

Videoaufzeichnungen und digitale Daten als Grundlage des Urteils

– Revisionsrechtliche Kontrolle in den Grenzen des Rekonstruktionsverbots

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Björn Gercke und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Sebastian Wollschläger, Köln

A. Einleitung

In seinem Urteil v. 02.11.2011¹ hat der 2. Strafsenat des BGH im Rahmen eines obiter dictum rechtliche Bedenken dagegen geäußert, dass in dem zu überprüfenden Urteil des Landgerichts Verweisungen auf Videoaufzeichnungen nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO vorgenommen wurden. Zur Begründung führte der Senat auch ein revisionsrechtliches Argument an: Es sei nicht die Aufgabe des Revisionsgerichts, das Urteil möglicherweise tragende Gründe selbst an passender Stelle herauszufinden und zu bewerten; bei einem solchen Vorgehen handle es sich nicht mehr um ein Nachvollziehen des Urteils, sondern um einen Akt eigenständiger Beweiswürdigung, der dem Revisionsgericht verwehrt sei.² Gemeint ist die wertende Betrachtung der Videoaufzeichnung. Angeknüpft wird damit an den seit langem geltenden Grundsatz vom Verbot einer Rekonstruktion der Hauptverhandlung in der Revisionsinstanz. Das Revisionsgericht soll sich offenbar nicht mit einer in Bezug genommenen Videoaufnahme auseinandersetzen müssen.

Dies wirft allerdings die Frage auf, welche Möglichkeiten es überhaupt gibt, Tatsachenfeststellungen, die auf einer Videoaufzeichnung gründen, im Revisionsverfahren zu überprüfen. Was muss in der Revisionsbegründungsschrift beigebracht werden, damit sich das Revisionsgericht möglicherweise doch mit der Aufzeichnung auseinandersetzen muss, die eine unzutreffende Urteilsfeststellung belegt? Betreffen kann dies im Übrigen nicht nur Videoaufzeichnungen, sondern sämtliche Inhalte, die auf Speichermedien festgehalten sind und die in dieser Form vermittelt durch ein Abspielgerät in die Hauptverhandlung eingebracht wurden – gerade in großen Wirtschaftsstrafverfahren ein immer häufiger zu beobachtendes Vorgehen, etwa wenn sich relevante Erkenntnisse – möglicherweise auch »versteckt« – in einer »Power Point-Präsentation«, einer »Excel-Datei« oder umfangreiche Datenbestände gespeichert auf einer CD/DVD-ROM finden. Die sich aus der genannten Entscheidung des BGH ergebenden Konsequenzen für das Revisionsverfahren sollen nachfolgend dargestellt werden. Neben der Frage, ob und in welchen Fällen Abweichungen des Urteils von dem Ergebnis einer Beweisaufnahme, in die der Beweistoff über ein Speichermedium eingeführt wurde, erfolgversprechend gerügt werden können, soll auch der Frage nachgegangen werden, was in der Revisionsbegründung zur Wahrung der Zulässigkeitsanforderungen vorgetragen werden muss.

B. (Digitale) Informationsträger in der Hauptverhandlung und Funktion

In seiner Entscheidung v. 02.11.2011 hatte der 2. Strafsenat des BGH auf die Revision des Nebenklägers ein Urteil zu überprüfen, durch das die Angeklagten u.a. vom Vorwurf der schweren räuberischen Erpressung freigesprochen worden waren. Dem freisprechenden Urteil zugrunde lagen da-

bei von dem Landgericht als besonders bedeutsam erachtete Videoaufzeichnungen der Örtlichkeiten, auf die »wegen der weiteren Einzelheiten« Bezug genommen wurde.³ Mehr noch als in Fällen allgemeiner Kriminalität⁴ dürften Videoaufzeichnungen allerdings in Verkehrsordnungswidrigkeitenverfahren und -strafverfahren von Bedeutung sein, um Verkehrsverstöße (z.B. Geschwindigkeitsüberschreitungen oder Abstandsunterschreitungen) zu dokumentieren.⁵ Gemeinsam sein dürfte den nach dem gegenwärtigen Stand der Technik erfolgten Filmaufnahmen, dass diese ganz überwiegend nicht mehr auf einer Filmrolle festgehalten sind, sondern in Form von digitalen Daten auf einer CD-ROM, DVD-ROM oder einem USB-Stick gespeichert werden. Folge hiervon ist – dies war für die Entscheidung des BGH bedeutsam –, dass der Film nicht als solcher durch das menschliche Auge wahrgenommen werden kann, sondern dass hierfür die »Vermittlung durch das Speichermedium sowie weiterer technischer Hilfsmittel, die das Abspielen ermöglichen«, erforderlich ist.⁶

Die Vermittlung von Daten durch ein Speichermedium und die Nutzung entsprechender Abspielgeräte betrifft in der »modernen« strafrechtlichen Hauptverhandlung nicht nur Filmaufzeichnungen. Gerade in größeren Wirtschaftsstrafverfahren sind in der Beweisaufnahme zunehmend Excel- oder Power Point-Dateien von Bedeutung, die dort ggf. nicht in Form eines Papierausdruckes, sondern ebenso wie ein Film durch Verwendung geeigneter Technik auf Computerbildschirmen oder anderen Vorführgeräten in Augenschein (§ 86 StPO) genommen oder hinsichtlich ihres schriftlichen Inhalts verlesen werden. Gerade bei einer Power Point-Präsentation kann es sich dabei ergeben, dass die Datei wiederum verknüpfte oder eingebettete Objekte in Form von Filmaufnahmen o.ä. enthält, was einen Papierausdruck, der den Inhalt der Datei in seiner ursprünglichen Form wiedergibt, ohnehin quasi unmöglich macht. Verwendung finden neuartige Informationsträger auch, wenn es darum geht, einen oftmals sehr umfangreichen Urkundenbestand im Wege des Selbstleseverfahrens gem. § 249 Abs. 2 StPO als Beweismittel in die Hauptverhandlung einzuführen. Vermieden wird so die Überlassung manchmal kaum noch zu übersehender Papiermengen an die Prozessbeteiligten, denen das Gericht ausreichend Gelegenheit geben muss, die im Wege des Selbstleseverfahrens einzuführenden Urkunden zu lesen.⁷ Dies entspricht der immer häufiger geübten Praxis von Staatsanwaltschaften und Gerichten, der

1 BGH StV 2012, 272.

2 BGH StV 2012, 272.

3 Vgl. BGH StV 2012, 272.

4 Vgl. insofern auch BGHR StPO § 267 Abs. 1 S. 3 Verweisung 3; BGH Urt. v. 14.03.2012 – 2 StR 547/11 = StV 2013, 73 (in diesem Heft).

5 Vgl. Krumm NZV 2012, 267; Deutscher NSz 2012, 229 (230).

6 BGH StV 2012, 272.

7 Vgl. Meyer-Gofner, StPO, 55. Aufl. 2012, § 249 Rn. 23.

Verteidigung die Akte gespeichert in Dateiform auf einer CD- bzw. DVD-ROM zu überlassen.

Die dargestellte Entwicklung geht notwendigerweise einher mit einer zunehmend besseren technischen Ausstattung der Verfahrensbeteiligten: In umfangreichen Verfahren wird es immer mehr zur gewöhnlichen Praxis, dass der Verteidiger ein Notebook nutzt, um die Verfahrensakte »griffbereit« zu haben. Und auch auf Seiten der Gerichte ist zu beobachten, dass Verhandlungssäle zunehmend mit technischen Mitteln ausgestattet werden, die die Einsichtnahme in Beweismittel erlauben, die sich in Dateiform auf einem Speichermedium befinden. Auch deshalb ist damit zu rechnen, dass die Problematik der Verwendung von Beweismitteln in dieser Form im Revisionsverfahren weiter zunehmen wird.

C. Neue Entscheidungen des BGH zur Bezugnahme auf Videoaufzeichnungen

Nach etlichen divergierenden Entscheidungen in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte⁸ hat sich der BGH jüngst mehrfach mit der Frage der Zulässigkeit einer Bezugnahme auf Videofilme auseinandergesetzt. Um mögliche Konsequenzen dieser Entscheidungen auf das Revisionsverfahren zu bestimmen, sollen die neuen Entscheidungen des BGH nachfolgend dargestellt und bewertet werden:

I. Darstellung der Entscheidungen

In seiner Entscheidung v. 02.11.2011 hat sich der 2. Strafsenat ausführlich – allerdings nur im Rahmen eines obiter dictum – mit der Zulässigkeit der Verweisung nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO auf digital gespeichertes Filmmaterial auseinandergesetzt, das sich auf einem bei der Akte befindlichen Speichermedium in Form einer CD-ROM befindet.⁹ Bedenken gegen die in dem landgerichtlichen Urteil vorgenommene Verweisung bestünden zunächst deshalb, weil eine solche wegen der Einzelheiten nur auf Abbildungen erfolgen dürfe, die sich bei den Akten befinden. Bei dem Film als solchem, also der elektronisch gespeicherten Bilddatei, handele es sich aber nicht um eine Abbildung, weil dieser nicht unmittelbar mit dem menschlichen Auge wahrnehmbar sei, sondern die Wahrnehmung der Vermittlung durch das Speichermedium und weiterer technischer Hilfsmittel bedürfe. Der Film selbst sei daher auch kein Bestandteil der Akten. Schon dem Wortsinn nach sei zweifelhaft, ob es sich bei einem Film um eine Abbildung handele. Eine Bezugnahme in den Urteilsgründen dürfe zudem nicht die Verständlichkeit des schriftlichen Urteils beeinträchtigen, was bei einer Bezugnahme auf Speichermedien mit unter Umständen mehrstündigen Filmaufnahmen nicht mehr gewährleistet sei. Schließlich sei es nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, möglicherweise tragende Gründe des Urteils selbst an passender Stelle – gemeint ist der auf dem Medium gespeicherte Film – herauszufinden und zu bewerten. Hierbei handele es sich nicht um ein Nachvollziehen des Urteils, sondern um einen Akt eigenständiger Beweiswürdigung, der dem Revisionsgericht verwehrt sei. Dies gelte für eine pauschale Verweisung ebenso wie für die Verweisung auf eine bestimmte Filmsequenz.

