokoll, das laufende Vorlageverfahren, die Behauptung, die Entscheidung vom 11.08.2006 solle nur Extremfälle erfassen, und die sich hieraus ergebende Unbeachtlichkeit der Protokollberichtigung die Rüge nicht zurückgenommen hatte, beantragte die Bundesanwaltschaft am 19.01.2007 die Revisionsverwerfung und führte u.a. aus:

„Die Verteidigung hatte Gelegenheit zur Stellungnahme. Sie ist den dienstlichen Erklärungen nicht entgegengetreten. Vielmehr vertritt sie ersichtlich die Meinung, dass die Beweiskraft des berichtigten Protokolls für das Revisionsgericht ausnahmslos auch dann beachtlich (gemeint wohl: unbeachtlich) ist, wenn aufgrund einer Protokollberichtigung hinsichtlich einer vom Angeklagten zulässig erhobenen Verfahrensrüge zu Ungunsten des Angeklagten die maßgebliche Tatsachengrundlage entfällt. Die Weiterverfolgung der Rüge unter Berufung auf das als unrichtig erkannte Protokoll ist indes seit der Kenntnis vom Inhalt der dazu abgegebenen Erklärungen und der erfolgten Protokollberichtigung rechtsmissbräuchlich, die Rüge ist damit unzulässig geworden (Senat, Urteil vom 11. August 2006, - 3 StR 284/05 -).“

Mit Beschluß vom 11.04.2007, also wenige Tage vor dem Beschluß des Großen Senats vom 23.04.2007, wählte der 3. Strafsenat indes folgenden Weg zur Revisionsverwerfung:

„Dabei kommt es auf das Rechtsproblem, ob eine nachträgliche Berichtigung der Sitzungsniederschrift für das Revisionsgericht zu beachten ist, wenn dadurch einer bereits vorher erhobenen Verfahrensrüge der Boden entzogen würde (...), nicht an. Denn das unberichtigte Protokoll enthielt eine offensichtliche Lücke (...), weil sich aus ihm weder ergibt, dass der Kammerbe-

schluss – obwohl dies eher nahe lag – tatsächlich umgesetzt noch dass er wieder aufgehoben worden ist. Unter diesen besonderen Umständen des Verfahrensablaufes hatte die Sitzungsniederschrift insoweit keine Beweiskraft. Somit konnte die Protokollberichtigung der erhobenen Verfahrensrüge den Boden nicht entziehen (...). Damit ist durch das berichtigte Protokoll bewiesen, dass der mit der Verfahrensrüge vorgetragene Sachverhalt unzutreffend ist.“

**Fazit:** Das Projekt „Schützende Hand“ hatte schon immer – auch bei der Auswahl des geeigneten Instrumentariums zum Schutz des „goldrichtigen Urteils“ – freie Hand.<sup>39</sup>

## II. Zur Wahrheitsorientierung des Revisionsverfahrens

Spielt es im Revisionsverfahren eine wesentliche Rolle, was tatsächlich – sei es bezüglich der zu untersuchenden Tat im Sinne von § 264 StPO, sei es bezogen auf den Gang der Hauptverhandlung – der Fall gewesen ist? Legen die Revisionsgerichte revisionsverfahrensrechtliche Vorschriften so aus, daß die Überprüfungsmöglichkeiten in tatsächlicher Hinsicht optimiert werden?

1. „Auch die Revisionsgerichte sind der Wahrheit verpflichtet.“ Bezeichnend für den reinen Schlagwortcharakter dieser These auch des Großen Senats (a.a.O. Rn. 42) ist ihre Begründungslosigkeit und Inhaltsleere. Wer meint, auf derartig grundsätzlichem Niveau argumentieren zu sollen, wird sich gefallen lassen müssen, daß man von ihm Antworten auf wenigstens folgende Fragen erwartet:

- Welcher Wahrheitsbegriff liegt der Strafprozeßordnung, speziell ihren Vorschriften über das Revisionsverfahren zugrunde?
- Welche Kriterien und Beweismittel sind für die Feststellung dieser spezifischen Wahrheit relevant?

Das berührt die erkenntnistheoretischen Grundlagen des Strafverfahrens. Diese Themen sind seit Jahrzehnten, wenn nicht Jahrhunderten Gegenstand einer Vielzahl von Abhandlungen<sup>40</sup>. Die Entscheidung schweigt sich hierzu trotzdem völlig aus. Man gewinnt den Eindruck, ihr liege letztlich ein reichlich alltäglich anmutendes Wahrheitsverständnis im Sinne einer wie auch immer gestalteten Korrespondenztheorie zugrunde. Freilich: Eine derartige argumentative Vorgehensweise ist unbehelflich, wenn es darum geht, gerade die Tragweite von Formvorschriften auszuloten, die die Wahrheitssuche steuern.

2. Das (wesentlich richterrechtlich geprägte) Selbstverständnis des Revisionsverfahrens belegt vor allem eines: Die möglichst vollständige Erfassung des wahren Lebens-

<sup>39</sup> Vgl. auch die komprimierte Argumentation BGH 1 StR 539/07 vom 21.11.2007, Rn. 6 = BGH HRRS 2008 Nr. 39.

<sup>40</sup> Vgl. nur exemplarisch Stamp, Die Wahrheit im Strafverfahren, 1998.

und/oder Verfahrenssachverhalts war noch nie sein Anliegen.

a) Der Zugriff des Revisionsgerichts auf die Wahrheit ist bereits durch die *gesetzgeberische* Konzeption in mehrfacher Hinsicht limitiert: Zur revisionsgerichtlichen Überprüfung steht nur das, was ein *rechtsmittelbefugter* Beschwerdeführer *fristgerecht* und in *rechter Form* dem Revisionsgericht zur Überprüfung unterbreitet. Zudem wird die Wahrheitssuche nicht nur durch die Möglichkeit des *Rechtsmittelbeschränkung*, sondern auch dadurch begrenzt, daß nur *Rechtsfehler* für das Revisionsgericht relevant sind, wobei das Revisionsgericht dem Tatrichter zudem z. T. bei der Handhabung verfahrensrechtlicher Vorschriften einen nicht seiner Kontrolle unterfallenden *Beurteilungsspielraum* einräumt.<sup>41</sup> Und schließlich untersagt sich die Revisionsrechtsprechung bei der sachlichrechtlichen Überprüfung eines Urteils den Zugriff auf Urteilsfremdes, akzeptiert also *dem Grunde nach* das vom Tatgericht im Urteil gezeichnete Bild als wahr. Mit Recht hat deshalb *Schlothauer*<sup>42</sup> argumentiert, „daß dem Revisionsgericht zwangsläufig infolge der gesetzlichen Ausgestaltung des Rechtsmittels der Revision der ‚wahre‘ Sachverhalt im inhaltlichen Sinn bei der Beurteilung eines Verfahrensfehlers vielfach verschlossen bleibt.“

b) Aber nicht nur das: Hinsichtlich verfahrensrechtlicher Beanstandungen hat der Beschwerdeführer zudem mit einer Vielzahl von *richterrechtlich* geschaffenen Hürden zu kämpfen, die es ihm erschweren, den Verfahrenssachverhalt möglichst vollständig der revisionsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen:

- § 344 Abs. 2 S. 2 StPO in seiner gegenwärtigen Auslegung<sup>43</sup> überläßt es dem Gutdünken des Revisionsgerichts, ob es sich auf die Suche nach dem wirklichen Sachverhalt begibt. Dies läßt sich insbesondere an den Fällen belegen, in denen Beanstandungen des identischen Verfahrenssachverhaltes durch verschiedene Beschwerdeführer allein wegen der unterschiedlichen Erfüllung der Darlegungserfordernisse Erfolg hatten oder eben scheiterten.<sup>44</sup>

- Letztlich im Hinblick auf die – insoweit behauptete – nur beschränkte Leistungsfähigkeit des Revisionsverfahrens<sup>45</sup> hat die Rechtsprechung Barrieren entwickelt, um nicht in eine Beweisaufnahme über die Details der tatrichterlichen Beweisaufnahme eintreten zu müssen: „Eine Rekonstruktion der tatrichterlichen Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht widerspricht aber (...)

<sup>41</sup> Vgl. z.B. für §§ 55, 244 Abs. 2 StPO: BGH 3 StR 139/06 vom 16.11.2006, Rn. 24 = BGH HRRS 2006 Nr. 927 mit Anm. *Mosbacher* JR 2007, 387.

<sup>42</sup> Zur Immunisierung tatrichterlicher Urteile gegen verfahrensrechtlich begründete Revisionen (IV.5.; nunmehr erschienen in: *Festschrift für Hamm*, 2008, S. 655 ff.).

<sup>43</sup> Zur obrigkeitstaatlichen Herkunft dieser Norm instruktiv: *Ritter*, Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gem. § 344 II 2 StPO, 2007, S. 31 f., 42 f.

<sup>44</sup> Vgl. BGH StV 1995, 176 mit Anm. *Ventzke*.

<sup>45</sup> Vgl. hierzu schon *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, 1975, Kap. 3.

der Ordnung des Revisionsverfahrens.<sup>46</sup> Dies betrifft gerade „wahrheitsorientierte“ Rügen, durch die ein Beschwerdeführer – sei es unter dem Blickwinkel des § 244 Abs. 2 StPO, sei es im Hinblick auf § 261 StPO – z. B. anhand des Akteneinhalts geltend macht, der Tatrichter habe sich der Ermittlung bzw. Darstellung des „wahren Sachverhalts“ verschlossen. Dies laufe – so die textbausteingleiche Argumentation in revisionsgerichtlichen Entscheidungen – auf die grundsätzlich unzulässige Rüge der Aktenwidrigkeit hinaus, denn auch das Schweigen der Urteilsgründe sei regelmäßig nicht beredt, könne doch ein derartiger Widerspruch „für alle Verfahrensbeteiligten zum Zeitpunkt der Entscheidung befriedigend geklärt (gewesen sein)“<sup>47</sup>, so daß sogar „das Herausgreifen eines Aktendetails, das im Urteil keine Stütze findet, ohne Kenntnis dessen, was in der Hauptverhandlung im Einzelnen geschehen ist, zu falschen Ergebnissen führen (kann)“.<sup>48</sup> Abgesichert wird dieses Konzept ferner dadurch, daß nach herrschender Auffassung für das Vorliegen eines Verfahrensfehlers die Beweislast bei dem Beschwerdeführer liegt.<sup>49</sup> Schließlich hat der 5. Strafsenat des *Bundesgerichtshofs* unlängst demonstriert, wie durch den kombinierten Einsatz derartiger Argumentationsfiguren Rügevorbringen ohne Prüfung seines Wahrheitsgehaltes erledigt werden kann: Auch im Fall absoluter Revisionsgründe (§ 338 StPO) sei die Prüfung geboten, ob das Beruhen des Urteils auf dem geltend gemachten Rechtsfehler denkgesetzlich ausgeschlossen werden könne. Dann aber erstrecke sich die Darstellungspflicht des Beschwerdeführers (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO) auch auf diese Frage. Mache er geltend, die Öffentlichkeit sei gesetzeswidrig nur durch eine zudem unzureichend begründete Verfügung des Vorsitzenden während der Vernehmung eines Zeugen ausgeschlossen worden, so habe er folglich im Fall eines Teilfreispruchs darzulegen, daß die diesbezügliche Beweisaufnahme sich nicht nur auf den Vorwurf bezogen habe, hinsichtlich dessen Freispruch erfolgt sei. Dem stehe das Rekonstruktionsverbot nicht entgegen, müsse der Beschwerdeführer doch nur „eher pauschal“ zum Beweisthema der Vernehmung vortragen...<sup>50</sup> Die dieser Entscheidung unterlegte Grundmelodie des Rechtsmißbrauchs – schließlich hätten der Angeklagte und sein Verteidiger dem von der Staatsanwalt beantragten Öffentlichkeitsausschluß zugestimmt – ruft eine weitere zunehmend verfeinerte Rügebarriere in Erinnerung, nämlich die Präklusion von Ver-

fahrensrügen für den Fall, daß der Beschwerdeführer in der Tatsacheninstanz nicht in rechter Form und fristgerecht bestimmte Prozeßhandlungen vorgenommen hat.<sup>51</sup>

Blickt man im Sinne eines *Zwischenfazit*s auf diesen Befund zurück, so ist folgende Einschätzung unabweisbar: Das peu à peu etablierte Gebot der Rügeverkümmern ist schon wegen der konsequent verstärkten Abschottung des Revisionsverfahrens gegen die „Wahrheitseinrede“ der Beschwerdeführer weder seiner argumentativen Herleitung noch den Intentionen seiner Apologeten nach ausbaufähig für Versuche, verfahrensrechtliche Angriffe auf die tatsächliche Seite der tatgerichtlichen Beweisführung in größerem Ausmaß als bisher zuzulassen. Derartige steht nicht auf der Tagesordnung des Projektes „Schützende Hand“. Schäfer, der bereits im Jahr 2000 begonnen hatte, engagiert für die Zulässigkeit der Rügeverkümmern zu streiten, hatte sich auf dem Strafverteidigertag 1994 genauso deutlich gegen Rügen positioniert, die den Verdacht auf sich ziehen konnten, nur die Aktenwidrigkeit der tatgerichtlichen Entscheidung zu behaupten<sup>52</sup>. Alsberg hingegen, der – wie gezeigt – die Rügeverkümmern in Kauf nahm, plädierte zugleich ebenso engagiert gerade für eine Öffnung des Revisionsverfahrens hin zur Ermöglichung der Rüge der Aktenwidrigkeit.<sup>53</sup>

### III. Zu praktischen Problemen im Umgang mit dem Gebot der Rügeverkümmern

Fatale Konsequenz dieser Entwicklung ist aber zudem, daß dem Revisionsverfahren nach der sog. Widerspruchslösung<sup>54</sup> und dem Verfahren gem. § 354 Abs. 1a StPO<sup>55</sup> eine weitere Nebenverfahrensordnung implantiert wird. Ihre Details sind indes weitestgehend unklar.

a) Unklar ist bereits, ob das Gebot der Rügeverkümmern die Mißbrauchslösung des 3. Strafsenats des *Bundesgerichtshofs* ablöst oder aber beide Ansätze koexistieren. Der Große Senat (a.a.O. Rn. 55) sieht seine Lösung als dem Mißbrauchsansatz überlegen an, weil „der solchermaßen rügevernichtende Mißbrauch prozessualer Rechte allerdings regelmäßig nicht leicht nachweisbar (ist)“. Was geschieht aber, wenn eine Protokollberichtigung daran scheitert, daß der Urkundsbeamte anders als der Vorsitzende keine zuverlässige Erinnerung besitzt, aber aufgrund anderer Indizien – wie etwa in den o.g. Fällen (Abrechnung, Anwesenheitsliste, Vielzahl aussagekräfti-

<sup>46</sup> Z.B. *BGH* 4 StR 142/07 vom 07.08.2007, Rn. 10 = *BGH HRRS* 2007 Nr. 840; vgl. umfassend *Dahs/Dahs*, Die Revision im Strafprozeß, 7. Aufl., Rn. 246 ff.

<sup>47</sup> So: *BGH* 2 StR 203/05 vom 27.07.2005, S. 12 = *BGH HRRS* 2007 Nr. 768.

<sup>48</sup> *BGH* 4 StR 142/07 a.a.O.; es geht freilich auch anders: Der 5. Strafsenat des *Bundesgerichtshofs* hat einmal aus der „gegebenen Urkundenlage“ und dem Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung auf eine tatrichterliche Darlegungspflicht geschlossen (StV 2003, 318 f.). Hierher gehört auch die sog. Alternativrüge (vgl. *Dahs/Dahs* a.a.O. Rn. 250a ff.) und die an die Nichtwürdigung verlesener Urkunden anknüpfende verfahrensrechtlich verlängerte Darstellungsrüge (z.B. *BGH* 4 StR 1/07 vom 27.09.2007, Rn. 2 ff., 5 ff. = *BGH HRRS* 2008 Nr. 42; *Widmaier*, in: *Lagodny* (Hg.): Der Strafprozeß vor neuen Herausforderungen?, 2000, S. 183 ff.).

<sup>49</sup> *Dahs/Dahs* a.a.O. Rn. 484 ff.

<sup>50</sup> 5 StR 404/07 vom 04.12.2007, Rn. 9 ff. mit Anm. *Ventzke* (StV 2008, 125 f.) = *BGH HRRS* 2008 Nr. 130.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu im Anschluß an *BGH* 1 StR 273/07 vom 11.09.2007 (= *BGH HRRS* 2007 Nr. 900 mit auch insoweit kritischer Besprechung durch *Gaede* *HRRS* 2007, 402/404 ff.) instruktiv *Velten* *ZJS* 2008, 76 ff. (m.w.N.); zusammenfassend *Dahs/Dahs* a.a.O. Rn. 502a.

<sup>52</sup> Vgl. G. Schäfer, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von *BGH* pp., 2000, S. 707 ff. *einerseits*; ders. *StV* 1995, 147/154 ff. *andererseits*. Damit endete erst einmal auch die kurze Karriere der sog. Alternativrüge, und zwar auch deshalb – so jedenfalls auf demselben Strafverteidigertag *Basdorf* als damaliger Senatskollege *Schäfers* -, weil diese Rügemöglichkeit von Verteidigern inflationär überreizt wurde (*StV* 1995, 310/317).

<sup>53</sup> Ausgewählte Schriften, 1992 (1913), S. 58/ 89 ff.

<sup>54</sup> *Meyer-Goßner*, StPO, 50. Aufl., § 136 Rn. 25 m.w.N.

<sup>55</sup> *Fischer*, StGB, 55. Aufl., § 46, Rn. 119 ff. m.w.N.

ger dienstlicher Erklärungen) – eigentlich eine gute Chance besteht, den Revisionsverteidiger dolos zu machen?<sup>56</sup>

Unklar ist weiter das Beweismaß: Wann liegt eine „sichere Erinnerung“ (Rn. 58) des Vorsitzenden oder des Urkundsbeamten vor? Was sind „markante Besonderheiten des Falles“ (Rn. 62)? Müssen die dienstlichen Erklärungen so plastisch sein wie im oben geschilderten Fall des Landgerichts Hannover? Wann reicht eine „erst nach mehr als acht Monaten der Erinnerung nach“ vorgenommene Protokolländerung<sup>57</sup> (nicht mehr) aus?

**b)** Das *Bundesverfassungsgericht*<sup>58</sup> hat es bekanntermaßen für völlig unproblematisch angesehen, dem Revisionsverteidiger abzuverlangen, sich von vornherein detailliert mit der Frage zu befassen, in welchem Umfang die Beweiskraft des Hauptverhandlungsprotokolls überhaupt besteht, um ggfls. für die Erstellung der Revisionsrechtfertigung Nachermittlungen in die Weg leiten zu müssen. Derartiges zu verlangen, geht freilich an den realen Produktionsbedingungen von Revisionsbegründungen vorbei und führt zu weiteren Ungereimtheiten:

- Das ergibt sich schon aus *zeitlichen* Gründen: Daß dem Revisionsverteidiger bei Beginn der (wohlgemerkt: nicht verlängerbaren) Frist des § 345 Abs. 1 StPO das schriftliche Urteil und das gesamte Aktenmaterial zur Verfügung stehen (und er sich ihnen sofort widmen kann), dürfte eine Ausnahmekonstellation darstellen.

- Das folgt weiter aus *logistischen* Gründen: Daß dem Revisionsverteidiger problemlos die Möglichkeit eröffnet ist, etwaige Zweifel an der Beweiskraft der Sitzungsniederschrift zu beseitigen, dürfte ebenfalls nur im Idealfall denkbar sein. Zuerst muß er sich – wohl im Sinne der Palmströmlogik – etwaigen Schwächen des Protokolls zuwenden: Das Urteil erwähnt eine Urkunde als Verlesenen, das Protokoll schweigt – welcher Aufklärungsbedarf besteht? Daß Richter, die sich im Urteil überflüssigerweise<sup>59</sup> zu dem insoweit erheblichen Beweisgewinnungsakt verhalten, Verlesung und Vorhalt verwechseln, ist nicht völlig fernliegend... Was geschieht, wenn die Recherchen des Revisionsverteidigers daran scheitern, daß ein Instanzverteidiger nicht greifbar ist; abwegig sind auch derartige Komplikationen nicht: Urlaub, Krankheit, anderweitige Nichterreichbarkeit – etwa des Verteidigers in Spanien<sup>60</sup> –, gekränkte Eitelkeiten wegen des Mandatwechsels oder schlicht Ärger über einen nicht zahlenden oder undankbaren Mandanten sind mögliche Ursachen für eine derartige Einschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten des Revisionsverteidigers. Was geschieht, wenn die Hauptverhandlungsmitschriften des Verteidigers, denen der *Bundesgerichtshof*<sup>61</sup> üblicherweise Unerheblichkeit attestiert, außer Kontrolle geraten oder mehrdeutig sind? Wie ist es zu bewerten, wenn mögli-

cherweise benötigte Beiakten nicht greifbar sind?<sup>62</sup> Sollen die Grundsätze für die Wiedereinsetzung zur Nachholung von Verfahrensrügen<sup>63</sup> analog greifen?

- Das resultiert schließlich aus *praktischen* Gründen: Damit meine ich nicht nur die Schwierigkeiten, die für einen Verteidiger bestehen, einem Angeklagten (und seinen Angehörigen) die Absonderlichkeiten einer derartigen Verfahrensweise plausibel zu machen, die darüber entscheiden, ob und in welchem Umfang in seine Freiheit und/oder sein Eigentum eingegriffen werden darf. Schon eher ist die Frage berührt, ob und inwieweit § 344 Abs. 2 S. 2 StPO von dem Beschwerdeführer eine Loyalitätsversicherung bei Erhebung möglicherweise suspekter Rügen verlangt.<sup>64</sup> Vor allem aber: Auch wenn man mit guten Gründen auf einer eigenständigen Beweisstation des Revisionsverfahrens bestehen kann und ihr das Hauptverhandlungsprotokoll zuordnet, ändert das nichts daran, daß die vorhandenen Beweismittel aus Sicht des Erstellers einer Revisionsbegründung für die Beurteilung der Frage wesentlich sind, was vernünftigerweise in ihr verfahrensrechtlich beanstandet werden kann: Dieser Einstieg der Revisionsverteidigung über Protokoll und schriftliches Urteil war lange Zeit eine der wenigen Gewißheiten des Revisionsverfahrens.<sup>65</sup> Wie soll nun verfahren werden, wenn es – bei dieser Betrachtungsweise – möglicherweise auf den Wortlaut des Protokolls ankommt: In 4 StR 40/06<sup>66</sup> hat der *Bundesgerichtshof* unmittelbar auf den im Protokoll zum Teil ersichtlich formularmäßig dokumentierten Wortlaut einer Belehrung gem. § 52 Abs. 3 StPO zurückgegriffen. Steht dem Beschwerdeführer diese Argumentation noch offen? Und was ist von folgender Argumentation des 1. Strafsenats des *Bundesgerichtshofs* in 1 StR 301/07<sup>67</sup> zu halten, mit der eine Rüge der Verletzung des § 247 S. 4 StPO erledigt wird?

„Ausweislich des von der Revision wiedergegebenen Sitzungsprotokolls wurde der Angeklagte S. nach seiner Wiederzulassung über den Inhalt der weiteren Zeugenvernehmung H. informiert (...). Der Begriff ‚Inhalt der Vernehmung‘ umfasst nicht nur den Inhalt der Zeugenaussage an sich, sondern auch den Gang der Vernehmung – sprich die damit in Zusammenhang stehenden Anträge, Erklärungen, Beschlüsse sowie die Vorlage von Augenscheinsobjekten. Das Vorbringen der Revision bezüglich der unzulänglichen Unterrichtung steht damit im Widerspruch zur Sitzungsniederschrift (§ 273 StPO) und ist nicht nachgewiesen.“

**c)** Unklar ist aber auch, wie das Protokollberichtigungsverfahren funktionieren soll. Nur beispielhaft:

<sup>56</sup> Vgl. hierzu *Fahl* a.a.O. S. 347 ff.

<sup>57</sup> *BGH* 3 StR 175/01 vom 05.09.2001, S. 3 f. (ebenfalls das LG Hannover betreffend).

<sup>58</sup> *StraFo* 2005, 512 f.; dazu *Ventzke* StV 2006, 459 ff.

<sup>59</sup> *Meyer-Gößner* a.a.O. § 267, Rn. 12.

<sup>60</sup> 5 StR 249/02 vom 05.11.2002, S. 3.

<sup>61</sup> Z.B. StV 1997, 561 f.

<sup>62</sup> Vgl. *BGH* 1 StR 327/06 vom 23.08.2006, Rn. 8 ff.; 5 StR 151/06 vom 23.08.2006, Rn. 25 = *BGH HRRS* 2006 Nr. 786.

<sup>63</sup> Vgl. *Dahs/Dahs* a.a.O. Rn. 521 ff.

<sup>64</sup> Dazu: *Dahs/Dahs* a.a.O. Rn. 502a.

<sup>65</sup> Vgl. auch *Beulke*, in: *Festschrift für Böttcher*, 2006, S. 17/21 f.

<sup>66</sup> vom 03.05.2006, Rn. 5 ff. = *BGH HRRS* 2006 Nr. 537.

<sup>67</sup> vom 18.12.2007, Rn. 5 = *BGH HRRS* 2008 Nr. 98; vgl. auch 3 StR 348/07 vom 22.11.2007, Rn. 9 = *BGH HRRS* 2008 Nr. 177.

- Sind der Verteidiger und/oder der (gar unverteidigte) Angeklagte verpflichtet, zu strafjustiziellen Versuchen der Rügeverkümmern Stellung zu nehmen? Ist ihr etwaiges Schweigen einer Beweiswürdigung zu Lasten des Beschwerdeführers zugänglich? Pointiert: Besteht eine Mitwirkungspflicht am Projekt „Schützende Hand“?
- Was geschieht, wenn die Protokolländerung zwar einer erhobenen Rüge die Grundlage entzieht, zugleich aber belegt, daß dem Tatgericht ein anderer Verfahrensfehler unterlaufen ist.<sup>68</sup> Gerügt wurde das Unterbleiben eines Hinweises gem. § 265 Abs. 1 StPO, die neue Version des Protokolls belegt einen mangelhaft begründeten Hinweis.<sup>69</sup> Die Revision rügte das Unterbleiben einer Bescheidung eines Beweisantrages, der nachträglich in das Protokoll geschriebene Beschluß ist ersichtlich unzulänglich begründet. Ist die Revisionsbegründungsfrist verstrichen<sup>70</sup>, stehen das Verbot bedingter Verfahrensrügen<sup>71</sup> und der Grundsatz dem Erfolg der Revision entgegen, daß die Stoßrichtung der Verfahrensrüge ausdrücklich kenntlich gemacht werden muß.<sup>72</sup> Wahrheitsorientierung des Revisionsgerichts als Leitprinzip des Projektes „Schützende Hand“?

#### IV. Ausblick

Es verwundert dann nicht, daß die ersten Tatrichter versuchen, mit nachträglichen dienstlichen Erklärungen auch sachlichrechtliche Beanstandungen zu verkümmern:

„Dass das Landgericht (Chemnitz – meine Ergänzung) die Untergrenze des Strafrahmens

rechtsfehlerhaft bestimmt hat, hat der Senat der revisionsgerichtlichen Prüfung zugrunde zu legen. Der gemeinsame Vermerk des Vorsitzenden und des richterlichen Besitzers vom 24. September 2007, der nach Eingang der diesen Fehler rügenden Revisionsbegründung erstellt wurde, muss unberücksichtigt bleiben. Die beiden Berufsrichter geben in diesem Vermerk an, dass es sich bei der Angabe der Strafrahmengrenze um einen Schreibfehler gehandelt habe und Beratungsgrundlage als Untergrenze tatsächlich drei anstatt fünf Jahre Freiheitsstrafe gewesen sei. Diese Mitteilung kann im Revisionsverfahren keine Beachtung finden. Ein offensichtliches Schreibversehen kann nur dann angenommen werden, wenn es sich aus der Urteilsurkunde selbst unzweifelhaft ergibt. Anhand der Urteilsgründe lässt sich aber weder ein Schreibversehen noch eine sonstige offensichtliche Unrichtigkeit feststellen. Ebenso lässt sich aus der beträchtlichen Höhe der Strafe (acht Jahre Freiheitsstrafe – meine Ergänzung) nicht herleiten, dass diese ausgehend von einer Untergrenze von drei Jahren und nicht von einer solchen von fünf Jahren bemessen wurde. Deshalb kann der Senat auch nicht ausschließen, dass der Strafausspruch auf diesem Fehler beruht.“<sup>73</sup>

Wie lange noch wird diese Sichtweise den Versuchen des Projektes „Schützende Hand“ widerstehen?

<sup>68</sup> Dies hat *Schlothauer* (a.a.O. [wie Fn.42] IV. 2.) im einzelnen dargestellt.

<sup>69</sup> *BGH 3 StR 347/07* vom 13.12.2007 = *BGH HRRS 2008 Nr. 13*.

<sup>70</sup> Die Protokollberichtigung soll der Wirksamkeit der früheren Urteilszustellung (§ 273 Abs. 4 StPO) nicht entgegenstehen (*BGH GSSt a.a.O Rn. 64 m.w.N.*).

<sup>71</sup> *BGH 1 StR 117/05* vom 19.10.2005, S. 4 ff. = *BGH HRRS 2005 Nr. 894*.

<sup>72</sup> *Dahs/Dahs a.a.O. Rn. 467*.

<sup>73</sup> *BGH 5 StR 534/07* vom 19.12.2007, Rn. 4 = *BGH HRRS 2006 Nr. 147*.

# Absprachenpraxis versus Wiederaufnahme des Verfahrens

## Informelle Verfahrensgestaltung im Konflikt mit dem gesetzlichen Verfahrensrecht

Von RiOLG Dr. Ralf Eschelbach, Koblenz/Heidesheim

Eine Leitmaxime in Rechtsprechung und Gesetzgebung ist die Erhaltung der Effektivität der Strafrechtspflege.<sup>1</sup> Jedoch stellt sich die Frage, ob Effektivität mit der reibungslosen Erfüllung von Bestrafungs- und Straferwartungsprognosen in kurzen Prozessen gleichgesetzt werden kann, wenn dabei das Fehlurteilsrisiko<sup>2</sup> potenziert wird und Mittel der Ergebniskontrolle zu ineffektiven rechtsstaatlichen Feigenblättern degenerieren. Dem Ziel der Effektivität der Strafverfolgung muss das Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes<sup>3</sup> bei dem hoheitlichen Eingriff in das Freiheitsrecht des Angeklagten (Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 GG) durch einen Schuld- und Straf- oder Maßregelausspruch entgegengehalten werden. Die Absprachenpraxis, wie sie bei vielen Tatgerichten selbst unter Vernachlässigung<sup>4</sup> des seinerseits unzureichend begründeten<sup>5</sup> Richterrechts des Bundesgerichtshofs<sup>6</sup> zur Begrenzung von Urteilsabsprachen angewendet wird, markiert derzeit das unterste Leistungsniveau der Strafgerichtsbarkeit, welche auch sonst vor allem die für eine Richtigkeitsgewähr wichtigen Wissenschaften der Kriminologie<sup>7</sup> und der Aussagepsychologie<sup>8</sup> im Zentrum ihrer

ureigensten Aufgabe<sup>9</sup> der Beweiswürdigung kaum beachtet oder gar selbst beherrscht. Ausreichende richterliche Sachkunde in diesen Bereichen wird vorausgesetzt, ist aber in einer zunehmenden Zahl von Fällen offensichtlich nicht vorhanden, wird durch intuitive Beweiswürdigung sowie sich steigernde Perseveranz- und Schulter-schlusseffekte ersetzt, die wiederum eine kämpferische Strafverteidigung als Abwehrreaktion hervorrufen.<sup>10</sup> „Konfliktverteidigung“ ist dann nicht selten die Wirkung einer richterlichen „Beratungsresistenz“,<sup>11</sup> nicht jedoch die zentrale Ursache der aktuellen Krise des deutschen Strafprozesses. Insgesamt ist im Strafverfahren die Erfüllung der Justizgewährungspflicht<sup>12</sup> ernsthaft in Frage gestellt.

