

aktuellen Stand der Wissenschaft. Vielmehr wurden diese Werte in der Folgezeit erheblich in Frage gestellt; insbesondere gibt es Abweichungen nach unten.<sup>52</sup> Danach wird ab einem Wert von 1,0 ng/ml THC im Serum davon ausgegangen, dass der Betreffende unter dem Einfluss des Rauschmittels am Straßenverkehr teilgenommen hat.<sup>53</sup> Dabei ist zu beachten, dass die Nachweisgrenze derzeit bei etwa 0,5 ng/ml THC liegt. Für diese Ansicht gibt es gute Gründe. Eine Fall-Kontroll-Studie zur Einschätzung des Risikos, beim Fahren unter Cannabiseinfluss einen Verkehrsunfall mit Todesfolge zu verursachen, kam etwa zu dem Ergebnis, dass bei Probanden mit positiven Blutwerten (definiert als eine Konzentration von 1,0 ng/ml THC und mehr) der Nachweis von Cannabis signifikant mit der Verantwortung für den Unfall korrelierte.<sup>54</sup>

Der Streit um den „richtigen“ Grenzwert ist nicht nur akademischer Natur. Er ist vielmehr für den Betroffenen von erheblicher Bedeutung. Lebt er etwa in Hamburg, riskiert er schon bei einmaliger Drogenfahrt eine Entziehung der Fahrerlaubnis. Lebt er in Baden-Württemberg, kommt bei einer Drogenfahrt mit einem Wirkstoffgehalt von 1,0 ng/ml THC im Blut eine unmittelbare Entziehung der Fahrerlaubnis in Betracht, während in Bayern bei diesem Wert „nur“ eine Eignungsüberprüfung im Rahmen einer MPU angeordnet wird.<sup>55</sup>

Legt man die eingangs dargelegten Maßstäbe an die verfassungsrechtliche Zulässigkeit unbestimmter Rechtsbegriffe an, wird man die einschlägigen Regelungen der Fahrerlaubnisverordnung nicht beanstanden können; sie sind einer Auslegung zugänglich. Dass die unterschiedliche Interpretation unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit nicht zufrieden stellen kann, bedarf keiner weiteren Darlegung. Hier könnte eine Klarstellung durch das Bundesverwaltungsgericht helfen. Der

richtige Weg wäre, wenn sich der Gesetzgeber entschließen könnte, die entsprechenden Vorschriften präziser zu fassen und so möglichen Auslegungsspielraum von vornherein zu begrenzen. Angesichts der Erfahrungen in den letzten Jahren wird dies aber nur ein frommer Wunsch bleiben.

## VI. Fazit

Als Ergebnis bleibt festzustellen, dass die verfassungsrechtlichen Hürden, ein Gesetz wegen Verwendung – zu – unbestimmter Rechtsbegriffe als nichtig zu verwerfen, sehr hoch sind. Allein der Umstand, dass ein in einer gesetzlichen Regelung verwendeter Begriff mehrere Auslegungen zulässt, die in ihrer praktischen Auswirkung durchaus gewichtig sind, reicht hierfür nicht. Die im Fahrerlaubnisrecht festzustellende Tendenz des Gesetzgebers, regelungsbedürftige Tatbestände nur mittels zahlreicher unbestimmter Rechtsbegriffe zu erfassen und so in Wahrheit keine – zureichende – Regelung zu erlassen, ist im Interesse der Normunterworfenen zu bedauern. Besserung ist nicht in Sicht.

52 VGH Baden-Württemberg NJW 2006, 2135: 1,0 ng/ml THC und 10,0 ng/ml THC-COOH.

53 VGH Baden-Württemberg NJW 2006, 2135; BA 2005, 187; VG Hamburg, BA 2005, 327; OVG Lüneburg .DAR 2003, 480; OVG Rheinland-Pfalz zfs 2004, 188 = DAR 2004, 413; in diese Richtung auch Eisenmenger, Drogen im Straßenverkehr – Neue Entwicklungen NZV 2006, 24/27; wohl auch Zwirger Erschwerter Rechtsschutz durch Reglungdefizite in der Fahrerlaubnis-Verordnung, insbesondere bei Drogenauffälligkeit zfs 2006, 362/366.

54 Vgl. hierzu Türk, Cannabis intoxication and fatal road crashes in France, BA 2006, 286.

55 Kritisch hierzu auch Gehrman, Grenzwerte für Drogeninhaltsstoffe im Blut und die Beurteilung der Eignung im Fahrerlaubnisrecht, NZV 2008, 265/268.

# Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren

Rechtsanwalt Tronje Döhmer, Gießen

Die in Verkehrsstrafsachen und in allgemeinen Strafsachen tätigen Verteidiger plagen sich Tag für Tag in Hauptverhandlungen mit dem gewiss nicht einfachen Strafprozessrecht. In ihren Bemühungen um das Wohl ihrer Klientel, deren Existenz manches Mal auf dem Spiel steht, sind sie der Gefahr ausgesetzt, daran mitzuwirken, ein Fehlurteil zu produzieren. Eine ungerechte oder unangemessene Strafe findet nur selten die Zustimmung der sonach zu recht verärgerten Mandantschaft. Das Ungemach hat allerdings der redliche Verteidiger nur selten zu verantworten. Die Ursache des falschen Urteils ist eher selten darin zu sehen, dass sich die Verteidigung vor der Hauptverhandlung nicht zumindest an einem Wochenende mit dem Revisionsrecht beschäftigt hat.<sup>1</sup>

## 1. Zustellung des tatrichterlichen Urteils

Die Lektüre des schriftlich abgefassten Urteils erzeugt unbehagliches Herzrasen, zumal mit dem baldigen und bösen An-

ruf des verurteilten Mandanten gerechnet werden muss. Der erfahrene Verteidiger weiß, was er sich wieder einmal anhören muss. Lautstark poltert der bestrafte Mandant am Telefon, dass

- er auf dem Lichtbild gar nicht zu erkennen sei,<sup>2</sup>
- sich aus den verlesenen Urkunden etwas Anderes ergebe<sup>3</sup> und
- die Zeugen<sup>4</sup> sowie
- der Sachverständige doch so gar nicht ausgesagt hätten.<sup>5</sup>