Mit dem dargestellten revisionsrechtlichen Argument hatte der 5. Strafsenat bereits in einer Entscheidung v. 14.09.2011 Bedenken gegen die Verweisung nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO auf einen auf einer CD gespeicherten Videofilm (zwei CD »Überwachung« und eine CD »sequenzielle Videowahl-

gegenüberstellung«) geäußert, und dies folgendermaßen – genauer als in der Entscheidung v. 02.11.2011 – begründet: Es könne »nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, anhand der Beschreibungen des Tatverdächtigen im Urteil die Körpermerkmale des auf dem Videofilm in Bezug genommenen Mannes nach wertender Betrachtung selbst an parater Stelle des Films aufzufinden«. ¹⁰ Die Linie des BGH wurde zuletzt durch eine Entscheidung des 2. Strafsenats v. 14.03.2012 bestätigt: In der pauschalen Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium liege keine wirksame Bezugnahme im Sinne von § 267 Abs. 1 S. 3 StPO.¹¹ Näher ausgeführt wurde dies nicht, allerdings dürfte das Thema auf Ebene des BGH damit – innerhalb eines relativ kurzen Zeitraumes – abschließend entschieden sein.

II. Bewertung der Entscheidungen

Die ausführlich begründete Entscheidung v. 02.11.2011 ist in der Literatur überwiegend positiv aufgenommen worden.¹² Zwar wird teilweise hinterfragt, ob die Entscheidung den herrschenden technischen Standards entspricht, nach denen digitalisierte Videoaufnahmen im Strafverfahren eine hohe Bedeutung haben.¹³ Als nicht zeitgemäß kritisiert wird auch das Verständnis des BGH »von dem, was Akte ist« (nämlich offenbar nur das, was durch das menschliche Auge unmittelbar wahrnehmbar ist).¹⁴ Beklagt wird – aus Richtersicht vielleicht verständlich – ein höherer Aufwand bei der Abfassung des schriftlichen Urteils, der dadurch begründet sei, dass die in den Feststellungen darzustellende Videoaufnahme nunmehr genauer schriftlich beschrieben werden müsse.¹⁵ Befürwortet wurde die Entscheidung dagegen im Sinne einer Verständlichkeit des schriftlichen Urteils, die durch die Verweisung auf einen Film leiden könne.¹⁶ Das Argument, dass das Revisionsgericht durch die Verweisung auf einen Videofilm nicht gezwungen werden dürfe, eine ihm zustehende Beweiswürdigung vorzunehmen, wird ebenfalls weitgehend als zutreffend anerkannt,¹⁷ auch wenn teilweise darauf hingewiesen wird, dass es sich allein bei dem Abspielen eines im Urteil exakt spezifizierten Teils einer digitalen Videoaufzeichnung nicht um eine eigenständige Beweiswürdigung, sondern lediglich um einen »Vorgang der Wahrnehmung« der Aufzeichnung handele.¹⁸

Letzterer Einwand erfolgt zu Recht: Dass das Ansehen des Videofilms nicht zwingend mit einem Akt eigenständiger Beweiswürdigung verbunden ist, ergibt sich dabei schon aus dem in der Entscheidung angeführten Beschluss des 5. Strafsenats des BGH v. 14.09.2011¹⁹, in dem genauer als in der

8 Verweisung auf digital gespeicherte Videoaufzeichnung grds. zulässig: OLG Zweibrücken DAR 2002, 234; OLG Bamberg NZV 2008, 469; OLG Dresden NZV 2009, 520; KG VRS 114, 34; OLG Braunschweig NSStZ-RR 2010, 89; Zulässigkeit der Verweisung abgelehnt: OLG Brandenburg DAR 2005, 635; OLG Jena NZV 2012, 144.

9 BGH StV 2012, 272.

10 BGHR StPO § 267 Abs. 1 S. 3 Verweisung 3.

11 BGH Urt. v. 14.03.2012 – 2 StR 547/11 = StV 2013, 73.

12 Vgl. die Urteilsbesprechungen von *Deutscher* NSStZ 2012, 229; *Sandherr* NZV 2012, 143; *Krumm* NZV 2012, 267; *Krenberger* jurisPR-VerfKR 11/2012, Anm. 5; *Peglau* jurisPR-StrafR 2/2012, Anm. 2.

13 *Deutscher* NSStZ 2012, 229 (230).

14 *Sandherr* NZV 2012, 143 (144).

15 *Krumm* NZV 2012, 267 (270).

16 *Sandherr* NZV 2012, 143 (144); *Deutscher* NSStZ 2012, 229 (230).

17 *Krenberger* jurisPR-VerfKR 11/2012, Anm. 5; *Sandherr* NZV 2012, 143 (144).

18 *Deutscher* NSStZ 2012, 229 (230).

19 5 StR 355/11.

Entscheidung des 2. Strafsenats dargelegt wird, worin die sich durch die Verweisung ergebende Problematik im Revisionsverfahren bestehen kann, nämlich in einer *wertenden* Betrachtung bei dem Vergleich des im Urteil beschriebenen Tatverdächtigen mit den Körpermerkmalen der im Video zu erkennenden Person. Dass hiermit der Kern dessen, was als das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren bezeichnet wird,²⁰ besser getroffen ist als in der Entscheidung des 2. Strafsenates, wird noch dargelegt (s.u. **D.II.2.**). Zu trennen hiervon ist allerdings die Frage der Verständlichkeit des schriftlichen Urteils, die durch die Verweisung auf unter Umständen umfangreiches Filmmaterial in der Tat leiden kann. Die Vorgabe des Gesetzgebers, Verweisungen nur in »einer vorsichtigen, die Verständlichkeit des schriftlichen Urteils nicht beeinträchtigenden Form« vorzunehmen,²¹ dient in erster Linie dazu, den Leser, nicht zuletzt den Angeklagten selbst, von der Richtigkeit und Gerechtigkeit des Urteils zu überzeugen. Dieser Zweck muss die Art der Darstellung bestimmen,²² auch wenn der Urteilsinhalt gleichzeitig die von der Revisionsrechtsprechung aufgestellten Anforderungen erfüllen muss.²³ In diesem Sinne ist es sicher zu begrüßen, dass der Angeklagte, um das Urteil zu verstehen, nicht auf einen Videofilm zurückgreifen muss, zu dem er möglicherweise gar keinen Zugang hat. Auch wenn eine Verweisung nur ergänzend zulässig ist,²⁴ leidet in einem solchen Fall die Verständlichkeit des Urteils.