Den diametralen Kontrapunkt zu den heute sehr weit verbreiteten Urteilsabsprachen setzt ein auf den Widerruf des Geständnisses gestütztes Wiederaufnahmebegehren nach § 359 Nr. 5 StPO,<sup>13</sup> das anschließend auch auf

<sup>1</sup> BVerfGE 33, 367, 383; 38, 105, 115 f.; 38, 312, 321; 39, 156, 163; 41, 246, 250; 46, 214, 222; 74, 257, 222; 86, 288, 347; 113, 29, 54.

<sup>2</sup> Fehlurteile kommen nicht sehr selten vor, worüber amtliche Erhebungen aber vermieden werden, weil sonst eine Beunruhigung der Bevölkerung und Richterschaft drohen würde; vgl. *Theobald*, Barrieren im strafrechtlichen Wiederaufnahmeverfahren. Die Wiederaufnahme wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel zugunsten des Verurteilten, 1998, S. 10 m.w.N. Auch falsche Geständnisse sind häufiger, als es die Rechtsprechung zugibt; vgl. *Beneke*, Das falsche Geständnis als Fehlerquelle im Strafverfahren unter kriminologischen, speziell kriminalpsychologischen Aspekten, 1990, S. 26; *Hauer*, Geständnis und Absprache, 2007, S. 189 ff.; *Stern StV* 1990, 563.

<sup>3</sup> BVerfGE 112, 185, 207 ff.

<sup>4</sup> *Gössel* FS Böttcher, 2007, S. 79, 86 f.

<sup>5</sup> *Hauer* (Fn. 2) S. 344 ff.; zum Richterrecht als Legitimationsproblem *Classen* JZ 2003, 693, 699; *Tschentscher*, Demokratische Legitimation der dritten Gewalt, 2005, S. 183 ff.

<sup>6</sup> BGHSt 43, 195, 204 ff.; 50, 40, 48 ff.

<sup>7</sup> Zur angewandten Kriminologie *Bock* in: Göppinger, Kriminologie, 6. Aufl., §§ 15 ff.

<sup>8</sup> Die Empfehlung von *Höcherl* FG Peters, 1984, S. 17, 22, die Aussagepsychologie in den Ausbildungskanon der Juristen

aufzunehmen, ist verhallt, dabei ist deren Integration in die Beweiswürdigung dringend angezeigt; *Böttcher* NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, 8 ff.; *Deckers* FS Hamm, 2008, S. 53, 54 ff.

<sup>9</sup> BGHSt 8, 130 f.; BGH NStZ 1997, 355 f.; NStZ-RR 2007, 195 f.; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 5. Aufl., Rn. 1860.

<sup>10</sup> *Bauer* StV 2008, 104 ff.

<sup>11</sup> Vier Sachverständigengutachten, die annehmen, dass eine „Opferzeugin“ als Borderlinekranke eine Pseudologie aufweist und krankhaften Hass gegen den Verurteilten entwickelt hatte, ihre Zeugenaussagen nicht die Mindestanforderungen an Realkennzeichen erfüllen, die Täterschaft des Verurteilten kriminologisch widersinnig erscheint und die Missbrauchsberichte einem Fernsehfilm nachempfunden sein dürften, konnten Wiederaufnahmegerichte nicht davon überzeugen, dass ein Fehlurteil des nicht sachverständig beratenden Erstgerichts in einem Fall, in dem „Aussage gegen Aussage“ stand, wahrscheinlich ist; LG Augsburg Beschl. vom 6.11.2006 – Jug LKs 200 Js 129915/06 – und vom 2.7.2007 – Jug KLs 200 Js 116172/07; LG München I Beschl. vom 31.10.2007 – 11 KLs 455 Js 314720/07; OLG München Beschl. vom 29.3.2007 – 3 Ws 33/07.

<sup>12</sup> *K. Peters* FS Dünnebier, 1982, S. 53, 61.

<sup>13</sup> Zur Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens nach einer Absprache BGH NStZ-RR 1997, 173, 174; OLG Köln StV 1989, 98; KG StraFo 2006, 169 f. mit Anm. *König*; OLG

den in der Hauptverhandlung des Erstgerichts unüberprüft gebliebenen Aktenstoff als Tatsachengrundlage für eine Neubewertung des Falles verweist. Dem begegnen Wiederaufnahmegerichte mit dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs oder ähnlichen Ablehnungsgründen, welche auf den Konsens im Erstverfahren rekurrieren.<sup>14</sup> Jedoch stellt sich die Frage: „Wer missbraucht den Strafprozess?“<sup>15</sup> Mit der These, Wahrheit und Gerechtigkeit seien im Strafverfahren ohnehin nicht absolut zu realisieren, wird schon das Streben danach drastisch reduziert; die Wirkung dieser Haltung ist jedenfalls verheerend<sup>16</sup> und dies gebietet die Suche nach Auswegen aus der eskalierenden Krise des deutschen Strafprozesses.

## I. Veränderung zentraler Anknüpfungspunkte einer strafprozessualen Richtigkeitsgewähr für das Urteil

### 1. Wandel der Absprachenpraxis

Die Bewertung strafprozessualer Instrumente hängt stets davon ab, wie damit umgegangen wird. Die Idee der Verfahrensabsprachen war anfangs noch vom Gedanken der Notwendigkeit ihrer Einpassung in das System des gesetzlichen Strafverfahrensrechts getragen. So konnte ein gemäßigtes Absprachenmodell für die in der Praxis häufigen und scheinbar unnötig<sup>17</sup> aufwändigen „Punktesachen“ überzeugen.<sup>18</sup> Es sah vor, dass das Gericht in der Hauptverhandlung einen repräsentativen Teil der Einzelfälle sogar unter Ablehnung der Entgegennahme eines Geständnisses streng nach den Regeln der Strafprozessordnung aufklärte und nach Verifizierung der Richtigkeit der diesbezüglichen Anklagevorwürfe eine Zwischenbilanz zog, um die Verfahrenseteiligten anschließend zu fragen, ob der Rest der Fälle in abgekürzter Weise erörtert werden könne. Wurde hierauf ein Geständnis abgelegt und maßvoll honoriert, dann wurde allen Prozessmaximen im Kern Rechnung getragen. Eine aussagekräftige Überprüfung des Geständnisses auf seine Richtigkeit war anhand der begrenzten gerichtlichen Beweiserhebung im Strengbeweisverfahren möglich. Die Richter und

Verfahrensbeteiligten hatten in dem schulmäßig durchgeführten Teil der Hauptverhandlung ihr Wissen um die Einzelheiten des Falles, ihr fachliches Können sowie die gehörige Vorbereitung der Verhandlung unter Beweis gestellt. Kein Richter musste eine Revision ernsthaft befürchten und deshalb einen Rechtsmittelverzicht zur Geschäftsgrundlage der Absprache machen. Das Prozessergebnis war auch nicht mehr wiederaufnahmefähig als in einem Verfahren, das insgesamt streng förmlich durchgeführt wurde. Das Fehlurteilsrisiko war auf das selbe Niveau abgesenkt, das nach den gesetzlichen Verfahrensregeln auch sonst besteht. Durchgreifende Bedenken gegen die Vereinbarkeit dieser Marscherleichterungen für die Justiz infolge einer auf Quantitäten beschränkten Absprache über das weitere Prozedere waren auch anhand der Prozessmaximen der Mündlichkeit und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung sowie der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme dagegen nicht zu erheben. Die generelle Vereinbarkeit einer solchen Absprachenpraxis mit dem geschriebenen Verfahrensrecht konnte anhand der auf Stoffmengenbegrenzungen geregelten Bestimmungen der §§ 154, 154a StPO erklärt werden.<sup>19</sup> Gegen eine solche Absprachenpraxis war kaum etwas einzuwenden,<sup>20</sup> denn sie ging nur wenig über ein offenes Rechtsgespräch hinaus, das zur Überwindung des vorher anzutreffenden autoritären Verfahrensstils als wohlthuend empfunden wurde. Eine solche Praxis schien ein angemessenes Mittel zur Bewältigung der chronischen Überlastung der Strafjustiz, namentlich in Großverfahren, zu sein. So oder auch nur annähernd ähnlich sehen Absprachen heute aber längst nicht mehr aus.<sup>21</sup>

Früher wurden in der Regel allenfalls vorsichtige Prognosen über den Stand und die Aussichten des Verfahrens in den Raum gestellt. Heute wird meist unter evidenter Verletzung von § 261 StPO<sup>22</sup> das gesamte Prozessergebnis lange vor dem Ende der Hauptverhandlung und außerhalb derselben durch die Zentralfiguren des Prozessgeschehens in Abwesenheit anderer punktgenau festgelegt.<sup>23</sup> Früher waren meist zumindest der Schuldspruch, das Maßregel- und das Jugendstrafrecht sowie vollstreckungsrechtliche Fragen, die ohnehin nicht in die Kompetenz der Gerichte des Erkenntnisverfahrens fallen,<sup>24</sup> tabu. Heute wird über alles gedealt.<sup>25</sup> Die Praxis, die daneben auch das „Allheilmittel“<sup>26</sup> des § 153a StPO exzessiv nutzt, um u.a. die Revisionsinstanz zu umgehen,<sup>27</sup> hat sich in kürzester Zeit sehr stark gewandelt, ohne dass

Stuttgart NJW 1999, 375 f.; *Hellebrand* NStZ 2004, 413 ff.; *Küpper/Bode* Jura 1999, 393, 397 f.; *Marxen/Tiemann*, Die Wiederaufnahme in Strafsachen, 2. Aufl., Rn. 243; *Satzger* in: *Bockemühl* (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl., Teil H Kap. 3 Rn. 60 f.; *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1900; *Wasserburg* in: *Brüßow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle* (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl., § 16 Rn. 36.

<sup>14</sup> LG Bochum Beschl. vom 21.1.2008 – 12 AR 38/07; LG Karlsruhe NStZ 2003, 108 f. mit Anm. *Murmann* NStZ 2003, 618 f.; LG Passau Beschl. vom 15.10.2003 – 1 Qs 133/03.

<sup>15</sup> Mit anderer Blickrichtung hatte *Kühne* diese Frage in StV 1996, 684 ff. gestellt.

<sup>16</sup> Vgl. das Beispiel bei *Sabine Rückert*, Unrecht im Namen des Volkes, 2007, S. 135 ff.

<sup>17</sup> Das Szenario einer bei Wiederholungen unnütz erscheinenden Beweisaufnahme lieferte für *Widmaier* StV 1986, 357 f. den Grund dafür, den „Vergleich“ als Wohltat zu empfinden.

<sup>18</sup> *G. Schäfer*, Absprachen im Strafverfahren? Referat zum 58. DJT 1990, Bd. II, L48 ff.

<sup>19</sup> BGHSt 50, 40, 50 verweist auf diese „nicht unnötig restriktiv zu handhabenden Möglichkeiten“.

<sup>20</sup> Befürwortend daher damals noch *Eschelbach* JA 1999, 694 ff.

<sup>21</sup> *Fischer* NStZ 2007, 433; *Harms* FS Nehm, 2006, S. 289, 292 ff.

<sup>22</sup> *Moldenhauer*, Eine Verfahrensordnung für Absprachen im Strafverfahren durch den Bundesgerichtshof? 2004, S. 136; *KMR/Stuckenberg*, StPO § 261 Rn. 9.

<sup>23</sup> Vgl. BGHSt 50, 40, 46; *Hauer* (Fn. 2) S. 57 f.

<sup>24</sup> *F. Meyer*, Willensmängel beim Rechtsmittelverzicht des Angeklagten im Strafverfahren. Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Absprachenproblematik, 2003, S. 289.

<sup>25</sup> *Widmaier* NJW 2005, 1985 ff.

<sup>26</sup> *Dahs* NJW 1996, 1192 f.

<sup>27</sup> Vgl. zum Kohl-Verfahren *Hamm* NJW 2001, 1694 ff.; zum Mannesmann-Prozess *Saliger/Sinner* ZIS 2007, 476, 480 f.; zum gezielten Offenlassen von Rechtsfragen in diesen Fällen *Ransiek* ZIS 2008, 116, 120.

die Dimension der Änderung der tatrichterlichen Einstellung in der Diskussion bis hin zu gesetzgeberischen Entwürfen<sup>28</sup> für eine Absprachenregelung überall bekannt wäre und beachtet würde. „Das Bedürfnis nach Informalität, ist es einmal als Rechtsprinzip anerkannt, bahnt sich seinen Weg auch unter noch so niedrigen ‚Mindest-Anforderungen‘ hindurch.“<sup>29</sup> Daher ist es eine Illusion zu glauben, ein Richterrecht des Bundesgerichtshofs oder eine gesetzliche Regelung könnten der ausufernden tatrichterlichen Praxis Herr werden, wenn gleichzeitig die Kontrolle in Rechtsmittel- oder Rechtsbehelfsverfahren überaus eng begrenzt bleibt. Die Änderung der Praxis gebietet vielmehr ihre grundlegend neue Bewertung<sup>30</sup> und die Schaffung oder Aktivierung effektiver Maßnahmen zur Kontrolle der Prozessergebnisse, denn sonst herrscht Willkür. Dass ein durch kurzen Kampf der Verteidigung erzürnte Richter durch eine Unterwerfungsgeste<sup>31</sup> zu übermäßiger Milde gestimmt werden kann, ist praktische Realität,<sup>32</sup> aber in beide Richtungen das falsche Vorbild. Denn der Richter soll auch angesichts einer kämpferischen Verteidigung „sine ira et studio“ über das Rechtsschicksal des Angeklagten entscheiden und er darf auch nicht durch eine Unterwerfungsgeste zu einer Milde veranlasst werden, die sonst nicht zu erreichen wäre. Vor diesem Hintergrund ist bei der aktuellen Bewertung der Absprachenpraxis zu beachten, dass schon die Grundannahmen des konventionellen Verfahrens sich in vielen Teilaspekten so geändert haben, dass verschiedene Prämissen des Richterrechts und der Gesetzentwürfe für Absprachen schlicht falsch sind. Die Praxis lässt sich den „Vergleich“ im Strafverfahren zwar nicht ohne Weiteres verbieten,<sup>33</sup> aber es ist zumindest zu überlegen, ob Gegenmaßnahmen angezeigt sind. Dazu kann neben der Strafdrohung<sup>34</sup> gegen Grenzüberschreitungen<sup>35</sup> und der zivilrechtlichen Anwaltshaftung<sup>36</sup> für die Folgen eines „schlechten Vergleichs“ zwar nicht das für eine Tatsachenkontrolle letztlich ineffektive Revisionsrecht, wohl aber das Wiederaufnahmerecht dienen.

<sup>28</sup> Gieg GA 2007, 469 ff.; Huttenlocher, Dealen wird Gesetz – die Urteilsabsprache im Strafprozess und ihre Kodifizierung, 2007, S. 163 ff.

<sup>29</sup> Fischer NSTz 2007, 433, 434.

<sup>30</sup> Auch frühere Befürworter wechseln daher jetzt das Lager, vgl. etwa Bernsmann in: Goldbach (Hrsg.), Der Deal mit dem Recht. Absprachen im Strafprozess, 2004, S. 21.

<sup>31</sup> Dass diese Geste kein nennenswertes Erkenntnismittel darstellt, hält Rieß FS Richter II, 2006, S. 433, 436 zutreffend fest.

<sup>32</sup> Widmaier StV 1986, 357, 358.

<sup>33</sup> Widmaier StV 1986, 357.

<sup>34</sup> Satzger in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl., Teil H Kap. 3 Rn. 65 ff.; Schönemann, Absprachen im Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände und Grenzen, Gutachten B für den 58. Deutschen Juristentag, 1990, B 131 ff.

<sup>35</sup> Bei einer Befragung gab etwa die Hälfte der Verteidiger an, Unterwerfungen von Angeklagten erlebt (und nicht verhindert) zu haben, an deren Schuld sie gezweifelt hatten; nicht viel weniger Richter und Staatsanwälte erklärten, bereits Strafzumessungsentscheidungen zugestimmt zu haben, die sie für zu milde gehalten hatten; Altenhain/Hagemeier/Haimerl NSTz 2007, 71, 77. Beides ist bedenklich.

<sup>36</sup> OLG Nürnberg StV 1997, 481 ff. mit Anm. Barton StV 1998, 606 f. und Zwiehoff StV 1999, 555 ff.; s.a. Satzger (Fn. 34) Teil H Kap. 3 Rn. 75. Zur bisher fehlenden Staatsanwaltschaft Schneider FS Richter II, 2006, S. 465, 467 ff.

Es absorbiert nebenbei die illegitime Arbeitersparnis des Erstverfahrens und wirkt dadurch der weiteren Personaleinsparung durch die Justizverwaltungen<sup>37</sup> entgegen, welche bisher dazu führt, dass „dealende“ Richter die überkommene Strafjustiz wegrationalisieren.

## 2. Veränderte Bedeutung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit

Das „wesentliche Ergebnis der Ermittlungen“ nach den Akten ist die Grundlage der justiziellen Betrachtung des Falles und er wird im Absprachenverfahren zum alleinigen Fundament eines durch überhöhte Rechtskraftbewertung verewigten Prozessergebnisses. Allenfalls anhand der aktenkundigen vorläufigen Bewertungen wird im Absprachenverfahren – wenn überhaupt – das Geständnis des Angeklagten, also seine hauptsächliche „Leistung“ beim strafprozessualen Vergleich, überprüft.<sup>38</sup> Ob noch Aufklärungsbedarf nach Geständnisablegung bestehen oder das Geständnis glaubhaft sein soll, wird praktisch allein danach beurteilt, ob es mit dem Anklagevorwurf kompatibel ist oder nicht. Voraussetzung für die Tragfähigkeit dieser Prämisse aber wäre zumindest, dass der überkommene Satz von der „Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit“ immer noch zutrifft. Er gründet sich darauf, dass die Ermittlungsbeamten im Vorverfahren von Rechts wegen alle für (§ 160 Abs. 2 StPO) und gegen den Beschuldigten sprechenden Aspekte aufgeklärt (§ 160 Abs. 1 StPO) und die Ergebnisse des Freibeweisverfahrens zuverlässig in den Akten festgehalten haben, die wiederum bei Anklageerhebung gemäß § 199 Abs. 2 StPO vollständig dem Gericht präsentiert werden. Von dieser Prämisse gibt es aber längst – meist contra legem – Ausnahmen, die zumindest ernsthafte Zweifel an der Wirksamkeit der Regeln entstehen lassen.

So haben sich in der Praxis „Vorermittlungsverfahren“ entwickelt,<sup>39</sup> die eigene Aktenbestände ergeben,<sup>40</sup> welche zumindest nicht in jedem Falle dem Aktenbestand eines späteren Ermittlungsverfahrens zugeführt werden. Mit höchstrichterlicher Billigung<sup>41</sup> werden in der Ermittlungspraxis auch nicht selten „Spurenakten“ vom eigentlichen Aktenbestand separiert und damit partiell dem Akteneinsichtsrecht der Verteidigung vorenthalten,<sup>42</sup> weil schon ihre Existenz unbekannt bleibt. Angeblich handelt es sich dabei um unergiebig gebliebene Ermittlungswege; jedoch beruht die Unerheblichkeitsannahme der Beamten, die das Material aussondern, darauf, dass

<sup>37</sup> Dass die öffentlichen Haushaltgeber eine Verfahrenserleichterung durch Urteilsabsprachen prompt „vereinnahmen“, statt der Ursache des informellen Vorgehens in Form chronischer Überlastung der Justiz zum Schutze des Rechtsstaats durch Stellenvermehrung entgegenzuwirken, ist bekannt; Harms FS Nehm, 2006, S. 289, 291.

<sup>38</sup> BGHSt 50, 40, 49.

<sup>39</sup> Senge FS Hamm, 2008, S. 701 ff.

<sup>40</sup> Beckemper, Durchsetzbarkeit des Verteidigerkonsultationsrechts und die Eigenverantwortlichkeit des Beschuldigten, 2002, S. 88 ff.; a.A. Lange, Vorermittlungen, 1999, S. 34 ff.

<sup>41</sup> BVerfGE 63, 45, 59 ff. mit abl. Anm. Amelung StV 1983, 181 ff und K. Peters NSTz 1983, 275 f.; BGHSt 30, 131, 140 ff.; dagegen KMR/Eschelbach, StPO Vor § 213 Rn. 34; LR/Rieß, StPO, 25. Aufl., § 199 Rn. 19; SK/Wohlers, StPO § 147 Rn. 38.

<sup>42</sup> Eisenberg NSTz 1991, 1257, 1259.

dieser Beweisstoff nicht in den Erwartungshorizont ihrer Verdachtsannahme passt. Ob dies der einzig richtige Gedanke ist, wäre vom Gericht zu entscheiden, dem jedoch mangels Kenntnis vom Inhalt der Spurenakten der Gedanke eines alternativen Ermittlungsweges verborgen bleibt.

Werden V-Leute eingesetzt und dies geheim gehalten, dann bleibt auch das Material, das auf den V-Mann-Einsatz als solchen hinweist, in der Praxis aus dem Bestand der Gerichtsakten entfernt, was ebenfalls gegen den Grundsatz der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit verstößt.<sup>43</sup> Ob der Ermittlungsansatz ab initio in die richtige Richtung gewiesen hatte, lässt sich dann nicht verifizieren, weil die Hintergrunderkenntnisse als Ver schlusssachen abgelegt werden.

Werden Verfahrensteile abgetrennt und nach §§ 154, 154a StPO eingestellt,<sup>44</sup> dann kann es vorkommen, dass auch der diesbezügliche Beweisstoff in das weiter geführte Verfahren nicht mehr einfließt und bei einer Gesamtwürdigung aller Umstände keine Beachtung mehr findet. Das kann Folgen haben. So werden bestimmte Vorwürfe nicht nur dann nach §§ 154, 154a StPO von der weiteren Strafverfolgung ausgenommen, wenn sie quantitativ unerheblich erscheinen, sondern insbesondere auch dann, wenn sich in den abgesonderten Verfahrensteilen Beweisprobleme ergeben. Damit aber können zum Beispiel liquide Glaubhaftigkeitsbedenken gegen einen Belastungsbeweis aus dem weiter betriebenen Verfahren exzerpiert werden. Hat ein Belastungszeuge in einem wichtigen Aussageteil nachweislich die Unwahrheit gesagt, dann kann nach der Rechtsprechung der Aussagenrest nur dann rechtsfehlerfrei für wahr gehalten werden, wenn er durch externe Zusatzindizien abgesichert werden kann.<sup>45</sup> Wird aber ein Zweifelsfall nach §§ 154, 154a StPO eliminiert und nicht weiter überprüft, dann entfällt diese Option der Erschütterung der Glaubhaftigkeit der Aussage eines Belastungszeugen.

Diese bloßen Beispiele sollen zeigen, dass die Prämisse der „Aktenvollständigkeit“ bei der richterrechtlichen Annahme, eine Überprüfung von absprachenkonformen Geständnissen anhand der Akten sei ausreichend, angreifbar erscheint. Aber auch die Prämisse der „Aktewahrheit“ ist eine Fiktion. § 160 Abs. 2 StPO befiehlt zwar, dass Ermittlungsbeamte auch Entlastungsbeweise zu erheben haben. Die Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens hat darüber zu wachen und sie rühmt sich selbst, sie sei die „objektivste Behörde der Welt“.<sup>46</sup> Die praktische Realität lässt indes immer wieder Zweifel daran aufkommen, ob das zutrifft.<sup>47</sup> Die Herrschaft der Staatsanwaltschaft über das Vorverfahren ist eine rechtlich-abstrakte Größe, aber nicht mehr tatsäch-

lich-konkrete Realität. Kein Zweig der Justiz ist mehr überlastet als die Staatsanwaltschaft. Deren Aufgaben werden in immer größerem Umfang von den Ermittlungspersonen der Polizeibehörden erfüllt. Dass diese stets auch alle im Einzelfall in Betracht kommenden Entlastungsbeweise mit derselben Intensität erheben, dokumentieren, berücksichtigen und weiterverfolgen wie die Belastungsbeweise ist geradezu auszuschließen.<sup>48</sup> Für „einseitige Ermittlungen“, die von Verteidigern immer wieder erfolglos gerügt werden, ist dabei freilich nicht stets ein „böser Wille“ bestimmend. Maßgeblich ist vielmehr das Vorstellungsbild aufgrund der Verdachtshypothese, das die Fragerichtung, den Wahrnehmungshorizont und Erinnerungsgehalt der Ermittler so prägt, dass belastende Umstände überschätzt sowie überzeichnet werden, während entlastende Umstände systematisch unterschätzt oder ignoriert werden und in den Akten gar nicht oder nur am Rande auftauchen. Von einer „Aktewahrheit“ zu sprechen ist daher bereits begrifflich irreführend. Die Verdachtsannahme der Strafverfolgungsbehörde muss natürlich nicht notwendigerweise ganz oder teilweise falsch sein, aber sie kann jedenfalls gerade in scheinbar eindeutigen Fällen ein Fehlerisiko in sich bergen. Deshalb gibt es letztlich keine „glasklaren“ Fälle, die jedoch gerade die heute verbreiteten Urteilsabsprachen in besonderer Weise rechtfertigen sollen.<sup>49</sup> Nichts ist fataler als ein fehlerhaftes Vorurteil, das sich durch die Akten zieht und im Urteil mündet. Dass auch ein „taktisches“ Geständnis des Beschuldigten zu Unrecht abgelegt worden sein kann, ist nach den Erfahrungen im Wiederaufnahmerecht durch die Leitentscheidungen des Bundesgerichtshofs<sup>50</sup> vor diesem Hintergrund längst nicht ausreichend in Betracht gezogen worden.<sup>51</sup> Die im Verlauf des Strafverfahrenserfahrens sukzessive verdichtete Verdachtshypothese, die im Absprachenverfahren später zur Gegenkontrolle des Geständnisses herangezogen wird, ist nicht nur der diametrale Gegensatz zur Unschuldsumutung, sondern zugleich das Gegenteil der „Nullhypothese“ (Unwahrscheinlichkeit), deren Beachtung von Aussagepsychologen bei der Glaubhaftigkeitsprüfung belastender Zeugenaussagen von Schritt zu Schritt verlangt wird.<sup>52</sup> Im Ermittlungsverfahren legen die Beamten jedoch die umgekehrte Wertungsperspektive zu Grunde. Die Übernahme der psychologischen Aussageanalyse in die Einzelschritte der Beweiswürdigung<sup>53</sup> wäre dagegen erforderlich, weil sie nichts anderes ist als die Unschuldsumutung.<sup>54</sup> Eine fehlende Hinterfragung der Verdachtshypothese im Vor-

<sup>43</sup> LG Berlin StV 1986, 96, 97; Ellbogen, Die verdeckte Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden durch die Zusammenarbeit mit V-Personen und Informanten, 2004, S. 134 f.

<sup>44</sup> Krit. zur Einstellungspraxis Gössel FS Böttcher, 2007, S. 79, 89.

<sup>45</sup> BGHSt 44, 153, 159.

<sup>46</sup> Zur Rolle der Staatsanwaltschaft Kelker ZStW 118 (2006), 389 ff.

<sup>47</sup> Zur bekannten Reduktion der Ermittlungserkenntnisse in den polizeilichen Vernehmungsprotokollen und Aktenvermerken Kruse FS Richter II, 2006, S. 331, 336.

<sup>48</sup> Zur Überforderung der Polizei bei dem Versuch, Entlastungsgesichtspunkte zur Geltung zu bringen, Schönemann Kriminalistik 1999, 74, 148 f. Beispiele zur Vorwegnahme der Richterrolle bei der Festlegung eines besonders belastenden Sachverhalts durch die Polizei bei Rasch/Hinz Kriminalistik 1980, 377 ff. Zur selektiven Vorlage von Aktenstücken bei Anträgen an den Ermittlungsrichter BGH NJW 2003, 3693 ff. Zur Fehlerhaftigkeit polizeilicher Vernehmungen Stern StV 1990, 563, 565 ff. m.w.N.

<sup>49</sup> Ransiek ZIS 2008, 116, 120.

<sup>50</sup> BGHSt 43, 195 ff.; 50, 40 ff.

<sup>51</sup> Pfister in: Goldbach (Hrsg.), Der Deal mit dem Recht. Absprachen im Strafprozess, 2004, S. 5 ff.

<sup>52</sup> BGHSt 45, 164, 168.

<sup>53</sup> Böttcher NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, 8, 12; Tsambikakis Kunert-Symposium, 2006, S. 87, 93.

<sup>54</sup> Steller NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, 69, 72; Tsambikakis (vorige Note).

verfahren ist der systematische Fehlerquell für bisweilen falsche Aufklärungsrichtungen, unrichtige Vorstellungsbilder und fehlerhafte Gerichtsentscheidungen, die sich mangels „wirklicher“ Verteidigung im Vor- und Zwischenverfahren aus den ab initio darauf zustrebenden Verdachtsannahmen entwickeln.<sup>55</sup> und mangels effektiver Tatsachenkontrolle in den Instanzenzügen oft auch nachträglich unerkannt bleiben. Eine erstmals in der Hauptverhandlung einsetzende Verteidigung kann diesen Kurs wegen der täglich zu beobachtenden Perseveranz- und Schulterchlusseffekte<sup>56</sup> kaum noch ändern. Stützt sich die Strafgerichtsbarkeit bei der Ergebniskontrolle im Absprachenverfahren, wenn diese denn überhaupt noch stattfindet, allein auf das Nachvollziehen der oft einseitig gefärbten und unvollständigen Informationen aus den Akten, dann wird jedes Gerichtsurteil zur bloßen Selbsterfüllung der vorangegangenen Verurteilungsprognose des Eröffnungsbeschlusses; auch darin liegt freilich ein tatrichterliches Motiv für Urteilsabsprachen.

