

Die strafscharfende Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff

– Zum Spannungsfeld zwischen Entformalisierung und schützenden Formen im Strafprozess anlässlich BGH, Beschl. v. 29.6.2010, 1 StR 157/10¹ –

Prof. Dr. Werner Beulke und Wiss. Mit. Hannah Stoffer, Passau

A. Schützende Formen und Entformalisierung

»Wo sind denn, fragen wir, (...) die schützenden Formen gegen die furchtbaren Konsequenzen des Inquisitions-Prinzips?«² Manch ein Verteidiger mag sich heute – über 150 Jahre nach ihrer erstmaligen Formulierung – an diese Kritik *Zachariäs* erinnern fühlen,³ wenn er die jüngsten Entwicklungen im Strafverfahrensrecht aufmerksam verfolgt. Beschleunigung⁴, Effektivierung und Verbilligung⁵, das neue Dreigestirn am Firmament strafprozessualer Auslegungsdoktrin, liegen dem Grunde nach zwar ebenso im Interesse des Beschuldigten wie der Verfolgungsbehörden.⁶ Sie sind nicht nur treibende Kraft hinter der im Folgenden zu vertiefenden Materie der Opportunitätseinstellungsgründe (§§ 153 ff. StPO),⁷ sondern müssen auch als zentrale Motive hinter der langjährig praktizierten und erst kürzlich in Ansätzen formalisierten Absprachepraxis⁸ verstanden werden.

Neben diesen durchaus als beschuldigtenfreundlich⁹ zu bezeichnenden Tendenzen der strafprozessualen Entformalisierung hat es jedoch den Anschein, als würden die genannten Prinzipien in Teilen der obergerichtlichen Rechtsprechung über den viel zitierten Topos der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege¹⁰ mindestens ebenso sehr als geeignete Mittel gelten, um bei Bedarf aufwendiger und beschuldigtenfreundlicher Justizförmigkeit ein Schnippchen zu schlagen: Die formale Beweiskraft des Protokolls wird neuerdings über nachträgliche Berichtigungsmöglichkeiten zu Lasten des Beschuldigten desavouiert;¹¹ lästige formale Mitwirkungsrechte wie das Beweisantragsrecht¹² des Beschuldigten oder – die Grundvoraussetzung waffengleicher Mitwirkung – die Wahlmöglichkeit eines Verteidigers seines Vertrauens¹³ werden mit Hilfe pragmatischer materieller Abwägungsentscheidungen¹⁴ konterkariert, entsprechende Rügemöglichkeiten in der Revisionsinstanz laufen ins Leere. Gleichzeitig fällt es angesichts des stetigen Ausbaus der Widerspruchslösung,¹⁵ verschärfter Anforderungen an die Darstellung der den Mangel enthaltenden Tatsachen (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO)¹⁶ und ähnlicher revisionsfeindlicher Rechtsfortbildung¹⁷ in zunehmendem Maße schwer, sich des Eindrucks zu erwehren, dass die Rechtsprechung schon seit geraumer Zeit daran arbeitet, die Revisibilität von Verfahrensfehlern einzuschränken.¹⁸

Es ist eine Tendenz zur Marginalisierung der schützenden Formen im Strafverfahren zu konstatieren, die in unglücklicher Weise mit einer wachsenden Neigung der Revisionsgerichte zusammentrifft, eine rein materielle, ergebnisorientierte Richtigkeitskontrolle vorzunehmen. Vergegenwärtigt man sich diesen Befund, so wird nur allzu schnell deutlich, dass den – bei oberflächlicher Lektüre – reinen Formfragen des vom 1. Senat erlassenen Beschlusses, welchem im Rahmen dieses Beitrags besondere Aufmerksamkeit geschenkt werden soll, de facto erhebliche inhaltliche Relevanz zu-

kommt. Im Folgenden ist es daher unser Anliegen, die nicht selten als purer Formalismus abgewertete Frage nach Einhaltung der prozessualen Form aus ihrem Schattendasein herauszuführen und die Problematik des allzu laxen Umgangs mit schützenden Formvorschriften ins Bewusstsein der Verteidigerzunft und auch der Strafverfolgungsorgane zurückzurufen.

B. Der Beschluss des BGH v. 29.06.2010, 1 StR 157/10 = StV 2011, 399

Kernstück des bereits erwähnten Beschlusses ist eine den Strafausspruch betreffende Verfahrensrüge des Beschuldig-

- 1 Abgedruckt in StV 2011, 399 (in diesem Heft).
- 2 *Zachariäs*, Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens, 1846, S. 93.
- 3 Z.B. *Ignor* ZStW 119 (2007), 927 (937) u. *Jung* GA 2003, 191 (194); auch *Hamm* (Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Klappentext) beobachtet »eine Tendenz zum Abbau der Formstrenge im Strafprozess«.
- 4 Dazu *Kudlich*, Gutachten C zum 68. DJT 2010.
- 5 Prittwitz/Manoledakis/Hassemer, Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende, 2000, S. 17 (18).
- 6 Ebenso Beschl. I. (1) des 68. DJT 2010, StV 2011, 55; Beschl. I.2.2, 2. Alt. des 60. DJT 1994, Bd II/1 (Verhandlungen), M 85.
- 7 LR-StPO/Beulke, 26. Aufl. 2008, § 154 Rn. 1; *Kühne*, Strafprozessrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 583.
- 8 *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 394 f.; *Fezer* NSStZ 2010, 177; *Fischer* ZRP 2010, 249; *Jahn/Müller* NJW 2009, 2625; *Niemöller/Schlottbauer/Weider*, Gesetz zur Verständigung im Strafverfahren, 2010, passim.
- 9 Allerdings weist *Hassemer* (FS Volk, 2009, S. 207 [S. 21]) zu Recht darauf hin, dass »die Entformalisierung (...) der Schein in der Hand der Verteidigung [ist], der zum Ankauf einer Strafmilderung über den Verhandlungstisch wandert«; zu den diesbezüglichen Risiken ausf. *Beulke* (Fn. 8), Rn. 394a.
- 10 Hierzu BVerfGE 33, 367 (383); 53, 152 (160); 74, 257 (262) = StV 1987, 498; aktuell (*Liechtenstein*): BVerfGE StV 2011, 65 (66 Tz. 44); s.a. *Hassemer* StV 1982, 275; *Landau* NSStZ 2007, 121; *Kudlich* (Fn. 4), S. 16 f.
- 11 Zur Rügeverkümmern BVerfGE 122, 248 = StV 2010, 497 (beachtlich: Sondervotum der Richter *Vofskuhle/Osterloh/Di Fabio*, S. 282 f.); BGHSt 51, 298 = StV 2007, 403; abl. *Beulke* FS Böttcher, 2007, S. 17; *Jahn* JuS 2009, 564; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 26. Aufl. 2009, § 51 Rn. 11; *Schlottbauer* FS Hamm, 2008, S. 655.
- 12 Zur »Fristenlösung« BGHSt 51, 333 = StV 2007, 454 m. Bespr. *Beulke/Ruhmannseder* NSStZ 2008, 300; BGHSt 52, 355 = StV 2009, 64; *Beulke* FS Amelung, 2009, S. 551; *Hamm* FS Hassemer, 2010, S. 1017; *Meyer-Göfner*, StPO, 53. Aufl. 2010, § 244 Rn. 69b; zum »Konkxitätserfordernis« BGHSt 52, 284 = StV 2009, 57 m. abl. Anm. *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 58; *Jahn* StV 2009, 663.
- 13 Zur Pflichtverteidigerbestellung bei terminbedingter Verhinderung des Wahlverteidigers BVerfGE BayVBl. 2009, 185; BGH StV 2009, 565; KG StV 2009, 577 m. abl. Anm. *Schlottbauer*; vert. *Beulke* (Fn. 8), Rn. 368.
- 14 Zur Ersetzung der Formstrenge durch materielle Gerechtigkeitsabwägungen i.R.d. Entformalisierung *Dallmeyer*, Beweisführung im Strengbeweisverfahren, 2. Aufl. 2008, S. 132 f.; s.a. *Hamm* NJW 2007, 3166 (3170).
- 15 Z.B. i.R.d. § 81a Abs. 2 StPO: OLG Düsseldorf NZV 2010, 306; OLG Hamm NJW 2009, 242; insges. abl. *Beulke* (Fn. 8), Rn. 460a; *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 7. Aufl. 2011, Rn. 427 f.; *Jahn*, Gutachten C zum 67. DJT 2008, S. 109 f.
- 16 *Schlottbauer* StraFo 2000, 289 (293).
- 17 I.R.d. absoluten Revisionsgründe: *Ebert/Widmaier*, Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, S. 77.
- 18 *Tepperwien* NSStZ 2009, 1 (6); s.a. *Beulke* (Fn. 8), Rn. 562; *Schünemann* ZIS 2009, 484 (485 f.); für grds. Verfassungsmäßigkeit der Praxis allerdings BVerfGE 112, 185 = StV 2005, 369.