III. Übertragung auf weitere digitale Daten?

Folgt man den Argumenten des 2. Strafsenats in der Entscheidung v. 02.11.2011 ergeben sich hieraus Schlüsse auch für die Möglichkeit zur Verweisung auf digital auf einem Speichermedium festgehaltene Inhalte. Da eine Verweisung auf Abbildungen, die sich nicht in den Akten befinden, unzulässig ist,²⁵ digitale Daten selbst – wohl im Unterschied zu ihrem Speichermedium – aber nicht Bestandteil der Akten sind,²⁶ kommt eine Bezugnahme auf diese Daten im Sinne von § 267 Abs. 1 S. 3 StPO somit ebenfalls nicht in Betracht. Auch wenn beispielsweise eine Power Point-Präsentation regelmäßig aus Abbildungen im Sinne der Vorschrift besteht, darf jedenfalls im Urteil dann nicht auf sie verwiesen werden, wenn sie sich in der Akte allein gespeichert auf einem Datenträger befindet. Als so gravierend wie im Falle der Filmaufnahme stellt sich dieses Problem allerdings nicht dar, kann die Präsentation doch auf Papier ausgedruckt werden, was in aller Regel auch der Fall sein wird. Relevant wird das Verbot allerdings dann, wenn eine Filmaufnahme wiederum Gegenstand der Präsentation ist, was in Form eines verknüpften oder eingebetteten Objekts durchaus der Fall sein kann. Dass eine Verweisung auf dieses Objekt nicht zulässig ist, ist sicher auch hier im Sinne der vom BGH ebenfalls angeführten Verständlichkeit des Urteils und der deshalb gebotenen restriktiven Auslegung des § 267 Abs. 1 S. 3 StPO.²⁷ Urkunden, die – den Verfahrensbeteiligten auf einem Datenträger zugänglich gemacht – im Wege des Selbstseverfahrens in die Hauptverhandlung eingeführt worden sind, scheiden als Bezugsobjekt im Sinne des § 267 Abs. 1 S. 3 StPO schon deshalb aus, weil es sich bei ihnen nicht um Abbildungen handelt.²⁸

D. Konsequenzen der Entscheidung für das Revisionsverfahren

Sofern der BGH die Verweisung auf eine digital gespeicherte Filmaufnahme im Urteil für unzulässig hält, stellt sich die

Frage, welche Konsequenzen sich hieraus für das Revisionsverfahren ergeben. Die Begründung, dass die Verweisung deshalb nicht erfolgen könne, weil dem Revisionsgericht ein mit der notwendigen Betrachtung des Films verbundener »Akt eigenständiger Beweiswürdigung« verwehrt sei, legt es nahe, hieraus auf das Bestehen einer »revisionsrechtlichen Sperre« zu schließen, die die Einbeziehung der Aufnahme in eine revisionsrechtliche Prüfung hindert.²⁹

I. Sachrüge

Konsequenzen hat die neue Rechtsprechung des BGH ohne Zweifel in Zusammenhang mit der Berücksichtigung einer digitalen Videoaufnahme im Rahmen der Sachrüge: Ein sachlich-rechtlicher Mangel des Urteils liegt bekanntlich vor, wenn die Darstellung und die Würdigung des festgestellten Sachverhaltes unklar, widersprüchlich oder unvollständig sind, wenn sie Denkfehler enthalten oder Erfahrungssätze missachten.³⁰ Grundlage für diese Prüfung sind allerdings allein die Urteilsniederschrift nebst den nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO in Bezug genommenen Abbildungen.³¹ Andere Erkenntnisquellen sind dem Revisionsgericht grundsätzlich verschlossen.³² Im Rahmen der sachlich-rechtlichen Prüfung nicht mehr festgestellt werden kann also, ob sich aus einer in Bezug genommenen digitalen Filmaufnahme im Hinblick auf die Darstellung und die Würdigung des festgestellten Sachverhaltes Unklarheiten, Widersprüche oder Lücken ergeben. Die Bezugnahme auf die Aufnahme scheidet nämlich aus, und dem Revisionsgericht ist es verwehrt, auf die Sachrüge hin unbeschränkt Rückgriff auf die Akte zu nehmen, bei der sich möglicherweise der Datenträger befindet, auf dem der für den Urteilsinhalt bedeutsame Film gespeichert ist.³³ Die revisionsrechtliche Überprüfung der tatrichterlichen Sachverhaltsfeststellung mit Hilfe der Videoaufnahme ist auf die Sachrüge hin nicht mehr möglich.

Freilich folgt hieraus nicht zwingend, dass der Inhalt des Filmes nicht in Form der schriftlich niedergelegten Urteilsgründe zum Gegenstand einer Sachrüge gemacht werden kann. Nach den Entscheidungen des BGH, die die Möglichkeit der Verweisung ausschließen, ist zu verlangen, dass in den Urteilsfeststellungen künftig eine detailliertere schriftliche Darstellung erfolgt, wenn der Inhalt eines Films für die Urteilsfindung tragend ist.³⁴ Denkbar ist es darüber hinaus, einzelne aussagekräftige Bilder in Verbindung mit einer Beschreibung der Filmsequenz in die Urteilsgründe aufzuneh-

20 Pauly FS Hamm, 2008, S. 557 ff. m.w.N.

21 BT-Drucks. 8/976, S. 55.

22 LR-StPO/Gollwitzer, 25. Aufl. 2001, § 267 Rn. 5.

23 LR-StPO/Gollwitzer (Fn. 22), § 267, Fn. 19.

24 Meyer-Gofner (Fn. 7), § 267 Rn. 10.

25 Vgl. SK-StPO/Velten, 4. Aufl. 2012, § 267 Rn. 19.

26 Vgl. zur ähnlichen Diskussion um die Beschlagnahme von Daten HK-StPO/Gercke, 5. Aufl. 2012, § 94 Rn. 18.

27 SK-StPO/Velten (Fn. 25), § 267 Rn. 19.

28 Vgl. OLG Brandenburg NStZ 2005, 413; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 151.

29 Vgl. Deutscher NStZ 2012, 229 (230).

30 BGH StV 1992, 155; Meyer-Gofner (Fn. 7), § 337 Rn. 21.

31 BGHSt 2, 63, 66; BGH NStZ 1996, 326; Meyer-Gofner (Fn. 7), § 337 Rn. 22.

32 Meyer-Gofner (Fn. 7), § 337 Rn. 22; HK-StPO/Temming (Fn. 26), § 337 Rn. 17.

33 Vgl. Bottke JR 1982, 77 (78).

34 Vgl. Sandherr NZV 2012, 143 (144).

men³⁵ was der Darstellung, welche § 267 Abs. 1 S. 1 StPO von dem Gericht verlangt,³⁶ am besten gerecht werden dürfte, wenn eine Videoaufnahme für das Urteil maßgebliche Bedeutung hat. Sofern die Urteilsfeststellungen insofern keine tragfähige Grundlage für die Entscheidung darstellen, weil sie unklar, widersprüchlich oder lückenhaft sind, unterliegen diese der Prüfung des Revisionsgerichts auf die Sachrüge. In Bezug auf die digitale Videoaufnahme selbst ergibt sich aus der neuen Rechtsprechung des BGH zu § 267 Abs. 1 S. 3 StPO allerdings tatsächlich eine »revisionsrechtliche Sperre« für die Prüfung des Urteils auf sachlich-rechtliche Fehler.

II. Verfahrensrüge

Neben der Sachrüge kommt allerdings auch die Erhebung einer Verfahrensrüge – Verletzung des § 261 StPO und/oder Aufklärungsrüge nach § 244 Abs. 2 StPO – in Betracht, um Sachverhaltsfeststellungen des Gerichts anhand von Erkenntnissen zu überprüfen, die – wie eine Videoaufnahme, um die es nachfolgend zunächst gehen soll – digital auf einem Speichermedium festgehalten sind.³⁷ Beurteilungsgrundlage hierfür ist nicht allein das Urteil, sondern das Ergebnis der Beweisaufnahme, soweit es sich in der Revisionsinstanz in einer mit der »Ordnung des Revisionsverfahrens«³⁸ zu vereinbarenden Weise nachvollziehen lässt.³⁹ Insofern stellt sich die Frage, ob die Entscheidung v. 02.11.2011 den hier bestehenden Möglichkeiten Grenzen setzt bzw. mit dem hierzu festzustellenden Meinungsstand in Widerspruch steht.

1. Die durch das Rekonstruktionsverbot gezogene Grenze

Für die revisionsrechtliche Überprüfung der Sachverhaltsfeststellungen im Urteil mit der Verfahrensrüge ist von entscheidender Bedeutung, inwieweit ein möglicher Fehler ohne Rekonstruktion der Hauptverhandlung bewiesen werden kann.⁴⁰ Durch die Rechtsprechung des BGH zieht sich der Grundsatz, dass eine solche Rekonstruktion der »Ordnung des Revisionsverfahrens« zuwiderlaufe.⁴¹ Dies besagt zunächst, dass es dem Revisionsgericht verwehrt ist, die tatrichterliche Hauptverhandlung zu wiederholen, um selbst herauszufinden, »wie es gewesen ist«.⁴² Allerdings stellt sich die Problematik der Rekonstruktion auch dann, wenn das Revisionsgericht prüft – dies ist seine Aufgabe –, ob das Tatgericht auf dem Weg zur Urteilsfindung Rechtsverstöße begangen hat. Hierzu kann es erforderlich sein festzustellen, welche Beweiserhebungen in der Hauptverhandlung stattgefunden haben und unter Umständen auch welchen Inhalt diese hatten. Die entsprechenden Verfahrenstatsachen können nämlich nicht nur für die tatrichterliche Überzeugungsbildung bedeutsam sein, sondern auch für die Frage, auf welchem Weg das zu überprüfende Urteil zustande gekommen ist.⁴³ Geht es bei § 261 StPO um die Frage, ob das Tatgericht alle aus der Beweisaufnahme wesentlichen Umstände in seine Überlegungen miteinbezogen hat,⁴⁴ kann es eben auch erforderlich sein, die Hauptverhandlung im Hinblick auf einzelne stattgefunden oder nicht stattgefunden Beweiserhebungen hin zu »rekonstruieren«, selbst wenn dies auch für die Frage der Überzeugungsbildung des Tatgerichts bedeutsam ist, deren Überprüfung dem Revisionsgericht an sich verwehrt ist.