### 3. Obsoletes Zwischenverfahren

Eine neutrale richterliche Vorprüfung im Zwischenverfahren gilt im überkommenen Strafprozessrecht auch als eine Sicherung gegen fehlerhafte Tendenzen des Vorverfahrens.<sup>57</sup> Darauf stützt sich das höchstrichterliche Postulat: „Das Gericht darf nicht vorschnell auf eine Urteilsabsprache ausweichen, ohne zuvor pflichtgemäß die Anklage tatsächlich anhand der Akten und insbesondere auch rechtlich überprüft zu haben“.<sup>58</sup> Ein unabhängiges Gericht soll nach Anklageerhebung vor der Hauptverhandlung im Freibeweisverfahren den bisherigen Beweisstoff prüfen, diesen notfalls ergänzen und die Verdachtsannahme der Ermittlungsbehörden verifizieren oder falsifizieren. Das Zwischenverfahren ist nach dem Gesetz ein Schutz des Angeschuldigten vor einer unnötigen Hauptverhandlung.<sup>59</sup> Dort kann die Verteidigung Beweisangebote stellen (§ 201 StPO) und das Gericht kann von Amts wegen aufgrund seiner auch im Freibeweisverfahren<sup>60</sup> geltenden Aufklärungspflicht (§ 155 Abs. 2 StPO) ergänzende Beweiserhebungen durchführen (§ 202 StPO). Sodann hat das Gericht in der Besetzung mit allen Berufsrichtern umfassend den gesamten Stoff, der sich aus den notfalls ergänzten Akten ergibt, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zu prüfen und ohne Bindung an die Wertungen der Anklageschrift autonom über das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu entscheiden, der es rechtfertigen soll, den Angeschuldigten einer öffentlichen Hauptverhandlung auszusetzen – so lautet die Theorie. Die Praxis sieht in aller Regel grundlegend

anders aus.<sup>61</sup> Gerade in umfangreichen Sachen, die bei Großverfahren hunderte oder sogar einige tausend Aktenbände umfassen, ist von schulmäßiger Vorbereitung des Eröffnungsbeschlusses oft nichts zu bemerken. Vielfach berichten Strafverteidiger auch sonst davon, dass Strafkammervorsitzende vor dem Eröffnungsbeschluss anrufen, um Termine für die Hauptverhandlung abzusprechen. Das kommt selbst dann vor, wenn die Verteidigung eine Schutzschrift angekündigt oder schon eingereicht hat und über ihre Anträge noch nicht beraten wurde. Dies alles deutet darauf hin, dass der Eröffnungsbeschluss praktisch feststeht, bevor er beraten wurde. Bei der minimalen Quote von Nichteröffnungsbeschlüssen, die zumindest auch mit einem Schulterchlusseffekt<sup>62</sup> erklärbar ist, verwundert das nicht.

Eröffnungsbeschlüsse werden in der Praxis bei den Strafkammern oft im Umlaufverfahren erlassen. In umfangreichen Verfahren bedeutet das regelmäßig, dass der dritte Berufsrichter – der in Fällen des § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG an der Hauptverhandlung nicht mehr beteiligt ist – den Formularbeschluss<sup>63</sup> mehr oder weniger „blind“ unterschreibt, nachdem er allenfalls kursorisch die Anklageschrift gesichtet hat. Von einer umfassenden Prüfung der Aktenlage und einer schulmäßigen Beratung und Abstimmung des Kollegiums<sup>64</sup> ist der Eröffnungsbeschluss dann weit entfernt.<sup>65</sup> Beweisangebote der Verteidigung im Zwischenverfahren, die ihrerseits eher die Ausnahme als die Regel sind, weil viele Strafverteidiger angesichts der statistischen Unvermeidlichkeit der Hauptverhandlung nach Anklageerhebung „Munition sparen“, werden von den Gerichten regelmäßig mit der entgegen § 34 StPO für genügend erachteten<sup>66</sup> Floskel, dass es darauf für die Eröffnungsentscheidung nicht ankomme, abgelehnt. Irgendeine Gewähr dafür, dass die Eröffnungsentscheidung auf einer substanziellen Prüfung der Sach- und Rechtslage anhand der gesamten Akten beruht, gibt es nicht. Sie weist keine Begründung auf, welche immerhin eine Selbstkorrekturfunktion erfüllen könnte und eine Legitimationswirkung<sup>67</sup> hätte, und sie ist nicht mit Rechtsmitteln anfechtbar. Daher steht der Satz des Bundesgerichtshofs, der Richter dürfe sich auch auf eine Absprache erst einlassen, wenn er die Anklage anhand der Akten überprüft habe, auf tönernen Füßen. Ein bescheidener Ansatz, Ordnung in das Chaos der Praxis<sup>68</sup> zu bringen, könnte in dem unliebsamen Postulat bestehen, einen Begründungszwang für Eröffnungsentscheidungen (wieder) aufzustellen, der mit der Anhö-

<sup>55</sup> Hauer (Fn. 2) S. 227.

<sup>56</sup> Schünemann StV 2000, 159 ff.

<sup>57</sup> Eschelbach FS Richter II, 2006, S. 113, 116 ff.

<sup>58</sup> BGH NJW 2005, 1440, 1442, in BGHSt 50, 40, 49 mit der Folge nicht abgedruckt, dass das ein Gesetz vertretende Richterrecht insoweit nicht offiziös verlautbart wurde.

<sup>59</sup> BGHSt 29, 224, 229; OLG Hamm VRS 98 (2000), 199, 200; Eschelbach in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl., Teil H Kap. 4 Rn. 36; Loritz, Kritische Betrachtungen zum Wert des strafprozessualen Zwischenverfahrens, 1996, S. 45.

<sup>60</sup> BVerfGE 70, 297, 309.

<sup>61</sup> Bandisch in: Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle (Hrsg.), Strafverteidigung in der Praxis, 4. Aufl., § 8 Rn. 30; Eschelbach (Fn. 59) Teil H Kap. 4 Rn. 37; Hamm StV 1989, 147.

<sup>62</sup> Der Richter verlässt sich auf die Zuverlässigkeit der staatsanwaltschaftlichen Arbeit; Schünemann StV 2000, 159, 162. Weil schon der Staatsanwalt sich auf die Resultate der polizeilichen Ermittlungen und deren Abschlussbericht verlässt und diese rasch in das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen seiner Anklageschrift übernimmt, sind letztlich die polizeilichen Annahmen für die Gerichtsentscheidung bestimmend.

<sup>63</sup> Kriti. dazu Eschelbach FS Richter II, 2006, S. 113, 119 ff.

<sup>64</sup> Zur „Beratung“ in Umlaufverfahren OLG Koblenz OLG-Report Koblenz 2008, 68, 70 ff.

<sup>65</sup> Zu diesem „Skandal“ Nehm StV 2007, 549.

<sup>66</sup> Meyer-Goßner, StPO § 201 Rn. 8.

<sup>67</sup> Tschentscher (Fn. 5) S. 227.

<sup>68</sup> HansOLG Bremen StV 1989, 145, 146 mit Anm. Hamm.

rungsrüge (§ 33a StPO) und einer darauf bezogenen Beschwerde abgesichert werden könnte.<sup>69</sup>

Der Grund für den lieblosen Umgang der heutigen Praxis mit der Eröffnungsentscheidung liegt auf der Hand. Strafrichterliche Tätigkeit wird bei der Pensenbewertung an Hauptverhandlungstagen gemessen. Was außerhalb der Hauptverhandlung geschieht, wird nicht gewichtet, zumal sich die Arbeit an den Akten kaum nachprüfen lässt, solange nur ein Formulareröffnungsbeschluss „herauskommt“. Niemand sieht dem Richter zu, wenn er die Akten bearbeitet; niemand (außerhalb des durch das Beratungsgeheimnis zum Schweigen verpflichteten Kollegialgerichts) kann beweisen und bewerten, ob und wie er es getan hat. Die Überprüfung des Anklagevorwurfes anhand der Akten wird vom Bundesgerichtshof vorausgesetzt und es wird daran geglaubt, dass dies geschieht, obwohl die tatgerichtliche Praxis, deren Berufsethos durch chronische Überlastung sukzessive zerstört wird, im Aussparen dieses – in Großverfahren enormen, aber überhaupt nicht honorierten – Arbeitsaufwandes ein wesentliches Ventil gegen ihre Überlastung sieht. Alle verfügbaren Indizien sprechen zumindest dafür, dass eine umfassende richterliche Verdachtskontrolle im Zwischenverfahren anhand eines vollständigen und wahrheitsgemäßen Aktenbestandes jedenfalls in umfangreichen Verfahren eher die Ausnahme als die Regel ist. Diese Verletzung der Justizgewährungspflicht ist auch aus den „Drei-Stufen-Tarifen“ einer symptomatischen Variante der Absprachenpraxis abzulesen,<sup>70</sup> die auf der ersten Stufe als „Kurzstreckentarif“ vorsehen, dass der größte Strafabatt für Angeklagte im Rahmen einer Urteilsabsprache dann vergeben wird, wenn sie dem Richter durch ein besonders frühes Geständnis sogar die aufwändige Aktenlektüre erspart.<sup>71</sup> Der Angeklagte wird dann nach einer frühen Urteilsansprache zum günstigsten „Tarif“ aufgrund eines mangels Aktenkenntnis notwendigerweise vom Gericht nicht mehr in nennenswerter Weise überprüften Geständnisses besonders milde bestraft, wobei allein der konkrete Anklagesatz die ihm entsprechenden Urteilsfeststellungen ergibt; denn mehr weiß der Richter in dieser Konstellation nicht von diesem Fall.

Wären dagegen in Großverfahren im Augenblick der Eröffnungsentscheidung alle Akten nach dem Vorstellungsbild des Bundesgerichtshofs sorgfältig gesichtet, die Bilanz aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweise im Freibeweisverfahren gezogen und die rechtliche Bewertung vom Kollegialgericht nach schulmäßiger Beratung autonom geprüft, dann gäbe es keinen plausiblen Grund dafür, dass die einzelnen Schritte dieses Vorgangs im Eröffnungsbeschluss, dessen Begrün-

dung aus dem Votum für die Eröffnungsentscheidung<sup>72</sup> unschwer zusammengestellt werden könnte, nicht schriftlich dargelegt und den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt werden. Durch diese formalisierte Form des richterlichen Vorgehens könnte der Verteidigung die Möglichkeit zur sachgemäßen Überlegung gegeben werden, ob eine mehr oder weniger geständige Einlassung anstelle einer Verteidigung durch Schweigen zur Sache und „Kampf“ um die einzelnen Beweismittel im Strengbeweisverfahren der „bessere“ Weg ist. Wäre schon die Eröffnungsentscheidung aufgrund einer umfassenden Prüfung eines vollständigen und wahrheitsgemäßen Aktenbefundes durchgeführt worden, dann müssten Gerichte selbst in Großverfahren weder die danach auch genau geplante<sup>73</sup> Hauptverhandlung noch allfällige Verfahrensanträge der Verteidigung so fürchten, dass der rasche Deal unter Verzicht auf erhebliche Teile des staatlichen Strafanspruches als einzig rettender Ausweg aus einem Dilemma beschritten werden müsste. Dass dies nicht geschieht, beruht auf der faktischen Einsparung des Zwischenverfahrens. Weder sind die Akten stets vollständig noch ihre Befunde objektiv in allen Aspekten richtig und schließlich hat im Zwischenverfahren keine neutrale gerichtliche Prüfung im Freibeweisverfahren, welche bisweilen aber einfach unterstellt wird,<sup>74</sup> tatsächlich stattgefunden. Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss sind dann schlicht geglaubte Sätze. Die einzige rechtsstaatliche Legitimation des Strafurteils, das daraus hervorgeht, könnte hiernach in einer kontradiktorischen Hauptverhandlung eines neutralen Gerichts, das alle Beweise originär erhebt und autonom würdigt, liegen. Wird aber auch diese Hauptverhandlung von der Absprachenpraxis der Sache nach vollkommen eingespart, weil das genaue Prozessergebnis außerhalb der Hauptverhandlung ausgehandelt wird, dann fehlt dem Richteranspruch jede Legitimation im Sinne des überkommenen Rechts.

Engagierte Richter behaupten noch die Machtposition,<sup>75</sup> die sich aus rechtzeitig erlangter und umfassender Sachkenntnis sowie genauer rechtlicher Durchdringung des Falles zumindest anhand der Akten für die Hauptverhandlung ergibt. Chronisch überlastete Richter, die vor der latenten Überforderung kapituliert haben, oder solche, die dem modernen Strafverteidigertyp unterlegen sind,<sup>76</sup> wählen dagegen den Weg des geringsten Widerstands, also den Weg zum möglichst raschen Deal unter Überspringen eines substanzreichen Zwischenverfahrens. Weil qualitativ gute und deshalb aufwändige richterliche

<sup>69</sup> Näher *Eschelbach* FS Richter II, 2006, S. 113, 124 ff.

<sup>70</sup> *Schünemann*, Wetterzeichen vom Untergang der deutschen Rechtskultur. Die Urteilsabsprachen im Strafprozess als Abgesang auf die Gesetzesbindung der Justiz und den Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung, 2005, S. 20; *Weider* StraFo 2003, 406, 408.

<sup>71</sup> Der „Mittelstreckentarif“ wird dann für ein Geständnis nach der aktenmäßigen Vorbereitung der Hauptverhandlung vergeben, während mit dem „Langstreckentarif“ die „streitige“ Hauptverhandlung sanktioniert wird. Diese Tarifvorgaben zeigen auch, dass ein Freispruch nicht mehr als reale Möglichkeit in Betracht gezogen wird.

<sup>72</sup> Ein Großverfahren ohne schriftliche Ausarbeitung eines Konzepts durch den Berichterstatter ernsthaft beraten zu wollen, ist illusorisch. Je umfangreicher der Fall ist, desto unverzichtbarer ist ein schriftliches Votum. Die generelle Verweigerung der Begründung der Eröffnungsentscheidung beruht meist darauf, dass ein hierfür verwendbares Votum nicht existiert.

<sup>73</sup> Zum Vorzug des planvollen Verhandeln gegenüber einer bei Gericht tatsächlich bisweilen anzutreffenden „planlosen“ Vorgehensweise anhand der Beweismittelliste der Anklageschrift *Leu* FS Richter II, 2006, S. 363, 369 f.

<sup>74</sup> *Rieß* FS Richter II, 2006, S. 433, 440.

<sup>75</sup> *KMR/Eschelbach*, StPO Vor § 213 Rn. 3.

<sup>76</sup> *Leu* FS Richter II, 2006, S. 363, 371 f.; *Bauer* StV 2008, 104, 106 beklagt neben quantitativen Kapazitätsgrenzen auch „in intellektueller Hinsicht begrenzte Ressourcen der Justiz“.

Arbeit bei der Pensenbewertung nicht belohnt, sondern eher bestraft wird, breitet sich eine Praxis, die größte Pensen durch schlichte Umgehung des Arbeitsaufwands „erledigt“, rasend schnell aus. Strafjustizjuristen, die schulmäßig vorgehen, sind dagegen nicht mehr konkurrenzfähig. Sie verschwinden aus dem Verdrängungswettbewerb mit den „Dealern“. Deren Zwischenverfahren ist aber nur noch eine theoretische Größe, denn wer einen raschen „Vergleich“ erhofft, prüft nicht mehr den riesigen Aktenbestand eines Großverfahrens genau nach.

#### 4. Annullierung der kontradiktorischen Hauptverhandlung durch Ergebnisabsprachen in „Vorgesprächen“

Nach dem konventionellen Strafverfahrensrecht bildet die kontradiktorisch ausgestaltete Hauptverhandlung den zentralen Kontrapunkt gegen die Verdachtsannahmen des Vor- und Zwischenverfahrens, der mit verschiedenen Mechanismen eine besondere Richtigkeitsgewähr für die abschließende Entscheidung über den strafrechtlichen Vorwurf gegen den Angeklagten liefern soll.<sup>77</sup> Die Hauptverhandlung ist prinzipiell öffentlich,<sup>78</sup> so dass eine Kontrolle des Gerichtsverfahrens durch Publizität stattfindet. Alle für die Urteilsfindung zuständigen Richter und alle notwendigen Prozessbeteiligten sind in der Hauptverhandlung ununterbrochen anwesend (§§ 145, 226, 338 Nr. 5 StPO) und zur Mitwirkung am Beweisgang durch Äußerungs-, Frage- und Antragsrechte berechtigt. Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gilt als originärer Beweiserhebungsakt und nur die in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise dürfen zur Grundlage des Urteils werden (§ 261 StPO). An der Urteilsfindung wirken auch Laienrichter mit, die grundsätzlich keine Aktenkenntnis haben<sup>79</sup> und daher auch nicht durch aktenkundige Verdachtsannahmen voreingenommen sind. Das Urteil wird zum Schuld- und Strafausspruch im Verurteilungsfall von einer qualifizierten Mehrheit aller Berufs- und Laienrichter getragen (§ 269 StPO), welche persönlich unabhängig (Art. 97 Abs. 1 GG) und in der Sache neutral (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK) nach Abschluss der Beweisaufnahme und nach umfassender Gewährung rechtlichen Gehörs an alle Verfahrensbeteiligten (§§ 257, 258 StPO) für ein bestimmtes Prozessergebnis stimmen. So lautet die Theorie, die zuerst schon von der Einseitigkeit des Vor- und Zwischenverfahrens<sup>80</sup>, dann aber auch noch zusätzlich von der Absprachenpraxis konterkariert wird.<sup>81</sup> Dort wird das Prozessergebnis in „Vorgesprächen“ punktgenau<sup>82</sup>

ausgehandelt, die nicht öffentlich stattfinden.<sup>83</sup> An den „Vorgesprächen“ nehmen typischerweise die Angeklagten<sup>84</sup> und auch Nebenkläger nicht teil, weil deren Anwesenheit unerwünscht ist.<sup>85</sup> Auch Schöffen sind oft nicht beteiligt; deren Rolle bei der Ergebnisfestlegung außerhalb der Hauptverhandlung ist zumindest unklar.<sup>86</sup> Das im „Vorgespräch“ gefundene Ergebnis wird für den Fall der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, zu denen typischerweise die Ablegung eines „glaubhaften“ Geständnisses gehört, genau bestimmt. Seine nachträgliche Offenlegung in der öffentlichen Hauptverhandlung<sup>87</sup> erfolgt erst, wenn das Resultat praktisch perfekt ist.<sup>88</sup> Die Offenlegung kann daher keine effektive Kontrollfunktion mehr erfüllen; denn der „point of no return“ ist nicht erst mit der Ablegung des Geständnisses, sondern schon mit dem Einlassen der Verteidigung auf Absprachen überschritten. Schon darin sehen die Justizjuristen nämlich ein Indiz für die Schuld des Angeklagten,<sup>89</sup> das in Verbindung mit den Perseveranzeffekten des Eröffnungsbeschlusses eine anschließende Verteidigung gegen den Vorwurf der Schuld dem Grunde nach vor demselben Gericht endgültig illusorisch werden lässt. Die protokollierte Version des wesentlichen Ergebnisses der Vorgespräche wird auch nicht selten nachträglich „pro forma“ den Vorgaben der höchstrichterlichen Rechtsprechung angepasst, ohne aber notwendigerweise detailgetreu mit dem übereinzustimmen, was außerhalb der Hauptverhandlung gesprochen wurde. „Glaubhaft“ ist ein absprachenkonformes Geständnis, das als Bedingung für den Vergleich vorausgesetzt wird, aus der Sicht der Strafjustizorgane nur dann, wenn es mit ihrem Vorstellungsbild nach der Aktenlage übereinstimmt. Das an die Bedingung angepasste Geständnis orientiert sich damit an einem Wunschbild, nicht an der Erinnerung einer Auskunftsperson an das reale Geschehen; die Absprachenpraxis nimmt damit auch aktiv Einfluss auf den Aussagegehalt eines Beweismittels; diese „forensische Wahrheit“ unterscheidet sich dadurch systematisch von der „materiellen Wahrheit“. Die Frage, ob nach Geständnisablegung noch weiterer Aufklärungsbedarf besteht, wird – allenfalls – durch Abgleich des Geständnisses mit dem Akteninhalt festgestellt.<sup>90</sup> Außerhalb des Wahrnehmungshorizonts des Angeklagten liegende Umstände, wie der Irrtum von Betrugsoptionen, werden interpoliert, um den Opfern zu deren angeblichem Schutz die Vernehmung in der Hauptverhandlung zu ersparen.<sup>91</sup> Eine in wesentlichen Punkten von den Verdachtsannahmen des Vor- und Zwischenverfahrens abweichende Einlassung

<sup>77</sup> Ransiek ZIS 2008, 116, 121.

<sup>78</sup> BGHSt 43, 195, 205.

<sup>79</sup> Zu Regel und Ausnahmen BGHSt 43, 36, 38 ff.; 43, 360, 363 ff.

<sup>80</sup> F. Meyer ZStW 119 (2007), 633, 653.

<sup>81</sup> Schünemann ZStW 119 (2007), 945, 950 ff.

<sup>82</sup> Zu dieser mit dem Richterrecht des BGH nicht kompatiblen Praxis Rieß FS Richter II, 2006, S. 433, 440. Auch die zur formalen Einhaltung der höchstrichterlichen Vorgaben im Protokoll als „Strafobergrenze“ benannte Strafmaßzusage ist meist ein Etikettenschwindel, weil die verhängte Strafe in der Praxis genau dieser Obergrenze entspricht; Siolek FS Rieß, 2002, S. 563, 569. Das Wissen um die punktgenaue Strafe für den Fall des Geständnisses ist ein Vertei-

digungsziel; Gössel FS Böttcher, 2007, S. 79, 88; B. Schmitt, GA 2001, 411, 422 f.

<sup>83</sup> Altenhain/Haimerl DRiZ 2005, 56 ff.

<sup>84</sup> Siolek FS Rieß, 2002, S. 563, 577.

<sup>85</sup> Hauer (Fn. 2) S. 65. Zum unattraktiven „Feilschen“ um die Strafe im „Vorgespräch“ beispielhaft BGH StV 2001, 554.

<sup>86</sup> Altenhain/Hagemeier/Haimerl NStZ 2007, 71, 74 f.; Siolek FS Rieß, 2002, S. 563, 577 f.; Stüber, Die Entwicklung des Prinzips der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren, 2005, S. 123 f.

<sup>87</sup> BGHSt 43, 195, 206.

<sup>88</sup> Hauer (Fn. 2) S. 181.

<sup>89</sup> Schünemann NJW 1989, 1895, 1899 f.

<sup>90</sup> Altenhain/Hagemeier/Haimerl NStZ 2007, 71, 76.

<sup>91</sup> Zu nicht geständnisfähigen Tatsachen Hauer (Fn. 2) S. 178 f.

führt hingegen dazu, dass eine zentrale Bedingung für das Zustandekommen der Bindungswirkung richterlicher Zusagen unerfüllt bleibt. Der Deal droht dann zu platzen, was zumindest keiner der professionellen Akteure riskieren will. Daher wird das Geständnis „passend“ formuliert, tunlichst vom Verteidiger, nicht vom Angeklagten, der „falsche“ Akzente aus seiner für die Dealer unmaßgeblichen Erinnerung hineinbringen könnte. An einem freien Bericht des Angeklagten, der für eine beweisrechtlich „richtige“ Glaubhaftigkeitsbeurteilung von besonderer Bedeutung wäre, haben die professionellen Akteure gerade kein Interesse mehr.<sup>92</sup> Aus beweisrechtlicher und aussagepsychologischer Sicht hat das Absprachenverfahren mit einer ernsthaften Wahrheitserforschung überhaupt nichts mehr zu tun.<sup>93</sup> Es geht der Sache nach nur um ein möglichst kunstvoll in Szene gesetztes „guilty plea“,<sup>94</sup> das zugleich zu einer für die Strafjustizjuristen höchst befriedigend wirkenden Selbsterfüllung ihrer Verurteilungsprognose führt. Auf prozessuale Rechte des Angeklagten, insbesondere auf das Beweisantragsrecht und das Recht zur Rechtsmitteleinlegung, wird von der Verteidigung typischerweise verzichtet, weil die Urteilsabsprache auf alsbaldige Prozessbeendigung mit Rechtskraftwirkung abzielt; nur die Rechtskraft und nicht die materielle Wahrheit ist das eigentliche Prozessziel. Urteilsgrundlage wird faktisch meist eine „geständnisgleiche Erklärung“, die vom Verteidiger anhand der von der Justiz geäußerten Vorgaben im Vorgespräch anhand des justiziellen Erwartungshorizonts aufgrund der Aktenlage formuliert und vom Angeklagten in der öffentlichen Hauptverhandlung „abgenickt“ wird,<sup>95</sup> worauf sie „ohne weiteres“<sup>96</sup> als dessen Wissenserklärung gilt.

Eine Überprüfung des so abgelegten „Geständnisses“ findet danach allenfalls noch daraufhin statt, ob es mit dem Beweisbild nach der Aktenlage, also praktisch mit dem „wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen“, wie es in der Anklageschrift zusammengefasst ist, übereinstimmt. Ist das so, dann entfällt jede weitere Prüfung; ist es nicht der Fall, dann „platzt der Deal“. Für den Angeklagten wäre eine fehlgeschlagene Urteilsabsprache allerdings

fatal.<sup>97</sup> Er hat dann bereits den „point of no return“ überschritten,<sup>98</sup> weil die Perseveranz- und Schulterchlussseffekte, die ohnehin bestehen,<sup>99</sup> durch die vom Angeklagten über seinen Verteidiger angedeutete Geständnisbereitschaft derart anwachsen, dass eine Verteidigung gegen einen Schuldspruch danach praktisch aussichtslos ist. Wenn der Angeklagte dann aber immer noch seine Unschuld beteuert und um einen Freispruch kämpft, dann wird er – unausgesprochen – wegen dieser Impertinenz besonders hart bestraft. Das Ausweichen der Verteidigung gegen solche Urteile auf Verfahrensbeanstandungen ist ein Umweg, der jedoch von den Revisionsgerichten im Vertrauen auf die sachlich-inhaltliche Richtigkeit des Urteils durch Überhöhung formaler Hürden blockiert wird.<sup>100</sup>

Das formal bestehende Recht zur Richterablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit ist kein effektives Verteidigungsmittel gegen die nach Überschreitung des „point of no return“ potenzierten Perseveranz- und Schulterchlussseffekte, weil diese Effekte sich vor dem Urteil nicht in einer Weise äußern, dass sie mit einem Ablehnungsgesuch mit Erfolg aufgezeigt werden könnten. Sie lassen sich vor dem Urteil nicht belegen und danach ist es nach § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO zu spät.<sup>101</sup> Eine Richterablehnung nach fehlgeschlagener Urteilsabsprache verschlechtert nur die Position der Verteidigung.

Auf eine effektive Rechtskontrolle durch die Revisionsinstanz aufgrund der Sachrüge zu hoffen, ist eine schwache Illusion; denn erfahrene Tatrichter können ein Urteil „revisionssicher“ gestalten,<sup>102</sup> ohne dass dies irgendetwas über die sachlich-inhaltliche Richtigkeit aussagt. Selbst Urteile, die bei Kenntnis aller Umstände evident falsch sind, haben im Revisionsverfahren Bestand.<sup>103</sup> So ist eine Darstellungslücke, die allein aus dem Urteilstext heraus nicht auffällt, auch dann nicht erfolgreich zu rügen, wenn jeder Prozessbeobachter nach seinem Eindruck von der Hauptverhandlung klar erkennen könnte, dass eindeutige Entlastungsbeweise, die tatsächlich Gegenstand der Hauptverhandlung waren, im Urteil verschwiegen werden.<sup>104</sup> Die Rüge, das Urteil stelle Zeugenaussagen oder Gutachteninhalte anders dar, als sie in den Akten oder in

<sup>92</sup> Schlothauer StV 2007, 623 f.

<sup>93</sup> Hauer (Fn. 2) S. 66 f.

<sup>94</sup> Ähnlich Rieß FS Richter II, 2006, S. 433, 440. Zwar könnten Annäherungen an die Wahrheit, die nach einer Konsensmaxime getroffen werden, vielleicht de lege ferenda noch hingenommen werden, wenn der Strafprozess keine weiteren Folgen hätte. Jedoch entfällt der Nutzeffekt der Arbeitseinsparung durch Reduktion der strafgerichtlichen Erkenntnis auf eine solche „forensische Wahrheit“ spätestens dann, wenn für Prognoseentscheidungen im Strafvollstreckungsverfahren, für die Bewertung der Indizbedeutung der Verurteilung in späteren Strafverfahren, für einen Zivilprozess (OLG Koblenz StraFo 2007, 295 ff.) oder für ein berufs- oder disziplinarrechtliches Verfahren doch die „materielle Wahrheit“ von Bedeutung ist.

<sup>95</sup> Die tatrichterliche Praxis neigt dazu, es als ausreichend anzusehen, wenn der Angeklagte der Verteidigererklärung „in keiner Weise widersprochen“ hat und zwar selbst dann, wenn der Angeklagte bekundet, er trete der Anklage nur „aus pragmatischen Gründen“ nicht entgegen und „auf konkrete Nachfrage“ hinzufügt, er werde kein Schuldeingeständnis abgeben; BGH NStZ 2006, 408; ferner BGH NStZ 2005, 703.

<sup>96</sup> BGH StV 1998, 59 mit Anm. Park; abl. Geppert FS Rudolphi, 2004, S. 643, 658; Hauer (Fn. 2) S. 177.

<sup>97</sup> Heller, Die gescheiterte Urteilsabsprache, 2004, S. 33.

<sup>98</sup> Schünemann (Fn. 34), B 42 und ZStW 119 (2007), 945, 951 f.

<sup>99</sup> Gössel FS Meyer-Goßner, 2001, S. 189; Hauer (Fn. 2) S. 100 f.; Schünemann StV 2000, 159, 161 ff.

<sup>100</sup> Vgl. BGH StV 2008, 123, 124 mit Anm. Ventzke; Bauer StV 2008, 104, 105 weist nicht ohne Grund darauf hin, dass der Tatrichter keine Verfahrensrüge mehr zu befürchten braucht, wenn es ihm gelingt, dem Revisionsgericht zu suggerieren, dass sein Urteil sachlich zutreffend sei.

<sup>101</sup> Das aus der Neutralitätsgarantie folgende Verfassungsverbot der Zulassung einer nachträglichen Richterablehnung oder Befangenheitsbeanstandung hat sich noch nicht durchgesetzt, vgl. G. Vollkommer, Der ablehnbare Richter. Die Durchsetzung des verfassungsrechtlichen Gebots richterlicher Unabhängigkeit im Prozess, 2001, S. 266 ff.

<sup>102</sup> Wilhelm ZStW 117 (2006), 142, 143.

<sup>103</sup> Vgl. den skandalösen Fall bei Rückert (Fn. 16) S. 156. Zur folgenlosen revisionsrichterlichen Drohung gegen Wahrheitsverdrehungen mit dem Rechtsbeugungstatbestand BGHSt 43, 212, 216.

