

Diese Informationssammlung bezweckt nicht den Ersatz eines Lehrbuches. Sie erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit, Richtigkeit oder Aktualität. Es handelt sich nicht um offizielles Ausbildungsmaterial. Die Sammlung gibt ausschließlich die persönlichen Ansichten des Verfassers und keine offiziellen, vom Prüfungsamt gebilligten Empfehlungen wieder. Da der Inhalt der Sammlung über den Charakter von Vorschlägen an die Kursteilnehmer nicht hinausgehen soll, wird auf Quellenangaben nahezu gänzlich verzichtet. Der Aufbau folgt im Wesentlichen dem Stoffkatalog des Brandenburgischen Oberlandesgerichts für die Arbeitsgemeinschaft Strafrecht I und greift Teile des Ausbildungsplans für den Einführungslehrgang Strafrecht auf. Soweit möglich wurden die Hinweise im Skript des Kammergerichts Berlin (KG-Skript) und im Skript des Brandenburgischen Oberlandesgerichts bei der Erstellung der Sammlung berücksichtigt. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet und das generische Maskulinum verwendet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beide Geschlechter.

Die Sammlung ist noch in Bearbeitung. Einige Passagen sind daher ohne Inhalt.

Mein besonderer Dank für die Mithilfe gilt (in alphabetischer Reihenfolge):

Staatsanwältin Bernhardt (Staatsanwaltschaft Hamburg),
Staatsanwältin Dr. Bock (Staatsanwaltschaft Potsdam),
Oberstaatsanwalt Delius (Staatsanwaltschaft Potsdam),
Staatsanwältin Klement, LL.M. (Staatsanwaltschaft Potsdam),
Staatsanwalt Kolb (Staatsanwaltschaft Potsdam),
Regierungsrätin Kussatz (Ministerium des Innern und für Kommunales Brandenburg),
Staatsanwältin Urban, LL.M. (Staatsanwaltschaft Potsdam).

Thiele
Staatsanwalt

A. Verfahrensprinzipien	13
I. Officialprinzip	13
II. Legalitätsprinzip	13
III. Untersuchungsmaxime	14
IV. Anklagegrundsatz	15
V. Opportunitätsprinzip	15
a) § 153 StPO.....	15
b) § 153a StPO.....	16
c) § 154 StPO.....	18
d) § 154a StPO.....	18
VI. Sonstige wichtige Grundsätze	19
1. Öffentlichkeitsgrundsatz.....	19
2. Mündlichkeitsgrundsatz.....	20
3. Unmittelbarkeitsgrundsatz.....	20
4. Beschleunigungsgrundsatz und Konzentrationsmaxime.....	20
5. Grundsatz der freien Beweiswürdigung.....	21
6. In dubio pro reo.....	21
B. Verdachtsarten	23
I. Anfangsverdacht	23
1. Quellen des Anfangsverdachts.....	23
a) „Amtliche“ Wahrnehmungen.....	23
b) Anzeigen (§ 158 StPO).....	24
c) Legales Verhalten.....	24
d) „oder auf anderem Wege“ (§ 160 Abs. 1 StPO).....	24
2. Bedeutung für die Klausur.....	25
II. Hinreichender Tatverdacht	25
1. Materiellrechtliches Gutachten.....	26
2. Beweiswürdigung.....	27
3. „in dubio pro reo“.....	28
a) Postpendenz & Präpendenz.....	29
b) „in dubio mitius iudicare“.....	29
c) unechte Wahlfeststellung.....	29
d) echte Wahlfeststellung.....	29
e) „Aussage gegen Aussage“.....	30
III. Dringender Tatverdacht	30
IV. Volle Überzeugung des Gerichtes	31
C. Verfahrenshindernisse	33
I. Strafantrag	33
1. Erforderlichkeit.....	33
a) Allgemeines.....	33
b) Absolute & relative Antragsdelikte.....	34
2. Antragsbefugte.....	35
3. Form.....	35
4. Frist.....	35
5. Keine Rücknahme.....	36
II. Verjährung	36
III. Strafklageverbrauch	36
1. Persönliche Reichweite.....	37
2. Sachliche Reichweite / prozessuale Tat.....	37
3. Beschränkungen.....	38
IV. Exkurs: Tatprovokation	39
D. Beweisrecht in der StPO	41
I. Streng- und Freibeweis	41
II. Arten der Beweismittel	42
1. Bedeutung für die Klausur.....	42

2. Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO)	42
3. Personen im Ermittlungsverfahren	44
III. Beweisverwertungsverbote	44
IV. Vernehmung des Beschuldigten	49
1. Begriff der Vernehmung	49
a) Belehrungsgebote	50
b) Fehlerfolgen	50
2. Verbotene Vernehmungsmethoden	52
a) Täuschung ./ . kriminalistische List	52
b) Exkurs: Hörfalle	53
c) Unzulässiger Zwang	53
d) Nicht vorgesehener Vorteil	54
e) Fehlerfolgen	54
3. § 254 StPO	55
V. Zeugen	56
1. Zeugnisverweigerungsrecht	57
a) § 52 StPO	57
b) § 53 StPO	59
2. Auskunftsverweigerungsrecht	59
3. Belehrungspflichten und Folgen ihrer Verletzung	59
a) § 52 Abs. 3 StPO	59
b) § 57 StPO	60
c) § 55 Abs. 2 StPO	60
4. § 252 StPO	60
VI. Augenscheinsobjekte	62
VII. Sachverständige	63
VIII. Urkunden (§ 249 StPO)	64
<u>E. Zwangsmaßnahmen in der StPO</u>	<u>65</u>
I. Durchsuchung	65
1. § 102 StPO	65
2. § 103 StPO	65
3. Verhältnismäßigkeit	66
4. § 105 StPO	66
5. Durchführung	66
6. Fehlerfolgen	67
II. Beschlagnahme	69
1. §§ 94, 95 StPO	69
2. § 98 StPO	69
3. § 97 StPO	70
4. § 99 StPO	71
5. Sonderproblem: E-Mails	71
III. körperliche Untersuchung (§ 81a StPO)	73
1. § 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 StPO	73
2. Fehlerfolgen	74
3. Grenzwerte und Rückrechnung	74
a) absolute und relative Fahrentüchtigkeit	75
b) Rückrechnung „mit Blutprobe“	76
c) Rückrechnung „ohne Blutprobe“	76
IV. Maßnahmen nach §§ 81b – 81h StPO	77
1. § 81b StPO Maßnahmen für erkennungsdienstliche Zwecke	77
2. § 81c StPO Untersuchung von Zeugen	77
3. § 81e StPO DNA	79
4. § 81g StPO DNA-Identitätsfeststellung	82
5. § 81h StPO DNA-Reihenuntersuchung	83
V. Telekommunikationsüberwachung	85
1. § 100a StPO	85

2. § 100e StPO	85
3. Änderung der Bewertung und Zufallsfunde	86
4. Fehlerfolgen.....	86
5. Verkehrs-, Vorrats- und Bestandsdaten	86
a) Verkehrsdaten	86
b) Vorratsdaten.....	87
c) Bestandsdaten.....	88
d) Anordnungskompetenzen.....	88
6. Onlinedurchsuchung & Quellen TKÜ.....	88
VI. Einsatz technischer Mittel	88
1. § 100c StPO (großer Lauschangriff).....	88
2. § 100f StPO (kleiner Lauschangriff)	90
3. §§ 163f, 100h StPO (Observation)	92
4. § 100i StPO (IMSI-Catcher)	93
5. § 98a ff. StPO (Rasterfahndung).....	94
a) „andere Daten“	94
b) Raster.....	94
c) Eingriffsvoraussetzungen.....	95
d) Ablauf	95
e) Anordnungskompetenz.....	96
VII. Einsatz verdeckter Ermittler	96
1. noeP	96
2. V-Personen / Informanten	96
3. verdeckte Ermittler (vE).....	96
4. Fehlerfolgen.....	97
5. Exkurs: Tatprovokation	97
VIII. U-Haft	97
1. Festnahme und Verhaftung.....	98
a) vorläufige Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO).....	98
b) Verhaftung (§§ 115, 115a StPO)	99
2. Haftgründe (Auszug).....	100
a) § 112 Abs. 2 & 3 StPO.....	100
b) § 112a StPO.....	100
3. Verhältnismäßigkeit	101
4. Rechtsbehelfe.....	102
a) Haftprüfung.....	102
b) Haftbeschwerde.....	102
F. Ermittlungsrichter.....	105
G. Grundzüge des Strafrahenrechts.....	107
I. Grundlagen	107
1. Strafen und Maßnahmen	107
2. Freiheitsstrafe	107
3. Geldstrafe	108
II. Regelstrafrahmen	108
III. Strafrahenverschiebungen	108
1. Strafrahenmilderungen.....	108
2. Strafrahenschärfungen.....	109
IV. konkrete Strafhöhe.....	110
V. mehrere Straftaten	111
1. Tateinheit / Idealkonkurrenz.....	111
a) gleichartige - § 52 Abs. 1 StGB.....	111
b) ungleichartige - § 52 Abs. 2 bis 4 StGB	111
2. Tatmehrheit / Realkonkurrenz - §§ 53 ff. StGB.....	112
VI. Bewährung.....	113
H. Das prozessuale Gutachten.....	115
I. Anfangsverdacht	115

II. „Teileinstellungen“	115
1. § 170 Abs. 2 StPO.....	115
a) prozessualer Tatbegriff	115
b) öffentliches Interesse (§§ 374, 376 StPO + RiStBV)	115
c) Bescheid & Nachricht	116
2. §§ 153, 153a StPO.....	117
3. § 154 StPO.....	118
4. § 154a StPO.....	118
III. Zuständiges Gericht	118
1. typische Anklageadressaten.....	118
2. Straferwartung.....	119
a) Strafrahmenschiebung	119
b) § 21 StGB	120
3. örtliche Zuständigkeit	121
IV. Haft	121
1. dringender Tatverdacht	122
2. Haftgründe	122
a) Flucht § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO	122
b) Fluchtgefahr § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO	122
c) Verdunkelungsgefahr § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO	122
d) Schwere Kriminalität § 112 Abs. 3 StPO.....	123
3. keine Unverhältnismäßigkeit	123
V. notwendige Verteidigung	123
1. § 140 Abs. 1 StPO (Katalog)	124
a) Land- oder Schöffengericht	124
b) Verbrechen	124
c) Vorführung	124
d) Haft (in anderer Sache).....	125
2. § 140 Abs. 2 StPO (Auffangtatbestand).....	125
3. „Anträge“ der Staatsanwaltschaft	126
a) Vorrang der Wahlverteidigung.....	126
b) „Schon-Pflichtverteidiger“	126
c) „offener“ Antrag	126
d) Unverteidigte Beschuldigte	127
e) Eilentscheidungen der StA	127
f) Alles hat ein Ende... ..	129
VI. § 111a StPO	129
1. dringender Tatverdacht	129
2. dringende Gründe	129
a) § 69 Abs. 2 StGB	130
b) § 69 Abs. 1 StGB	130
3. Anträge & Konkretum	130
VII. Beschlagnahme & Herausgabe / Einziehung	131
1. Beweismittel	131
2. Einziehung	131
a) § 73 StGB / § 111b StPO – Taterträge.....	132
b) § 74 StGB / § 111b StPO – Tatmittel.....	133
c) §§ 73, 73c / § 111e StPO – Wertersatz einziehung	133
d) § 421 StPO – für den Notfall	134
3. Herausgabe.....	135
VIII. Verbindung und Trennung	136
1. „Normalfall“	136
2. echte Verbindungen / Trennungen	137
IX. Mitteilungen	139
X. Sonstiges	139
<u>I. Techniken / Taktiken</u>	<u>141</u>

I. Vom Umgang mit dem Ausbilder	141
1. Verfügungstechnik (Grundzüge)	141
2. Anklagebegleitverfügung.....	148
II. Klausurentchnik	151
1. Allgemeines	151
2. Management.....	152
3. „Die Einleitungen“	153
4. taktische Erwägungen als Lösungshilfe	154
a) Keine „Totaleinstellungen“	154
b) Adjunktion der Belastungsindizien	154
c) Kontravalenz der Indizien	154
d) Distraktoren	154
e) Bearbeitervermerk als Erlkönig.....	154
f) Abbruch ohne Hilfgutachten.....	154
5. Konkurrenzen	154
a) Eine Handlung im natürlichen Sinn	156
b) Eine Handlung im juristischen Sinn.....	156
(01) Rechtliche Handlungseinheit	156
(02) Natürliche Handlungseinheit	158
(03) Verklammerung	159
c) Handlungsmehrheit.....	160
d) Gesetzeskonkurrenz.....	160
(01) Bei Handlungseinheit.....	160
(02) Bei Handlungsmehrheit	162
e) Tateinheit / Idealkonkurrenz.....	163
f) Tatmehrheit / Realkonkurrenz.....	163
III. Die Anklageschrift	163
1. Aufbau	164
2. Rubrum.....	164
a) Absender, Datum, Aktenzeichen	164
b) Adressat	164
c) Haftvermerk und 6-Monats-Frist	165
d) Überschrift.....	167
e) Personalien	167
f) Haftverhältnisse.....	167
g) Verteidigungsverhältnisse.....	169
3. Überleitung	169
4. Reifegrad	170
5. Tatzeit und -ort.....	170
6. ggf. Schuldfähigkeit.....	172
7. „Gesamt“-Real-Konkurrenzen	173
8. gesetzliche Merkmale	174
a) allgemein	174
b) Schuldform	175
c) Qualifikationen	177
d) abstrakte Verweise	180
e) Regelbeispiele / besonders schwere Fälle.....	181
f) (strafmildernde) Privilegierungen / minderschwere Fälle.....	181
g) strafantragsbedingende Privilegierungen / Strafantragsnormen.....	181
h) Versuch	182
i) Unterlassen	184
j) Täterschaft & Teilnahme.....	184
k) Tateinheit & Tatmehrheit.....	186
l) komplexe Beteiligungsformen	192
9. Überleitungssatz	196
10. Konkretum	196

a) Vorsatz	198
b) Absicht	198
c) Versuch	198
d) Fahrlässigkeit	198
e) Mittäterschaft	198
f) Diebstahl	198
g) Täuschung	199
h) Absicht rechtswidriger Aneignung	199
i) §§ 69, 69a StGB	199
j) § 74 StGB	199
k) §§ 73, 73c StGB	199
11. Vorschriftenliste	199
12. Prozessvoraussetzungen	200
13. Beweismittelaufstellung	200
14. Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen	200
15. Anträge	201
a) Eröffnungsantrag	201
b) Haftfortdauer	201
16. Unterschrift	202
IV. Die Beweiswürdigung in der Klausur	203
V. Standardprobleme & Formulierungshilfen	203
J. Zwischenverfahren	205
I. Allgemeines	205
II. Eröffnungsbeschluss	205
III. Nichteröffnungsbeschluss	207
1. Ablehnung aus Rechtsgründen	207
2. Ablehnung aus tatsächlichen Gründen	207
3. Konkurrierende Ablehnungsgründe	207
4. Anfechtung	208
5. § 211 StPO	208
K. Grundzüge des Beweisantragsrechts	209
I. Beweistatsache	210
II. Beweismittel	211
III. Konnexität	211
IV. bedingte Beweisanträge	212
V. Hilfsbeweisanträge	212
VI. Eventualbeweisanträge	213
VII. Beweisanregungen	214
1. Beweiserbieten	214
2. Beweisanregungen i.e.S.	214
3. Beweisermittlungsanträge	214
VIII. Ausgewählte Ablehnungsgründe	215
1. Unzulässigkeit	215
2. Offenkundigkeit	215
3. Bedeutungslosigkeit	215
4. Erwiesensein	216
5. Völlige Ungeeignetheit	216
6. Unerreichbarkeit	217
7. Wahrunterstellung	217
L. Sitzungsdienst	219
I. Vorbereitung	219
II. Gang der Hauptverhandlung	220
1. Allgemeines	220
2. Ausgebliebener Angeklagter	220
a) „Übergang“ in das Strafbefehlsverfahren (§ 408a StPO)	220
b) Vorführung (§ 230 StPO)	221