ten gegen seine Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe wegen Diebstahls in 19 Fällen und versuchten Diebstahls. Im Rahmen der Hauptverhandlung hatte das Tatgericht die dem Beschuldigten in mehreren Fällen tateinheitlich zum Diebstahl zur Last gelegte Sachbeschädigung gem. § 154a Abs. 2 StPO eingestellt. Nichtsdestotrotz war im Rahmen der Strafzumessung bei Aburteilung der Diebstähle strafschärfend berücksichtigt worden, dass der Beschuldigte bei Ausführung der Diebstähle Schäden verursacht hatte. Daraufhin machte der Beschuldigte im Wege der Revision geltend, dass er vom Gericht nicht rechtzeitig auf die Möglichkeit einer strafschärfenden Berücksichtigung der Sachschäden hingewiesen worden sei. Ein entsprechender Hinweis wird zwar in den Urteilsgründen durch das Tatgericht erwähnt. Das Protokoll schweigt diesbezüglich jedoch.

C. Die rechtliche Ausgangssituation

§§ 154, 154a StPO¹⁹ ermöglichen ganz allgemein aus Gründen der Prozessökonomie²⁰ eine Durchbrechung des Legalitätsgrundsatzes in Form der Einstellung von Taten, Tatteilen sowie einzelner von mehreren gleichzeitig verwirklichten Gesetzesverletzungen. In der Praxis dienen die Normen nicht nur der Verfahrensbeschleunigung, indem Taten bzw. Tatteile, bei denen besondere Beweisschwierigkeiten bestehen, zur Verkürzung der Prozessdauer ausgeklammert werden können.²¹ Neben der Justiz profitiert von dieser Entlastungsmöglichkeit faktisch auch der Gesetzgeber selbst, wenn er sich bei politisch gewünschter Kriminalisierung immer weitergehender Bereiche auf die prozessuale Korrektur in Form der Opportunitätsgründe verlassen kann.²² In dogmatischer Hinsicht findet die partielle Nichtverfolgung nach §§ 154, 154a StPO ihre Legitimation darin, dass den Beschuldigten bereits eine andere strafrechtliche Sanktion trifft, die zur Erreichung der Strafzwecke nach richterlichem Ermessen als ausreichend empfunden wird.²³ Trotz einer Einstellung gem. §§ 154, 154a StPO soll der Tatrichter der höchstrichterlichen Rechtsprechung zufolge nicht daran gehindert sein, ausgeschiedene Taten oder Tatteile – auch ohne förmliche Wiederaufnahme bzw. Wiedereinbeziehung (§§ 154 Abs. 3-5, 154a Abs. 3 StPO) – im Zuge der Strafzumessung strafschärfend zu berücksichtigen.²⁴ Insoweit handle es sich um nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB relevante Indizien, die eine sachgerechte Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Schuld erst ermöglichen.²⁵ Als Voraussetzung für eine entsprechende Berücksichtigung wird von der Rechtsprechung heute lediglich verlangt, dass der eingestellte Tatkomplex prozessordnungsgemäß festgestellt und ein gerichtlicher Hinweis (§ 265 StPO) im Hinblick auf die Verwertungsmöglichkeit gegeben wurde.²⁶ Nach Ansicht des BGH entfällt nämlich mit Erteilung des gerichtlichen Verwertungshinweises ein etwaiges beim Beschuldigten begründetes Vertrauen darauf, dass der ausgeschiedene Prozessstoff ihm nicht mehr angelastet werde, er sich also dahingehend nicht mehr zu verteidigen brauche.²⁷ Somit sei dem Grundsatz einer fairen Verfahrensgestaltung und dem Gesichtspunkt rechtlichen Gehörs²⁸ hinreichend Genüge getan.

Nachdem die Rechtsprechung diese im Grundsatz berücksichtigungsfreundliche Position erst einmal eingenommen hatte,²⁹ dauerte es nicht lange, bis sich eine Kasuistik zu verschiedenen Verfahrenskonstellationen entwickelt hatte, in denen ein ausdrücklicher Verwertungshinweis mangels

gerichtlicher Begründung eines Vertrauenstatbestandes sogar für gänzlich entbehrlich gehalten wurde: Eines gerichtlichen Verwertungshinweises bedarf es demnach nicht, wenn der Beschuldigte durch den Gang der Hauptverhandlung auf die beabsichtigte Heranziehung der ausgeschiedenen Taten oder Tatteile aufmerksam geworden sein muss oder wenn infolge der Beschränkung das Verteidigungsverhalten nicht beeinflusst worden sein kann.³⁰ Letzteres wird z.B. für die Fallgestaltung angenommen, dass die Einstellung erst am Ende der Beweisaufnahme erfolgt.³¹

Vorläufiger Schlusspunkt des soeben skizzierten Prozesses richterlicher Rechtsfortbildung war die Frage, mit der sich der hier zu besprechende Beschluss in Form eines *obiter dictum*³² beschäftigt, nämlich inwieweit es sich bei dem gem. § 265 StPO zu erteilenden Hinweis – so er denn nicht ohnehin entbehrlich ist – um eine wesentliche Förmlichkeit gem. § 274 StPO handelt. Konsequenz einer entsprechenden Subsumtion unter § 274 StPO wäre gewesen, dass der Umstand der Hinweiserteilung positiv wie negativ an der absoluten Beweiskraft des Protokolls teilgehabt hätte und der Weg des Freibeweises damit im Revisionsverfahren versperrt gewesen wäre. Der *I. Senat* hat sich allerdings – ganz im Trend der entformalisierten Wahrheitssuche – gegen eine Einstufung als wesentliche Förmlichkeit ausgesprochen: Auch wenn die Aufnahme eines solchen Hinweises in das Hauptverhandlungsprotokoll zweckmäßig sei, liege hierin nicht das einzig zulässige Beweismittel. Diese Einschätzung kann von uns – in mehrfacher Hinsicht – nicht geteilt werden.

19 Zur Historie (und § 208 RStPO) ausf. LR/Beulke (Fn. 7), § 154 Vorb. Rn. 1.

20 LR/Beulke (Fn. 7), § 154 Rn. 1; Ostendorf/GS Eckert, 2006, S. 639 (640); Beschl. V. (12) des 68. DJT 2010 StV 2011, 56.