Möglicherweise weil dies so ist, haben sich in der Rechtsprechung des BGH – wenn auch nicht ganz einheitlich und nicht stringent –⁴⁵ mit der Zeit gewisse Grundsätze heraus-

gebildet, die eine »Aufweichung« des Rekonstruktionsverbotes darstellen, so aber die Überprüfung des Verfahrens auf eine Rüge nach § 261 StPO und auch § 244 Abs. 2 StPO (»Aufklärungsrüge«) erleichtern: Mit der Ordnung des Revisionsverfahrens vereinbar ist es danach, einen Verfahrensfehler mithilfe eines in der Hauptverhandlung verwendeten Dokuments nachzuweisen, das einen hohen Beweiswert besitzt und dessen Beweisgehalt »objektiv und ohne zusätzliche Wertung allein aufgrund eines kognitiven Vorgangs« vollständig erfasst werden kann.⁴⁶ So wurde ein Rückgriff auf Beweismittel zur Klärung der Frage, ob die Urteilsfeststellungen aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewonnen wurden, beispielsweise in den folgenden Fällen zugelassen: In der Hauptverhandlung wurde eine Vernehmungsniederschrift verlesen, auf der die tatrichterliche Überzeugungsbildung beruhte; die Niederschrift hatte jedoch einen anderen als im Urteil dargestellten Inhalt.⁴⁷ In seinem Urteil wich das Tatgericht entscheidend von dem Ergebnis eines vorbereitenden schriftlichen Sachverständigengutachtens ab, ohne sich mit diesem Widerspruch nachvollziehbar auseinanderzusetzen.⁴⁸ Eine in der Hauptverhandlung wörtlich zu Protokoll genommene Erklärung des Angeklagten wurde im Urteil trotz ihrer Erheblichkeit nicht erörtert.⁴⁹ Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls äußerte sich der Angeklagte zur Sache, was das Urteil aber negierte.⁵⁰ Aber nicht nur in Zusammenhang mit Schriftstücken wurde ein Rückgriff zum Beweis von Verfahrensfehlern zugelassen: Die tatrichterliche Überzeugungsbildung bei der Identifizierung einer Person könne jedenfalls daraufhin überprüft werden, ob das hierzu verwendete Lichtbild nach seiner Qualität und seinem Inhalt überhaupt zur Identifizierung geeignet sei.⁵¹ Ebenfalls für zulässig erachtet wurde der revisionsrechtliche Augenscheinsbeweis (im Rahmen der Sachrüge) in Zusammenhang mit der Würdigung angeblich unzüchtiger Bilder und Filme⁵² sowie eines Plakates mit dem Kennzeichen einer verfassungswidrigen Organisation.⁵³ Als unzulässig erachtet wurde dagegen die Rüge, der Vergleich des Lichtbildes mit dem Betroffenen habe nicht die tatrichterliche

35 Beispielhaft insofern LG Osnabrück 10 KLS 37/11 – Urt. v. 23.03.2012 (ohne Bilder abrufbar unter juris): In den Urteilsgründen hat das Landgericht detailliert beschrieben, was es auf den in der Hauptverhandlung in Augenschein genommenen Videofilmen erkennt und wie es dies deutet, und dieser Darstellung in den Urteilsgründen selbst aussagekräftige Screenshots zu den beschriebenen Sequenzen nachfolgen lassen.

36 Die Darstellung muss grds. ohne Heranziehung weiterer Quellen lesbar, klar, erschöpfend und aus sich heraus verständlich sein, vgl. SK/StPO-Velten (Fn. 25), § 267 Rn. 12 m.w.N.

37 Vgl. Dabs, Die Revision im Strafprozess: Bedeutung für die Praxis der Tatsacheninstanz, 8. Aufl. 2012, Rn. 256.

38 BGHSt 17, 351; BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 14; BGH StV 1989, 526.

39 Vgl. Schlothauer StV 1992, 134 (136).

40 Diemer NSz 2002, 16 (19).

41 BGHSt 17, 351; BGHR StPO § 261 Inbegriff der Verhandlung 14; BGH StV 1989, 526.

42 Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. Aufl. 2010, Rn. 256.

43 Hamm (Fn. 42), Rn. 257.

44 Vgl. BGHSt 29, 18 (20); BGHR StPO § 261 Inbegriff 7, 15.

45 Hamm (Fn. 42), Rn. 264.

46 Diemer NSz 2002, 16 (19); Hamm (Fn. 42), Rn. 264.

47 BGH NSz 1987, 16 (18); StV 1993, 115; StraFo 2011, 151.

48 BGH NSz 1990, 244 (245).

49 BGH StV 1991, 549.

50 BGH StV 2008, 235.

51 BGHSt 41, 376 (382).

52 Vgl. Schmid ZStW 85 (1973), 893 (894 ff.) m.w.N.

53 OLG Hamburg JR 1982, 76 m.w.N.

Überzeugung über die Identität ergeben können.⁵⁴ Ebenso wenig erfolgreich war eine Rüge, wonach ein Zeuge in der Hauptverhandlung etwas anderes ausgesagt habe als im Urteil festgestellt.⁵⁵

Gerade anhand der zuletzt genannten Entscheidungen lässt sich erkennen, dass allein der Vorgang des Betrachtens eines Beweismittels und die Feststellung von dessen Beweisgehalt in der Revisionsinstanz nicht per se mit dem Rekonstruktionsverbot unvereinbar sind. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob das Revisionsgericht *zusätzliche* Wertungen vornehmen muss, die auf dem subjektiven Eindruck und den Erfahrungswerten des Betrachters beruhen und zudem von den Umständen der Hauptverhandlung abhängig sind.⁵⁶ Allein letzteres ist dem Tatrichter vorbehalten und demnach vom Rekonstruktionsverbot erfasst.

2. Verfahrensrügen mit Rückgriff auf Videoaufnahmen

In Zusammenhang mit dem Einsatz von Videotechnik in der Hauptverhandlung denkbar sind dabei insbesondere die folgenden Fallgruppen, bei denen zu überlegen ist, ob sie zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden können.⁵⁷

- Das Urteil stützt sich auf eine Videoaufnahme, die nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht wurde (nachfolgend a)).
- Die Urteilsfeststellungen stehen in Widerspruch zu einer in die Hauptverhandlung eingeführten Videoaufnahme, d.h. es besteht eine Divergenz zwischen der im Urteil schriftlich niedergelegten Beschreibung des Inhalts der Videoaufnahme, oder das Urteil nimmt eine Auslegung der Videoaufnahme vor, die mit dessen Inhalt nicht zu vereinbaren ist (nachfolgend b)).
- Die Urteilsfeststellungen sind unvollständig, weil sich das Gericht nicht mit dem Inhalt einer in die Hauptverhandlung eingeführten Videoaufnahme auseinandersetzt, aus der sich den Angeklagten entlastende Umstände ergeben, oder es würdigt diese Aufnahme nicht erschöpfend (nachfolgend c)).

Ausgehend von den zum Rekonstruktionsverbot geltenden Grundsätzen wird man für diese Fallgruppen für die Rüge eines Verstoßes gegen § 261 StPO bzw. § 244 Abs. 2 StPO Folgendes festhalten können:

a) Ein nachweisbarer Verstoß gegen § 261 StPO liegt vor, wenn das Gericht seine Verurteilung auf eine Videoaufnahme stützt, die nicht Gegenstand der Beweisaufnahme gewesen ist. Wird im Urteil ausdrücklich angegeben, dass die – tatsächlich nicht – in Augenschein genommene Videovernehmung bestimmte Feststellungen zulasse, so lässt sich mithilfe des Hauptverhandlungsprotokolls ohne inhaltliche Rekonstruktion⁵⁸ feststellen, dass das Ergebnis der Beweisaufnahme nicht im Sinne von § 261 StPO aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpft worden ist. Erforderlich ist dabei aber, dass ausgeschlossen werden kann, dass das Gericht in der Hauptverhandlung auf andere Weise von dem Inhalt der Videovernehmung Kenntnis erlangt haben kann.⁵⁹ Die zu § 267 Abs. 1 S. 3 StPO ergangenen Entscheidungen des BGH haben hier allein deshalb keine Auswirkungen, weil das Revisionsgericht die Aufnahme nicht ansehen muss, um den Fehler feststellen zu können.

