

# confront

## confrontativ

**Weseman:** Widerspruch gegen die Vernehmung des Ermittlungsführers

**Petzold:** Verlangen einer Abschrift der Gerichtsentscheidung nach § 35 Abs. 1 S. 2 StPO

## Rechtsprechung

**OLG Celle:** Kein Beschwerderecht der StA gegen die Entscheidung des Richters über den Umfang der Gewährung der Akteneinsicht mit Anmerkung **Meyer**

**Saarl. OLG:** Mit Logik kann man alles beweisen mit Anmerkung **Meyer-Mews**

**RG 44, 53:** Beschlussabschrift schon in der Hauptverhandlung?  
Dokumentation

**VG Berlin:** Eine unzulässige ED-Bahndlung führt zur datenschutzrechtlichen Löschungspflicht mit Anmerkung **Petzold**

## Berichte aus der Praxis

**Thielmann:** Die emotionale Wucht der Vorwürfe

**OLG München:** Rechtskenntnisse - bei uns suchen Sie vergeblich

**BGH:** Lex scripta - quid hoc ad me pertinet?

## Task Force Strafrecht

**Sascha Petzold**  
RA und FASStR, München

**Gordon Kirchmann**  
RA, Wülfrath

**Dr. Florian Englert**  
RA und FASStR, Schrobenhausen

**Heft 1**

**Februar 2017**

# Unsere Neuen in der gelben Reihe



## OWI-SACHEN IM STRASSENVERKEHRSRECHT

mit OWi-Verfahren im Ausland

Begründet von RA Wolf-Dieter Beck und RA Wolfgang Berr. Fortgeführt von RA Dr. Markus Schäpe, Leiter Verkehrsrecht ADAC e.V., Markus Heberlein, RA Jost Kärger, FA für Verkehrsrecht, und RA Michael Nissen.

7., neu bearbeitete Auflage 2017. Ca. 600 Seiten. Ca. € 59,99. ISBN 978-3-8114-3967-2. Auch als E-Book.

Jetzt wieder topaktuell mit Hinweisen zu den neuen Messgeräten

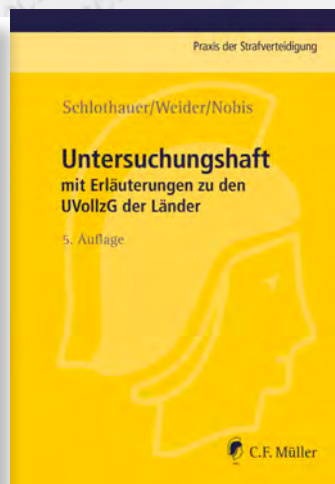


## VERTEIDIGUNG IN DER HAUPTVERHANDLUNG

Von RA Dr. Klaus Malek, FA für Strafrecht.

5., völlig neu bearbeitete Auflage 2017. 430 Seiten. Ca. € 45,99. ISBN 978-3-8114-4523-9. Auch als E-Book.

Der Klassiker auf aktuellem Stand



## UNTERSUCHUNGSHAFT mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder

Bearbeitet von RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer und RA Dr. Frank Nobis, FAe für Strafrecht.

5., neu bearbeitete Auflage 2016. 724 Seiten. € 69,99. ISBN 978-3-8114-4311-2. Auch als E-Book.

Das Standardwerk zur U-Haft



## UNTERNEHMENSSTRAFRECHT UND UNTERNEHMENSVERTEIDIGUNG

Von RA Dr. Markus Berndt, FA für Strafrecht, und Prof. Dr. Hans Theile.

2016. 362 Seiten. € 54,99. ISBN 978-3-8114-5463-7. Auch als E-Book.

Ihr sicherer Begleiter durch schwieriges Gebiet

## Sicherheit zum Preis von Freiheit?

In Zeiten, in denen beinahe täglich von einem Terroranschlag zu lesen ist, werden auch die Rufe nach mehr staatlicher Sicherheit lauter. Wasser auf die Mühlen derer Politiker, welche die elektronische Fußfessel gerne an jedermann ausgeben würden, in deren Augen jeder verdächtig ist und nach deren (innerer) Haltung die „Menschenrechte“ schön und gut, aber nur für „anständige“ Menschen sind.

Durchgesetzt wird das daraus entstandene „Sicherheitspaket“ dann von der Justiz, der Garantin für unsere Sicherheit. Die Verteidiger sind hier fehl am Platz und Störenfriede.

Wenn Vorsitzende von Polizeigewerkschaften öffentlich die Praktiken von Rechtsanwälten anprangern, die sich erfreuen Abschiebungen zu verhindern, spricht dies auch eine deutliche Sprache. Ebenso (wie kürzlich über Facebook von einem Kollegen glaubhaft berichtet) wenn der Vizepräsident einer Rechtsanwaltskammer den jungen Kolleginnen und Kollegen anraten hat in Schulterschluss mit der Justiz zu treten, sollten sie sich dazu entscheiden als Strafverteidiger tätig zu werden. Die Liste könnte noch erweitert werden.

Das ist also die Lage der Nation in 2017. Dabei sollte jeder aus den Geschichtsbüchern wissen, dass eine Justiz ohne unabhängige und effektive Kontrolle schnell zum neuen Terrorherd für jeden einzelnen Bürger wird.

Die Strafverteidigung ist einer der fundamentalen Pfeiler einer freien und sicheren Gesellschaft - wenn sie es schafft, Gericht und Staatsanwaltschaft samt Polizei davon zu überzeugen, dass ein Urteil „im Namen des Volkes“ diesen Namen nur dann verdient, wenn es unter peinlichster Beachtung der Gesetze und nicht unter Berücksichtigung des Willen des Volkes ergangen ist. Würde das Volk selbst Recht sprechen können, so bräuchte man nicht dessen Vertreter mit Befähigung zum Richteramt. Genau das ist der tägliche Kampf, der täglich in deutschen Gerichten und auch schon zuvor in den Amtsstuben der Staatsanwaltschaften ausgetragen wird. Den Kampf, den wir Strafverteidiger auch für die Freiheit und für die Einhaltung der Form führen, denn:

*„Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit.*

*Denn die Form hält der Verlockung der Freiheit zur Zügellosigkeit das Gegengewicht, sie lenkt die Freiheitssubstanz in feste Bahnen, daß sie sich nicht zerstreue, verlaufe, sie kräftigt sie nach innen, schützt sie nach außen.*

*Feste Formen sind die Schule der Zucht und Ordnung und damit der Freiheit selber und eine Schutzwehr gegen äußere Angriffe, - sie lassen sich nur brechen, nicht biegen.“*

(Rudolf von Jhering )

**Sascha Petzold | Gordon Kirchmann | Dr. Florian Englert**

# Inhaltsverzeichnis

## Editorial

**Sicherheit zum Preis von Freiheit?**

## confrontativ

**Widerspruch gegen die Vernehmung des Ermittlungsführers**

Horst Wesemann **4**

**Verlangen einer Abschrift der Gerichtsentscheidung nach § 35 Abs. 1 S. 2 StPO**

Sascha Petzold **9**

## Rechtsprechung

**OLG Celle** **15**

v. 26.08.2016 - 1 Ws 415/16

**Akteneinsicht in TKÜ-Daten**

mit Anmerkung **Dr. Jürgen Meyer**

**Saarl. OLG** **21**

v. 17.10.2016 - Ss 46/2016 (40/16)

**Mit Logik kann man alles beweisen**

mit Anmerkung **Meyer-Mews**

**RG 44, 53** **26**

v. 29.06.1910 g.C. II 650/10 (LG I Berlin)

**Beschlussabschrift schon in der Hauptverhandlung?**

**VG Berlin** **27**

v. 08.11.2006 - 1 A 69.06

**Eine unzulässige ED-Bahndlung führt zur datenschutzrechtlichen Löschungspflicht**

mit Anmerkung **Sascha Petzold**

## Berichte aus der Praxis

**Die emotionale Wucht der Vorwürfe**

Jochen Thielmann **31**

**Rechtskenntnisse - bei uns suchen Sie vergeblich**

Sascha Petzold **41**

**BGH: Lex scripta - quid hoc ad me pertinet?** (Geschriebenes Gesetz - was kümmert mich das?)

BGH v. 11. Oktober 2016 - 1 StR 462/16 **43**

## Veranstaltungskalender

**44**

## Impressum

**45**

## Widerspruch gegen die Vernehmung des Ermittlungsführers

**Horst Wesemann**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Bremen

Gerade in sog. Umfangsverfahren vor der Großen Strafkammer neigen die Vorsitzenden Richter\*innen immer wieder dazu, an den Anfang einer gerichtlichen Beweisaufnahme nach Vernehmung der Angeklagten den Ermittlungsführer der Polizei als ersten Zeugen zum „Gang des Verfahrens“ zu laden. Erwartet wird ein umfassender Überblick vom Anbeginn des Verfahrens und der Entwicklung mit freier Wiedergabe und Interpretation der jeweils bis dahin angefallenen Ermittlungsergebnisse, im Grunde die mündliche Wiedergabe des wesentlichen Ermittlungsergebnisses. Dem muss die Verteidigung rechtzeitig entgegentreten. Die Erfahrung hat gezeigt, dass die Zeugen nach Anbringen eines Widerspruchs nur noch zu den Ermittlungen vernommen werden, an denen sie persönlich beteiligt waren. Den Entwurf eines solchen Widerspruchs füge ich bei.

Dank auch an die Kollegen **Roland Rautenberger** und **Alexander Gellinger**, deren Widersprüche ich hier mit eingearbeitet habe.

In der Strafsache W.

ist der Zeuge G. als Ermittlungsführer geladen. Die Staatsanwaltschaft bezeichnet ihn als Ermittlungsführer, der über den Gang der Ermittlungen Auskunft geben könne. Der Ladungsverfügung ist zu entnehmen, dass der Zeuge zum „Gang des Verfahrens“ vernommen werden soll.

Es bestehen Bedenken gegen die Vernehmung dieses Zeugen, zu diesem Zeitpunkt und zu diesem Thema.

### **Ich widerspreche insoweit der Vernehmung.**

Die Anordnung des Vorsitzenden ist rechtswidrig; insofern beanstande ich die Entscheidung und beantrage gerichtliche Entscheidung nach § 238 II StPO.

Eine Vernehmung dieses Zeugen zu einem derartig frühen Verfahrenszeitpunkt stellt einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unmittelbarkeit des § 250 StPO dar.

Eine Schilderung des Ermittlungsverlaufes über die reinen Tatsachen hinaus muss notgedrungen inhaltlich an Zwischenergebnisse anknüpfen und damit z.B. Inhalte von Zeugenaussagen oder anderen Beweismitteln wie GPS-Daten, Telekommunikationsüberwachung und Videoüberwachung wiedergeben, die erst noch Gegenstand der Hauptverhandlung werden sollen.

Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme bedeutet den Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis und auch dem Augenscheinsbeweis, schreibt also eine gewisse Reihenfolge in der Verwertung der jeweiligen Beweismittel vor. Daher ist das Gericht nach den Regeln der Strafprozessordnung gehalten, zunächst die unmittelbaren, sachnahen Beweise zu erheben. Zwar gibt es nach herrschender Meinung keinen so weitreichenden Grundsatz, dass bei der Beweisaufnahme stets das sachnächste Beweismittel benutzt werden muss, das Gericht muss sich aber grundsätzlich darum bemühen, die unmittelbaren Zeugen zu vernehmen.

BGH StraFo 2002, 353

Nur wenn das nicht möglich ist, ist auf den Zeugen vom Hörensagen zurückzugreifen und hinsichtlich dessen Aussage die „sorgfältigste Überprüfung“ vorzunehmen.

BGHSt 49, 112, 119

Wenn aber sowohl auf Zeugen mit unmittelbarer Wahrnehmung als auch auf solche vom Hörensagen zurückgegriffen werden kann, dann müssen demnach zunächst die Zeugen mit eigenen Wahrnehmungen vernommen werden, da Gegenstand des Zeugenbeweises nach den §§ 48 ff. StPO die konkreten, subjektiven Wahrnehmungen des Zeugen sind, also die Wahrnehmung von Tatsachen, hierzu zählen alle Tatsachen, die der Zeuge sinnlich wahrgenommen hat.

Hingegen darf der Zeuge nicht dahingehend vernommen werden, dass er eigene Beurteilungen, Rechtsfragen, Erfahrungssätzen, allgemeine Eindrücken, Schlussfolgerungen, Mutmaßungen oder Wertungen abgibt. Diese haben keinerlei Beweiswert.

Tatsachen zu würdigen, ist ureigenste Aufgabe des Gerichts!

Wenn es Aufgabe der Beweisaufnahme ist, die Überzeugungsbildung von suggestiven Elementen weitgehend freizuhalten, ist es zwangsläufig rechtsfehlerhaft, eine dem Unmittelbarkeitsgrundsatz folgende Rezeption von primären Zeugenaussagen durch vorhergehende polizeiliche Bewertung vorstrukturieren zu lassen.

Vorliegend ist nicht ersichtlich, dass das Gericht aus irgendeinem Grund daran gehindert sein könnte, zunächst diejenigen Zeugen zu hören, deren Wahrnehmungen näher am Geschehen sind als die des Zeugen.

Eine derartige Vernehmung käme auch der unzulässigen Verlesung des wesentlichen Ermittlungsergebnisses gleich. Es besteht bei diesem Zeugen die Gefahr, dass der Zeuge lediglich die angefallenen Ermittlungsergebnisse interpretiert und eine Zusammenfassung aus Sicht der polizeilichen Ermittlungen berichten wird.

Dies bewirkt was Nr. 126 Abs. 3 RiStBV verhindern will: Hiernach darf den Schöffen das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen nicht zugänglich gemacht werden.

BGHSt 43, 3

## **Nr. 126 Abs. 3 RiStBV**

Die Anklageschrift darf den Schöffen nicht zugänglich gemacht werden. Ihnen kann jedoch, namentlich in Verfahren mit einem umfangreichen oder schwierigen Sachverhalt, für die Dauer der Hauptverhandlung eine Abschrift des Anklagesatzes nach dessen Verlesung überlassen werden.

Das birgt nämlich die Gefahr, dass den Schöffen ihre Fähigkeit zur unvoreingenommenen Würdigung der Beweismittel genommen wird. Allein deshalb könnten die Schöffen wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden.

*„Referiert der Ermittlungsführer im Rahmen seiner Aussage das Ermittlungsergebnis orientiert er sich regelmäßig an dem durch ihn selbst gefertigten Abschlussbericht; dieser ist wiederum Grundlage für die Anklage und das darin enthaltene „wesentliche Ergebnis der Ermittlungen“.*

Schmidt „Der Ermittlungsführer als (Universal-)Zeuge der Anklage?!“ NZWiSt 2014, 121 ff.

Im Rahmen der Hauptverhandlung darf aber nur der Anklagesatz, nicht aber das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen, verlesen werden (vgl. § 243 Abs. 3 S. 1 StPO).

Die Besorgnis der Befangenheit hat der Bundesgerichtshof bereits im Jahre 1958 angenommen, wenn ein Schöffe vom Inhalt des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen Kenntnis erlangt. Damit sei - so der Bundesgerichtshof - „*unmittelbar die Gefahr der Beeinflussung durch die im „Ermittlungsergebnis“ niedergelegte Beurteilung gegeben*“; der Senat hebt die weitreichenden Folgen für die Beweiswürdigung hervor, indem er ausführt: „*Um den Grundsatz des § 261 StPO uneingeschränkt durchführen zu können, muss schon jede Gefahr dieser Art ausgeschaltet bleiben*“.

BGHSt 13, 73 ff

Beachtenswert ist indes eine weitere Passage der Entscheidung, in der darauf verwiesen wird, dass ein Verstoß vor allem dann gegeben sei, wenn dieser durch das Gericht oder den Vorsitzenden veranlasst war. Das Judikat wählt das Wort „Zwar ...“ und bringt mit dem vollständigen Satz „... haben das Gericht und der Vorsitzende nicht durch ein ordnungswidriges Verhalten dazu beigetragen, dass der Schöffe Gelegenheit erhielt, die Anklageschrift in der mündlichen Verhandlung mitzulesen“\* unmissverständlich zum Ausdruck, dass ein Verstoß gegen das Mündlichkeitsprinzip vor allem dann vorliegt, wenn die Kenntnis der Schöffen auf ein prozessordnungswidriges Verhalten des Vorsitzenden zurückgeht. Veranlasst dieser in Ausübung seiner Rechte aus § 238 StPO einen Zeugen, Ermittlungsergebnisse zu referieren, ist nach alledem ein Verstoß gegeben, der über den in der zitierten Entscheidung genannten sogar weit hinaus geht.

BGH aaO

Erschwerend kommt hinzu, dass der Zeuge „im Gewande der Objektivität gekleidet“ vorträgt. Er ist der Wahrheit verpflichtet; insbesondere den polizeilichen Zeugen wird - ob zu Recht sei dahingestellt - ein hohes Maß an Vertrauen entgegengebracht. Ist die Beweiswürdigung im wesentlichen Ergebnis noch als „Arbeitshypothese“ formuliert, mutiert sie im Munde des Ermittlungsführers zu „Feststellungen“, wenn dieser regelmäßig ausführt, was er bzw. seine Kollegen „festgestellt“ haben.

Durch den „objektiven Touch“ der Vernehmung wird dem wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen weit höherer Wert verliehen, als der in der Anklageschrift enthaltene Darstellung; diese Verfahrensweise geht über das im deutschen Recht kritisch diskutierte „Opening Statement“ weit hinaus, da der Vortrag durch den Staatsanwalt auf den Zeugen verlagert wird, weshalb bei genauer Betrachtung der Vortrag durch den Zeugen einen weit schwerwiegenderen Mangel begründet, als die Verlesung der vollständigen Anklageschrift, das heißt des darin enthaltenen wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen; dies insbesondere auch aufgrund des in der Psychologie bekannten „Inertia-Effekts“, dem folgend die im Laufe einer Beweisaufnahme gewonnene Überzeugung des Gerichts durch die Ergebnisse späterer Beweiserhebungen kaum noch nachhaltig beeinflusst wird. Gerade dies macht deutlich, dass die gängige Praxis vieler Gerichte nicht nur das Strafprozessrecht, sondern in hohem Maße Verteidigungsrechte verletzt und damit die Wahrheitsfindung erschwert.

BGHSt 43, 3 ff..

„*Wird also ein Befangenheitsgrund darin gesehen, dass dem Schöffen das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen durch Verlesung seitens des Staatsanwalts vermittelt wird, muss dies nach*

*allem erst recht für die hier erörterte gerichtliche Praxis gelten, wobei zusätzlich zu beachten ist, dass die Befangenheit durch den Vorsitzenden provoziert wird, da dieser in Ausübung seiner Sachleitungsbefugnis den Zeugen - ohne sachlichen Grund - zum Vortrag des Ermittlungsergebnisses animiert, weshalb zusätzlich die Besorgnis der Befangenheit betreffend die Person des Vorsitzenden gegeben ist“.*

*Schmidt aaO S.124*

Die Qualität der Zeugin leidet noch an einem weiteren Mangel: Es fehlt erkennbar die alternative Arbeitshypothese. In der Folge besteht die Gefahr, dass allein die polizeiliche Arbeitshypothese vorgetragen wird: „Der Angeklagte ist überführt und der Täter!“

Nicht nur in der einschlägigen polizeilichen Literatur, die den eingesetzten Beamten auch bekannt sein müsste, wird vor einer frühzeitigen einseitigen Hypothesenbildung gewarnt und als Grundregel polizeilicher Ermittlungstätigkeit die Bildung mindestens einer Alternativ-Hypothese gefordert.