1 So aber wohl Sarstedt/Hamm, Die Revision in Strafsachen, 5. Auflage, Rn 101.

2 BGH, Beschluss vom 07.06.1979 – 4 StR 441/78, NJW 1979, 2318 f zu § 261 StPO

3 BGH NStZ 1987, 18

4 BGH, Beschluss vom 03.09.1997 – 5 StR 237/97, BGHSt 43, 212.

5 BGH, Urteil vom 13.09.2006 – 2 StR 268/06, NStZ 2007, 115; BGH, Urteil vom 05.09.1989 – 1 StR 291/89, NStZ 1990, 35.

Gewissenhaft, wie der Verteidiger nun mal ist, lässt er sich seine Handakte vorlegen und überprüft anhand seiner schriftlichen Aufzeichnungen, was in der Hauptverhandlung gesprochen und im Übrigen geschehen ist. Dabei stellt er fest, dass der Tatrichter ausweislich der Feststellungen im schriftlichen Strafurteil an einer anderen Hauptverhandlung teilgenommen haben muss. Das ist eine Erfahrung, die er wohl mit der Mehrzahl der Strafverteidiger teilt, zumal das Problem schon in der Literatur beschrieben worden ist.<sup>6</sup>

## 2. Was nun?

Empört verfasst der fleißige Verteidiger eine viele Seiten starke Revisionsbegründungsschrift, die regelrechte Begeisterung bei der Mandantschaft auslöst, weil diese an der gleichen Hauptverhandlung teilnahm und alles stimmt, was der Verteidiger anhand seiner Aufzeichnungen an Angriffen gegen das tatrichterliche Urteil zusammentrug. Nach ein paar Wochen weicht die Euphorie über die gelungene Revisionsbegründung erneutem Ärger. Die Staatsanwaltschaft hat – wie üblich – beantragt, nach § 349 II StPO zu verfahren. Es möge ja alles richtig sein, was die Revision ausgeführt habe. Ohne eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung könne das Revisionsgericht aber die Richtigkeit des Revisionsvorbringens nicht prüfen. Diese Rügen seien damit unzulässig. Die Revision erweise sich so als „offensichtlich unbegründet“! Der Stunk, den diese Stellungnahme auslöste, ist noch nicht richtig verzogen, als kurz darauf der auf § 349 II StPO gestützte Beschluss des Revisionsgerichts eingeht. Die Revision wird als unbegründet verworfen. Von diesem Verurteilten wird der davon betroffene Verteidiger eher kein neues Mandat mehr erhalten. Das ist aber keineswegs dem redlichen Verteidigerverhalten geschuldet.

## 3. Rechtsstaatsprinzip in der Krise?

Das Alltagsgeschäft der Strafverteidiger belegt, dass es sich nicht um Ausnahmefälle handelt, über die an dieser Stelle mit allem gebotenen Ernst geschrieben wird. Rechtshistorisch lassen sich die Hintergründe erahnen.<sup>7</sup> Es geht um die Aufrechterhaltung und Festigung der staatlichen Autorität im Bereich des Strafrechts. Die Aufhebung von Entscheidungen des örtlichen Tatgerichts soll tunlichst vermieden werden, weil damit der Staat einräumen müsste, falsch entschieden zu haben. Mit den „Traditionen eines demokratischen Rechtsstaates“ hat all dies nichts zu tun. Der Bürger soll buckeln. Der Verteidiger soll ihn dazu bringen, dies zu tun, indem er für die Akzeptanz solcher Entscheidungen sorgt. Seine Stellung als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ nimmt dabei aber Schaden. Sagt der Zeuge nämlich für alle Anwesenden in der Hauptverhandlung deutlich vernehmbar „A“ aus, schreibt der Tatrichter jedoch aufgrund der Aussage dieses Zeugen stehe „B“ fest und stützt er darauf seine Verurteilung, so hat dies mit einem rechtsstaatlichen Verfahren nichts zu tun.<sup>8</sup>

Kann der Verteidiger diesen Fehler in der Revision nicht korrigieren, so spielt es keine Rolle, ob die dem Ergebnis der Hauptverhandlung widersprechenden Feststellungen vorsätzlich oder fahrlässig ihren Weg in die schriftlichen Urteilsgründe

gefunden haben. Mit solchen Entscheidungen, mit denen unbedingt eine Verurteilung erreicht werden soll, wird dem Rechtsstaat kein Dienst erwiesen. Das Ansehen des demokratischen Rechtsstaates leidet, was den Restauratoren des obrigkeitstaatlichen Denkens nicht weiterhilft.

Hervorzuheben ist, dass die betroffene Gruppe von Strafrichtern kein Unrechtsbewusstsein verspürt. Die Kenntnisse über das „revisionssichere Dichtschreiben“ von Strafurteilen werden durch Ausbildung und Üben erlangt. Die Praktiken sind von Richtergeneration zu Richtergeneration weitergegeben worden. Angewendet werden damit Techniken des Abfassens von Strafurteilen, die aus dem vorvorigen Jahrhundert stammen.<sup>9</sup> Leider werden diese Zusammenhänge nur zu oft geleugnet. Die gewollte oder ungewollte Manipulation am Faktum wird so oder so rechtsstaatlichen Anforderungen nicht gerecht.

## 4. Rechtsstaatliches Strafverfahren

Wenn ein Strafrichter, weil er sich demokratischer Traditionen nicht verpflichtet fühlt, auf jeden Fall verurteilen will, hat dies mit seiner Pflicht zur Wahrheitserforschung<sup>10</sup> nur insoweit etwas zu tun, als er diese verletzt, wenn er unrichtige Tatsachenfeststellungen in sein schriftliches Urteil aufnimmt. Das kann nicht ernsthaft in Abrede gestellt werden. An dieser Einsicht kann zudem auf dem rechtsgeschichtlichen Hintergrund nur schwer gerüttelt werden. Die Befürworter einer solchen Strafjustiz unternehmen nicht mal den Versuch, sachliche Gegenargumente gegen diese Erkenntnis ins Feld zu führen. Effektive Kontrolle ist das alleinige Mittel, das traditionell schlecht ausgeprägte, rechtsstaatliche Bewusstsein der Strafrichterschaft auszugleichen. Das blinde Vertrauen in die Lauterkeit der Strafrichterschaft ist gerade in Deutschland fehl am Platz!

## 5. Billigung durch die Revisionsgerichte

In einer beachtlichen Vielzahl revisionsgerichtlicher Entscheidungen wird das „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“ als Rechtfertigung angeführt, sich nicht mit den Widersprüchen zwischen den Ergebnissen der Hauptverhandlung und den tatsächlichen Feststellungen in den schriftlichen Urteilen zu befassen.<sup>11</sup> Allein die große Zahl der dies-

6 Zum Beispiel: Rechtsanwalt Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen, Unvollständige und unzutreffende tatrichterliche Urteilsfeststellungen, StV 1992, 134 ff, 135.

7 Siehe Sarstedt/Hamm (Fn 1), Rn 244 bis 251.

8 Vgl. Jarass/Pierroth, Grundgesetz, 7. Auflage, Rn 93 bis 96 zu Art. 20.

9 Diese Techniken entfalteten ihre Blüte in der Zeit von 1933 bis 1945 und verdanken ihr Überleben einer sträflich unterlassenen Entnazifizierung der Strafjustiz nach 1949.