21 S. Gössel, Strafverfahrensrecht, 1977, S. 97; ebenso Appl, Die strafschärfende Verwertung von nach §§ 154, 154a StPO eingestellten Nebendelikten und ausgeschiedenen Tatteilen bei der Strafzumessung, 1987, S. 116.

22 Ausf. LR/Beulke (Fn. 7), § 153 Rn. 5; krit. auch schon Geppert Jura 1986, 310.

23 BGHSt 10, 88 (92); Appl (Fn. 21), S. 115; LR/Beulke (Fn. 7), § 154 Rn. 2.

24 St. Rspr. seit BGH NSStZ 1981, 100; z.B. BGHSt 30, 147 u. 197; 31, 302 = StV 1983, 184 jew. m.w.N.; zust. Bruns NSStZ 1981, 81; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 46 Rn. 41; Gollwitzer JR 1988, 341 (342); K. Meyer FS Tröndle, 1989, S. 61 (74); Meyer-Göfner (Fn. 12), § 154a Rn. 2; Schönke/Schröder-StGB/Stree/Kinzig, 28. Aufl. 2010, § 46 Rn. 33; Terhorst MDR 1979, 17.

25 St. Rspr. – z.B. BGHSt 30, 165 (166) = StV 1982, 17; BGH NSStZ 1981, 99; StV 2004, 415 (416); sog. doppelte Indizkonstruktion nach Bruns NSStZ 1981, 81; ders., Das Recht der Strafzumessung, 2. Aufl. 1985, S. 231.

26 BGH NJW 1996, 2585 (2586) = StV 1997, 514; BGH NSStZ 2000, 594; NSStZ-RR 2003, 368; NSStZ 2004, 277 (278).

27 BGHSt 30, 147 (148); 31, 302 (303) = StV 1983, 184; BGH NSStZ-RR 2003, 368; StV 2009, 117.

28 Riping, Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und seine Bedeutung im Strafverfahren, 1976, S. 157 f., 182 f.

29 Die anderslautenden Urteile (z.B. BGH, Urt. v. 26.1.1968, 4 StR 286/67 u. Beschl. v. 14.7.1972, 2 StR 301/72 b. Holz MDR 1977, 982; BGH, Beschl. v. 12.12.1979, 3 StR 437/79 [juris]; BGH GA 1980, 311; BGH NSStZ 1981, 22), welche Rieß (GA 1980, 312) noch als st. Rspr. bezeichnet, müssen heute als überholt angesehen werden.

30 BGHSt 30, 165 = StV 1982, 17; BGH NJW 1985, 1479 = StV 1985, 221; NSStZ 1994, 195; NJW 1996, 2585 (2586) = StV 1997, 514; NSStZ 2004, 277 (278); bestätigt durch BVerfG NSStZ 1995, 76.

31 BGH NSStZ 1984, 20; NSStZ 1987, 134; StraFo 2001, 236.

32 Vgl. zu Sinn und Unsinn von *obiter dicta* Beulke/Witzigmann JR 2008, 430 (432).

D. Berücksichtigung nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenen Prozessstoffes im Rahmen der Strafzumessung?

Auch nach jahrzehntelangem Streit über die strafzumessungsrechtliche Relevanz von Delikten, die im Wege der §§ 154, 154a StPO ausgeschieden worden sind, reizt der vorliegende Beschluss zum Widerspruch auf allen Ebenen. Denn er zeigt besonders deutlich die Fragwürdigkeit der Grundannahme, ausgeschiedener Prozessstoff sei im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigungsfähig. Niemanden kann es ernstlich verwundern, dass die grundsätzlich falsche Weichenstellung immer neue Folgeprobleme produziert. Umso wichtiger ist es daher, den Grundsatzstreit wach zu halten. Es mag zwar unter den Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes (als Teil des *fair-trial*-Gedankens, Art. 6 Abs. 1 EMRK) und des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) vertretbar sein, nach Erteilung eines ausdrücklichen Verwertungshinweises im Sinne der Rechtsprechung zu verfahren. Doch schon bei einem automatisierten Hinweis unmittelbar zusammen mit dem Einstellungsbeschluss,³³ der dem Gericht sicherheitshalber alle Optionen offen halten soll, darf ernstlich bezweifelt werden, ob ein derartiges Vorgehen noch als »fair« zu bezeichnen ist und dem Beschuldigten hierdurch die Erforderlichkeit der diesbezüglichen Verteidigung hinreichend vor Augen geführt wird – ganz zu schweigen von den höchst fragwürdigen Ausnahmen von der Hinweispflicht, die die Rechtsprechung mittlerweile etabliert hat.³⁴

Der Schutz des Beschuldigten vor Überraschung ist vor allem nicht der einzige rechtliche Gesichtspunkt, unter dem die strafschärfende Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff kritisiert werden kann: Auch wenn der BGH daran festhält, dass das Verhalten des Beschuldigten vor bzw. nach der Tat durch die Verwertung bei der Strafzumessung nicht zum Gegenstand des Verfahrens (i.S.v. § 264 StPO) wird,³⁵ kommt die Praxis der Rechtsprechung einer Umgehung des Anklagegrundsatzes und des Verbotes der Doppelverwertung bzw. -verurteilung (§ 46 Abs. 3 StGB, Art. 103 Abs. 3 GG) zumindest nahe. Denn faktisch lässt sich die bloß indizielle Verwertung von einer vollständigen Ahndung kaum trennen, solange im Rahmen der Strafzumessung die ausgeschiedene Tat als selbstständig strafbare Handlung in den Blick genommen wird.³⁶ Zugegebenermaßen gilt dieser Einwand nur in Bezug auf § 154 StPO, da nur dieser bei Vorliegen mehrerer Taten im prozessualen Sinne Anwendung findet, während im Rahmen des § 154a StPO, der bei der Aussonderung von Teilen bzw. von einzelnen rechtlichen Gesichtspunkten einer prozessualen Tat greift, der zugehörige historische Vorgang Gegenstand der Anklage bleibt.³⁷ Entsprechend ist es auch nur bei einer Einstellung gem. § 154 StPO denkbar, dass die ursprünglich eingestellte Tat nach ihrer strafschärfenden Berücksichtigung – dem Sinn und Zweck von § 46 Abs. 3 StGB zuwiderlaufend³⁸ – zum Gegenstand einer neuerlichen Hauptverhandlung und eigenständigen Verurteilung gemacht wird. Gegen den daran anschließenden Vorwurf, dies stelle ebenfalls eine Verletzung des Grundsatzes *ne bis in idem* (Art. 103 Abs. 3 GG) dar, wendet Bruns zwar ein, dass es sich nicht um eine doppelte Verurteilung handle, wie Art. 103 Abs. 3 GG sie verbiete, da eine selbstständige Aburteilung der eingestellten Tat im ersten Verfahren nicht stattfindet. Stattdessen liege lediglich eine

faktische Doppelbestrafung vor.³⁹ Rein nominelle Differenzierungen müssen sich hier jedoch den Vorwurf des »Etikettenschwindels«⁴⁰ gefallen lassen.