c) Haftbefehl gem. § 230 StPO	222
d) Haftbefehl gem. § 112 StPO	222
e) Einspruchsverwerfung	222
f) Abtrennung	223
3. Ausgebliebener Verteidiger	223
4. Feststellungen zur Person	223
5. Verlesung des Anklagesatzes	224
a) Bedeutung & Umfang	224
b) Besonderheiten beim Strafbefehl	225
c) Besonderheiten beim beschleunigten Verfahren	225
6. (Negativ-)Mitteilung über Verständigungsgespräche	225
7. Vernehmung des Angeklagten	226
8. Ausgebliebener Zeuge	226
9. Vernehmung von Zeugen	228
10. Hauptverhandlung i.U.	230
a) Ausgewählte Rechte & Pflichten des Sitzungsvertreters	230
b) „Neue“ Straftaten im Laufe der Beweisaufnahme	232
c) Antragsdelikte	232
d) Beweisanregungen / Beweisanträge	234
e) Abweichungen von der Anklageschrift	235
f) Sicherstellungsgegenstände	237
g) Einstellungen	238
h) Keine Absprachen (Deals)	239
i) Besonderheiten beim Strafbefehl	239
j) Besonderheiten im beschleunigten Verfahren	240
11. Aussetzung ./ Unterbrechung	241
a) Aussetzung	241
b) Unterbrechung	242
III. Plädoyer	242
1. Schluss der Beweisaufnahme	243
2. Anrede	243
3. Schilderung des Sachverhaltes	243
4. Beweismwürdigung	246
a) Realkennzeichen	248
b) Lügensignale	248
c) Fehlerquellen	249
5. Rechtliche Würdigung	249
6. Strafzumessung	250
a) Strafraumen	251
b) Strafzumessung i.e.S.	252
c) Konkrete Strafhöhe	253
7. Anträge	254
a) Sanktionen	254
b) Gesamtstrafenbildung	254
c) Nachträgliche Gesamtstrafe	255
(01) Mit Einzelstrafen	255
(02) Mit Gesamtstrafen	256
(03) Zäsurwirkung	256
(04) Härteausgleich	257
(05) Einziehungsmaßnahmen	257
(06) Fahrerlaubnismaßnahmen	258
d) Besonderheiten bei Geldstrafen	260
(01) Verwarnung mit Strafvorbehalt	260
(02) § 47 Abs. 2 StGB	261
e) Besonderheiten bei Freiheitsstrafen	262
(01) § 47 Abs. 1 StGB	262

(02) Bewährung.....	263
(03) Fahrverbot & Freiheitsstrafe (& Bewährung)	265
(04) Bewährungszeit & Auflagen & Weisungen	266
f) Freispruch.....	267
g) StrEG - Anträge	267
h) Einziehung	268
i) § 421 StPO (Absehen von der Einziehung)	270
j) Fahrerlaubnis & Co.	271
k) U-Haft	275
8. Teilfreispruch.....	276
9. Plädoyer der Verteidigung	276
10. Letztes Wort	276
11. Urteilsverkündung	277
12. Kein Rechtsmittelverzicht	277
IV. Nachbesprechung	277
V. Sitzungsrennen.....	279
<u>M. Grundzüge des Rechtsmittelrechts.....</u>	<u>285</u>
I. allgemeiner Teil.....	285
1. Beschwer	285
2. „falsa demonstratio non nocet“	286
3. Verböserungsverbot und „Verbesserungsgebot“	287
4. Rücknahme und Verzicht	287
II. Beschwerde (§ 304 ff. StPO).....	287
1. § 305 StPO.....	288
2. § 306ff. StPO „einfache Beschwerde“	288
<u>N. Übungsbeispiele</u>	<u>290</u>
I. Beispiele	290
1. Beispiel 1: „Haben Sie etwa(s) getrunken?!“	290
2. Beispiel 2: „Freunde kann man sich aussuchen“	290
3. Beispiel 3: „Nicht ohne meine IT!“	290
4. Beispiel 4: „Was lange währt...“	290
5. Beispiel 5: „Rundumschlag“	290
6. Beispiel 6: „Pusten sie mal!“	290
7. Beispiel 7: „Es war sicherlich falsch, aber legal.“	290
8. Beispiel 8: „Inkognito“	291
9. Beispiel 9: „Keine Haupttat?“	291
10. Beispiel 10: „Doppelmord?“	291
11. Beispiel 11: „Ein Ring sie zu knechten“	291
12. Beispiel 12: „Ein Ring sie alle zu finden“	291
13. Beispiel 13: „Stirb langsam I“	291
14. Beispiel 14: „Ein Ring sie ins Dunkel zu treiben“.....	292
15. Beispiel 15: „Is' nich' so schlimm!“	292
16. Beispiel 16: „Ein Ring sie ewig zu binden“	292
17. Beispiel 17: „Stirb langsam II“	292
18. Beispiele 18: „Ene, mene, muh – und raus bist du!“	292
19. Beispiel 19: „So war das nicht!“	293
20. Beispiel 20: „Wenn es da so steht...“	293
21. Beispiel 21: „Jetzt nicht“	293
22. Beispiel 22: „So nicht?“	293
23. Beispiel 23: „Störe meine Kreise nicht!“	293
24. Beispiel 24: „Zu-, mit- und abhören“	294
25. Beispiel 25: „Melden macht frei!“	294
26. Beispiel 26: „Es ist alles gesagt.“	294
27. Beispiel 27: „Mein Name ist Hase...“	294
28. Beispiel 28: „Wer schreibt, der bleibt.“	294
29. Beispiel 29: „Alles oder nichts.“	295

30. Beispiel 30: „Klassiker“	295
31. Beispiel 31: „Sedlmayr“	295
32. Beispiel 32: „Zeugenauflauf“	296
33. Beispiel 33: „Flusssäure“	296
34. Beispiel 34: „Es kam so über mich!“	296
35. Beispiel 35: „Opferschilderung“	296
36. Beispiel 36: „Höhere Sphären“	296
37. Beispiel 37: „Nicht ohne meine Akte“	296
38. Beispiel 38: „Abwarten...“	297
39. Beispiel 39: „Bei Anruf – Pizza.“	297
40. Beispiel 40: „Brechreiz“	297
41. Beispiel 41: „Ich fühlte mich fit!“	297
42. Beispiel 42: „Ich war total dicht!“	297
43. Beispiel 43: „Spannungsfrei“	298
44. Beispiel 44: „Nordische Kombination“	298
II. Lösungen	299
1. Lösung 1: „Haben Sie etwa(s) getrunken?!“ [S. 290]	299
2. Lösung 2: „Freunde kann man sich aussuchen“ [S. 290]	299
3. Lösung 3: „Nicht ohne meine IT!“ [S. 290]	300
4. Lösung 4: „Was lange währt...“ [S. 290]	301
5. Lösung 5: „Rundumschlag“ [S. 290]	302
6. Lösung 6: „Pusten Sie mal!“ [S. 290]	302
7. Lösung 7: „Es war sicherlich falsch, aber legal.“ [S. 290]	303
8. Lösung 8: „Inkognito“ [S. 291]	303
9. Lösung 9: „Keine Haupttat?“ [S. 291]	304
10. Lösung 10: „Doppelmord?“ [S. 291]	305
11. Lösung 11: „Ein Ring sie zu knechten“ [S. 291]	306
12. Lösung 12: „Ein Ring sie alle zu finden“ [S. 291]	307
13. Lösung 13: „Stirb langsam I“ [S. 291]	308
14. Lösung 14: „Ein Ring sie ins Dunkel zu treiben“ [S. 292]	309
15. Lösung 15: „Is‘ nich‘ so schlimm!“ [S. 292]	309
16. Lösung 16: „Ein Ring sie ewig zu binden“ [S. 292]	310
17. Lösung 17: „Stirb langsam II“ [S. 292]	313
18. Lösung 18: „Ene, mene, muh – und raus bist du!“ [S. 292]	313
19. Lösung 19: „So war das nicht!“ [S. 293]	313
20. Lösung 20: „Wenn es da so steht...“ [S. 293]	314
21. Lösung 21: „Jetzt nicht“ [S. 293]	316
22. Lösung 22: „So nicht?“ [S. 293]	318
23. Lösung 23: „Störe meine Kreise nicht!“ [S. 293]	321
24. Lösung 24: „Zu-, mit- und abhören“ [S. 294]	323
25. Lösung 25: „Melden macht frei!“ [S. 294]	325
26. Lösung 26: „Es ist alles gesagt.“ [S. 294]	326
27. Lösung 27: „Mein Name ist Hase...“ [S. 294]	330
28. Lösung 28: „Wer schreibt, der bleibt.“ [S. 294]	332
29. Lösung 29: „Alles oder nichts.“ [S. 295]	333
30. Lösung 30: „Klassiker“ [S. 295]	336
31. Lösung 31: „Sedlmayr“ [S. 295]	339
32. Lösung 32: „Zeugenauflauf“ [S. 296]	341
33. Lösung 33: „Flusssäure“ [S. 296]	342
34. Lösung 34: „Es kam so über mich!“ [S. 296]	344
35. Lösung 35: „Opferschilderung“ [S. 296]	345
36. Lösung 36: „Höhere Sphären“ [S. 296]	347
37. Lösung 37: „Nicht ohne meine Akte“ [S. 296]	349
38. Lösung 38: „Abwarten...“ [S. 297]	351
39. Lösung 39: „Bei Anruf – Pizza.“ [S. 297]	353
40. Lösung 40: „Brechreiz“ [S. 297]	355

41. Lösung 41: „Ich fühlte mich fit!“ [S. 297]	356
42. Lösung 42: „Ich war total dicht!“ [S. 297]	357
43. Lösung 43: „Spannungsfrei“ [S. 298]	357

A. Verfahrensprinzipien

Der Stoffkatalog des OLG Brandenburg zum Einführungslehrgang Strafrecht, der dem Ziel der Vorbereitung auf die Stationsausbildung zu dienen bestimmt ist, sieht als zu erörternden Problemkreis die grundlegenden Verfahrensprinzipien vor, welche hier überblicksartig dargestellt werden sollen.

I. Officialprinzip

Nach dem strafprozessualen Officialprinzip (auch sog. **Officialmaxime**) ist es der Staat, der zur Strafverfolgung berufen ist. Dieses in § 152 Abs. 1 StPO teilweise verankerte Prinzip liegt u.a. dem vorbereitenden Verfahren (§§ 158 – 177 StPO; Ermittlungsverfahren) zu Grunde. Allein dem Staat – und nicht dem einzelnen Bürger – steht der aus der Begehung einer Straftat folgende materielle Strafanspruch zu. Zu dessen Verwirklichung bedient sich der Staat seiner Organe und Behörden (u.a. Gerichte und Staatsanwaltschaften).

Zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs ist zunächst **grundsätzlich die Staatsanwaltschaft** berufen. Sie hat das **Anklagemonopol** (§ 152 Abs. 1 StPO). Deshalb sind keine Gerichte, keine anderen Behörden und auch keine „Privatpersonen“ zur Erhebung einer Anklage und damit zur Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung (§ 151 StPO) befugt (vgl. **Skript Teil A.IV** [S. 15]). Die Staatsanwaltschaft führt die Strafverfolgung von Amts wegen (ex officio) durch (vgl. **Skript Teil A.III** [S. 14]). Daher stehen sich Beschuldigter/Angeschuldigter/Angeklagter und Staatsanwaltschaft weder als Parteien eines Rechtsstreits gegenüber, noch ist der staatliche Strafanspruch einem Vergleich zugänglich.

Aus dem Officialprinzip folgt nicht, dass die Staatsanwaltschaft dazu verpflichtet wäre, Auskunft darüber zu erteilen, ob eine beabsichtigte Handlung strafbar ist, oder nicht – zumal die Staatsanwaltschaft zur Rechtsberatung ohnehin nicht befugt ist.

In Steuerstrafsachen kann gem. § 400 AO die Finanzbehörde, welcher gem. § 386 AO die Ermittlung ausschließlich steuerstrafrechtlich relevanter Sachverhalte obliegt (soweit die Staatsanwaltschaft ihr Evokationsrecht (§ 386 Abs. 4 S. 2 AO) nicht ausübt und die Strafsache an sich zieht), selbst öffentliche Klage und zwar (nur) in Form von Strafbefehlsanträgen (§ 407 Abs. 1 S. 4 StPO) an das zuständige Gericht erheben. Dies stellt jedoch keine Ausnahme vom Officialprinzip dar, da der Strafanspruch nach wie vor durch staatliche Stellen durchgesetzt wird. Lediglich das Anklagemonopol der Staatsanwaltschaft ist in diesen Fällen durchbrochen und lebt gem. § 406 Abs. 1 AO erst dann wieder auf, wenn das Gericht gem. § 408 Abs. 3 S. 2 StPO terminiert bzw. Einspruch gegen den Strafbefehl eingelegt wird.

Eine teilweise **Durchbrechung** erfährt das Officialprinzip bei den **Privatklagedelikten (§§ 374ff. StPO)**. Bei Privatklagedelikten erhebt die Staatsanwaltschaft öffentliche Klage nur dann, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt (§ 376 StPO; Nr. 86 RiStBV). Ist dies nicht der Fall, stellt sie das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO ein und verweist den Privatklageberechtigten (§§ 374, 375 StPO) auf den Privatklageweg. Ausnahmsweise ist bei Privatklagedelikten nämlich der Bürger (auch ohne vorgängige „Anrufung“ der Staatsanwaltschaft) berechtigt, den staatlichen Strafanspruch im Wege der Privatklage durchzusetzen. Der Privatklageberechtigte nimmt im Privatklageverfahren im Wesentlichen die Position des Staatsanwalts ein, die zu einer Mitwirkung nicht verpflichtet ist, die Verfolgung aber jederzeit übernehmen kann (§ 377 StPO; Nr. 172 RiStBV), wodurch das Privatklageverfahren „als gewöhnliches Strafverfahren“ fortgeführt wird. Die Privatklage kann in jeder Lage des Verfahrens – ggf. mit Zustimmung des Angeklagten – zurückgenommen werden (§ 391 StPO). Unzulässig ist im Privatklageverfahren die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung nach §§ 61ff. StGB (§ 384 Abs. 1 S. 2 StPO).