10 Sarstedt/Hamm (Fn 1), Rn 243.

11 BGH, Urteil vom 08.02.1961 – 2 StR 625/60, NJW 1961, 789 f; BGH, Urteil vom 03.07.1962 – 1 StR 757/G21, NJW 1962, 1832 zu § 244 II StPO; BGH, Urteil vom 07.10.1966 – 1 StR 305/66, NJW 1967, 213 zu §§ 261, 337 StPO; BGH, Beschluss vom 11.04.1979 – 2 StR 306/78, BGHSt 28, 384 = NJW 1979, 2319-2320; BGH, Beschluss vom 07.06.1979 – 4 StR 441/78, NJW 1979, 2318 f zu § 261 StPO; BGH, Urteil vom 02.11.1982 – 5 StR 622/82, StV 1983, 9 = BGHSt 31, 139 (140); BGH, Urteil vom 05.09.1989 – 1 StR 291/89, NStZ 1990, 35; BGH, Urteil vom 03.07.1991 – 2 StR 45/91; BGH, Urteil vom 02.06.1992 – 1 StR 182/92; BGH, Urteil vom 04.02.1997 – 5 StR 606/96; BGH, Urteil vom 29.04.1997 – 1 StR 156/97; BGH, Beschluss vom 04.07.1997 – 3 StR 520/96; BGH, Beschluss vom

bezüglichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes sollte Bedenken hervorrufen. Sie initiiert nämlich die Frage, wie mit den angefochtenen Entscheidungen hätte verfahren werden müssen, wenn die Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Rahmen der Revisionsrüge durchgeführt worden wäre.

Auf den Punkt gebracht: Hätte die Prüfung tatsächlich ergeben, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung „A“ gesagt hat, so hätte die angeklagte Person freigesprochen oder milder bestraft werden müssen!?

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass sich der Bundesgerichtshof in keiner der dem Verfasser bekannten Entscheidungen mit diesem Problem befasst. Das Rechtsstaatsprinzip und die Gebote eines fairen Verfahrens sowie der Wahrheitsfindung finden in all diesen Judikaten keine Erwähnung. Spuren eines Problembewusstseins lassen sich nicht erkennen. Leider ist das rechtshistorisch konsequent.

## 6. Rechtfertigung des so genannten Rekonstruktionsverbotes

Rechtsprechung und Literatur liefern keine plausible Begründung für das so genannte „Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung“.

(1) Diese Ausführungen sollten mit dem Gipfel beginnen. „Offensichtlich falsche Tatsachenfeststellungen“ sollen „in der Regel“ darauf beruhen, dass der Verteidiger versagt hat.<sup>12</sup> Diese Aussage widerspricht den alltäglichen Erfahrungen der Praxis und hat mit dem Faktum des grenzwertigen, revisionssicheren Dichtschreibens tatrichterlicher Urteile nichts zu tun. Die Rüge, Zeugen und Sachverständige hätten in der Hauptverhandlung nicht das gesagt, was in den Urteilsgründen wiedergegeben werde, könne in der Revision nicht vorgebracht werden, weil der Revisionsrichter in diesem Fall die Beweisaufnahme rekonstruieren oder gar wiederholen müsse. Dadurch werde eine weitere Tatsacheninstanz geschaffen, die im Gesetz nicht vorgesehen sei. Jede Verfahrensordnung erreiche irgendwann einen Punkt, wo die Unzulänglichkeit des Menschlichen nicht überwunden werden könne.<sup>13</sup> Am Ende sei es ja auch nicht Aufgabe des Revisionsrichters, die Hauptverhandlung erster Instanz anhand von „dienstlichen Äußerungen usw.“ zu rekonstruieren.<sup>14</sup>

Falsche Tatsachenfeststellungen in den schriftlichen Urteilsgründen können mit solchen Ausführungen – besser Auslassungen, Argumente sind es nicht – nicht gerechtfertigt werden. Schon gar nicht wird damit die bewusste Untätigkeit der Revisionsgerichte gegenüber solchen Feststellungen legitimiert. Niemand hat in diesem Zusammenhang übrigens ins Gefecht geworfen, für die Revisionsgerichte würde die aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Pflicht zur Wahrheitsfindung nicht gelten. Sie sind von Verfassungs wegen gehalten, gegen falsche Tatsachenfeststellungen einzuschreiten.

(2) Die Kommentarliteratur trägt zur Sache wenig bei. Kritiklos werden Allgemeinplätze gehalten. Nicht schlecht ist da die pauschale Annahme, eine Wiederholung oder Ergänzung der Beweisaufnahme durch das Revisionsgericht „würde der Ordnung des Revisionsverfahrens widersprechen“.<sup>15</sup> Solche

Begründungen sind schwach und ohne juristisches Fundament, mögen auch noch so viele Rechtsprechungsnachweise zitiert werden. Es ist eben gerade nicht Sache des Tatrichters, falsche Tatsachen zu würdigen und in das schriftliche Urteil aufzunehmen. Tut er es dennoch, ist sein Urteil falsch und es fällt der Aufhebung anheim. Das ist die Aufgabe des Revisionsgerichts.

Nur bei Gelegenheit ist klar zu stellen, dass sich gegen Tatsachenfeststellungen, die dem Ergebnis der Beweisaufnahme entsprechen, vernünftiger Weise niemand zur Wehr setzt. Dafür gibt es keinen Grund. Die Praxis lehrt, dass es solche Fälle gibt. Es handelt sich aber um Ausnahmefälle, die mit den ständig wiederkehrenden Erfahrungen mit den auf der Basis von Indizien durchgeführten Verfahren wenig zu tun haben.

Die „Kommentierung“, die Beschaffenheit des Inbegriffs der Hauptverhandlung könne nicht in derselben Hauptverhandlung zum Beweisgegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, wird nicht begründet.<sup>16</sup> Ein Anfangsverdacht dahin, wie die richtige Begründung dafür lautet, besteht allerdings. Dieser beruht auf der Teilnahme an unzähligen Hauptverhandlungstagen und ist darauf zurück zu führen, dass sich Tatrichter gerne einer effektiven Kontrolle entziehen möchten. Die Neigung, eigene politische, moralische und sonstige nicht näher definierbare Vorstellungen an die Stelle des Rechts zu setzen, ist leider ziemlich ausgeprägt. Die Rekonstruktion der Hauptverhandlung soll verboten sein, ohne dass für dieses Verbot eine Rechtsgrundlage benannt wird.<sup>17</sup> Damit wird das Ausleben solcher Vorlieben gefördert.