<sup>104</sup> Zur Praxis allgemein Schlothauer StV 1992, 134 ff.; zum grob fahrlässigen Umgang mit der Wahrheit im Beispielfall (Fn. 16) Erb FS Küper, 2007, S. 29, 35.

der Hauptverhandlung wahrzunehmen waren, hat selbst dann, wenn für Prozessbeobachter eindeutig eine „Wahrheitsverdrehung“ stattgefunden hat<sup>105</sup> oder das Urteil „frisirt“ wurde,<sup>106</sup> generell keine Aussicht auf Erfolg, weil die Revisionsgerichte sich auf das „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ zurückziehen.<sup>107</sup> Allenfalls Berufsanfänger oder sehr überlastete Richter machen insoweit noch reversible Darstellungsfehler beim Absetzen des Urteils.<sup>108</sup> Die Inhalte von Einlassungen der Angeklagten und Mitangeklagten, von Zeugenaussagen oder Sachverständigenbekundungen werden schließlich nach § 273 Abs. 1 StPO auch nicht festgehalten und entziehen sich dadurch – in verfassungswidriger Weise – der Rekonstruktion durch das Revisionsgericht.<sup>109</sup> Daher sind Urteile, die namentlich bei Verteidigern den Eindruck erwecken, sie hätten „den falschen Film“ gesehen,<sup>110</sup> unangreifbar, auch wenn sie sachlichinhaltlich evident falsch sind. Die dagegen gerichtete Behauptung,<sup>111</sup> es sei „absurd“ anzunehmen, ein Tatrichter könne bestimmte Entlastungsbeweise im Urteil weglassen, um die Revision leer laufen zu lassen, ist ein Glaubensbekenntnis, das jedoch mit der Wirklichkeit nichts zu tun hat. Das war schon in den Anfangstagen der Reichsstrafprozessordnung so<sup>112</sup> und es ist in jüngerer Zeit vor dem Hintergrund der trichterlichen Abwehr der „erweiterten Revision“ zunehmend zu beobachten. Wer außerdem neuerdings nahezu bedingungslos „dealt“, um die Rechtskraft herbeizuführen, der lässt auch die Revision leer laufen wo er nur kann, wenn er im Einzelfall keinen Rechtsmittelverzicht der Verteidigung herbeizuführen vermag. Die bekannten Perseveranz- und Schulterschlusseffekte kommen hinzu.<sup>113</sup>

Für all dies findet sich eindrucksvoller Beispielsstoff. Sabine Rückert beschreibt einen skandalösen, aber die Justiz dennoch nicht zu Einsicht bewegenden Fall: Einem Angeklagten war vorgeworfen worden, er habe ein Opfer auf dem Beifahrersitz eines Pkw vergewaltigt, indem er im Fußraum vor dem Opfer gekniet habe. In der Hauptverhandlung wurde ein Rekonstruktionsversuch unternommen, der augenfällig ergab, dass das korpulente „Opfer“ und der „Täter“ in das Originalfahrzeug so gar nicht hineinpassen.<sup>114</sup> Statt nun den Vorwurf im Ganzen in Frage zu stellen, schritt das Gericht nicht etwa zu weiterer Sachaufklärung oder zum Freispruch, sondern

es bot der Verteidigung einen Deal an, wonach der Angeklagte irgendetwas weniger Gravierendes einräumen sollte und dafür mit einer milden Bewährungsstrafe davonkommen könne. Der Verteidiger riet dem Mandanten trotz der Ungeheuerlichkeit des richterlichen Verhaltens zu diesem Deal, was dieser empört mit der Aufkündigung des Mandats quittierte. Die Hauptverhandlung wurde ausgesetzt. In der neuen Hauptverhandlung wurde der Rekonstruktionsversuch geflissentlich verschwiegen. Der erkennbar unschuldige Angeklagte wurde verurteilt. Die Revision gegen dieses Fehlurteil wurde als offensichtlich unbegründet verworfen. Der Angeklagte verbüßte die mehrjährige Haftstrafe vollständig, bevor er nach einer Wiederaufnahme des Verfahrens rehabilitiert wurde. Eine Lehre daraus ist, dass die Revision in jenem Fall also als Mittel der Kontrolle vollkommen untauglich war; ihr Misserfolg stärkte sogar im Wiederaufnahmeverfahren die dann immer noch über lange Zeit aufrecht erhaltene Fehlmeinung der Justiz, dass die Verurteilung doch zu Recht erfolgt sei. Die Prämisse der Revisionsgerichte, dass Tatrichter die wesentlichen be- und entlastenden Umstände vollständig im Urteil erörtern, war in jenem Falle falsch und sie trifft in ungezählten anderen Fällen auch nicht zu. Das einzige wirksame Mittel zur Korrektur des evidenten Fehlurteils war im Beispielsfall ein Wiederaufnahmeantrag, der aber erst aufwändig vorbereitet und besonders mühevoll durchgesetzt werden musste, weil die generell wiederaufnahmefeindliche<sup>115</sup> Justiz nach Eintritt der Rechtskraft „kratzt und beißt“, wenn ihr – zu Recht – grobe Fehler vorgeworfen werden.<sup>116</sup> Der zwischenzeitliche Versuch des Tatgerichts nach einer Rekonstruktion, welche die Unmöglichkeit einer angeklagten Tat sichtbar gemacht hatte, dennoch eine Absprache über ein mildes Urteil herbeizuführen, zeigt schlaglichtartig auf, wozu die Absprachenpraxis fähig ist. Sie trachtet im Extremfall rücksichtslos danach, fehlerhafte Ermittlungsansätze zu kaschieren.<sup>117</sup> Die Hauptverhandlung mit ihren Förmlichkeiten entfaltet dagegen nur eine rudimentäre Schutzwirkung, solange kein Inhaltsprotokoll existiert und anschließend keine wirklich effektive Rechtskontrolle stattfindet. Eine Absprachenpraxis, die auf die schützenden Formen der Hauptverhandlung substanziell verzichtet, nimmt dem strafrichterlichen Urteilsausspruch jede „Legitimation durch Verfahren“.<sup>118</sup>

Die „Konsensmaxime“ bezieht nur eine partielle Legitimation<sup>119</sup> aus ihrer These der freiwilligen Mitwirkung aller Verfahrensbeteiligten. Wirkliche Willensfreiheit besitzt der Angeklagte, der regelmäßig von der Ergebnissfestlegung im Vorgespräch ausgeschlossen wird und dann nur ein „Objekt des Verfahrens“ ist, tatsächlich

<sup>105</sup> Rückert (Fn. 16) S. 152.

<sup>106</sup> Alsberg, Justizirrtum und Wiederaufnahme, 1913, S. 39.

<sup>107</sup> Nack FS Rieß, 2002, S. 361, 368; G. Schäfer FS Rieß, 2002, S. 477 (479); Wahl NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, 73, 74; a.M. Wilhelm ZStW 117 (2006), 142, 154 ff.

<sup>108</sup> Paeffgen FG Peters, 1984, S. 61, 79.

<sup>109</sup> Meyer-Mews NJW 2004, 716 ff.; s.a. Tsambikakis Kunert-Symposium, 2006, S. 87, 94.

<sup>110</sup> Nack FS Rieß, 2002, S. 361, 368; Wahl NJW-Sonderheft für G. Schäfer, 2002, 73, 74; Widmaier in: Münchener Anwalts-handbuch Strafverteidigung, 2006, § 9 Rn. 104.

<sup>111</sup> OLG Oldenburg Beschl. vom 10.7.2006 – 1 Ws 355/06 – in dem von Sabine Rückert (Fn. 16) beschriebenen Fall, in dem aber offensichtlich das Gegenteil zutrifft und später auch die Wiederaufnahme zugelassen wurde; LG Osnabrück Beschl. vom 26.7.2007 – 3 AR 103 Js 3479/04 – 4/07; OLG Oldenburg Beschl. vom 21.8.2007 – 1 Ws 463/07.

<sup>112</sup> Alsberg (Fn. 106) S. 37.

<sup>113</sup> Hauer (Fn. 2) S. 227; s.a. Nestler Schünemann-Symposium, 2006, S. 15, 20.

<sup>114</sup> Rückert (Fn. 16) S. 135 ff. mit Fotos.

<sup>115</sup> Dippel in: Jescheck/Meyer (Hrsg.), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, S. 90; KMR/Eschelbach, StPO Vor § 359 Rn. 28; K. Peters, Fehlerquellen im Strafprozess. Eine Untersuchung der Wiederaufnahmeverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1974, S. 15; Stern NStZ 1993, 409, 412 ff.; Strate StV 1999, 228, 229 f.; Theobald (Fn. 2) S. 1; Waßmer Jura 2002, 454, 460.

<sup>116</sup> Rückert (Fn. 16) S. 191 ff.

<sup>117</sup> Zur Bedenklichkeit Erb FS Küper, 2007, S. 29, 35.

<sup>118</sup> Allgemein zum Erfordernis der „Legitimation durch Verfahren“ Gaede, Fairness als Teilhabe. Das Recht auf konkrete und wirkliche Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 363 ff.

<sup>119</sup> Hassemer FS Hamm, 2008, S. 171, 186 ff.

nicht.<sup>120</sup> Seiner bestreitenden Einlassung wird auch sonst generell nicht geglaubt.<sup>121</sup> Die Festlegung von Staatsanwaltschaft und Gericht auf ein mit Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss konformes Prozessergebnis ist kaum zu erschüttern. Auch die Verteidiger trachten in aller Regel alsbald nach einem raschen Ende der Hauptverhandlung, zumal die finanziellen Mittel der Mandantschaft meist bald erschöpft sind, so dass eine lange Hauptverhandlung durch zeitliche Bindung und defizitären Ertrag für sie völlig unattraktiv ist. Die Durchsetzung des Kampfes um das behauptete Recht auf Freispruch „durch alle Instanzen“ wird auch in den Rechtskontrollinstanzen durch völlig übertriebene Anforderungen an die Zulässigkeit von Revision<sup>122</sup> und Urteilsverfassungsbeschwerden<sup>123</sup> zu einem aufwändigen und wenig aussichtsreichen Unterfangen. Der Angeklagte wird vor diesem Hintergrund bei der Entscheidung, ob er den „point of no return“ überschreitet, auch noch unter Zeitdruck gesetzt, denn nur der rasche Deal ist das Ziel der Akteure. Die Lock- und Drohwirkungen von milder Strafe bei Unterwerfung und höherer Sanktion bei kämpferischer Verteidigung kommen hinzu. Ist auch eine aktuelle Freiheitsentziehung durch Untersuchungshaft<sup>124</sup> im Fall einer konsensualen Verteidigung zumindest vorübergehend zu beenden, dann ist in der Summe der Aspekte der anwaltliche Rat zur Verständigung mit der Justiz so gewichtig, dass oft auch ein Unschuldiger nachgibt. Die Verifizierung einer Willensfreiheit der Hauptperson, deren Zustimmung das abgesprochene Strafurteil legitimieren könnte, gelingt bei dieser Lage nicht. Ein Vergleich des abgesprochenen Urteils mit einem Strafbefehl ist verfahrenspsychologisch verfehlt und rechtlich nicht haltbar, denn sonst könnte der Gesetzgeber schließlich einfach das Strafbefehlsverfahren weiter ausdehnen und dadurch die Absprachenverfahrensordnung ersetzen; dass dies nicht erwogen wird, zeigt den Unterschied zwischen Strafbefehlsverfahren und Urteilsabsprachenverfahren deutlich an. Auch die Mitwirkung eines Verteidigers an der Urteilsabsprache erzeugt keine ausreichende Legitimationswirkung, weil der Angeklagte sich selbst autonom verteidigen darf (Art. 6 Abs. 3 lit. c MRK) und der Verteidiger nicht sein Stellvertreter ist. Die Verteidigererklärung ist per se keine Sacheinlassung des Angeklagten<sup>125</sup> und keine eigene Wissenserklärung, sondern allenfalls eine – noch dazu durch das Aktenwissen des Verteidigers und die Absprachenbedingung der Glaubhaftigkeitsannahme durch Aktenkonformität beeinflusste – Erklärung vom Hörensagen. Die Absprachenpraxis ist daher nicht inhaltlich legitimiert, weil sie nicht mehr genügend auf die Feststellung des wahren Sachverhalts ausgerichtet ist. Die Perpetuierung ihrer Ergebnisse wird nur möglich, wenn die Rechtskraftwirkung des formell rechtskräftigen Urteils auch rechtlich gegen jeden nachträglichen Angriff verteidigt wird. Der Verzicht auf Rechtsmittel ist die Geschäftsgrundlage der Urteilsab-

sprachen; die richterrechtlich dazu geforderte „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung“ bleibt ohne praktisch wirkungsvolle Bedeutung.<sup>126</sup> Eine Wiederaufnahme des Verfahrens ist hiernach das dem Prozessziel der Absprachenpraxis entgegen gesetzte Ziel. Daher stellt sich die Frage, ob sie von der Praxis in ähnlicher Weise wie die Revision entwertet werden kann, weil anstelle der Wahrheitserforschung die Rechtskraft zum Prozessziel gemacht wird.

## II. Erforderlichkeit einer Tatsachenkontrolle versus Verabsolutierung der Rechtskraft

Das Strafrecht ist immer noch die ultima ratio des Staates im Vorgehen gegen seine Bürger. Es soll nur den wirklich Schuldigen treffen. Die Feststellung der strafrechtlichen Schuld auf der Tatsachenebene ist daher ein Erfordernis des Schuldprinzips. Das Schuldprinzip<sup>127</sup> stellt zugleich besondere Anforderungen an das Verfahren zur Durchsetzung des materiellen Rechts.<sup>128</sup> Außerdem muss die Schuldfeststellung, die insbesondere während der Strafvollstreckung, aber auch noch darüber hinaus den Verurteilten bemakelt und dadurch eine andauernde Eingriffswirkung entfaltet, dauernd legitimiert sein. Die Rechtskraft<sup>129</sup> des Schuld- und Strafausspruches ist dafür nur ausreichend, solange nicht aufgrund von Tatsachen oder Beweismitteln, die das Erstgericht nicht erwogen hat, auf Antrag des Verurteilten in einem justizförmigen Verfahren mit einiger Wahrscheinlichkeit ein zumindest zum Schuldspruch günstigeres Resultat erreichbar ist. Das rechtskräftige Strafurteil entfaltet nämlich keine Gestaltungswirkung, wie etwa ein zivilgerichtliches Urteil, sondern es bedarf der im Kern fortwirkenden Annahme seiner Gründung auf die Feststellung eines wahren Geschehensablaufs. Es gibt demnach im Strafprozess nur eine durch die tatsächliche Richtigkeit des Urteils bedingte Rechtskraft.<sup>130</sup> Stellt sich nachträglich die Unrichtigkeit der Urteilsfeststellungen heraus, dann muss unter Umständen auch lange nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils dessen Aufhebung effektiv möglich sein. § 359 Nr. 5 StGB gestattet dies bei Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweise, die geeignet sind, u.a. einen Freispruch herbeizuführen, während etwa die §§ 579, 580 ZPO für den Zivilprozess nichts Vergleichbares vorsehen.<sup>131</sup> Die Möglichkeit zur nachträglichen Urteilsaufhebung im Strafverfahrensrecht wegen neuer freispruchsrelevanter Erkenntnisse folgt dagegen aus

<sup>120</sup> Eidam, Die strafprozessuale Selbstbelastungsfreiheit am Beginn des 21. Jahrhunderts, 2004, S. 244 ff.

<sup>121</sup> Geipel AnwBl. 2006, 784 ff.; Meyer-Mews NJW 2000, 916.

<sup>122</sup> Dass § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO „erbarmungslos ausgelegt“ wird, räumt Basdorf StV 1997, 488, 489 ein.

<sup>123</sup> Eschelbach/Gieg/Schulz NStZ 2000, 565 ff.

<sup>124</sup> Zur Förderung von falsch Geständnissen durch Untersuchungshaft Stern StV 1990, 563.

<sup>125</sup> Olk, Die Abgabe von Sacherklärungen des Angeklagten durch den Verteidiger, 2006, S. 115 ff.

<sup>126</sup> Altenhain/Hagemeyer/Haimerl NStZ 2007, 71, 77.

<sup>127</sup> BVerfGE 80, 244, 255; 110, 1, 13.

<sup>128</sup> BVerfGE 57, 250, 275; 74, 358, 370; 84, 82, 87; 118, 212, 231.

<sup>129</sup> Allgemein dazu BVerfGE 103, 111, 139. Zur gesetzgeberischen Regelungsbefugnis hinsichtlich der Rechtskraft BVerfGE 15, 313, 319. Aufgabe der Rechtskraft ist es, dem Rechtsfrieden zu dienen. Dieser Sinn wird verfehlt, wenn die Entscheidung die Rechtslage substantiell nicht klärt; BVerfGE 47, 146, 161.

<sup>130</sup> Gerland, Der deutsche Strafprozess. Eine systematische Darstellung, 1927, S. 346; H. Mayer Der Gerichtssaal 99 (1930), 299, 304; K. Peters (Fn. 115) S. 2 f.; zur rechtsstaatlichen Bedeutung der Richtigkeit des Urteils Gräns, Das Risiko materiell fehlerhafter Urteile, 2002, S. 55 ff.

<sup>131</sup> OLG Koblenz Urt. vom 26.11.2007 – 12 U 1452/06.

dem Schuldgrundsatz und sie ist deshalb unverzichtbar. Die Wiederaufnahme des Verfahrens steht in Strafsachen zudem eher den Rechtsmitteln gleich, wie § 365 StPO bezeugt; sie ist insoweit gar keine derart extraordinäre Ausnahme, wie es oft behauptet wird, sondern ein integraler Bestandteil des strafprozessualen Kontrollsystems. Schon bei der Schaffung der Reichsstraßprozessordnung stand zudem fest, dass die Wiederaufnahmemöglichkeit jedenfalls dort gänzlich unverzichtbar ist, wo es keine Berufungsinstanz gibt.<sup>132</sup>

Die Hauptverhandlung vor dem Tatgericht gilt nach herkömmlicher Auffassung als das Kernstück oder der Höhepunkt des Strafverfahrens.<sup>133</sup> Sie ist nach wie vor auf bestmögliche Wahrheitsforschung ausgerichtet.<sup>134</sup> Ob das Ziel aber stets erreicht wird, erscheint generell zweifelhaft, wenn wahrgenommen wird, dass die Freispruchsquote in Deutschland bei ungefähr 3 %, diejenige in den USA unbeschadet des andersartigen Systems, dem sich der deutschen Strafprozess aber anzunähern trachtet, immerhin bei rund 30 % liegt. Beide Zahlen verbürgen natürlich nicht das „richtige“ Resultat, weil jeweils eine Validierung fehlt. Jedoch wird die Zuverlässigkeit der erheblich geringeren Freispruchsquote vor deutschen Gerichten zumindest ernsthaft dadurch in Frage gestellt, dass die Aktenkenntnis deutscher Berufsrichter, ihr „Vorurteil“ aus dem eigenen Eröffnungsbeschluss, der die Anklage bereits im Freibeweisverfahren bestätigt hatte,<sup>135</sup> und die nur intuitive richterliche Beweiswürdigung unter systematischer Vernachlässigung von „Nullhypothesen“ eine tendenziell einseitige Betrachtungsweise zur Folge hat. Während Revisionsrichter die Richtigkeit einer niedrigen einziffrigen Prozentzahl von Freisprüchen hinzunehmen bereit sind,<sup>136</sup> gehen Wiederaufnahmegerichte nach ihren Erfahrungen mit Urteilsfehlern davon aus, dass die Fehlerquote im zweiziffrigen Prozentbereich liegt.

Wie unverzichtbar eine Möglichkeit zur effektiven Urteilskorrektur im Rechtsstaat ist, zeigen die Folgen – erkennbarer, aber hartnäckig ignoriertes – Fehlurteilungen bei der Strafvollstreckung gegenüber Tatverleugnern. Ist ein Unschuldiger zu einer zu Freiheitsstrafe ohne Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt worden, dann wird er in der Strafvollstreckung, wenn er dort immer noch an der Leugnung festhält, besonders hart bestraft. Er ist für Sozialtherapien nicht geeignet, verliert deshalb die Möglichkeit von Haftlockerungen, weil er wegen der Tatverleugnung als gefährlich gilt und er hat

kaum realistische Chancen auf eine bedingte Entlassung. Das alles gilt vom Standpunkt der bisher herrschenden Rechtsprechung aus auch dann, wenn Sachverständige mit einer Gefährlichkeitsprognose beauftragt werden und Hinweise auf die tatsächliche Unschuld finden, aber durch die Vollstreckungsgerichte darauf verpflichtet werden, an die Richtigkeit der Urteilsfeststellungen zu glauben.<sup>137</sup> Die Rechtskraft wird damit faktisch zu einer die materielle Wahrheit umgestaltenden Kraft. Vom naturwissenschaftlichen Standpunkt aus ist das unhaltbar.<sup>138</sup> Vom Standpunkt des überkommenen Strafprozessrechts aus ist es auch rechtlich fehlerhaft. Aber die Praxis, für welche die Erreichung und Aufrechterhaltung der Rechtskraft und ihres Glaubens an die Richtigkeit des Resultats ein verfahrenspsychologischer Selbstschutz ist, weigert sich dies anzuerkennen. Die Unschuldsvermutung wirkt nach Eintritt der Rechtskraft nicht mehr für den Verurteilten. Wenn er therapiert werden will, um Haftlockerungen und eine Strafrestauesetzung zur Bewährung zu erlangen, muss er den gegebenenfalls falschen Vorwurf „aufarbeiten“. Das kollidiert jedoch immerhin noch mit dem Grundsatz „nemo tenetur se ipsum accusare“.<sup>139</sup>

Die Rechtskraft der Verurteilung ist für die Straßjustiz in Zeiten von Urteilsabsprachen mehr denn je eine „heilige Kuh“,<sup>140</sup> die aus seiner Sicht nicht geopfert werden darf. Dabei hat sie von einem an der Zielrichtung der Erforschung materieller Wahrheit orientierten Blickwinkel aus gesehen eigentlich gerade dann, wenn das Urteil auf einer Ergebnisabsprache beruht, keine erhebliche Daseinsberechtigung;<sup>141</sup> denn die Beweisgrundlagen eines abgesprochenen Urteils, das nach einem „schlanken“ oder vom Verteidiger absprachenkonform vorformulierten Geständnis gefällt wird, sind vom Standpunkt der Beweislehre und der Aussagepsychologie sowie der Kriminologie aus gesehen sogar extrem schwach. Sie geben dem Urteil keine angemessene „Legitimation durch Verfahren“ und können deshalb nach dem überkommenen Wiederaufnahmerecht fast problemlos durch einen plausiblen Geständniswiderruf<sup>142</sup> umgestoßen werden. Das passt naturgemäß nicht ins Konzept der Absprachenjudikatur, die bisher freilich nur wenige Gedanken auf das Wiederaufnahmerecht angewendet hat. Die Revisionsgerichte haben sich durch die lediglich auf Ermöglichung des absprachentypischen Rechtsmittelverzichts<sup>143</sup> ausgerichtete, aber praktisch ineffektive<sup>144</sup> richterrechtliche Erfindung der „qualifizierten Rechtsmittelbelehrung“ selbst entmachtet. Danach ist das Wiederaufnahmerecht der letzte liquide Gegenpol gegen Urteile, die allein auf einer Ergebnisabsprache und einem absprachenkonformen Geständnis beruhen. Das gilt auch deshalb, weil die

<sup>132</sup> Hahn, Die gesamten Materialien zur Strafprozessordnung, 1880, S. 263.

<sup>133</sup> BVerfGE 64, 135, 148; 74, 358, 372; 86, 288, 318; BGHSt 3, 13, 16; 46, 349, 352 f.

<sup>134</sup> BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61; 86, 288, 318; BGHSt 2, 99, 105; 9, 280, 281; 10, 186, 191 f; 13, 252, 254; 19, 367, 368 ff; 21, 334, 360; 22, 154, 155; 25, 176, 177 f; 32, 115, 127; 45, 342, 347 f; 47, 62, 65; 49, 112, 120.

<sup>135</sup> Schünemann StV 2000, 159, 161.

<sup>136</sup> Meyer-Goßner ZStW 119 (2007), 938, 943, der in der Freispruchsquote von unter 4 % einen Beleg für die Richtigkeit des Eröffnungsbeschlusses sieht, was im Hinblick auf Perseveranz- und Schulterschlusseffekte aber fast wie ein Zirkelschluss wirkt. Die Freispruchsquote ist jedenfalls zu niedrig (vgl. Fn. 2), auch weil sie nicht selten auf einem ignoranten Festhalten am Eröffnungsbeschluss beruht. Sabine Rückert (Fn. 16) beweist das exemplarisch.

<sup>137</sup> Abl. Bock/Schneider NStZ 2003, 337 ff. m.w.N.

<sup>138</sup> Brettel, Tatverleugnung und Strafrestauesetzung. Ein Beitrag zur Praxis der Kriminalprognose, 2007, S. 197.

<sup>139</sup> Eidam (Fn. 120) S. 350 ff.

<sup>140</sup> K. Peters (Fn. 115) S. 17; s.a. Strate in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl., Teil E Kap. 8 Rn. 10: „Sabbat aller Prinzipien“.

<sup>141</sup> Strate in: Widmaier (Hrsg.) Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 24 Rn. 2 mit Fn. 4.

<sup>142</sup> Allgemein zum Geständniswiderruf Stern StV 1990, 563 ff.

<sup>143</sup> Abl. Gössel JR 2008, 83 ff.

<sup>144</sup> Duttge FS Böttcher, 2007, S. 53, 70 f.; F. Meyer HRRS 2005, 235, 241 ff.

am Deal beteiligten professionellen Akteure kein Rechtsmittel einzulegen pflegen, da sie andernfalls künftig von der Justiz nicht mehr als Verhandlungspartner akzeptiert werden.<sup>145</sup> Die Revision ist schließlich schon im Normalfall des Verfahrens nach der Strafprozessordnung kein effektives Mittel zur Kontrolle der sachlichen Richtigkeit des tatrichterlichen Urteils. Dafür ist sie weder vom Gesetzgeber vorgesehen noch wegen der Prüfungsgrenzen durch das „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ auch nach den Maßstäben der „erweiterten Revision“ praktisch geeignet. Im Fall der Urteilsabsprachen und der geständigen Einlassung des Angeklagten ist die Revision mit der Sachrüge oder einer verfahrensrechtlichen Aufklärungs- oder Darstellungsrüge erst recht nicht geeignet, eine nennenswerte Richtigkeitsgewähr zu bieten. Der Angeklagte, der an den „Vorgesprächen“, in denen das Prozessergebnis außerhalb der Hauptverhandlung zwar ohne rechtliche Verbindlichkeit, aber doch praktisch endgültig festgelegt wird, nicht beteiligt wird, ist ein bloßes „Objekt des Verfahrens“; er soll alleine das Geständnis liefern, das seine zentrale Handelsware ist.<sup>146</sup> Diese Rolle ist jedoch mit Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG unvereinbar und bedarf zumindest nachträglich der Korrektur, notfalls eben im Wiederaufnahmeverfahren.<sup>147</sup> Der Rechtsschutz des Angeklagten im Absprachenverfahren ist im Übrigen ineffektiv; das kollidiert mit Art. 19 Abs. 4 GG. Die Tatsachenfeststellungen des Strafgerichts aufgrund des akten- und absprachenkonformen Geständnisses haben mit einer Erforschung des wahren historischen Geschehens nichts zu tun; das ist mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar. Werden das Zwischenverfahren und die Hauptverhandlung faktisch annulliert, dann bleibt auch der Anspruch auf Justizgewährung unerfüllt. Die dem Schuldprinzip entsprechende Gewährleistung der kontradiktorisch ausgestalteten Beweisprüfung in einer öffentlichen Hauptverhandlung durch ein neutrales Gericht wird von der Absprachenpraxis missachtet.<sup>148</sup> Ebenso, wie im US-amerikanischen Recht eine Verfassungsgarantie für ein „jury-trial“ besteht,<sup>149</sup> dessen Vorzug zur Vermeidung von durchgreifenden Perseveranz- und Schulterchlussdefekten<sup>150</sup> in der fehlenden Aktenkundigkeit der Jury besteht, welche auch an Verfahrensabsprachen nicht beteiligt sein darf, muss im deutschen Recht aufgrund verfassungsrechtlicher Verbürgungen eine Möglichkeit eröffnet werden, eine wenigstens einmalige vollständige Beweisprüfung in einem kontradiktorischen Verfahren durch ein unvoreingenommenes Gericht in einer öffentlichen Hauptverhandlung herbeizuführen. Der Verzicht darauf

durch Mitwirkung an der verfahrensbeendenden Urteilsabsprache ist unerheblich, sofern er nicht auf einem völlig unbeeinflussten Willensentschluss des Angeklagten beruht. Das ist in Fällen der objektiv fehlerhaften Beratung<sup>151</sup> des Angeklagten durch seine Verteidiger,<sup>152</sup> die selbst von dem Deal profitieren<sup>153</sup> und in der courtroom-workgroup<sup>154</sup> mit den Justizjuristen einen „Superschulterchluss“ eingehen,<sup>155</sup> nicht der Fall.<sup>156</sup> Es ist nicht der Fall, wenn seitens der Justiz eine „Sanktionschere“ in den Raum gestellt wurde, vor welcher der Angeklagte kapituliert. Auch eine freiwillige Unterwerfung des Angeklagten unter ein „Vergleichsangebot“ mit der Folge, dass allein aufgrund eines ungeprüften schlanken Geständnisses der Anklagesatz in Urteilsfeststellungen umgewandelt wird, ist Anlass genug, den Angeklagten an diesem Urteil, dem beweisrechtlich jede „Legitimation durch Verfahren“ fehlt, nicht festzuhalten, sobald er durch einen zulässigen Rechtsbehelf dagegen vorgeht.

Die Wiederaufnahme des Verfahrens ist ein Korrekturmittel, das gegenüber Maßnahmen zur anfänglichen Vermeidung eines Fehlurteils nachrangig ist. Wird die gesetzliche Verfahrensstruktur zur Vermeidung von Fehlurteilen durch eine nach Belieben agierende Absprachenpraxis umgangen, dann erlangt das Wiederaufnahmerecht eine neue Bedeutung. Im alten Inquisitionsprozess war die Wiederaufnahme des Verfahrens schon beim schlichten Vortrag neuer Umstände zulässig.<sup>157</sup> Nähert sich die Absprachenpraxis dem alten Inquisitionsprozess wieder an, dann muss auch die Wiederaufnahme des Verfahrens großzügiger als bisher eröffnet werden. Andernfalls ist die moderne Inquisition schlimmer als diejenige, die von der Reichsstrafprozessordnung überwunden worden war. Der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens unter Widerruf des absprachenbedingten „schlanken“ Geständnisses ist hier das Mittel zur Eröffnung einer neuen Tatsacheninstanz, die erstmals den Bedingungen des Strengbeweisverfahrens entspricht.<sup>158</sup> Dem wird zwar entgegen gehalten, dass die Verfahrenswiederaufnahme als Sonderrechtsbehelf eine Ausnahmerecheinung sein müsse und nicht an die Stelle der ordentlichen Rechtsmittel treten dürfe. Die Prämissen dieses Einwands sind aber ihrerseits angreifbar. Erstens ist der Ausnahmecharakter der Verfahrenswiederaufnahme propter nova nicht im Gesetzestext selbst verankert und die Ausnahmethese geht über die im Vergleich mit anderen Prozessordnungen nur begrenzte Bedeutung der Rechtskraft im Strafprozess hinweg.<sup>159</sup> Die Wiederaufnahme des Verfahrens erfüllt vielmehr nach dem Willen des Gesetzgebers in den Verfahren mit nur einer

<sup>145</sup> Harms FS Nehm, 2006, S. 289, 293.

<sup>146</sup> Weigend in: Goldbach (Hrsg.), Der Deal mit dem Recht. Absprachen im Strafprozess, 2004, S. 37, 41.

<sup>147</sup> Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 341.

<sup>148</sup> Duttge FS Böttcher, 2007, S. 53, 64; Schünemann FS Rieß, 2002, S. 525, 535; Weßlau ZStW 116 (2004), 150, 167.

<sup>149</sup> 6. Zusatzartikel zur US-Verfassung: „In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.“

<sup>150</sup> Schünemann StV 2000, 159, 161 ff.

<sup>151</sup> F. Meyer (Fn. 24) S. 148 ff.

<sup>152</sup> Gaede (Fn. 118) S. 764.

<sup>153</sup> Hauer (Fn. 2) S. 52; Nestler Schünemann-Symposium, 2006, S. 15, 21.

<sup>154</sup> Gaede HRRS 2007, 402, 412.

<sup>155</sup> Schünemann NJW 1989, 1895, 1901.

<sup>156</sup> Gaede (Fn. 118) S. 766; F. Meyer StV 2004, 41, 45; zur Konfliktlage der Verteidiger Gatzweiler FS Jung, 2007, S. 215 ff.; zum Beinahe-Parteiverrat durch anwaltliches Unterlassen einer Belehrung über eine Wiederaufnahmemöglichkeit Schünemann NJW 1989, 1895, 1900.