II. Legalitätsprinzip

Gleichsam zur Absicherung des Officialprinzips ist die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs für das Organ des Staates, welches das Anklagemonopol ausübt, obligatorisch (§ 152 Abs. 2 StPO). Besteht ein **Anfangsverdacht** (**Skript Teil B.I** [S. 23]), hat die

Staatsanwaltschaft in Ausübung des Anklagemonopols des Staates eine EntschlieÙung darüber herbeizuföhren, ob öffentliche Klage zu erheben ist (§ 160 Abs. 1 StPO).

Ob vor dem Hintergrund des bei der Annahme eines Anfangsverdachts bestehenden Beurteilungsspielraums – welcher wegen der Geltung des Officialprinzips nicht mit einem Ermessen verwechselt werden darf – die Weisungsbefugnis im Sinne von § 146 GVG besteht, wird nicht einheitlich beurteilt. Die Grenze der Weisungsgebundenheit ist jedenfalls bei deren Rechtswidrigkeit überschritten. Zu beachten sind in diesem Zusammenhang das Devolutions- und Substitutionsrecht des jeweiligen LOStA (§ 145 GVG) bzw. das Substitutionsrecht des Justizministers (§ 147 Nr. 2 GVG).

Besteht ein Anfangsverdacht ist die Staatsanwaltschaft verpflichtet, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten und – unabhängig von der Zuständigkeit – unaufschiebbare Ermittlungshandlungen in jedem Fall sofort zu veranlassen. Für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten ist gem. § 35 OWiG die Verwaltungsbehörde zuständig, es sei denn, die Ordnungswidrigkeit steht im persönlichen oder sachlichen Zusammenhang mit einer Straftat (§§ 40, 42 OWiG).

III. Untersuchungsmaxime

Sobald die Staatsanwaltschaft von dem Verdacht einer Straftat im Sinne des § 152 Abs. 2 StPO Kenntnis erlangt (Anfangsverdacht, **Skript Teil B.I** [S. 23]), hat sie die zur EntschlieÙung darüber, ob öffentliche Klage zu erheben ist, erforderlichen Ermittlungen von Amts wegen in eigener Zuständigkeit zu föhren (**§ 160 Abs. 1 StPO**) und ist dabei zur Objektivität verpflichtet (§ 160 Abs. 2 StPO). Zu diesem Zweck ist die **Staatsanwaltschaft** nach der **allgemeinen Ermittlungsklausel** des **§ 161 StPO** befugt, von Behörden Auskunft zu verlangen und Ermittlungen jeder Art selbst vorzunehmen oder durch die Behörden und Beamten des Polizeidienstes vornehmen zu lassen, indem sie einen Auftrag an ihre Ermittlungspersonen (§ 152 Abs. 2 GVG) erteilt bzw. sonstige Behörden und Beamte des Polizeidienstes ersucht. Die **Sachleitungsbefugnis**, d.h. die Leitungs- und Kontrollfunktion im Ermittlungsverfahren obliegt der Staatsanwaltschaft. Ihr steht gegenüber ihren Ermittlungspersonen ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf alle Ermittlungshandlungen zu.

Die bei den Ermittlungen zu beachtende **Objektivitätspflicht** ist in **§ 160 Abs. 2 StPO** näher beschrieben. Die Verpflichtung zur Ermittlung aller belastender und entlastender Umstände entspricht der Stellung der Staatsanwaltschaft als Organ der Rechtspflege und resultiert aus dem Gebot des fairen Verfahrens. Sie dient dem öffentlichen Interesse an der **Erforschung der materiellen Wahrheit**. Die Ermittlungspflicht wird durch ein seitens des Beschuldigten abgelegtes Geständnis nicht tangiert. Ob das Geständnis der materiellen Wahrheit entspricht, wird also regelmäßig durch das Geständnis überprüfende Ermittlungen aufzuklären sein.

Die Staatsanwaltschaft ist gem. § 160 Abs. 2 StPO ebenfalls verpflichtet, für die Erhebung der Beweise zu sorgen, wenn ein **Beweismittelverlust** droht. Bei persönlichen Beweismitteln kommt beispielsweise die Veranlassung einer richterlichen Vernehmung in Betracht. Sachliche Beweismittel (Urkunden, Augenscheinsobjekte bspw.) werden in der Regel sichergestellt bzw. beschlagnahmt (vgl. **Skript Teil E.II** [S. 69]). Besteht beispielsweise ein Anfangsverdacht hinsichtlich solcher Delikte, die rechtliche Folgen auch an eine bestimmte Alkoholisierung knüpfen, ist wegen der **Beweissicherungspflicht** regelmäßig dafür Sorge zu tragen, dass zeitnah Blutproben entnommen und sonstige Untersuchungen durchgeführt werden.

Gemäß § 160 Abs. 3 StPO sollen sich die Ermittlungen auch auf solche **Umstände** erstrecken, die für die **Bestimmung der Rechtsfolgen** der Tat von Bedeutung sind. Dazu gehören alle Umstände, die nach § 46 StGB für die Strafbemessung, die Strafaussetzung zur Bewährung, die Nebenfolgen, die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, der Einziehung usw. von Bedeutung sind (Nr. 15 Abs. 1 RiStBV; vgl. **Skript Teil G.IV** [S.110]), sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (vgl. Nr. 14 RiStBV), die durch die Tat entstandenen Schäden und das Bemühen des Beschuldigten um deren Wiedergutmachung (Nr. 15 Abs. 2 RiStBV). Bei Körperverletzungsdelikten sind Feststellungen über deren Schwere, die Dauer der Heilung, etwaige Dauerfolgen ggf. durch Anforderung eines ärztlichen Attestes zu treffen (Nr. 15 Abs. 4 RiStBV). Anhaltspunkten für rassistische, fremdenfeindliche oder sonstige menschenverachtende Beweggründe sind nachzugehen (Nr. 15 Abs. 5 RiStBV).

Bei Vorliegen eines Anfangsverdachts besteht die Ermittlungspflicht auch für die Behörden und Beamte des **Polizeidienstes**. Diese Verpflichtung entspricht der der Staatsanwaltschaft nach § 160 Abs. 1 und Abs. 2 StPO. Die allgemeine Ermittlungsbefugnis der Polizei ist in **§ 163 StPO** näher geregelt. Nach dieser Vorschrift sind Ermittlungen jeder Art (**Ermittlungsgeneralklausel**) durchzuführen, soweit diese mit wenig intensiven Grundrechtseingriffen verbunden sind und deshalb nicht von einer speziellen Eingriffsermächtigung erfasst werden (§ 163 Abs. 1 S. 2 StPO). Für alle Ermittlungsvorgänge der Polizei besteht eine **Vorlagepflicht** gem. § 163 Abs. 2 StPO gegenüber der Staatsanwaltschaft.

Die Untersuchungsmaxime (**Amtsermittlungsgrundsatz**) gilt auch für das **Gericht** (**§ 244 Abs. 2 StPO**).

IV. Anklagegrundsatz

Der in **§ 151 StPO** geregelte Anklagegrundsatz (auch **Akkusationsprinzip**) besagt, dass nur nach einer erhobenen Anklage ein Gericht dazu berufen ist, eine auf Aburteilung gerichtete Tätigkeit zu entfalten (*nemo iudex sine actore*).

Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen **öffentlichen Klagen**, zu deren Erhebung nur die **Staatsanwaltschaft** berufen ist (**§§ 152 Abs. 1, 170 Abs. 1 StPO**) und der Privatklage (§ 374 Abs. 1 StPO). In beiden Fällen erfolgt die Erhebung der Klage durch die Einreichung einer förmlichen Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht (§§ 170 Abs. 1, 199 Abs. 2, 200, 381 StPO). Die Erhebung der Klage ist eine in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfende **Prozessvoraussetzung**. Der Antrag auf Erlass eines Strafbefehls entspricht der Erhebung der öffentlichen Klage (§ 407 Abs. 1 S. 4 StPO). Im beschleunigten Verfahren (§ 418 Abs. 3 StPO) und im Falle der Nachtragsanklage (§ 266 Abs. 2 StPO) bedarf die Anklage nicht der Schriftform.

Der Anklagesatz hat alle individualisierenden Merkmale eines Lebenssachverhaltes zu erfassen, die erforderlich sind, um diesen von anderen Lebenssachverhalten abzugrenzen (**Umgrenzungsfunktion**). Durch die Anklage wird der Prozessgegenstand definiert (§§ 155 Abs. 1, 264 StPO – **prozessuale Tat**; vgl. **Skript Teil C.III.2** [S. 37]).

Mit Erhebung der Klage geht die Verfahrensherrschaft auf das Gericht über, insbesondere soweit es Haftentscheidungen betrifft. Die Bindungswirkung eines Antrags auf Aufhebung eines Haftbefehls für das Gericht entfällt (§§ 120 Abs. 3, 126 Abs. 2 StPO). Die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters entfällt ebenso (§ 162 Abs. 3 StPO). Die Entscheidung über eine Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153, 153a, 154, 154a StPO obliegt nunmehr dem Gericht. Mit Anklageerhebung sind auch die Ermittlungsakten, inklusive Beweismittelordnern und Sonderheften dem Gericht zu überlassen (§ 199 Abs. 2 S. 2 StPO). Über die Akteneinsicht entscheidet nunmehr das Gericht (§ 147 Abs. 5 StPO). Die Erhebung der öffentlichen Klage unterbricht die Verjährung (§ 78c Abs. 1 Nr. 6 StGB). Mit Erhebung und Eingang der Klage bei Gericht ist die Sache bei Gericht anhängig. Der Beschuldigte wird zum Angeschuldigten (§ 157 StPO). Rechtshängigkeit, die die Rücknahme der Klage ausschließt (§ 156 StPO; Immutabilitätsprinzip) tritt erst mit dem förmlichen Eröffnungsbeschluss nach § 203 StPO ein.

V. Opportunitätsprinzip

Das Opportunitätsprinzip stellt eine wichtige Ausnahme vom Legalitätsprinzip, also von der grundsätzlichen Verfolgungspflicht dar (vgl. **Skript Teil A.II** [S. 13]). Es gestattet der Staatsanwaltschaft, die Ermittlungen abzubrechen und das Verfahren einzustellen. Der Staatsanwaltschaft kommt bei Anwendung des Opportunitätsprinzips und der Beurteilung besonderer Wertungskriterien für die Nichtverfolgung einer Straftat – wie der geringen Schuld des Beschuldigten oder dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung – ein besonders weiter Beurteilungsspielraum zu. Die wichtigsten Opportunitätsvorschriften und verwandte Normen sollen hier überblicksartig dargestellt werden.

a) § 153 StPO

Ein Absehen von der Verfolgung einer Straftat wegen Geringfügigkeit durch die Staatsanwaltschaft kommt gem. **§ 153 Abs. 1 StPO** in Betracht, wenn das Verfahren **nur**

Vergehen zum Gegenstand hat und die Schuld des Täters als gering anzusehen wäre sowie kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht. Die Staatsanwaltschaft bedarf dafür der Zustimmung des für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gerichtes nur dann nicht, wenn das Vergehen nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafe bedroht ist und die durch die Tat verursachten Folgen gering sind.

Ob sich die Tat als Verbrechen oder Vergehen darstellt, richtet sich nach § 12 Abs. 2 StGB. Maßgeblich ist die rechtliche Beurteilung im Zeitpunkt der Entscheidung.

Gering ist die Schuld des Täters, wenn sie im Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt. Die zu erwartende Strafe muss im untersten Bereich einer etwaigen möglichen Strafe liegen, wobei nicht abstrakt Straftatbestände miteinander zu vergleichen sind, sondern das konkret begangene Delikt als solches mit Vergehen gleicher Art (Ladendiebstahl / unrechtmäßiger Musikdownload o.ä.). Erforderlich ist mithin eine im Einzelfall vorzunehmende Prognose der im Rahmen einer Hauptverhandlung zu erwartenden **hypothetischen Schuldbeurteilung** (Strafzumessungsschuld).

Der Begriff des **öffentlichen Interesses** ist kein unbestimmter Rechtsbegriff, sondern ein **Ermessensbegriff** und nicht vollständig identisch mit dem in § 376 StPO verwandten Begriff des öffentlichen Interesses (vgl. **Skript Teil H.II.1.b**) [S. 115]), da sich jener nur auf die in § 374 StPO benannten Delikte bezieht, hingegen § 153 StPO auf sämtliche Vergehen erstreckt. Ob ein öffentliches Interesse **an der Verfolgung** besteht, ist nach Maßgabe spezial- und/oder generalpräventiver Erwägungen zu beurteilen. In der Praxis wird insbesondere der Person des Täters (namentlich Art und Umfang etwaiger Vorbelastungen; die Gefahr weiterer Straffälligkeit), dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und den Interessen an der vollständigen Tataufklärung sowie etwaigen Schutzinteressen des Verletzten ein nicht unbedeutender Stellenwert eingeräumt.

Der **Zustimmung des Gerichtes** bedarf es nicht, wenn der Strafraum des in Rede stehenden Vergehens bei der Mindeststrafe beginnt (§§ 38, 40 StGB) (vgl. **Skript Teil G.I**) [S. 107]) und die Tatfolgen gering sind. Bei Vermögensdelikten wird hier die Grenze bei etwa 50,- Euro anzusetzen sein.

Nach Anklageerhebung ist das **Gericht** für Einstellungsentscheidung allein zuständig. Die Staatsanwaltschaft und der Angeschuldigte/Angeklagte haben kein Antragsrecht, können die Einstellung daher nur anregen. Das Gericht bedarf zur Einstellung gem. **§ 153 Abs. 2 StPO** der Zustimmung der Staatsanwaltschaft und grundsätzlich auch der Zustimmung des Angeschuldigten/Angeklagten, denn jener hat nun das Anrecht auf einen Freispruch bzw. eine Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses. Die Erklärung des Angeschuldigten/Angeklagten ist bedingungsfeindlich. Die Einstellung erfolgt durch Beschluss, der grundsätzlich nicht anfechtbar ist (§ 153 Abs. 2 S. 3 und 4 StPO).

Zum Strafklageverbrauch vgl. **Skript Teil C.III.3** [S. 38].

b) § 153a StPO

Die Opportunitätsvorschrift des § 153a StPO ist in der Praxis eine zentrale Norm für diverse Einstellungen. Sie bietet eine Möglichkeit einfacher und zweckmäßiger Verfahrenserledigung im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität. Zudem ist die Unschuldsvermutung bei einer Einstellung nach § 153a StPO nicht widerlegt. Sie weist viele Parallelen zu § 153 StPO auf: Eine Einstellung kommt **nur bei Vergehen** in Betracht. § 153a Abs. 1 StPO sieht die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft vor. Nach Erhebung der Klage ist das Gericht zuständig (§ 153a Abs. 2 StPO). Gegenüber § 153 StPO muss die hypothetische Schuld aber nicht gering sein, sondern die Schwere der Schuld darf dem Absehen von der Erhebung der öffentlichen Klage nur nicht entgegenstehen. Außerdem kann bei § 153a StPO ein bestehendes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung durch die Erfüllung von Auflagen und Weisungen beseitigt werden.