(3) Angesichts der juristischen Argumentationsarmut der Literatur blieb die Hoffnung, wenigstens in den vielen obergerichtlichen Urteilen die legalen Grundlagen für die „Konstruktion“ des Verbots der Rekonstruktion der Hauptverhandlung zu finden. Leider ist damit dem Thema die Spannung genommen. Die inhaltsleeren Hinweise in den ausgewerteten Entscheidungen zerlegen diese Hoffnung in nicht wieder zusammenfügbare Einzelteile. Dem Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung kann von anwaltlicher Seite nur umgehender Freitod durch Selbsttötung angeraten werden. Die Analyse:

(4) Zunächst wird gerne das Urteil des BGH vom 09.02.1957<sup>18</sup> zitiert. Wie damit die Aufrechterhaltung unrichtiger Tatsachenfeststellungen durch die Revisionsgerichte gerechtfertigt

03.09.1997 – 5 StR 237/97; BGH, Beschluss vom 07.05.1999 – 3 StR 460-98; BGH, Beschluss vom 19.10.1999 – 5 StR 442/99; BGH, Beschluss vom 17.11.1999 – 1 StR 290/99; BGH, Beschluss vom 15.03.2001 – 5 StR 591/00; BGH, Beschluss vom 23.03.2001 – 2 StR 449/00, StV 2001, 667; BGH, Urteil vom 11.04.2001 – 3 StR 503/00; BGH, Urteil vom 19.07.2001 – 4 StR 46/01; BGH, Beschluss vom 06.09.2001 – 3 StR 285/01; BGH, Urteil vom 28.01.2003 – 5 StR 310/02; BGH, Beschluss vom 14.08.2003 – 3 StR 17/03; BGH, Beschluss vom 15.01.2004 – 3 StR 481/03; BGH, Beschluss vom 18.02.2004 – 2 StR 462/03; BGH, Urteil vom 27.07.2005 – 2 StR 203/05; BGH, Beschluss vom 25.01.2006 – 1 StR 438/05; BGH, Urteil vom 09.05.2006 – 1 StR 37/06; BGH, Urteil vom 3. 8. 2006 – 3 StR 199/06; BGH, Urteil vom 13.09. 2006 – 2 StR 268/06; BGH, Urteil vom 09.02.1957 – 2 StR 508/56, NJW 1957, 1039 f

12 So ernsthaft: Sarstedt/Hamm (Fn 1), Rn 154, 254 – keine Beweisanträge, keine Fragen.

13 Sarstedt/Hamm (Fn 1), Rn 154.

14 Sarstedt/Hamm (Fn 1), Rn 254.

15 Meyer-Goßner, StPO, 50. Auflage, Rn 13 zu § 337.

16 KK-Herdeggen, StPO, 4. A., Rn 67 zu § 244.

17 KK-Engelhardt (Fn 16), Rn 53 zu § 261.

18 2 StR 508/56 zu § 261 StPO, NJW 1957, 1039 f

werden kann, erschließt sich nicht. Traditionsbewusst hält der BGH schon im Jahr 1957<sup>19</sup> die Fahne der freien Beweiswürdigung hoch. Das sei die ureigene Aufgabe des Tatrichters. Die geschieht ohne eine Erklärung des BGH, womit der Tatrichter, der seine Tätigkeit schon in der Zeit von 1933 bis 1945 ausübte, dieses ihm entgegenbrachte Vertrauen rechtfertigen konnte. Rechtshistorisch betrachtet wäre ein fundiertes Misstrauen angezeigt gewesen. Von einem Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung ist in der Entscheidung aus dem Jahr 1957 außerdem nicht einmal die Rede. Es kann aus dieser Entscheidung nicht abgeleitet werden, weshalb die Frage, warum diese Entscheidung ständig zitiert wird, berechtigt, aber bis heute unbeantwortet geblieben ist. § 261 StPO ist zudem keine Rechtsgrundlage für die Aufrechterhaltung nachweislich falscher tatsächlicher Feststellungen in tatrichterlichen Strafurteilen, die nicht selten auf das Bemühen, das Urteil revisionsicher abzufassen, zurückzuführen sind. Mehr Skrupel wären da schon gefragt.

(5) Im Jahr 1961 glänzte der BGH mit folgenden Ausführungen:

„... Allerdings ist es im RevRechtzuges zulässig und auch häufig geboten,

- über einen behaupteten Verfahrensverstoß durch Einholung dienstlicher Äußerungen Beweis zu erheben.

Hier enthält jedoch das Vorbringen der Rev. nicht den Vorwurf,

- die StrK habe die Beweiserhebung als solche nicht dem Gesetz entsprechend durchgeführt, sondern es zielt dahin,
- durch eine Art Wiederholung und Ergänzung eines Abschnitts der Beweisaufnahme vor dem LG darzutun, daß
- dieses deren Ergebnis unrichtig gewürdigt und festgestellt habe.

Einer dahingehenden Überprüfung der Beweiswürdigung steht die Vorschrift des § 261 StPO entgegen. Danach entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme allein der Tatrichter. Nur was er nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung als Beweisergebnis ansieht und feststellt, ist maßgebend und damit auch für das RevGer. bindend. Aus diesem Grunde sind schriftliche Vermerke, die ein Prozeßbeteiligter über die Angaben eines Zeugen abweichend von den Feststellungen des Gerichts gefertigt hat, zu deren Widerlegung nicht geeignet. Daher können und dürfen hier die Aufzeichnungen des Verteidigers nicht berücksichtigt und die für ihre Richtigkeit angebotenen Beweise nicht erhoben werden. Den Feststellungen, wie, sie das Ur. ausweist, ist aber nichts dafür zu entnehmen, daß sie von der StrK unter Nichtbeachtung des § 252 StPO getroffen worden sind. ...“<sup>20</sup>

Zunächst kommt bei der Lektüre dieser Entscheidung so etwas wie Hoffnung auf. Die Rekonstruktion der Hauptverhandlung soll möglich sein, wenn es darum geht, dass die Beweisaufnahme nicht entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt worden ist. Sie trägt, weil so etwas nicht möglich sein soll, wenn gerügt wird, das Ergebnis der Beweisaufnahme sei unrichtig festgestellt worden – Zeuge sagte „A“ und im Urteil steht „B“ –.