*Pfister KR 1980, 385, 389; ders. KR 1980, 437, 440; Oevermann/Simm in: Oevermann/Schuster/Simm, Zum Problem der Perseveranz in Delikttyp und modus operandi (BKA-Forschungsreihe Bd. 17; 1985), S. 129, 221; Brisach in: Kube/Störzer/Timm, Kriminalistik – Handbuch für Praxis und Wissenschaft, Band 1 (1992), S. 167, 171; Mörbel in: Kube/Störzer/Timm, Kriminalistik – Handbuch für Praxis und Wissenschaft, Band 1 (1992), S. 669, 679; vgl. auch: Hauptmann, in: BKA [Hrsg.], Aktuelle Methoden der Kriminaltechnik und Kriminalistik (BKA-Forschungsreihe Bd. 32; 1994), S. 185 ff.*

Sonst bestehe nicht nur die rechtliche Gefahr einer frühzeitigen Kollision der Ermittlungen mit der Unschuldsvermutung, sondern vor allem die tatsächliche Gefahr, dass die Ermittlungen von dem beherrscht werden, was die Aussagepsychologen „Othello-Effekt“ nennen: Othello suchte nach Beweisen für die Untreue seiner Frau, die ihm aber gar nicht untreu war. Was er vorfand, interpretierte er ausschließlich gegen Sie und beachtete nichts, was ihm gezeigt hätte, dass er sich irrte. In einem bekannten Fall (Harry Wörtz) führte gerade die Einseitigkeit der polizeilichen Ermittlungen zu einem Fehlurteil. Die Wichtigkeit der alternativen Hypothesenbildung wird auch von Richterseite mit Nachdruck herausgestellt.

*etwa Prüfer StV 1993,6 102,603*

Wie sehr die alternative Hypothesenbildung sogar Allgemeingut außerhalb polizeilicher Schulungen geworden ist, zeigt eindrucksvoll Umberto Eco's berühmter Roman „Der Name der Rose“. Darin lässt Eco den Benediktiner-Novizen Anselm von Melk auf die Frage seines Meisters William von Baskerville, ob er gelernt habe, wie ein Kriminalfall zu lösen sei, antworten: „Wenn ich eins gelernt habe, Meister, dann habe ich gelernt, dass ich mindestens zwei Hypothesen aufstellen muss, eine der anderen entgegengesetzt.“

Eine derartige alternative Arbeitshypothese gab es von Anfang an nicht im vorliegenden Verfahren.

Zu den Falsifizierungstendenzen gesellt sich auf diesem Wege noch das Phänomen der sich überlagernden Erinnerung. Die Realität in den Gerichtssälen produziert daher regelmäßig eine Erinnerung des Polizeibeamten, an seine Aktenlektüre wenige Stunden oder Tage vor seiner Zeugenvernehmung. Im besten Falle führt diese Art „Vorbereitung“ dazu, dass der Zeuge nicht mehr zwischen unmittelbarer Erinnerung an das Geschehen einerseits und die Lektüre des niedergelegten Berichts andererseits unterscheiden kann.

Schließlich stellt die Vernehmung des Ermittlungsführers als 1. Zeuge zum Gang des Verfahrens einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens aus Art. 6 EMRK dar und verletzt die Verteidigungsinteressen. Im Rahmen des fair-trial ist besonders zu beachten, dass bei der



einleitenden Vernehmung des Ermittlungsführers nicht nur ein „Belastungszeuge“ als „Speerspitze“ vorangestellt wird, sondern - wie bereits ausgeführt - die Bewertung von Ermittlungsergebnissen mit der Tarnkappe der Objektivität versehen wird.

Einen Verstoß gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens stellt diese Vernehmungspraxis auch deshalb dar, weil das Beweisthema, der „Gang der Ermittlungen“, derart unbestimmt ist, dass der Verteidigung eine genügende Vorbereitung unmöglich gemacht wird.

Hilfsweise wird beantragt, den Zeugen „Ermittlungsführer“ anzuhalten, nur von Ermittlungen zu berichten, an denen er persönlich teilgenommen und Wahrnehmungen gemacht hat.

## Verlangen einer Abschrift der Gerichtsentscheidung nach § 35 Abs. 1 S. 2 StPO

Sascha Petzold, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

### I. Einleitung

Im Verteidigeralltag muss immer wieder festgestellt werden, dass viele Verteidiger und noch mehr Richter den Anspruch auf Erteilung einer (schriftlichen) Abschrift gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StPO nicht kennen.

Hat man nach entsprechendem Antrag und Hinweis auf das Gesetz das Gericht endlich eingeladen, rechtliches Gehör iSd § 35 zu gewähren, vertrübt oft der Richterblick in den Besch'schen zu KurzKommentar zur StPO die Freude am Erkenntnisgewinn. Die dort enthaltenen Stellen zur rechtsfremden Ablehnung oder Verzögerung des Anspruchs laden zum Rechtsmissbrauch durch die Gerichte ein, dem oft nur allzu gerne gefolgt wird.

Daher soll zunächst ein handhabbarer Antrag zur Verfügung gestellt werden; auch wenn dessen Formulierung wahrlich keine besondere Leistung ist.

Im Antragsannex soll den Ablehnungstendenzen der Gerichte entgegengetreten werden. Insoweit sind alle Verteidiger zu paste & copy eingeladen.

Folgend wird der Antrag weitergehend erläutert.

### II. Anträge

Je nach Verteidigerstil und Verfahrenslage kann der Antrag auf Erteilung der Abschrift und die Ausführung zu den üblichen Verweigerungsgründen gemeinsam mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO gestellt werden, oder auch erst nach Mitteilung des Gerichtsbeschlusses gem. § 238 StPO.

Ich beanstande die Verfügung des Vorsitzenden vom ... und beantrage einen Gerichtsbeschluss gem. § 238 Abs. 2 StPO.

#### **Begründung:**

....

Ich beantrage, mir von dem Gerichtsbeschluss eine Abschrift gem. § 35 Abs. 1 S. 1 StPO zu erteilen. Vorsorglich erkläre ich, dass die Abschrift für die Verteidigung in diesem Verfahren benötigt wird.

Höchst vorsorglich teile ich mit, dass entgegen der Auffassung in Meyer-Goßner/Schmitt zu § 35 StPO Rn. 6f. die Abschrift sofort zu erteilen ist und die Erteilung nicht von einem besonderen rechtlichen Interesse abhängt.

#### **Begründung:**

Der Anspruch auf eine schriftliche Abschrift ist konkretisiertes Verfassungsrecht, nämlich des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Es hat den Zweck „dem Betroffenen eine klare, unverrückbare Unterlage für seine weiteren Prozesshandlungen in die Hand zu geben“. (LR/Graalman-Scheerer, Rn. 12)

Daher darf der Anspruch auch nicht mit Rückgriff auf die Rechtsprechung des RG beschränkt oder verzögert werden. Denn erst nach der Entscheidung des RG hat das rechtliche Gehör Verfassungsrang durch die Einführung des GG erhalten. Zudem steht der Rechtsprechung des RG auch eine konventionskonforme Auslegung nach der EMRK entgegen.

Für ein Erfordernis eines gesonderten rechtlichen Interesse gibt der Wortlaut des § 35 StPO nichts her. Auch hier steht die verfassungs- und konventionskonforme Auslegung einer unbenannten Beschränkung entgegen.

Daher ist die Abschrift unverzüglich zu erteilen.

Rechtsanwalt

### III. Sinn und Zweck des Antrags

*„Den hochgemuten, voreiligen Griff nach der Wahrheit hemmen  
will der Kritizismus des Verteidigers!“*

(Max Alsberg, Die Philosophie der Verteidigung, 1930, zitiert nach Jürgen Taschke, Max Alsberg – Ausgewählte Schriften, 1. Aufl. S. 328.)

Es ist bekannt, dass Ideen an Tiefe und Reife gewinnen, wenn man sie schriftlich fixiert. Durch das Niederschreiben werden in der Regel Gedankensprünge und Schwachstellen der Gedanken und Argumentationen offenbar.

Dieses Glückserlebnis will der Verteidiger dem Gericht angedeihen lassen, in der Erwartung, dass die sonst häufig anzutreffenden reflexartigen Ablehnungen der Verteidigeranträge, ohne rechtlichen und intellektuellen Anspruch, vermieden werden können und das Gericht in Erwägung zieht, die Rechte des Angeklagten zu wahren.

Es kann, nein muss, gelegentlich notwendig sein, Richter aus dem System 1\* der intuitiven Entscheidungen hin zu dem System 2\* der rationalen Entscheidung zu bewegen.

\* Grundlegend zum System 1 und 2: Daniel Kahnemann, Schnelles Denken, Langsames Denken, 19. Aufl. 2011; in Bezug auf das Strafverfahren: Prof. Dr. Endrik Wilhelm, Fehlerquellen bei der Überzeugungsbildung, HRRS 2014, 279 ff.

Das Problem der Verteidigung liegt insbesondere darin, dass die Operationen des Systems 2 mit Anstrengung verbunden sind; eines der Hauptmerkmale des Systems 2 ist aber *„Faulheit, also die Neigung, nur die Mühe aufzuwenden, die absolut notwendig ist“*.\* Das System 2 ist also nur schwer zu aktivieren.

\* Kahnemann a.a.O. S. 45

Max Alsberg\* beschreibt das System 1 des Strafrichters wie folgt:

*„Die Weltanschauung des Richters wird von praktischen Erfahrungsergebnissen beherrscht, nicht von den logischen Schlußketten einer abstrakten Theorie. (...).  
Mit der Sicherheit, über die nur der verfügt, der die Dinge intuitiv erfasst hat, lehnt er dann auch jede Auffassung ab, die rein aus der Theorie heraus sich im Widerspruch zu seinen praktischen Erlebnissen setzt.“*

\* Max Alsberg, Das Weltbild des Strafrichters, 1930, a.a.O., S. 342.

Schließlich dient der Antrag dazu, das Gericht nicht für einen rechtswidrigen Beschluss mit einem Zeitgewinn zu belohnen und ihn damit zu ermuntern, sich auch im Weiteren rechtsfremd zu verhalten.

## IV. Die Entscheidung über den Antrag nach § 35 Abs. 1 S. 1 StPO

### 1.) Regelungszwecke des § 35 StPO

§ 35 StPO bezweckt die Sicherung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Strafverfahren. Dem Betroffenen soll es ermöglicht werden, sein weiteres prozessuales Vorgehen zu planen.\*

\* LR/Graalmann-Scheerer, § 35 StPO, 26. Aufl. 2006, Rn. 1; KK-StPO/Maul, 7. Aufl. 2013, § 35 Rn. 1; AnwK-StPO/Rotsch, 2. Aufl. 2010, § 35 Rn. 1; BVerfGE 36, 85 <88>; BGHSt 27, 88.

### 2.) Zuständig

Für die Entscheidung über die Erteilung der Abschrift ist der Vorsitzende Richter zuständig.

### 3.) Vermeidungsstrategie: Kein Rechtsschutzbedürfnis

Strittig in der Kommentarliteratur ist, ob der Antragsteller ein berechtigtes Interesse für die Erteilung der Abschrift benötigt. Wie so häufig entbehren die rechtsvermeidenden Ansichten jedweder Begründung. Jedenfalls ist dem Wortlaut des § 35 StPO eine ein solches Erfordernis nicht zu entnehmen.

#### a) Kein Interesse notwendig:

- KK-StPO/Maul, Rn. 8:  
*„Irgendeinen strafverfahrensrechtlichen Zweck muss der Betroffene bei seinem Verlangen auf Aushändigung seiner Abschrift nicht verfolgen; das Gesetz räumt dieses Recht ohne Einschränkung ein.“*
- LR/Graalmann-Scheerer, Rn. 9:  
*„Der Betroffene muss sein Verlangen auf Erteilung einer Abschrift und den Zweck, den er damit verfolgt, nicht begründen. Er kann durchaus ein privates Interesse haben, eine Abschrift der Entscheidung für seine persönlichen Unterlagen zu erhalten. Die Erteilung einer Abschrift darf daher nicht von einem Zusammenhang mit strafverfahrensrechtlichen Zwecken abhängig gemacht werden.“*
- MüKo-StPO/Valerius, 1. Aufl. 2014, § 35 Rn. 18:  
*„Ansonsten muss der Betroffene sein Verlangen nicht begründen und kann auch nur aus privaten Interessen eine Abschrift der Entscheidung fordern. Es bedarf also keines Zusammenhangs mit einem strafverfahrensrechtlichen Zweck. Unzulässig ist ebenso, die Erteilung einer Abschrift wegen Personal- oder Sachkosten abzulehnen.“*
- SK-StPO/Weßlau, 4. Aufl. 2013, § 35 Rn. 10:  
*„Der Betroffene braucht für sein Verlangen keinen bestimmten Zweck anzugeben; die Gegenmeinung, die einen Zusammenhang mit strafverfahrensrechtlichen Zwecken für erforderlich hält, findet keine Stütze im Gesetz.“*
- SSW-StPO/Mosbacher/Claus, 2. Aufl. 2016, § 35 Rn. 7:  
*„Begründet werden muss das Verlangen nach einer Abschrift nicht, sinnvoll muss es ebenfalls nicht sein.“*

## b) Besonderes Interesse notwendig:

- KG JR 1960, 352
- Meyer-Goßner/Schmitt, § 35 StPO Rn. 7:  
*„Der Anspruch auf Abschriftenerteilung entfällt, wenn er ohne jeden Zusammenhang mit irgendeinem auch nur entfernt in Betracht kommenden strafverfahrensrechtlichen Zweck geltend gemacht wird“ (ohne weitere Begründung)*  
*„Auf Erteilung einer Abschrift des Beschlusses, mit dem ein Beweisantrag abgelehnt worden ist, besteht ein Anspruch, wenn er eine längere Begründung enthält (BGH NStZ 08, 110).“*  
(ebenfalls ohne weitere Begründung)\*
- KMR/Ziegler, § 35 StPO Rn. 6:  
*„Der Anspruch dient der exakten Unterrichtung des Betroffenen und damit zugleich der Verwirklichung des rechtlichen Gehörs. Daher entfällt er, wenn das Verlangen einer Abschrift in keinerlei Zusammenhang mit irgendwelchen verfahrensrechtlichen Zwecken steht, was eher selten der Fall sein wird, da der Anspruch ohnehin nur dem Betroffenen zusteht.“*

\* Im Beschluss des BGH ist mit keinem Wort zu entnehmen, dass die Erteilungspflicht nur dann bestehen soll, wenn der Ablehnungsbeschluss eine längere Begründung enthalte.

## 4.) Vermeidungsstrategie: Abschrift ja, aber erst spät(er)

Aus dem Wortlaut des § 35 StPO ergibt sich nicht, zu welchem Zeitpunkt die Abschrift erteilt werden muss. Gleichwohl ergibt sich das aus dem Sinn und Zweck der Regelung.

Hierzu AnwK-StPO/Rotsch, Rn. 6:

*„Sie ist unverzüglich zu erteilen. Wer behauptet, während der Hauptverhandlung könne eine Abschrift eines in ihr verkündeten Beschlusses nicht verlangt werden, sofern hierdurch der Gang der Verhandlung gehemmt werde, verkennt Sinn und Zweck der Regelung.“*

So auch LR/Graalman-Scheerer, Rn. 12:

*„Die Abschrift muss, damit der Angeklagte in seinen prozessualen Rechten nicht beeinträchtigt wird, unverzüglich erteilt werden. Zwar kann der Angeklagte nicht verlangen, dass die Sitzung unterbrochen wird, damit ihm die Abschrift der Entscheidung erteilt werde, das Gericht wolle von einem präsenten Beweismittel (§ 245) Gebrauch machen. Jedoch kann der Ansicht nicht beigelegt werden, dass während der Hauptverhandlung keine Abschrift eines in ihr verkündeten Beschlusses verlangt werden könne, wenn dadurch der Fortgang der Verhandlung gehemmt werden würde. Einer solchen Auslegung steht der Zweck der Abschrift entgegen, dem Betroffenen eine klare, unverrückbare Unterlage für seine weiteren Prozesshandlungen in die Hand zu geben. Der Ablehnung von Beweisanträgen kann der Angeklagte ohne schriftliche Unterlage nur schwer entgegen treten; die Beschwerde gegen ein Ordnungsmittel (§ 181 Abs. 1 GVG) ist in der Regel ohne Kenntnis des Protokoll- und Beschlusswortlauts nicht sachgemäß zu begründen. Demzufolge sind alle bedeutsameren Beschlüsse ohne Verzögerung abzusetzen und später dem Protokoll als Anlage beizufügen. Insbesondere darf der Betroffene, der die Erteilung einer Abschrift der Entscheidung begehrt, nicht auf den Zeitpunkt nach der Fertigstellung des Protokolls verwiesen werden, denn dadurch kann er unter Umständen in der Wahrnehmung seiner prozessualen Rechte beeinträchtigt werden. Bedenken gegen dieses Verfahren bestehen nicht.“*

Dem ist eigentlich nichts hinzuzufügen, ...

## Abschrift erst mit Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokolls

Hierzu der Becksch'sche zu KurzKommentar zur StPO (Meyer-Goßner/Schmitt, Rn. 6):

*„Ist die Entscheidung in der Hauptverhandlung verkündet worden, so kann die Abschrift erst nach Fertigstellung des Protokolls verlangt werden (RG 44, 53), sofern der Betroffene nicht ein besonderes Interesse an einer früheren Erteilung hat (Mosbacher Miebach-FS 22).“*

Differenzierter SSW-StPO/Mosbacher/Claus, § 35 Rn. 9:

*„Probleme stellen sich bei länger andauernder Hauptverhandlung, weil das Protokoll, das die Entscheidung nebst Begründung enthalten muss (vgl. § 273 Abs. 1), erst nach deren Abschluss fertig gestellt wird und nur diese Fertigstellung die besondere Beweiskraft des § 274 auslöst (vgl. hierzu auch Mosbacher NStZ-Sonderheft Miebach, 2009, 20 [22]). Einen Anspruch auf Abschriften aus dem Protokoll vor dessen Fertigstellung haben die Verfahrensbeteiligten grundsätzlich nicht; der Inhalt des Protokolls steht vor dessen Fertigstellung nicht fest. Daraus ist zu folgern, dass eine Abschrift grundsätzlich erst nach Fertigstellung des Protokolls verlangt werden kann, sofern die Entscheidung in der Hauptverhandlung verkündet wurde (vgl. RGSt 44, 53 [54]). Haben die Betroffenen ein besonderes Interesse an einer früheren Erteilung einer (vorläufigen) Abschrift der ablehnenden Entscheidung, etwa weil es für ihr weiteres prozessuales Verhalten auf die Kenntnis des Wortlauts der Entscheidung ankommt oder diese besonders lang ausfällt, ist ihnen bei mehrtägigen Hauptverhandlungen in der Regel nach Ende des einzelnen Hauptverhandlungstages eine Abschrift zu erteilen (vgl. BGH NStZ 2008, 110). Dies gilt für die meisten Beschlüsse, durch die Beweisanträge mit etwas ausführlicherer Begründung zurückgewiesen werden. Es empfiehlt sich daher, alle bedeutsameren Beschlüsse ohne Verzögerung abzusetzen und dem Protokoll als Anlage beizufügen.“*

aa) Zunächst verwundern die Ausführungen zum Hauptverhandlungsprotokoll. Die Bezugnahme hierauf ist abenteuerlich. Weder gibt der Wortlaut des § 35 StPO einen solchen Bezug her, noch steht die Norm systematisch in Verbindung mit dem Hauptverhandlungsprotokoll.