Bezieht sich der soeben dargestellte Einwand auch nur auf § 154 StPO, so muss sich die strafschärfende Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenem Prozessstoff insgesamt entgegenhalten lassen, dass auf diese Weise das Verbot der Verhängung von Verdachtsstrafen unterlaufen wird.⁴¹ Schließlich findet hinsichtlich der strafschärfend berücksichtigten, eingestellten Taten keine förmliche Widerlegung der Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) statt, ein diesbezüglicher Schuldnachweis in einem ordentlichen Erkenntnisverfahren unterbleibt. Der Zweifelssatz bezieht sich aber auch auf die für die Strafzumessung relevanten Umstände.⁴² Diese dürfen, sofern sie selbstständig strafbare Handlungen darstellen, wegen der »Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung« nicht vor ihrer rechtskräftigen Feststellung straferschwerend berücksichtigt werden.⁴³ Für eine prozessordnungsgemäße Feststellung der Strafzumessungstatsachen, wie die Rechtsprechung sie bei eingestellten Taten oder Delikten fordert, soll es aber bereits genügen, wenn im Wege des Strengeweisverfahrens eine Abschätzung des wesentlichen Unrechtsgehalts der fraglichen Tat zur Überzeugung des Gerichts ermöglicht wird.⁴⁴ Es gelten explizit nicht die gleichen, strengen Anforderungen, wie sie bei der Feststellung von Taten geboten sind, die dem Schuldspruch zugrunde liegen,⁴⁵ obwohl dem Beschuldigten in der Regel kein Beschwerderecht gegen die Einstellung zusteht – er also keine Möglichkeit hat, die Fortführung des förmlichen Verfahrens zum Nachweis seiner Schuld zu erzwingen.⁴⁶ Dabei zählt der Schutz des Verfahrens selbst zu den zentralen Gesichtspunkten der Unschuldsvermutung: Ist die Durchführung eines Verfahrens als Instrument zur Entscheidung über die Konstitution des Tatbestandes und des Umfangs einer Rechtsfolge erst einmal festgelegt, so bedeutet es eine Des-

33 Z.B. Terhorst JR 1984, 170 (171); s.a. BGH NStZ 1994, 195; AK-StPO/Schöbch, Bd. II/1, 1992, § 154 Rn. 37.

34 Ebenfalls krit. Appl (Fn. 21), S. 157 f.; Gillmeister NStZ 2000, 344 (348); Scholz, §§ 154, 154a StPO – Dogmatische Probleme und Rechtspraxis, 2010, S. 114 f.; in diese Richtung auch BGH StV 2009, 117.

35 BGH NJW 1951, 769 (770); StV 2004, 415 (416); zust. Geppert Jura 1986, 309 (317); Sander StraFo 2004, 47 (49); Schäfer/Sander/van Gemmeren/Redeker/Busse, Strafzumessung, 4. Aufl. 2008, Rn. 363.

36 Appl (Fn. 21), S. 138 f.; Gillmeister NStZ 2000, 344 (347); Maurach/Gössel/Zippf/Schroeder, AT 2, 7. Aufl. 1989, § 63 Rn. 143; Scholz (Fn. 34), S. 116 f.; Vogler FS Kleinknecht, 1985, S. 429 (440).

37 Zur Differenzierung zwischen § 154 StPO und § 154a StPO mit Beispielen: Beulke (Fn. 8), Rn. 339.

38 Appl (Fn. 21), S. 96 f.; Scholz (Fn. 34), S. 118.

39 Diese terminologisch-sachliche Differenzierung betont Bruns (Fn. 25), S. 281 f.; ders. NStZ 1981, 81 (83); vgl. auch Hassemer JuS 1982, 629: »Gefahr einer Doppelbestrafung«.

40 Appl (Fn. 21), S. 101.

41 Ebenso AK-StPO/Schöbch (Fn. 33), § 154 Rn. 37; Fezer JZ 1996, 655 (656): »Zweifel«; Geppert NStZ 1996, 57 (63): »hochproblematisch«; Pott, Die Außerkraftsetzung der Legalität durch das Opportunitätsdenken in den Vorschriften der §§ 154, 154a StPO, 1996, S. 142 f.; Roxin/Schünemann (Fn. 11), § 14 Rn. 9; Scholz (Fn. 34), S. 120 f.; Vogler FS Kleinknecht (Fn. 36), S. 429 (436 f.); krit. auch Bruns NStZ 1981, 81 (82).

42 BGH StV 2000, 556; Beulke (Fn. 8), Rn. 25.

43 Vogler FS Kleinknecht (Fn. 36), S. 429 (438).

44 BGH StV 1993, 26; NStZ 1995, 439; NStZ-RR 2009, 306.

45 Z.B. BGH NStZ 1995, 439; ebenso Haberstroh NStZ 1984, 289 (292).

46 BGHSt 10, 88 (93); AK-StPO/Schöbch (Fn. 33), § 154 Rn. 38; LR/Beulke (Fn. 7), § 154 Rn. 48, § 154a Rn. 28; SK-StPO/Weflau, Bd. 3, 4. Aufl. 2011, § 154 Rn. 50.

avouierung eben dieses Verfahrens, wenn man die Tatbestandsfeststellungen vorwegnimmt und konkurrierende Mechanismen zulässt.⁴⁷

Zwar wird dem von Seiten der Rechtsprechung entgegengehalten, dass die Unschuldsvermutung nicht davor schütze, dass ein strafbares Verhalten in einem anderen gerichtlichen Verfahren – auch ohne rechtskräftige Verurteilung – festgestellt wird und hieraus für dieses Verfahren bestimmte Schlussfolgerungen gezogen werden.⁴⁸ Der Richter sei gem. § 244 Abs. 2 StPO sogar verpflichtet, das Verhalten des Angeklagten unter Ausschöpfung aller zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen zu beurteilen, weil eine unvollständige Würdigung die Gefahr heraufbeschwören würde, das Persönlichkeitsbild des Täters zu verfälschen.⁴⁹ Allerdings erscheint es wenig schlüssig, die gerichtliche Aufklärungspflicht ausgerechnet im Rahmen der Strafzumessung wieder aufleben zu lassen, nachdem man sie mit Hilfe der Einstellung aus Opportunitätsgründen zunächst bzgl. der eingestellten Taten und Tatteile in legitimer Weise eingeschränkt hat.

Was weiterhin den von der Rechtsprechung verkannten, prozessualen Geltungsgehalt der Unschuldsvermutung anbelangt, so existieren bereits entsprechende Maßgaben des EGMR für den mit der vorliegenden Frage vergleichbaren Fall des Bewährungswiderrufs gem. § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB aufgrund der Begehung einer neuen, noch nicht abgeurteilten Straftat: In diesem Vorgehen liegt nach Ansicht des EGMR eine Verletzung der Unschuldsvermutung, wenn die formalen gesetzlichen Verfahrensbestimmungen zum Nachweis der Schuld (bzgl. der neuen Straftat) nicht eingehalten werden.⁵⁰ Die Unschuldsvermutung kann also nur in einem förmlichen Verfahren vor dem zuständigen Gericht mit allen Verfahrensgarantien überwunden werden.⁵¹ Nicht nur der *österreichische Verfassungsgerichtshof* sieht daher schon seit Langem Art. 6 Abs. 2 EMRK als verletzt an, wenn bei der Strafzumessung eine nicht rechtskräftige Vorstrafe berücksichtigt wird.⁵² Auch der *4. Senat* hat mittlerweile zu erkennen gegeben, dass er es im Hinblick auf die Unschuldsvermutung zumindest für bedenklich hält, ein früheres Strafverfahren, welches nicht mit einer Bestrafung geendet hat, im Rahmen der Strafzumessung strafschärfend zu berücksichtigen.⁵³ Diese Bedenken müssen dann aber erst recht für den vorliegenden Fall gelten, dass während der Verhandlung ausgeschiedener Prozessstoff im Rahmen der Beweiswürdigung Berücksichtigung findet, da die Einstellung noch gar keine – wie auch immer geartete – Warnfunktion für den Beschuldigten entfalten konnte.