Will die Staatsanwaltschaft das Verfahren wegen eines Vergehens gem. § 153a Abs. 1 StPO einstellen, bedarf sie dafür grundsätzlich der **Zustimmung** der für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen **Gerichtes**. Der Zustimmung bedarf es nicht, wenn der Strafraum bei der Mindeststrafe (§§ 38, 40 StPO) beginnt, die Tatfolgen gering sind und nur

Auflagen oder Weisungen gem. § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 5 StPO verhängt werden sollen (§153a Abs. 1 S. 7 StPO i.V.m. § 153 Abs. 1 S. 2 StPO).

Eine Einstellung gem. § 153a Abs. 1 StPO setzt einen hinreichenden Tatverdacht voraus (vgl. **Skript Teil B.II** [S. 25]).

Die **Schwere der Schuld steht** der Einstellung **nicht entgegen**, wenn es sich um ein Vergehen der mittleren Kriminalität handelt. Jedenfalls dann, wenn die Verhängung einer Freiheitsstrafe in Betracht kommt, deren Vollstreckung nicht mehr zu Bewährung ausgesetzt werden kann, ist für eine Einstellung gem. § 153a StPO kein Raum. Die Voraussetzungen für eine Einstellung nach § 153a StPO sind häufig erfüllt bei nicht vorbestraften Ersttätern, leichteren z.B. wechselseitig begangenen Körperverletzungsdelikten, mittleren Eigentums- und Vermögensdelikten, kleineren Sachbeschädigungen und leichten bis mittleren Verkehrsstraftaten. Als nicht mehr gering wird die Schuld in der Regel bei Wiederholungstätern, Bewährungsversagen, bei vorangegangenen Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO wegen gleichgelagerter Delikte, organisiertem Vorgehen oder Handeln aus Habgier oder Gleichgültigkeit zu betrachten sein.

Systematisch muss für eine Einstellung gem. § 153a StPO das **öffentliche Interesse** an einer Strafverfolgung zunächst positiv bejaht werden um dann **durch Auflagen oder Weisungen beseitigt** werden zu können. Hinsichtlich des Ermessensbegriffs gelten die Ausführungen zu § 153 StPO entsprechend (vgl. **Skript Teil A.V.a**) [S. 15]).

Da vom **Beschuldigten** eine Leistung verlangt wird, ist dessen **Zustimmung** stets erforderlich. Ein Schuldeingeständnis liegt darin nicht. In der Regel ergeht ein mit einer formularmäßigen Rückantwort versehenes Anschreiben, in welchem dem Beschuldigten die Einstellungsbereitschaft unter Benennung der konkret beabsichtigten Auflage mitgeteilt wird.

Abgesehen von den Fällen des § 153a Abs. 1 S. 7 StPO muss die **Zustimmung des Gerichtes** vor Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der konkreten Auflagen und Weisungen vorliegen. Die gerichtliche Zustimmungentscheidung bedarf keiner Begründung.

Liegen die erforderlichen Zustimmungen vor, ergeht durch die Staatsanwaltschaft eine **Einstellungsverfügung**, welche die konkreten Auflagen und Weisungen und die dafür einzuhaltende Frist beinhaltet. Die Frist darf grundsätzlich höchstens sechs Monate, in den Fällen des § 153a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 und 6 StPO grundsätzlich höchstens ein Jahr betragen (§ 153a Abs. 1 S. 3 StPO). Die Einstellung des Verfahrens wird dem Beschuldigten und/oder seinem Verteidiger unter Benennung der Auflagen und Weisungen und der Frist förmlich mitgeteilt. Ob erst durch die Einstellungsverfügung als formalen Akt eine bedingte Sperrwirkung eintritt oder bereits mit Einholung aller erforderlichen Zustimmungen, ist umstritten. Unabhängig vom Zeitpunkt des Eintritts begründet die **bedingte Sperrwirkung** ein bedingtes Verfahrenshindernis (vgl. **Skript Teil C** [S. 33]). Mit dem Eintritt der Sperrwirkung ist es der Staatsanwaltschaft verwehrt, sich hinsichtlich der bekanntgegebenen Einstellungsbereitschaft umzuentcheiden. Bis zur Erfüllung der Auflagen und Weisungen oder Ablauf der dafür gesetzten Frist, ist die Staatsanwaltschaft an ihre Entscheidung gebunden. Während des Laufes der für die Erfüllung der Auflagen und Weisungen gesetzten Frist ruht die Verjährung. Anders als die nachträgliche Aufhebung und der einmaligen Verlängerung der Frist um drei Monate bedarf die nachträgliche Änderung oder Auferlegung der Auflagen und Weisungen der Zustimmung des Beschuldigten (§ 153a Abs. 1 S. 4 Hs. 2 StPO).

Zum mit Erfüllung der Auflagen und Weisungen eintretenden **beschränkten Strafklageverbrauch** lesen Sie bitte **Skript Teil C.III.3** [S. 38]. Nach vollständiger Erfüllung der Auflagen und Weisungen wird das Verfahren endgültig deklaratorisch unter Mitteilung an den Beschuldigten eingestellt.

Das Gericht bedarf für die Einstellung der Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten/Angeklagten. Im Übrigen bestehen keine wesentlichen Besonderheiten gegenüber der staatsanwaltlichen Einstellung. Das Gericht entscheidet durch unanfechtbaren Beschluss ohne Begründungspflicht über die vorläufige Einstellung und überwacht die Erfüllung der Auflagen und Weisungen (§ 153a Abs. 2 StPO). Erfüllt der Angeschuldigte/Angeklagte die Auflagen und Weisungen fristgerecht, wird das Verfahren durch Beschluss endgültig deklaratorisch eingestellt.

c) § 154 StPO

Die Vorschrift des § 154 StPO ermöglicht ein Absehen von der Verfolgung, wenn gegen denselben Beschuldigten/Angeschuldigten/Angeklagten mindestens zwei selbstständige prozessuale Taten (**Skript Teil H.II.1.a**) [S. 115]) vorliegen. Die Einstellungsmöglichkeit ist dem Opportunitätsprinzip ähnlich, da sie eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip darstellt.

Die Staatsanwaltschaft kann gem. § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO von der Verfolgung einer Tat absehen, wenn diese im Vergleich mit einer anderen prozessualen Tat (Bezugstat) im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände nicht beträchtlich ins Gewicht fällt. Erforderlich ist mithin ein hypothetischer Vergleich zwischen der konkret zu erwartenden Sanktion im aktuellen Verfahren und der rechtskräftig festgesetzten oder zu erwartenden Sanktion der Bezugstat. Die Beträchtlichkeitsgrenze ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, bei dessen Anwendung der Staatsanwaltschaft ein großer Ermessensspielraum zur Verfügung steht. Bei einer zu erwartenden Gesamtstrafe zwischen den Sanktionen des anhängigen Verfahrens und des Bezugsverfahrens ist nur das Rechtsfolgenminus relevant, welches durch den Wegfall der auszuscheidenden Tat entsteht.

Selbst wenn die Tat beträchtlich ins Gewicht fällt, kann die Staatsanwaltschaft von der Verfolgung absehen, wenn ein Urteil in angemessener Frist nicht zu erwarten ist und die Bezugssanktion zur Einwirkung auf den Täter und zur Verteidigung der Rechtsordnung ausreichend erscheint (§ 154 Abs. 1 Nr. 2 StPO).

Die Staatsanwaltschaft soll von der nach § 154 Abs. 1 StPO möglichen Verfahrenseinstellung in weitem Umfang und in einem möglichst frühen Verfahrensstadium Gebrauch machen (Nr. 101 Abs. 1 RiStBV). Einer Zustimmung des Gerichtes oder des Beschuldigten bedarf es im Ermittlungsverfahren nicht.

Die Staatsanwaltschaft kann das Verfahren jederzeit – bis zur Verjährung – wiederaufnehmen, wenn es ihr geboten erscheint. Ein Strafklageverbrauch tritt durch die Einstellung nicht ein. Spätestens nach Abschluss des anderen Verfahrens prüft die Staatsanwaltschaft, ob es bei der Einstellung verbleiben kann (Nr. 101 Abs. 3 RiStBV). Die die Möglichkeit der Wiederaufnahme einschränkenden § 154 Abs. 3 und Abs. 4 StPO gelten nur im Falle einer gerichtlichen Einstellung. Ganz überwiegend wird für die Wiederaufnahme durch die Staatsanwaltschaft jedoch ein „sachlich einleuchtender Grund“ verlangt (fair trial).

Nach Erhebung der öffentlichen Klage kann das Gericht das Verfahren gem. § 154 Abs. 2 StPO **auf Antrag der Staatsanwaltschaft** jederzeit unter den Bedingungen des § 154 Abs. 1 StPO durch Beschluss vorläufig einstellen. Einer Zustimmung des Angeschuldigten/Angeklagten bedarf es nicht. Hat das Gericht gem. § 154 Abs. 2 StPO das Verfahren vorläufig eingestellt, bedarf es zur Wiederaufnahme eines Gerichtsbeschlusses (§ 154 Abs. 5 StPO). Eine stillschweigende Wiederaufnahme genügt nicht. Bis zu diesem Wiederaufnahmebeschluss begründet der gerichtliche Einstellungsbeschluss ein von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis. Die in § 154 Abs. 4 StPO geregelte Drei-Monatsfrist dient dem Schutz des Angeklagten und beginnt mit dem rechtskräftigen Abschluss des Bezugsverfahrens.

Die Berücksichtigung von nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Taten bei der Strafzumessung ist zulässig, wenn der Angeklagte auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist und das Tatgeschehen prozessordnungsgemäß so festgestellt wurde, dass der wesentliche Unrechtsgehalt der eingestellten Taten bewertet werden kann.

d) § 154a StPO

Der wesentliche und oft verkannte Unterschied zwischen § 154 StPO und § 154a StPO liegt darin, dass § 154 StPO einer Verfahrensbeschleunigung durch Teilverzicht auf die Strafverfolgung einer von mehreren prozessualen Taten im Sinne des § 264 StPO dient, während § 154a StPO nur die **Absehung von der Verfolgung** hinsichtlich einzelner Tatteile oder Gesetzesverletzungen, aber auch die Beschränkung auf materiellrechtlich selbstständige Taten (§ 53 StGB) **innerhalb einer prozessualen Tat** (§ 264 StPO) erlaubt.

Nicht selten wird behauptet das § 154 StPO anzuwenden sei, wenn Tatmehrheit (§ 53 StGB) vorliegt, während § 154a StPO anzuwenden sei, wenn Tateinheit (§ 52 StGB) vorliegt. Zwischen

dem für § 154a StPO maßgeblichen prozessualen Tatbegriff und dem materiellrechtlichen Tatbegriff besteht aber gerade keine Deckungsgleichheit (vgl. **Skript Teil C.III.2** [S. 37]). Auch mehrere materiellrechtliche Taten (§ 53 StGB) können einen einheitlichen Lebensvorgang bilden, dessen Aufspaltung und getrennte Aburteilung unnatürlich erschiene und damit eine Tat im prozessualen Sinn darstellen. Soll von der Verfolgung einzelner in Tatmehrheit stehender Delikte abgesehen werden, ist in diesen Fällen wegen prozessualer Tatidentität § 154a StPO anzuwenden.

Einzelne abtrennbare Teile einer Tat im Sinne des § 154a Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StPO sind beispielsweise zeitlich abgrenzbare Teile eines Dauerdeliktes, Einzelakte einer Bewertungseinheit, selbständige Teile einer natürlichen Handlungseinheit. Einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen im Sinne des § 154a Abs. 1 S. 1 Alt. 2 StPO sind solche, die durch ein und dieselbe Handlung im Sinne der materiellrechtlichen Tateinheit (§ 52 StGB) begangen wurden. Nicht dazu gehören einzelne Tatbestandsmerkmale, wenn durch deren Ausscheiden der Tatbestand als solches in Wegfall geraten würde (z.B. Gewaltanwendung beim Raub). Gesetzliche Umstände, an die Strafschärfungen geknüpft werden, sind dagegen ausscheidbar, wenn der Grundtatbestand bestehen bleibt.

Die Verfolgungsbeschränkung gem. § 154a StPO kommt wie bei § 154 StPO in Betracht, wenn das durch die Beschränkung entstehende „Rechtsfolgenminus“ nicht beträchtlich im Verhältnis zur Bezugssanktion ins Gewicht fallen würde, wobei sich diese Bezugssanktion aus der Verurteilung wegen derselben prozessualen Tat („Resttat“) ergeben kann (§ 154a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO) oder aus einer anderen (prozessualen) Tat (§ 154a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO).

Gemäß Nr. 101a Abs. 1 S. 1 RiStBV soll der Staatsanwalt von der Möglichkeit der Beschränkung der Strafverfolgung nach § 154a in weitem Umfang und in einem möglichst frühen Verfahrensstadium Gebrauch machen, wenn dies das Verfahren vereinfacht. Beschränkungen sind gem. § 154a Abs. 1 S. 3 StPO aktenkundig zu machen. Auf sie ist in der Anklageschrift bzw. im Strafbefehlsantrag hinzuweisen (Nr. 101a Abs. 3 und Nr. 110 Abs. 2 lit. e RiStBV).

Die Beschränkung ist nur vorläufig – die Staatsanwaltschaft ist an die Beschränkung nicht gebunden und kann die Verfolgung bis zur Anklageerhebung jederzeit auf die ausgeschiedenen Tatteile oder Gesetzesverletzungen ausdehnen.

Nach Anklageerhebung kann das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft (oder den die Zustimmung implizierenden Antrag) eine Beschränkung vornehmen (§ 154a Abs. 2 StPO) und in jeder Lage des Verfahrens von sich aus ausgeschiedene Teile einer Tat oder Gesetzesverletzungen wieder einbeziehen (§ 154a Abs. 3 StPO). Einem Antrag der Staatsanwaltschaft auf Wiedereinbeziehung hat das Gericht zu entsprechen (§ 154a Abs. 3 S. 2 StPO).

VI. Sonstige wichtige Grundsätze

1. Öffentlichkeitsgrundsatz

Der Öffentlichkeitsgrundsatz ist in § 169 GVG geregelt. Diese Vorschrift ordnet nur für die Hauptverhandlung an, dass sie „öffentlich“ stattzufinden hat. Zu der Frage, ob und inwieweit die Öffentlichkeit bereits vor Beginn der Hauptverhandlung über ein Strafverfahren informiert werden darf oder gar muss, findet sich (derzeit) im Strafverfahrensrecht keine allgemeine Aussage. Teilweise sind Auskunftspflichten bzw. Auskunftsbefugnisse in presserechtlichen Landesvorschriften geregelt. Den Medien steht jedoch kein uneingeschränkter Auskunftsanspruch zu. Insbesondere muss ihnen keine Auskunft erteilt werden, wenn dadurch die sachgemäße Durchführung eines schwebenden Verfahrens gefährdet oder eine Geheimhaltungsvorschrift verletzt würde.