Zudem gibt es einen eigenständigen Anspruch auf Erteilung einer Abschrift des (fertigen) Protokolls, so dass eine weitere gleichförmige Regelung in § 35 StPO überflüssig wäre.

Viel mehr spricht dafür, dass der Gesetzgeber mit dem Wortlaut des Abs. 1 bezweckt hat, dass die in Satz 2 erwähnte Abschrift sich auf die in Satz 1 erwähnte Entscheidung bezieht.

bb) Noch überraschender ist aber, dass die rechtsbeschränkenden Kommentatoren sich insbesondere auf die Entscheidung RG 44, 53 beziehen.

Wie bereits erwähnt regelt § 35 StPO eine Konkretisierung zur Gewährung rechtlichen Gehörs. Zur einschränkenden Auslegung soll die Rechtsprechung des Reichsgerichts helfen.

Da scheint manchen Kommentatoren entgangen zu sein, dass seit der Entscheidung des Reichsgericht in Deutschland nicht unerhebliche politische und rechtliche Neuerungen stattgefunden haben. Nur zur Erinnerung:

- Die Weimarer Republik wurde mit einem kurzem Intermezzo des Dritten Reichs zur BRD,
- seit 1949 gilt das Grundgesetz,
- kurz gefolgt von der EMRK.

Bekanntlich gab es während der Weimarer Reichsverfassung, also im Zeitpunkt der rechtsbeschränkenden RG-Rechtsprechung, keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser wurde erst mit dem Grundgesetz eingeführt.\*

\* Grabenwarter/Pabel in Grote/Marauhn, EMRK/GG – Konkordanzkommentar; 1. Aufl. 2006, Kap. 14 Rn. 6

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat sich also durch Gesetzesänderung überholt. Die reichsbürgerliche Ignoranz mancher Richter und Kommentatoren demgegenüber muss befremden.

Deswegen ist auch die „vermittelnde“ Ansicht abzulehnen, die sich ebenfalls am Reichsgericht labt. So z.B. SSW-StPO/Mosbacher/Claus, § 35 Rn. 8:

*„Die Abschrift ist dem Betroffenen so schnell wie möglich zu erteilen. Der Betroffene hat indes keinen Anspruch darauf, dass eine mündliche Verhandlung unterbrochen wird, damit eine Abschrift der Entscheidung hergestellt und ihm überreicht wird (RGSt 44, 53 [54]). Die Hauptverhandlung wird vom Grundsatz der Mündlichkeit beherrscht. Den von einer mündlich verkündeten Entscheidung Betroffenen wird zugetraut, dass sie den Inhalt der verkündeten Entscheidung verstehen und ihr Verhalten danach ausrichten. Das Gesetz gibt den Prozessbeteiligten nicht die Befugnis, Unterbrechungen der Hauptverhandlung dadurch herbeizuführen, dass sie durch Anträge den Erlass von Beschlüssen erwirken und dann durch Verlangen von Abschriften dazu nötigen, die Beschlüsse sofort niederzuschreiben und die Anfertigung von Abschriften zu erzwingen (RGSt 44, 53 [54]).“*

Bezeichnend hier der Zirkelschluss in der Argumentation:

- Unbestritten gilt im Strafprozess der Grundsatz der Mündlichkeit.
- Der Gesetzgeber hat im Wissen um das Mündlichkeitsprinzip den § 35 Abs. 1 S. 2 StPO eingeführt.
- Warum deswegen die gesetzliche Anspruchsnorm der Tugend der Mündlichkeit weichen muss, bleibt ein Geheimnis des Kommentators.

## V. Verteidigungsmöglichkeit bei verweigerter/verzögerter Erteilung

Wie so oft, ist die Hoffnung auf einen Erfolg in der Revision beschränkt.

Hierzu beispielhaft aus BGH, Beschluss v. 10.10.2007 – 1 StR 455/07 (NStZ 2008, 110):

*„Die darauf gestützte Rüge der „Behinderung der Verteidigung“ ist gleichwohl unbegründet. Dabei kann offen bleiben, ob sich das Verhalten des Vorsitzenden nach § 338 Nr. 8 StPO (was eher fern liegt, vgl. LR-Hanack 25. Aufl., § 338 Rn 129) oder nach dem Grundsatz des fairen Verfahrens beurteilt (vgl. Senat Ur. v. 10. 5. 1995 – 1 StR 764/94). Das Urteil beruht jedenfalls nicht auf der Weigerung des Vorsitzenden, weil die Möglichkeit eines kausalen Zusammenhangs mit dem Urteil auszuschließen ist.“*

Die Verteidigung wird alle Mittel in der Instanz aufwenden müssen, die ihm zur Verfügung stehen.

- Antrag auf Gerichtsbeschluss gem. § 238 Abs. 2 StPO
- Antrag nach § 33 a StPO (Zulässigkeit strittig)
- Befangenheitsantrag

Diese Schwerter sind leider allesamt abgestumpft. Wie so oft, sorgen die Gerichte dafür, dass das Unrecht dem Recht nicht zu weichen braucht!

## Akteneinsicht in TKÜ-Daten

StPO § 147 Abs. 4 S. 2

### Kein Beschwerderecht der StA gegen die Entscheidung des Richters über den Umfang der Gewährung der Akteneinsicht.

OLG Celle, Beschluss v. 26.08.2016 - 1 Ws 415/16

#### I. Das Problem

Die Entscheidung hat die in der Praxis ebenso wichtige wie kontrovers diskutierte Fragen zum Umgang mit TKÜ-Daten zum Gegenstand. Das „Bedürfnis“ der Strafjustiz, der Verteidigung Akteneinsicht in die Aufzeichnungen der Telefonüberwachung zu erschweren, kann rechtlich nicht überzeugen. Zu diesem Problem nimmt *Dr. Meyer* unter Ziff. V. und VI. Stellung.

Formal beschäftigt sich der 1. Senat des OLG Celle lediglich mit der Frage, ob die Staatsanwaltschaft entgegen § 147 Abs. 4 S. 2 StPO ein Beschwerderecht gegen die Entscheidung des Vorsitzenden hat, Akteneinsicht auch in die TKÜ-Daten zu geben. Hierzu scheint es einen „Hauskampf“ beim OLG Celle zu geben. Zuletzt mit Beschluss vom 5.7.2016 hat der 2. Senat beim OLG Celle die Zulässigkeit der Beschwerde durch die Staatsanwaltschaft bejaht (StraFo 2016, 516).

Die Begründung des 2. Senats ist rechtlich wenig überzeugend und offenbart an einer Stelle die wahren Beweggründe.

„Anders als der Angekl. und sein Verteidiger, die gegebenenfalls im Rahmen eines Revisionsverfahrens eine unzulässige Beschränkung gemäß § 338 Nr. 8 StPO geltend machen können, ist der Staatsanwaltschaft eine solche revisionsrechtliche Überprüfung zum Nachteil des Angeklagten versagt.“

Es geht also nicht um die vielbemühten Rechte Dritter, die es zu schützen gilt, sondern um eine bewußte Informationsbeschränkung zum Nachteil der Angeklagten.

Und damit sind wir wieder beim ersten Problemkreis.

Alle vorgeschobene Gründe für die Verweigerung der „umfassenden“ Akteneinsicht werden im Aufsatz von *Wettley/Nödling* (Akteneinsicht in Telekommunikationsdaten, NStZ 2016, 633) demontiert.

#### II. Zur Ausgangslage

Den Angeklagten werden Verbrechen gegen das BtMG zur Last gelegt und sie befinden sich in Untersuchungshaft. Die Staatsanwaltschaft Hannover übersandte nach Anklageerhebung an das Landgericht Hannover vier externe Festplatten. Das auf den Festplatten gespeicherte Gesamtdatenvolumen von insgesamt etwa 4,9 Terabyte bezog sich insbesondere auf das Ergebnis diverser TKÜ- sowie Observationsmaßnahmen, die während der Ermittlungen über mehrere Monate durchgeführt worden waren. Nach dem Eingang der Festplatten verwies der Vorsitzende die Verteidiger zunächst auf die Einsichtnahmemöglichkeit in den Diensträumen des Landgerichts, woraufhin die Verteidigung beantragte, ihr gespiegelte Dateien in geeigneter Form zu überlassen. Darauf entschied der Vorsitzende – vorbehaltlich des Ausgangs eines staatsanwaltschaftlichen Beschwerdeverfahrens – entsprechende Festplatten mit gespiegelten Daten an die Verteidigung herauszugeben. Erwartungsgemäß erhob die zuständige Staatsanwaltschaft eine von der Generalstaatsanwaltschaft mitgetragene Beschwerde, die mit Beschluss des OLG Celle vom 26.08.2016 als unzulässig zurückgewiesen wurde. Daraufhin stellte das Gericht der Verteidigung die gespiegelten Daten zur Verfügung.



## III. Zum Sachverhalt

Mit Schriftsatz vom 28. Juli 2016 beantragte der Verteidiger des Angeschuldigten C. C., Rechtsanwalt N., ihm die auf den Festplatten befindlichen Dateien in geeigneter Form zur Einsichtnahme in seiner Kanzlei zur Verfügung zu stellen.

Hieraufhin stellte der Vorsitzende mit Entscheidung vom 29. Juli 2016 fest, dass er beabsichtige, Doppel der vorgenannten vier Festplatten zu erstellen und diese den Verteidigern im Falle eines Antrages zur Einsichtnahme in die dortigen Geschäftsräume zu übersenden.

Es wird den Verteidigern aufgegeben, diejenigen Dateien, welche Beweisstücke enthalten, weder zu vervielfältigen, noch diese in der ihnen übersandten Form den Beschuldigten oder dritten Personen zu überlassen oder den vorgenannten Personen in ihrer Abwesenheit Einsicht zu gewähren. Dies begründete der Vorsitzende in Form einer Abwägung der im vorliegenden Einzelfall betroffenen Interessen.

Er gewährte der Staatsanwaltschaft Hannover jedoch Gelegenheit zur Stellungnahme, ob in begründeten Einzelfällen einzelne Dateien von der Übersendung in die Geschäftsräume auszunehmen seien, und setzte hierfür eine Frist bis zum 5. August 2016.

Gegen diese Entscheidung des Vorsitzenden richtet sich die Beschwerde der Staatsanwaltschaft Hannover vom 2. August 2016.

Zur Begründung führt sie aus, dass die Überlassung der Dateien in die Kanzleiräume der Verteidiger den Eingriff in die Grundrechte unbeteiligter Dritter vertiefen würde. Die Daten seien dann der Kontrolle der Staatsanwaltschaft entzogen und diese könnte der ihr gem. § 101 Abs. 8 Satz 1 StPO übertragenen Löschungspflicht nicht mehr nachkommen.

Die Überlassung sei auch nicht aufgrund des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen und der Grundsätze eines fairen Verfahrens geboten, weil die Verteidigung bereits seit Erhalt des elektronischen Aktendoppels am 16. Februar 2016 gewusst habe, dass Telekommunikation überwacht und Videoaufzeichnungen angefertigt wurden. Obwohl der Verteidigung seit diesem Zeitpunkt bekannt gewesen sei, dass hierzu notwendigerweise Aufzeichnungen vorliegen müssen, hätten sich die Verteidiger nicht um eine Einsichtnahme bemüht. Daher müsse es ausreichen, die Dateien in den Räumen der Justizbehörden einsehen zu können.

Der Vorsitzende half der Beschwerde nicht ab und legte die Sache dem Senat zur Entscheidung vor.

Die Generalstaatsanwaltschaft beantragt, auf die Beschwerde der Staatsanwaltschaft die Entscheidung des Vorsitzenden vom 29. Juli 2016 aufzuheben.

## IV. Aus den Gründen

Die Beschwerde ist unzulässig.

Die Entscheidung des Vorsitzenden über die Art und Weise der Gewährung von Akteneinsicht unterliegt gem. § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO keiner Anfechtung.\*

\* Hanseatisches OLG, Beschluss vom 27.5.2016 - 2 Ws 88/16 -, zitiert nach juris; OLG Frankfurt, StV 2016, 148; vgl. a. schon OLG Stuttgart NSStZ-RR 2013, 217; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl., Rn 32 zu § 147.

Nach § 147 Abs. 4 Satz 1 StPO sollen dem Verteidiger, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen, die Akten mit Ausnahme der Beweisstücke zur Einsichtnahme in seine Geschäftsräume oder in seine Wohnung mitgegeben werden. Nach Satz zwei dieser Vorschrift ist die Entscheidung nicht anfechtbar. Dieser Ausschluss der Anfechtbarkeit bezieht sich entgegen verbreiteter Rechtsprechung\* nicht allein auf Rechtsmittel

des Angeklagten, sondern statuiert eine allgemeine Regelung, die auch Beschwerden der Staatsanwaltschaft erfasst.

- \* vgl. OLG Celle, 2. Strafsenat, Beschluss vom 5. Juli 2016 - 2 Ws 11/16; OLG Celle, 2. Strafsenat, NStZ 2016, 305; Hanseatisches OLG, Beschluss vom 16.2.2016 - 3 Ws 11-12/16 -, zitiert nach juris; OLG Nürnberg, StraFo 2015, 102; OLG Karlsruhe, NJW 2012, 2742; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 5.4.2007 - 1 Ws 42-43/07 -, zitiert nach juris; KG, NStZ-RR 2016, 143; OLG Frankfurt, NJW-Spezial 2014, 25.

1. Für dieses Verständnis streitet zunächst der Wortlaut der Vorschrift. Diese differenziert gerade nicht nach möglichen Anfechtungsberechtigten.

Auch der systematische Zusammenhang der Vorschrift belegt nichts Gegenteiliges. Zwar bezieht sich der Anfechtungsausschluss auf den vorgenannten Antrag des Verteidigers. Da die Entscheidung über die Gewährung von Akteneinsicht stets einen entsprechenden Antrag voraussetzt, kann aus dem Zusammenspiel der beiden Sätze jedoch nicht der Ausschluss der Anfechtbarkeit nur für den Angeklagten hergeleitet werden (so aber OLG Celle, a.a.O.).

Bei dieser Bewertung braucht der Senat nicht zu entscheiden, ob die auf den Festplatten befindlichen Dateien als Beweisstücke\* oder - wozu der Senat tendiert - als sonstige Aktenbestandteile einzuordnen sind\*\*.

- \* BGH NStZ 2014, 347; OLG Nürnberg, Beschluss wistra 2015, 246; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. Mai 2012 - 2 Ws 146/12 -, zitiert nach juris.
- \*\* so auch OLG Stuttgart in OLGSt § 58a Nr. 1; Pfeiffer § 147 Rn. 6; offen lassend OLG Celle, Beschluss vom 24. Juli 2015 - 2 Ws 116/15 - auszugsweise abgedruckt in NStZ 2015, 305; Hanseatisches OLG, Beschluss vom 16. Februar 2016 - 3 Ws 11-12/16 -; Hanseatisches OLG, Beschluss vom 27. Mai 2016 - 2 Ws 88/16.

Denn nach Wortlaut und Wortsinn erfasst der Ausschluss der Anfechtbarkeit gem. § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO sowohl die Entscheidung, ob die fraglichen Gegenstände dem Verteidiger in seine Kanzleiräume übersandt

werden, als auch auf die regelmäßig damit zusammen treffende Bewertung herausgegebener Sachen als Beweisstücke oder sonstige Aktenbestandteile.

2. Die anerkannten juristischen Auslegungsmethoden streiten ebenfalls nicht für ein Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft, sondern bestätigen das vorgefundene Ergebnis:

a) Die historische Auslegung lässt nicht den Schluss auf ein vom Gesetzgeber intendiertes Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft zu. In der Begründung des Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes heißt es zu § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO lediglich:

*„Die richterliche Entscheidung über einen Antrag nach Abs. 4 soll nicht mit der Beschwerde (§ 304) angefochten werden können. Hat der Staatsanwalt im vorbereitenden Verfahren entschieden, so wird die Möglichkeit, dagegen Dienstaufsichtsbeschwerde einzulegen, durch Abs. 4 Satz 2 nicht eingeschränkt“*  
BT-Drucksache 4/178, Seite 32.

Aus dieser knappen Begründung lassen sich somit keine Hinweise auf den Willen des historischen Gesetzgebers zur Begründung eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft gewinnen.

b) In gleicher Weise sind keine systematischen, aus einem Vergleich mit strukturell ähnlich gelagerten Regelungen der Strafprozessordnung erkennbaren, Gründe für einen nur partiellen Anfechtungsausschluss erkennbar. In diesem Zusammenhang ist § 406e StPO in den Blick zu nehmen. Durch diese Vorschrift, die durch das erste Gesetz zur Verbesserung der Stellung des Verletzten im Strafverfahren am 1. April 1987 eingefügt wurde, wird das Akteneinsichtsrecht des durch die Straftat Verletzten geregelt. § 406e Abs. 3 StPO wiederholt hier wortgleich die Regelung des § 147 Abs. 4 StPO, mit der einzigen Ausnahme, dass dort statt von dem „Verteidiger“ von dem „Rechtsanwalt“ die

Rede ist. In der Begründung dieser Vorschrift heißt es:

„Wird diese Entscheidung von einem Gericht getroffen, so besteht für ein Rechtsmittel kein zwingender Grund; im Interesse der Verfahrensökonomie soll die Entscheidung unanfechtbar sein“  
BT-Drucksache 10/5305, Seite 18.

An dieser Stelle hat der Gesetzgeber damit unzweifelhaft zum Ausdruck gebracht, dass dem Interesse der Verfahrensökonomie Vorrang vor einer umfassenden Rechtskontrolle durch Etablierung eines Instanzenzuges eingeräumt wird.

c) In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass ein Instanzenzug von Verfassungen wegen nicht vorausgesetzt\* und auch nicht vom Fairnessgebot in Strafsachen gem. Art. 6 EMRK gefordert wird\*\*.

\* BVerfGE 65, 76 (90); 96, 27 (39); 104, 220 (231); Schmidt-Aßmann in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Lfg. 48, Stand November 2011, Art. 103 Rn. 26; Degenhart in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 103 Rn. 48.

\*\* BVerfGE 118, 212, (235).

Aus der grundlegenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Wohnraumüberwachung ergibt sich nichts anderes, weil dort allein die Verpflichtung zur Einschaltung eines Gerichts statuiert wird (BVerfGE 109, 279, Rn. 199-201).

Der Überlassung der Dateien in die Kanzleiräume der Verteidiger geht nach § 147 Abs. 4 StPO die Entscheidung des Vorsitzenden des Spruchkörpers voraus. Damit ist ein Richter vorbehalt installiert. Hierdurch wird der Schutz der Rechte der von einer Telekommunikationsüberwachung oder der Videographie einer Observation zufällig Drittbetroffenen wirksam gewährleistet. Für eine Kontrolle dieser richterlichen Entscheidung durch die Staatsanwaltschaft besteht vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen keine Notwendigkeit. Insbesondere kann die Erforderlichkeit einer solchen Kontrollmöglichkeit nicht aus § 101 Abs. 8 StPO hergeleitet werden (a.A. OLG

Celle, a.a.O.). Durch diese Norm wird die Staatsanwaltschaft lediglich strikt zur Löschung der bei ihr vorrätigen, zur Strafverfolgung und für eine etwaige gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlichen personenbezogenen Daten verpflichtet. Eine weitergehende Ermächtigung, für eine umfassende Einhaltung dieser Vorschrift hinsichtlich solcher Daten Sorge zu tragen, die Dritten rechtmäßiger Weise überlassen werden, besteht dagegen nicht (vgl. Knauer/Pretsch, NStZ 2016, 307).