b) Ergibt der Vergleich der Urteilsgründe mit einer in Augenschein genommenen Videoaufnahme einen Wider-

spruch, ist ein Nachweis im Revisionsverfahren möglich, wenn dieser Widerspruch durch das Revisionsgericht »*rein kognitiv, also durch bloßes optisches Erkennen*« erfolgen kann; ließe sich der Widerspruch dagegen nur aufgrund einer darüber hinausgehenden Wertung erkennen, die von dem subjektiven Erleben des Betrachters und den Umständen der Hauptverhandlung abhängig ist, kann die Rüge eines Verstoßes gegen § 261 StPO hierauf nicht zulässig gestützt werden.⁶⁰ Geht es allein um den Inhalt einer auf Video dokumentierten Zeugenaussage, die im Urteil falsch dargestellt wird, genügt die nicht mit einer darüber hinausgehenden Wertung verbundene Betrachtung bzw. das Anhören der Videoaufnahme, so dass das Rekonstruktionsverbot der Feststellung des Verfahrensfehlers nicht entgegensteht. Dies ergibt sich auch daraus, dass die Aufnahme insofern mit einer in der Hauptverhandlung verlesenen Niederschrift der Aussage gleichzusetzen ist.⁶¹ Allein dies ist nach der angegebenen Rechtsprechung des BGH zur Zulässigkeit eines Vergleichs der Urteilsfeststellungen mit der zugrunde liegenden Vernehmungsniederschrift⁶² konsequent. Dies gilt dabei nicht nur für Aufzeichnungen im Sinne von § 247a StPO und § 255a StPO, sondern für sämtliche Aufnahmen, bei denen es im Revisionsverfahren auf das gesprochene Wort ankommt. Etwas anderes (verbotene Rekonstruktion) muss allerdings hinsichtlich bestimmter (möglicher) Schlüsse gelten, die das Tatgericht aus dem auf der Aufnahme zu hörenden Wortlaut der Vernehmung gezogen hat.⁶³ Dies betrifft eine Frage der Auslegung, die dem Tatrichter vorbehalten ist. Angreifbar ist die Interpretation des Tatrichters aber dann, wenn diese mit dem Wortlaut eindeutig nicht zu vereinbaren, also unmöglich ist.⁶⁴

Geht es im Urteil – jedenfalls teilweise – auch um non-verbale Vorgänge, die auf der Aufnahme zu sehen sind, können sich bei einem Vergleich ergebende Widersprüche zwischen Urteilsfeststellungen und Aufnahme entsprechend dann zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden, wenn sie – genau wie der Wortlaut einer Aussage – objektiv durch bloßes optisches Erkennen wahrnehmbar sind, ohne dass die Möglichkeit der Beeinflussung der Feststellungen durch subjektive, in der Person des Tatrichters liegende Momente möglich ist. Ist die Videoaufnahme beispielsweise von so schlechter Qualität, dass das Erkennen eines im Urteil aber dargestellten Geschehens ausgeschlossen ist, kann dieser Widerspruch ohne Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot festgestellt werden.⁶⁵ Geht es dagegen

54 BGHSt 29, 18 (22).

55 BGHSt 43, 212 (213).

56 Vgl. Diemer NStZ 2002, 16 (20); KK-StPO/Diemer, 6. Aufl. 2008, § 247a Rn. 18a; vgl. auch BGH StV 2012, 587, wonach eine Rekonstruktion hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme nur dann verboten ist, wenn das Ergebnis nicht der »unmittelbaren Kenntnisnahme durch das Revisionsgericht offensteht«.

57 Vgl. Schlothauer StV 1992, 134 (136 ff.).

58 Schlothauer StV 1992, 134 (137) spricht insofern von einer Rekonstruktion (allein) des äußeren Ablaufs der Hauptverhandlung.

59 Vgl. BGH NJW 1990, 1189 (1190).

60 Diemer NStZ 2002, 16 (19 f.); vgl. auch Hamm (Fn. 42), Rn. 861.

61 Schlothauer StV 1999, 47 (50); StV 2003, 652 (655 f.); Weiderl/Staechelin StV 1999, 51 (54); Beulke ZStW 113 (2001), 709 (731 f.); KK-StPO/Diemer (Fn. 54), § 247a Rn. 18a.

62 BGH NStZ 1987, 16 (18); StV 1993, 115; StraFo 2011, 151.

63 Vgl. Schlothauer StV 1992, 134 (137) m.w.N. zur verlesenen Niederschrift oder Urkunde.

64 Vgl. Schlothauer, StV 1992, 134 (137).

65 Vgl. BGHSt 41, 376 (382) zu einem Lichtbild; vgl. auch Diemer NStZ 2002, 16 (19 f.) mit weiteren Beispielen.

um die Feststellung einer Identitätsübereinstimmung, kann die Überprüfung nicht Gegenstand des Revisionsverfahrens sein, weil es insofern auf den subjektiven Eindruck des Tatrichters und die Umstände der Hauptverhandlung ankommt.⁶⁶

Nicht ausschlaggebend gegen jeden Rückgriff auf eine Videoaufnahme sprechen kann dabei der Umstand, dass es sich bei dem Ansehen des Films durch das Revisionsgericht möglicherweise um einen langwierigen und komplexen Vorgang handele.⁶⁷ Im Vergleich mit der Rechtsprechung des BGH zum Beweis eines Verfahrensfehlers mithilfe eines Lichtbildes⁶⁸ ergibt sich allein ein möglicher quantitativer Unterschied, der für sich genommen nicht geeignet ist, einen Widerspruch zum »Wesen des Revisionsverfahrens« zu begründen. Dass eine Videoaufnahme zudem nicht – entsprechend einem Wortprotokoll – allein eine Wiedergabe des gesprochenen Wortes darstellt, ist zwar sicher zutreffend, rechtfertigt aber auch keine andere Behandlung der Aufnahme gegenüber der Vernehmungsniederschrift bzw. dem Wortprotokoll.⁶⁹ Insofern muss eben nach dem Gegenstand der Verfahrensrüge differenziert werden.

Die dargestellten Entscheidungen zum Rückgriff auf Urkunden und andere Beweismittel zum Nachweis eines Verfahrensfehlers zeigen, dass ein solcher Rückgriff auf eine Videoaufzeichnung keineswegs ausgeschlossen ist, wenn es darum geht, bestimmte Widersprüche zwischen Urteilsfeststellungen und der in der Hauptverhandlung erfolgten Beweisaufnahme aufzuzeigen. Ist die Entscheidung v. 02.11.2011 zu § 267 Abs. 1 S. 3 StPO, wonach die Verweisung auf ein elektronisches Speichermedium mit einer Videoaufzeichnung nicht wirksam ist, geeignet, die über Jahrzehnte entwickelten Grundsätze zur Grenze des Rekonstruktionsverbotes in Frage zu stellen? Das gegen die Bezugnahme angeführte Argument, es sei nicht Aufgabe des Revisionsgerichts, das Urteil möglicherweise tragende Umstände selbst herauszufinden und zu bewerten, deutet zunächst einmal darauf hin, dass es der *Senat* grundsätzlich als problematisch ansieht, sich im Rahmen des Revisionsverfahrens eine Videoaufnahme anzusehen. Zu beachten ist allerdings die Funktion, die die Videoaufnahme in Zusammenhang mit den getroffenen Feststellungen gehabt haben dürfte: Verfahrensgegenstand war eine mögliche Auseinandersetzung zwischen verschiedenen Personen auf dem Gelände eines Bordellbetriebes. Das Gelände – dies lässt sich den Urteilsgründen entnehmen – ist offenbar mittels Videoaufzeichnungen überwacht worden. U.a. diese Videoaufzeichnung legte das LG seiner Beweiswürdigung zugrunde.⁷⁰ Dass es in diesem Kontext einen Akt eigenständiger Beweiswürdigung darstellen würde, die Aufnahmen anzusehen und zu bewerten, lässt sich ohne weiteres mit den dargestellten Grundsätzen des BGH zum Rekonstruktionsverbot in Einklang bringen, schließt aber nicht für jeden Fall die Betrachtung einer Videoaufnahme im Revisionsverfahren aus. Dies ergibt sich schließlich auch aus der in dem Urteil als Beleg angeführten Entscheidung des 5. Strafsenats v. 14.09.2011.⁷¹ Hier ist – ebenfalls in Zusammenhang mit der Verweisung auf eine Videoaufnahme – ausdrücklich angeführt, es könne nicht Aufgabe des Revisionsgerichts sein, anhand der Beschreibung im Urteil und des Videofilms nach wertender Betrachtung eine Personenidentität zu prüfen. Damit wird aber deutlich, dass aus den genannten Ent-

scheidungen allenfalls ein Verbot des Rückgriffs auf Aufnahmen folgt, wenn damit qualitativ mehr als ein bloßes optisches Erkennen verbunden wäre.