Selbst wenn man jedoch die strafschärfende Berücksichtigung eingestellter Taten oder Tatteile aufgrund des von der Rechtsprechung etablierten Erfordernisses einer prozessordnungsgemäßen Inzidentfeststellung mit der Unschuldsvermutung für noch vereinbar hält,⁵⁴ bleibt in der Praxis bei diesem Vorgehen auf Ebene der Strafzumessung ein geradezu verführerisch großer Spielraum der Tatgerichte, um eine faktische Mitbestrafung der eingestellten Taten auf dem »kurzen Dienstweg« zu erreichen.⁵⁵ Da Einstellungen gem. §§ 154, 154a StPO zur effektiven Entlastung der Strafrechtspflege in einem möglichst frühen Verfahrensstadium erfolgen sollen (vgl. Nr. 101 RiStBV), wird insoweit nicht viel mehr als eine kursorische Prüfung der einzustellenden Taten und Delikte stattfinden. Von einer prozessordnungs-

gemäßen Feststellung im Strengbeweisverfahren kann in den meisten Fällen bereits deshalb nicht ausgegangen werden, weil die Einstellung gem. §§ 154, 154a StPO bei Beibehaltung des ursprünglichen Feststellungsmaßstabes ihren verfahrensökonomischen Zweck einbüßen würde und ohne praktischen Nutzen bliebe.⁵⁶ Schon um einem derartigen Missbrauch der Einstellungsmöglichkeiten effektiv vorzubeugen, empfiehlt es sich daher, ein Verbot der strafschärfenden Berücksichtigung eingestellter Taten und Delikte anzunehmen.⁵⁷ Denn wenn der Staat glaubt, auf die Verfolgung bestimmter Taten bzw. Tatteile nicht verzichten zu können, dann verlangt das von der Rechtsprechung zur Begründung der eingeschränkten Verwendungssperre herangezogene »Gebot der Fairness« nicht lediglich das Feigenblatt eines gerichtlichen Hinweises. Nimmt man den Gedanken des *fair trial* ernst, so ist die Schuldfeststellung natürlich über alle prozessualen Hürden hinweg lückenlos per förmlicher Wiedereinbeziehung bzw. Nachtragsanklage durchzuführen. Einzig diese Auslegung vermag Wortlaut und Systematik der Einstellungsgründe hinreichend gerecht zu werden: Denn in beiden Vorschriften ist ein *Verfolgungsverbot* normiert. Verfolgt wird eine Tat aber nicht nur durch ihre Kennzeichnung im Rahmen des Schuldspruchs, sondern auch bei einer tatadäquaten Sanktionsfestsetzung, wie sie vorliegend durch die Rechtsprechung auf Umwegen vorgenommen wird.⁵⁸ Neben dem insoweit doch relativ eindeutigen Normtext weist auch die Konzeption der §§ 154, 154a StPO in diese Richtung: Die Tatsache, dass der Gesetzgeber ausschließlich die Voraussetzungen der förmlichen Wiederaufnahme bzw. -einbeziehung geregelt hat (§§ 154 Abs. 3-5, 154a Abs. 3 StPO), muss e contrario als Fingerzeig in Bezug auf eine im Übrigen beabsichtigte Verwendungssperre verstanden werden.⁵⁹ Aus systematischer Sicht bleibt daneben kein Platz für Inzidentfeststellungen unter höchst vagen Voraussetzungen.

In der Hauptsache spricht jedoch der Telos der §§ 154, 154a StPO gegen die Strafzumessungspraxis der Rechtsprechung: Beide Normen erfordern jeweils einen hypothetischen Vergleich der konkret zu erwartenden Rechtsfolgen.

47 So zu Recht *Stuckenberg*, Untersuchungen zur Unschuldsvermutung, 1998, S. 530; zum prozessualen Charakter der Unschuldsvermutung s.a. *Beulke* (Fn. 8), Rn. 25; *Gillmeister* NSStZ 2000, 344 (346); *Haberstroh* NSStZ 1984, 289 (292); *Ostendorf* GS Eckert (Fn. 20), S. 639 (645); *Vogler* FS Klein-knecht (Fn. 36), S. 429 (437 f.).

48 BVerfG NSStZ 1988, 21; NJW 1994, 377.

49 BGHSt 34, 209 (210); LK-StGB/*Theune*, 12. Aufl. 2006, Bd. 2, § 46 Rn. 177.

50 EGMR StV 2003, 82 – *Böhmer* (fehlende Zuständigkeit des Gerichts bzgl. der inzident festgestellten Tat); hierzu ausf. *Kraus*, Der Bewährungswiderruf gem. § 56f Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB und die Unschuldsvermutung, 2007.

51 *Pauly* StV 2003, 85 (86).

52 VfGH ÖJZ 1980, 25.

53 BGH NSStZ 2006, 620.

54 So unter bestimmten Voraussetzungen *Stuckenberg* (Fn. 47), S. 571.

55 S. für Negativbeispiele u.a. BGH ZIS 2008, 583 m. abl. Anm. *Dehne-Niemann* sowie der BGH NSStZ-RR 2009, 306 zu Grunde liegende Fall; allgemein zu dieser Missbrauchsgefahr: AK-StPO/*Schöb* (Fn. 33), § 154 Rn. 37; *Eisenberg* (Fn. 15), Rn. 418 f.; *Erb*, Legalität und Opportunität, 1999, S. 260 f.; *Geppert* Jura 1986, 309 (317); *Gillmeister* NSStZ 2000, 344 (347); *Ostendorf* GS Eckert (Fn. 20), S. 644; SK-StPO/*Wefslau* (Fn. 46), § 154 Rn. 57.

56 Ebenso *Erb* (Fn. 55), S. 260 f.; *Pott* (Fn. 41), S. 144; *Sander* StraFo 2004, 47 (50); *Scholz* (Fn. 34), S. 113; *Stuckenberg* StV 2007, 655 (662).

57 *Erb* (Fn. 55), S. 262.

58 *Rief* GA 1980, 312 (312 f.).

59 S.a. AK-StPO/*Schöb* (Fn. 33), § 154 Rn. 37.

Gelangt man allerdings im Rahmen dieser Prognose einerseits zu dem Ergebnis, dass eine zusätzliche Sanktionierung entbehrlich ist, weil sie nicht beträchtlich ins Gewicht fallen würde – und damit zur Anwendung der §§ 154, 154a StPO – so vermag sich andererseits nicht zu erschließen, warum später auf die Berücksichtigung der eingestellten Taten und Delikte im Rahmen der Strafzumessung nicht verzichtet werden kann.⁶⁰ Die relative Geringfügigkeit der aus dem ausgeschiedenen Prozessstoff zu erwartenden Sanktion muss doch genauso für die Strafzumessung gelten! Ein rein formaler Hinweis ist aus diesem Grunde ganz offensichtlich ungeeignet, die solchermaßen hochgradige, inhaltliche Widersprüchlichkeit des gerichtlichen Verhaltens zu kompensieren. Vergegenwärtigt man sich schließlich noch, wie (vor-)schnell die Rechtsprechung, den Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens selbst erhebt⁶¹ – man betrachte nur die tragenden Entscheidungsgründe des hier besprochenen Beschlusses – so erscheint es nur billig, sie an ihrem eigenen Maßstab zu messen. Messerscharf hat der 3. Strafsenat einmal dargelegt:

»Im übrigen weist der Senat darauf hin, dass es wenig sinnvoll und eher widersprüchlich erscheint, einerseits zur Verfahrensvereinfachung strafbare Verhaltensweisen nach § 154 Abs. 1 StPO auszuscheiden und sie sodann doch wieder zum Gegenstand einer unter Umständen umfangreichen Beweisaufnahme zu machen.«⁶²

Warum zieht man aus dieser Erkenntnis nicht die naheliegendsten Schlussfolgerungen? Sollte das Tatgericht ausnahmsweise zu der Einsicht gelangen, dass es auf die Berücksichtigung eingestellter Taten bzw. Tatteile einmal nicht verzichten kann, dann führt kein Weg an einer formalen Wiederaufnahme bzw. -einbeziehung vorbei. Das ist der Preis der schützenden Formen, den wir mit Blick auf ein rechtsstaatliches, faires Verfahren zahlen sollten – ohne dabei mit den Zähnen zu knirschen!⁶³

E. Protokollierungspflicht des Hinweises auf die mögliche strafscharfende Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenen Taten bzw. Tatteilen?