<sup>157</sup> Hanack JZ 1973, 393, 394.

<sup>158</sup> Schünemann (vorige Note); a.M. Gössel FS Böttcher, 2007, S. 79, 87, freilich ohne eine nähere Begründung.

<sup>159</sup> K. Peters (Fn. 115) S. 3 f.

Tatsacheninstanz sogar eine Berufungersatzfunktion.<sup>160</sup> Zweitens ist das mit dem Wiederaufnahmeantrag bekämpfte Phänomen seinerseits eine illegitime Ausnahme<sup>161</sup> von der sonst vorgesehenen Art und Weise der strafprozessualen Justizgewährung.<sup>162</sup> Die Anmaßung einer Notstandsgesetzgebungskompetenz durch den „rechtspolitischen Coup“<sup>163</sup> des Bundesgerichtshofs<sup>164</sup> ändert nichts daran. Drittens muss es von Verfassungs wegen einen wirksamen Rechtsbehelf gegen Rechtsverletzungen geben, die eine fortdauernde Beschwerde begründen, also insbesondere auch gegen ein strafgerichtliches Fehlurteil.<sup>165</sup> Ob dazu ein Sonderrechtsbehelf zum iudex a quo oder einen Richter auf derselben Prüfungsstufe<sup>166</sup> ist oder aber ein Rechtsmittel mit Devolutiveffekt zur Verfügung gestellt wird, gilt vor der Verfassung gleich.<sup>167</sup>

Fehlt etwa ein anderer effektiver Rechtsbehelf gegen grobe Darstellungslücken im Urteil, die wegen des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung nicht mit Erfolg im Revisionsverfahren geltend gemacht werden können, dann bleibt auch insoweit die Wiederaufnahme des Verfahrens als gesetzlich vorgesehener Rechtsbehelf übrig. Für das Wiederaufnahmeverfahren als Tatsacheninstanz gilt kein Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung, zumal schon die Neuheit und Geeignetheit der vorgebrachten Tatsachen und Beweise am Gegenstand der Hauptverhandlung gemessen werden muss. Nur die neue Tatsacheninstanz kann auch eine umfassende Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweise ermöglichen, welche dem Revisionsgericht selbst bei „erweiterter Revision“ nicht eröffnet ist.

Ein Rückzug auf die These, dass es von Verfassungs wegen keinen Anspruch auf einen „Rechtsschutz gegen den Richter“ gebe,<sup>168</sup> ist gegenüber der hier vertretenen Bedeutung des Wiederaufnahmerechts nicht möglich. Erstens ist das Wiederaufnahmerecht gesetzlich verankert und nimmt damit an dem verfassungsrechtlichen Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG teil. Zweitens ist die These vom fehlenden Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter seit der jüngsten Plenarentscheidung des Bundesverfassungsgerichts überholt.<sup>169</sup> Sie ist auch unhaltbar, soweit Strafrichter im Verurteilungsfall Eingriffe in Grundrechtspositionen vornehmen. Strafrichter sind nicht neutrale Schiedsrichter, die zwischen zwei Parteien stehen, sondern sie sind in einem Verfahren mit Inquisiti-

onsmaxime, das auf einen Schuld- und Strafausspruch ausgerichtet ist, Eingriffsorgane. Ihre Eingriffsakte müssen daher nach Art. 19 Abs. 4 GG einer effektiven Kontrolle unterworfen sein. Die systematische Ausschaltung der ohnehin begrenzten Kontrolle durch die Revisionsgerichte mit dem Rechtsmittelverzicht, der eine „Geschäftsgrundlage“ der Absprachenpraxis bildet, führt dazu, dass außer im Wiederaufnahmerecht keine andere fachgerichtliche Möglichkeit des Rechtsschutzes für den Angeklagten gegen eine in tatsächlicher Hinsicht fehlerhafte Verurteilung besteht. Deshalb sind auch und gerade nach Absprachenverfahren Wiederaufnahmemöglichkeiten nach dem rechtsstaatlichen Prinzip der Kontrolle erforderlich. Das Wiederaufnahmerecht als Rechtsschutzmittel muss außerdem effektiv<sup>170</sup> ausgestaltet sein und angewendet werden.

### III. Verzicht oder Verwirkung als Abwehrargumente der Absprachenpraxis

Es liegt auf der Hand, dass eine Möglichkeit zur Wiederaufnahme des Verfahrens nach einer Urteilsabsprache der Praxis der Tatgerichte nicht willkommen ist. Die Gerichte sind ohnehin wiederaufnahmefeindlich eingestellt und wehren sich „mit Zähnen und Klauen“ nahezu gegen jeden Wiederaufnahmeantrag.<sup>171</sup> Erst recht gilt dies – unbeschadet des Richterwechsels, der nach § 23 Abs. 2 StPO und § 140a GVG zwingend ist – dann, wenn dem Erstgericht ein ungenügendes Verfahren „vorgeworfen“ wird und der Wiederaufnahmeantrag auf eine Annullierung des absprachenkonformen Geständnisses durch dessen substantiierten Widerruf sowie auf eine neue Bewertung der sich im Wesentlichen aus den Akten ergebenden Befunde<sup>172</sup> gestützt wird. Dann soll praktisch die Arbeit, die ein anderer Richter sich durch das Absprachenverfahren erspart hat, durch einen Kollegen geleistet werden.<sup>173</sup> Es verwundert nicht, dass sich die Wiederaufnahmegerichte gegen derartige Anträge zur Wehr setzen. Die Frage ist, ob es dazu ein liquides Abwehrmittel gibt.

#### 1. Wiederaufnahmeverzicht oder Geständnis-bekräftigung durch Rechtsmittelverzicht im Absprachenverfahren

Zunächst wird erwogen, aus einer absprachenkonformen Rechtsmittelbeschränkung,<sup>174</sup> einer Rechtsmittelrück-

<sup>160</sup> Alsberg (Fn. 106) S. 47; Dippel in: Jescheck/Meyer (Hrsg.), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, S. 13, 39 f.; KMR/Eschelbach, StPO Vor § 359 Rn. 18; LR/Gössel, StPO Vor § 359 Rn. 29 und § 359 Rn. 160 f.; J. Meyer, Wiederaufnahmereform, 1977, S. 44 f.

<sup>161</sup> Fischer NSTZ 2007, 433, 436.

<sup>162</sup> Gegen das Absprachenverfahren deshalb auch Ransiek ZIS 2008, 116, 122; Trüg/Kerner FS Böttcher, 2007, S. 191, 211 f.

<sup>163</sup> Fischer NSTZ 2007, 433, 434.

<sup>164</sup> Gössel FS Böttcher, 2007, S. 79, 92.

<sup>165</sup> Hößlein, Judikatives Unrecht. Subjektives Recht, Beseitigungsanspruch und Rechtsschutz gegen den Richter, 2007, S. 126 ff., 180 ff.

<sup>166</sup> Für das Wiederaufnahmerecht gilt § 369 StPO i.V.m. § 140a GVG.

<sup>167</sup> BVerfGE 107, 395, 412.

<sup>168</sup> Hößlein (Fn. 165) S. 181 ff.

<sup>169</sup> Meyer-Mews NJW 2004, 716 f.

<sup>170</sup> Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 338.

<sup>171</sup> Strate (Fn. 141) § 24 Rn. 5; zur Bestätigung der ständigen anwaltlichen Klage bereits Hanack JZ 1973, 393, 395 f.

<sup>172</sup> Was nicht allen am Quorum beteiligten Richtern bei der Urteilsberatung zur Verfügung stand, ist neu im Sinne von § 359 Nr. 5 StPO, also auch Aktenstoff, soweit er nicht gemäß § 261 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt wurde. Das folgt auch daraus, dass die Schöffen keine Aktenkenntnis haben und ihr Urteilsvotum nicht „aus dem Inbegriff des Akteninhalts“ schöpfen sollen.

<sup>173</sup> Strate (Fn. 141) § 24 Rn. 84.

<sup>174</sup> So hat das LG Passau Beschl. vom 15.10.2003 - 1 Qs 133/03 - eine absprachenbedingte Berufungsbeschränkung auf den Strafausspruch als geständnisgleiche Handlung ge-

nahme<sup>175</sup> oder einem Rechtsmittelverzicht eine Art Verzichtswirkung abzuleiten. Es bestehe ein Gebot des Gleichlaufs der Rechtsbehelfe, wonach einem revisionsrechtlich relevanten Verzicht auf Rechtsmittel auch ein Wiederaufnahmeverzicht jedenfalls im Ergebnis gleichzusetzen<sup>176</sup> oder aber der Prozessklärung eine zusätzliche geständnisgleiche Wirkung beizumessen sei.<sup>177</sup> Das sind im Kern folgerichtige Ableitungen aus der Konsensmaxime, die aber erkennbar mit dem überkommenen Beweisrecht und mit dem geltenden Wiederaufnahmerecht unvereinbar sind. Beweisrechtlich ist eine Prozessklärung keine Einlassung zur Sache; zudem besitzt sie vom Standpunkt der Beweislehre und der Aussagepsychologie inhaltlich keine Aussagekraft für ein historisches Ereignis. Wiederaufnahmerechtlich ist ein Verzicht auf den Sonderrechtsbehelf zudem ausgeschlossen.<sup>178</sup> § 302 StPO ist auf den Wiederaufnahmeantrag auch über die Verweisungsvorschrift des § 365 StPO nicht anwendbar, weil er nur auf befristete Rechtsmittel zugeschnitten ist. Einen „Gleichlauf“ des Wiederaufnahmerechts mit dem Rechtsmittelrecht gibt es insoweit vor allem deshalb nicht, weil der Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens nicht fristgebunden und inhaltlich auf die nachträgliche – bessere – Wahrheitserforschung ausgerichtet ist. Einen Verzicht auf die Feststellung der Wahrheit kann es in einem rechtsstaatlichen Strafverfahren zudem nicht geben, weil nur die Verurteilung aufgrund des wahren Sachverhalts dem Schuldprinzip entspricht. Verzichtssätze zur Abwehr unliebsamer Wiederaufnahmeanträge sind daher nicht tragfähig.

## 2. Rechtsmissbrauch und Verwirkung des Wiederaufnahmeantragsrechts

Weiter wird erwogen, auch in einem aufwändig begründeten Wiederaufnahmeantrag zumindest dann einen Rechtsmissbrauch zu sehen, wenn im Erstverfahren das absprachenkonforme Geständnis mit dem Hintergedanken abgelegt wurde, dass es später widerrufen und der Widerruf zum Gegenstand eines Wiederaufnahmeantrags gemacht werden soll.<sup>179</sup> Auch das erscheint vom Boden der Konsensmaxime aus auf erste Sicht folgerichtig, weil das Geständnis im Erstverfahren und der Geständniswiderrief im Wiederaufnahmeverfahren ein widersprüchliches Prozessverhalten darstellen<sup>180</sup> und der Wiederaufnahmeantrag nach einem „Vergleich“ im Erstverfahren aus justizieller Sicht wie ein „Vertragsbruch“ wirkt. Als Abwehrmittel gegen derartige illoyal erscheinende Wie-

deraufnahmeanträge wird argumentativ die ungeschriebene Missbrauchsgeneralklausel eingesetzt, welche die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher gegen Anträge oder Rügen eingesetzt hat.<sup>181</sup> Auf Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe im Ganzen ist sie dort aber noch nicht angewendet worden. Eine Verwirkung der Rechtsmittelbefugnis im Ganzen gibt es auch nicht, zumal die Verteidigung aus ihrer Sicht gegen die fortgesetzte Perseveranz der Strafjustiz und ihre Schultersequenzen unter Umständen zur List greifen muss, wenn sie mit Aussicht auf Erfolg deren Resultate bekämpfen will.<sup>182</sup> Indes gilt schon zuvor auch hier der Satz: „Qui suo iure utitur, neminem laedit“. Der Wiederaufnahmeantrag ist daher legitim<sup>183</sup> und keineswegs dysfunktional. Selbst im US-amerikanischen Recht kann ein „guilty plea“ nach der Strafzumessungsentscheidung im Rahmen eines Rechtsbehelfs zurückgenommen werden, wenn damit zugleich ein unfares Verfahren gerügt wird.<sup>184</sup> Warum das im deutschen Recht im Rahmen eines gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfs nicht zulässig sein soll, erschließt sich nicht. Außerdem besteht kein schutzwürdiges Vertrauen der Justiz darauf, dass der Angeklagte sein Wiederaufnahmeantragsrecht nach Eintritt der Rechtskraft der Verurteilung nicht nutzen werde; andernfalls wäre schließlich auch die „qualifizierte Rechtsmittelbelehrung“ eine Lüge.

Die Erklärung des Verzichts auf das Rechtsmittel der Revision mit dem geheimen Vorbehalt, später einen Wiederaufnahmeantrag zu stellen, lässt zudem beide Prozessklärungen unberührt. Auf den Rechtsmittelverzicht bezieht sich die Mentalreservation<sup>185</sup> nicht. Auf den späteren Wiederaufnahmeantrag ist die frühere Verzichtserklärung weder ausdrücklich noch konkludent ausgerichtet. Besteht entgegen der Vorstellungswelt der Absprachenpraxis<sup>186</sup> schon kein legitimes Interesse der Allgemeinheit an einem Rechtsmittelverzicht,<sup>187</sup> dann ist erst recht der unverzichtbare Wiederaufnahmeantrag auch dann nicht wegen eines tendenziellen Widerspruchs zum Rechtsmittelverzicht verwirkt, wenn er zur Zeit der Urteilsabsprache bereits beabsichtigt war.

Im Wiederaufnahmerecht liefe die Anwendung der Missbrauchsgeneralklausel auf eine Verwirkung der Geltendmachung der Wahrheit hinaus.<sup>188</sup> Dieses Resultat ist offensichtlich mit dem Rechtsstaatsprinzip und mit dem Schuldgrundsatz unvereinbar. Es zeigt, wie verfehlt die Konsensmaxime einerseits und auch die richterrechtliche Annahme einer allgemeinen Missbrauchsgeneralklausel ohne hinreichend eingegrenzte Konturen<sup>189</sup> und ohne

wertet, die einem Wiederaufnahmeantrag aufgrund von Entlastungszeugen zur Schuldfrage entgegen stehen soll.

<sup>175</sup> LG Karlsruhe NStZ 2003, 108 f. zur abgesprochenen Rücknahme des Einspruchs gegen einen Strafbefehl angesichts eines „drohenden“ Sachverständigengutachtens als Hindernis für den Wiederaufnahmeantrag aufgrund des später eingeholten Gutachtens mit unerwartet günstigem Resultat.

<sup>176</sup> LG Karlsruhe NStZ 2003, 108, 109.

<sup>177</sup> LG Passau Beschl. vom 15.10.2003 - 1 Qs 133/03.

<sup>178</sup> KMR/Eschelbach, StPO § 365 Rn. 41; SK/Frister/Deiters, StPO § 365 Rn. 11; LR/Gössel, StPO § 365 Rn. 10; Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 341.

<sup>179</sup> LG Bochum Beschl. vom 21.1.2008 - 12 AR 38/07.

<sup>180</sup> BayVerfGH BayVBl 2003, 369 f.

<sup>181</sup> BGHSt 38, 111, 112 f.; 51, 88, 92; BGH StV 2001, 100 f. und 2001, 101.

<sup>182</sup> Bauer StV 2008, 104, 105.

<sup>183</sup> Schönemann NJW 1989, 1895, 1900.

<sup>184</sup> Dreher, Kontrollierbarkeit konsensualer Verfahrensweisen am Beispiel des US-amerikanischen Strafprozessrechts, 2003, S. 129.

<sup>185</sup> Vgl. F. Meyer (Fn. 24) S. 64 f.

<sup>186</sup> Vgl. Meyer-Goßner NStZ 2007, 425, 426.

<sup>187</sup> BGHSt 50, 40, 56; Erb GA 2000, 511, 516; Rieß FS Meyer-Goßner, 2001, S. 645, 651.

<sup>188</sup> So aber ausdrücklich LG Bochum Beschl. vom 21.1.2008 - 12 AR 38/07.

<sup>189</sup> Kempf StV 1996, 507, 510; Niemöller StV 1996, 501, 502.

Definitionsmacht der Rechtsprechung<sup>190</sup> andererseits sind. Das Abblocken von Wiederaufnahmevorbringen mit dem Missbrauchsargument ist dann nur noch ein fehlerhafter Versuch der Verewigung der Resultate des Konsenses ohne erneute Befassung mit der Sache selbst. Der gegen eine allgemeine Missbrauchsgeneralklausel gerichtete Einwand des justiziellen Missbrauchs mit dem Missbrauchsargument<sup>191</sup> erweist sich dadurch zugleich als berechtigt.<sup>192</sup> Danach liegt bei der Nutzung des Wiederaufnahmeantragsrechts auch im Fall einer insgeheim schon zur Zeit der Urteilsabsprache beabsichtigten Geständniswiderrufs kein Missbrauch des Antragsrechts vor, weil dem die Nichterfüllung der Justizgewährungspflicht des Staats in einem seinerseits unzulässigen Absprachenverfahren vorangegangen war. Schließlich zeigt das Prinzip vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes,<sup>193</sup> dass ein nicht gesetzlich geregeltes Urteilsabsprachenverfahren mitsamt seiner Flankendeckung durch eine nicht gesetzlich geregelte Missbrauchsgeneralklausel<sup>194</sup> im Konkurrenzkampf mit dem gesetzlich geregelten Wiederaufnahmerecht unterliegen muss. Die wirksame Strafverfolgung ist zwar ein legitimer Zweck zur Einschränkung der Rechte beschuldigter Bürger auf Freiheit. Die Sicherung des Rechtsfriedens durch Strafrecht ist seit jeher eine wichtige Aufgabe staatlicher Gewalt. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der Freispruch des Unschuldigen sind die wesentlichen Aufgaben der Strafrechtspflege, ebenso aber eben auch der Freispruch des Unschuldigen.<sup>195</sup> Letzterer Aspekt wird bei der einseitigen Überbetonung der „Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege“ durch die Absprachenpraxis übergangen. Es muss daher gerade nach einer Urteilsabsprache dabei bleiben, dass das Wiederaufnahmerecht keinem Verzicht und keiner Verwirkung unterliegt.<sup>196</sup> Mit dem Missbrauchsargument darf eine klare gesetzliche Regelung nicht überspielt werden,<sup>197</sup> die nun einmal bezüglich der generellen Zulässigkeit von Wiederaufnahmeanträgen anders lautet als es die Praxis wünscht. Daher kann der Antragsteller selbst dann, wenn er im Erstverfahren das Gericht mit einem Geständnis oder

einer sonstigen Sacheinlassung in eine falsche Richtung gelenkt oder entlastende Beweise, die ihm bekannt waren, zurückgehalten hatte,<sup>198</sup> mit einem Wiederaufnahmeantrag nachträglich das Gegenteil behaupten. Das ist nicht unzulässig,<sup>199</sup> selbst wenn eine anfängliche Absicht zum Zurückhalten von Verteidigungsvorbringen vorgelegen hatte.<sup>200</sup> Es stellt sich nicht die Verwirkungsfrage, sondern allein die Frage der Geeignetheit der neuen Tatsachen und Beweismittel zur Herbeiführung eines Freispruchs.

#### IV. Substantiierungspostulate, verkürzte Beweisantizipation und ein unklarer Wahrscheinlichkeitsmaßstab als Abwehrinstrumente

Die Praxis neigt generell zum Abblocken von Wiederaufnahmevorbringen auf der Zulässigkeitsebene der Antragsprüfung.<sup>201</sup> Die Mittel dafür sind dogmatisch nicht vertiefte und ihrerseits nicht alle Aspekte berücksichtigende Behauptungen zur „erweiterten Darlegungslast“ und zur mangelnden Geeignetheit der vorgebrachten Beweismittel im Rahmen einer selektiv betriebenen Beweisantizipation.

#### 1. Künstlich erweiterte Darlegungslasten

Widersprüchliches Prozessverhalten, wie ein Geständniswiderruf<sup>202</sup> oder eine sonstige Einlassungsänderung,<sup>203</sup> verlangt natürlich nach einer Erklärung, die in Fällen von Urteilsabsprachen aber nur allzu leicht zu geben ist. Deshalb wird auf der Ebene der Schlüssigkeituntersuchung bisweilen von Wiederaufnahmegerichten zusätzlich gefordert, dass der Antragsteller in seinem Wiederaufnahmeantrag zu allen Belastungsbeweisen des Erstverfahrens, wie sie sich aus den Akten ergeben, Stellung nimmt und auch deren Widerlegung Punkt für Punkt erläutert. Setzt er sich nicht mit allen Punkten auseinander, dann soll sein Antrag schon deshalb unzulässig sein.<sup>204</sup> Eine solche umfassende und kaum erfüllbare Substantiierungspflicht besteht jedoch nach §§ 359 Nr. 5, 368 Abs. 1 StPO nicht und sie ist mit dem Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar. Selbst die weit reichenden Substantiie-

<sup>190</sup> Kühne, Strafprozessrecht, 7. Aufl., Rn. 293; Naucke FS H. Mayer, 1966, S. 565, 571.

<sup>191</sup> Fezer FS Weber, 2004, S. 475 ff.

<sup>192</sup> Zum Missbrauch des Deals zum Nachteil des Angeklagten Fahl, Rechtsmissbrauch im Strafprozess, 2004, S. 237 ff.

<sup>193</sup> Dallmeyer, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2002, S. 44 ff.

<sup>194</sup> Der Gesetzgeber hatte sich gegen die Einführung einer Missbrauchsgeneralklausel entschieden; Kühne StV 1996, S. 684, 686. Die richterrechtliche Einführung einer solchen Klausel erfolgt danach contra legem. Dies überschreitet die Befugnis der Rechtsprechung zur Rechtsfortbildung. Ihr sind aufgrund des Gewaltenteilungsprinzips Grenzen gesetzt; BVerfGE 65, 182, 191; 74, 129, 152; 82, 6, 12; 87, 273, 280; 96, 375, 394, und zwar namentlich dort, wo das Gesetz abschließende Regeln enthält; BVerfGE 69, 188, 204; 69, 315, 369.

<sup>195</sup> BVerfGE 107, 104, 118; 115, 166, 192.

<sup>196</sup> Allgemein dazu KMR/Eschelbach, StPO § 365 Rn. 41; SK/Frister/Deiters, StPO § 365 Rn. 11; LR/Gössel, StPO, § 365 Rn. 10; AK/Loos, StPO § 365 Rn. 10; Meyer-Gofner, StPO § 365 Rn. 6; K. Peters (Fn. 115) S. 127; KK/Schmidt, StPO § 365 Rn. 9; Theobald (Fn. 2) S. 19; Wasserburg/Eschelbach GA 2003, 335, 341.

<sup>197</sup> Kudlich HRRS 2005, 10, 12.

<sup>198</sup> OLG Frankfurt JR 1984, 40 mit Anm. K. Peters.

<sup>199</sup> K. Meyer FG Peters, 1984, S. 387, 388.

<sup>200</sup> Eisenberg JR 2007, 360, 363.

<sup>201</sup> K. Peters FS Dünnebier, 1982, S. 53, 72.

<sup>202</sup> Satzger in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 3. Aufl., Teil H Kap. 3 Rn. 61.

<sup>203</sup> KG JR 1975, 166 mit Anm. K. Peters.

<sup>204</sup> OLG Nürnberg Beschl. vom 4.10.2007 – 2 Ws 343/07, freilich zu dem Sonderfall eines Geständnisses im Vor- und Hauptverfahren und des jeweiligen Widerrufs bei Vorliegen eines drittbelastenden Geständnisses eines informellen Kronzeugen. S.a. BayVerfGH NStZ 2004, 447, 448 f., der Darlegungen aber nur in dem Umfang erwartet, dass „vernünftige Zweifel an der Wahrscheinlichkeit des die Urteilsfeststellungen mit tragenden Geständnisses“ aufkommen. BVerfG NStZ 1994, 510 billigte das Postulat, der Antragsteller müsse die Umstände anführen, die ein für ihn sprechendes Beweisergebnis „mindestens als möglich“ erscheinen ließen; so auch BGH JR 1977, 217, 218.

rungspflichten nach der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung für Verfahrensrügen gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO betreffen nur ein singuläres Prozessgeschehen und nicht die Gesamtheit aller auf den Tatvorwurf bezogenen Indiztatsachen und Beweismittel. Die übersteigerte Form des wiederaufnahmeggerichtlichen Postulats der erweiterten Darstellungslast ist nach dem Zweck des Wiederaufnahmeverfahrens zudem ohne praktischen Nutzen, denn eine Beweisantizipation im Aditionsverfahren ist, wenn und soweit sie überhaupt gefordert werden kann, von Amts wegen auf alle Umstände aus dem gesamten Aktenstoff und dem Antragsvorbringen zu erstrecken, die für und gegen die Täterschaft und die Schuld des Verurteilten sprechen. Die Übersteigerung des Postulats einer „erweiterten Darlegungslast“ führt zudem nicht etwa zu einem „Verbrauch“ des Antragsvorbringens, so dass es in ergänzter Weise erneut präsentiert werden kann.<sup>205</sup> Damit ist also für die Justiz im Ergebnis gar nichts gewonnen. Schließlich müsste aus Gründen der prozessualen Fürsorge und zur Gewährung rechtlichen Gehörs verlangt werden, dass das Wiederaufnahmegericht auf Lücken im Antragsvorbringen hinweist, bevor es den Antrag ohne Rücksicht auf seinen Gehalt wegen angeblicher Substantiierungsmängel als unzulässig verwirft.<sup>206</sup> „Es kommt im Ergebnis aber der Verhinderung eines Vortrags gleich, wenn das Gericht ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte.“<sup>207</sup> Das kollidiert also mit Art. 103 Abs. 1 GG. Soweit die These von der erweiterten Darlegungslast, hinter der freilich auch wiederum ein Missbrauchsgedanke steht,<sup>208</sup> über den Beweisstoff der Hauptverhandlung hinausgeht und auch eine Auseinandersetzung des Antragstellers mit allen Belastungsaspekten des Akteninhalts verlangt, geht sie zudem daran vorbei, dass nur das Urteil des Erstgerichts der Angriffsgegenstand des Wiederaufnahmeantrags ist und nur dessen Beweisgrundlagen erschüttert werden müssen, welches im Absprachenverfahren gerade nicht den gesamten Aktenstoff umfasst, weil dieser nicht zur Beachtung von § 261 StPO in prozessordnungsgemäßer Weise in die Hauptverhandlung eingeführt worden war. Das Wiederaufnahmegericht kann aber nicht ein eigenes Urteil nach Aktenlage an die Stelle des Urteils des Erstgerichts in der Hauptverhandlung setzen und dieses anstelle des defizitären Urteils des Erstgerichts dem Wiederaufnahmeverfahren gegenüberstellen. Der Unterschied zum Strafbefehlsverfahren, in dem der Akteninhalt zur Entscheidungsgrundlage wurde und deshalb auch den Maßstab für die Geeignetheitsprüfung nach §§ 359 Nr. 5, 368 Abs. 1 StPO liefert,<sup>209</sup> liegt eben darin, dass im Urteilsabsprachenverfahren ein anders – auch mit Schöffen – besetzter Spruchkörper eine andere Form der Entscheidung getroffen hatte, die nur aus dem Inbe-

griff der Hauptverhandlung, nicht etwa aus dem Inbegriff des Akteninhalts geschöpft werden darf.

## 2. Die Beweisantizipation im Aditionsverfahren und ihre engen Grenzen

Nach der Rechtsprechung soll schon im Aditionsverfahren eine Beweisantizipation<sup>210</sup> erfolgen dürfen, welche zur konkreten Prüfung der Geeignetheit der neuen Beweise, einschließlich einer Glaubwürdigkeitsprüfung, notwendig sei.<sup>211</sup> Die Beweisantizipation wird von den Wiederaufnahmegerichten dann so vorgenommen, dass einem Geständnis auch dann, wenn es auf einer Urteilsabsprache beruht, ein hoher Beweiswert zugemessen und das Wiederaufnahmeverbringen demgegenüber als geringwertig eingeschätzt wird.<sup>212</sup> Diese Argumentation eröffnet beliebige Möglichkeiten zum Abblocken des Wiederaufnahmeverbringens. Sie beruht aber auf einer Reihe falscher Prämissen, zu denen zunächst die Überhöhung des Beweiswerts des absprachenkonformen Geständnisses gehört. Es hat als „schlankes“ oder anwaltlich vorformuliertes oder aufgrund der gerichtlichen Absprachenbedingung der Glaubhaftigkeit nur bei Aktenkonformität in die Passform der Übereinstimmung mit dem Anklagesatz gebrachtes Geständnis vom Standpunkt der Beweislehren und der Aussagepsychologie aus gesehen tatsächlich so gut wie gar keinen Beweiswert.

Auch die rechtliche Annahme der Zulässigkeit einer Beweisantizipation im Aditionsverfahren begegnet durchgreifenden Bedenken. Sie wird freilich verfassungsrechtlich im Ansatz nicht beanstandet.<sup>213</sup> Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts<sup>214</sup> findet die Möglichkeit der Beweisantizipation eine Grenze erst dort, wo es um Beweise geht, deren Erhebung nach der gesetzlichen Struktur des Strafverfahrens der Hauptverhandlung vorbehalten bleiben muss. Das soll solche Umstände betreffen, die zur Umgrenzung der Tat im prozessualen Sinn und damit zugleich für die Verteidigung von besonderer Bedeutung sind, wie die Tatzeitannahme<sup>215</sup> oder Umstände zum „Kernverlauf des Tatgeschehens“.<sup>216</sup> Diese Sicht der Dinge führt aber in eine Sackgasse. Alle Beweiserhebungen, die für die Frage der Täterschaft und der Schuld von Bedeutung sein können, sind nach der Struktur des Strafprozesses der Hauptverhandlung vorbehalten (§§ 244 Abs. 2, 261 StPO). Faktoren der Umgrenzung des Verfahrensgegenstands sind längst nicht alleine für die Verteidigung von zentraler Bedeutung. Das zeigen der von Sabine Rückert beschriebene<sup>217</sup> und der oben erwähnte weitere Fall,<sup>218</sup> in denen jeweils eine Borderlinepersönlichkeitsstörung der Hauptbelastungszeu-

<sup>205</sup> K. Peters JR 1976, 77, 78; 1977, 218.

<sup>206</sup> K. Peters JR 1977, 218.

<sup>207</sup> BVerfG StV 2003, 223, 224.

<sup>208</sup> Theobald (Fn. 2) S. 163 ff.

<sup>209</sup> BVerfG StV 2003, 225, 226. Auch für das Strafbefehlsverfahren aber gilt: „Im Blick auf dieses summarische Verfahren ist es rechtsstaatlich geboten, sich aus den Akten aufdrängende, klar auf der Hand liegende Fehler bei der Tatsachenfeststellung zu beachten.“ BVerfG NJW 1993, 2735, 2736.

<sup>210</sup> BGHSt 17, 303, 304; 39, 75, 85. Zur tendenziellen Unvereinbarkeit der Beweisantizipation mit dem Ziel der Wahrheitserforschung Eggerts, Das Verbot der Beweisantizipation im deutschen Strafprozess, 2004, S. 159.

<sup>211</sup> Vgl. bereits krit. Günther MDR 1974, 93 ff. m.w.N.