Aus dem Öffentlichkeitsgrundsatz folgt eine Pflicht des Gerichtes, jedem die Möglichkeit zu verschaffen, sich ohne besondere Schwierigkeiten über Ort und Zeit der Hauptverhandlung zu informieren und im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten die Gelegenheit zu geben, als Zuschauer an der Hauptverhandlung teilzunehmen. Bild- und Tonaufnahmen innerhalb der Verhandlung sind gem. § 169 S. 2 GVG verboten. Der Einsatz tragbarer Computer während der Hauptverhandlung kann im Rahmen sitzungspolizeilicher Anordnungen (§ 176 GVG) zulässig verboten werden, wenn sich nicht kontrollieren lässt, ob mit jenen Geräten gegen § 169 S. 2

GVG verstoßende Aufnahmen angefertigt werden. Auch andere Arten von Aufnahmen und Aufzeichnungen können während der Hauptverhandlung sitzungspolizeilich untersagt werden (§ 176 GVG). Grundsätzlich ist zu bedenken, dass die Hauptverhandlung in der Öffentlichkeit stattfindet, jedoch nicht für die Öffentlichkeit. Im Einzelfall erforderliche Einschränkungen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Ablaufs der Hauptverhandlung, haben demnach stets Vorrang vor etwaigen Informationsinteressen der Öffentlichkeit.

Die Öffentlichkeit insgesamt kann für die Hauptverhandlung oder einzelne Teile gem. § 171a ff. GVG, § 48 JGG (Verfahren gegen Jugendliche sind grundsätzlich nichtöffentlich) und § 109 Abs. 1 S. 4 JGG (Verfahren gegen Heranwachsende) ausgeschlossen werden. Zu nichtöffentlichen Verhandlungen kann einzelnen Personen der Zutritt gestattet werden (§ 175 Abs. 2 GVG).

Die Urteilsverkündung hat immer öffentlich zu erfolgen, auch wenn die Verhandlung ausnahmsweise nichtöffentlich war (§ 173 GVG).

2. Mündlichkeitsgrundsatz

Der Mündlichkeitsgrundsatz ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt. Er ist bedingt durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO), den Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO), den Öffentlichkeitsgrundsatz (§ 169 GVG) und den Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Grundsätzlich müssen alle Tatsachen verbalisiert werden, welche der späteren Urteilsfindung zugrunde gelegt werden sollen. Eine Ausnahme vom Mündlichkeitsgrundsatz bildet das Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO, weil durch dessen Anwendung der Inhalt der Urkunden nicht verbalisiert werden muss, um taugliche Urteilsgrundlage zu bilden. Ganz überwiegend wird behauptet, dass das Selbstleseverfahren auch den Öffentlichkeitsgrundsatz einschränke. Dem mag zuzustimmen sein, wenn man den Mündlichkeitsgrundsatz als Teil des Öffentlichkeitsgrundsatzes versteht. Es gilt aber auch insoweit, dass die Hauptverhandlung nur in der Öffentlichkeit stattzufinden hat, und nicht für diese. Dass der Inhalt bestimmter Urkunden nicht von jedem wahrgenommen kann, obwohl dieser Urteilsgrundlage bildet, ist zur Wahrung der Effektivität des Strafverfahrens hinzunehmen.

3. Unmittelbarkeitsgrundsatz

Die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung ist durch den Grundsatz der Unmittelbarkeit geprägt. Die Beweisaufnahme hat vor dem erkennenden Gericht stattzufinden, welches später das Urteil fällt (formelle Unmittelbarkeit; vgl. auch § 226 Abs. 1 StPO). Grundsätzlich sind dabei die unmittelbaren Beweismittel heranzuziehen (materielle Unmittelbarkeit).

Der materielle Unmittelbarkeitsgrundsatz hat in **§ 250 StPO** seinen Ausdruck gefunden. Auf die Ausführungen unter **Skript Teil D.II.2** [S. 42] wird Bezug genommen.

Das Prinzip der materiellen Unmittelbarkeit ist aber nicht als Verbot der Verwendung indirekter Beweismittel zu verstehen. Allerdings wird der Amtsaufklärungsgrundsatz (§ 244 StPO; **Skript Teil A.III** [S. 14]) regelmäßig die Verwendung des „unmittelbaren“/sachnächsten Beweismittels gebieten.

Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsprinzip gelten im beschleunigten Verfahren (§ 420 Abs. 1 StPO) und im Verfahren nach einem Einspruch gegen den Strafbefehl (§§ 411 Abs. 2 S. 2, 420 Abs. 1 StPO). Darüber hinaus sind insbesondere die §§ 251, 253, 255a und 256 StPO als Ausnahmen sowohl in der Praxis als auch in der Klausur zu berücksichtigen.

4. Beschleunigungsgrundsatz und Konzentrationsmaxime

Das Ermittlungs-, Zwischen- und Hauptverfahren darf zum Schutz vor den damit verbundenen Belastungen für den Beschuldigten/Angeschuldigten/Angeklagten sowie zur Sicherung der Wahrheitsfindung nicht unnötig verschleppt werden. Insbesondere Haftsachen sind in jeder Phase des Verfahrens beschleunigt zu bearbeiten (Beschleunigungsgebot in Haftsachen). Spezielle Ausprägungen der Konzentrationsmaxime finden sich in §§ 228, 229 StPO. Der Beschleunigungsgrundsatz ist u.a. in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK verankert.

Bei rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerungen kann ein Teil der verhängten Strafe im Urteil als „bereits vollstreckt“ erklärt werden (Vollstreckungslösung zur Kompensation).

5. Grundsatz der freien Beweiswürdigung

Zu den Beweisverfahren wird zunächst auf **Skript Teil D.I** [S. 41] Bezug genommen.

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet das Gericht nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung (§ 261 StPO).

Durch die Bezugnahme auf den Inbegriff der Hauptverhandlung verwirklicht die Vorschrift des § 261 StPO das Verfassungsgebot der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Weil nur das, was in der Hauptverhandlung an Erkenntnissen gewonnen worden ist, bei der Überzeugungsbildung berücksichtigt werden darf, sind die Verfahrensbeteiligten davor geschützt, dass Erkenntnisse oder Tatsachen bei der Beweiswürdigung verwertet werden, zu denen sie keine Stellung beziehen konnten.

Über das Ergebnis der Beweisaufnahme entscheidet der Richter nach rational nachvollziehbarer, in sich schlüssiger Würdigung der Beweisergebnisse aufgrund logischer Schlussfolgerungen (tragfähige Erkenntnisgrundlage) in seiner freien, nicht an gesetzliche Beweisregeln oder Beweisvermutungen gebundenen Beweiswürdigung, d.h. nach seiner inneren (subjektiven) von ihm in der Hauptverhandlung (und nur dort!) gewonnenen Überzeugung von dem der Verurteilung oder dem Freispruch zugrunde zu legenden äußeren und inneren Sachverhalt (forensische Wahrheit). Das Gericht ist bei der Urteilsfindung an starre Beweisregeln oder fremde Wertungen nicht gebunden. Auch eine Bindung an andere Urteile besteht nicht, zumal strafgerichtliche Urteilsfeststellungen (Urteilsgründe) nicht in Rechtskraft erwachsen. Auch Wertungen von Sachverständigen und Zeugen sind für Richter nicht verbindlich.

Die Grenze der Würdigungsfreiheit bildet das Verbot von willkürlichen Entscheidungen (Art. 3 Abs. 1 GG) und das Verbot von Verdachtsurteilungen, die mit dem Schuldgrundsatz und der Menschenwürde des Angeklagten unvereinbar wären. Eine weitere zentrale Regel der Beweiswürdigung ist zudem das Gebot, alle für und gegen den Angeklagten sprechenden, wesentlichen Tatsachen und Beweisergebnisse, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren, erschöpfend in einer **Gesamtschau** zu würdigen. Einzelne Indizien dürfen dabei nicht isoliert bewertet werden. Auch wenn die Einlassung des Angeklagten kein förmliches Beweismittel im Strengbeweisverfahren ist, gehört die Sacheinlassung zum Inbegriff der Hauptverhandlung und hat damit Beweisbedeutung. Das Gericht hat die Einlassungen des Angeklagten zu überprüfen und im Urteil zu würdigen, wobei methodisch die gleichen Anforderungen zu stellen sind, wie an die Beurteilung sonstiger Beweismittel. Zu den zu berücksichtigenden Ausführungen des Angeklagten gehören auch solche im Rahmen von § 257 Abs. 1 StPO und § 258 StPO. Demgegenüber ist sog. Antragsvorbringen, also Wissensklärungen im Rahmen eines Beweisantrages, nur von prozessualer Bedeutung. Vor allem Ausführungen des Verteidigers (in Beweisanträgen) dürfen grundsätzlich nicht als Mitteilungen eigenen Wissens des Angeklagten bewertet werden, wenn sich der Angeklagte jene Erklärungselemente nicht ausdrücklich zu eigen macht.

Die Überzeugung des Gerichtes muss nicht das Ergebnis zwingender Schlüsse sein. Auch Erwägungen, die denkbare oder nach der Lebenserfahrung nur möglich sind, können die Überzeugung des Gerichtes stützen. Erforderlich ist zudem keine absolute Gewissheit, entscheidend ist nur, ob das Gericht nach der gesamten Beweislage einen bestimmten Sachverhalt für wahr hält. **Es genügt ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, das vernünftige Zweifel nicht mehr aufkommen lässt.** Lediglich denkbare, abstrakt mögliche Zweifel sind unbeachtlich.

6. In dubio pro reo

Der gewohnheitsrechtliche Satz, dass bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln in dubio pro reo zu entscheiden sei, ist keine Beweisregel, sondern eine Entscheidungsregel, die nur greift, wenn das Gericht nach abgeschlossener Gesamtwürdigung aller Tatsachen und Beweisergebnisse nicht die volle Überzeugung vom Vorliegen einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch entscheidungserheblichen Tatsache zu gewinnen vermag. Es ist

rechtsfehlerhaft, wenn der Zweifelssatz isoliert bereits auf einzelne Indizien angewendet wird. Kann das Gericht infolge einer umfassenden, logischen, widerspruchsfreien und nicht gegen Denkgesetze verstoßenden Gesamtwürdigung aller Beweise etwaige Zweifel überwinden, greift der „in dubio“-Grundsatz nicht.

Über die Reichweite und den Anwendungsbereich des Zweifelgrundsatzes bestehen nicht selten Fehlvorstellungen. Um etwaige Fehler bei der Anwendung des Grundsatzes in der Klausur zu vermeiden, lesen Sie bitte **Skript Teil B.II.3** [S. 28].

B. Verdachtsarten

I. Anfangsverdacht

„Definition“	Normen u.a.	Relevanz / Folgen / Grundlagen
<p>...zureichende tatsächliche Anhaltspunkte, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist...</p>	<ul style="list-style-type: none"> - § 152 Abs. 2 StPO - Legalitätsprinzip 	<ul style="list-style-type: none"> - vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen reichen nicht aus - Beurteilungsspielraum, aber kein Ermessen (Offizialprinzip) - Verfolgungszwang (beachte auch § 258a (Abs. 3) StGB) - Untersuchungsgrundsatz (§§ 160, 163, 244 Abs. 2 StPO)

Angesichts der Vielgestaltigkeit des Lebens ist es unmöglich, eine allgemeingültige Konturierung der Begrifflichkeit des Anfangsverdachts zu finden. Jeder Staatsanwalt muss sich bewusst sein, dass bereits die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens für den davon Betroffenen eine erhebliche Belastung darstellen kann. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass aus rechtlicher Sicht ein Ermittlungsverfahren wegen der Unschuldsvermutung (vgl. Art. 6 Abs. 2 EMRK) nicht als ein Makel des Betroffenen anzusehen ist. Die Annahme eines Anfangsverdachts setzt deshalb eine sorgfältige Prüfung voraus. Wie die Formulierungen „tatsächliche Anhaltspunkte“ und „verfolgbare Straftat“ in § 152 Abs. 2 StPO erahnen lassen, ist Gegenstand einer solchen Prüfung die Tatsachenbasis einerseits und die (vorläufige) rechtliche Bewertung andererseits. Nicht erforderlich ist, dass die Tatsachen die Täterschaft einer bestimmten Person indizieren. Ein Strafverfahren kann auch gegen Unbekannt in einem sog. UJs-Verfahren geführt werden (arg. ex. § 69 Abs. 1 S. 2 StPO). Ein solches kommt auch in Betracht, wenn beispielsweise eine Strafanzeige pauschal gegen „die Verantwortlichen“ eines Unternehmens oder einer sonstigen Institution erstattet wird.

An die Annahme des Anfangsverdachts dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, weil die Erforschung des Sachverhalts gerade die eigentliche Aufgabe des Ermittlungsverfahrens ist. Demgegenüber sind völlig aus der Luft gegriffene Vorwürfe ungeeignet, die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu rechtfertigen. Vielmehr muss der Anfangsverdacht auf konkreten Tatsachen beruhen.

1. Quellen des Anfangsverdachts

a) „Amtliche“ Wahrnehmungen

Ein den Verfolgungszwang auslösender Anfangsverdacht liegt vor, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen worden ist. Die Tatsachenbasis, die zur Entscheidung über die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zwingt, kann der Staatsanwaltschaft aus eigener Tätigkeit bekannt geworden sein („amtliche Wahrnehmungen“). Bei Tatsachen, deren Kenntnis ein Staatsanwalt außerdienstlich erlangt hat, steht die neuere Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass die Verfolgungspflicht des § 152 Abs. 2 bei privater Kenntniserlangung nur dann ausgelöst wird, wenn die strafbaren Handlungen noch in die Phase der Dienstausbübung hineinreichen und in einer Abwägung das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung das Interesse des Staatsanwalts an der Wahrung seiner Privatsphäre überwiegt. Die Literatur trennt teilweise nach Verbrechen und Vergehen oder macht die Verfolgungspflicht vom Vorliegen einer Katalogtat des § 138 StGB abhängig. Zutreffend dürfte sein, eine Verfolgungspflicht in den Fällen anzunehmen, in denen die Belange der Öffentlichkeit in besonderem Maße berührt werden und auch ein verständiger Dritter Anzeige erstatten würde, d.h. in jedem Fall bei Verbrechen und anderen Fällen der mittleren Kriminalität; nicht aber per se bei Antrags- oder Bagatelldelikten.

Beispiel 1: „Haben Sie etwa(s) getrunken?“ [S. 290]

Beispiel 2: „Freunde kann man sich aussuchen“ [S. 290]

b) Anzeigen (§ 158 StPO)

Jede Person kann bei der Staatsanwaltschaft, den Behörden und Beamten des Polizeidienstes und den Amtsgerichten mündlich oder schriftlich die Anzeige einer Straftat anbringen (§ 158 Abs. 1 StPO). Die Strafanzeige enthält dabei regelmäßig die Mitteilung eines Sachverhaltes, der nach der Meinung des Anzeigenden Anlass für eine Strafverfolgung bietet. Zwar ist sie bloße Anregung zur Prüfung, ob Anlass zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens besteht, entsprechend §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1, 163 StPO ist eine solche Prüfung aber stets erforderlich.