Selbst wenn man aber eine gänzliche Verwendungssperre bzgl. der eingestellten Taten bzw. Tatteile (fälschlicherweise) ablehnt, muss es jedoch unmittelbar einleuchten, dass – will man schon ausgeschiedene Taten bzw. Tatteile strafscharfend berücksichtigen – dann doch zumindest unter besonderer Wahrung etwaiger schützender Formen gehandelt werden muss. Stattdessen hat sich der 1. Senat auch insoweit gegen die Form entschieden: Er stuft den erforderlichen gerichtlichen Hinweis als nur die Tatsachengrundlage der Urteilsfindung betreffend ein (§ 265 Abs. 4 StPO) und lehnt entsprechend dieser Kategorisierung eine Protokollierungspflicht gem. § 273 StPO ab.⁶⁴ Der volle Umfang dieser rechtsfortbildenden Halbherzigkeit wird spätestens dann deutlich, wenn es im Beschluss sinngemäß heißt, dass ungeachtet der rechtlichen Subsumtion unter § 265 Abs. 4 StPO eine Protokollierung des Hinweises – wenn auch nicht zwingend notwendig – so aber doch zweckmäßig sei.⁶⁵ Wenn die Wahrung einer Form aber einem bestimmten Zwecke dienlich ist – und zwar so dienlich, dass dieses vom BGH extra hervorgehoben wird – dann drängt sich doch unweigerlich die Frage auf, warum es sich gleichwohl *nicht* um eine *wesentliche* Förmlichkeit handeln soll.

Dass die Rechtsansicht des BGH keineswegs zwingend ist, ja ebenso gut die gegenteilige Meinung, d.h. die Befürwortung einer Protokollierungspflicht, vertreten werden kann, zeigen bereits die vom BGH als anderslautend erwähnten Urteile des OLG Hamm⁶⁶ und des OLG München⁶⁷. Letzteres hatte sich noch kurz vor der hier besprochenen Entscheidung des BGH für eine Protokollierungspflicht des Verwendungshinweises mittels analoger Anwendung des § 265 Abs. 1, 2 StPO ausgesprochen. Einer unmittelbaren Anwendung der Norm steht entgegen, dass die ausgeschiedenen Straftaten nur im Strafmaß und nicht im Strafausspruch relevant werden – dies aber nach Wortlaut und überwiegender Auffassung Voraussetzung einer Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes ist.⁶⁸ Die vom OLG München hergestellte Parallele zur Hinweiserteilung bei Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes erscheint dennoch insoweit nachvollziehbar, als das Tatgericht im Rahmen des Verwendungshinweises in erster Linie Auskunft über die neu erwogene *rechtliche* Behandlung des eingestellten Prozessstoffes gibt. Wenn der BGH daher argumentiert, der Hinweis betreffe ausschließlich die Tatsachengrundlage des Urteils und sei deshalb keine wesentliche Förmlichkeit, so greift diese Feststellung in jedem Fall zu kurz: Sobald eine Einstellung gem. §§ 154, 154a StPO erfolgt ist, geht es im Rahmen des Verwendungshinweises weniger um eine detaillierte Darlegung der vom Gericht als relevant erachteten Tatsachen, die schließlich vor der Einstellung schon einmal Teil des Verfahrens waren, als vielmehr darum, den infolge der Einstellung entstandenen Vertrauenstatbestand zu revidieren. Es ist daher zum einen sehr gut vertretbar, dass es sich beim Verwendungshinweis gegenüber dem Hinweis infolge veränderter Tatsachengrundlage um ein qualitatives Plus handelt. Auf der anderen Seite finden sich in der Literatur beachtliche Stimmen,⁶⁹ die grundlegende Bedenken gegen die Differenzierung zwischen der Hinweispflicht bei Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes und derjenigen bei Abweichung der tatsächlichen Urteilsgrundlage vom Anklagesatz geltend machen, da es für das Informationsbedürfnis und Verteidigungsinteresse des Beschuldigten prinzipiell keinen Unterschied mache, ob die rechtliche oder die tatsächliche Ebene betroffen sei.⁷⁰ Konsequenterweise soll es sich in beiden Fällen um wesentliche Förmlichkeiten (§ 274 StPO) handeln und somit eine umfassende Protokollierungspflicht

60 Ähnlich BGH, Beschl. v. 12.12.1979, 3 StR 437/79 (*juris*); *Appl* (Fn. 21), S. 113 f.; *Eisenberg* (Fn. 15), Rn. 417; *Kühne* (Fn. 7), Rn. 594; LK-StGB/*Theune* (Fn. 49), § 46 Rn. 180; MüKo-StGB/*Franke*, Bd. 1, 2003, § 46 Rn. 43; *Rieß* GA 1980, 311 (314); *Volk*, Strafprozessrecht, 7. Aufl. 2010, § 12 Rn. 34.

61 S.a. BGH StV 2009, 169 m. abl. Anm. *Beulke/Witzigmann* StV 2009, 394. 62 BGH StV 2004, 415 (416); *Meyer-Göfner* (Fn. 12), § 154 Rn. 25.

63 Plädoyer für die Form auch bei *Hassemer* FS Volk, 2009, S. 207.

64 St. Rspr.: BGHSt 19, 141; BGH StV 2006, 297 (298); LR/*Gollwitzer*, 25. Aufl. 2001, Bd. 4, § 265 Rn. 42, 85.

65 Ebenso früher schon BGH StV 1996, 297 (298) und StV 1996, 584 (585); sowie AK-StPO/*Loos*, Bd. II/2, 1993, § 265 Rn. 21; KMR-StPO/*Stuckenberg*, Stand: Okt. 2002, § 265 Rn. 63; LR/*Gollwitzer* (Fn. 64), § 265 Rn. 85; *Schimansky* MDR 1986, 283 (284).

66 OLG Hamm StV 2004, 313.

67 OLG München NJW 2010, 1826 (1827).

68 KK-StPO/*Engelhardt*, 6. Aufl. 2008, § 265 Rn. 2; *Meyer-Göfner* (Fn. 12), § 265 Rn. 6 m.w.N.

69 Insbes. *Niemöller*, Die Hinweispflicht des Strafrichters bei Abweichung vom Tatbild der Anklage, 1988, passim; s.a. *Hamm* (Fn. 3), Rn. 1170, 1175; HK-StPO/*Julius*, 4. Aufl. 2009, § 265 Rn. 2, 9; *Schlothauer* StV 1986, 213 (222 f.); a.A. LR/*Gollwitzer* (Fn. 64), § 265 Rn. 81.