Den Tatrichter auf diesen Thron zu setzen, hatte er sicher schon im Jahr 1961 nicht verdient. Wenn erwiesen ist, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung „A“ sagte und fälschlicherweise im Urteil steht, er habe „B“ gesagt, ist der Tatrichter nicht schutzwürdig und der demokratische Rechtsstaat schreit nach einer Korrektur, die ihm der BGH beharrlich und ohne rechtfertigenden Grund verweigert. Die Schutzbedürftigkeit des Tatrichters folgt allemal nicht daraus, dass das deutsche Strafprozessrecht keine Wortprotokolle in strafrechtlichen Hauptverhandlungen, insbesondere nicht vor den Landgerichten kennt. Damit solidarisierte sich der Gesetzgeber mit einer nicht entnazifizierten Richterschaft, die sich gerne einer effektiven Kontrolle durch Rechtsmittelgerichte und die Öffentlichkeit entzieht. Wer keine ernsthafte Kontrolle fürchten muss, verselbstständigt sich und macht dauerhaft, was er will. So haben sich die Dinge verschärft entwickelt. Das steckt hinter dem „Gefühl“, an einer anderen Hauptverhandlung teilgenommen zu haben.

Falsche Feststellungen in Strafurteilen des Tatrichters sind ungesetzlich. Aus § 261 StPO ergibt sich nichts Anderes.

(6) Die „Ordnung des Revisionsverfahrens“<sup>21</sup> ist ein Wert, der weder Gesetzes- noch Verfassungsrang hat. Diese Ordnung ist nirgendwo niedergelegt. Sie kann nicht nachgelesen und überprüft werden. Es handelt sich damit um eine Erfindung der Revisionsrichter, die früher als Tatrichter tätig waren und auch nicht effektiv kontrolliert werden wollten.

Diese Art der Ordnung hat mit der StPO, dem Grundgesetz und der EMRK nichts zu tun. Denn all diese Rechtsgrundlagen werden von rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen, dem Gebot eines fairen Verfahrens und der Pflicht zur Wahrheitsfindung beherrscht. Ihre Normen haben mit der Verhinderung wahrheitsgemäßer Feststellungen nichts zu tun. Schon gar nicht verbieten sie die Korrektur unrichtiger tatsächlicher Feststellungen in tatrichterlichen Strafurteilen.

(7) Der Sockel des Tatrichters ist zunehmend überhöht worden. Die Verkündungen gleichen den Verlautbarungen aus den Politbüros der KPDSU bzw. der KPC:

„... Das Ergebnis der Aussage eines Zeugen, wie überhaupt das Ergebnis der Hauptverhandlung, festzustellen und zu würdigen, ist allein Sache des Tatrichters; der dafür bestimmte Ort ist das Urteil. Was in ihm über das Ergebnis der Verhandlung zur Schuld- und Straffrage festgehalten ist, bindet das Revisionsgericht. Darüber ist kein Gegenbeweis zulässig. ...“<sup>22</sup>

Mit der Frage, was mit den Menschen geschieht, bei denen der verweigerte Gegenbeweis geführt worden ist oder geführt werden konnte, befassen sich die Revisionsrichter nicht. Sachliche Gründe sind dafür weit und breit nicht erkennbar. Die Aufrechterhaltung falscher Urteile führt zum Elend der Wahrheitsfindung und ist nicht zu billigen.

<sup>19</sup> Die deutsche Justiz ist in dieser Zeit noch immer von Nazirichtern ver-seucht.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 08.02.1961 – 2 StR 625/60, NJW 1961, 789 f; ebenso: BGH, Beschluss vom 03.09.1997 – 5 StR 237/97; BGH, Beschluss vom 18.02.2004 – 2 StR 462/03

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 03.07.1962 – 1 StR 757/G21, NJW 1962, 1832 zu § 244 II StPO; BGH, Urteil vom 2.11.1982 – 5 StR 622/82, StV 1983, 9 = BGHSt 31, 139 (140)

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 07.10.1966 – 1 StR 305/66, NJW 1967, 213 zu §§ 261, 337 StPO.

(7) In einer häufig zur Rechtfertigung zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1966 heißt es:

„... Nicht berechtigt ist jedoch das Revisionsgericht, den Freibeweis auch auf die tatsächlichen Feststellungen des Berufsrichters als solche zu erstrecken und diese je nach dem Ergebnis des Beweises durch eigene Feststellungen zu ersetzen oder zu ergänzen. Das würde einem im Gesetz nicht vorgesehenen weiteren Berufungsverfahren gleichkommen und wäre mit dem Wesen und den Grundsätzen des Revisionsrechts nicht vereinbar. ...“<sup>23</sup>

Die in einem Rechtsstaat agierenden Strafgerichte sind Recht und Gesetz, insbesondere dem Grundgesetz verpflichtet. Nichts darf sie davon abhalten, falsche Urteile aus der Welt zu schaffen. Es hat nichts mit einer weiteren Tatsacheninstanz zu tun, wenn die Revision nachweist, dass das Strafurteil unrichtige Feststellungen enthält, die nicht im Einklang mit der vor dem Tatgericht durchgeführten Beweisaufnahme stehen. Hat der Zeuge „A“ statt „B“ gesagt, kann die auf den Sachverhalt „B“ gestützte Verurteilung nicht bestehen bleiben. Es gehört nicht zur ureigenen Aufgabe des Tatrichters, in seinem Urteil die Aussage „B“ festzustellen, wenn der betreffende Zeuge in der Hauptverhandlung „A“ ausgesagt hat. Vielmehr hat so etwas rein gar nichts mit den Aufgaben eines Tatrichters in rechtsstaatlich geführten Strafverfahren zu tun. Handelt der Tatrichter vorsätzlich, macht er sich sogar selber strafbar (§ 339 StGB).

Bei den angeführten „Wesen und den Grundsätzen des Revisionsrechts“ handelt es sich um Windeier. Sie sind ungeeignet, die Aufrechterhaltung unrichtiger Urteile zu rechtfertigen. Im Übrigen sind das Wesen und die Grundsätze des Revisionsrechts, die das hergeben sollen, unbekannte Flugobjekte, die bislang weder in der StPO noch im GG landen konnten. Ein Urteil, das falsche tatsächliche Feststellungen enthält, widerspricht dem Gesetz. Das Revisionsgericht muss als Rechtsmittelgericht von Gesetzes wegen unrichtige und gesetzwidrige Urteile aufheben. Das entspricht dem gesetzlichen Wesen und den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Revisionsrechts.