Beispiel 3: „Nicht ohne meine IT!“ [S. 290]

Beispiel 4: „Was lange währt...“ [S. 290]

Beispiel 5: „Rundumschlag“ [S. 290]

c) Legales Verhalten

Steht fest, dass eine Straftat begangen worden ist, kann aus legalem Verhalten einer Person ohne weiteres auf den Anfangsverdacht geschlossen werden. Der festgestellte, rechtlich nicht zu beanstandende Erwerb eines Messers durch eine bestimmte Person rechtfertigt die Annahme eines Anfangsverdacht gegen diese Person, wenn feststeht, dass das fragliche Messer beispielsweise als Tatwaffe verwendet wurde. Liegen umgekehrt zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat (noch) nicht vor, können solche nicht allein aus rechtlich zulässigem Verhalten gewonnen werden.

Beispiel 6: „Pusten sie mal!“ [S. 290]

Ein Anfangsverdacht für die Begehung einer Straftat kann aber durch ein an sich legales Verhalten begründet werden, wenn weitere Anhaltspunkte hinzutreten. Kriminalistische Erfahrungssätze können dabei Berücksichtigung finden.

Beispiel 7: „Es war sicherlich falsch, aber legal.“ [S. 290]

d) „oder auf anderem Wege“ (§ 160 Abs. 1 StPO)

Zu den anderen Wegen im Sinne des § 160 Abs. 1 StPO, auf denen die Staatsanwaltschaft von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, gehören beispielsweise Erkenntnisse aus Akten oder Schriftstücken anderer Behörden, die Presseberichterstattung (soweit mit bestimmten und nachprüfbar Tatsachen belegt), Mitteilungen nach § 183 GVG und der Leichenfund (§ 159 StPO). Soweit die so erlangten Erkenntnisse noch keinen Anfangsverdacht begründen, können allerdings Vorermittlungen veranlasst sein.

Vorermittlungen zur Klärung, ob auf Grund vorliegender tatsächlicher Anhaltspunkte die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlasst ist, sind grundsätzlich zulässig. Denn bleibt nach Prüfung vorliegender Anhaltspunkte unklar, ob ein Anfangsverdacht besteht, und sind Ansätze für weitere Nachforschungen vorhanden, so können die Strafverfolgungsbehörden diesen nachgehen. Denkbar sind rein informatorische, formlose Befragungen zur Gewinnung eines groben Bildes, ob wirklich der Verdacht einer Straftat besteht und wer als Beschuldigter oder Zeuge in Betracht kommt. Es besteht allerdings keine gesetzliche Verfolgungspflicht. Ziel ist allein die Klärung, ob ein Anfangsverdacht besteht. Der Staatsanwalt hat dabei ihm freiwillig zur Verfügung gestellte Unterlagen auszuwerten und kann zur Erweiterung seiner Beurteilungsgrundlage auch allgemein zugängliche oder in amtlicher Verwahrung befindliche Unterlagen oder Akten beziehen. Die Anwendung irgendwelcher strafprozessualer Zwangs- und Eingriffsbefugnisse ist im Rahmen der Prüfung eines Anfangsverdachts allerdings nicht zulässig. Falls angeforderte Unterlagen oder Akten beispielsweise nicht freiwillig herausgegeben werden, ist die Entscheidung über den Anfangsverdacht auf der verbleibenden Tatsachengrundlage zu treffen.

2. Bedeutung für die Klausur

Die Frage, welche Delikte im Gutachten zu prüfen sind, muss im Zusammenhang mit den Voraussetzungen der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gesehen werden. Ein Ermittlungsverfahren ist eingeleitet, sobald die Staatsanwaltschaft, eine Behörde oder ein Beamter des Polizeidienstes eine Maßnahme trifft, die erkennbar darauf abzielt, gegen jemanden strafrechtlich vorzugehen. Die Staatsanwaltschaft muss auf Grund des in § 152 Abs. 2 StPO verankerten Legalitätsprinzips wegen aller verfolgbaren Straftaten einschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dabei hat sie nach § 160 Abs. 1 StPO jeden möglicherweise strafrechtlich relevanten Sachverhalt zu erforschen, von dem sie Kenntnis erlangt.

Im Gutachten sind daher grundsätzlich alle Delikte zu prüfen, für die im Ermittlungsverfahren ein Anfangsverdacht vorlag. Der Bearbeiter ist hierbei aber nicht an die im Aktenauszug genannten Delikte (z.B. durch die ermittelnden Polizeibeamten) gebunden, sondern muss umfassend sämtliche in Betracht kommenden verfolgbaren Straftaten erörtern, soweit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Dabei spielt es grundsätzlich keine Rolle, ob die einzelnen Tatbestände tatsächlich erfüllt wurden oder nicht. Auch wenn einige Delikte nicht gegeben sind, müssen diese dennoch behandelt werden, weil die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt unter allen in Betracht kommenden rechtlichen Gesichtspunkten abschließen muss. Gleichwohl ist für den Inhalt des Gutachtens abzuwägen, ob ernsthafter Erörterungsbedarf besteht.

Auch wenn die Prüfung des Anfangsverdachts in der Regel eine rein gedankliche Leistung sein dürfte, sollten Sie mit Blick auf Folgeprobleme, die dadurch entstehen können, dass etwa ein Anfangsverdacht vorlag, daran geknüpfte prozessuale Rechte aber nicht gewahrt wurden (Bsp.: § 136 StPO) oder kein Anfangsverdacht vorlag, ergriffene prozessuale Maßnahmen einen solchen aber mindestens voraussetzen (Bsp.: Durchsuchung / Blutprobe usw.), diese „Vorprüfung“ nicht unterlassen.

Schränkt der Bearbeitervermerk die Prüfung nicht auf einen bestimmten Personenkreis ein, hat bei Vorliegen eines Anfangsverdachts gegen Personen, die noch nicht als Beschuldigte erfasst sind, eine entsprechende Prüfung im B-Gutachten zu erfolgen und es ist dort auf die Notwendigkeit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens hinzuweisen.

Das Fehlen eines Anfangsverdachts mangels Verfolgbarkeit des Delikts aufgrund „quasi prozessualer“ Normen (Verjährung; Strafantrag) dürfte ein Indiz dafür sein, dass die diesbezügliche Prüfung im Gutachten zumindest erwähnenswert ist: „Rechtsgründe sind gute Gründe.“

Darüber hinaus sind Klausursituationen denkbar, in denen der Bearbeitervermerk ausdrücklich dazu auffordert, einen bestimmten Teil des vorgelegten Aktenauszugs auf das Vorliegen eines Anfangsverdachts zu prüfen. Jene Prüfung sollte dann – da sie offensichtlich einen Klausurschwerpunkt darstellt – ausschließlich im A-Gutachten (materiellrechtlichen Gutachten) vorgenommen werden. Bei Bejahung eines Anfangsverdachts kann auch in diesen Fällen im B-Gutachten auf die Erforderlichkeit der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens hingewiesen werden.

II. Hinreichender Tatverdacht

„Definition“	Normen u.a.	Relevanz / Folgen / Grundlagen
... überwiegende Verurteilungs- wahrscheinlichkeit ...	§§ 170 Abs. 1, 203 StPO	<ul style="list-style-type: none"> ➔ Prüfungsmaßstab für die Klausur ➔ Nicht, wenn Prozessvoraussetzungen fehlen / Verfahrenshindernisse bestehen ➔ Berücksichtigung aller Beweise und deren Verwertbarkeit (Beweisverwertungsverbote?)

Die Prüfung des hinreichenden Tatverdachts bildet einen Schwerpunkt in der strafrechtlichen Assessorklausur. In der Regel ist der Aktenauszug strafrechtlich und prozessual zu begutachten und die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft zu entwerfen. Der dem Bearbeiter

vorgelegte Aktenauszug enthält einen „ausermittelten“ Sachverhalt. Meist gibt der Bearbeitervermerk vor, dass, sollten weitere Ermittlungen für erforderlich gehalten werden, zu unterstellen ist, dass diese durchgeführt worden sind, aber keine weiterführenden Ergebnisse erbracht haben. Weitere Sachverhaltsaufklärung i.S.d. § 160 StPO kann mithin im Examen nicht „betrieben“ werden.

Die zu treffende Abschlussentscheidung besteht in einer „Entscheidung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist“ (§ 160 Abs. 1 StPO). **Bieten die Ermittlungen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage**, so erhebt sie die Staatsanwaltschaft (§ 170 Abs. 1 StPO). Andernfalls stellt sie das Verfahren ein (§ 170 Abs. 2 StPO). Neben der Erhebung durch Einreichung einer Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht (§ 170 Abs. 1 StPO) kommt auch ein Strafbefehlsantrag (§ 407 Abs. 1 S. 4 StPO), die (mündliche) Klageerhebung im beschleunigten Verfahren (§§ 417, 418 Abs. 3 S. 2 StPO) und die (mündliche) Nachtragsanklage (§ 266 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 StPO) in Betracht.

Ziel der Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft ist die Durchführung eines Hauptverfahrens. Die Eröffnung des Hauptverfahrens ist Sache des Gerichtes. Es beschließt die Eröffnung, wenn nach den Ergebnissen des vorbereitenden Verfahrens **„der Angeschuldigte einer Straftat hinreichend verdächtig erscheint“** (§ 203 StPO). Aus diesem Ziel ergibt sich der Prüfungsumfang:

Zu prüfen ist, ob bei vorläufiger Tatbewertung der Beschuldigte auf der Grundlage der zu den Akten gelangten Beweismittel verurteilt und nicht freigesprochen werden würde. Eine **überwiegende Verurteilungswahrscheinlichkeit** in diesem Sinne besteht, wenn für eine Straftat einschließlich der Rechtswidrigkeit und der Schuld genügend **verwertbare Beweise** vorliegen, ohne dass persönliche Strafausschließungs- oder –aufhebungsgründe oder **Strafverfolgungshindernisse** gegeben sind. Anders ausgedrückt: Ist am Ende einer „gedachten Hauptverhandlung“ unter Berücksichtigung aller verwertbaren Beweise eine Verurteilung wahrscheinlicher als ein Freispruch, besteht genügend Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage, weil das Gericht in diesem Falle gem. § 203 StPO das Hauptverfahren eröffnen wird.

1. Materielle rechtliches Gutachten

Die Prüfung der Sach- und Rechtslage im Hinblick auf einen hinreichenden Tatverdacht ist Gegenstand des ersten Teils einer Examensklausur. Im Wesentlichen kann für den Aufbau des A-Gutachtens auf die Kenntnisse aus dem 1. Examen zurückgegriffen werden. Der Sachverhalt aus dem Aktenauszug ist nach Handlungsabschnitten zu gliedern. Jedenfalls selbständige prozessuale Taten müssen in eigenen Handlungsabschnitten geprüft werden. Innerhalb der Handlungsabschnitte ist ein chronologischer Aufbau zu wählen und der hinreichende Tatverdacht gegen die Beschuldigten grundsätzlich getrennt zu prüfen. Es gilt wie im 1. Examen: Täter vor Teilnehmer; „Tatnächste“ zuerst; Inzidentprüfungen vermeiden; Vollendung vor Versuch; „Dickschiffe“ vorn (Höchststrafandrohung), Konkurrenzen nicht vergessen.

Im Gegensatz zum 1. Examen ist der Sachverhalt aber nicht mehr dahingehend zu begutachten, wer sich wie strafbar gemacht hat – das Gutachten dient ausschließlich der Beantwortung der Frage, ob ein hinreichender Tatverdacht gegen bestimmte Personen besteht. Entsprechend sind die Einleitungssätze / Überschriften und Zwischenergebnisse zu formulieren. Vermieden werden sollte dabei, durch Formulierungen wie, der Beschuldigte habe sich „...schuldig gemacht...“ oder „...strafbar gemacht...“ den Eindruck zu erwecken, den Prüfungsmaßstab verkannt zu haben.

Die Darstellung der einzelnen Tatbestände / Tatbestandsmerkmale erfolgt natürlich grundsätzlich ohne Wiederholung des Gesetzeswortlautes, in der gesetzlich und logisch vorgegebenen Reihenfolge, wobei jeweils deutlich zu machen ist, welches Merkmal gerade geprüft wird. Gesetzliche Merkmale, die offensichtlich erfüllt sind, können im Urteilsstil abgehandelt werden. Muss der Bearbeiter selbst darüber nachdenken, ob ein Tatbestandsmerkmal erfüllt ist, dürfte dies in der Klausur im Gutachtenstil zu untersuchen sein. Ist ein Merkmal des Tatbestandes offensichtlich nicht erfüllt, darf dessen Prüfung auch „vorgezogen“ werden. Allerdings ist dann kritisch zu hinterfragen, ob die Prüfung des Tatbestandes wegen der Offensichtlichkeit seines Ausscheidens überhaupt erforderlich war.

Anders als im 1. Examen liegt eine weitere Besonderheit der strafrechtlichen Aufsichtsarbeit im

2. Staatsexamen darin, dass kein feststehender Sachverhalt vorliegt, sondern – etwa infolge widersprüchlicher Zeugenaussagen – Zweifelsfragen **in tatsächlicher Hinsicht** zu klären sind, die eine Würdigung der Beweise erforderlich machen.

2. Beweiswürdigung

Die Beweiswürdigung ist daher ein Schwerpunkt in jeder Klausur. Sie darf nicht abstrakt vorgenommen werden, sondern hat grundsätzlich an dem objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmal zu erfolgen, für dessen Verwirklichung diese von Bedeutung ist.

Wenn die Beweiswürdigung von Einlassungen (Beschuldigte) oder Aussagen (Zeugen) erforderlich wird, ist auf die Verwendung richtiger Begrifflichkeiten zu achten: Glaubhaft oder unglaubhaft kann nur eine Einlassung oder Aussage sein. Nur Personen können glaubwürdig oder unglaubwürdig sein. Ein Beschuldigter hat sich eingelassen; eingestanden; eingeräumt; bestritten oder vorgegeben. Zeugen haben ausgesagt, bekundet oder geschildert. Ist die auszugsweise Wiedergabe des Inhaltes von Einlassungen oder Aussagen erforderlich, erfolgt diese grundsätzlich im Konjunktiv in der Zeitform Perfekt, da so klargestellt ist, dass der Inhalt keineswegs richtig sein muss, sondern noch zu würdigen ist. Die Beweiswürdigung selbst erfolgt im Urteilsstil. Sie kann sich nicht in der Wiedergabe der Einlassung/Aussage erschöpfen. Eine sich über mehrere Seiten erstreckende (nahezu wörtliche) Wiederholung der in einem Aktenauszug enthaltenen Angaben von Personen ist in jedem Falle überflüssig und kann als reine Abschreibleistung keine bewertungsverbessernde Wirkung haben. Ohne die Darstellung eigener Rückschlüsse aus den Aussagen und Einlassungen auf das Vorliegen oder Fehlen eines bestimmten Tatbestandsmerkmals ist die Beweiswürdigung unvollständig.