70 So auch BGHSt 19, 88 (89).

bestehen. Bei erheblichen tatsächlichen Änderungen wurde dieser Weg früher auch in der Rechtsprechung beschritten.⁷¹

Unseres Erachtens lässt sich die vorliegende Fallkonstellation weder in das eine noch in das andere Korsett zwängen: Die gerichtliche Hinweispflicht bei Veränderung der Verfahrenslage – deren Unterfall der Verwendungshinweis ist – muss im Sinne eines eigenständigen Rechtsinstituts *neben* den zwei etablierten Kategorien der Hinweispflicht bei Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes bzw. der Tatsachengrundlage verstanden und gehandhabt werden.⁷² Nur so wird man den Besonderheiten dieser Konstellation hinreichend gerecht. Insbesondere kann dieser Lösung nicht entgegengehalten werden, dass aufgrund der einzelfallbezogenen Ausgestaltung Abgrenzungsschwierigkeiten bestünden:⁷³ Schließlich handelt es sich bei der Hinweispflicht aufgrund einer veränderten Verfahrenslage um eine besondere, von den beiden anderen Fallgruppen inhaltlich deutlich abgehobene Kategorie, bei der es charakteristischerweise um die Beseitigung eines Vertrauenstatbestandes geht, den das Gericht zuvor aufgrund seines Prozessverhaltens konkludent oder sogar ausdrücklich geschaffen hat.⁷⁴ Will man das beinahe grotesk zu nennende Ergebnis des vorliegenden Beschlusses vermeiden, wonach die Einhaltung von Formvorschriften zwar – solange sie stattfindet – durchaus zuträglich, ansonsten aber entbehrlich ist, so darf man nicht den Weg vordergründig-formalistisch anmutender Einordnungsbemühungen gehen, den der *BGH* gewählt hat, sondern muss stattdessen inhaltliche Erwägungen zu Sinn und Zweck der Form in den Vordergrund der Betrachtung rücken. In diesem Fall kann allerdings an der Protokollierungspflicht des Verwendungshinweises und seiner Eigenschaft als wesentlicher Förmlichkeit (§ 274 StPO) kein ernstlicher Zweifel mehr bestehen.⁷⁵ Die Beachtung einer Verfahrensnorm stellt eine »wesentliche Förmlichkeit« dar, wenn ihre Verletzung den Bestand des Urteils gefährdet⁷⁶ und wenn der Zweck der Sitzungsniederschrift – der Rechtsmittelinstanz die Prüfung des gesetzmäßigen Ablaufs der Hauptverhandlung zu erleichtern – die Protokollierung gebietet.⁷⁷ Die erste Voraussetzung dieser anerkannten Formel, die Fehlerrelevanz des unterlassenen Verwendungshinweises, ist hier gegeben: Denn nimmt das Tatgericht eine strafschärfende Berücksichtigung nach §§ 154, 154a StPO eingestellter Taten vor, ohne den Beschuldigten hiervon rechtzeitig in Kenntnis zu setzen, so ist dieses Vorgehen selbst bei noch so restriktiver Auslegung des *fair-trial*-Gedankens geeignet, eine erfolgreiche Verfahrensrüge zu begründen.⁷⁸ Was daneben den zweiten Aspekt der Einordnung als wesentliche Förmlichkeit anbelangt – die Aufgabe der Sitzungsniederschrift als Prüfungsgrundlage in der Rechtsmittelinstanz – so ergibt sich auch insofern das Protokollierungserfordernis des Verwendungshinweises: Das Wesen der Revision liegt in der Ausübung streng formalisierter Rechtskontrolle.⁷⁹ In den Motiven zu § 274 StPO heißt es in diesem Zusammenhang:

»Ihre Rechtfertigung findet diese Vorschrift in der Erwägung, dass Formverletzungen, welche in der Hauptverhandlung vorkommen können, ohne von einem der Mitwirkenden oder Beteiligten bemerkt zu werden, in der Regel auch nachträglich nicht mit Zuverlässigkeit werden festgestellt werden können, (...). Erfahrungsgemäß kann (...) die amtseidliche Erklärung der Gerichtsmitglieder (...) als ein geeignetes Mittel zur nachträglichen Feststellung des Her-

gangs in der Hauptverhandlung nicht anerkannt werden. Die Gerichtsmitglieder werden selten in der Lage sein, über Vorgänge, welche ihrer Aufmerksamkeit in der Hauptverhandlung entgangen sind, nachträglich ein bestimmtes Zeugnis abzugeben; ihre Aussagen würden daher nur dazu dienen, unberechtigte Zweifel an der Zuverlässigkeit des Sitzungsprotokolls zu erwecken.«⁸⁰

Diese Quelle belegt, dass der Gesetzgeber mit Hilfe von § 274 StPO gerade der Unsicherheit und Verzögerung entgegengetreten wollte, die eine Rekonstruktion der Tatsacheninstanz im Freibeweisverfahren notwendigerweise mit sich bringt.⁸¹ Dass vom *BGH* nunmehr eben diese freibeweisliche Feststellung zur Klärung eines Verfahrensfehlers propagiert wird, führt dazu, dass das Revisionsgericht faktisch in einer seiner Stellung nicht entsprechenden Weise mit der Erhebung und Würdigung von Beweisen befasst ist, während die Erfüllung seiner eigentlichen Aufgabe, die bloße Nachprüfung der Rechtsanwendung, in den Hintergrund zu treten droht.⁸² Die gesetzliche Neuregelung zur Protokollierung des Hinweises, welcher erteilt werden muss, wenn das Gericht von einer Verständigung abrücken will (§ 257c Abs. 4 S. 4 i.V.m. § 273 Abs. 1a S. 2 StPO),⁸³ beweist nicht nur, dass der Gesetzgeber auch in neuerer Zeit an der dem Sitzungsprotokoll ursprünglich zugewiesenen Funktion festhält. Es bietet sich sogar ein Erst-Recht-Schluss an, da der Beschuldigte hinsichtlich der Einstellung gem. §§ 154, 154a StPO und ihrer faktischen Rückgängigmachung über die Strafzumessung mangels Zustimmungserfordernisses und Verwertungsverbotes (§ 257c Abs. 3 S. 3, Abs. 4 S. 3 StPO) in seinem Vertrauen mindestens ebenso schutzwürdig erscheint wie im Fall einer Verständigung und des Wegfalls der Bindungswirkung.

Das Argument, die Rekonstruktion der Hauptverhandlung sei aufgrund ihrer *Unvermeidbarkeit* im Rahmen der vorliegenden Verfahrensrüge zulässig,⁸⁴ überzeugt angesichts der hier befürworteten Lösung nicht. Vor allem muss man sich vor Augen halten, welches hohes Maß an Rechtssicherheit zu erreichen wäre, ohne das Tatgericht hierdurch ungebührlich zu belasten. Die Gefahr des Erfolges einer unwahren Protokollrüge kann jedenfalls nicht mehr als Argument ins Feld geführt werden, seit *BGH* und *BVerfG* die Möglichkeit der Rügeverkümmern (zu Unrecht) anerkennen:⁸⁵ Ein Konflikt zwischen Wahrheit und Form, wie ihn die Rechtsprechung davor zu Argumentationszwecken bemühte, kann

71 BGHSt 19, 88; offen gelassen in: BGH StV 1988, 95; aufgegeben in: BGHSt 44, 153 (157) = StV 1998, 580; BGHSt 48, 221 = StV 2003, 320.

72 Ebenso: *Schlothauer* StV 1986, 213 (225 f.); s.a. HK-StPO/*Julius* (Fn. 69), § 265 Rn. 10.

73 Vergleichbare Kritik z.B. bei LR/*Gollwitzer* (Fn. 64), § 265 Rn. 81.

74 Vgl. *Schlothauer* StV 1986, 213 (225).

75 LR/*Beulke* (Fn. 7), § 154 Rn. 59; i.E. ebenso AK-StPO/*Schöck* (Fn. 33), § 154 Rn. 36; *Eisenberg* (Fn. 15), Rn. 416; *Sander* StraFo 2004, 47 (48).