(8) Exemplarisch für den Irrglauben an das Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung ist die Radarfotoentscheidung des BGH aus dem Jahr 1979.<sup>24</sup> Sie muss zum besseren Verständnis und zur Erhöhung des Kontrastes ausführlicher zitiert werden:

“... Das AG hat den Betroffenen wegen ‚vorsätzlichen Nichteinhaltens des erforderlichen Sicherheitsabstandes‘ nach §§ 4 I, 49 I Nr. 4 StVO i. V. mit § 24 StVG zu einer Geldbuße verurteilt. Es hat festgestellt, daß er auf der Bundesautobahn als Führer eines Pkw bei einer Geschwindigkeit von 128,5 km/h lediglich einen Abstand von 18 m zu dem vorausfahrenden Fahrzeug eingehalten hat. Der Betroffene erklärte zur Sache, daß er das Fahrzeug nicht gelenkt habe. Das AG hat ihn gleichwohl als überführt angesehen und dies wie folgt begründet: ‚Aufgrund des Beweisfotos ist das Gericht jedoch davon überzeugt, daß zur Tatzeit der Betroffene am Steuer saß. **Das in Augenschein genommene Lichtbild läßt deutlich einen hochgewachsenen, schlanken, schwarzhaarigen und Brille tragenden jungen Herrn erkennen. Diese Beschreibung trifft voll auf den Betroffenen zu, dessen persönliches Erscheinen das**

**Gericht zwecks Augenscheinnahme angeordnet hat.** Diese vom Gericht gewonnene Überzeugung hat der Betroffene in keiner Weise zu erschüttern versucht...“

Das OLG Celle hat die Rechtsbeschwerde des Betroffenen zugelassen. Es möchte das Rechtsmittel verwerfen. Die Beanstandung, das Radarfoto lasse die vom Amtsrichter getroffenen Feststellungen nicht zu, betrachtet es als unzulässigen Angriff gegen die tatrichterliche Beweiswürdigung. **Es hält sich für nicht befugt, seine eigene Auffassung über die Ergiebigkeit eines in Augenschein genommenen Lichtbildes an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen.** Es sieht sich an der beabsichtigten Entscheidung durch den Beschluß des OLG Bremen vom 15.11. 1974 (VRS 48 [1975], 435) gehindert. Darin vertritt dieses Gericht ohne nähere eigene Begründung mit einem unzutreffenden Hinweis auf Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, 22. Aufl., 261 StPO Anm. 2b und 3 die Auffassung, dem Rechtsbeschwerdegericht stehe das Radarfoto im Wege des Freibeweises zur Überprüfung der Behauptung, es sei unergiebig, offen. Es hat die Sache daher dem BGH zur Entscheidung vorgelegt.

... III. In der Vorlegungsfrage stimmt der Senat der Rechtsansicht des vorlegenden OLG Celle zu.

1. Grundlage jeder Sachentscheidung des Strafrichters ist der Tathergang, von dem der Richter überzeugt ist. Gem. § 261 StPO, gegebenenfalls i. V. mit § 71 OWiG, hat das Gericht über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung zu entscheiden. Das Ergebnis der Beweisaufnahme zu würdigen, ist allein Sache des Tatrichters. Es ist die für die Schuldfrage entscheidende, ihm allein übertragene Aufgabe, ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln und nur seinem Gewissen verantwortlich zu prüfen, ob er an sich mögliche Zweifel überwinden und sich von einem bestimmten Sachverhalt überzeugen kann oder nicht (BGHSt 10, 208 [209] = NJW 1957, 1039). Ebensowenig wie der Tatrichter gehindert werden kann, an sich mögliche, wenn auch nicht zwingende Folgerungen aus bestimmten Tatsachen zu ziehen, ebensowenig kann ihm vorgeschrieben werden, unter welchen Voraussetzungen er zu einer bestimmten Folgerung und einer bestimmten Überzeugung kommen muß. Dem RevGer. (Rechtsbeschwerdegericht) steht nur eine begrenzte Möglichkeit zu, die Überzeugungsbildung des Tatrichters nachzuprüfen. Diese ist für das RevGer. grundsätzlich bindend. Insbesondere ist es ihm verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatrichters durch seine eigene zu ersetzen (BGHSt 10, 208 [210] = NJW 1957, 1039; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl., § 261 Rdnr. 11). Es darf zu ihrer Beanstandung weder das Protokoll noch die Aufzeichnungen anderer Prozeßbeteiligter über den Inhalt einer Aussage heranziehen (BGHSt 15, 347 [349 f] = NJW 1961, 789; BGH, NJW 1966, 63; BGH, VRS 35 [1968], 264, 265; Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, § 261 Rdnr. 51). **Eine Teilwiederholung einer Beweisaufnahme im Wege des Freibeweises ist nicht zulässig** (BGHSt 21, 149 [151] = NJW 1967, 213; BGH, NJW 1979, 2319 [in diesem Heft]). Wür-

<sup>23</sup> BGH, Urteil vom 07.10.1966 - 1 StR 305/66, NJW 1967, 213 zu §§ 261, 337 StPO; so auch BGH, Beschluss vom 11.04.1979 - 2 StR 306/78, BGHSt 28, 384 = NJW 1979, 2319-2320.

<sup>24</sup> BGH, Beschluss vom 07.06.1979 - 4 StR 441/78, NJW 1979, 2318 f zu § 261 StPO.

de das RevGer. aufgrund der mitgeteilten Beweisanzeichen seine Wertung an die Stelle derjenigen des Tatrichters setzen, so würde es die Grenzen seiner Aufgabe überschreiten und sich mit einer Verantwortung belasten, die es nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Revisionsverfahrens nicht übernehmen darf und nicht übernehmen kann (BGHSt 10, 208 [210] = NJW 1957, 1039).

Allerdings sind dem Gericht bei der ihm nach § 261 StPO eingeräumten Freiheit in der Überzeugungsbildung Grenzen gesetzt. Es darf seine Befugnis nicht willkürlich ausüben und muß die Beweise erschöpfend würdigen. Es muß ferner gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, die Gesetze der Logik und Erfahrungssätze des täglichen Lebens beachten (BGHSt 17, 382 [385] = NJW 1962, 1876; BGH, VRS 35 [1968], 264). Dies kann dazu führen, daß der Tatrichter als gesichert geltende Erkenntnisse als richtig hinnehmen muß, weil ihnen eine unbedingte, jeden Gegenbeweis mit anderen Mitteln ausschließende Beweiskraft zukommt. Wo eine Tatsache aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnis feststeht, ist für eine richterliche Würdigung und Überzeugungsbildung kein Raum mehr (BGHSt 10, 208 [211] = NJW 1957, 1039).

Eine Rüge der Verletzung des § 261 StPO ist dann erfolgversprechend, wenn **ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme der Nachweis geführt werden kann, daß die im Urteil getroffenen Feststellungen nicht durch die in der Hauptverhandlung verwendeten Beweismittel und auch sonst nicht aus den zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehörenden Vorgängen gewonnen worden sind** (Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, § 261 Rdnr. 51).

**Keinen Erfolg kann die Rüge dagegen mit der Behauptung haben,**

- ein Zeuge habe anders ausgesagt oder
- die Aussage sei anders zu verstehen (vgl. Willms, in: Ehrengabe f. Heuringer, 1968, S. 404 und auch BGH, bei Dallinger, MDR 1975, 369 zur Frage, ob ein Geständnis i. S. von § 254 StPO vorliegt) oder
- eine Vertragsurkunde sei nicht richtig ausgelegt worden.