Die Beweiswürdigung ist, da es angesichts der Unendlichkeit möglicher Beweislagen keine festen Regeln über Aufbau und Inhalt gibt und alle erheblichen Umstände erschöpfend und lückenlos, nachvollziehbar und widerspruchsfrei abgehandelt werden sollten, auch in der Praxis nicht ohne jede Schwierigkeit. Regelmäßig wird sie mit dem Einlassungsverhalten des Beschuldigten beginnen. Dies gilt auch, wenn sich der Beschuldigte nicht eingelassen hat, denn darauf ist feststellend hinzuweisen. Im Falle einer geständigen Einlassung ist diese nicht ohne Weiteres ungeprüft als Sachverhaltsfeststellung zu übernehmen. Eine geständige Einlassung kann z.B. anhand ihrer Plausibilität („in sich stimmig?“; „lebensnah?“), ihrer Übereinstimmung mit anderen als richtig erkannten Tatsachen (dem sonstigen Ermittlungsergebnis / anderen Zeugenaussagen), ihrer Vollständigkeit, ihrer Konstanz (bei mehreren Erklärungen) überprüft werden, wenn Zweifel an ihrer Richtigkeit bestehen. Aus dem Schweigen eines Beschuldigten dürfen nachteilige Schlüsse nicht gezogen werden. Andererseits sind für einen schweigenden Beschuldigten keine Entlastungsumstände zu unterstellen, für deren Vorliegen keine Anhaltspunkte bestehen. Bestreitet ein Beschuldigter wesentliche Tatsachen (qualifiziert), ist zu hinterfragen, ob und mit welchen Beweismitteln seine Einlassung widerlegbar sein wird. Bei Zeugenaussagen ist deren Beweiswert anhand der Motivlage (eigene Vor- oder Nachteile durch Aussage; „Lagerbildung“) zu hinterfragen und auf Realkennzeichen (Detailreichtum in quantitativer und qualitativer Hinsicht; ausgefallene & originelle Einzelheiten; Interaktionsschilderung; assoziative Schilderung; Ergänzbarkeit; (Selbst-)Kritikfähigkeit; Plausibilität; Widerspruchsfreiheit) sowie Lügensignale (abstraktes Schildern des Kerngeschehens; Überbetonung der Wahrhaftigkeit / Glaubhaftigkeit; Strukturbrüche; Wertungsüberschuss) zu achten. Dabei ist zu unterscheiden zwischen Rückschlüssen, die der Zeuge zieht, die regelmäßig nicht relevant sind, und seinen tatsächlichen Beobachtungen. Nur wenn der von der Auskunftsperson gezogene Rückschluss auf der Basis der von ihr oder anderen Zeugen geschilderten sinnlichen Wahrnehmungen nach Ihrer eigenen Beweiswürdigung gerechtfertigt erscheint, kann der Bewertung der Beweisperson eine indizielle Bedeutung beigemessen werden.

Auch soweit eine Beweiswürdigung im engeren Sinne nicht erforderlich ist, ist jedenfalls mitzuteilen, mit welchen Beweismitteln der ermittelte Sachverhalt bzw. die jeweiligen Tatbestandsmerkmale in der Hauptverhandlung nachgewiesen werden können.

Im Rahmen des Gutachtens sind Gegenstand der Beweiswürdigung auch die Beweisverwertungsproblematiken (**Skript Teil D.III** [S. 44]).

3. „in dubio pro reo“

Der Grundsatz in dubio pro reo besagt positiv, dass eine Verurteilung nur aufgrund eines zur vollen Überzeugung eines Tatrichters festgestellten (bewiesenen) Sachverhalts zulässig ist. Negativ besagt er, dass aus lediglich möglichen, ungewissen oder zweifelhaft gebliebenen Umständen nichts zulasten des Angeklagten hergeleitet werden darf. Da es sich bei dem Zweifelgrundsatz nicht um eine Beweisregel, sondern um eine Entscheidungsregel handelt, bietet der Grundsatz keine Maßstäbe dafür, wann der Tatrichter eine Tatsache für erwiesen betrachten darf. Der Grundsatz ist nicht verletzt, wenn das Gericht (aus Sicht des Angeklagten) hätte zweifeln müssen, sondern nur dann, wenn es trotz bestehenden Zweifels an einer Tatsache diese zulasten des Angeklagten unterstellt. Dieses Grundprinzip gilt auch für entlastende (Indiz-)Tatsachen. Kann sich das Gericht keine sichere Überzeugung in Bezug auf entlastende Umstände bilden, folgt daraus nicht, dass diese zugunsten des Angeklagten als bewiesen anzusehen wäre.

Der Zweifelgrundsatz gilt für solche Umstände, die den Schuldspruch beeinflussen (tatbestandsbezogene Umstände), als auch für solche, die „lediglich“ die Rechtsfolge betreffen (strafmessungsbezogene Umstände). Bei verfahrensrelevanten Tatsachen (prozessuale Umstände) wird die Frage, ob der Zweifelgrundsatz zur Anwendung kommt, nicht einheitlich beantwortet. Soweit es Prozessvoraussetzungen / Verfahrenshindernisse betrifft, vermeidet der BGH eine eindeutige Festlegung und verlangt eine den besonderen Umständen der Einzelfrage angemessene Entscheidung, welche dem Gebot der Gerechtigkeit und dem der Rechtssicherheit entsprechen muss. Die Ergebnisse in Zweifelsfällen bezogen auf die Verfahrenshindernisse dürften vor diesem Hintergrund jedoch regelmäßig der unmittelbaren Anwendung des Zweifelsatzes entsprechen. Bei sonstigen Verfahrenstatsachen gilt nach der Rechtsprechung der Zweifelgrundsatz nicht. Dies hat allerdings nur zur Folge, dass verfahrensrechtlich erhebliche Tatsachen zur Überzeugung des Gerichtes als erwiesen feststehen müssen, wenn sie der jeweiligen Verfahrensnorm zu Grunde gelegt werden sollen. Relevant wird dies insbesondere bei solchen Tatsachen, die Fehler bei der Beweiserhebung betreffen und ggf. Verwertungsverbote begründen können. Hinsichtlich der Feststellung solcher Umstände gilt jedoch das Freibeweisverfahren (vgl. **Skript Teil D.I** [S. 41]). Für Rechtsfragen gilt der Zweifelgrundsatz nicht. Zweifel können in diesem Bereich denktheoretisch nicht existieren.

Bei der Klausurbearbeitung aus staatlicher Sicht sollten Sie grundsätzlich bedenken, dass Fallgestaltungen, bei denen die Anwendung des Prinzips in dubio pro reo Ziel oder gar Schwerpunkt der Aufgabenstellung ist, vom GJPA äußerst selten entworfen werden.

Gelegentlich lässt sich in einer Klausur der Sachverhalt aber nicht völlig aufklären. Das ist aber auch nicht immer erforderlich. Der Staatsanwalt muss, wenn er sich gem. § 170 Abs. 1 StPO zur Erhebung der öffentlichen Klage entschließt, nicht von einem Sachverhalt überzeugt sein, der sich als eine strafbare Handlung darstellt. Vielmehr genügt es, dass er einen derartigen Sachverhalt in einem solchen Maß für wahrscheinlich hält, dass er mit einer Verurteilung rechnen kann. Hält man eine Verurteilung lediglich für wahrscheinlich, dann sind dieser Annahme natürlich Zweifel immanent, ohne dass es deshalb zu einer Verfahrenseinstellung kommen darf. Die Aufklärung von Widersprüchen darf der Hauptverhandlung überlassen bleiben. Insbesondere sich widersprechende Angaben von Zeugen oder Widersprüche zwischen Einlassungsverhalten des Beschuldigten und sonstigen Beweismitteln können Zweifel verursachen. Nur, wenn nach einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem gesamten Ermittlungsergebnis, bei dem einzelne Beweise auch in Beziehung zueinander zu setzen und jeweils hinsichtlich ihres Beweiswertes kritisch zu hinterfragen sind, kein bestimmter Sachverhalt festzustellen ist, kommt der Grundsatz in dubio pro reo in der Klausur aus staatlicher Sicht mittelbar zur Geltung. Ziel der Beweiswürdigung im Gutachten wird aber regelmäßig die Festlegung auf einen bestimmten Sachverhalt sein. Wenn sich der hinreichende Tatverdacht sowohl aufgrund eines vom Beschuldigten als auch aufgrund eines von einem Zeugen abweichend geschilderten Sachverhaltes ergibt, wird in der Regel daher zu entscheiden sein, wem zu glauben ist. Grundsätzlich ist nämlich der wahre Sachverhalt zu ermitteln.

Nur wenn ausnahmsweise eine eindeutige Feststellung des Sachverhaltes nicht möglich ist, sind Fragen der Postpendenzfeststellung, Stufenverhältnis und Wahlfeststellung für das Gutachten von Relevanz und in jedem Falle vorrangig (d.h. vor Entscheidung zu einer Einstellung des Verfahrens gem. § 170 Abs. 2 StPO) zu prüfen.

Betreffen die Zweifel in der Bearbeitung Prozessvoraussetzungen / Verfahrenshindernisse bzw. sonstige Verfahrenstatsachen, sind Sie in der Regel gehalten, sich abschließend (im A-Gutachten) festzulegen. Bei Ihrer Entscheidung sollten Sie die allgemeinen klausurtaktischen Hinweise beachten (vgl. **Skript Teil I** [S. 141]).

a) Postpendenz & Präpendenz

Wenn nur eine einseitige Sachverhaltsungewissheit in dem Sinne besteht, dass von zwei rechtlich relevanten Sachverhalten der zeitlich frühere nur möglicherweise, der zeitlich spätere hingegen sicher gegeben und nachweisbar ist, ist eine eindeutige Verurteilung auf der Grundlage des als sicher festgestellten, zeitlich späteren Sachverhaltes überwiegend wahrscheinlich. Die Möglichkeit der Verurteilung wegen des zeitlich späteren Sachverhaltes – sog. Postpendenzfeststellung – schließt eine Wahlfeststellung aus.

Dasselbe gilt für den Fall der Präpendenz, bei dem nur eine einseitige Sachverhaltsungewissheit hinsichtlich eines späteren Sachverhaltes besteht, der zeitlich frühere hingegen derart sicher nachgewiesen werden kann, dass eine eindeutige Verurteilung möglich ist.

b) „in dubio mitius iudicare“

Kein Raum für eine Wahlfeststellung ist auch dann, wenn die alternativ verwirklichten Delikte in einem Stufenverhältnis stehen. Ein Stufenverhältnis liegt vor, wenn der dem Täter günstigere Sachverhalt als ein rechtliches Minus in dem sonst in Betracht kommenden ungünstigeren Sachverhalt bereits enthalten ist etwa bei Privilegierungs-, Regel- und Qualifikationstatbeständen, Versuch und Vollendung, Täterschaft und Beihilfe, Vorsatz- und Fahrlässigkeitstaten. In diesen Fällen ist hinreichender Tatverdacht wegen der „tätergünstigsten“ Stufe anzunehmen, d.h. „im Zweifel milder (zu entscheiden / urteilen)“.

c) unechte Wahlfeststellung

Ist bei Sachverhaltsalternativität jeweils derselbe Tatbestand erfüllt, handelt es sich um die sogenannte gleichartige = unechte Wahlfeststellung. Beispiel: Zeuge sagt entweder vor dem Strafrichter oder im Berufungsverfahren falsch aus. Insoweit ist im Rahmen der Anklageerhebung bei der Formulierung der Tatzeit im Abstraktum lediglich zu beachten, dass die Tat „entweder am ... oder am...“ begangen wurde. Beide Sachverhalte sind im Konkretum der Anklage zu nennen.

d) echte Wahlfeststellung

Eine ungleichartige = echte Wahlfeststellung liegt hingegen vor, wenn nach Ausschöpfung aller Ermittlungsmöglichkeiten eine eindeutige Sachverhaltsfeststellung nicht möglich ist, jede der in Frage kommenden Möglichkeiten zur Verwirklichung eines Strafgesetzes führt, die verschiedenen (Grund-)Tatbestände rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind (Identität des Unrechtskerns) und jede andere, straflose Möglichkeit ausscheidet. Der Strafrahmen ist dann aus dem Delikt mit der geringsten Strafandrohung zu schöpfen.

Allerdings ist zu beachten, dass die echte Wahlfeststellung den großen Strafsenat des BGH beschäftigt hat. Zwischen den Senaten des BGH ist die Anwendbarkeit der Wahlfeststellung nämlich nicht unumstritten. Nach Ansicht eines Senates bedürfe es für die „Wahlfeststellung“ einer gesetzlichen Grundlage, weil es sich nicht allein um eine prozessuale Entscheidungsregel, sondern um materielles Strafbegründungsrecht handele, das den Erfordernissen des Art. 103 Abs. 2 GG unterfalle. Die unterschiedlichen Auffassungen könnten daher Examensrelevanz haben. Lesenswert insoweit: BGH NJW 2016, 432; NStZ-RR 2014, 308; NStZ-RR 2015, 39. Der große Senat des BGH hat allerdings auf eine entsprechende Vorlage (§ 132 GVG) mit Beschluss vom 08.05.2017 (GSSt 1/17) am Rechtsinstitut der Wahlfeststellung ausdrücklich festgehalten (vgl. BGH NJW 2017, 2842). Die weitere Anwendung der Wahlfeststellung auf Basis dieser Entscheidung (vgl. BGH, Urt. v. 25.10.2017 – 2 StR 495/12, NStZ-RR 2018, 47ff.) hat das BVerfG mit Beschluss vom 05.07.2019 (2 BvR 167/18 – BeckRS 2019, 14878) bestätigt. Danach verletze die gesetzeshaltige Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage nicht das Bestimmtheitsgebot. Die ungleichartige Wahlfeststellung sei eine besondere, dem

Strafverfahrensrecht zuzuordnende Entscheidungsregel, die nicht den Schutzbereich des Art. 103 Abs. 2 GG berühre (BVerfG aaO).

Wie bei jedem „Streitstand“ ist auch hier zu empfehlen: Der aktuell geltenden, höchstrichterlichen Rechtsprechung dürfte im Zweifel zu folgen sein. Zwar ist äußerst umstritten, ob eine rechtliche Bindung der Staatsanwaltschaft an gerichtliche Präjudizen besteht – wegen Art. 3 Abs. 1 GG, der Verpflichtung des Staates zur effektiven Strafverfolgung als Folge seines Gewaltmonopols und der Aufgabe der Staatsanwaltschaft, auf eine einheitliche Rechtsanwendung zu achten, ist die Staatsanwaltschaft aber als unabhängiges Organ der Rechtspflege einerseits nicht gehindert, eine Tat anzuklagen, die nach gefestigter Rechtsprechung straflos wäre, um auf diesem Wege eine Änderung der Rechtsprechung zu bewirken, und andererseits gehalten, Anklage zu erheben, obwohl sie entgegen der Rechtsprechung ein Verhalten für nicht strafbar hält, da nach dem Gewaltenteilungsprinzip nur die Gerichte befugt sind, darüber zu entscheiden, ob ein Strafgesetz verletzt ist, und um Ungleichbehandlungen zu vermeiden.

e) „Aussage gegen Aussage“

Es empfiehlt sich nicht, vorschnell auf eine „Aussage gegen Aussage“ Konstellation abzustellen und deswegen einen hinreichenden Tatverdacht abzulehnen. Meist ergibt sich aus dem Aktenauszug genügend Material, um einer der Varianten den Vorzug zu geben, sei es durch deutliche Tendenzen im Schilderungsverhalten oder andere objektive Beweismittel und Indizien, die durch umfassende Würdigung einen die Anklageerhebung rechtfertigenden Rückschluss auf den wahren Sachverhalt zulassen (Gesamtwürdigung aller Beweisanzeichen).