<sup>212</sup> OLG Düsseldorf NSTz 2004, 454, 455 mit abl. Anm. Hellebrand NSTz 2004, 413, 418.

<sup>213</sup> BVerfG Beschl. vom 27.9.1995 - 2 BvR 2575/94; BayVerfGH BayVBl 2003, 369 f.

<sup>214</sup> BVerfG NJW 1995, 2024, 2025; EuGRZ 2007, 586, 588.

<sup>215</sup> BVerfG NJW 1995, 2024, 2025.

<sup>216</sup> BVerfG EuGRZ 2007, 586, 588 ff.

<sup>217</sup> Fn. 16.

<sup>218</sup> Fn. 11.

gin zur Pseudologie und diese zur falschen Verdächtigung des Beschuldigten geführt hatten. Die Wurzel des Übels war vor allem in der von den Gerichten bei der Sachaufklärung und der Beweiswürdigung grob vernachlässigten Vita und der Persönlichkeit der jeweiligen angeblichen Opferzeugin zu finden, nicht in den Umständen des – erfundenen –<sup>219</sup> „Tatgeschehens“.<sup>220</sup> Dies zeigt, dass etwa auch die Bewertung der persönlichen Glaubwürdigkeit einer Auskunftsperson wie auch die „Glaubhaftigkeitsbeurteilung als psychodiagnostischer Prozess“<sup>221</sup> anhand von Umständen, die oft weit außerhalb des eigentlichen „Tatgeschehens“ liegen, aus beweistechnischen und aussagepsychologischen Gründen dem Strengbeweisverfahren vorbehalten bleiben muss.

Die Beweisantizipation im Aditionsverfahren (§ 368 Abs. 1 StPO) ist aber auch sonst verfehlt.<sup>222</sup> Mit ihr wird letztlich eine Beweiswürdigung vor der Beweiserhebung (§ 369 StPO) verlangt. Das ist ein rechtlich falsches und praktisch untaugliches Mittel zur prognostischen Feststellung des Ergebnisses einer künftigen neuen Hauptverhandlung.<sup>223</sup> Zudem wird bei der in der Praxis üblichen selektiven Beweisüberprüfung im Aditionsverfahren ungeachtet formelhafter Beteuerungen des Gegenteils regelmäßig über das Prinzip der Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweise hinweggegangen,<sup>224</sup> welches alleine die Tatsache zur Geltung bringen kann, dass alle Einzelindizien ihr wahres Beweisgewicht nur dann offenbaren, wenn sie im Kontext mit den übrigen Beweiszeichen bewertet werden.<sup>225</sup> Schließlich vernachlässigt die Beweisantizipation der wiederaufnahmegerichtlichen Praxis im Aditionsverfahren die auch im Freibeweisverfahren geltende Instruktionsmaxime (§ 155 Abs. 2 StPO); denn über eine Sichtung des Aktenmaterials hinaus wird im Aditionsverfahren tatsächlich so gut wie nie ein anderer Beweis erhoben, auch wenn sich die Erforderlichkeit einer Vertiefung einer bestimmten Frage aufdrängt. Eine Beweiserhebung im Freibeweisverfahren würde schließlich gerade die Unvereinbarkeit dieses

Vorgehens mit § 369 StPO verdeutlichen. Letztlich erfolgt also tatsächlich nur ein – überdies aufgrund der nach Rechtskraft potenzierten Perseveranz- und Schulterchlusseffekte – extrem einseitig gefärbter Abgleich der Behauptungen im Wiederaufnahmeantrag mit dem sonstigen Akteninhalt. Dem liegt im Ergebnis auch derselbe systematische Fehler zugrunde, der zu der Annahme im Richterrecht zur Absprachenpraxis geführt hat, eine Geständnisüberprüfung anhand der Aktenlage sei zur Wahrheitserforschung ausreichend. Das ist sie bei der Suche nach der „materiellen Wahrheit“ von einem beweisrechtlichen und aussagepsychologischen Standpunkt aus gesehen sicher nicht, weil dabei wiederum die systematische Verzerrung des Beweisbildes durch einseitige Ermittlungen und Sachdarstellungen im Vorverfahren generell unbeachtet bleibt. War die nach der Struktur des gesetzlichen Strafverfahrens erforderliche richterliche Kontrollarbeit im Erstverfahren in einer kontradiktorischen Hauptverhandlung substanziell nicht geleistet worden, weil sich das Gericht dort vorschnell auf eine Ergebnisabsprache zurückgezogen, das Geständnis des Angeklagten durch die Absprachenbedingung der Glaubhaftigkeit sogar selbst mitursächlich in die Passform des Beweisbildes von Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss gebracht und die Sache nicht abschließend nach den Regeln des Strengbeweisverfahrens aufgeklärt hatte, dann ist aus dem Akteninhalt alleine kein Beweisergebnis zu entnehmen, welches dem Wiederaufnahmevorbringen isoliert mit Anspruch auf Reliabilität und Validität entgegen gehalten werden könnte.

Das Wiederaufnahmeverfahren zielt in den Fällen des Angriffs auf ein abgesprochenes Urteil in letzter Konsequenz darauf, erstmals ein Strengbeweisverfahren mit voller Überprüfung aller Tatsachen und Beweise in einer der Struktur des geschriebenen Strafprozessrechts entsprechenden Weise herbeizuführen, nachdem das Erstgericht diese Leistung, die aufgrund der Justizgewährungspflicht vom Staat geschuldet ist, nicht erbracht hatte. Das Absprachenverfahren heutiger Prägung liefert nur noch eine Simulation der Justizgewährleistung. Auf die Justizgewährung durch eine wenigstens einmalige Beweisprüfung in einer kontradiktorisch ausgestalteten öffentlichen Hauptverhandlung durch ein unvoreingenommenes Gericht hat der Angeklagte aber nach Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4, 20 Abs. 3, 101 Abs. 1 Satz 2, 104 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK einen Anspruch. Ist dieser Anspruch im Erstverfahren unerfüllt geblieben, dann kann er eben durch einen Wiederaufnahmeantrag nachträglich eingefordert werden. Das kann nicht als rechtsmissbräuchlich gelten. Das Wiederaufnahmerecht stellt dadurch zwar die Absprachenpraxis in Frage,<sup>226</sup> aber seine Aufgabe ist ebenso legitim, wie die beschriebene Absprachenpraxis illegitim ist; denn jedenfalls hier gilt der Satz: „das Geständnis ist kein Ersatz für eine saubere Beweisführung“.<sup>227</sup>

Das gesetzlich vorgesehene Rechtsschutzmittel des Wiederaufnahmeantrags darf nicht durch übertriebene Anforderungen an die Zulässigkeit eines Wiederaufnahmeantrags vereitelt werden, weil ein solches Abblocken von Wiederaufnahmevorbringen eine Verletzung des An-

<sup>219</sup> Erfundene MissbrauchsVorwürfe sind bei Personen mit Borderlinestörungen - schon im Kindesalter - typischerweise anzutreffen; *Mason/Kreger*, Schluss mit dem Eiertanz, 6. Aufl., S. 267 ff. Das vermag die höchstrichterliche Rechtsprechung anhand eines lückenhaften trichterlichen Urteils nicht zu erkennen, die dem Erstgericht selbst da noch eine besonders sorgfältige Beweiswürdigung attestiert, wo ein aussagepsychologisches Gutachten nachträglich feststellt, dass die Aussagen der Belastungszeugin nicht einmal die Mindestvoraussetzungen an Realkennzeichen erfüllen; BVerfG Beschl. vom 1.8.2006 - 2 BvR 1362/06 zu dem in Fn. 11 erwähnten Fall.

<sup>220</sup> Fehlerhaft ist die Prämisse, der Verurteilte kenne den Sachverhalt am genauesten und könne daher selbst am besten beurteilen, ob und warum die von ihm erstrebte Beweisaufnahme Erfolg verspreche; BGH JR 1977, 217, 218 a.E. Im Fall der falschen Verdächtigung trifft das nicht zu.

<sup>221</sup> *Köhnken* in: Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2006, § 62 Rn. 20 f.

<sup>222</sup> Zu Recht für eine reine Schlüssigkeitprüfung *Strate* (Fn. 141) § 24 Rn. 66 f., 72; *Schöneborn* MDR 1975, 441 ff.; früher schon von *Hentig*, Wiederaufnahmerecht. Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens dogmatisch und rechtsvergleichend dargestellt, 1930, S. 183, 223, 225; zust. *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO, § 368 Anm. 1.

<sup>223</sup> *K. Peters* JR 1975, 166, 167.

<sup>224</sup> *K. Peters* (Fn. 115) S. 15 und JR 1984, 393, 394.

<sup>225</sup> *Wasserburg/Eschelbach* GA 2003, 335, 348.

<sup>226</sup> *Wasserburg* (Fn. 13) § 16 Rn. 36.

<sup>227</sup> *Stern* StV 1990, 563, 564.

spruchs auf effektiven Rechtsschutz darstellt.<sup>228</sup> Daher reicht es – wie auch sonst –<sup>229</sup> für einen Wiederaufnahmeantrag gegen ein abgesprochenes und nur auf einem „schlanken Geständnis“ ohne substanziellen Beweiswert<sup>230</sup> oder mit einer geständnisgleichen anwaltlichen Erklärung beruhendes Urteil im Ergebnis aus, wenn der Geständniswiderruf als Wiederaufnahmegrund plausibel erklärt wird.<sup>231</sup> Ergänzende Hinweise darauf, dass auch bei Ausschöpfung der sonstigen Beweise die ernsthafte Möglichkeit besteht, dass ein Gericht in der neuen Hauptverhandlung zumindest im Zweifel zugunsten des Angeklagten auf Freispruch erkennen wird, sind nur erforderlich, wenn das Urteil des Erstgerichts auf ein Mehr an Belastungsbeweisen als nur auf das wenig aussagekräftige Geständnis oder Geständnisurrogat gestützt ist. Das ist in der defizitären Absprachenpraxis regelmäßig aber ungeachtet der höchstrichterlichen Postulate nicht der Fall.

### 3. Wahrscheinlichkeitsmaßstab contra Möglichkeitsmaßstab

Überwiegend wird für eine stattgebende Entscheidung im Aditionsverfahren nach § 368 Abs. 1 StPO verlangt, dass die neuen Tatsachen oder Beweismittel die Erreichung des Wiederaufnahmeziels wahrscheinlich macht;<sup>232</sup> begrifflich wird eine hinreichende,<sup>233</sup> genügende,<sup>234</sup> überwiegende,<sup>235</sup> ernsthafte<sup>236</sup> oder gar hohe Wahrscheinlichkeit verlangt. Die Gegenmeinung<sup>237</sup> begnügt sich im Aditionsverfahren mit geringeren Anforderungen als bei § 370 StPO und gelangt hier mit einem Möglichkeitsmaßstab zu einem Ergebnis, das ähnlich wirkt, wie der revisionsrechtliche Beruhensmaßstab nach § 337 StPO. Dabei entspricht die hier verlangte – ernsthafte – Möglichkeit der Sache nach durchaus doch auch einer andernorts für erforderlich und ausreichend gehaltenen – einfachen – Wahrscheinlichkeit,<sup>238</sup> zumindest wenn auch die prospektive künftige Anwendung des Zweifelsatzes durch das neu erkennende Gericht berücksichtigt wird.<sup>239</sup>

Auch bei dieser Begriffsauswahl ist die Art der Rechtsanwendung letztlich wichtiger als das Auffinden einer möglich trefflichen Vokabel für das Gemeinte. Die von den Wiederaufnahmegewichten gebrauchten Wahrscheinlichkeitsthesen mit ihren verschiedenen Attributen ermöglichen nahezu beliebige Ergebnisse<sup>240</sup> und ihre inhaltlich oft maßlos überzogene Anwendung im Einzelfall dient – bewusst oder unbewusst – letztlich doch nur zum Abblocken des ungeliebten Wiederaufnahmevorbringens. Das Resultat entspricht jedenfalls bei Weitem nicht mehr dem Gebot der Effektivität des Rechtsschutzes. Schließlich ist der Wahrscheinlichkeitsmaßstab, soweit er über eine Beruhensprüfung hinausreicht, inzwischen durch die Gesetzgebung überholt. Der Wiederaufnahmeantrag konkurriert in Fällen, in denen die letzte Instanz nach einem Wahlrechtsmittel (§ 55 Abs. 2 JGG) eine Tatsacheninstanz war, mit der Anhörungsrüge (§ 33a StPO) in der Neufassung des Anhörungsrügensgesetzes aufgrund des jüngsten Plenarbeschlusses des Bundesverfassungsgerichts.<sup>241</sup> Das häufig bemängelte und mit der Revision nicht angreifbare Weglassen wichtiger entlastender Indizien in den Urteilsgründen kann in diesem Fall dann, wenn es auf der tatrichterlichen Neigung beruht, „störende“ Aspekte im Urteilstext einfach wegzulassen, die das Urteilsergebnis in Frage stellen könnten, eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör sein<sup>242</sup> und deshalb mit der Anhörungsrüge angegriffen werden. Es kann aber auch darauf hindeuten, dass der Aspekt bei der Urteilsberatung nicht präsent war, deshalb im Sinne von § 359 Nr. 5 StPO neu ist und zum Gegenstand eines Wiederaufnahmeantrags gemacht werden kann. Die Anfechtungsmöglichkeit mit der Anhörungsrüge oder mit einem Wiederaufnahmeantrag darf prinzipiell keinen verschiedenen Anforderungen unterliegen. Der nach Art. 3 Abs. 1 GG gebotene Gleichlauf der Sonderrechtsbehelfe muss dazu führen, dass in beiden Fällen ein Beruhensmaßstab anzulegen ist; denn dies ist der gemeinsame Nenner. Auch die Unterscheidung von „absoluten“ Wiederaufnahmegründen<sup>243</sup> in § 359 Nr. 1 – 3 StPO und dem „relativen“ Wiederaufnahmegrund nach § 359 Nr. 5 StPO spricht dafür, bei letzterem ähnlich wie bei §§ 337, 338 StPO ein Beruhen des Urteils auf der Unkenntnis der Richter des Erstgerichts von den neuen Tatsachen und Beweismitteln für erforderlich und ausreichend zu erachten. Im Anhörungsrügenverfahren ist die Beruhensprüfung zudem ein Teil der Begründetheitsprüfung, während im Wiederaufnahmeverfahren schon die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs davon abhängen soll. Auch dies spricht dafür, das Wiederaufnahmerecht nicht durch eine weitere Erhöhung der Wahrscheinlichkeitsanforderungen hinter den Rechtsschutzstandard des Anhörungsrügenverfahrens zurückfallen zu lassen. In der Zulässigkeitsstation gilt nämlich der Satz, dass es gegen den Anspruch des Antragstellers auf effektiven Rechtsschutz verstößt, wenn die Gerichte unnötig überhöhte und vom Gesetz nicht notwendigerweise verlangte Anforderungen an die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs stellen und diesen leer laufen lassen.<sup>244</sup> Geht es zudem nach dem Totalausfall

<sup>228</sup> Auch auf den Wiederaufnahmeantrag als gesetzlich vorgesehenes Rechtsschutzmittel muss das Effektivitätsgebot aus Art. 19 Abs. 4 GG angewendet werden; *Wasserburg/Rübenstahl* GA 2002, 29, 41 f.; *Wasserburg/Eschelbach* GA 2003, 335, 338.

<sup>229</sup> Zum Wiederaufnahmeantrag aufgrund eines Geständniswiderrufs ohne vorherige Absprache OLG Celle GA 1967, 284 f.

<sup>230</sup> *Strate* (Fn. 141) § 24 Rn. 42.

<sup>231</sup> KG NStZ 2006, 468, 469 f.; OLG Stuttgart NJW 1999, 375 f.; *Hellebrand* NStZ 2004, 413, 416 ff.; *Marxen/Tiemann* (Fn. 13) Rn. 24; *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1900; *Strate* (Fn. 141) § 24 Rn. 79 f.

<sup>232</sup> BGHSt 39, 75, 85; LR/Gössel, StPO § 359 Rn. 153; *Meyer-Götsner*, StPO § 368 Rn. 10.

<sup>233</sup> OLG Köln NJW 1968, 2119.

<sup>234</sup> OLG Düsseldorf OLGSt § 359 Nr. 4.

<sup>235</sup> HK/Krehl, StPO § 368 Rn. 7.

<sup>236</sup> *Pfeiffer*, StPO § 368 Rn. 3.

<sup>237</sup> BT-Drucks. 13/3594 S. 3; *Dippel* in: Jescheck/Meyer (Hrsg.), Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens, 1974, S. 99; *KMR/Eschelbach*, StPO § 359 Rn. 211; *J. Meyer*, Wiederaufnahmereform, 1977, S. 111; *Schünemann* ZStW 84 (1972), 898; *Theobald* (Fn. 2) S. 76 ff.; *Wasserburg/Eschelbach* GA 2003, 335, 349.

<sup>238</sup> *K. Peters* (Fn. 115) S. 85.

<sup>239</sup> *K. Peters* (Fn. 115) S. 87.

<sup>240</sup> *KMR/Eschelbach*, StPO § 359 Rn. 208; *Hellebrand* NStZ 2004, 413, 416.

<sup>241</sup> BVerfGE 107, 395 ff.

<sup>242</sup> *G. Schäfer* FS Rieß, 2002, S. 477, 479.

<sup>243</sup> *KMR/Eschelbach*, StPO § 359 Rn. 21.

<sup>244</sup> BVerfGE 112, 185, 208 ff.

des Strengbeweisverfahrens<sup>245</sup> durch die Urteilsabsprache im Erstverfahren bei der Wiederaufnahme des Verfahrens aufgrund eines Geständniswiderrufs und eventueller neuer Tatsachen oder Beweismittel praktisch um den ersten Zugang zu einem Gerichtsverfahren, das in effektiver Weise den Anforderungen gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK genügt, dann reicht auch dafür der Möglichkeitsmaßstab aus. Die Möglichkeit eines Freispruchs kann aber nicht generell verneint werden, wenn das Urteil des Erstgerichts allein auf einem „schlanken Ges-

<sup>245</sup> Tsambikakis Kunert-Symposium, 2006, S. 87, 92.

tändnis“ beruht, welches durch einen substantiierten Geständniswiderruf annulliert wird. Eine Aussageninhaltsanalyse<sup>246</sup> kann dann nur ein dem Verurteilten im Sinne des Möglichkeitsmaßstabs ausreichend günstiges Resultat ergeben. Die gegenteilige Annahme liefe darauf hinaus, dass mit der Eröffnung des Hauptverfahrens generell schon die Verurteilung feststeht. Das ist zwar der Traum der Absprachenpraxis, der jedoch mit einem rechtsstaatlichen Strafverfahren nicht zu vereinbaren ist.

<sup>246</sup> Zur Notwendigkeit der Inhaltsanalyse Köhnken (Fn. 221) § 62 Rn. 19.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

Mit der April-Ausgabe beginnt die Redaktion eine **Dokumentation zum so genannten „Inzestverfahren“**. Neben seiner primären schicksalhaften Tragik dürfte diesem Verfahren für das Strafverfassungsrecht eine kaum zu überschätzende Bedeutung in Wissenschaft und Praxis zukommen. Eine geplante Individualbeschwerde zum EGMR macht das Verfahren auch europarechtlich bedeutsam, zumal der EGMR bereits gezeigt hat, dass er letztlich moralisch begründete Strafbarkeiten nicht ohne weiteres bestätigt. Nach der Publikation des Urteils des BVerfG (vgl. **BVerfG HRRS 2008 Nr. 260**) und dem Abdruck des abweichenden Votums Hassemer in **HRRS 2008, S. 143 ff.** werden mit dieser

Ausgabe nunmehr eine **Reihe von Verfahrensdokumenten publiziert**. Unter diesen befinden sich z.B.:

- das **Ausgangsurteil des AG Leipzig** vom 10.11.2005
- den **Revisionsverwerfungsbeschluss des OLG Dresden** vom 30.1.2007
- und die **Verfassungsbeschwerde** in diesem Verfahren vom 22.2.2007.

### Schrifttum

## Schrifttum

### BUCHANZEIGE

**Gunhild Godenzi. Private Beweisbeschaffung im Strafprozess. Eine Studie zu strafprozessualen Beweisverboten im schweizerischen und deutschen Recht. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht, Schulthess, Zürich 2008, 420 S., 76.00 SFr., ISBN: 978-3-7255-5616-8**

Das Geschäft zwischen dem deutschen Staat und einem ehemaligen Mitarbeiter der Liechtensteiner Bank LGT über „gestohlene“ Daten mutmaßlicher Steuerhinterzie-

her hat die Problematik illegaler privater Beweisbeschaffung in den Brennpunkt der öffentlichen Wahrnehmung gerückt. Inwieweit darf der Staat Beweismittel im Strafprozess verwerten, die ihm von Privatpersonen zugespielt wurden? Hat das von der Privatperson verwirklichte Unrecht strafprozessuale Relevanz? Wissenschaft und Praxis haben bislang keine belastbare Dogmatik zur Beantwortung dieser Fragen entwickelt. Die Dissertation hat sich der Erarbeitung und Konkretisierung rechtsdogmatischer Grundlagen der Beweisverbote bei privaten Beweisbeschaffungen verschrieben und eröffnet eine differenziertere Betrachtung der Verwertbarkeitsproblematik.

## REZENSIONEN

**Bernd Hecker: Europäisches Strafrecht, 2. Aufl., Springer Verlag, Berlin, Heidelberg, New York 2007, 552 S., 24,95 EUR, ISBN-13: 978-3540216698.**

I. „Europäisches Strafrecht“ ist eine vergleichsweise junge, aber sehr dynamische und immer mehr an Bedeutung gewinnende Rechtsmaterie. Obwohl es das „Europäische Strafrecht“ im Sinne supranationaler, europäischer Strafnormen als solches (noch) nicht gibt, schreitet die Europäisierung des Strafrechts mit rasanter Geschwindigkeit voran. Seit Erscheinen der Erstauflage von Heckers „Europäisches Strafrecht“ bis zur Neuauflage seien dafür exemplarisch genannt die Urteile des EuGH vom 16.06.2005 („Pupino“) zur rahmenbeschlusskonformen Auslegung nationalen Strafrechts und vom 13.09.2005, in dem erstmals höchstrichterlich eine strafrechtliche Anweisungskompetenz der EG im Bereich des Umweltschutzes bejaht wurde. Auch wurde in der Zwischenzeit das erste deutsche Umsetzungsgesetz zum Europäischen Haftbefehl vom BVerfG für nichtig erklärt, am 02.08.2006 trat das zweite Europäische Haftbefehls-gesetz in Kraft. Kurz nach Erscheinen der 2. Auflage wurde zudem am 13.12.2007 der Vertrag von Lissabon unterzeichnet, der bis Mitte 2009 durch alle Mitgliedstaaten ratifiziert worden sein soll. Durch diesen Vertrag soll die EU nicht nur eine eigene Rechtspersönlichkeit erhalten, sondern durch die vorgesehene Streichung von Art. 280 Abs. 4 Satz 2 EGV bekäme die EU (jedenfalls für den Bereich des Schutzes der EU-Finanzinteressen) die Kompetenz zur Setzung supranationaler Strafbestimmungen (zur beabsichtigten Regelung in Art. 280 AEUV *Rosenau*, ZIS 2008, 9 [16]; zur Regelung in der gescheiterten EU-Verfassung *Hecker*, § 14 Rn. 47). Zudem hat der EuGH mit seiner für das europäische Strafrecht wohl bedeutendsten Entscheidung seit langem (Urteil vom 23.10.2007 – C - 440/05) seine Rechtsprechung zur strafrechtlichen Anweisungskompetenz fortgeführt und auf weitere Bereiche ausgedehnt (dazu ausführlich *Fromm*, ZIS 2008, 168 ff.). An neuem Stoff für eine 3. Auflage wird es *Hecker* also nicht mangeln. Dass es eine solche geben wird, steht nach dem Erfolg der 1. Auflage und dem zu erwartenden Erfolg der 2. Auflage außer Frage. Heckers „Europäisches Strafrecht“ gehört neben den Werken von *Satzger* und *Ambos* zu den Standardwerken in diesem Bereich. Das Buch ist konzipiert für eine breite Leserschicht, da es sehr gut dazu dient, sich schnell in die Materie einzuarbeiten, sein Wissen zu festigen und zu erweitern. Dies erreicht *Hecker* zunächst durch den klaren Aufbau, durchgängig verständliche Ausführungen und Fallbezug. Am Ende jedes Abschnitts fasst *Hecker* die wesentlichen Ausführungen des Abschnitts nochmals zusammen. Wem die üblichen Belege in den Fußnoten nicht genügen, dem bietet *Hecker* noch weiterführende Literatur- und Rechtsprechungshinweise an.

II. Das Buch gliedert sich in vier Teile.

In Teil I (S. 1–78) gibt *Hecker* eine Einführung in die Grundbegriffe und Grundfragen des Europäischen Strafrechts als rechtswissenschaftliche Querschnittsmaterie

aus Kriminalpolitik, Strafrechtsdogmatik, Strafverfahrensrecht, Kriminologie, Europa-, Verfassungs- und Völkerrecht (§ 1, S. 1–25). Zudem richtet er den Blick auf „strafrechtliche Spezialmaterien mit grenzüberschreitenden Bezügen“ (§ 2, S. 27–78). Darunter fasst *Hecker* das Internationale Strafrecht (innerstaatliches Strafanwendungs-, Strafgewalts bzw. Geltungsbereichsrecht; S. 27–54), das transnationale Strafrecht (internationale Rechtshilfe in Strafsachen, insbesondere den Auslieferungsverkehr; S. 54–66) und das Völkerstrafrecht (S. 66–78).

In Teil II (S. 79–235) wendet sich *Hecker* den Trägern des Europäischen Strafrechts und ihren Handlungsformen zu. Im Kapitel über den Europarat (§ 3, S. 81–117) geht *Hecker* schwerpunktmäßig der Frage der Bedeutung der EMRK für die europäische Strafrechtspflege nach und stellt die Anwendungsbereiche strafrechtsrelevanter Konventionsrechte dar (wie etwa Einsatz polizeilicher Lockspitzel, Frage- und Konfrontationsrecht des Beschuldigten, überlange Verfahrensdauer, Untersuchungshaft und Auslegung des Notwehrrechts nach § 32 StGB). Im nächsten Kapitel (§ 4, S. 119–169) behandelt *Hecker* die Europäische Gemeinschaft und die Europäische Union mit ihren Organen und Handlungsformen. Der europastrafrechtliche Schwerpunkt liegt dabei auf der Frage, ob die EG Kompetenzen zur originären Strafgesetzgebung besitzt, was *Hecker* nach vertiefter Analyse der Problematik zu Recht im Sinne der h. M. verneint. Anschließend (§ 5, S. 171–221) stellt *Hecker* das Netzwerk globaler, europäischer und bilateraler Kooperation in Strafsachen vor, in dem sich die EU-Mitgliedstaaten befinden. Er gibt einen Überblick über strafrechtsrelevante Kooperationsformen mit etwa Interpol, den UN, der OECD und dem Europarat. Im Rahmen der intergouvernementalen Zusammenarbeit in der EU liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf der Zusammenarbeit im Rahmen der Schengener Abkommen (insbesondere Art. 39–43 und Art. 92–119 SDÜ). Danach schildert *Hecker* die Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJI), die European Drug Unit (EDU), Europol, das Europäische Justizielle Netz (EJN) und die Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJJS) und Eurojust. Ferner gibt er ausgewählte Beispiele zur bilateralen Zusammenarbeit. Der Teil II schließt mit Ausführungen zur Zusammenarbeit zwischen EuGH und nationaler Strafgerichtsbarkeit (§ 6, S. 223–235).

In Teil III (S. 237–515) behandelt *Hecker* die strafrechtsrelevanten Europäisierungsfaktoren. Zunächst geht er auf das so genannte Assimilierungsprinzip (§ 7, S. 239–278) ein. Gemeint ist damit die Einbeziehung gemeinschaftsrechtlicher Schutzgüter in den Anwendungsbereich nationaler Straftatbestände. *Hecker* zeigt die verschiedenen Möglichkeiten der Assimilierung auf und stellt die für diesen Bereich wichtigsten Urteile des EuGH („Griechischer Mais“ u. a.) dar. Den Ausprägungen des Assimilierungsprinzips im deutschen Strafrecht steht *Hecker*, was die Zulässigkeit gemeinschaftsrechtsakzessorischer Blankettstrafgesetzgebung angeht, mit überzeugenden Argumenten in weiten Teilen kritisch gegenüber.

Im nächsten Kapitel (§ 8, S. 279–315) erörtert *Hecker* umfassend die umstrittene Frage nach Existenz und Reichweite einer strafrechtlichen Anweisungskompetenz

der EG. Im Ergebnis stimmt er – entgegen auch kritischer Stimmen im Schrifttum – dem EuGH (Urteil vom 13.09.2005 – C-176/03, Kommission/Rat) darin zu, dass (jedenfalls) im Bereich der Umweltpolitik eine solche Kompetenz besteht (S. 290 f.). *Hecker* will diese Anweisungskompetenz aber nicht nur auf diesen Bereich beschränkt wissen, sondern gesteht der Gemeinschaft grundsätzlich bei der Durchsetzung von Gemeinschaftspolitiken – wie etwa Verbraucherschutz, Lebensmittelsicherheit und Schutz der EG-Finanzinteressen – eine Harmonisierungsbefugnis im Bereich des Kriminalstrafrechts zu (S. 314). Damit liegt er auf einer Linie mit dem EuGH, der mit (nach Erscheinen der 2. Auflage ergangenen) Urteil vom 23.10.2007 (C-440/05) seine wegweisende Rechtsprechung fortführte und sich bei der Kompetenzfrage auch nicht mehr nur auf den Bereich der Umweltpolitik beschränkt. Grenzen der strafrechtlichen Kompetenzbefugnis der EG sieht *Hecker* im Subsidiaritätsprinzip (Art. 2 Abs. 2 EUV, 5 Abs. 2 EGV) und im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 3 EGV), aus denen er in der Zusammenschau mit Art. 6 Abs. 3 EUV (Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten) ein strafrechtsspezifisches Schonungsgebot ableitet (S. 311).

Im folgenden Kapitel (§ 9, S. 317–344) geht *Hecker* auf das (Vorrang-)Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht ein. Er erläutert umfassend an zahlreichen Beispielen aus der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG die Prinzipien des Geltungs- und Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts und zeigt Lösungswege für unterschiedliche Kollisionsfälle auf.

Anschließend (§ 10, S. 345–392) stellt *Hecker* den Grundsatz der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts dar. Anhand zahlreicher Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH geht er zunächst auf die richtlinienkonforme Auslegung im Strafrecht ein, bevor er sich umfassend der wegweisenden Entscheidung des EuGH in der Rechtssache „Pupino“ zuwendet, in der der EuGH – nach *Hecker* zu Recht – erstmalig eine unmittelbar aus Unionsrecht abgeleitete Befugnis und Verpflichtung mitgliedstaatlicher Gerichte, nationales Recht im Lichte europäischer Rahmenbeschlüsse zu interpretieren, anerkennt.

Im folgenden Kapitel (§ 11, S. 393–445) über das gemeinsame Vorgehen der EU-Mitgliedstaaten im Bereich der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit (PJZS) arbeitet *Hecker* den unionsrechtlichen Rahmen für die Harmonisierung des materiellen Strafrechts heraus. Er stellt die auf der Grundlage der Art. 29, 31 EUV ergriffenen und geplanten Maßnahmen dar, die auf eine Mindestangleichung bestimmter Bereiche des materiellen Strafrechts der EU-Mitgliedstaaten abzielen.