Möglich ist jedoch die Beanstandung, das Urteil gebe

- die Aussage eines kommissarisch vernommenen Zeugen, die in der Hauptverhandlung verlesen wurde, oder
- den Wortlaut einer verlesenen Urkunde falsch wieder oder
- die Urkunde habe entgegen den Urteilsfeststellungen einen eindeutig anderen Inhalt.

In diesen letzteren Fällen ist es offensichtlich, daß das Gericht eine nicht gemachte Aussage oder eine Urkunde mit anderem Wortlaut gewürdigt hat. Dem inneren Vorgang der Überzeugungsbildung fehlt hier die notwendige äußere Grundlage (BGH, bei Holtz, MDR 1976, 989; Meyer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl., § 337 Rdnr. 87).

2. Diese Grundsätze gelten ebenso für die **Auswertung von Lichtbildern** in einer Beweisaufnahme. Auch hier ist zu unterscheiden zwischen

- **der in der Revisionsinstanz zulässigen und dem Beweis zugänglichen Behauptung, ein Beweisstoff sei außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen worden, und**
- **dem in der Regel nicht dem Beweis zugänglichen Vorbringen, der in der Verhandlung erhobene Beweis habe einen anderen Inhalt gehabt** (Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, § 261 Rdnr. 48).

Ohne Erfolg muß deshalb eine Rüge bleiben, mit der der Bf. aus dem Foto andere mögliche Schlüsse ziehen will als das Gericht. In einem solchen Fall hat das Gericht **keine außerhalb der Hauptverhandlung erworbenen Kenntnisse verwendet, sondern ein zulässig eingeführtes Beweismittel seiner Überzeugungsbildung zugrunde gelegt**. So hat der Amtsrichter hier dem Radarfoto, das anlässlich der dem Betroffenen zur Last gelegten Ordnungswidrigkeit aufgenommen worden ist, Persönlichkeitsmerkmale des Fahrzeugführers entnommen und mit dem in der Hauptverhandlung erschienenen Betroffenen verglichen. Wenn er dabei zu dem Ergebnis gekommen ist, der Betroffene sei nach seiner Überzeugung mit dem auf dem Radarfoto abgebildeten Fahrer identisch, so ist dies eine mögliche Wertung, die das Rechtsbeschwerdegericht bindet. Die Überprüfung, ob das Radarfoto das vergleichende Erkennen in der Hauptverhandlung tatsächlich ermöglicht hat, ist dem RevGer. versagt. Sie würde bedeuten, daß ein Teil der Hauptverhandlung nachvollzogen werden müßte. Das ist jedoch, wie dargelegt, im Revisions- oder Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zulässig. Da dem Rechtsbeschwerdegericht eine eigene Auswertung des Radarfotos verschlossen ist, darf es auch nicht prüfen, ob das vom Tatrichter in Augenschein genommene Lichtbild für die Überzeugungsbildung ergiebig ist (Meyer, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdnr. 87); denn diese Entscheidung setzt eine Wertung und Würdigung des Beweismittels voraus.

3. Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, daß bei der Beurteilung von politischen und pornographischen Bildern und Schriften, deren Heranziehung und Inaugenscheinnahme durch das Revisions- oder Rechtsbeschwerdegericht auf die Verfahrens- oder auf die Sachrüge hin gelegentlich mit der Begründung zugelassen worden ist, es könne sonst nicht geprüft werden, ob die rechtliche Beurteilung durch den Tatrichter zutreffend sei (RGSt 61, 379; BGHSt 22, 282 [289] = NJW 1969, 517; andererseits BGHSt 23, 64 [78] = NJW 1969, 1970 für Schallplattenaufnahmen und krit. Meyer, in: Löwe-Rosenberg, § 337 Rdnr. 106 sowie Schmid, ZStW 1975, 899 m. w. Hinw.). Der hier zu beurteilende Sachverhalt ist nämlich ein anderer. Die genannten Entscheidungen erstrecken die Nachprüfungsmöglichkeit durch das RevGer. allein auf die materiellrechtliche Strafbarkeit der bildhaften Darstellung oder des Wortlauts einer Schrift. Hier wird dagegen das Radarfoto als Beweismittel für die Überführung des Täters einer Ordnungswidrigkeit verwendet. Dies ist eine tatrichterliche Aufgabe. Wie der vorliegende Fall deutlich zeigt, mußte der Richter zwei verschiedenartige Beweismittel zueinander in Beziehung setzen, nämlich das Radarfoto und den darauf abgebildeten Fahrer mit dem in der Hauptverhandlung erschienenen Betroffenen vergleichen

und daraus seine Folgerungen ziehen; eine Aufgabe, die dem RevGer. nicht zusteht. ...“ (Fettgedruckte Hervorhebungen vom Verfasser).

Es lässt sich nur vermuten, warum dieser Fall so große Schwierigkeiten bereitete. Mit hoher Wahrscheinlichkeit war den Richtern des vorliegenden OLG-Strafsenates aufgefallen, dass das Lichtbild aus qualitativen Gründen wohl kaum für die Überzeugungsbildung des Tatrichters ausgereicht haben konnte. Noch dramatischer wäre der Fall gewesen, wenn das OLG zunächst in Anwesenheit des Angeklagten mündlich verhandelt hätte. Die Revisionsrichter hätten so einen persönlichen Eindruck davon gehabt, dass der Angeklagte keine Ähnlichkeit mit der auf dem Radarfoto abgebildeten Person hatte. Gleichwohl sollte das Urteil gehalten werden. Das Revisionsgericht hielt sich für nicht befugt, seine eigene Auffassung über die Ergiebigkeit eines in Augenschein genommenen Lichtbildes an die Stelle derjenigen des Tatrichters zu setzen. Eine stimmige Begründung dafür enthält die veröffentlichte Entscheidung nicht.

Leider ergeben sich aus dem Beschluss vom 07.06.1979 keine neuen Erkenntnisse. Zunächst verweist der BGH auf seine früheren und als unergiebig entlarvten „Begründungen“. Das eigentliche Umding dieses Beschlusses besteht in dem untauglichen Versuch einer Abgrenzung zwischen einer zulässigen und unzulässigen Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Zusammenhang mit unrichtigen tatrichterlichen Feststellungen in Strafurteilen. Solche Feststellungen sind rechtswidrig, Wiederholung der Hauptverhandlung hin oder her. Deshalb kann ein Verfahren und eine Entscheidung des Revisionsgerichtes, die den gesetzmäßigen Zustand wieder herstellt, nicht unzulässig sein.