In diesem Zusammenhang ist zudem zu berücksichtigen, dass dem Verteidiger auch im Falle der Inaugenscheinnahme der Dateien in Räumen der Justizverwaltung das Recht zusteht, Aufzeichnungen zu fertigen oder Lichtbilder herzustellen (vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 58. Aufl. 2015, § 147 Rn. 19 m.w.N.). Daher wäre auch in diesem Falle die Beeinträchtigung der Rechte Dritter durch Verbreitung der Daten niemals völlig auszuschließen.

Daraus folgt, dass für eine verfassungskonforme Auslegung des § 147 Abs. 4 Satz 2 StPO dahingehend, dass der Anfechtungsausschluss nicht für die Staatsanwaltschaft wirkt (vgl. OLG Celle, 2. Strafsenat a.a.O.), kein Anlass besteht.

d) Schließlich fordert auch die Symmetrie der Anfechtungsmöglichkeiten der Staatsanwaltschaft mit denen des Angeklagten keine Rechtsmittelbefugnis der erstgenannten. Im Falle der Statthaftigkeit einer Beschwerde der Staatsanwaltschaft wäre diese vielmehr gegenüber dem Angeklagten deutlich bevorzugt. Während die Beschwerde nach § 304 StPO keinen formalen Beschränkungen unterliegt, kann der Angeklagte die unterlassene Übersendung der Dateien in die Kanzleiräume seines Verteidigers nur mittels der - äußerst strengen Anforderungen unterliegenden - Revisionsrüge nach § 338 Nr. 8

StPO angreifen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 11.2.2014 - 1 StR 355/13).

Im Übrigen belegt zum Beispiel die Norm des § 339 StPO, dass die Strafprozessordnung auch sonst nicht von einem Gleichlauf der Anfechtungsmöglichkeiten von Angeklagtem und Staatsanwaltschaft ausgeht. So versagt diese Vorschrift der Staatsanwaltschaft, eine Revision zu Ungunsten des Angeklagten nur auf die Verletzung solcher Rechtsnormen zu stützen, die nur in dessen Interesse gegeben sind. Dort geht somit die Anfechtungsmöglichkeit des Angeklagten weiter als die der Staatsanwaltschaft.

## V. Anmerkung

So sehr die Entscheidung des Vorsitzenden der Strafkammer im Einzelfall erfreulich gewesen ist, so sehr steht dessen ungeachtet zu befürchten, dass mit der Celler Entscheidung einer bedenklichen Entwicklung in der obergerichtlichen Rechtsprechung bei der Frage der Herausgabe von TKÜ-Daten nicht Einhalt geboten wird.

Sowohl das Oberlandesgericht Nürnberg als auch das Oberlandesgericht Celle haben nämlich bereits 2015 entschieden, dass kein Anspruch des Angeklagten besteht, die im Rahmen einer Telekommunikationsüberwachung aufgezeichneten TKÜ-Daten an die Verteidigung zu treuen Händen in deren Büroräume zu übergeben\*

\* vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 11.02.2015 - 2 Ws 8/15 [StraFo 2015, 102]; OLG Celle, Beschluss vom 24.07.2015 - 2 Ws 116/15 [NSTz 2016, 315].

Nach Ansicht des Oberlandesgerichts Nürnberg gebe die Regelung des § 147 Abs. 4 S. 1 StPO nicht nur keinen Anspruch des Verteidigers auf Herausgabe derartiger Daten, sondern stelle (entgegen der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs) sogar ein Verbot für die Herausgabe der Daten dar.

Auch wenn das Oberlandesgericht Celle bei der Frage des Verbotes (wohl) eine gemäßigte Auffassung vertritt, sind sich die Oberlandesgerichte in beiden Entscheidungen einig, dass ein „abstraktes Missbrauchsrisiko“ in der Sphäre der Verteidigung sowie Persönlichkeits- und Datenschutzrechte Dritter einer Herausgabe der Daten an die Verteidiger entgegensteht. Darüber hinaus verweist das Oberlandesgericht Celle im Beschluss vom 24.07.2015 ausdrücklich auf eine bestehende Darlegungspflicht der Verteidigung, wieso das Besichtigungsrecht nicht ausreichend sein soll.

Die beiden Oberlandesgerichte meinen offensichtlich, sich nach dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 11.02.2014 (1 StR 355/15 [BGH NSTz 2014, 347]) bei der restriktiven Auslegung des Einsichts-/ Besichtigungsrechts auf der sicheren Seite zu wissen. Danach unterliegen aufgezeichnete Daten einer Telekommunikationsüberwachung zwar insgesamt dem Recht auf Akteneinsicht und Besichtigung gemäß § 147 Abs. 1 StPO, jedoch beschränkt sich das Recht bei Tonaufzeichnungen wegen ihrer Qualität als Beweisstücke (des Augenscheins) nach § 147 Abs. 4 S. 1 i. V. m. § 147 Abs. 1 StPO „auf die Besichtigung am Ort ihrer amtlichen Verwahrung“.

Einschränkend verweist der 1. Strafsenat jedoch auf Ausnahmefälle, in denen die bloße Besichtigung zu Informationszwecken nicht ausreichend sein könnte, weswegen „im Einzelfall“ zur Gewährleistung einer angemessenen Verteidigung und eines fairen Verfahrens ein Anspruch auf Anfertigung und Überlassung einer Kopie begründbar sein könnte (vgl. BGH a. a. O.).

Der 1. Strafsenat hat mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 2014 letztendlich mit der verteidigerfreundlichen Rechtsprechung des 3. Strafsenats (Urt. v. 18.06.2009 - 3 StR 89/09 [StV 2010, 228]) gebrochen, wonach der 3.

Strafsenat im Rahmen eines obiter dictums zumindest noch eine beachtliche Verletzung des Akteneinsichtsrechts bei verspäteter Hergabe von TKÜ Daten angenommen hat.

Es musste nicht viel Zeit vergehen, bis die vom 1. Strafsenat im Jahr 2014 aufgestellten Entscheidungsgrundsätze (Augenscheinnahme von TKÜ Daten am Ort ihrer amtlichen Verwahrung) in der obergerichtlichen Rechtsprechung implementiert wurden\*

\* vgl. OLG Nürnberg a.a.O., OLG Celle a.a.O.; vgl. auch Wettley/Nöding NSTZ 2016, 633 m.w.N. zur aktuellen obergerichtlichen Rechtsprechung.

Allerdings zeichnet sich in der jüngsten tatrichterlichen Praxis eine Entwicklung ab, doch vermehrt von Möglichkeit einer „Einzelfallregelung“ Gebrauch zu machen, die nach der Entscheidung des 1. Strafsenats (entgegen OLG Nürnberg) eine Herausgabe kopierter Dateien in begründeten Ausnahmefällen zulässt. Infolgedessen konnte auch das OLG Celle im Jahr 2016 seine im Jahr 2015 entstandene Rechtsprechung fortentwickeln, wonach nunmehr (entgegen der Celler Entscheidung im Jahr 2015) der Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht gegen entsprechende, „verteidigerfreundliche“ Entscheidungen aberkannt worden ist, die Daten in gespiegelter Form herauszugeben (vgl. ebenso HansOLG Hamburg StraFo 2016, 344).

## VI. Konsequenzen für die Praxis

An der eigentlichen Problematik hat sich auch nach den jüngst ergangenen Entscheidungen zur Zulässigkeit einer staatsanwaltschaftlichen Beschwerde nichts geändert. Vielmehr bleibt es dabei, dass sich die Verteidigung bei der Frage, ob TKÜ-Dateien herausgegeben werden können, mit dem generell formulierten Vorwurf einer „Missbrauchsfahr“ auseinandersetzen hat. Die Verteidigung muss sich dement-

sprechend fortgesetzt die Frage stellen, wie man sich in der Praxis gegenüber dem abstrakt/generell formulierten, fortbestehenden Vorwurf der anwaltschaftlichen Unzuverlässigkeit verhält.

Gegen den Einwand eines bloßen Besichtigungsrechtes von Beweisstücken verhält sich das HansOLG Hamburg im Beschluss vom 27.05.2016 - 2 Ws 88/16 (StraFo 2016, 344 f.), wonach es sich bei Kopien von Audiodateien im Gegensatz zu Originaltonaufzeichnungen (vgl. hierzu Wettley/Nöding NSTZ 2016, 633, 634) um sogenannte „sonstige Aktenbestandteile“ mit der Folge eines Akteneinsichtsrechts handelt. Folglich ist bei der Duplizierung von Daten eine Substanzgefährdung des originären Beweismittels oder gar ein vollständiger Beweismittelverlust ausgeschlossen.

Der weitere Einwand der Unzuverlässigkeit eines ganzen Berufsstandes im Sinne eines abstrakten Missbrauchsrisikos wiegt schwer und definiert eine vornehme, aber auch dringliche Aufgabe der Verteidigung, auf die Zurücknahme dieses („erstaunlichen“) Vorwurfs mit Nachdruck hinzuwirken.

Die Verteidigung ist zuverlässig - auch als Organ der Rechtspflege. Immerhin wird ein staatlich gebundener Vertrauensberuf mit amtsähnlicher Stellung ausgeübt (vgl. Wettley/Nöding NSTZ 2016, 633, 635 m. w. N.). Deswegen erhält die Verteidigung seit Jahrzehnten völlig problemlos zur Wahrung einer effektiven Jurisprudenz die Ermittlungsakten im Original gem. § 147 Abs. 1, Abs. 4 StPO zu treuen Händen. Nichts anderes kann und darf für die Kopien von Telekommunikationsaufzeichnungen gelten.

Überdies wird (spätestens) in der Hauptverhandlung Überzeugungsarbeit geleistet werden müssen, dass die Gewährung einer in Augenscheinnahme „am Ort ihrer amtlichen Verwahrung“ eine ordnungsgemäße, sachgerechte sowie „waffengleiche“ Durchfüh-

zung der Verteidigung geradezu unmöglich macht. Eine detaillierte Dokumentation der anwaltlichen Verteidigungsarbeit und die dadurch offenbarte Unmöglichkeit der vollständigen Kenntnisnahme eröffnet weitergehende Möglichkeiten (z.B. Fristverlängerungsanträge gemäß § 201 StPO im Zwischenverfahren sowie Aussetzung des Verfahrens in der Hauptverhandlung).

Und schlussendlich ist (nicht nur in der Tatsacheninstanz) der Anspruch aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 b EMRK einzufordern, wonach bei Gewährung des Akteneinsichtsrechts und des Rechts auf Besichtigung amtlich verwahrter Beweisstücke der Verteidigung auch in zeitlicher Hinsicht ausreichende Gelegenheit gegeben werden muss, in die Akten und Beweismittel Einblick nehmen zu können (vgl. EGMR, Urteil vom 12.03.2003 - 46221/99 "Öcalan ./ Turkey" Abs. 166-169). Unweigerlich stellt sich die Frage, ob die vom 1. Strafsenat im Jahr 2014 aufgestellten Grundsätze einer Überprüfung beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Stand hielten.

## Mit Logik kann man alles beweisen.

Saarl.OLG, Beschluss v. 17.10.2016 - Ss 46/2016 (40/16)

### I. Aus den Gründen

Ergänzend ist lediglich anzumerken:

1. Die Generalstaatsanwaltschaft hat zutreffend angenommen, dass der Angeklagte mit der erhobenen Verfahrensrüge des Verstoßes gegen ein Beweisverwertungsverbot bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil der in der Berufungshauptverhandlung vom 7. März 2016 verteidigte Angeklagte der Verwertung der vorangegangenen Beweiserhebung – hier: Inaugenscheinnahme der

Resümierend bleibt festzuhalten, dass mit der Entscheidung des OLG Celle vom 26.08.2016 die Entscheidungsbefugnis des Vorsitzenden zwar gestärkt worden ist, jedoch Verteidigungsrechte - insbesondere das Recht aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 b EMRK - nach wie vor empfindlich ausgehöhlt werden können.

Unter Hinweis auf den Grundsatz der Verfahrensfairness bemerken Wettley/Nöding (a.a.O., 639) völlig zu Recht: „Wenn die Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Strafverfolgung Daten generieren, so kann nachfolgend der Umgang mit diesen Daten nicht zu Lasten der Verteidigung beschränkt werden“.

Hier gilt es für die Verteidigung, „Flagge zu zeigen“ und für uneingeschränkte Beschuldigtenrechte zu kämpfen.

Dr. Jürgen Meyer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Verden

Darstellung des Problems und Bearbeitung der Entscheidung:

Sascha Petzold, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

Videoaufzeichnungen von vier Überwachungskameras, die das Tatgeschehen in dem Geschäft „Tabak-Lotto-Frank“ in Neunkirchen aufgezeichnet haben – nicht bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt widersprochen hat.

vgl. BGHSt 38, 214, 225 f.; Senatsbeschluss vom 13. November 2013 - Ss 85/2013 (48/13) –; Löwe-Rosenberg/Gössel, StPO, 26. Aufl., Einl. Abschn. L Rn. 28, 31.

Entgegen der von dem Verteidiger in der Gegenerklärung weiterhin vertretenen Auffassung stehen dem Widerspruchserfordernis auch nicht die in §§ 4 Abs. 1, 4a Abs. 1 Satz 1 BDSG getroffenen Regelungen entgegen. Insbesondere lässt sich jenen Regelungen nicht entnehmen, dass der

Gesetzgeber an die Stelle der – vom Bundesverfassungsgericht gebilligten (vgl. BVerfG NStZ 2012, 496, 499) – Widerspruchslösung „das Einwilligungserfordernis gesetzt“ hat.

Das folgt schon daraus, dass die genannten Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes – anders als etwa die von dem Verteidiger in der Gegenerklärung für seine Auffassung herangezogene Bestimmung des § 136a Abs.3 Satz 2 StPO – an die rechtswidrige Erhebung oder Erlangung von Informationen gerade kein von der Einwilligung des Betroffenen unabhängiges Verwertungsverbot knüpfen.

Im Übrigen bestehen ungeachtet der Frage der Rechtmäßigkeit der Beweiserhebung an der Zulässigkeit der Beweisverwertung keine Bedenken. Die Videoaufzeichnungen dokumentieren unmittelbar die dem Angeklagten zur Last liegende Tat, deren vollständige Aufklärung im besonderen öffentlichen Interesse liegt.

Der absolut geschützte Kernbereich der Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG) ist durch eine solche Verwertung nicht berührt und das öffentliche Interesse an einer umfassenden Aufklärung der Straftat überwiegt die schutzwürdigen Belange des Angeklagten.

vgl. BGH, Urt. vom 22.12.2011 - 2 StR 509/10, BGHSt 57, 71; Urt. v. 07.01.2016 - 2 StR 202/15, StraFo 2016, 168 f., juris Rn. 46.

Bei dieser Sachlage scheidet die Annahme eines Beweisverwertungsverbots aus.

2. Die Verfahrensrüge, das Landgericht habe seine Überzeugung von der (Mit-) Täterschaft des Angeklagten unter Verstoß gegen § 261 StPO deshalb nicht aus dem Inbegriff der Berufungshauptverhandlung geschöpft, weil die Videoaufzeichnungen und die daraus gefertigten Videoprints nicht in Anwesenheit des Zeugen PK H. in Augenschein genommen worden seien, ist – ungeachtet

der von der Generalstaatsanwaltschaft geäußerten Zweifel an der Zulässigkeit der Rüge – jedenfalls unbegründet.

Denn hiermit wird nicht geltend gemacht, dass die im Berufungsurteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Berufungshauptverhandlung verwendeten Beweismittel und nicht durch Vorgänge gewonnen worden seien, die zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehören (vgl. Meyer-Goßner / Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 261 Rn. 38a m. w. N.). Insbesondere wird nicht geltend gemacht, dass die Videodatei nicht in Augenschein genommen oder der Zeuge nicht vernommen worden sei.

3. Die Sachrüge ist ebenfalls unbegründet. Auch mit den Einzelausführungen zur Sachrüge vermag der Revisionsführer materiellrechtliche Fehler des angefochtenen Urteils, namentlich eine lückenhafte Beweiswürdigung (vgl. hierzu Meyer-Goßner / Schmitt, a. a. O., § 261 Rn. 38, § 337 Rn. 27), nicht aufzuzeigen.

a) Die von der Revision vermissten näheren Angaben dazu, auf welche Weise der Angeklagte als Täter identifiziert worden ist, waren im vorliegenden Fall entbehrlich, weil der Angeklagte eingeräumt hat, dass er im maßgeblichen Tatzeitraum (BU 11) im Verkaufsraum des Geschäfts „Tabak-Lotto-Frank“ in Neunkirchen war, sich dort von der Verkäuferin beraten ließ und die Verkäuferin in dieser Zeit nur mit einer weiteren Kundin beschäftigt war (BU 13), dies mit der Aussage der Verkäuferin, der Zeugin De Marino, übereinstimmt (BU 16 f.) und sich in diesem Zeitraum nach den getroffenen Feststellungen außer dem Angeklagten – der unbekannt gebliebene Mittäter ging von der Verkäuferin unbemerkt durch das Ladengeschäft in den hinter dem Verkaufsraum gelegenen Büro- und Lagerraum – keine andere männliche Person im Verkaufsraum befand, die hierfür in Frage käme (BU 11 f.).

Eine Identifizierung des Angeklagten aufgrund (erstmaligen oder wiederholten) Wiedererkennens in der (Berufungs-) Hauptverhandlung durch die Zeugin oder anhand eines Vergleichs der in der Videodatei im Verkaufsraum des Geschäfts erkennbaren männlichen Person mit dem in der Berufungshauptverhandlung anwesenden Angeklagten war daher nicht erforderlich. Vielmehr war allein die Frage der Tatbeteiligung des Angeklagten an dem von dem unerkannt gebliebenen Dritten verübten Diebstahl problematisch.

b) Auch die Rüge, es bleibe offen, wie das Landgericht zu dem Ergebnis gelangt ist, der Angeklagte habe mit Wissen und Wollen sämtlicher Tatumstände sowie in der Absicht gehandelt, dass sich zumindest sein unbekannter Mittäter die Beute rechtswidrig zueignen sollte, ist unbegründet. Die Revision lässt unberücksichtigt, dass das Landgericht ausweislich der Gründe des angefochtenen Urteils (BU 19 f.) ausführlich aufgrund einer wertenden Gesamtbetrachtung aller maßgebenden Umstände eine Mittäterschaft des Angeklagten angenommen und diese von der Beihilfe abgegrenzt hat (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 25 Rn. 25).