Im nächsten Kapitel (§ 12, S. 447–482) behandelt *Hecker* die Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Darstellung der Regelungen des Europäischen Haftbefehls und der (mit Schwierigkeiten verbundenen) Umsetzung des Rahmenbeschlusses in Deutschland. Dem Instrument des Europäischen Haftbefehls steht *Hecker* grundsätzlich positiv gegenüber. Kritisch äußert sich *Hecker* allerdings zur Tragfähigkeit des Prinzips der gegenseitigen Anerken-

nung beim transnationalen Beweisverkehr (S. 476 ff.), da seiner Ansicht nach die nationalen Rechtsordnungen als komplexe dynamische Systeme ganz unterschiedliche Strategien verfolgten, um ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten. Die im Anschluss aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten de lege ferenda weisen allerdings, was *Hecker* zu Recht aufzeigt, allesamt noch Schwächen auf.

Im letzten Kapitel von Teil III (§ 13, S. 483–515) stellt *Hecker* umfassend das transnationale Doppelbestrafungsverbot der EU (Art. 54 SDÜ) dar, dem er das Potential zuspricht, sich zu einem verfahrensrechtlichen Motor der Strafrechtsintegration innerhalb der EU zu entwickeln (S. 513). Anhand zahlreicher Beispiele erörtert *Hecker* den Anwendungsbereich und diskutiert umstrittene Merkmale der genannten Vorschrift.

Den Abschluss des Buches bildet ein gesondertes Kapitel über den strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen der EG (Teil IV, S. 517–544), was der Tatsache Rechnung trägt, dass gerade die Gemeinschaftsfinanzen eine attraktive Zielscheibe für kriminelle Praktiken sind und sich das jährliche Gesamtschadensvolumen geschätzt auf über eine Billion Euro beläuft (S. 526). Haupterscheinungsformen von EG-Betrügereien sind dabei die Hinterziehung von Abgaben bei der Wareneinfuhr, die Erschleichung von Erstattungen bei der Warenausfuhr und das Erschleichen von Subventionen. Bei der vereinheitlichten strafrechtlichen Bekämpfung steht das Übereinkommen vom 26.07.1995 betreffend den Schutz der finanziellen Interessen der EG (PIF-Konvention), das am 17.10.2002 in Kraft trat, im Mittelpunkt. Da dieses aber nur der Anfang eines vereinheitlichten Betrugsstrafrechts sein kann, stellt *Hecker* im Folgenden mögliche Modellkodifikationen für ein künftiges supranationales oder harmonisiertes Strafrecht (Corpus Juris von 1997; Corpus Juris Florence von 1999; Grünbuch der Kommission zum strafrechtlichen Schutz der finanziellen Interessen und zur Schaffung einer europäischen Staatsanwaltschaft) vor und setzt sich kritisch mit diesen auseinander. Positiv zu erwähnen bleibt noch, dass *Hecker* auch die präventive Seite nicht aus den Augen verliert. Denn auch für den Bereich der Gemeinschaftsfinanzen gilt, dass strafrechtliche Sanktionen regelmäßig zu spät kommen. Es gilt daher, alle nur erdenklichen administrativen Präventionsmaßnahmen auszuloten, um Missbrauchsmöglichkeiten von vornherein einzudämmen (S. 526 f.).

III. Insgesamt hat *Hecker* auch mit der 2. Auflage ein vorzügliches (Lehr-)Buch zum Europäischen Strafrecht vorgelegt. Vielleicht gelingt es ihm in einer der nächsten Auflagen, noch einige Schaubilder zu integrieren, um die Verständlichkeit seiner Ausführungen noch zu unterstreichen und so den sehr guten Gesamteindruck des Werks noch abzurunden. Wer sich mit Europäischem Strafrecht, in welchem Umfang auch immer, beschäftigen will, ist mit dem „*Hecker*“ sehr gut beraten. Auch der 2. Auflage wünsche ich weite Verbreitung.

Akad. Rat Dr. **Sascha Mikolajczyk**, Kiel

\*\*\*

**André Hienzsch: Das deutsche Insiderhandelsverbot in der Rechtswirklichkeit. Eine empirische Studie.** Nomos Verlagsgesellschaft, Schriftenreihe zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsstrafrecht, Baden-Baden 2006, 231 S., 46,00 EUR, ISBN 3-8329-1736-5.

I. Das deutsche Insiderhandelsverbot, welches seit 1994 im WpHG in § 14 i.V.m. § 38 (BGBl. I, S. 1794) normiert ist, ist im Hinblick auf die sich damit stellenden materiellrechtlichen Fragestellungen bereits mehrfach Gegenstand strafrechtlicher Abhandlungen gewesen. Wie wirksam allerdings die Implementierung des Insiderhandelsverbots ist, untersucht erstmals *Hienzsch* in seiner 231 Seiten umfassenden Dissertation mit Mitteln der empirischen Sozialforschung. Hierzu führte *Hienzsch* eine Expertenbefragung durch. Neben der Effektivität der Strafverfolgung von Insiderhandel, untersucht der Verf. vor allem die Akzeptanz und Wirksamkeit dieser strafrechtlichen Verbotsnorm und gibt Lösungsvorschläge für bestehende Defizite bei der Strafverfolgung.

II. Die Arbeit besteht insgesamt aus fünf Kapiteln. Nach einführenden Bemerkungen zum Phänomen Insiderhandel (S. 17 – 38), stellt *Hienzsch* in seinem zweiten Kapitel die Forschungsfragen seiner empirischen Untersuchung vor (S. 39 – 44). Die Kapitel 3 und 4 bilden den Schwerpunkt der Arbeit. Hier beschäftigt sich *Hienzsch* in Kapitel 3 mit seiner ersten Forschungsfrage zur Implementierung des Insiderhandelsverbotes (S. 45 – 158) und stellt im 4. Kapitel die Ergebnisse seiner zweiten Forschungsfrage zum Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt dar (S. 159 – 194) dar. Die Untersuchung endet mit einem Fazit im 5. Kapitel der Arbeit (S. 195 – 198).

1. Im ersten Kapitel widmet sich *Hienzsch* der Beantwortung ganz grundsätzlicher Fragen. Nachdem der Verf. zunächst die Begriffe des Insiderhandels und des Insiders erklärt, beschreibt er das Phänomen des Insiderhandels anhand von historischen Beispielen. Auch wenn es sich aufgrund des Begriffs des Insiderhandels um eine junge Erscheinung zu handeln scheint, ist dieses Phänomen dennoch bereits seit dem Aufkommen der Gesellschaftsform der AG bekannt, wie in dem kurzen historischen Abriss von *Hienzsch* zur Entwicklung des Insiderhandels und seiner Bekämpfung (S. 27 – 38) deutlich wird. Bis zur Implementierung des strafrechtlichen Verbots von Insidergeschäften war die Überwachung und Verhinderung solcher Verhaltensweisen Sache der Wirtschaftsaufsicht (S. 30). Nach der aktuellen Rechtslage ist jeder Träger einer Insiderinformation i.S.v. § 13 WpHG tauglicher Täter des Insiderhandels. Die vormalig bestehende Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärinsidern wurde aufgehoben und spielt nur noch auf Rechtsfolgenebene eine Rolle. Während der Primärinsider mit einer Strafe von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe sanktioniert werden kann, stellt der Insiderhandel für Sekundärinsider eine bloße Ordnungswidrigkeit dar (vgl. S. 36).

2. In seinem 2. Kapitel stellt *Hienzsch* zunächst die mit der Implementierung des Insiderhandelsverbots verbundenen Ziele dar, um hieraus die für seine Untersuchung maßgeblichen Forschungsfragen herzuleiten. Der erste

Forschungskomplex dient dazu nachvollziehen zu können, mit welchen Schwierigkeiten die Durchführung des Insiderhandelsverbots verbunden ist. Der zweite Forschungskomplex widmet sich der Frage nach der Herstellung und Bewahrung eines funktionsfähigen Kapitalmarktes sowie der Stärkung des internationalen Wettbewerbs mit Hilfe des Insiderhandelsverbotes. *Hienzsch* wirft folgende Fragestellungen auf (S. 43):

- *Wie stellt sich die Implementation des Insiderhandelsverbotes im Einzelnen dar und welche Schwierigkeiten bestehen dabei auf den verschiedenen Stufen der Insiderverfolgung?*
- *Hat das Insiderhandelsverbot das Vertrauen potentieller gegenwärtiger Anleger in den deutschen Kapitalmarkt geschützt bzw. gestärkt?*

3. Im dritten Kapitel (S. 45 ff.) stellt *Hienzsch* die Ergebnisse der ersten Frage zur Art und Weise der Implementation des Insiderhandelsverbots und den damit verbundenen Schwierigkeiten vor. Innerhalb der Institutionen zur Kapitalmarktkontrolle und ihrer Organisation kommt die weitaus größte Bedeutung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (im Folgenden BaFin) zu (S. 47 ff.).

a) Da die BaFin auch für die Verfolgung von Verstößen gegen das Insiderhandelsverbot zuständig ist, gehört es zu ihren Aufgaben den Kapitalmarkt fortlaufend zu überwachen und bei Verdacht auf einen Verstoß – sei es aufgrund eigener Kontrolltätigkeit, sei es aufgrund von Hinweisen durch Dritte – den jeweiligen Sachverhalt auszuermitteln (vgl. S. 56). Vorrangiges Mittel der BaFin zur Aufklärung sei die Marktanalyse, die einer förmlichen Insideruntersuchung vorgelagert sei (S. 57 ff.). Die Untersuchungsarbeit der BaFin beruht hierbei auf dem Grundgedanken der bußgeldbewährten Meldepflicht nach § 9 WpHG, nach der Geschäfte in Wertpapieren und Derivaten an die BaFin zu melden sind. Werden verdächtige Handelsaktivitäten in einem Insiderpapier festgestellt, leitet die BaFin eine förmliche Insideruntersuchung ein (S. 67), bei der ihr eigene Ermittlungsmöglichkeiten zustehen. So kann Sie etwa Einsicht in Insiderverzeichnisse nehmen und ihr Auskunftsrecht nach § 4 WpHG geht so weit, dass sie grundsätzlich von jedermann Auskunft verlangen kann. Erst wenn sich der Verdacht des Insiderhandels erhärtet hat, gibt die BaFin den Fall an die jeweils zuständige Staatsanwaltschaft ab.

Für das Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaften ergeben sich gegenüber anderen Strafverfahren grundsätzlich keinerlei Besonderheiten. Allerdings bleibt die BaFin auch hier – vergleichbar mit den Finanzbehörden in Steuerstrafverfahren – in die Ermittlungen insofern eingebunden, als sie einerseits die Staatsanwaltschaften bei Durchsuchungen und Vernehmungen unterstützt und andererseits Bedienstete der BaFin Zeugen im Strafverfahren sind (vgl. S. 72 f.).

b) Im Folgenden stellt *Hienzsch* die Ergebnisse seiner Expertenbefragung zum Ablauf der Verfolgungstätigkeit von Strafverfolgungsbehörden und BaFin vor. Neben Mitarbeitern der BaFin wurden auch Staatsanwälte, Poli-

zeibeamte und Strafrichter befragt (S. 74). *Hienzsch* befragte insgesamt 15 Fachleute in 12 Interviews (S. 76). Bei der Befragung der BaFin Mitarbeiter offenbarte sich insbesondere ein Personalproblem der Anstalt. Es gelinge nicht ausreichend Personal aus der Wirtschafts- und Wertpapierpraxis zu rekrutieren, was angesichts des Gehaltsgefälles zwischen dem öffentlichen Dienst bei der BaFin und etwa dem Verdienst in Großkanzleien spontan einleuchtet, selbst wenn man berücksichtigt, dass die BaFin dafür sicher hinsichtlich der Arbeitsbelastung und der Aussicht auf einen sicheren Arbeitsplatz ihren Mitarbeitern auch Vorteile bietet (vgl. S. 83). § 10 II FinDAG ermögliche es zwar der BaFin befristet Spezialisten gegen Spitzenvergütung einzustellen, doch könne dies das Defizit an entsprechend qualifizierten festen Mitarbeitern nicht ausgleichen. Das Personalproblem verschärfe sich zudem durch die hohe Personalfuktuation und dem ständigen Wechsels des Personals zwischen den einzelnen Referaten (vgl. S. 84 f.).

c) Noch größer und wenig überraschend ist das Personalproblem auf Seiten der Staatsanwaltschaften bei der Verfolgung von Insiderstraftaten. Da nicht überall Schwerpunktstaatsanwaltschaften im Bank- und Börsenbereich existieren und entsprechende Fälle eher die Ausnahme bilden, fehle es den Staatsanwälten regelmäßig am Fachwissen, um wirtschaftliche Sachverhalte auf ihre strafrechtliche Relevanz überprüfen zu können (S. 126 f.). Zudem lasse sich anhand der Befragung feststellen, dass es oftmals am Engagement des zuständigen Staatsanwalts mangle, da aufgrund der hohen Arbeitsbelastung das Interesse an einem möglichst zügigen Abschluss eines Vorgangs im Vordergrund stehe. Leider klärt *Hienzsch* in diesem Zusammenhang nicht auf, ob diese Vorwürfe quasi aus den eigenen Reihen stammen oder etwa von befragten BaFin-Mitarbeitern getätigt wurden, die möglicherweise frustriert sind, wenn das Ergebnis ihrer Vorermittlungen lediglich die Nachricht über die Einstellung des Sachverhalts ist.

Anders als bei der BaFin stelle sich bei den Staatsanwaltschaften zudem das Problem der schlechten materiellen Ausstattung, so dass es z.T. an aktuellen Gesetzen und Kommentierungen zum Wertpapierrecht fehle (S. 129). Zur Verbesserung der personellen Schwierigkeiten schlägt *Hienzsch* vor, flächendeckend Kapitalmarktschwerpunktstaatsanwaltschaften einzurichten bzw. bestehende Wirtschaftsschwerpunktstaatsanwaltschaften um den Schwerpunkt des Kapitalmarktstarfrechts zu erweitern (S. 134 f.).

d) Auch um das Dunkelfeld von Insiderdelikten zu erhellen bedient sich *Hienzsch* der Methode der Expertenbefragung. *Hienzsch* kommt zu einem Ergebnis, dass nur etwa 5 % aller Insiderdelikten erkannt werden und somit ein sehr hohes – für Wirtschaftsstraftaten typisches – Dunkelfeld von 95 % existiere. In Zahlen ausgedrückt geht *Hienzsch* von ca. 5.000 Insiderdelikten jährlich aus, von denen nur 228 Gegenstand einer förmlichen Insideruntersuchung sind. 100,6 Vorfälle werden an die Staatsanwaltschaften weitergeleitet und 61,2 durch diese folgenlos eingestellt, von denen wiederum der Großteil gegen Geldauflage eingestellt wird. Die Angabe von Kommazahlen ist darauf zurückzuführen, dass *Hienzsch* einen Durchschnittswert aus den abgegebenen Vorgängen an

die Staatsanwaltschaften von 1999 – 2004 errechnete welcher wiederum mit dem zuvor errechneten Durchschnittswert von etwa 4,25 Insidern pro Insiderinformation multipliziert wurde (S. 156). Die Gründe für diese eher schlechte Bilanz sieht der Verf. einerseits in der Deliktsnatur selbst und andererseits in der sachlichen und personellen Ausstattung der Strafverfolgungsinstanzen. Insiderhandel sei ein Delikt, welches etwa durch den Einsatz von Mittelsmännern oder das Handeln über Offshore-Plätze gute Verschleierungsmöglichkeiten biete (S. 157).

4. Das vierte Kapitel behandelt die zweite Forschungsfrage, in der es um das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt geht und ob die Implementierung des Insiderhandelsverbots dazu beigetragen hat, dieses Vertrauen zu schützen bzw. zu stärken (S. 159 ff.).

a) *Hienzsch* untersucht u.a. an Hand von anderen Studien, inwiefern Insiderhandel geeignet ist, das Vertrauen von Anlegern in den Kapitalmarkt zu beeinflussen. Auch wenn neben dem Insiderhandel andere wichtige Faktoren, wie die allgemeine Börsenlage, das Zinsniveau oder die Lohnentwicklung für das Vertrauen in den Kapitalmarkt eine wichtige Rolle spielen würden, sei nicht von der Hand zu weisen, dass eben auch die als unfair empfundene Wahrnehmung von Insiderdelikten geeignet sei das Vertrauen in den Kapitalmarkt negativ zu beeinflussen. Umgekehrt könne dann auch die Implementierung eines Insiderhandelsverbots das Vertrauen in den Kapitalmarkt positiv zu beeinflussen, also stärken (S. 185 f.), was *Hienzsch* erneut mittels einer Expertenbefragung untersucht (S. 187 ff.).

b) In diesem Teil der Untersuchung befragt *Hienzsch* 10 Spezialisten, die die Vertrauensstärkung der Anleger in den Kapitalmarkt durch Implementierung des Insiderhandelsverbots unterschiedlich bewerteten. Fünf der Befragten gaben eine positive Einschätzung, drei sahen nur teilweise positive Effekte, während zwei der Experten eine positive Stärkung des Vertrauens in den Kapitalmarkt vollständig verneinten (S. 188). Auffällig ist allerdings, dass in der hierzu aufgeführten Tabelle insgesamt nicht fünf sondern nur vier Experten eine eindeutig positive Antwort gaben und nicht wie zuvor geschrieben drei, sondern vier Befragte eine „Teils-Teils-Antwort“ gaben. Möglicherweise handelt es sich bei dieser Unstimmigkeit nur um einen Tippfehler entweder im Text oder der Tabelle. Dieser ist allerdings bei nur 10 Befragten durchaus geeignet, das Ergebnis zu „verzerrern“.

Innerhalb der Tabelle unterteilt *Hienzsch* die Befragten in Verfolgerexperten, Anlegerexperten und unbestimmbare Experten. Zwei von den insgesamt drei Anlegerexperten lehnten eindeutig die positive Wirkung des Insiderhandelsverbots ab, während immerhin drei der fünf Verfolgerexperten uneingeschränkt positiv antworteten. Bei näherer Analyse der Antworten der befragten Experten relativiert sich das scheinbar positive Ergebnis. Eine Stärkung des Vertrauens in den Kapitalmarkt beruhe weniger auf der Implementierung des Insiderhandelsverbots als vielmehr auf der kontrollierenden Tätigkeit der BaFin, deren Existenz durch Presseberichte immer stärker ins Bewusstsein der Bevölkerung trete. Andererseits zweifeln diejenigen, die die Vertrauensstärkung negativ

einschätzen an einem solchen Bewusstsein. Viele würden gar nicht wissen, was die BaFin sei und was diese tue.

5. In seinem Fazit stellt *Hienzsch* fest, dass es dem gesetzlichen Insiderhandelsverbot in Deutschland kaum gelungen sei, Anlegervertrauen zu fördern (S. 195). Verantwortlich sei hierfür einerseits die schwierige Durchsetzbarkeit von Insidernormen sowie andererseits die Tatsache, dass ein Insiderhandelsverbot für sich genommen nicht geeignet sei Vertrauen in den Kapitalmarkt herzustellen. Die Schwierigkeiten bei der Durchsetzbarkeit können nicht durch eine materielle Ausdehnung der Strafbarkeit aufgefangen werden, wie dies bereits durch Schaffung von Bußgeldvorschriften bei nur leichtfertigen Insiderhandel geschehen sei (S. 196). Begrüßenswert sei im Gegensatz dazu die Einführung der Ad-hoc-Mitteilungspflicht, die geeignet sei durch Markttransparenz das Vertrauen der Anleger in den Kapitalmarkt zu stärken. Gerade durch die Schaffung eines wirksamen zivilrechtlichen Anlegerschutzes könne ein bedeutender Schritt in Richtung einer gesicherten Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes getan werden (S. 197).

III. *Hienzsch* ist es mit seiner Untersuchung gelungen einen spannenden Einblick in die Verfolgungstätigkeit von BaFin und Staatsanwaltschaften bei Insiderdelikten zu geben. Interessant ist insbesondere die Selbsteinschätzung der Mitarbeiter der Verfolgungsorgane, wie sie durch die Expertenbefragung deutlich wird. Dass *Hienzsch* hierbei nur eine geringe Anzahl von Probanden befragen konnte (15 zur ersten und 10 zur zweiten Forschungsfrage) ist bedauerlich, aber auch nachvollziehbar, da es sich um einen langen und nur aufwendig auszuwertenden Fragenkatalog handelt. Zudem kann dem Verf. nicht angelastet werden, dass jedenfalls bei der BaFin ohnehin nur eine kleine Gruppe von potenziellen Experten existiert, die sich schwerpunktmäßig mit Insiderhandel beschäftigen. Die von *Hienzsch* festgestellten Verfolgungsdefizite bei den Staatsanwaltschaften in materieller und personeller Hinsicht dürften sich ganz grundsätzlich bei der Strafverfolgung von Wirtschaftsstraftaten zeigen, da es hier beinahe immer erforderlich ist komplizierte wirtschaftliche Zusammenhänge zu durchschauen, um die Sachverhalte auf ihre strafrechtliche Relevanz überprüfen zu können. Das wiederum ändert freilich nichts an der Notwendigkeit von *Hienzsch* Forderung Schwerpunktstaatsanwaltschaften einzurichten, wobei zugegebenermaßen in der rechtspolitischen Diskussion auch sonst für fast jedes Delikt entsprechende Forderungen schnell aufkommen.

Akad. Rätin a. Z. **Silke Noltensmeier**, Universität Erlangen-Nürnberg

\*\*\*

**Marc Störing. Strafprozessuale Zugriffsmöglichkeiten auf E-Mail-Kommunikation; Logos Verlag, Berlin 2007, 293 S., 40,50 EUR, ISBN 978-3-8325-160-8.**

„An der E-Mail kommt fast niemand mehr vorbei.“ so lautete die Schlagzeile eines Artikels in der Welt vom 14. Mai 2007. Zwanzig Jahre nach der ersten „deutschen E-Mail“ im Jahre 1984 nutzen 2006 fast zwei Drittel der

16- bis 74-Jährigen in Deutschland dieses Kommunikationsmittel – mit steigender Tendenz. Als Quelle für die Informationsgewinnung in Strafverfahren ist die E-Mail schon seit mehreren Jahren auch in das Blickfeld der Strafverfolgungsbehörden gelangt. Angefangen mit der so genannten Mailbox-Entscheidung des Ermittlungsrichters des BGH aus dem Jahr 1995 (vgl. NStZ 1997, 247), war der strafprozessuale Zugriff auf diese Form der Kommunikation immer wieder Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidungen und kontroverser Auseinandersetzungen in der Literatur. *Marc Störing* widmet sich in seiner von *Klaus Bernsmann* (Bochum) betreuten Dissertation umfassend den mit dem Zugriff auf E-Mail-Kommunikation zusammenhängenden Rechtsfragen. Ausgeklammert bleiben Fragen der Sicherstellungs- sowie der Beweisverwertungsverbote (S. 3).

Die Arbeit untergliedert sich in vier Teile. Im ersten Teil (B.) stellt *Störing* die technischen Grundlage der E-Mail-Kommunikation und die mit ihr zusammenhängenden verfassungsrechtlichen Fragen dar. In den beiden darauf folgenden Teilen untersucht er die einzelnen Zugriffsbefugnisse, d.h. die Beschlagnahmenvorschriften (C.) bzw. die Vorschriften über die Telekommunikationsüberwachung (D.) während er im vierten Teil (D.) seine Erkenntnisse auf die einzelnen Phasen der E-Mail-Kommunikation überträgt.

Auf den Seiten 5 – 24 stellt *Störing* zunächst überblicksartig und leicht verständlich die technischen Grundlagen der E-Mail-Kommunikation und die relevanten Begrifflichkeiten dar. Dies ermöglicht es, sich bei später auftretenden Frage zu einem bestimmten Begriff dessen Bedeutung noch einmal in Erinnerung zu rufen. Auf den folgenden Seiten (24 – 35) zeigt er die verfassungsrechtlichen Grundlagen der E-Mail-Kommunikation auf. Zunächst lehnt er die Rundfunk- und Pressefreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG als nicht einschlägig ab, um sich dann der informationellen Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 GG, und dem Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG, zuzuwenden, deren Einschlägigkeit er bejaht, während er das Brief- und Postgeheimnis als nicht tangiert ansieht. Leider gerät dieser verfassungsrechtliche Teil etwas knapp, auch wenn Einzelfragen in den weiteren Teilen der Arbeit vertieft werden. Gerade im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG dürften sich mit der immer stärkeren Durchdringung der Gesellschaft durch die elektronischen Nachrichtenübermittlung in der Zukunft Anwendungsfragen stellen, die jedenfalls mit einem bloßen Verweis auf das jahrhundertalte Vervielfältigungsverfahren des Papierdrucks nicht zu beantworten sein werden.

Daran anschließend thematisiert *Störing* umfassend die im Zusammenhang mit der E-Mail-Kommunikation anfallenden Daten (S. 36 – 51), deren Beweiseignung (S. 51 – 56) und den damit zusammenhängenden Zugriffsmöglichkeiten (S. 56 – 60). Gerade die wenigen Seiten unter dem Titel „Beweisfragen“ (S. 51 ff.) seien allen ans Herz gelegt, die mit der Notwendigkeit des Zugriffs auf E-Mail für die Erkenntnisgewinnung im Strafverfahren argumentieren.

In seinem zweiten Teil (S. 65 – 120) untersucht *Störing* eingehend die Eingriffsgrundlage des § 94 StPO – Sicherstellung von Beweisgegenständen. Dabei prüft er umfas-

send, ob E-Mails isoliert betrachtet als nicht unmittelbar wahrnehmbare elektronische Daten dem Gegenstandsbegriff des § 94 StPO unterfallen und verneint dies mit durchaus überzeugenden Argumenten (S. 80 f.). Als Objekt der Sicherstellung kommen nach seiner Auffassung nur die Datenträger in Betracht (S. 81). Als Folgerung aus dieser Erkenntnis lehnt er (entgegen der Rechtsprechung BVerfGE 113, 29 = HRRS 2005 Nr. 549 und wohl herrschenden Meinung) eine Sicherstellung von Daten durch Kopieren auf Grundlage des § 94 StPO ab. Das Verhältnismäßigkeitsprinzip könne hier nicht herangezogen werden, weil in dieser Vorgehensweise kein *Weniger*, sondern ein *aliud* liege (S. 106 f.). In einer umfassenden Auseinandersetzung kommt der Verfasser zum Schluss, dass § 94 StPO im Hinblick auf die informationelle Selbstbestimmung beim Datenzugriff verfassungswidrig ist (S. 109 ff.). Konsequenterweise mahnt *Störing* daher ein Tätigwerden des Gesetzgebers an (S. 120).

An diese Betrachtungen schliesst sich der dritte Teil der Arbeit unter dem Titel „Telekommunikationsüberwachung § 100a StPO“ an (S. 121–176). Hier geht *Störing* zunächst auf die rechtsgeschichtliche Entwicklung der Telekommunikationsüberwachung in der StPO (S. 121–129), ihre Verbindungen zu anderen Vorschriften (S. 130–135) und die formellen und materiellen Voraussetzungen des § 100a StPO (S. 135–151) ein. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit diskutiert er unter anderem die Eignung der Überwachung unter dem Gesichtspunkt der Kryptologie. Daran anschliessend beschäftigt sich der Verfasser unter dem Titel „Rechtspolitische Betrachtung“ ausführlich mit der praktischen und rechtstatsächlichen Entwicklung der Telekommunikationsüberwachung (S. 151–175). Einen Schwerpunkt bildet darin die Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des BVerfG zum Kernbereich privater Lebensgestaltung (vgl. BVerfGE 109, 279 = HRRS 2004 Nr. 170 und BVerfGE 113, 348 = HRRS 2005 Nr. 718). *Störing* überträgt die Kriterien dieser Rechtsprechung auf die E-Mail-Kommunikation und kritisiert hier überzeugend ihre schwierige Umsetzbarkeit und praktische Wirksamkeit.

Zentraler Abschnitt der Arbeit ist der Teil „Kommunikationsphasen und Zugriffsbefugnisse“ (S. 177–228). In diesem überträgt der Verfasser seine Erkenntnisse aus den vorangegangenen Teilen in einer sehr ausführlichen Auseinandersetzung mit der bis zur Drucklegung (2007) umfassend erhobenen veröffentlichten Rechtsprechung und Literatur. Den überwiegenden Raum des betreffenden Teils der Arbeit nimmt hier die kontrovers geführte Auseinandersetzung um die richtige Rechtsgrundlage für einen Zugriff auf die in der Empfänger-Mailbox bei einem E-Mail-Provider gespeicherten Nachrichten ein, während beispielsweise der Zugriff beim Absender und Empfänger und zwischen Provider und Endnutzer recht kurz behandelt werden. Bisher ist die Frage des Zugriffs

auf beim Provider lagernde E-Mail noch nicht abschließend geklärt. Während beispielsweise das LG Braunschweig in einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 (Beschluss vom 12. April 2006 – 6 Qs 88, 97/06) die Beschlagnahmenvorschriften für anwendbar erachtet, lehnt dies das LG Hamburg (Beschluss vom 8.1.2008, Aktenzeichen 619 Qs 1/08), unter Bezugnahme u.a. auch auf die hier besprochene Arbeit, zutreffend ab und hält allein § 100a StPO für einschlägig. Eine abschließende Entscheidung des BVerfG zu dieser Frage steht bisher immer noch aus (vgl. die Anordnung des BVerfG HRRS 2007 Nr. 125 – verlängert durch Beschluss vom 29.11.2007; dazu *Schlegel* HRRS 2007, 44 ff.).

*Störing* geht zunächst auf die unterschiedlichen Zugriffsmöglichkeiten auf die E-Mail-Kommunikation ein. Dabei erörtert er auch die Frage des heimlichen Zugriffs unter Zuhilfenahme aufgefundener Passwörter, wobei er zutreffend – nunmehr auch verfassungsgerichtlich bestätigt (vgl. BVerfG HRRS 2008 Nr. 160) – Art 13 GG beim Provider als nicht tangiert ansieht (S. 182 ff.). Im Weiteren setzt er sich vertieft und kritisch mit dem insbesondere von *Palm/Roy* (NJW 1996, 1791 ff.) vertretenen sog. Drei-Pasen-Modell auseinander. Nach diesem ist die beim Provider gespeicherte, *aber noch nicht abgerufene* E-Mail in einer Ruheposition (2. Phase) und nicht vom Fernmeldegeheimnis erfasst, während die Übertragungen vom Sender zum E-Mail-Provider und der spätere Abruf durch Art. 10 GG geschützt seien. Überzeugend lehnt er diese Differenzierung ab, weil es im Hinblick auf Art. 10 GG darauf ankommt, ob Dritte – insbesondere der Provider – auf die Kommunikation zugreifen können (S. 197 ff., 209). Sodann widmet er sich dem Problem der *bereits abgerufenen* E-Mails, die (auch) noch beim Anbieter lagern (S. 209 ff.). Soweit sie sich dort befinden, sieht sie der Verfasser mit überzeugender Argumentation als vom Grundrecht des Art. 10 GG geschützt an und will den Zugriff allein über den Weg des § 100a StPO ermöglichen (S. 220 ff.). Im Resümee (S. 229–242) seiner Arbeit geht *Störing* noch überblicksartig u.a. auf die Vorratsdatenspeicherung von Verkehrsdaten ein (S. 236–242), die er als verfassungswidrig ansieht.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass es sich bei der Dissertation von *Störing* um eine gut lesbare Arbeit mit deutlicher Schwerpunktsetzung handelt. Ihre Lektüre sei auch Praktikern ans Herz gelegt, die sich mit Rechtsfragen rund um den strafprozessualen Zugriff auf E-Mail-Kommunikation beschäftigen.