Folgerichtig sind die Ausführungen des BGH in der zitierten Entscheidung von traditionsbedingten Rechtsirrtümern beeinflusst. Wenn es zulässige Rekonstruktionen von Hauptverhandlungen gibt, bedeutet das nicht, dass dadurch die Berichtigung falscher tatsächlicher Feststellungen durch eine Rekonstruktion der Hauptverhandlung im Revisionsverfahren unzulässig ist. Damit ist der Zirkelschluss des BGH als solcher enttarnt.

Vor allem ist bei einer Erfindung die Erklärungsnot stets groß. Drei evidente Fälle belegen das. In dem ersten Fall nimmt der Tatrichter in der Hauptverhandlung eine Urkunde in Augenschein, die verlesen wird. Die Hauptverhaltung ergibt, dass sich aus der Urkunde der Sachverhalt „A“ ergibt. Im Urteil darf der Angeklagte nachlesen, dass sich aus dieser Urkunde „B“ ergibt. In einem solchen Fall soll die Revision Erfolg haben können, weil dies das Revisionsgericht nachprüfen können soll. Entsprechendes soll für die Verlesung der Niederschrift eines kommissarisch vernommenen Zeugen gelten.<sup>25</sup>

Liegt der Fall aber so, dass auf dem Radarfoto ersichtlich ein Asiate mit schwarzen Haaren abgebildet ist („A“), soll das Revisionsgericht dennoch nicht korrigierend eingreifen können, wenn der Tatrichter in sein Urteil schreibt, er habe den Angeklagten – ein waschechter Mittelhesse mit rotblonden Haaren und okzidental Augen – auf dem Foto („B“) in der Hauptverhandlung erkannt.

Im schon bekannten dritten Fall, sagt der Zeuge „A“ und im Urteil steht „B“.

In all diesen Fällen spielt es für die Rechtmäßigkeitsbeurteilung keine erkennbare Rolle, wie die falschen Feststellungen im tatrichterlichen Urteil zustande gekommen sind. Warum der BGH dennoch meint, die Fälle unterschiedlich behandeln zu können, ist sachlich nicht nachzuvollziehen. Es bleibt die Spekulation, dass bei den Urkunden und schriftlichen Zeugenaussagen<sup>26</sup> die Nähe zur Rechtsbeugung drängend ist und solche falschen Feststellungen kaum fahrlässig zu treffen sind. Würde der BGH das unterstützen, müssten die Mitglieder der fraglichen Strafsenate nicht ganz zu Unrecht gegen sie selbst gerichtete Ermittlungen fürchten. Mag sein, dass dies eine Überzeichnung ist. Das Problem bringt es aber auf den Punkt.

Allein die Tatsache, dass der Tatrichter in seinem schriftlichen Urteil „behaupten“ kann, der Angeklagte sei mit der auf dem Lichtbild abgebildeten Person identisch, obwohl sich objektiv und für jedermann eindeutig keine Ähnlichkeiten feststellen lassen, der Angeklagte also nicht der Täter gewesen sein kann, und dennoch nicht befürchten muss, vom Revisionsgericht „kassiert“ zu werden, ist ein Skandal, der die Grundlagen des Rechtsstaates tangiert. Um so ernster muss die Entwicklung kritisch begleitet werden.

(9) Seit dem Beschluss aus dem Jahr 1979 macht sich der BGH nicht einmal mehr die Mühe, das von ihm selbst kreierte Verbot der Rekonstruktion der Hauptverhandlung zu begründen. Es wird gleich einem Glaubensgrundsatz als eines der tragenden zehn Gebote des Strafprozessrechts geführt.<sup>27</sup> Handlungen, die gegen dieses auch nur entfernt verstoßen, gelten als Sünde und werden in den Stellungnahmen der Bundesanwälte zu den dilettantischen Revisionsbegründungsschriften ungläubiger und daher unwissender Verteidiger geradezu genüsslich sanktioniert. Sachlich gerechtfertigt oder gar zulässig ist das nicht.

(10) Exemplarisch noch die folgenden Ausführungen des 5. Strafsenates des BGH:

„... Allenfalls dann, wenn das RevGer. mit den Mitteln des Revisionsrechts das Beweisergebnis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung ohne weiteres feststellen könnte, weil es sich durch Rückgriff auf objektive Grundlagen, insbesondere Urkunden und Abbildungen, den Beweisgehalt des Beweismittels unmittelbar selbst erschließen kann, könnte das prozessuale Geschehen vom RevGer. überprüft werden (BGH StV 1991, 549; 1993,

<sup>25</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 03.07.1991 – 2 StR 45/91, BGHSt 38, 14.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 03.07.1991 – 2 StR 45/91, BGHSt 38, 14; auch BGH, Beschluss vom 06.09.2001 – 3 StR 285/01, NSTZ 2002, 47.

<sup>27</sup> BGH, Urteil vom 05.09.1989 – 1 StR 291/89, NSTZ 1990, 335; BGH, Urteil vom 03.07.1991 – 2 StR 45/91, BGHSt 38, 14; BGH, Urteil vom 02.06.1992 – 1 StR 182/92; BGH, Entscheidung vom 07.01.1993 – 4 StR 607/92, StV 1993, 115; BGH, Entscheidung vom 11.03.1993 – 4 StR 31/93, StV 1993, 459; BGH, Urteil vom 29.04.1997 – 1 StR 156/97; BGH, Beschluss vom 04.07.1997 – 3 StR 520/96; BGH, Beschluss vom 03.09.1997 – 5 StR 237/97; BGH, Beschluss vom 07.05.1999 – 3 StR 460-98 zum Fall eines sachverständigen Zeugen; BGH, Beschluss vom 19.10.1999 – 5 StR 442/99; BGH, Beschluss vom 17.11.1999 – 1 StR 290/99; BGH, Beschluss vom 15.03.2001 – 5 StR 591/00 zur Beruhensfrage; BGH, Urteil vom 11.04.2001 – 3 StR 503/00; BGH, Urteil vom 19.07.2001 – 4 StR 46/01; BGH, Urteil vom 28.01.2003 – 5 StR 310/02; BGH, Beschluss vom 14.08.2003 – 3 StR 17/03; BGH, Beschluss vom 15.01.2004 – 3 StR 481/03; BGH, Beschluss vom 18.02.2004 – 2 StR 462/03; BGH, Urteil vom 27.07.2005 – 2 StR 203/05; BGH, Beschluss vom 25.01.2006 – 1 StR 438/05; BGH, Urteil vom 09.05.2006 – 1 StR 37/06; BGH, Urteil vom 3. 8. 2006 – 3 StR 199/06; BGH, Urteil vom 13.09. 2006 – 2 StR 268/06