4. Schließlich geht die Annahme des Verteidigers, der Umfang der Begründung des Antrags der Generalstaatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 StPO (rund 18 Seiten) stehe einer Verwerfung der Revision nach dieser Vorschrift als offensichtlich unbegründet entgegen, fehl. Ebenso wenig wie etwa der besondere Umfang der Revisionsbegründung und die große Anzahl der Verfahrensrügen für sich ein Hindernis für das Verfahren nach § 349 Abs. 2, Abs. 3 StPO bedeuten (vgl. BGH NStZ-RR 2000, 295 bei Kusch; Meyer-Goßner / Schmitt, a. a. O., § 349 Rn. 10), ist allein der besondere Umfang der Begründung des Antrags der Generalstaatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 StPO ein taugliches Kriterium dafür, ob die

Revision „offensichtlich“ unbegründet ist, zumal der Umfang der Antragsbegründung der Generalstaatsanwaltschaft regelmäßig – und so auch hier – vom Umfang der Revisionsbegründung abhängt.

Eine Revision ist vielmehr dann „offensichtlich“ unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO, wenn für jeden sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler aufweist und die Rügen des Revisionsführers dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg verhelfen können (vgl. BVerfG NStZ 2002, 487, 489; Meyer-Goßner / Schmitt, a. a. O., § 349 Rn. 10).

Das ist hier der Fall.

## II. Anmerkung

*Mit Logik kann man alles beweisen.*

Kurt Tucholsky

Vor dem die nachfolgende Entscheidungskritik einleitenden ‚aber‘ kommt die Anerkennung dafür, dass der Strafsenat des Saarländischen Oberlandesgerichts die Gründe, die für seinen Verwerfungsbeschluss maßgeblich waren, im Rahmen einer ausführlichen Beschlussbegründung mitgeteilt und die Revision gerade nicht ohne Begründung mit einem ‚Fünfzeiler‘ verworfen hat. Nur dadurch ist diese Anmerkung möglich.

Und jetzt zum ‚aber‘:

Die Revision hatte beanstandet, dass das Landgericht die Rechtmäßigkeit einer privaten Videoüberwachung, durch die der Angeklagte der Tatbeteiligung überführt worden sein soll, nicht geprüft hat und dazu vorgetragen, dass die Verwertung einer rechtswidrig erhobenen Videoaufzeichnung von der Einwilligung des Betroffenen/ Angeklagten abhängig ist. Deswegen hätte das Landgericht prüfen müssen, ob die Videoüberwachung rechtmäßig war. Der



Instanzverteidiger hatte allerdings der Einführung der Videoaufzeichnungen im Rahmen der Beweisaufnahme der Verwertung nicht widersprochen.

Personenbezogene Videoüberwachung ist nur unter den Voraussetzungen des § 6b BDSG zulässig. Das BDSG enthält in § 4 I ein den Umgang mit rechtswidrig erhobenen personenbezogenen Daten betreffendes absolutes Beweisverbot.

Außerhalb gesetzlicher Ermächtigungen dürfen personenbezogene Daten danach nur erhoben, verarbeitet und genutzt werden, wenn der Betroffene in einer den Voraussetzungen des § 4a BDSG genügenden Weise (qualifiziert) einwilligt.

Bei absoluten Beweisverboten wie dem in § 4 BDSG entfällt nach h. M. das Widerspruchserfordernis. Der Gesetzgeber hat in diesen Fällen an die Stelle des Widerspruchserfordernisses zumeist die Einwilligung des Betroffenen gesetzt.

Das Saarl.OLG hält dem gegenüber in der hier zu besprechenden Entscheidung an der Widerspruchslösung fest. Dass den §§ 4 I, 4a I 1 BDSG nicht die Einwilligung als Voraussetzung der Verwertung zu entnehmen sei, folge, so das Saarl.OLG daraus, „dass die genannten Bestimmungen des BDSG (...) an die rechtswidrige Erhebung oder Erlangung von Informationen gerade kein von der Einwilligung des Betroffenen unabhängiges Verwertungsverbot knüpfen.“

- Die doppelte Verneinung, die Schüler im Besinnungsaufsatz ‚nie nicht‘ verwenden sollen, wird dem Strafsenat hier zum Debakel. Von der doppelten Verneinung entkleidet lautet die der Begründung des Senats zu entnehmende Aussage nämlich: Dass kein Einwilligungserfordernis besteht, folgt schon daraus, dass die genannten Bestimmungen des BDSG an die rechtswidrige Erhebung oder Erlangung ein von der Einwilligung des

Betroffenen abhängiges Verwertungsverbot knüpfen.

Zunächst: Wenn das Verwertungsverbot von der Einwilligung abhängt, dann besteht offenbar doch ein Einwilligungserfordernis, wenn auch in einem anderen Sinn. Dem Saarl.OLG ist womöglich ein Lapsus Linguae unterlaufen.

Die Aussage ist dessen ungeachtet absurd im Sinne von sinnwidrig; ein Verwertungsverbot wird natürlich nicht durch die Einwilligung des Betroffenen aktiviert. Die Einwilligung in ein Verwertungsverbot wäre - wenn es sie denn gäbe - etwas anderes als der Widerspruch gegen die Verwertung.

So ist etwa die Verlesung einer Vernehmungsniederschrift, durch die die persönliche Vernehmung ersetzt wird, von dem Einverständnis/der Einwilligung des Staatsanwalts, des Verteidigers und des Angeklagten abhängig (§ 252 I Nr. 1 StPO).

Vormals konnte von der Vereidigung eines Zeugen abgesehen werden, wenn alle Verfahrensbeteiligten einwilligten. Das Einwilligungserfordernis setzt mithin die Abgabe einer die unzulässige Prozesshandlung zulassenden Erklärung voraus, während das vom Widerspruch abhängige Beweisverwertungsverbot erst durch die Erklärung des Widerspruchs aktiviert wird; der Angeklagte wird in diesem Fall nicht gefragt, ob er mit der Prozesshandlung einverstanden ist.

Das Gericht müsste, wenn die Ausführungen des Saarl.OLG zuträfen, beim Angeklagten anfragen, ob er mit dem vom Gesetz vorgesehenen Verbot in die Verwertung unter Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gewonnener Daten einwilligt. Mehr bizarr geht nicht.

Das Saarl.OLG bezieht sich bei seiner vorstehend zitierten Begründung auf „die genannten Bestimmungen des BDSG“. Von

der Revision genannt waren die §§ 4 I, 4a BDSG. Würde die Wendung ‚die genannten Bestimmungen‘ durch den Wortlaut dieser Vorschrift ersetzt werden, ergäbe sich folgende Formulierung:

»Dass kein Einwilligungserfordernis besteht, folgt schon daraus, dass § 4 I BDSG - wonach die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit ... der Betroffene einwilligt [§ 4a I 1 BDSG] - an die rechtswidrige Erhebung oder Erlangung kein von der Einwilligung des Betroffenen unabhängiges Verwertungsverbot knüpfen.«

Zwischenergebnis: Dass kein Einwilligungserfordernis besteht, folgt daraus, die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten nur zulässig ist, soweit das BDSG oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene einwilligt. So ist es wahrscheinlich doch nicht.

Es besteht selbstverständlich die Möglichkeit, dass dem Senat nur ein Schreibfehler unterlaufen ist und er eigentlich wie folgt formulieren wollte:

»Dass kein Einwilligungserfordernis besteht, folgt schon daraus, dass die genannten Bestimmungen des BDSG an die rechtswidrige Erhebung oder Erlangung von Informationen gerade kein von der Einwilligung des Betroffenen abhängiges Verwertungsverbot knüpfen.«

Sofern der Senat in diesem Sinne verstanden werden wollte, hätte er Zuflucht zu einer Tautologie genommen. Die Aussage einer Tautologie ist stets wahr, nur die Prämisse der Tautologie muss nicht immer zutreffen.

Die Aussage, Rio Reiser war König von Deutschland, weil er König von Deutschland war, träfe zu, wenn die Prämisse, wonach Rio Reiser König von Deutschland gewesen ist, zuträfe. Tatsächlich war Rio Reiser nie König

von Deutschland, er hat lediglich in seinem Song König von Deutschland sein durchaus reizvolles Regierungsprogramm für den Fall, dass er den verwaisten Thron besteigen sollte, vorgestellt. Dazu ist es aber dann doch nicht gekommen.

Wenn dem Senat der unterstellte Schreibfehler unterlaufen wäre, wäre sein Argument, dass kein Einwilligungserfordernis besteht, den §§ 4 I, 4a I 1 BDSG kein Einwilligungserfordernis zu entnehmen ist. Bei dieser Tautologie ist die Prämisse unzutreffend.

Hierzu eine kleine Subsumtion:

Die Rechtmäßigkeit mittels Videoüberwachung erhobener personenbezogener Daten richtet sich nach § 6b BDSG. Die Videoaufzeichnung, die den Angeklagten bei seiner Tat zeigen soll, ist die Erhebung personenbezogener Daten mittels Videoüberwachung. Mithin richtet sich die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme nach § 6b BDSG.

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist wiederum gem. § 4 I BDSG nur zulässig, soweit das BDSG [z. B. § 6b BDSG] oder eine andere Rechtsvorschrift es erlaubt oder - falls das nicht der Fall ist - der Betroffene einwilligt [§ 4a I 1 BDSG].

Die ungesetzliche Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist mithin von der Einwilligung des Betroffenen abhängig.

Erheben ist gem. § 3 III BDSG das Beschaffen von Daten über den Betroffenen. Die audio- oder videographische Aufzeichnung ist das Beschaffen personenbezogener Daten. Die Täter sind bei der Tat videografiert worden, mithin sind über sie personenbezogene Daten erhoben worden.

Verarbeiten ist das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen personenbezogener Daten [§ 3 IV BDSG]. Die

Videoüberwachung, die den Angeklagten bei der Tat zeigt, ist gespeichert und an die Ermittlungsbehörden übermittelt worden, somit sind personenbezogene Daten des Angeklagten verarbeitet worden.

Unter Nutzen ist jede Verwendung personenbezogener Daten, bei der es sich nicht um Verarbeitung handelt, zu verstehen [§ 3 V BDSG].

Die vom Saarl.OLG erwähnte Erlangung ist eine Verwendung, bei der sich nicht um eine Verarbeitung handelt.

Nach § 4 I BDSG sind Erhebung und Erlangung [= Nutzung] rechtswidrig erlangter personenbezogener Daten von der

Einwilligung des Betroffenen abhängig. Nach § 4a I 1 BDSG ist die Einwilligung nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht.

Eine bloß konkludente Einwilligung würde somit nicht genügen. Der Angeklagte hat in die Verwertung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten indes nicht, schon gar nicht qualifiziert, also schriftlich und nach Belehrung, zugestimmt.

Tucholsky mag recht haben, wenn er behauptet, mit Logik könne man alles beweisen, aber ganz ohne Logik funktioniert es eben dann doch nicht.

Hans Meyer-Mews, Rechtsanwalt und Fachanwalt Strafrecht, Bremen

## Beschlussabschrift schon in der Hauptverhandlung?"

### § 35 StPO

RG 44, 53 - Feriensenat,  
Urteil v. 29.06.1910 G.C. II 650/10 (LG I Berlin)

Die Entscheidung ist hier im Volltext aus der amtlichen Sammlung wiedergegeben. Zur Abschrift nach § 35 StPO gibt es sonst scheinbar keine Rechtsprechung, so dass die Entscheidung stilprägend für die Auslegung ist. Dies zu Unrecht, wie im Beitrag von *Petzold\** in diesem Heft dargelegt ist.

\* *Petzold*, Verlangen einer Abschrift der Gerichtsentscheidung nach § 35 Abs. 1 S. 2 StPO

In der Sammlung ist die Entscheidung mit folgender Überschrift versehen:

*„Ist Abschrift eines in der Hauptverhandlung verkündeten Beschlusses auf Verlangen schon während der Hauptverhandlung zu erteilen?“*

### Aus den Gründen:

Am letzten Verhandlungstage ist auf zahlreiche Anträge ein Beschluß verkündet, der

sieben Nummern enthält und im Protokoll etwa eine und eine halbe Seite umfasst. Der Verteidiger beantragte, ihm eine Ausfertigung dieses Beschlusses zu erteilen und zwar noch während der Sitzung vor dem Beginn der Schlußausführungen und -Anträge.

Die Strafkammer beschloß, dem Antrage werde stattgegeben werden, sobald der Beschluß endgültig durch Abschluß des Protokolls niedergelegt sein werde, zurzeit sei das Gericht dazu nicht in der Lage, weil ein abgeschlossenes Protokoll und damit eine unabänderliche Fassung des Beschlusses nicht vorliege.

Nach den Ausführungen und Anträgen der Prozeßbeteiligten hat der Verteidiger vor Verkündung des Urteils seinen Antrag wiederholt.

Der Antrag ist „aus den mitgeteilten Gründen“ zurückgewiesen.

Der Rechtsanwalt Dr. A behauptet in der schriftlichen Revisionsbegründung, das Gericht sei sich völlig darüber im Unklaren gewesen, weshalb die Verteidigung einen Anspruch darauf habe, genau darüber

aufgeklärt zu sein, aus welchen Gründen das Gericht zu einer Ablehnung der Beweisangebote gekommen sei. Er hält den Ablehnungsgrund der Strafkammer für ganz unverständlich und findet in dem Vorgehen des Gerichts zweifelslos eine schwerwiegende Beschränkung der Verteidigung.

Die Beschwerde ist unbegründet und wird durch die Schärfe des Ausdrucks nicht haltbar.

Die Vorschrift des § 35 Abs. 1 StPO bestimmt im ersten Satze, daß Entscheidungen, die in Anwesenheit der davon betroffenen Personen ergehen, ihr durch Verkündung bekannt gemacht werden, und im zweiten Satze: Auf Verlangen ist ihr eine Abschrift zu erteilen.

Beschlüsse, welche in der auf dem Grundsatz der Mündlichkeit beruhenden Hauptverhandlung erlassen werden, brauchen nicht, wie die Urteilsformel (§ 267 StPO), durch Verlesung verkündet werden. Die mündliche Mitteilung ihres wesentlichen Inhalts genügt. Den von ihnen betroffenen Personen wird zugetraut, daß sie den Inhalt verstehen. Unterschiede nach Inhalt oder Umfang

werden im Gesetze nicht gemacht. Die Beschlüsse müssen in das Protokoll aufgenommen werden (§ 273 StPO). Sie sind ein Teil des Protokolls.

Solange diese nicht von dem Vorsitzenden und dem Gerichtsschreiber vollzogen ist, bildet ihre Niederschrift einen Entwurf, der der Abänderung unterliegt, sei es, weil das Niedergeschriebene mit dem Verkündeten nicht übereinstimmt, sei es, weil die Form verbesserungsbedürftig ist. Erst mit der Vollziehung des Protokolls, und zwar des ganzen Protokolls oder des betreffenden Teils der Verhandlung, entsteht ein Beschluß in Schriftform, dessen Abschrift ausführbar ist.

Das Gesetz gibt den Prozeßbeteiligten nicht die Befugnis, in einem nicht zu ermessenden Umfang Unterbrechungen der Hauptverhandlung dadurch herbeizuführen, daß sie durch Anträge den Erlaß von Gerichtsbeschlüssen erwirken und dann durch Verlangen von Abschriften dazu nötigen könnten, die Beschlüsse sofort niederzuschreiben und die Niederschriften zur Anfertigung der Abschriften an die Kanzlei zu schicken.

## Eine unzulässige ED-Behandlung führt zur datenschutzrechtlichen Löschungspflicht

JGG § 67; ASOG Bln § 48 Abs. 2; StPO § 81 b

- 1. Eine ED-Behandlung ist eine unzulässige Datenerhebung, wenn Erziehungsberechtigte entgegen § 67 JGG nicht anwesend bzw. informiert wurden.**
- 2. Unzulässig erhobene Daten sind zu löschen.**

## 3. Die Verletzung des § 67 Abs. 1 JGG bei Durchführung einer strafprozessualen erkennungsdienstlichen Behandlung führt strafprozessual zu einem Verwertungsverbot.

VG Berlin, Urteil v. 08.11.2006 - 1 A 69.06

### I. Das Problem

Wahrlich keine neue; gleichwohl eine aktuelle Entscheidung. Datenschutz findet im Strafprozess ja wenig Beachtung und wird von der Strafjustiz primär zur Verweigerung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör des Angeklagten

eingesetzt. Siehe z.B. das Vorenthalten der TKÜ-Daten (siehe Anmerkung Dr. Meyer in diesem Heft Seite 15 ff.).

Dass Datenschutz auch geeignet ist, das Repertoire der Verteidigung zur Durchsetzung der Mandantenrechte zu erweitern, zeigt diese Entscheidung des VG Berlin.

Wie wichtig die Kenntnis des Datenschutzrechts für die Strafverteidigung ist, hat bereits Meyer-Mews eindrucksvoll beim Thema Videoüberwachung dargestellt (confront 2016, Heft 2, S. 34 ff.).

## II. Tenor

Der Beklagte wird unter Aufhebung des Bescheides des Polizeipräsidenten in Berlin vom 8. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides derselben Behörde vom 10. Februar 2006 verpflichtet, die zur Person des Klägers am 20. März 2004 erhobenen erkennungsdienstlichen Unterlagen zu vernichten.

## III. Zum Sachverhalt

Am 19. März 2004 gegen 23.35 Uhr wurde der [minderjährige / Anmerkung des Autors] Kläger mit zwei weiteren Jugendlichen von einer Funkstreife angehalten und überprüft. Der Kläger hatte einen Rucksack mit zwei Farbspraydosen bei sich.

Der den Kläger befragende Polizeibeamte stellte frische silberne Farbsprühreste an den Händen des Klägers fest. Eine Absuche des Nahbereichs erbrachte eine frische Farbschmiererei an einem Haus in der H. Straße. Daraufhin wurden alle drei Personen zum Abschnitt 26 verbracht.

Nach Rücksprache mit zwei Kriminalbeamten wurde die erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers angeordnet. Der ermittelnde Polizeibeamte vereinbarte mit den Eltern, dass der Vater des Klägers alle drei Jugendlichen abholen solle. Diese

wurden sodann zur Gefangenenansammelstelle der Direktion 3 verbracht, wo der Kläger erkennungsdienstlich behandelt wurde. Ausweislich der POLIKS-Datenbank der Polizei erfolgte die erkennungsdienstliche Behandlung wegen Ausweislosigkeit.

Mit Verfügung vom 25. August 2004 sah die Staatsanwaltschaft gemäß § 45 Abs. 1 JGG von einer weiteren strafrechtlichen Verfolgung des Klägers ab, da dieser durch das bisherige Verfahren ausreichend belehrt und gewarnt sei.

## IV. Aus den Gründen

Die Klage ist zulässig und begründet. Der Kläger hat einen Anspruch auf Vernichtung (Löschung) der über ihn gespeicherten erkennungsdienstlichen Unterlagen; der den dahingehenden Antrag des Klägers ablehnende Bescheid des Polizeipräsidenten in Berlin in der Gestalt des Widerspruchsbescheides ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§ 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO).

Rechtsgrundlage des Klagebegehrens ist § 48 Abs. 2 Satz 1 ASOG.

### **§ 48 ASOG Bln - Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten**

(2) In Dateien gespeicherte personenbezogene Daten sind zu löschen und die dazugehörigen Unterlagen sind zu vernichten, wenn

1. ihre Speicherung unzulässig ist,
2. bei der nach bestimmten Fristen vorzunehmenden Überprüfung oder aus Anlass einer Einzelfallbearbeitung festgestellt wird, dass ihre Kenntnis für die speichernde Stelle zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben nicht mehr erforderlich ist.

War die Speicherung von Anfang an unzulässig, ist die betroffene Person vor der Löschung zu hören. Ist eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich, kann an die Stelle der Löschung die Sperrung treten.