c) Sofern sich das zu überprüfende Urteil nicht mit einer in die Hauptverhandlung eingeführten (aus dem Blickwinkel der Verteidigung zugunsten des Angeklagten sprechenden) Videovernehmung auseinandergesetzt hat (Verstoß gegen § 261 StPO)⁷², kann sich ebenfalls die Frage stellen, ob dies ohne verbotene Rekonstruktion der Hauptverhandlung bewiesen werden kann. Hierbei sind verschiedene Aspekte zu trennen: Dass eine Auseinandersetzung im schriftlichen Urteil nicht erfolgt ist, ergibt sich bereits aus den Urteilsgründen selbst. Ob die Aufnahme bezogen auf die Urteilsfeststellungen einen bestimmten Beweisgehalt hatte, lässt sich für das Revisionsgericht auf objektiver Grundlage durch Ansehen des Films ermitteln.⁷³ Als problematisch kann sich allerdings die Beantwortung der Frage (mit den revisionsrechtlich zugelassenen Mitteln) gestalten, ob eine Auseinandersetzung mit dem Beweismittel überhaupt erfolgen musste. Insofern existieren allerdings Entscheidungen, die dies aus dem Schweigen der Urteilsgründe zu einem beweisrelevanten Thema schließen.⁷⁴ Dass die Beweisaufnahme bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung – hierauf kommt es an –⁷⁵ nichts ergeben hat, was dem Bedarf nach einer Erörterung im Urteil entgegenstand, wird also aus dem Schweigen des Urteils in Verbindung mit dem Beweisgehalt geschlossen bzw. fingiert. Verbleibende Zweifel, dass sich eine Erörterung aufgrund der Beweisaufnahme nicht doch erübrigt habe, können dabei nicht zum Nachteil des Angeklagten wirken.⁷⁶ Welchen Inhalt die Beweisaufnahme tatsächlich hatte, ist nicht entscheidend. Einer inhaltlichen Rekonstruktion des gesamten Geschehens bedarf es nicht; es genügen die Erkenntnisse aus dem Betrachten des Filmes, d.h. einer objektiven Grundlage. Ein Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot liegt hierin nicht. Gerade auch der Vergleich mit der Überprüfung der Beweiswürdigung auf die Sachrüge hin zeigt, dass eine revisionsrechtliche Prüfung auf Lücken durchaus möglich ist;⁷⁷ Grundlage für diese Prüfung ist im Rahmen des § 261 StPO nur nicht allein das Urteil, sondern auch ein in der Hauptverhandlung verwendetes Beweismittel, dessen Beweisgehalt aber objektiv feststellbar ist.

Entsprechendes muss hinsichtlich der Rüge gelten, das Tatgericht habe die Erkenntnisse aus einer Inaugenscheinnahme des Films im Kontext der Urteilsfeststellungen nicht erschöpfend gewürdigt. Auch insofern kann auf Rechtsprechung verwiesen werden, wonach eine Sachrüge durchaus dann erfolgreich sein kann, wenn der Tatrichter – aus den

66 Vgl. BGHSt 29, 18 (22) zu einem Lichtbild.

67 So aber Hofmann StraFo 2004, 303 (304).

68 BGHSt 29, 18 ff.; 41, 376 ff.

69 A.A. Hofmann StraFo 2004, 303 (304).

70 Vgl. BGH, Urt. v. 2.11.2011 – 2 StR 332/11 (insofern nicht abgedruckt in: StV 2012, 272).

71 BGHR StPO § 267 Abs. 1 S. 3 Verweisung 3.

72 Vgl. Meyer-Gofner (Fn. 7), § 261 Rn. 6: »Grundsatz der umfassenden Beweiswürdigung«.

73 Schlothauer StV 1992, 134 (139); Schäfer StV 1995, 147 (156).

74 BGH StV 1991, 548; 1991, 549.

75 Schäfer StV 1995, 147 (156).

76 BGH StV 2003, 318 (319).

77 Vgl. Meyer-Gofner (Fn. 7), § 337 Rn. 29 m.w.N. aus der Rechtsprechung; vgl. zum Zusammenhang von Sach- und Verfahrensrüge auch Schlothauer StV 1992, 134 (138) mit Hinweis auf BGH StV 1988, 138.

Urteilsgründen ersichtlich – seine Pflicht zur umfassenden Würdigung der Beweise nicht erfüllt hat.⁷⁸ Dies betrifft auch den Fall, dass das Gericht es ausweislich der eingeführten Videoaufnahme einer Vernehmung unterlassen hat, dem Zeugen sich aufdrängende Fragen zu stellen bzw. bestimmte Vorhalte zu machen (Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO⁷⁹).⁸⁰ Die Gegenauffassung des 1. Strafsenats⁸¹ geht demgegenüber davon aus, dass hiermit dem Revisionsgericht »tatsächliche Wertungen zur Beweiswürdigung« abverlangt würden, was dem »System des Revisionsverfahrens« nicht entspräche. Sofern sich die Notwendigkeit für bestimmte Fragen oder Vorhalte aber objektiv und durch bloßes Betrachten feststellbar aus der Videoaufnahme ergibt, ohne dass der gesamte sonstige Inhalt der Beweisaufnahme rekonstruiert werden muss, ist ein Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot gerade nicht anzunehmen. Der BGH selbst zeigt mit seiner Rechtsprechung zur Prüfung der Beweiswürdigung auf die Sachrüge hin, dass dies durchaus möglich ist. Ob eine fehlende Ausschöpfung angenommen werden kann, ist natürlich abhängig von den im Revisionsverfahren feststellbaren Besonderheiten des Einzelfalls, generell ausgeschlossen ist dies aber nicht.⁸²

Im Hinblick auf die Entscheidung des 2. Strafsenats v. 02.11.2011, mit der die Verweisung auf eine Videoaufnahme nach § 267 Abs. 1 S. 3 StPO als nicht wirksam angesehen wurde, fragt sich schließlich wiederum, ob hieraus geschlossen werden muss, dass damit auch die Verwendung einer Aufnahme auf die vorstehend dargestellten Verfahrensrügen ausscheiden muss. Den oben dargestellten Erwägungen entsprechend ist dieser Schluss allerdings nicht zulässig. Dass sich der BGH mit der Videoaufnahme (im Rahmen der Sachrüge) nicht auseinandersetzen wollte, dürfte den Besonderheiten des Einzelfalls geschuldet gewesen sein. Die über Jahrzehnte entwickelten Grundsätze zur Grenze des Rekonstruktionsverbots in einer Entscheidung zu § 267 Abs. 1 S. 3 StPO mit einem »Nebensatz« in Frage zu stellen, dürfte demgegenüber kaum seine Absicht gewesen sein. Sofern die den vorstehenden Rügen zugrunde liegenden Schlüsse aus der Betrachtung einer Videoaufnahme mit objektiv feststellbarem Beweisgehalt gezogen werden können, ist dies im Rahmen der Verfahrensrüge weiterhin zulässig. Dass dies im Rahmen der Sachrüge nach den neueren Entscheidungen des BGH zu § 267 Abs. 1 S. 3 StPO nicht mehr möglich ist, ist jedenfalls nicht darin begründet, dass die Verwendung einer Videoaufnahme im Revisionsverfahren immer einen Verstoß gegen das Rekonstruktionsverbot bedeuten würde.

3. Anforderungen an den Vortrag gem. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

Um die Verfahrensrüge in zulässiger Weise zu erheben, müssen die strengen Formvorschriften⁸³ des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO eingehalten sein. Von Bedeutung ist vorliegend insbesondere, wie sich die Position des BGH auswirkt, dass die Videoaufnahme selbst – wohl im Gegensatz zu ihrem Speichermedium – kein Aktenbestandteil ist.

a) Der gerügte Verfahrensverstoß muss bewiesen sein, d.h. zur vollen Überzeugung des Revisionsgerichts feststehen.⁸⁴ Den Revisionsführer trifft insofern zwar keine Beweislast⁸⁵, er muss aber den Verfahrensverstoß konkret behaupten und die Beweistatsachen – einschließlich etwaiger nachteiliger Prozesstatsachen – angeben.⁸⁶ Der Beweis kann durch das

Sitzungsprotokoll oder durch Freibeweis geführt werden; welche Beweisgrundlage in Betracht kommt, ist abhängig von dem »Charakter der konkreten Verfahrensrüge«.⁸⁷ Während eine Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten durch das Sitzungsprotokoll mit seiner positiven und negativen Beweiskraft bewiesen werden muss, ist für andere Verfahrenstatsachen der Freibeweis zugelassen.⁸⁸ Als Beweismittel in Betracht kommen dabei alle denkbaren Mittel, die zu einer Überzeugungsbildung beitragen können (z.B. dienstliche Äußerungen der Prozessbeteiligten, Urkunden, Akteninhalt, Auskünfte, eidesstattliche Erklärungen etc.).⁸⁹ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber das bereits thematisierte Rekonstruktionsverbot: Eine Rekonstruktion von Einzelheiten der Hauptverhandlung im Wege des Freibeweises, die die hierdurch gezogene Grenze überschreitet, ist unzulässig.⁹⁰ Sofern der BGH in diesem Zusammenhang davon spricht, der Verfahrensfehler müsse mit den »Mitteln des Revisionsrechts« feststellbar sein, ist eben diese Grenze gemeint.⁹¹ Insofern gelten die oben dargestellten Grundsätze. Danach ist es insbesondere zulässig, einen Verfahrensverstoß mithilfe eines in der Hauptverhandlung verwendeten Dokuments nachzuweisen, das einen hohen Beweiswert besitzt, wobei sein Beweisgehalt durch das Revisionsgericht objektiv und ohne zusätzliche Wertung allein aufgrund eines kognitiven Vorgangs vollständig erfasst werden kann.⁹²

b) Keine besonderen Schwierigkeiten ergeben sich danach zunächst, wenn der Revisionsführer die Rüge des § 261 StPO erhebt, weil das Gericht eine Verurteilung auf eine Videoaufnahme stützt, die tatsächlich nicht Gegenstand der Hauptverhandlung gewesen ist. Eine fehlende Inaugenscheinnahme als wesentliche Förmlichkeit lässt sich mithilfe des Hauptverhandlungsprotokolls beweisen (vgl. §§ 273, 274 StPO). Sofern darüber hinaus der Nachweis verlangt wird, dass der Inhalt der Videoaufnahme auch nicht in anderer Weise in die Hauptverhandlung eingeführt worden ist, ist ein entsprechender Vortrag des Revisionsführers erforderlich.⁹³ Dies kann ggf. auch im Freibeweisverfahren – z.B. durch die Einholung dienstlicher Stellungnahmen – erfolgen.