**Stephan Schlegel**, Wiss. Ass. Universität Zürich

\*\*\*

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*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. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

## **261. BVerfG 1 BvR 256/08 (Erster Senat) – Beschluss vom 11. März 2008**

Einstweiligen Anordnung betreffend die Vorratsdatenspeicherung von Telekommunikationsdaten (Folgenabwägung; erhebliche Gefährdung der Unbefangtheit der Nutzung von Telekommunikation; zwingendes Gemeinschaftsrecht, „effet utile“); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen ein zwingendes Gemeinschaftsrecht umsetzendes Gesetz; Voraussetzungen für ein Auskunftersuchen beim Telekommunikationsanbieter.

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 BVerfGG; Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 230 EG; Art. 1 Abs. 1 Richtlinie 2006/24/EG; § 113a TKG; § 113b TKG; § 100a StPO; § 100g StPO

## **262. EuGH C-440/05 – Urteil vom 23. Oktober 2007 (Kommission der Europäischen Gemeinschaften gegen Rat der Europäischen Union)**

Nichtigkeitsklage gegen den Rahmenbeschluss 2005/667/JI (Bekämpfung der Verschmutzung durch Schiffe; Verkehrspolitik; Umweltpolitik; Annexkompetenz im Gemeinschaftsrecht für strafrechtliche Sanktionen; Zuständigkeit der Gemeinschaft; Rechtsgrundlage).

Art. 31 Abs. 1 Buchst. e EU; Art. 34 EU; Art. 47 EU; Art. 80 Abs. 2 EG; Art. 6 EG

## **263. BGH 2 StR 22/08 – Beschluss vom 15. Februar 2008 (LG Aachen)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Die Anwendung des § 21 StGB kann nicht zugleich auf seine beiden Alternativen gestützt werden.

2. § 21 StGB scheidet aus, wenn der Täter trotz erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit das Unerlaubte seines Tuns letztlich erkennt. Denn in diesem Fall ist die Schuld des Täters nicht gemindert. Fehlt dem Täter dagegen bei Begehung der Tat die Einsicht wegen einer krankhaften seelischen Störung oder aus einem anderen in § 20 StGB bezeichneten Grund, ohne dass ihm dies zum Vorwurf gemacht werden kann, so ist auch bei nur verminderter Einsichtsfähigkeit nicht § 21 StGB, sondern § 20 StGB anwendbar.

3. Im Gegensatz hierzu führt erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit ohne Weiteres zur Anwendung des § 21 StGB.

4. Angesichts der unterschiedlichen Rechtslage darf der Tatrichter bei der Anwendung des § 21 StGB regelmäßig nicht offen lassen, ob die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit des Täters vermindert war.

## **264. BGH 2 StR 356/07 – Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Kassel)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Verfahrensrüge; Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen); Strafzumessungslösung (Beschwer; Beruhen auf dem Rechtsfehler).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46 StGB; § 337 StPO

## **265. BGH 2 StR 37/08 – Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Meiningen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erörterungsmangel; sich-Aufdrängen eines rechtlichen Gesichtspunkts).

§ 64 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

## **266. BGH 2 StR 54/08 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Trier)**

BGH GSSt 1/07; Rechtsprechungsänderung (Kompensationslösung; Anrechnungslösung); Verschlechterungsverbot (Verhängung einer nicht kompensierenden, höheren Strafe nach neuer Rechtsprechung); Beruhen.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 358 Abs. 2 StPO; § 337 StPO

## **267. BGH 2 StR 56/08 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **268. BGH 2 StR 9/08 – Beschluss vom 20. Februar 2008**

**Unmittelbarkeitsgrundsatz (Verlesung eines Polizeiberichts)**; Beruhen.

§ 250 StPO; § 251 StPO; § 337 StPO

**269. BGH 2 StR 406/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Betrug (Anforderungen an die Täuschung beim Inhaberscheck); Strafzumessung.  
§ 263 StGB; § 46 StGB

**270. BGH 2 StR 457/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Frankfurt am Main)**

Computerbetrug (Tateinheit; unmittelbarer räumlich-zeitlicher Zusammenhang); Doppelverwertungsverbot (fehlender Rücktritt vom Versuch).  
§ 263a StGB; § 52 StGB; § 23 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

**271. BGH 2 StR 535/07 - Urteil vom 16. Januar 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Beihilfe (Versuch; Kausalitätserfordernis).  
§ 27 StGB; § 29a BtMG;

**272. BGH 2 StR 555/07 - Beschluss vom 23. Januar 2008 (LG Koblenz)**

Beweiswürdigung (Erinnerung einer jugendlichen Zeugin; Aussagekonstanz; Kerngeschehen).  
§ 261 StPO

**273. BGH 2 StR 561/07 - Urteil vom 6. Februar 2008 (LG Darmstadt)**

Täter-Opfer-Ausgleich (kommunikativer Prozess; umfassender friedensstiftender Ausgleich; Wiedergutmachung).  
§ 46a StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**274. BGH 2 StR 572/07 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Aachen)**

Sexueller Missbrauch eines Kindes (Bestimmen zur Vornahme einer Handlung „an sich selbst“); Bestimmtheitsgrundsatz (Wortlautgrenze).  
§ 176 StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**275. BGH 2 StR 579/07 - Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Strafzumessung (Widerspruch zwischen Tenor und Gründen); Meistbegünstigung; Verfahrensökonomie.  
§ 349 Abs. 4 StPO; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**276. BGH 2 StR 583/07 - Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Bonn)**

Spezialitätsgrundsatz bei Auslieferung aus dem Ausland (Verfahrenshindernis).  
§ 41 IRG

**277. BGH 2 StR 61/08 - Beschluss vom 26. März 2008 (LG Aachen)**

Unzulässigkeit der Revision (unzulässige Verfahrensrüge; nicht erhobene Sachrüge).  
§ 349 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**278. BGH 2 StR 603/07 - Urteil vom 27. Februar 2008 (LG Frankfurt am Main)**

Mord; Heimtücke (Arglosigkeit; Erkennen des Angriffs; Einsichtsfähigkeit); verminderte Schuldfähigkeit; Strafzumessung (Alter des Tatopfers).

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB

**279. BGH 2 StR 604/07 - Urteil vom 23. Januar 2008 (LG Hanau)**

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).  
§ 53 StGB; § 54 StGB

**280. BGH 2 StR 619/07 - Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Erfurt)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit); Urteilsformel (Bezeichnung der Straftat).  
§ 260 Abs. 4 StPO; § 29a BtMG

**281. BGH 2 ARs 24/08 / 2 AR 16/08 - Beschluss vom 5. März 2008**

Namentliche Bestimmung des Bewährungshelfers (Zuständigkeit); Belehrung des Verurteilten.  
§ 56d Abs. 4 StGB; § 36 BtMG

**282. BGH 2 ARs 30/08 / 2 AR 17/08 - Beschluss vom 5. März 2008**

Zuständigkeitsbestimmung.  
§ 14 StPO

**283. BGH 2 ARs 37/08 / 2 AR 326/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008**

Keine abstrakte Bestimmung eines Gerichtsstands außerhalb eines Ermittlungsverfahrens.  
§ 13a StPO

**284. BGH 2 ARs 70/08 / 2 AR 27/08 - Beschluss vom 27. Februar 2008**

Beschwer (Auskunft eines Richters am Oberlandesgericht).  
vor § 296 StPO

**285. BGH 3 StR 23/08 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Stade)**

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht); unzulässige Verwerfung durch das Tatgericht.  
§ 346 Abs. 1 StPO; § 302 StPO; § 349 Abs. 1 StPO

**286. BGH 3 StR 33/08 - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Kleve)**

Intertemporales Strafrecht (milderes Gesetz); Strafzumessung; Gesamtstrafenbildung (Erhöhung der Einsatzstrafe; enger situativer Zusammenhang; ähnlicher Tatablauf).  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 54 StGB

**287. BGH 3 StR 248/07 - Urteil vom 18. Oktober 2007 (LG Flensburg)**

Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung; Infektion mit HIV); Änderung der Verjährung (Änderung der Strafdrohung; milderes Gesetz); gefährliche Körperverletzung; schwere Körperverletzung.  
§ 223 StGB; § 78 StGB; § 78a StGB; § 2 StGB; § 223a StGB a.F.; § 224 StGB; § 226 StGB

**288. BGH 3 StR 355/07 - Beschluss vom 6. Dezember 2007 (LG Osnabrück)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Anordnung der Sicherungsverwahrung (Subsidiarität; Hang; Aussa-

gekraft statistischer Prognoseinstrumente); Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

§ 64 StGB; § 66 StGB; § 72 Abs. 1 StGB; Art. 20 Abs. 3 GG

**289. BGH 3 StR 369/07 - Beschluss vom 30. Januar 2008 (LG Wuppertal)**

Betrug (Urteilsgründe; Erörterungsmangel; Schaden).  
§ 263 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

**290. BGH 3 StR 388/07 - Beschluss vom 18. Januar 2008 (LG Lübeck)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Aufhebung nach rechtsfehlerhafte Kompensation und Verschlechterungsverbot; Vollstreckungslösung).  
Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 13 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 358 Abs. 2 StPO

**291. BGH 3 StR 402/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Wuppertal)**

Hehlerei (bloße Vermittlung zwischen Veräußerer und Abnehmer; Zwischenhehlerei; täterschaftliche Beihilfe in Form der Absatzhilfe); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.  
§ 259 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

**292. BGH 3 StR 430/07 - Beschluss vom 22. November 2007 (LG Hannover)**

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages (Bedeutungslosigkeit); Aufklärungspflicht; antizipierende Beweiswürdigung (Antizipationsverbot).  
§ 244 StPO

**293. BGH 3 StR 445/07 - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Düsseldorf)**

Unbegründete Revision (Beruhen).  
§ 337 StPO

**294. BGH 3 StR 459/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Wuppertal)**

Erpresserischer Menschenraub (Zweipersonenverhältnis; Bemächtigungslage; Stabilisierung); Rücktritt vom Versuch.  
§ 239a StGB; § 24 Abs. 1 StGB

**295. BGH 3 StR 462/07 - Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Düsseldorf)**

Abgeordnetenbestechung (aktive; passive); Beweiswürdigung (Anforderungen an die richterliche Überzeugungsbildung); Verjährung (Beendigung der Tat).  
§ 108e StGB; § 78a StGB; § 261 StPO

**296. BGH 3 StR 463/07 - Urteil vom 10. Januar 2008 (LG Lübeck)**

Fahrlässige Tötung (objektive und subjektive Vorhersehbarkeit des Todeserfolges; Zurechenbarkeit; vernunftwidriges Handeln des Getöteten); Kausalität (kumulative, überholende); Aussetzung (hilflose Lage); Aussetzung mit Todesfolge.  
Vor § 13 StGB; § 222 StGB; § 221 StGB

**297. BGH 3 StR 479/07 - Beschluss vom 16. Januar 2008 (LG Hannover)**

Ablehnung eines Beweisantrags (erwiesene Tatsache); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; verminderte Schuldfähigkeit (Versagung der Strafraumenverschiebung; vorwerfbare Trunkenheit); Beweiswürdigung (Trinkmengenangaben; Leistungsverhalten; Zweifelsatz).

§ 244 StPO; § 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**298. BGH 3 StR 480/07 - Urteil vom 17. Januar 2008 (LG Oldenburg)**

Bestechlichkeit; bestimmender Strafzumessungsgrund (beamtenrechtliche Folgen einer Verurteilung); Strafaussetzung zur Bewährung (Verteidigung der Rechtsordnung).  
§ 332 StGB; § 267 Abs. 3 StPO; § 56 Abs. 3 StGB

**299. BGH 3 StR 489/07 - Beschluss vom 11. Dezember 2007 (LG Wuppertal)**

Beendeter Versuch (Rücktritt; Rettungsbemühungen; Hilfe Dritter; ernsthafter Rettungswille).  
§ 22 StGB; § 23 StGB; § 24 Abs. 1 StGB; § 212 StGB

**300. BGH 3 StR 507/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008**

Unbegründete Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**301. BGH 3 StR 516/07 - Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Kleve)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht auf einen Behandlungserfolg; Bestimmung der Dauer des Vorwegvollzuges; Zweidrittelzeitpunkt); Beschränkung der Revision (Dauer des Vorwegvollzuges).  
§ 64 StGB; § 67 StGB

**302. BGH 3 StR 519/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Oldenburg)**

Bandenmäßiges unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bewertungseinheit); bandenmäßige unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln.  
§ 30a BtMG

**303. BGH 3 StR 521/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Mönchengladbach)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).  
§ 154 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 337 StPO

**304. BGH 3 StR 540/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Düsseldorf)**

Fehlerhafte Wahrunterstellung (Einengung der Beweisbehauptung); Beruhen.  
§ 244 Abs. 3 StPO; § 337 StPO

**305. BGH 3 StR 552/07 - Beschluss vom 21. Februar 2008 (LG Oldenburg)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).  
§ 154 StPO; § 337 StPO

**306. BGH 3 StR 561/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Düsseldorf)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 Abs. 2 StPO; § 54 StGB; § 337 StPO

**307. BGH 3 StR 563/07 - Beschluss vom 13. Februar 2008 (LG Osnabrück)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationslösung; Vollstreckungslösung; Gesamtstrafenbildung); Verschlechterungsverbot.

§ 358 Abs. 2 StPO; § 46 StGB; § 54 StGB

**308. BVerfG 2 BvR 2556/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. Januar 2008 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart/AG Waiblingen)**

Verfassungsbeschwerde (Subsidiarität; Begründung; Vorlage der Stellungnahme der Generalstaatsanwaltschaft); Anhörungsrüge (Pflicht zur Erhebung); Nichtannahmebeschluss.

Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 354 Abs. 1a StPO; § 356a StPO.

**309. BVerfG 2 BvR 120/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 29. März 2007 (BGH/LG Bonn)**

Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Anspruch auf rechtliches Gehör (prozessuale Einheit verfassungsrechtlicher Rügen gegen denselben Hoheitsakt); Darlegungsanforderungen; Rechtsprechungsänderung (Überraschungsentscheidung).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 BVerfGG; § 93 Abs. 1 BVerfGG; § 356a StPO; § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB

**310. BVerfG 2 BvR 2111/07, 2 BvR 2112/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 4. März 2008 (LG Braunschweig)**

Beschwerde gegen längere Zeit zurückliegende Ermittlungsmaßnahmen (Abfrage von Telekommunikationsverbindungsdaten; Rechtsschutzbedürfnis; Treu und Glauben; Verwirkung); Anspruch auf effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz.

Art. 19 Abs. 4 GG; § 304 StPO; § 100g StPO a.F.; § 100h StPO a.F.; § 242 BGB

**311. BGH 1 StR 21/08 - Beschluss vom 18. März 2008**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**312. BGH 1 StR 503/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Baden-Baden)**

Auffangrechtserwerb nach neuem Recht (keine rückwirkende Anwendung; verlängerte Rückgewinnungshilfe); Verbindung bei Nachtragsanklage (Neubeginn der Hauptverhandlung); Erforderlichkeit eines Teilfreispruchs.

§ 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 266 StPO; § 3 StPO; § 4 StPO; § 260 StPO

**313. BGH 1 StR 503/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008**

Verspäteter Adhäsionsantrag.

§ 404 StPO; § 406 Abs. 1 Satz 3 StPO

**314. BGH 1 StR 62/08 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Tübingen)**

Überlange Verfahrensdauer (Recht auf Verfahrensbeschleunigung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**315. BGH 1 StR 91/08 - Beschluss vom 18. März 2008 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**316. BGH 1 StR 92/08 - Beschluss vom 18. März 2008 (LG Nürnberg)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**317. BGH 1 StR 538/07 - Urteil vom 12. Februar 2008 (LG München)**

Begriff der Vergewaltigung (Mindestmaß an nötiger Penetration des Opfers; nur anfänglich ambivalentes Opferverhalten; Gewalt; Vorsatz).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 15 StGB

**318. BGH 1 StR 542/07 - Beschluss vom 14. Februar 2008 (LG München)**

Sperrfrist bei der Entziehung der Fahrerlaubnis (gesetzliche Mindestsperrfrist; Prüfung der Erledigung bei Gesamtstrafenbildung).

§ 69a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

**319. BGH 1 StR 596/07 - Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Mannheim)**

BGHR; Anforderungen an den Anklagesatz bei einer Vielzahl anzuklagender gleichartiger Wirtschaftsstraftaten; Auffangrechtserwerb nach neuem Recht (keine rückwirkende Anwendung; verlängerte Rückgewinnungshilfe); teilweise entbehrliche Verlesung des Anklagesatzes.

§ 200 StPO; § 111i Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO

**320. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Verfahrensrüge zum Beleg einer gescheiterten Verfahrensabsprache und der unzulässigen Willensbeeinflussung der Verteidigung (schlüssiger Vortrag; Beweis eines Verfahrensmangels).

Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**321. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Verfahrensrüge zum Beleg einer gescheiterten Verfahrensabsprache (schlüssiger Vortrag; Beweis eines Verfahrensmangels); Recht auf ein faires Verfahren.

Vor § 1 StPO; Art. 6 EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 136a StPO

**322. BGH 1 StR 607/07 - Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Augsburg)**

Beleg eines Verfahrensmangels (bestimmte Behauptung des Verteidigers; Begründung durch den Verteidiger).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**323. BGH 1 StR 631/07 – Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Traunstein)**

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

**324. BGH 1 StR 648/07 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Ulm)**

BGHR; Aufklärungspflicht und Hinzuziehung eines psychologischen Sachverständigen in Kapitalstrafsachen.  
§ 244 StPO; § 246a StPO; § 261 StPO

**325. BGH 1 StR 653/07 – Beschluss vom 19. Februar 2008**

BGHR; Wirksamkeit der Ladung zur Hauptverhandlung trotz Verstoßes gegen die Befragungspflicht nach § 216 Abs. 2 Satz 2 StPO (Aussetzung der Hauptverhandlung; konkludenter Verzicht auf die Befragung; Bevollmächtigung zur Ladung).  
§ 216 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 217 Abs. 1 und 2 StPO; § 145a Abs. 2 StPO

**326. BGH 4 StR 15/08 – Beschluss vom 26. Februar 2008 (LG Magdeburg)**

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

**327. BGH 4 StR 23/08 – Beschluss vom 28. Februar 2008 (LG Frankenthal)**

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

**328. BGH 4 StR 33/08 – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Frankenthal)**

Anforderungen an ein täterschaftliches Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigennützigkeit).  
§ 29 BtMG; § 25 StGB; § 27 StGB

**329. BGH 4 StR 314/07 (4 StR 391/07) – Urteil vom 5. Februar 2008 (LG Bielefeld, LG Saarbrücken)**

Anordnung der nachträglichen Sicherungsverwahrung gemäß § 66b Abs. 3 StGB trotz zu verbüßender Freiheitsstrafe; Auslegung eines Gesetzes nach den Gesetzesmaterialien; Anfrageverfahren.  
§ 66 b Abs. 3 StGB; § 67 d Abs. 6 StGB

**330. BGH 4 StR 317/07 – Urteil vom 14. Februar 2008 (LG Essen)**

Rechtsfehlerhafter Freispruch vom Vorwurf der sexuellen Nötigung (Anforderungen an die Darstellung im Urteil bei Freispruch: Feststellungen zur Person, Vortaten des Angeklagten; lückenhafte Beweiswürdigung).  
§ 177 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

**331. BGH 4 StR 375/07 – Urteil vom 28. Februar 2008 (LG Arnsberg)**

Anforderungen an einen Freispruch (überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung).  
§ 261 StPO

**332. BGH 4 StR 43/08 – Beschluss vom 11. März 2008 (LG Essen)**

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

**333. BGH 4 StR 455/07 – Beschluss vom 18. März 2008 (LG Frankfurt)**

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

**334. BGH 4 StR 60/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Kaiserslautern)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand hinsichtlich der Revisionseinlegungsfrist (Revisionsbegründungsfrist).  
§ 345 Abs. 1 StPO; § 44 StPO

**335. BGH 4 StR 474/07 – Beschluss vom 22. November 2007 (LG Münster)**

Bandenmäßige Einfuhr von Betäubungsmitteln; unerlaubtes Handeltreiben (Eigennützigkeit; Beihilfe).  
§ 29 BtMG; § 30 a Abs. 1 BtMG; § 29 a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; 27 StGB; § 25 StGB

**336. BGH 4 StR 485/07 – Beschluss vom 18. März 2008 (LG Saarbrücken)**

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

**337. BGH 4 StR 507/07 – Beschluss vom 22. Januar 2008 (LG Münster)**

Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters (Vorbefassung; Vernehmung als Zeuge in einem anderen Verfahren; Verteidigungsunfähigkeit).  
§ 338 Nr. 2 StPO; § 22 Nr. 5 StPO

**338. BGH 4 StR 512/07 – Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Essen)**

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

**339. BGH 4 StR 533/07 – Beschluss vom 15. Januar 2008 (LG Dessau)**

Beweiswürdigung bei Aussage gegen Aussage (Anforderungen an die Urteilsdarstellung; Belastung durch Mitangeklagte: Aufklärungshilfe; nur teilweise Bestätigung durch andere Beweismittel).  
§ 261 StPO; § 31 BtMG

**340. BGH 4 StR 573/07 – Urteil vom 28. Februar 2008 (LG Stendal)**

Verletzung von Dienstgeheimnissen; Strafvareitelung (Vorsatz).  
§ 353b StGB; § 258 StGB

**341. BGH 4 StR 659/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Essen)**

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

**342. BGH 5 StR 17/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Görlitz)**

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

**343. BGH 5 StR 2/08 – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Berlin)**

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

**344. BGH 5 StR 26/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Dresden)**

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

**345. BGH 5 StR 4/08 – Beschluss vom 19. Februar 2008 (LG Göttingen)**

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

**346. BGH 5 StR 5/08 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Berlin)**

Unzureichende Beweiswürdigung bei bloßer Vermutung (Beweis des Vorsatzes); versuchte gefährliche Körperverletzung.  
§ 224 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**347. BGH 5 StR 192/07 (5 StR 21/06) – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Hamburg)**

Schusswaffengebrauch bei Verfolgung von Einbrechern (Totschlag; Tötungsvorsatz: Beleg des Willenselementes durch Feststellungen und nicht durch Vermutungen; Rechtfertigung durch Notwehr und nach Landespolizeirecht); Revisibilität der Beweiswürdigung (übermotiviertes Handeln eines Polizeibeamten); Aufrechterhaltung von Feststellungen zum objektiven Tathergang (Trennbarkeit); Erlaubnistatbestandsirrtum.  
§ 353 Abs. 2 StPO; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 212 StGB; § 32 StGB; § 261 StPO; § 25 Abs. 3 HambSOG; § 22 Abs. 1 Satz 3 HambSOG

**348. BGH 5 StR 35/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Bautzen)**

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

**349. BGH 5 StR 36/08 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Zwickau)**

Erforderliche Feststellungen zum Beleg eines Irrtums beim Betrug (Begrenzung durch den Prüfungsumfang; eigene Entscheidungsbefugnis; Sicherungsbetrug); Ideal Konkurrenz zwischen Betrug und Untreue.  
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 266 StGB

**350. BGH 5 StR 402/07- Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Neuruppin)**

Rücktritt vom Versuch (fehlgeschlagener und unbeendeter Versuch; Maßgeblichkeit des Rücktrittshorizonts); Heimtücke (Ausnutzungsbewusstsein bei der Arglosigkeit).  
§ 24 StGB; § 211 Abs. 2 StGB

**351. BGH 5 StR 67/08 (alt: 5 StR 155/07) – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Berlin)**

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

**352. BGH 5 StR 33/08 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Berlin)**

Unerlaubtes Handelntreiben mit Betäubungsmitteln; vollendete unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln als Personen über 21 Jahre an eine Person unter 18 Jahren.  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 25 Abs. 2 StGB; § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

**353. BGH 5 StR 424/07 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Berlin)**

Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Missachtung von Vorsichtsregeln im Umgang mit Feuer infolge psychischer Erkrankung; Verhältnismäßigkeit der Anordnung; Anforderung an die Prognose bei Fahrlässigkeitstaten).  
§ 64 StGB; § 20 StGB; § 62 StGB

**354. BGH 5 StR 434/07 – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Dresden)**

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

**355. BGH 5 StR 442/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Görlitz)**

Verfall von Wertersatz (Mitverfügungsgewalt).  
§ 73a StGB

**356. BGH 5 StR 460/07 – Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Potsdam)**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**357. BGH 5 StR 511/07 – Urteil vom 21. Februar 2008 (LG Bautzen)**

Erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit bei affektbedingter Tötung der Mutter; Bemessung von Jugendstrafe (Schwere der Schuld; Strafschärfung wegen Tötung der eigenen Mutter; Erziehungsbedarf).  
§ 21 StGB; § 20 StGB; § 212 StGB; § 17 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

**358. BGH 5 StR 512/07 – Urteil vom 19. Februar 2008 (LG Berlin)**

Strafzumessung bei der gefährlichen Körperverletzung (minder schwerer Fall; Berücksichtigung der Begehung mehrerer Tatvarianten; fehlende Spontanität der Tat); Erörterung einer affektbedingten tiefgreifenden Bewusstseinsstörung (erforderliche Gesamtbetrachtung).  
§ 224 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Sätze 1 und 2 StPO

**359. BGH 5 StR 564/07 – Urteil vom 20. Februar 2008 (LG Zwickau)**

Eingeschränkte Revisibilität beim Freispruch vom Vorwurf der Vergewaltigung; Fürsorgepflicht (keine Pflicht zur Information über die vorläufige Bewertung von Beweismitteln durch das Gericht).  
§ 261 StPO; § 177 Abs. 2 StGB

**360. BGH 5 StR 575/07 – Urteil vom 20. Februar 2008 (LG Bremen)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Aussetzung zur Bewährung; Darlegungsanforderungen mit Blick auf die Beratung durch einen Sachverständigen; Gefährlichkeitsprognose).  
§ 64 StGB

**361. BGH 5 StR 581/07 (alt: 5 StR 334/05) – Beschluss vom 8. Februar 2008 (LG Berlin)**

Subventionsbetrug; Betrug (Feststellung eines Vermögensschadens bei zweckwidriger Subventionsverwendung; keine Begründung über einen Mindestschaden)

durch Provisionseinbehalt ohne Beleg der unberechtigten Subventionserlangung).  
§ 264 StGB; § 263 StGB

**362. BGH 5 StR 585/07 – Beschluss vom 24. Januar 2008 (LG Berlin)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Beweiswürdigung (Aussageanalyse; besondere Anforderungen im Fall Aussage gegen Aussage; mangelnde Aussagekonstanz).  
§ 176 StGB; § 261 StPO

In einem Fall, in dem Aussage gegen Aussage steht und die Entscheidung allein davon abhängt, welchen Angaben das Gericht folgt, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr. vgl. nur BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 1, 13 und 14). Dies gilt insbesondere dann, wenn der einzige Belastungszeuge in der Hauptverhandlung seine Vorwürfe ganz oder teilweise nicht mehr aufrechterhält oder wenn der anfänglichen Schilderung weiterer Taten nicht gefolgt wird (vgl. BGHSt 44, 153, 159).

**363. BGH 5 StR 590/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008 (LG Leipzig)**

Versuch (umgekehrt geänderter Rücktrittshorizont; Abgrenzung von beendetem und unbeendetem Versuch).  
§ 24 StGB

**364. BGH 5 StR 594/07 – Beschluss vom 4. März 2008 (LG Duisburg)**

Konkurrenzen bei der Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer; Lohnsteuer); Vorenthalten von Arbeitsentgelt; Tenorierung (Klarheit und Verständlichkeit); Verfahrensbeschränkung bei Umsatzsteuerhinterziehung (Umsatzsteuerjahreserklärung; monatliche Umsatzsteuervoranmeldungen).  
§ 27 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 370 AO; § 266a StGB; § 260 Abs. 4 Satz 5 StPO; § 154a StPO

**365. BGH 5 StR 597/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008 (Große Strafkammer beim AG Bremerhaven)**

Audiovisuelle Zeugenvernehmung (gebotene Anordnung durch die Strafkammer; Beruhen; Ergänzung der Verfahrensrüge durch die Urteilsgründe); Beweiswürdigung bei Aussagen eines Mittäters.  
§ 247a Satz 1, Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 336 Satz 2 StPO; § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO; § 261 StPO

**366. BGH 5 StR 599/07 – Urteil vom 19. Februar 2008 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (einer Entziehungsanstalt); Gefährlichkeitsbeurteilung; Gefährlichkeit für die Allgemeinheit (Gesamtwürdigung; gegen die körperliche Integrität Dritter gerichtetes Verhalten); Darle-

gungsanforderungen bei Anschluss an den Sachverständigen.  
§ 64 StGB; § 63 StGB

**367. BGH 5 StR 609/07 – Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Hamburg)**

Darlegungsanforderungen bei der Rüge der Unverwertbarkeit einer Aussage wegen unterbliebener (qualifizierter) Beschuldigtenbelehrung; verminderte Schuldfähigkeit (Anforderungen für den Beleg über eine Borderline-Persönlichkeitsstörung).  
§ 136 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 21 StGB

**368. BGH 5 StR 609/07 – Beschluss vom 6. Februar 2008**

Anschlussberechtigung der Nebenklage; Beistandsbestellung.  
§ 397a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 395 Abs. 1 Nr. 2 StPO

**369. BGH 5 StR 611/07 – Beschluss vom 5. März 2008 (LG Braunschweig)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen; sexueller Missbrauch von Kindern; Teileinstellung wegen mangelnder hinreichender Anklageerhebung (mangelnde Tatidentität); Mindestmaß an Tatindividualisierung bei Serienstraftaten.  
§ 174 StGB; § 176 StGB; § 206a StPO; § 200 StPO

**370. BGH 5 StR 617/07 – Beschluss vom 6. März 2008 (LG Potsdam)**

Erschöpfende Würdigung eines Beweisantrages (Ablehnung wegen völliger Ungeeignetheit; Gebot der erschöpfenden Würdigung eines Beweisantrages; rechtliches Gehör; nachvollziehbares Missverständnis des Gerichts: Rügepräklusion); Recht auf konkrete und wirksame Verteidigung (Vertrauensgrundlage; Pflichtverteidigung; Recht auf Verfahrensbeschleunigung).  
§ 244 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. c EMRK; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG

**371. BGH 5 StR 625/07 – Beschluss vom 7. Februar 2008 (LG Leipzig)**

Bereicherungsabsicht bei der Erpressung (rechtswidrige Bereicherung; entgegenstehende Ansprüche, Tatvorsatz).  
§ 253 StGB; § 15 StGB

**372. BGH 5 StR 628/07 – Beschluss vom 20. Februar 2008 (LG Neuruppin)**

Begriff und Beleg des Körperverletzungsvorsatzes (Erörterungspflicht bei unerwünschten Erfolgen und psychischer Ausnahmesituation; Abgrenzung von der Fahrlässigkeit).  
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**373. BGH 5 StR 632/07 – Beschluss vom 21. Februar 2008 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Verneinung einer verminderten Schuldfähigkeit bei Borderline-Persönlichkeitsstörung und Alkohol- und Diazepammissbrauch (Raub).  
§ 21 StGB; § 253 StGB