(...)

In Bezug auf eine erfolgte erkennungsdienstliche Behandlung (§ 81 b StPO) ist eine Speicherung (Aufbewahrung) der hierbei

erhobenen Daten und der dazugehörigen Unterlagen i.S. von § 48 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ASOG unzulässig, wenn die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung rechtswidrig war. Dies ist hier der Fall.

Die erkennungsdienstliche Behandlung des Klägers ist hier für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens im Sinne von § 81 b, 1. Alternative StPO erfolgt.

Dies ergibt sich aus dem unmittelbaren Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme des Klägers und den hierbei durchgeführten strafrechtlichen Ermittlungen wegen des Verdachts der Sachbeschädigung durch Farbschmierereien, aber auch daraus, dass als Grund für die erkennungsdienstliche Behandlung in der POLIKS-Datenbank der Polizei „Ausweislosigkeit“ verzeichnet ist, was belegt, dass die Maßnahme zur Identifizierung des Klägers im laufenden Strafverfahren getroffen wurde.

Außerdem ist keine polizei-rechtliche Anordnung zur Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung in der hierfür vorgeschriebenen Gestalt eines Verwaltungsakts ergangen, und die Voraussetzungen für eine unmittelbare Ausführung der Maßnahme im Sinne von § 15 ASOG waren offenkundig nicht gegeben.

Auch war der Kläger verwaltungsverfahrensrechtlich nicht handlungsfähig (§ 12 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG i.V.m. §§ 104, 106 BGB). Da nicht anzunehmen ist, dass der tätig gewordene Polizeibeamte einen aus mehreren Gründen rechtswidrigen Verwaltungsakt erlassen wollte, ist die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung auch vor diesem Hintergrund als strafprozessuale Maßnahme zu beurteilen.

Die Rechtmäßigkeit der Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung nach § 81 b, 1. Alternative StPO ist im Zusammenhang mit dem Löschungsbegehren inzident zu prüfen. Dies ergibt sich aus § 48 Abs. 2

Satz 2 ASOG, der den Fall der anfänglichen Unzulässigkeit der Speicherung ausdrücklich regelt und damit auch die dahingehende Prüfung in Zusammenhang mit einem Löschungsbegehren eröffnet. Dass die fragliche Maßnahme strafprozessualer Art war, steht dieser Prüfung nicht entgegen.

Der Kläger ist zwar gegen die erkennungsdienstliche Behandlung nicht nachträglich beim hierfür zuständigen Strafgericht vorgegangen, was in entsprechender Anwendung von § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO möglich gewesen wäre.

siehe Rogall, in: Rudolphi u.a., SK StPO, Stand: Oktober 2001, § 81 b Rdn. 68 m.w.N..

Es reicht aber aus, dass er die Maßnahme im Zusammenhang mit seinem Löschungsbegehren innerhalb Jahresfrist, in der der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der erkennungsdienstlichen Behandlung auch beim zuständigen Strafgericht hätte gestellt werden können (LG Berlin, Beschluss vom 9. März 2005 – 528 Qs 49/04 – JURIS), bei der hierfür zuständigen Behörde, an die die erkennungsdienstlichen Unterlagen durchgereicht worden waren (§ 481 Abs. 1 StPO i.V.m. § 42 Abs. 3 ASOG), mittelbar angegriffen hat.

Die Durchführung der erkennungsdienstlichen Behandlung beim Kläger am 20. März 2004 verstieß gegen § 67 Abs. 1 JGG.

Danach steht das Recht des Beschuldigten, bei Untersuchungshandlungen anwesend zu sein, auch dem Erziehungsberechtigten zu. Dieses Recht gilt auch im strafprozessualen Vorverfahren, insbesondere bei Vernehmungen durch die Polizei (Verfassungsgericht des Landes Brandenburg, NJW 2003, 2009; Eisenberg, JGG, 11. Aufl. 2006, § 67 Rn. 11), und damit auch für im Ermittlungsverfahren stattfindende erkennungsdienstliche Behandlungen von Jugendlichen für Zwecke des Ermittlungsverfahrens.

Auch hier muss die gesetzlich verankerte Rolle der Erziehungsberechtigten beachtet werden.

Die Verletzung des § 67 Abs. 1 JGG bei Durchführung einer strafprozessualen erkennungsdienstlichen Behandlung führt strafprozessual zu einem Verwertungsverbot.

Eisenberg, a.a.O. Rn. 11 am Ende und Rn. 22 a unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Verletzung der Belehrungspflicht bei polizeilichen Vernehmungen, BGHSt 38, 214.

Für erkennungsdienstliche Unterlagen, die bei einer unter Verstoß gegen § 67 Abs. 1 JGG erfolgten erkennungsdienstlichen Behandlung entstanden sind, bedeutet dies, dass ihre Aufbewahrung unzulässig ist und sie zu vernichten sind. Nur so kann der durch § 67 Abs. 1 JGG bezweckte Schutz des jugendlichen Beschuldigten effektiv verwirklicht werden.

Die Annahme einer „Heilung“ der strafprozessual fehlerhaften erkennungsdienstlichen Behandlung durch anschließende rechtlich zulässige Weitergabe der Daten und Unterlagen an die (Sicherheits-) Polizei würde dem zuwiderlaufen, zumal die Polizei eine erkennungsdienstliche Behandlung auch nachträglich anordnen kann, wenn deren materielle Voraussetzungen gegeben sind.

Ob die Rechtslage anders zu beurteilen ist, wenn die Erziehungsberechtigten von der Staatsanwaltschaft oder deren Ermittlungsbeamten über die Durchführung einer erkennungsdienstlichen Behandlung bei dem jugendlichen Beschuldigten informiert wurden (vgl. § 67 Abs. 2 JGG), kann dahin-

stehen, da eine solche Information hier nicht erfolgt ist.

## IV. Konsequenzen für die Praxis

Die Verteidigung ist aufgerufen, die unbändige Sammelwut der Strafverfolgungsbehörden an die Fessel zu legen.

Aus meiner Sicht, sollte bei jedem Strafmandat neben der Verteidigerbestellung standardmäßig Auskunftersuchen an die örtliche Polizei sowie an die LKAs und das BKA gerichtet werden.

Verweigerte oder verzögerte Auskünfte stellen Ordnungswidrigkeiten der zuständigen Beamten dar.

Weit wichtiger ist aber, die Löschung der unrechtmäßig gespeicherten Daten zu erzwingen und Beweisverwertungsverbote einzufordern.

Wie Meyer-Mews (s. o.) zutreffend ausgeführt hat, kann die Abwägungslehre bezüglich der Beweisverbote der Justiz nicht weiterhelfen. Die Nutzung bzw. Verwendung unrechtmäßig erhobener oder gespeicherter Daten ist durch die Datenschutzgesetze verboten. So z. B. in § 4 Abs. 1 BDSG

Die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten sind nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift dies erlaubt oder anordnet oder der Betroffene eingewilligt hat.

und nahezu gleichlautend in den Landesdatenschutzgesetzen.

Damit steht ein gesetzliches Beweisverwertungsverbot den Willkürtendenzen der Gerichte entgegen.

Sascha Petzold, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

## Die emotionale Wucht der Vorwürfe

Jochen Thielmann, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Wuppertal

### Anmerkungen aus Verteidigersicht\* zum FDLR-Verfahren vor dem Oberlandesgericht Stuttgart, dem ersten deutschen VStGB-Verfahren

Der Autor war in diesem Verfahren vom März 2013 bis zum Ende des Prozesses im Oktober 2015 Pflichtverteidiger des vormals 1. Vizepräsidenten der FDLR, Straton Musoni.

Wenn der 5. Strafsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart Recht behält und sein Urteil vom 28. September 2015 nicht vom Bundesgerichtshof aufgehoben wird, dann waren Dr. Ignace Murwanashyaka und Straton Musoni in den Jahren 2008 und 2009 Rädelsführer einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

Es ist völlig unbestritten, dass sie in dieser Zeit Präsident bzw. 1. Vizepräsident der „Demokratischen Kräfte zur Befreiung Ruandas“ (FDLR) gewesen sind. Ob sie also objektiv als „Rädelsführer“ einer Terrorvereinigung angesehen werden können, hängt zunächst davon ab, ob die FDLR als eine solche terroristische Vereinigung eingestuft werden kann oder nicht. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat dies getan, wie zuvor bereits das Oberlandesgericht Düsseldorf im Dezember 2014, als man über andere drei Mitglieder dieser Organisation zu Gericht saß.

Zum Zeitpunkt dieser Entscheidungen hatten auch die Vereinten Nationen die FDLR auf die Liste der terroristischen Organisationen genommen, allerdings erst am 31. Dezember 2012. Zum Zeitpunkt der Verhaftung von Murwanashyaka und Musoni, die beide seit den 80er Jahren in Deutschland lebten, im November 2009 sah das noch anders aus.

Trotz immer wiederkehrenden Beschuldigungen gegen die Vereinigung, in denen es gemeinhin um gewaltsame Übergriffe auf die kongolesische Zivilbevölkerung, um Vergewaltigungen und den Einsatz von Kindersoldaten ging, hatte die UN bis dahin die FDLR und ihren militärischen Arm FOCA nicht als Terrororganisation gelistet, obwohl die Völkergemeinschaft unter dem Banner der „Friedensmission“ MONUC seit vielen Jahren in der Demokratischen Republik Kongo (DRC) vor Ort war. Der deutsche Generalbundesanwalt hatte sogar ein Ermittlungsverfahren gegen Dr. Murwanashyaka, in dem es auch um die Frage ging, ob er der Präsident einer terroristischen Vereinigung sei, noch im Jahr 2007 mangels hinreichenden Tatverdachts eingestellt. Bei dieser Ausgangsposition sollte es keine Überraschung sein, dass die Verteidigung den Vorwürfen der Anklage einigen Widerstand entgegenzusetzen hatte.

#### 1. Das Staatsschutzverfahren

a) Meine erste Erfahrung als Strafverteidiger in einem Terrorverfahren war ernüchternd. Ich habe im ersten deutschen Al-Qaida-Verfahren vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf in den Jahren 2006/07 einen Mann verteidigt, der durch seinen Bruder und dessen Mitbewohner in einen Plan zu einem Versicherungsbetrug verwickelt wurde, dessen Beute dann angeblich der Al Qaida zugute kommen sollte.

Meine Erwartung vor diesem Verfahren war, dass ich es mit wasserdichten Ermittlungen des Generalbundesanwalts zu tun bekomme und mit einer Arbeit am – wie es der dortige Vorsitzende Richter ausdrückte – „juristischem Hochreck“. Die Realität sah jedoch anders aus: eine mehr als unsichere Beweislage in den entscheidenden Punkten, die nur mit einer konsequenten Beweiswürdigung zulasten der Angeklagten und einer Erweiterung der



Strafbarkeit durch eine ausufernde Vorverlagerung zu dem offensichtlich gewünschten Ergebnis führte.

Dass dies keine paranoide Verteidigersicht ist, zeigt der Umstand, dass dies von der Justiz selbst später eingestanden wurde: das Urteil des OLG Düsseldorf wurde zunächst in Teilen vom Bundesgerichtshof aufgehoben (aus der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung eines der Angeklagten wurde Unterstützung)\* und das gesamte Urteil des BGH wurde sodann vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben, weil die Verurteilung wegen Betrugs nicht nur rechts-, sondern gar verfassungswidrig war.\*\*

\* BGHSt 54, 69 = NJW 2009, 3448.

\*\* BVerfG NJW 2012, 907, vgl. auch Fischer, StGB § 263 Rnr. 176b f.

Meine damalige Vermutung war, dass Gerichte in Terrorverfahren im Besonderen dazu neigen, Staatsräson vor Rechtsstaatlichkeit zu setzen. Der einzelne Angeklagte und seine Schuld sind nicht das primäre Ziel, sondern es geht um mehr, um den Nachweis einer wehrhaften Demokratie. Ein Umdenken im Einzelfall kommt – wenn überhaupt – erst Jahre später, wenn die Beschuldigten bereits viele Jahre ihrer Haftstrafe abgesessen haben und sich die Öffentlichkeit nicht mehr für den Fall interessiert.

Dann kann man es sich sogar leisten, ein in die amtliche Sammlung aufgenommenes Urteil des Bundesgerichtshofs als in Teilen verfassungswidrig zu brandmarken, während derselben Rüge während laufender Hauptverhandlung (etwa als Angriff gegen eine Haftentscheidung) mit großer Wahrscheinlichkeit beim Bundesverfassungsgericht nicht erfolgreich gewesen wäre.

b) Jedes „Terrorverfahren“ ist für die Strafjustiz wegen des Aufwands und des Umfangs eine immense Belastung. Es wird in Deutschland kein kurzer Prozess mehr gemacht, sondern das genaue Gegenteil. Das Stuttgarter Verfahren war mit über vier Jahren das längste Verfahren in der Geschichte dieses Oberlandesgerichts. Es wurden Zeugen aus Afrika eingeflogen, es wurden Live-Schaltungen nach Afrika aufgebaut und genutzt. Es kann demzufolge nur gemutmaßt werden, dass dieses Verfahren auch das teuerste Verfahren in der Geschichte des OLG Stuttgart gewesen ist – wenn man den Bau von Stammheim für die RAF-Prozesse Mitte der 70er Jahren nicht mitzählt.

Angesichts dieses ungeheuren Aufwandes stellt sich schnell auf Seiten der Verteidigung das ungute Gefühl ein, dass ein Freispruch schon allein aus diesem Grund unmöglich zu erreichen ist. Man stelle sich einen Vorsitzenden Richter vor, der nach über vier Jahren Hauptverhandlung in der mündlichen Urteilsbegründung ausführt, dass zwar der Verdacht gegen die beiden Angeklagten nach wie vor bestehe, aber keine sicheren Beweise vorlägen und daher im Zweifel für die Angeklagten freizusprechen sei. So wenig ein solches Szenario vorstellbar erscheint, so klar kann man sich die Reaktion der Medien darauf ausmalen: Wie kann ein Gericht nach vier Jahren zu einem solchen Ergebnis kommen? Wissen die nicht, was sie tun? Hätten die nicht eher erkennen müssen, dass die Beweise nicht für einen Schuldausweis ausreichen? Warum wurde nicht längst die Notbremse gezogen? Gab es schon einmal eine größere Geldverschwendung? Und wie steht Deutschland nun im Ausland dar?

So schön also die Abkehr vom „kurzen Prozess“ inzwischen ist, so sehr besteht die Gefahr, dass die schiere Masse an Material den freien Blick auf die Tatsachen behindert. Und dass erwiesene oder nicht erwiesene Schuld der Angeklagten am Ende nicht die entscheidenden Kategorien für

das Urteil sind, sondern persönliche Befindlichkeiten, mögliche politische Auswirkungen oder gar finanzielle Erwägungen. Es bedarf sehr viel Stärke der handelnden Personen, um sich dieser Gefahren bewusst zu werden und richtig zu handeln. Denn schließlich ist offensichtlich, dass jeder Jurist nach einer Hauptverhandlungsdauer von 320 Hauptverhandlungstagen genug Beweismaterial zur Verfügung hat, um das Urteil in die eine oder andere Richtung zu begründen.

c) Das vielleicht größte Problem im FDLR-Verfahren war, dass es sich um das erste Verfahren nach dem Völkerstrafgesetzbuch gehandelt hat. Völlig unabhängig vom Inhalt und der Begründetheit der Vorwürfe handelte es sich um einen „Meilenstein in der Strafrechtspflege der Bundesrepublik“ mit „historischer Bedeutung“\*, das unter besonderer Beobachtung durch die Rechtswissenschaft und die interessierte juristische Öffentlichkeit stand.

\* So formulierte es der Vertreter des GBA in diesem Verfahren *Ritscher* in seinem Aufsatz in dem Buch „Völkerstrafrechtspolitik - Praxis des Völkerstrafrechts“ von Safferling/Kirsch (Hrsg.), 2014, S. 234.

Dieses Gesetz gab es schließlich bereits zehn Jahre lang, ohne dass auch nur ein einziges Verfahren durchgeführt worden wäre. VStGB-Verfahren sind angesichts des extremen Auslandsbezugs offensichtlich schwierig und mühsam, aber sicher nicht unmöglich zu führen.

Und hätten die Angeklagten Ignace Murwanashyaka und Straton Musoni tatsächlich aus Deutschland Befehle gegeben, die in der DRC zu Kriegsverbrechen geführt hätten, dann wäre dies ein VStGB-Verfahren wie aus dem Lehrbuch gewesen. Dann wären tatsächlich die strafbaren Handlungen der beiden Angeklagten im Inland begangen worden und der Auslandsbezug wäre zwar wichtig, aber nicht entscheidend gewesen. Aber leider passte dieses FDLR-Verfahren nur auf den ersten Blick ins Schema des VStGB. Leider (?) hatten weder Dr. Murwanashyaka noch Straton Musoni von Deutschland aus einen Krieg im Kongo geleitet. Leider (?) hatten sie niemals Befehle erteilt, Straftaten gegenüber Zivilisten zu verüben. Leider (?) hatten sie nachweisbar sogar genau das Gegenteil getan, nämlich sich innerhalb der Vereinigung stets für ein gutes Miteinander mit der kongolesischen Zivilbevölkerung ausgesprochen, ohne dabei auf offensichtlich taube Ohren bei den sich vor Ort befindlichen Militärs zu stoßen.

Es ging somit im Stuttgarter Verfahren um Taten, die - wenn sie denn wirklich passiert sind - auch von den beiden Angeklagten offenkundig nicht gutgeheißen wurden.

Ein großes Problem für die Angeklagten und ihre Verteidigung war, dass sie zu der Frage, ob diese angeblichen Verbrechen im Kongo tatsächlich stattgefunden hatten, keine Angaben aus erster Hand machen konnten. Sie konnten dies unmöglich sicher wissen, denn sie waren zu dieser Zeit in Deutschland und nicht in den kongolesischen Orten Busurungi, Mianga, Manje, Kipopo oder Chiriba, wo es zu Kriegsverbrechen von Soldaten der FOCA gekommen sein soll.

Ebenso war kaum möglich, noch aktive FOCA-Soldaten als Entlastungszeugen nach Deutschland zu holen, weil diese fürchten mussten, hier als Mitglieder einer terroristischen Vereinigung verhaftet zu werden.\*

\* Nur inzwischen nach Ruanda heimgekehrte Ex-FOCA-Mitgliedern wurden durch den GBA Immunität gewährt.

Die Verteidigung musste sich daher damit begnügen, die Glaubwürdigkeit der vom GBA genannten Zeugen und die Glaubhaftigkeit ihrer Aussagen einer wesentlich kritischeren Überprüfung zu unterziehen, als dies vom Senat und vom GBA getan wurde.\*

\* Es braucht nicht näher ausgeführt zu werden, dass auch diese Vorgehensweise vor allem vom GBA stark kritisiert worden ist.

## 2. Die deutsche Öffentlichkeit

Die deutsche Öffentlichkeit hatte im Jahr 1994 für kurze Zeit nach Ruanda geschaut, als es dort innerhalb weniger Monate zu einem Gewaltausbruch kam, dem fast eine Millionen Menschen zum Opfer fielen. Nachdem sich die Lage dort - mehr oder weniger - wieder beruhigt hatte, interessierten sich nur wenige Journalisten für das kleine Land in Zentralafrika, das von der Größe her dem Bundesland Hessen gleicht.