Soll ein Widerspruch zwischen den Urteilsfeststellungen und einer in die Hauptverhandlung eingeführten Videoaufnahme thematisiert werden, ist es erforderlich, die Aufnahme zum Gegenstand des Revisionsverfahrens zu machen, denn das Revisionsgericht wird sich die Aufnahme

78 Vgl. Meyer-Gofner (Fn. 7), § 337 Rn. 26a m.w.N. aus der Rspr.

79 Vgl. zum Umfang der Aufklärungspflicht im Einzelnen HK-StPO/Julius (Fn. 26), § 244 Rn. 7 ff.

80 Schlothauer StV 2003, 652 (655).

81 BGH StV 2003, 650 (652).

82 Vgl. insofern auch die sog. Schusskanalentscheidung BGH StV 1991, 500 zu einem vergleichbaren Fall (Dokumentation des Aufklärungsbedarfes durch vorläufiges schriftliches Sachverständigengutachten).

83 Meyer-Gofner (Fn. 7), § 344 Rn. 20; HK-StPO/Temming (Fn. 26), § 344 Rn. 9.

84 Dabs (Fn. 37), Rn. 517.

85 BGHSt 16, 164 (166).

86 BGH NJW 1996, 667; Dabs (Fn. 37), Rn. 519.

87 Dabs (Fn. 37), Rn. 519.

88 Dabs (Fn. 37), Rn. 526.

89 Dabs (Fn. 37), Rn. 526.

90 BGH NSz 1997, 296; BGHSt 29, 18 (20).

91 BGH NSz 1991, 500; StV 1993, 115.

92 Diemer NSz 2002, 16 (19); Hamm (Fn. 42), Rn. 264.

93 Vgl. Schlothauer StV 1992, 134 (137).

ansehen müssen. Dass ihm dies aus den Gründen des Rekonstruktionsverbotes nicht generell verwehrt ist, wurde bereits dargestellt, und auch die Grundsätze zu den im Revisionsverfahren zugelassenen Beweismitteln hindern eine Inaugenscheinnahme der Aufnahme im Revisionsverfahren nicht. Aus dem Charakter der erhobenen Rüge folgt, dass der Inhalt der Aufnahme im Wege des Freibeweises ermittelt werden kann. Dass eine digitale Aufnahme selbst nach Ansicht des *BGH* nicht unmittlbarer Bestandteil der Akten sein soll,⁹⁴ ändert hieran nichts. Sofern teilweise – vor Ergehen der eingangs dargestellten *BGH*-Rechtsprechung – der Hinweis als erheblich erachtet wird, das in Rückgriff zu nehmende »Videoband mit der Aufzeichnung« sei als Bestandteil der Akten und nicht als Beweismittel zu qualifizieren,⁹⁵ ist dies für die Frage, mit welchen Mitteln der behauptete Verfahrensverstöß bewiesen werden kann, tatsächlich unerheblich. In der Rechtsprechung gibt es zahlreiche Beispiele dafür, dass auch Augenscheinsobjekte als Beweismittel geeignet sind, im Freibeweisverfahren zu einer Überzeugungsbildung des Revisionsgerichtes beizutragen.⁹⁶ Zulässig sind im Revisionsverfahren verschiedene Erkenntnisquellen;⁹⁷ eine Limitierung auf das Hauptverhandlungsprotokoll und den Urkundenbeweis lässt sich weder aus dem Gesetz noch aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung ableiten.⁹⁸ Es kommt nicht darauf an, ob sich das Revisionsgericht den relevanten Inhalt eines Beweismittels durch Lektüre oder durch eine akustisch-optische Kenntnisnahme erschließen muss.⁹⁹ Entscheidend ist allein, dass das Beweismittel – jedenfalls unter einem bestimmten Blickwinkel – eine objektive Grundlage zur Klärung des rügerheblichen Vorbringens darstellt.¹⁰⁰ Deutlich hiervon zu trennen ist allerdings die Frage des Rekonstruktionsverbotes: Die Auswertung bestimmter Beweismittel mag danach deshalb nicht in Betracht kommen, weil diese mit einer eigenständigen Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht verbunden wäre, die dem Tatrichter vorbehalten bleiben muss. Die insofern zu beachtende Grenze ist aber anhand der oben dargestellten inhaltlichen Kriterien zu bestimmen; sie ist dagegen nicht von der Art des zum Nachweis benötigten Beweismittels abhängig.

Der Verteidiger, der nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO in der Revisionsbegründung »die den Mangel enthaltenen Tatsachen« angeben muss, muss den Beweisgegenstand, auf den die Verfahrensrüge gestützt wird, im Einzelnen bezeichnen und dessen Inhalt wörtlich oder wenigstens inhaltlich wiedergeben.¹⁰¹ Im Hinblick darauf, dass von der Rechtsprechung teilweise gefordert wird, bei einer ein Lichtbild betreffenden Rüge das Bild in die Revisionsbegründung aufzunehmen,¹⁰² sollte – soweit dem Verteidiger möglich –¹⁰³ die Videoaufnahme in Form von Screenshots in die Revisionsbegründung eingefügt werden,¹⁰⁴ auf die zur Feststellung des Verfahrensverstößes Rückgriff genommen werden soll. Ob ggf. auch eine genaue Beschreibung des Inhaltes – die mit Blick auf das Verbot einer Bezugnahme auf Anlagen zur Revisionsbegründungsschrift¹⁰⁵ erfolgen muss – ausreichend sein kann,¹⁰⁶ dürfte dabei auch vom konkreten Gegenstand der Verfahrensrüge abhängen. Geht es in der Rüge um einen Widerspruch zwischen Urteilsfeststellungen und dem Wortlaut einer Vernehmung, dürfte für die geforderte umfassende Darlegung der den Mangel begründenden Tatsachen eine schriftliche Wiedergabe des Wortlautes der Vernehmung genügen. Wird dagegen – in

den vom Rekonstruktionsverbot bestimmten Grenzen – ein Widerspruch hinsichtlich non-verbaler Vorgänge gerügt, kann es unerlässlich sein, die Aufnahme – soweit wie möglich – in die Begründung einzufügen.

Sofern die Rüge eine fehlende Auseinandersetzung mit einer in die Hauptverhandlung eingeführten Videoaufnahme oder deren nicht erschöpfende Würdigung zum Gegenstand hat, kann hinsichtlich dessen, was nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO vorzutragen ist, zunächst auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden. Erforderlich ist also insbesondere ein Vortrag, der es dem Revisionsgericht erlaubt, umfassend den Inhalt des Films zur Kenntnis zu nehmen. Sofern in diesem Zusammenhang Schlüsse aus dem Schweigen der Urteilsgründe gezogen werden, ist zudem der Vortrag erforderlich, dass der Gang der Hauptverhandlung nichts ergeben hat, was die Beweiserheblichkeit der nicht wiedergegebenen Aufnahme verändert hätte.¹⁰⁷ Entsprechendes gilt, wenn eine nicht erschöpfende Würdigung behauptet wird. Insofern muss in der Revisionsbegründung dargelegt werden, dass nach dem Verlauf der Hauptverhandlung zum Zeitpunkt der Urteilsfällung noch Aufklärungsbedarf bestand.¹⁰⁸ Ob dies für das Revisionsgericht ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme nachvollziehbar ist, ist eine Frage des Einzelfalles, deren Beantwortung insbesondere von den Urteilsgründen und dem objektiv bestimmbar Gehalt der Aufnahme abhängig ist.

3. Sonstige digitale Daten auf Speichermedien

Die dargestellten Grundsätze zur digitalen Videoaufnahme lassen sich auf sämtliche digitalisierte Inhalte übertragen, die durch Abspielen eines Speichermediums in die Hauptverhandlung eingeführt wurden. Entscheidend ist eben allgemein, ob sich der Verfahrensverstöß ohne Weiteres durch bloßes Anhören, Betrachten, Durchlesen etc. ergibt, ohne dass darüber hinausgehende zusätzliche Wertungen vorgenommen werden müssen. Dies gilt unabhängig davon, ob sich dieser Inhalt – welcher Art auch immer – digital auf einem Speichermedium befindet. So ist es insbesondere irrelevant, ob eine Urkunde durch Verlesen oder – zulässigerweise – im Selbstleseverfahren in die Hauptverhandlung eingeführt wurde,¹⁰⁹ wobei den Prozessbeteiligten die Urkunde zuvor digital gespeichert auf einer Daten-CD überlassen wurde.