76 KK-StPO/*Engelhardt* (Fn. 68), § 273 Rn. 4; LR/*Gollwitzer* (Fn. 64), § 273 Rn. 6; *Meyer-Gofner* (Fn. 12), § 273 Rn. 6.

77 LR/*Gollwitzer* (Fn. 64), § 273 Rn. 1; *Niemöller* (Fn. 69), S. 76.

78 Statt aller BGH StV 1996, 585; StV 2009, 117; BGHSt 48, 221 (228) = StV 2003, 320; LR/*Beulke* (Fn. 7), § 154 Rn. 57 f.; *Meyer-Gofner* (Fn. 12), § 154a Rn. 2; KMR-StPO/*Plöd*, Stand: April 2007, § 154 Rn. 29.

79 *Hamm* NJW 2007, 3166 (3169).

80 *Hahn*, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 3/1 (Materialien zur StPO), 1880, S. 258.

81 Vgl. auch BGHSt 2, 125 (128).

82 S. zur Funktion des Revisionsgerichts schon 1909 zutreffend RGSt 43, 1 (8).

83 Vert. zur Bindungswirkung der Verständigung *Beulke* (Fn. 8), Rn. 396 f.

84 KMR-StPO/*Stuckenberg* (Fn. 65), § 265 Rn. 64.

85 Nachweise s.o. Fn. 11.

nun mit Hilfe einer Protokollberichtigung immer zu Gunsten der Wahrheit aufgelöst werden. Der vergleichsweise geringfügigen Belastung des Tatgerichts durch eine Protokollierungspflicht steht auf der anderen Seite eine ganz erhebliche Beeinträchtigung des Beschuldigten gegenüber, wenn diesem im Revisionsverfahren der freibeweisliche Nachweis des unterlassenen Hinweises auf die Verwertungsmöglichkeit aufgebürdet wird. Obwohl im Grunde genommen das Instanzgericht die alleinige Verantwortung für die Einhaltung der Verfahrensvorschriften trägt, muss der Revisionsführer die den Mangel enthaltenden Tatsachen bereits in der Revisionsbegründung vollständig angeben (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Chancen des Beschuldigten, den Nachweis eines Negativums zu führen, sind jedoch denkbar gering – vor allem, wenn man bedenkt, dass ihm lediglich das Protokoll, die Urteilsgründe sowie etwaige dienstliche Stellungnahmen als Beweismittel zur Verfügung stehen. Wenn die Protokollierung von Verfahrensvorgängen vom »Muss« zum »Kann« degradiert wird, so bedeutet dies letztlich eine Verkehrung des schützenden Charakters der Formvorschriften: Faktisch besteht dann zwar eine positive Beweiskraft zu Gunsten des Tatgerichts, wenn der Hinweis im Protokoll aufgenommen wurde; umgekehrt fällt aber die negative Beweiskraft zu Gunsten des Beschuldigten fort, wenn sich das Protokoll zur Erteilung des Verwendungshinweises ausschweigt. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es

sich, mit der Auslegung des Begriffs der »wesentlichen Förmlichkeiten« nicht allzu kleinlich zu verfahren.⁸⁶

F. Fazit

Der hier besprochene Beschluss des *BGH* geht bereits in seiner Grundannahme fehl. Insoweit liegt er zwar auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Diese hat jedoch noch immer nicht an Überzeugungskraft gewonnen. Nach wie vor erscheint es vorzuzugswürdig, die Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO ausgeschiedenen Taten bzw. Tatteilen im Rahmen der Strafzumessung solange als unzulässig anzusehen, wie keine förmliche Wiederaufnahme bzw. -einbeziehung gem. § 154 Abs. 3-5 StPO, § 154a Abs. 3 StPO stattgefunden hat. Doch selbst für den Fall, dass man die Grundposition des *BGH* hinsichtlich der Berücksichtigungsfähigkeit teilt, ist zur Gewährleistung eines fairen Instanz- und Revisionsverfahrens anzuerkennen, dass es sich bei einem diesbezüglichen Hinweis um eine wesentliche Förmlichkeit i.S.v. § 274 StPO handelt. Die Statuierung einer entsprechenden Protokollierungspflicht durch die Rechtsprechung hätte einem im besten Sinne rechtsstaatlichen Verfahren gut zu Gesicht gestanden – und zwar *nur pro forma!*

86 *Hänlein/Moos* NStZ 1990, 481 (482); s.a. *Widmaier/Dahs*, MAH Strafverteidigung, 2006, Rn.73 f.

Rezensionen

Bankkundendaten

Tilman Reichling, Der staatliche Zugriff auf Bankkundendaten im Strafverfahren, Peter Lang, Frankfurt a.M. 2010, 176 S., 44,80 €

In seiner vom Bielefelder Ordinarius *Andreas Ransiek* betreuten Dissertation widmet sich *Reichling* der Kontenabfrage nach § 24c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG.

I. Die Norm wurde im Rahmen des 4. Finanzmarktförderungsgesetzes v. 18.01.2002 eingeführt; gesetzgeberische Intention war die Verbesserung der Institutsaufsicht wie auch die Bekämpfung der Terrorismusfinanzierung und Geldwäsche. Trotz der »versteckt« anmutenden Gesetzesstellung handelt es sich mittlerweile um eine Standardmaßnahme der Ermittlungsbehörden: Diese ermöglicht überhaupt erst die Kenntnis von Konten der Betroffenen, was dann Voraussetzung für weitergehende Informationsgewinnung über die Inhaltsdaten – also insbesondere Kontostand und -bewegungen – aber auch Finanzermittlungen ist. Bereits in der Einleitung stellt der *Verf.* den Kontext zu der Gesamtentwicklung eines »prozessual verschärften« Wirtschaftsstrafrechts her, insbesondere zum zunehmenden Ausmaß der Finanzermittlungen. Zutreffend wie richtungweisend für seine Arbeit konstatiert *Reichling* in diesem Zusammenhang, dass »diese Entwicklung, die der Gesetzgeber in den letzten Jah-

ren mit enormen Tempo vorantreibt, (...) das Kräfteverhältnis im Strafverfahren zu Lasten des Beschuldigten und letztlich den Charakter des Strafverfahrensrechts insgesamt« verändert (S. 1).

II. 1. Nach einer strukturierten kurzen Einleitung, in der *Reichling* den Aufbau seiner Arbeit kurz darstellt (S. 1-2), erläutert er das »Abfragesystem nach § 24c KWG« (S. 3-22): Hierbei räumt er zunächst der Entstehungsgeschichte breiten Raum ein (S. 8-19), bevor er sich mit der Anwendungshäufigkeit befasst. Der *Verf.* zeigt anhand der in den *BaFin*-Jahresberichten jeweils dargelegten jährlichen Abfragen auf, dass sich diese allein in den Jahren 2004 (39.417) bis 2007 (93.560) mehr als verdoppelt haben. Insbesondere wird deutlich, dass rund 99 % der Abfragen seitens der Strafverfolgungsbehörden und nicht einmal ein Prozent für Abfragen zur Erfüllung eigener Aufgaben der *BaFin* erfolgen; der vom Gesetzgeber geltend gemachte »Eigenbedarf« der *BaFin* – so *Reichling* zutreffend – »liegt offensichtlich nicht vor« (S. 21).

2. Im dritten Kapitel setzt sich der *Verf.* mit der »Abgrenzung zu den Kontenabfragemöglichkeiten nach der Abgabenordnung« auseinander (S. 23-39). Hierbei behandelt er zunächst die Verpflichtung der Kreditinstitute aus § 92b AO, ferner § 93 Abs. 7 AO in seiner ursprünglichen wie auch in der seit dem 01.01.2009 geltenden Fassung und