Dass in der benachbarten Demokratischen Republik Kongo (DRC, früher Zaire) bis heute hunderttausende ruandische Flüchtlinge leben, wird den Deutschen ebenso wenig bekannt gewesen sein wie die derzeitigen politischen Verhältnisse in Ruanda. Die deutschen Medien haben sich damit nicht beschäftigt, und wenn doch, dann war ihre Sicht der Dinge auffallend einseitig, vor allem wenn es um die Opposition zum aktuellen Regime in Kagali ging, wozu auch die „Demokratischen Kräfte zur Befreiung Ruandas“ gehörte.

Es wurde regelmäßig nicht gefragt, was die FDLR ist, sondern stets zu Beginn eines jeden Beitrags erklärend mitgeteilt, dass die FDLR eine brutale Miliz sei, die aus den Völkermördern von 1994 hervorgegangen sei und nun in der DRC ihr Unwesen treibe.\* Diese generelle Einstellung hat sich im Jahre 2009 noch verfestigt, als im Kongo eine gemeinsame militärische Offensive der DRC und Ruandas gegen die FDLR durchgeführt wurde, infolgedessen Meldungen von Kriegsverbrechen der Organisation in Umlauf kamen.

\* Dieses bis heute immer wieder auch von deutschen Medien vorgebrachte Mantra, die FDLR sei aus den Völkermördern von 1994 hervorgegangen, wird selbst von der - dieser Organisation ansonsten sehr kritisch gegenüberstehenden - Menschenrechtsvereinigung Human Rights Watch angeprangert. So heißt es in dem Bericht „You will be punished“ vom Dezember 2009 zu diesem Punkt:  
*„Die Abstempelung der FDLR als „Völkermörder“ oder „Interahamwe“ (Beteiligte am Völkermord von 1994), wie sie häufig von Kommentatoren ebenso wie von Diplomaten vorgenommen wird, ist nicht korrekt. In einer Region, in der die ethnischen Spannungen nach wie vor groß sind und in der der Einsatz solcher Stempel häufig für politische Zwecke missbraucht wird, kann ein solches Handeln sogar gefährlich sein.“*

a) Das Thema FDLR ist in den deutschen Medien in der Hand einiger weniger Journalisten, die sich aus unterschiedlichen Motiven teils jahrelang damit beschäftigt haben. Zum einen veröffentlichte die „taz“ regelmäßig Artikel über die Verhältnisse in der Demokratischen Republik Kongo und Ruanda. In der ARD war es das Magazin „Fakt“, in dem der Reporter Markus Frenzel im Jahre 2008 „aufdeckte“, dass der Präsident der FDLR Dr. Ignace Murwanashyaka in Deutschland lebt - was niemals ein Geheimnis war - und mit ihm auch ein Interview führte.\*

\* Dafür wurde er mit dem Marler Fernsehpreis für Menschenrechte der deutschen Sektion von Amnesty International ausgezeichnet.

Im Jahre 2009 nahm sich Frenzel erneut dieses Themas an und kritisierte nachdrücklich die abwartende Einstellung der deutschen Ermittlungsbehörden in der causa Murwanashyaka angesichts des neuen Geschehens in der DRC, wo der FDLR insbesondere ein Massaker in dem Dorf Busurungi zugeschrieben wurde.

Es ist sicher nicht falsch zu sagen, dass vor allem die öffentlichkeitswirksame Arbeit dieses Journalisten mit dazu führte, dass der Präsident und sein Vize festgenommen worden sind.\*

\* So sieht es auch FAKT selbst: „Dass es überhaupt zu dem Prozess kam, ist auch dem ARD-Magazin FAKT zu verdanken“, hieß es auf der Homepage des Magazins, vormals unter (<http://www.mdr.de/fakt/huturrebellen100.html>).

Im Mai 2011 war dann Frenzel selbst zu Beginn des Strafprozesses vor dem Oberlandesgericht Stuttgart ein begehrter Gesprächspartner und behauptete in einem Interview u.a. folgendes:

*„Sie haben vorhin dieses Massaker in Busurungi angesprochen, das geht auf direkten Befehl von ihm (= Dr. Murwanashyaka) zurück. Er hatte eine Art Kommissarbefehl von Mannheim aus gegeben. Den Funkspruch haben die Vereinten Nationen abgefangen. Und dieser Funkspruch lautete: Richtet eine humanitäre Katastrophe unter der Zivilbevölkerung an. Ich habe dann auch noch seine Telefonlisten verglichen, abgeglichen um dieses Massaker von Busurungi herum. Da lässt sich relativ klar dann auch rekonstruieren, dass die Befehle von ihm dann per SMS zum Oberkommandierenden in Kivu gingen, der direkt dann auch in Kontakt tritt mit seinem kleinen Feldkommandanten, der dann wenige Stunden später loszieht und in Busurungi dieses Massaker mit 96 Toten anrichtet.“\**

\* [http://www.deutschlandfunk.de/er-ist-ein-absoluter-hardliner.694.de.html?dram:article\\_id=70014](http://www.deutschlandfunk.de/er-ist-ein-absoluter-hardliner.694.de.html?dram:article_id=70014)

Da wusste der Reporter Frenzel bereits vor Beginn der Hauptverhandlung mehr als die Stuttgarter Richter nach einer umfangreichen Beweisaufnahme über vier Jahre später.

So hat sich die Behauptung, dass der Präsident der FDLR vor dem Angriff auf das Dorf Busurungi „Befehle“ gegeben habe, nicht bewahrheitet, denn die – in den von Frenzel genannten Telefonlisten aufgeführten – Telefonkontakte zwischen dem Präsidenten der Vereinigung und den Verantwortlichen im Kongo waren von den deutschen Strafverfolgern abgehört worden und wiesen keinerlei Bezug zu dem Geschehen in Busurungi auf. Auch die Behauptung eines angeblichen „Kommissarbefehls“ des Präsidenten, im Kongo eine humanitäre Katastrophe anzurichten, hat der gerichtlichen Nachprüfung in Stuttgart nicht standgehalten.\*

\* Dies war beim FDLR-Prozess vor dem OLG Düsseldorf anders, was allerdings dem Umstand geschuldet war, dass der Senat die Validität dieser Behauptung während der Beweisaufnahme nicht weiter überprüfte.

Wahrscheinlich bestand nur ein einziges Mal Einigkeit zwischen den Verfahrensbeteiligten in Stuttgart, als nämlich Mitte 2014 eine neue Reportage von Frenzel in „Fakt“ gesendet wurde, in dem er u.a. behauptete, die Angeklagten stünden möglicherweise kurz vor einem Freispruch, weil der Generalbundesanwalt (von ihm recherchierte) entscheidende Beweise bewusst nicht zur Kenntnis nehme. Überall war bei diesem Thema nur ungläubiges Kopfschütteln zu sehen.

b) Zu Beginn der Hauptverhandlung im Mai 2011 wurde in der ARD auch ein Filmbericht der Journalistin Susanne Babila gesendet, die den Fall von Dr. Ignace Murwanashyaka und Straton Musoni unter dem Titel „Die Kriegstreiber von nebenan“ verarbeitete. Frau Babila war bereits einige Zeit vorher im Kongo gewesen, um unter dem Titel „Im Schatten des Bösen – Der Krieg gegen die Frauen im Kongo“ eine Dokumentation über die Lage der Frauen in diesem Gebiet zu machen.\*

\* Für den Film erhielt sie 2008 den Menschenrechtsfilmpreis und ein Jahr später ebenfalls den Marler Fernsehpreis für Menschenrechte der deutschen Sektion von Amnesty International.

Die Wochenzeitung Kontext schrieb im August 2011 über die Journalistin und den Prozess:

*„Susanne Babila wird den Prozess weiter verfolgen, mit kühlem Verstand und heißem Herzen. Und mit der großen Hoffnung, dass man in Deutschland, hier in Stuttgart, zu einem gerechten Urteil findet. Und dass die Anführer der Terrorgruppe haftbar gemacht werden für die Gräueltaten, die unter ihrer Führung im Kongo verübt wurden. Vorgesetzten-Verantwortlichkeit nennen dies die Juristen rechtlich distanziert. "Das wäre", sagt Babila, "ein Signal nach Afrika."\**

\* <http://www.kontextwochenzeitung.de/ueberm-kesselrand/21/die-wahrheit-ist-eine-schnecke-1465.html>

Frau Babila wünschte sich demnach zu Beginn des Prozesses „ein gerechtes Urteil, in dem die Anführer der Terrorgruppe haftbar gemacht werden für die Gräueltaten im Kongo.“

Viel schöner als die „konkret“-Journalistin Susanne Stiefel kann man Voreingenommenheit eigentlich kaum formulieren. Wobei allerdings schon der Umstand, dass man eine Dokumentation zu Beginn einer Hauptverhandlung „Die Kriegstreiber von nebenan – Deutschland und der Terror im Kongo“ nennt, die Geisteshaltung auch dieser Journalistin verdeutlicht. Der Begriff „Kriegstreiber“ ist von deutschen Gerichten schon als eine strafrechtlich relevante Beleidigung gem. § 185 StGB angesehen worden.\*

\* Vgl. OLG Hamm, NJW 1982, 660.

Was aber mehr noch als die gar nicht verschleierte Voreingenommenheit an einem solchen Bericht schockiert, ist die Vorgehensweise einer preisgekrönten Filmemacherin, die erst bei der Ansicht ihrer beiden Filme über das Geschehen im Kongo auffällt.

Der erste Film enthält eine Szene, in der tote Kinder nach einem Überfall auf das Dorf Kaniola am 26. Mai 2007 auf dem Boden liegen. Man sieht den Dorfsprecher reden und hört den Übersetzer sagen:

*„Wir können die Täter nicht auseinander halten. Ob Interahamwe, FDLR oder Banditen – wir wissen nur, dass sie die Sprache Ruandas sprechen.“*

Dieselbe Szene benutzt Frau Babila auch in ihrem Film „Die Kriegstreiber von nebenan“.

Wieder sieht man die toten Kinder. Wieder sieht man den Dorfsprecher reden. Aber diesmal hört man die Reporterin sagen:

*„Wir fragten die Dorfbewohner damals, wer sind die Täter. Ruandische FDLR-Milizen sagten sie.“*

Kurz darauf heißt es:

*„Später erfuhren wir, ein Kommandant der FDLR hat den Befehl gegeben. Eine Strafaktion, denn die Dorfbewohner hatten sich gegen die ruandische Miliz gewehrt.“*

Innerhalb von zwei Jahren wird bei der Journalistin Babila aus einem Überfall, dessen Urheberschaft nicht geklärt werden konnte (und offensichtlich bis heute nicht geklärt ist), eine Tat der FDLR.

Dass diese Tat damals durch Dr. Murwanashyaka ausdrücklich verurteilt worden war und jede Verantwortung der FDLR dafür bestritten wurde, wird im Film nicht mitgeteilt, sondern stattdessen nach der Beerdigung der Opfer mit dramatischer Musikuntermalung auf Schwarz-Weiß-Bildern des Präsidenten geschnitten.\*

\* Der Verf. hat Frau Babilla im November 2015 angeschrieben, um zu fragen, welcher FDLR-Kommandant diesen Befehl gegeben habe und woher ihre diesbezügliche Information stamme. Sie hat nicht geantwortet.

Der Film „Die Kriegstreiber von nebenan“ ist im Internet bis heute einsehbar, es braucht keine erneute Ausstrahlung im Fernsehen, um ihn weiterzubreiten. Die Reportage sagt wenig über die FDLR aus, aber sehr viel über die Arbeit deutscher Journalisten.

Je mehr man von den Hintergründen versteht, desto bodenloser empfindet man das Vorgehen einer Filmemacherin, die die FDLR regelrecht satanisiert. So schildert ein Junge von seinen angeblichen Erlebnissen mit der FDLR, wonach dort Kinder, die als Träger eingesetzt werden, erschossen werden, sobald sie etwas fallen lassen.

c) Diese Beispiele angesehener Fernsehjournalisten zeugen von der Oberflächlichkeit der Arbeit selbst der Journalisten, die zur besten Sendezeit im öffentlichrechtlichen Fernsehen ein Podium erhalten. Sie machen deutlich, wie einfach es sich deutsche Journalisten gemacht haben, die nicht kritisch die Anklage des Generalbundesanwalts hinterfragen, sondern deren Ziel es gewesen zu sein scheint, die bereits fortgeschrittene Dämonisierung der FDLR zu bedienen und bereits im Vorfeld des Prozesses die Beweislage als eindeutig zu skizzieren.

Der ungeheure Aufwand, der nachweisbar in Deutschland bei einem Staatsschutzverfahren betrieben wird, wendet sich auch insoweit gegen die Angeklagten, als in der veröffentlichten Meinung die Vorstellung kaum existiert, dass der Generalbundesanwalt einen Unschuldigen anklagen könnte. Es ist heutzutage schon ein Zeichen von seriösem Journalismus, zu Prozessbeginn das Adjektiv „mutmaßlich“ zu benutzen.

### 3. Die Anklagebehörde

Die Öffentlichkeit wurde am ersten Hauptverhandlungstag durch die Verlesung der Anklageschrift durch den Vertreter des Generalbundesanwalts über die konkreten Anklagepunkte informiert.

Hört oder liest man diese Anklageschrift, muss man erschreckt feststellen, dass sie sich in ihrer Wortwahl kaum von den angesprochenen Medienberichten unterscheidet. Es werden Worte wie „Schreckensherrschaft“, „brutale Unterjochung“, „ständige Unterdrückung und Rechtlosstellung“, „planmäßige humanitäre Katastrophe“ und „bestialische Gewaltakte“ verwendet, um das Verhalten der FDLR im Kongo zu charakterisieren. Der negative Höhepunkt wird erreicht, wenn behauptet wird, Taten würden zur „Befriedigung niederster Triebe und Rachegelüste der Milizionäre“ begangen. Es wird berichtet, dass „einer schwangeren Frau der Bauch aufgeschlitzt wurde“, „eine Zehnjährige brutal gegen eine Mauer geschlagen wurde“, „Männer bei lebendigem Leibe verbrannt wurden“, „ein Mann mit einer Machete enthauptet wurde“ oder „Zivilisten zerhackt wurden“.

Seht her, war die Botschaft der Anklageschrift, diese beiden Männer sind für grausamste Taten verantwortlich, für die Tötung von Frauen und Kindern. Der nächste Schritt der Ankläger, um zur schwersten Schuld der beiden Angeklagten zu kommen, war nur noch konsequent: die beiden Angeklagten sind die Führer dieser Horde Wilder, die alles tun, was man ihnen sagt, weil schließlich in der Organisation alles streng hierarchisch organisiert ist, und damit sind die Angeklagten für all diese unmenschlichen Taten persönlich verantwortlich.

Selbst wenn sie diese Taten nicht angeordnet haben sollten, so haben sie diese Taten zumindest gebilligt. Und was für eine Strafe ist angemessen, wenn man wilden Tieren keine Fesseln anlegt, sondern sie auf Zivilisten losgehen lässt mit der zwingenden Folge, dass sie Schwangeren den

Bauch aufschneiden oder so schwer vergewaltigen, dass sie an den erlittenen Verletzungen sterben, oder Kinder töten, indem sie sie mit voller Wucht vor Mauern schlagen?

Die Unmenschlichkeit der Taten und der Täter wurde durch die deutsche Anklagebehörde plakativ in den Vordergrund gerückt, wodurch die Soldaten der FOCA\* indirekt auf die Stufe von wilden Tieren gestellt, die von den Angeklagten geführt wurden, ein ungeheuerlicher, nicht akzeptabler Ausgangspunkt für ein Strafverfahren. \*\*

\* Inwieweit die FOCA als militärischer Flügel der FDLR eine eigenständige Vereinigung gewesen ist, war eine der Fragen, die im Prozess aufgeworfen wurden.

\*\* Dies zog sich von der Anklageschrift bis zum Plädoyer der Vertreter des Generalbundesanwalts hin, wo von einem „parasitäres Festsetzen“ der FDLR in der Demokratischen Republik Kongo die Rede war.

Die emotionale Wucht der Anklagevorwürfe war somit so monströs, dass eine engagierte Verteidigung dagegen in der Öffentlichkeit fast automatisch als moralisch verwerflich wahrgenommen werden musste, so dass sich die Unschuldsvermutung praktisch auflöste.

So war es an der Verteidigung, darauf hinzuweisen, dass es gemäß Art. 1 des Grundgesetzes unverzichtbar ist, dass man auch die FOCA-Soldaten im Kongo als Menschen ansieht und nicht als Monster oder wilde Tiere, die zur „Befriedigung niederster Triebe und Gelüste“ handeln. Dass sie nicht freiwillig dort im Wald leben, mit ihren Familien in unmittelbarer Nähe, sondern aufgrund der politischen Entwicklung dort festgehalten werden. Die Soldaten der FOCA sind Menschen, die als Flüchtlinge in einem fremden Land unter schwierigsten äußeren Bedingungen im Wald leben, die unter bestimmten (politischen) Bedingungen in ihre Heimat zurückkehren wollen und unter denen es - wie bei der US Army oder der Bundeswehr - gute und schlechte Menschen gibt, die in Extremsituationen, z.B. wenn sie und ihre Familien während der Angriffe im Jahre 2009 in akuter Lebensgefahr schwebten, unterschiedlich handeln. Dies - und nicht eine Ansammlung von „Bestien“ - sollte der Ausgangspunkt sein, auf dessen Grundlage man Tatsachen überprüft und dann ggf. feststellt.

Es ist bezeichnend, dass alle im Prozess aussagenden Ex-FOCA-Kämpfer (= Ex-Terroristen, Ex-Bestien!) einen ordentlichen und sehr menschlichen Eindruck machten und am Ende keine dieser Schilderungen von „bestialischen Gewaltakten“ mehr Gegenstand von konkreten Vorwürfen waren, weil sämtliche Vorwürfe dahingehend vom Senat eingestellt wurden.

Dabei wurde auch allgemein übersehen, dass die Anklageschrift wie nebenbei auch Taten anderer Gruppen anspricht. Das mit mindestens 129 getöteten Zivilisten schlimmste Massaker, von dem in der gesamten Anklage die Rede ist, wurde nicht der FDLR zugeschrieben, sondern der staatlichen kongolesischen Armee FARDC.\*

\* Diese Taten begingen die kongolesischen Soldaten, während sie offiziell von der „Friedenmission der UN“ unterstützt wurden. Als entsprechende Vorwürfe aufkamen, dass die Vereinten Nationen eine Armee unterstützt haben, die schwere Menschenrechtsverletzungen begangen habe, äußerte sich Alan Doss, der damalige Leiter der MONUC, auf einer Pressekonferenz am 14.12.2009 wie folgt: „Es ist ein moralisches Dilemma. Das leugne ich nicht. Aber wenn wir einfach sagen, wir werden nicht an der Seite der FARDC gehen, ich bin mir da nicht sicher, dass es das Leben für die Frauen und die Kinder des Kivus besser machen würde, und wenn wir bewaffnete Gruppen sich vermehren ließen, würde es das sicherlich auch nicht besser machen. Aber es ist eine schwere Entscheidung für uns. Es ist eines der Dilemmas, denen wir täglich gegenüberstehen, wenn etwas Fürchterliches passiert, deshalb denke ich, wir müssen mit dem Integrationsprozess fortfahren, wie wir dies in der Vergangenheit gemacht haben, aber dabei deutlich machen, dass es natürlich Grenzen gibt, und ich denke, dass wir alle erkennen, dass man eine staatliche Armee nicht ersetzen kann. Die UN wurde nicht deswegen geschickt.“

Für das Massaker von Shario, dem kein Angriff der FDLR vorausgegangen war, wurde bis heute niemand zur Rechenschaft gezogen. Niemand hat auch je verlangt, dass die politisch Verantwortlichen in der DRC oder bei der UNO vor Gericht gestellt werden müssten.