94 *BGH StV* 2012, 272.

95 *Leitner StraFo* 2004, 306 (307).

96 Ausführliche Darstellung schon bei *Schmid ZStW* 85 (1973), 893 (894 ff.); vgl. auch *Diemer NStZ* 2002, 16 (20), der von einem »Rückgriff auf bei den Akten befindliche Urkunden und andere Beweisgegenstände« spricht.

97 *Herdegen StV* 1992, 590 (591 f., 596).

98 Vgl. auch *Dahs* (Fn. 37), Rn. 526 mit weiteren Beispielen; a.A. wohl *Wilhelm ZStW* 117 (2005), 143 (154).

99 *Schlothauer StV* 2003, 652 (655).

100 Vgl. *Schäfer StV* 1995, 147 (156).

101 *BGH NStZ* 1984, 213; *NStZ* 1992, 29; *Meyer-Gofner* (Fn. 7), § 344 Rn. 22.

102 *BGH StV* 2004, 304.

103 Vgl. *BGHSt* 28, 290 (291).

104 Vgl. insofern *LG Osnabrück* 10 *KLs* 37/11 – *Urt.* v. 23.03.2012 (ohne Bilder abrufbar unter *juris*).

105 *Meyer-Gofner* (Fn. 7), § 344 Rn. 21.

106 Vgl. *OLG Hamm NStZ-RR* 2011, 323 zum Lichtbild.

107 Vgl. *BGHR StPO* § 344 Abs. 2 S. 2 Beweiswürdigung 1; *Schäfer StV* 1995, 147 (157).

108 *Schäfer StV* 1995, 147 (157).

109 *Dahs* (Fn. 37), Rn. 261.

Dies gilt auch für den nach § 344 Abs. 2 S. 2 StPO geforderten Vortrag: Wurde in der Hauptverhandlung etwa eine »Excel-Datei« verwendet, die mittels eines Beamers visualisiert wurde, ist der Inhalt dieser Datei in der Revisionsbegründungsschrift wiederzugeben. Sofern dabei in der Datei Formeln für die Begründung des Zahlenwerks oder Kommentare zu einzelnen Zellen hinterlegt waren, können auch diese mit der Funktion »Formeln anzeigen« bzw. »Alle Kommentare anzeigen« sichtbar gemacht werden. Kommt es auf die Zuordnung der Formeln zu einzelnen Zellen an, kann die Datei einmal ohne und einmal mit angezeigten Formeln ausgedruckt werden, so dass ein Abgleich der Ausdrucke ergibt, welche Formel dem jeweiligen Zelleninhalt zugrunde liegt. Kommentare können mit der entsprechenden Einstellung (»Seitenlayout, Tabellenblattoptionen«) wie auf dem Blatt angezeigt oder am Ende des Blattes mit Bezug zur kommentierten Zelle ausgedruckt werden. Entsprechendes gilt bei Verwendung von Dateien, die mit anderen gebräuchlichen Programmen geöffnet werden können, die über die dargestellten Funktionen zur Visualisierung verfügen.¹¹⁰ Eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung ist in diesen Fällen allein deshalb nicht gegeben, weil die Inhalte der Datei in Form des Ausdruckes der unmittelbaren Kenntnisnahme durch das Revisionsgericht offenstehen.¹¹¹ Je nach Art der Datei und des verwendeten Computer-Programms können allerdings zunächst »technische Hürden« zu überwinden sein, um diese unmittelbare Kenntnisnahme in der durch § 344 Abs. 2 S. 2 StPO geforderten Weise zu ermöglichen.

F. Fazit

Der im Hinblick auf die Verständlichkeit der Urteilsgründe sinnvolle Ansatz, die Verweisung auf eine Filmaufnahme gem. § 267 Abs. 1 S. 3 StPO auszuschließen, sollte nicht dazu führen, fortschrittliche Entwicklungen im Revisionsverfahren¹¹² wieder zurückzudrehen. Die jüngst ergangenen Urteile des *BGH* sind auch nicht so zu verstehen. Verstünde man das revisionsrechtliche Argument gegen eine Verweisung so, dass damit jede Einbeziehung eines digitalen Videofilms oder sonstiger digitaler, auf einem Speichermedium festgehaltener Daten im Revisionsverfahren ausgeschlossen wäre, wäre dies »über das Ziel hinausgeschossen«. Eine Analyse der einschlägigen Rechtsprechung zum Rekonstruktionsverbot ergibt, dass Daten auf Speichermedien durchaus zum Gegenstand einer Verfahrensrüge gemacht werden können. Eine (unmittelbare) Überprüfung des Inhalts eines Speichermediums auf die Sachrüge hin ist nach den Entscheidungen des *BGH* zwar tatsächlich ausgeschlossen. Auf die Verfahrensrüge hin kann das Urteil aber nach wie vor darauf überprüft werden, ob Differenzen zwischen den Feststellungen und digital gespeicherten Beweismitteln bestehen. Welche Überprüfungen durch das Revisionsgericht dabei zugelassen sind, bestimmt sich nach den Grundsätzen des Rekonstruktionsverbots.

110 Bei den gängigen Programmen Microsoft Word und Power-Point sowie Adobe Acrobat ist dies der Fall.

111 Vgl. *BGH StV* 2012, 587.

112 *Barton StV* 2004, 332 (333 ff.).

Die Europäische Ermittlungsanordnung – oder: EU-Durchsuchung leicht gemacht

Rechtsanwalt Dr. Heiko Ahlbrecht, Düsseldorf*

Nachdem der Europäische Haftbefehl das Auslieferungsrecht und den Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union revolutionär vereinfacht hat, soll dieses »Erfolgsmodell« auf den sonstigen Rechtshilfeverkehr innerhalb der EU übertragen werden. Der seit Anfang des Jahrzehnts andauernde Anlauf der Rechtssetzung in diesem Bereich steht mit dem Instrument der Europäischen Ermittlungsanordnung kurz vor der Realisation. Die eigentliche Bedeutung liegt in der Vereinfachung für den ersuchenden Staat und der damit näher liegenden Verlockung seines Gebrauchs. Der Beitrag beschreibt Bedeutung und Inhalt der Europäischen Ermittlungsanordnung sowie die berechtigte Kritik, insbesondere unter Berücksichtigung der asynchron schleppend bis verweigert verlaufenden Umsetzung von Sicherungsinstrumenten zugunsten der Rechte beschuldigter EU-Bürger.

A. Prolog: Rechtshilfe im Bereich des Beweiserhebungsrechts – der Stand der Gesetzgebung

Die Frist für die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über die Europäische Beweisverordnung¹ ist im Januar 2011 verstrichen, ohne dass die Mehrheit der Mitgliedstaaten – darunter auch Deutschland –² mit einer Umsetzung begonnen hat. Mit der Europäischen Beweisverordnung sollte der Rechtshilfeverkehr zwischen den EU-Mitgliedstaaten im Be-

reich der Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung im Strafverfahren vereinfacht werden, um eine schnellere und effizientere länderübergreifende Strafverfolgung zu ermöglichen. Ausgehend von dem 1999 von der EU-Kommission und dem Europäischen Rat in Tampere entwickelten Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung³ sollte der ersuchte Staat grundsätzlich verpflichtet sein, die Europäische Beweisverordnung ohne weiteres, d.h. insbesondere für die in Art. 14 des Rahmenbeschlusses aufgeführten Deliktgruppen ohne Prüfung einer beiderseitigen Strafbarkeit und mit nur wenigen Versagungsmöglichkeiten, zu vollstrecken. In ihrem Anwendungsbereich sollte die Europäische Beweisverordnung auf bereits erhobene, bekannte Beweismittel beschränkt sein.

* Zu besonderem Dank bin ich Frau Assessorin *Miriam Schlei* für ihre tatkräftige Unterstützung verpflichtet.

1 Rahmenbeschluss 2008/978/JI des Rates v. 18.12.2008; zu den rechtsstaatlichen Bedenken gegen die Europäische Beweisverordnung zusammenfassend jüngst *Esser FS II Roxin*, 2012, S. 1497 (1500 ff.); vgl. auch *Braum GA* 2005, 681; *Gazeas ZRP* 2005, 18; *Gleß StV* 2004, 679; *Roger GA* 2010, 27 und *Ahlbrecht NSTZ* 2006, 70.

2 Vgl. *BT-Drucks.* 17/1543.

3 Es handelt sich um ein Prinzip ohne strafverfahrensrechtliche dogmatische Grundlage, wie *Braum* eindrucksvoll im Detail herausgearbeitet hat (*GA* 2005, 681), das die EU-Kommission gerne von der inhaltsleeren Phrase »Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit« begleitet sieht. Diese Thematik greifen jüngst *Harms/Knaus* vertieft auf (*FS II Roxin* [Fn. 3], S. 1479).