Es handelte sich um einen Angriff auf die Ortschaft Shario, der zu einem Gegenschlag durch die Mitglieder der FOCA in Busurungi führte. Die Opfer von Shario waren ruandische Flüchtlinge, eine Personengruppe, die nur an dieser einzigen Stelle in der Anklage überhaupt auftauchte.

Wer die Anklageschrift hörte, konnte ansonsten leicht übersehen, dass in den Kivu-Provinzen nicht nur die Soldaten der FOCA zuhause waren, sondern auch ruandische Flüchtlinge, als ob diese beiden Gruppen nichts miteinander zu tun hätten. Dabei waren diese Flüchtlinge nach dem Exodus von 1994 immer noch in der DRC und hatten Angst, unter dem derzeitigen Regime nach Ruanda zurückzukehren.\*

\* Nach der Aussage von mehreren Zeugen war die FOCA auch deshalb auf ein gutes Verhältnis mit der kongolesischen Zivilbevölkerung aus, weil ansonsten die eigenen Zivilisten besonders gefährdet gewesen wären.

Ein illegales Besatzungsregime durch 10.000 Soldaten zu behaupten, ohne auf Hunderttausend ziviler ruandischer Flüchtlinge einzugehen, die vor Ort von diesen geschützt wurden, war bereits zu Beginn des Verfahrens eine bewusste Verzerrung der Wirklichkeit durch die höchste deutsche Anklagebehörde.

## 4. Der angeklagte Mensch

In einem deutschen Staatsschutzverfahren werden (zumindest nicht geständige) Angeklagte durchleuchtet, ihr ganzes bisheriges Leben steht auf Prüfstand. Ein falsches Wort vor vielen Jahren kann plötzlich wichtig sein und als Indiz dafür gelten, dass man es hier in Wahrheit mit einem Extremisten zu tun hat.\*

\* Im Al-Qaida-Verfahren hatte mein Mandant am 11.09.2001 als Aushilfe in einem amerikanischen Hotel beim Anblick der brennenden Türme des World Trade Center geäußert, dass für den Fall, dass es sich um einen palästinensischen Täter handeln würde, er alle Anwesenden am nächsten Morgen zum Frühstück einladen würde. Was als eine geschmacklose Reaktion eines staatenlosen Palästinenser begann, entwickelte sich im Verlauf des Verfahrens mangels anderer belastbarer Hinweise zum entscheidenden Beweis für eine extremistische Grundhaltung des jungen Mannes.

Wenn also beispielsweise der Vizepräsident der FDLR Straton Musoni irgendwann einmal öffentlich oder auch nur im kleinen Kreis gegenüber Zeugen eine extremistische Äußerung in Bezug auf Ruanda gemacht oder sich gar rassistisch über die Bevölkerungsgruppe der Tutsis geäußert hätte, so wäre dies in der Hauptverhandlung vor dem Oberlandesgericht Stuttgart mit Sicherheit zur Sprache gekommen, wenn es aktenkundig geworden wäre. Jedoch fehlte dies vollkommen: kein Zeuge, der von solchen Momenten berichtet hat; keine extreme Äußerung in einem der vielen aufgezeichneten Telefonaten; kein extremer Inhalt eines von ihm unterzeichneten Dokuments.

Ein solcher Umstand ist höchst eigentümlich, wenn man bedenkt, dass dieser Mann laut dem Plädoyer der Vertreter des deutschen Generalbundesanwalts der Vizepräsident einer „brutalen und unbarmherzigen Miliz“ war, dass er einer „rassistischen Ideologie“ nachhing und dann auch noch eine „perfide, menschenverachtende Gesamtstrategie“ billigte, der Hunderte unschuldige Zivilisten zum Opfer fielen.

Wäre nicht zu erwarten gewesen, dass diese üble Gesinnung eines Mannes, der sich in Deutschland perfekt eingegliedert hatte, mit einer deutschen Ehefrau zwei Kinder hatte, in einem Reihenhaus wohnte und regelmäßig die Kirche besuchte, nach der aufwendigen



Ermittlungsarbeit an irgendeinem Ort deutlich geworden wäre? Vielleicht wäre es ein Ansatz gewesen, wenn man mal überlegt hätte, ob der politische Einsatz für eine Bevölkerungsgruppe, von der sich viele Mitglieder im Jahre 1994 schuldig gemacht haben, nicht von vornherein als Kampf für Völkermörder diskreditiert werden sollte.\*

\* Gerade in Deutschland sollte man auf diesem Gebiet äußerst vorsichtig sein, denn die eigene Geschichte mit dem vermutlich größten Völkernord der Menschheitsgeschichte lehrt, dass sich politisches und demokratisches Engagement im Nachgang eines solches Ereignisses durchaus lohnt.

Und dass der nicht verstummende Ruf nach einem „innerruandischen Dialog“ nicht nur eine Phrase, sondern eine echte Herzensangelegenheit war, auch wenn dieser hilflos in Richtung einer Diktatur getätigt wurde. Aus Sicht des *Verf.* ist mehr als bedenklich, wenn die deutsche Justiz Menschen als Terroristen verurteilt, die in ihrem gesamten politischen Leben – stets im Ehrenamt und nie hintergründig auf der Suche nach eigenen finanziellen oder machtpolitischen Vorteilen – immer nur die Lösung der politischen Probleme durch Dialog und Demokratie vertreten haben.

Insofern hat die Verurteilung von Straton Musoni in diesem Sinne sehr wenig über seine Person ausgesagt, aber sehr viel über die deutsche Strafjustiz. Wenn Straton Musoni ein Terrorist ist und der ruandische Präsident Paul Kagame ein allseits angesehener Staatsmann, obwohl er für Tausende toter Flüchtlinge verantwortlich ist und in Ruanda eine Diktatur errichtet hat, in der jede Opposition im Keim erstickt wird, dann steht die Welt auf dem Kopf.

## 5. Das Fazit

Es bleibt festzuhalten, dass im vorliegenden Verfahren – mehr noch als in den meisten anderen Staatsschutzverfahren – die Angeklagten und die Verteidiger von Anfang an aufgrund der horrenden Anklagevorwürfe unter starkem Druck gestanden haben. Dies dürfte aber nicht minder für die beteiligten Staatsanwälte und Richter gegolten haben, somit das gesamte rechtsstaatliche System. Es bestand von Beginn an die Gefahr, die der renommierte Psychologe Max Steller einmal hinsichtlich des Themas sexueller Missbrauch formuliert hatte, nämlich dass die emotionale Wucht des Vorwurfs grundsätzlich geeignet ist, zuweilen das Denken zu beeinträchtigen, auch das von sonst rationalen Juristen.\* Dessen sollten sich alle Beteiligten in einem solchen Verfahren bewusst sein.

\* Steller in „Nichts als die Wahrheit?“ Heyne Verlag 2015, S.162.

Als Verteidiger hat man realistisch einzuschätzen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass der Bundesgerichtshof ein Urteil aufhebt, das am Ende einer 319 Tage dauernden Beweisaufnahme über einen Zeitraum von über vier Jahren ergangen ist, nicht allzu hoch ist. Ein Angriff auf die Beweiswürdigung scheint von vornherein aussichtslos, weil es schon genügend rechtlich brisante Fragen gibt, mit denen sich der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs beschäftigen kann. Der amerikanische Strafrechtsprofessor Alan Dershowitz unterscheidet gerne zwischen dem Urteil des Gerichts und dem Urteil der Geschichte. Die Angeklagten werden vermutlich noch einige Zeit auf das Urteil der Geschichte warten müssen. Die Wahrheit ist eine Schnecke.

## Rechtskenntnisse - bei uns suchen Sie vergeblich

Sascha Petzold, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, München

zu OLG München, Beschluss vom 03.11.2016 - 2 Ws 1102/16

### I. Das Problem

Bei Fragen der Kompetenz und der Redlichkeit in der Rechtsanwendung bei Richtern können Selbstwahrnehmung und Fremdwahrnehmung bislang als gegensätzlich bezeichnet werden.

Während Richter nicht müde werden, sich wegen Ihrer Staatsnoten zu rühmen, oder, wie eine Amtsrichterin am AG Würzburg ausführte:

*„Ebenso darf man davon ausgehen, dass der Richter die Gesetze, auch das Grundgesetz, kennt und anwendet, ohne dass er das im Einzelnen schriftlich darlegt. Die Eingangsvoraussetzungen zum Beruf des Richters oder Staatsanwalts sind in Bayern bekanntermaßen hoch.“*

kann ich diesen Optimismus nicht teilen. Nachdem ich bereits zwei mal - vergeblich - versucht habe, bayerischen Richtern und Staatsanwälten zu erklären, dass eine Betrugsstraftat nicht in Betracht kommt, wenn die Täuschung erst nach der Vermögensverfügung erfolgt.

Das größere Problem ist aber die ungeheure und unkontrollierte Macht, die der Staat den Richtern und Staatsanwälten quasi vor die Füße wirft. Es soll Charaktere geben, die dem nicht gewachsen sind. Hierzu lege ich allen (auch und besonders den angesprochenen Richtern und Staatsanwälten) den Beitrag von Prof. Dr. Ulrich Sommer „Über Macht und Verantwortung“ (StraFo 2017, 1 ff) ans Herz.

Die Macht verführt dazu, sich nicht an Gesetz und Ordnung gebunden zu fühlen und begünstigt die Ignoranz. Bestärkt wird der Effekt durch die Gewissheit, dass man a) nicht entdeckt und b) ggfs. nicht belangt wird.

Die confront kann nicht belangen, aber beobachten. Allein das Gefühl der Beobachtung fördert nach einer wissenschaftlichen Studie die Bereitschaft zur Redlichkeit.

### II. Zum Sachverhalt

Im August 2015 klagte die Staatsanwaltschaft wegen Betrugs in Tatmehrheit mit zwei Fällen der Urkundenfälschung an und beantragte zugleich Haftbefehl wegen Wiederholungsgefahr.

Das LG München II wies im Dezember 2015 den Antrag auf Erlass des Haftbefehls zurück. Auf Beschwerde der Staatsanwaltschaft erließ das OLG München im Februar 2016 den beantragten Haftbefehl.

Nach erstinstanzlicher Verurteilung beantragte die Verteidigung im August 2016 mündliche Haftprüfung, die vom Berufungsgericht im September verworfen wurde.

In der Beschwerde zum OLG trug die Verteidigung u.a. vor, dass das Gesetz für die Annahme einer Wiederholungsgefahr mindestens zwei Katalogtaten vorsehe; zumal sehe das Gesetz eine Höchstdauer für die Untersuchungshaft wegen Wiederholungsgefahr von 1 Jahr vor.

Das OLG versagte der Beschwerde den Erfolg.

## III. Aus der Entscheidung

... Entgegen der Auffassung des Verteidigers setzt die Wiederholungsgefahr nicht etwa voraus, dass der Angeklagte mindestens zweier Katalogtaten hinreichend verdächtig wäre. Eine entsprechende Einschränkung ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Maßgeblich ist lediglich, dass der Angeklagte einer entsprechenden Straftat hinreichend verdächtig ist (...) und dass bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, dass er vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art\* begehen werde.

\* Hervorhebung im Original

Eine zeitliche Beschränkung der Untersuchungshaft ergibt sich aus dem Gesetz nicht, vielmehr fordert § 112a Abs. 1 Satz 1 a.E. StPO lediglich, dass im Falle des § 112a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu erwarten sein muss.

gez.

Dr. Meier-Kraut

Gacaoglu

Titz

Vorsitzende Richterin  
am Oberlandesgericht

Richter  
am Oberlandesgericht

Richterin  
am Oberlandesgericht

## IV. Nachlese

### 1. Wiederholte Katalogtat

#### § 112a StPO - Haftgrund der Wiederholungsgefahr

(1) Ein Haftgrund besteht auch, wenn der Beschuldigte dringend verdächtig ist,

2. wiederholt oder fortgesetzt eine die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigende Straftat nach den §§ 89a, 89c Absatz 1 bis 4, nach § 125a, nach den §§ 224 bis 227, nach den §§ 243, 244, 249 bis 255, 260, nach § 263, nach den §§ 306 bis 306c oder § 316a des Strafgesetzbuches oder nach § 29 Abs. 1 Nr. 1, 4, 10 oder Abs. 3, § 29a Abs. 1, § 30 Abs. 1, § 30a Abs. 1 des Betäubungsmittelgesetzes oder nach § 4 Absatz 3 Nummer 1 Buchstabe a des Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetzes

begangen zu haben, und bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, daß er vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen werde, die Haft zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlich und in den Fällen der Nummer 2 eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu erwarten ist. In die Beurteilung des dringenden Verdachts einer Tatbegehung im Sinne des Satzes 1 Nummer 2 sind auch solche Taten einzubeziehen, die Gegenstand anderer, auch rechtskräftig abgeschlossener, Verfahren sind oder waren.

Für diejenigen, die nach dem Lesen des Normtextes noch Zweifel haben, hier aus dem Tischkommentar\* der Richterschaft, der der Verteidigernähe stets unverdächtig ist:

*„Die Tat muss wiederholt oder fortgesetzt begangen worden sein, dh mindestens zweimal durch rechtlich selbständige Handlungen (...).“*

\* Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 59. Aufl., § 112a, Rn. 8

### 2. Höchstdauer der Untersuchungshaft

#### § 122a StPO - Höchstdauer der Untersuchungshaft bei Wiederholungsgefahr

In den Fällen des § 121 Abs. 1 darf der Vollzug der Haft nicht länger als ein Jahr aufrechterhalten werden, wenn sie auf den Haftgrund des § 112a gestützt ist.

## **BGH: Lex scripta - quid hoc ad me pertinet? \***

BGH, Beschluss v. 11. Oktober 2016 - 1 StR 462/16  
(LG Würzburg)

### **I. \* »Geschriebenes Gesetz - was kümmert mich das?«**

In einem Beschluss des 1. Strafsenats des BGH zeigt sich ein unerwarteter entspannter Umgang mit dem geschriebenen Gesetz; und das obwohl die Entscheidung vom Senat als derart wichtig eingestuft ist, dass Veröffentlichungen in BGHSt und BGHR vorgesehen sind.

### **II. Aus dem Urteil**

[9] ... Eine Regelung für minder schwere Fälle sieht § 244 StGB nicht vor. ...

Graf            Jäger            Cirener            Radtke            Moosbauer

### **III. Nachlese**

#### **§ 244 StGB**

(3) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.

# Veranstungskalender

## März 2017

### 41. Strafverteidigertag 2017

#### „Schrei nach Strafe“

24. - 26.03.2017 | Bremen

[Strafverteidigervereinigungen](#)

### 9. Petersberger Tage

31.03. - 01.04.2017 | Neu-Isenburg

[Arbeitsgemeinschaft Strafrecht](#)

## April 2017

### ASS - Frühjahrstagung 2017

13.05.2017 | Berlin

[ASS-Seminare](#)

## Mai 2017

### Strategien in der Strafverteidigung

05.05.2017 | Stuttgart

Martin Rubbert

[DeutscheAnwaltAkademie](#)

### Datenschutz im Strafverfahren

13.05.2017 | Frankfurt a.M.

Sascha Petzold

[DeutscheAnwaltAkademie](#)

### Moderne Strafverteidigerstrategien

13.05.2017 | München

Dr. Klaus Leipold, Prof. Dr. Ulrich Sommer

[Arbeitsgemeinschaft Strafrecht](#)

### Das fehlerhafte Strafverfahren

20.05.2017 | Hannover

Dr. Ines Kilian

[DeutscheAnwaltAkademie](#)

### Workshop Zeugenvernehmung

26./27.05.2017 | Seeshaupt bei München

Seehaus der RAK München

Dr. Bernd Wagner

Task Force Strafrecht - Informationen über die  
confront Redaktion. Limitierte Plätze!

## Juni 2017

### Ermittlungen wegen Finanzkriminalität

09.06.2017 | Düsseldorf

Matthias Klein, Markus Weimann

[DeutscheAnwaltAkademie](#)

### 7. Dreiländerforum Strafverteidigung

09./10.06.2017 | Vaduz (Lichtenstein)

[Initiative Bayerischer StrafverteidigerInnen e.V.](#)

### Vernehmungsrecht, Vernehmungstaktik

16.06.2017 | Berlin

Dr. Hans-Joachim Gerst

[Juristische Fachseminare](#)

### Beweisantragsrecht ...

17.06.2017 | Berlin

Prof. Dr. Hartmut Schneider

[Zorn-Seminare](#)

### Aktuelles bei Verteidigung bei BtM- und Jugendsachen

23.06.2017 | Frankfurt a.M.

01.07.2017 | Hannover

Dr. Jürgen Meyer

[Zorn-Seminare](#)

### Beurteilung von Zeugenaussagen in der Hauptverhandlung

23.06.2017 | Berlin

14.07.2017 | Nürnberg

Gabriele Jansen

[Zorn-Seminare](#)

## Zitiervorschlag:

confront 2016, Heft 1, 23

## Erscheinungsweise:

In der Regel ein mal pro Quartal als Pdf-Dokument, nicht als Printversion.

## Bestellung:

Der Bezug ist kostenlos und kann als Newsletter unter [www.confront.news](http://www.confront.news) abonniert werden.

## Redaktion:

### Rechtsanwalt Sascha Petzold

Maximiliansplatz 17, 80331 München  
[www.kanzlei-petzold.de](http://www.kanzlei-petzold.de)  
Mail: [petzold@confront.news](mailto:petzold@confront.news)

### Rechtsanwalt Gordon Kirchmann

Goethestraße 11, 42489 Wülfrath  
[www.anwalt-wuelrath.de](http://www.anwalt-wuelrath.de)  
Mail: [kirchmann@confront.news](mailto:kirchmann@confront.news)

### Rechtsanwalt Dr. Florian Englert

Oskar-von-Miller-Ring 33, 80333 München  
[www.englert.legal](http://www.englert.legal)  
Mail: [englert@confront.news](mailto:englert@confront.news)

## Verlags und Redaktionsanschrift:

Task Force Strafrecht  
c/o Rechtsanwalt Sascha Petzold  
Maximiliansplatz 17, 80331 München

## Layout und Design:

Sascha Petzold

## ISSN 2509-5595

[Deutsche Nationalbibliothek](http://www.dnb.de)

## Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich. Mit der Annahme überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zum Speichern in einer Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung. Der Autor versichert, über die urheberrechtlichen Nutzungsrechte seines Beitrags allein verfügen zu können und keine Rechte Dritter zu verletzen.

## Verlags- und Urheberrechte:

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

## Haftungsausschluss:

Die Beiträge dieser Zeitschrift werden sorgfältig und nach besten Wissen erstellt. Die Beiträge geben die Meinung der jeweiligen Autoren wieder; die Redaktion greift nicht in den Inhalt ein und macht sich diesen nicht zu eigen. Verlag, Herausgeber und Autoren übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Ausführungen. Die Verantwortung insbesondere auch für Muster und Arbeitshilfen trägt der Benutzer.