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist das Tatgericht nämlich nicht schon dann aufgrund des Zweifelssatzes an der Verurteilung gehindert, wenn „Aussage gegen Aussage“ steht und keine weiteren belastenden Indizien vorliegen. Wird die Tat vom mutmaßlichen Opfer in einer Zeugenaussage geschildert, kann der Angeklagte auf dieser Grundlage verurteilt werden, wenn das Tatgericht von der Glaubhaftigkeit der Aussage dieses einzigen Belastungszeugen überzeugt ist. In solchen Fällen muss sich der Tatrichter bewusst sein, dass die Aussage dieses Zeugen einer besonderen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen ist, zumal der Angeklagte in solchen Fällen wenige Verteidigungsmöglichkeiten besitzt. Die Urteilsgründe müssen dabei erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Aus den Urteilsgründen muss sich ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden. Hierbei sind das Gewicht und Zusammenspiel der einzelnen Indizien in einer Gesamtschau zu bewerten (vgl. BGH, Urt. v. 25.04.2018 – 2 StR 194/17, NStZ 2019, 42f.; st. Rspr.)

III. Dringender Tatverdacht

Dringender Tatverdacht ist die hohe Wahrscheinlichkeit, dass eine Person Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist. Dem Grad nach ist dieser Verdacht stärker als der hinreichende, von dessen Vorliegen nach § 203 StPO die Eröffnung des Hauptverfahrens abhängt. Jedoch setzt die Annahme des dringenden Tatverdachts nicht voraus, dass auch der hinreichende feststeht, denn die Prüfung des hinreichenden Verdachts erfolgt stets auf der Grundlage des abgeschlossenen Ermittlungsergebnisses, die des dringenden Tatverdachts dagegen aufgrund des gegenwärtigen Standes der Ermittlungen, der sich ändern kann. Der dringende Tatverdacht ist Voraussetzung für bestimmte strafprozessuale Eingriffsnormen, insbesondere für den Erlass des Haftbefehls (§ 112 StPO) und der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO). Wenig klausurrelevant dürften insoweit die §§ 81 Abs. 2, 103 Abs. 1 S. 2 und 138a StPO sein.

In der Klausur ist im prozessualen Gutachten (zweiter Teil/B-Gutachten) in Zusammenhang mit Haftfragen und der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis auf den dringenden Tatverdacht einzugehen. Argumentativ kann allerdings ohne weiteres die Beweiswürdigung aus dem materiellen Gutachten aufgegriffen werden. Es dürfte kaum Fälle geben, in denen nach der gutachterlichen Feststellung des hinreichenden Tatverdachts im A-Gutachten der dringende Tatverdacht im B-Gutachten nicht impliziert ist. Zu erwähnen ist der Verdachtsgrad als Eingriffsvoraussetzung aber in jedem Fall.

IV. Volle Überzeugung des Gerichtes

Das Gericht entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inbegriff der Verhandlung geschöpften Überzeugung (§ 261 StPO). Es genügt dabei ein nach der Lebenserfahrung ausreichendes Maß an Sicherheit, demgegenüber vernünftige und nicht bloß auf denktheoretische Möglichkeiten gegründete Zweifel nicht mehr aufkommen. Die Anforderungen an diese Gewissheit, die vernünftigen Zweifeln Schweigen gebietet, dürfen nicht überspannt werden. Bloße Vermutungen sind jedoch ungeeignet, eine die Verurteilung tragende Sicherheit zu begründen. An Beweisregeln oder Beweisvermutungen ist das Gericht nicht gebunden, es gibt also keine Vorschriften darüber, unter welchen Voraussetzungen der Richter eine Tatsache als bewiesen bzw. nicht bewiesen zu behandeln hat. Auch der Grundsatz „in dubio pro reo“ ist keine Beweisregel, denn bei schwieriger Beweislage kann das Gericht sich u.U. eine Überzeugung bilden – der Grundsatz kommt nur zum Tragen, wenn keine vollständige Überzeugung von einem Sachverhalt möglich ist. Als Mittel für die Gewinnung der Überzeugung darf alles verwertet werden, was zum Gegenstand der Verhandlung gemacht worden ist, soweit keine Beweisverbote die Beweiswürdigung ausschließen. Hinsichtlich der Beratung des Gerichtes gelten § 263 StPO und die §§ 192ff. GVG.

Für die Klausur ist insoweit gedanklich zu berücksichtigen, dass die Überzeugungsbildung des Gerichtes nur auf der Basis prozessordnungsgemäß zustande gekommener Beweismittel erfolgen kann. Was nicht StPO-konform bewiesen werden kann, bietet keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage.

C. Verfahrenshindernisse

Ein genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage (§ 170 Abs. 1 StPO) setzt voraus, dass Verfahrenshindernisse nicht bestehen. Würde gleichwohl öffentliche Klage erhoben, hätte das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens abzulehnen (§ 204 StPO). Stellt sich nach der Eröffnung des Hauptverfahrens ein Verfahrenshindernis heraus bzw. tritt ein solches nach Eröffnung ein, führt dies außerhalb der Hauptverhandlung zur Einstellung des Verfahrens durch Beschluss (§ 206a StPO) bzw. in der Hauptverhandlung zu einem Einstellungsurteil (§ 260 Abs. 3 StPO)

Die StPO verwendet durchgängig den Begriff der Verfahrenshindernisse (vgl. §§ 206a Abs. 1, 260 Abs. 3, 304 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 467 Abs. 3 S. 2 Nr. 2). Faktisch werden die Begriffe Prozessvoraussetzung und Verfahrenshindernis im juristischen Sprachgebrauch synonym verwendet, auch wenn überwiegend zwischen Befassungs- und Bestrafungsverboten unterschieden wird. Ein Befassungsverbot, bei dessen Vorhandensein es dem Gericht untersagt ist, sachlich über den erhobenen Vorwurf zu befinden, liegt insbesondere vor, wenn eine der folgenden Prozessvoraussetzungen fehlt: wirksame Anklage; wirksamer Eröffnungsbeschluss; deutsche Gerichtsbarkeit; örtliche und sachliche Zuständigkeit; Leben des Beschuldigten; Strafmündigkeit; keine parlamentarische oder diplomatische Immunität; keine entgegenstehende Rechtskraft; keine entgegenstehende Rechtshängigkeit; keine auslieferungsrechtlichen Beschränkungen. Bestrafungsverbote hindern demgegenüber nicht die Durchführung des Verfahrens gegen den Angeklagten, stehen jedoch seiner Bestrafung entgegen und sind beispielsweise: fehlender oder zurückgenommener Strafantrag; Verjährung; Amnestie; Verhandlungsunfähigkeit.

Examensrelevanz haben insbesondere die Verfahrenshindernisse des fehlenden Strafantrages, des Eintritts der Verjährung und des Strafklageverbrauchs.

I. Strafantrag

1. Erforderlichkeit

a) Allgemeines

Die allgemeinen Vorschriften über Strafanträge befinden sich in §§ 77ff. StGB einerseits und § 158 Abs. 2 StPO andererseits. Verbrechen sind nahezu stets (Ausnahme beispielsweise § 244 Abs. 4 und § 244a i.V.m. § 247 StGB), Vergehen in der Regel von Amts wegen zu verfolgen. Ist bei bestimmten Delikten ein Strafantrag erforderlich, gilt dies auch für deren Versuch, die Anstiftung und Beihilfe. Bei welchen Delikten konkret ein Strafantrag Verfolgungsvoraussetzung ist, ergibt sich allerdings nicht aus §§ 77ff. StGB, sondern stets nur aus den Vorschriften des Besonderen Teils bzw. Nebenstrafrechts (Spezialvorschriften). Es lässt sich daher nur im Wege der Zusammenschau ermitteln, ob es eines Antrags bedarf und ob im konkreten Fall ein wirksamer Strafantrag vorliegt. Eine besondere Herausforderung stellt dabei § 241 Abs. 5 StGB dar. Im Falle der Bedrohung ist daher hinsichtlich der angedrohten Tat das Strafantragserfordernis zu untersuchen. Liegt ein solches – die Begehung der Tat unterstellt – vor, handelt es sich auch bei der Bedrohung selbst im konkreten Fall um ein Strafantragsdelikt.

Findet sich im Bearbeitervermerk der Hinweis, dass „etwa erforderliche Strafanträge gestellt sind“, ist hierauf bei der Behandlung eines Antragsdeliktes im A-Gutachten kurz hinzuweisen. Es sollte daher klargestellt werden, dass es sich um ein Antragsdelikt handelt und (wegen des Bearbeitervermerks) von der Einhaltung aller allgemeinen Vorschriften über Strafanträge auszugehen ist. Enthält der Bearbeitervermerk einen solchen Hinweis dagegen nicht, muss bei der Prüfung eines Antragsdeliktes mitgeprüft werden, ob ein Strafantrag frist- und formgerecht vom Antragsberechtigten gestellt ist.

Der Strafantrag erstreckt sich auf die gesamte Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO), es sei denn, einzelne Rechtsverletzungen wurden ausdrücklich ausgenommen. Es kann z.B. in der Anzeige wegen Einbruchdiebstahls oder eines Raubüberfalls in der Wohnung zugleich ein Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs liegen, sofern die Form des § 158 Abs. 2 StPO gewahrt ist. Andererseits ist der Strafantrag tatbestandsbezogen, d.h. das beispielsweise bei einem Zusammentreffen mit einem Officialdelikt jenes verfolgbar bleibt, auch wenn die Verfolgung des

Antragsdelikts wegen des Fehlens eines Strafantrages ausgeschlossen ist.

Das Strafantragserfordernis unterliegt nicht dem Akzessorietätsprinzip der Teilnahmelehre. Wird beispielsweise ein Diebstahl begangen, bei dem der Täter ein Angehöriger des Verletzten im Sinne des §§ 247, 11 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist und sieht der Verletzte von einem Strafantrag gegen den Angehörigen ab, berührt dies nicht die Verfolgbarkeit der Tat des Gehilfen, wenn dieser nicht selbst die persönlichen Voraussetzungen des § 247 StGB erfüllt.

b) Absolute & relative Antragsdelikte

Bei den sog. absoluten Antragsdelikten ist der Strafantrag zwingende Verfahrensvoraussetzung, d.h. die Taten werden ausschließlich auf Antrag verfolgt (Bsp.: § 123; 185 (194); 203 (205); 247; 248b; 263 Abs. 4; 266 Abs. 2; 288; 289; 294 StGB). Im A-Gutachten hat daher bei diesen Delikten die Prüfung des Vorliegens eines wirksamen Strafantrages vor der Prüfung der Tatbestandsmerkmale zu erfolgen. Fehlt es daran, ist die weitere Prüfung des Tatbestandes überflüssig, da ein Verfolgungshindernis besteht.

Kann jedoch der fehlende oder nicht rechtzeitig angebrachte Strafantrag durch die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses ersetzt werden, spricht man von relativen Antragsdelikten (Bsp.: §§ 183 Abs. 2; 230; 235 Abs. 7; 248a; 263 Abs. 4; 266 Abs. 2; 301; 303c StGB). Im A-Gutachten ist die Frage des Strafantrages und des besonderen öffentlichen Interesses bei relativen Antragsdelikten erst zu prüfen, nachdem die Schuld festgestellt ist. Auch wenn die Auffassung der Strafverfolgungsbehörde zum Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses gerichtlich nicht nachprüfbar ist, empfiehlt es sich in der Klausur insbesondere im Fall des § 230 StGB unter Einbeziehung von Nr. 234 RiStBV argumentativ tätig zu werden und darzulegen, warum ein besonderes öffentliches Interesse besteht oder eben nicht besteht.

Die zuweilen vertretene Auffassung, bei relativen Antragsdelikten könne im Falle des Vorliegens eines rechtzeitigen und wirksamen Strafantrages auf die Prüfung des besonderen öffentlichen Interesses in der Klausur verzichtet werden, wird hier nicht geteilt. Strafantrag und besonderes öffentliches Interesse schließen sich nicht gegenseitig aus, weshalb kein die Prüfung erübrigendes Vorrangverhältnis besteht. Auch ist es insbesondere in der Praxis denkbar, dass bei relativen Antragsdelikten der Strafantrag noch in der Hauptverhandlung durch den Berechtigten zurückgenommen wird, weshalb spätestens in diesem Zeitpunkt über das besondere öffentliche Interesse durch die Staatsanwaltschaft zu entscheiden und ggf. eine Erklärung abzugeben wäre. Die diesbezüglichen Überlegungen sollten Sie in der Klausursituation bereits im A-Gutachten darlegen. Schließlich ist es aus klausurtaktischer Sicht ratsam, etwaige Fehler bei der Beurteilung des Vorliegens eines Strafantrages dadurch zu relativieren, dass gleichzeitig die zum selben Ergebnis führende Prüfung zum besonderen öffentlichen Interesse vorgenommen wird. Es stellt sich auch nicht als widersprüchlich dar, wenn Sie trotz gestellten Strafantrages zu dem Ergebnis kommen, dass ein besonderes öffentliches Interesse nicht besteht, denn beide Merkmale müssen nicht kumulativ vorliegen und sind voneinander grundsätzlich unabhängig zu beurteilen. Bei rechtzeitigen und (noch) wirksamen Strafantrag müssten Sie – vorbehaltlich anderer, die Anklageerhebung ausschließender Gründe – also Anklage erheben, selbst wenn nach Ihrer Auffassung ein besonderes öffentliches Interesse nicht vorliegt.

Teilweise wird in der Ausbildungsliteratur vertreten, dass das besondere öffentliche Interesse erst im B-Gutachten zu prüfen sei. Davon ist – insbesondere in Berlin und Brandenburg – dringend abzuraten. Das besondere öffentliche Interesse ersetzt einen sonst erforderlichen Strafantrag und bildet eine Verfahrensvoraussetzung. Fehlt ein Strafantrag und liegt kein besonderes öffentliches Interesse vor, besteht ein Prozesshindernis. Prozesshindernisse/Verfahrensvoraussetzungen berühren aber stets die Frage des „hinreichenden Tatverdachts“ im Sinne der §§ 170 Abs. 1, 203 StPO (vgl. **Skript Teil B.II** [S. 25]). Ob ein hinreichender Tatverdacht besteht, wird aber nur im A-Gutachten geprüft.

Exkurs: Die hier verwendete Terminologie zu den relativen Antragsdelikten ist gesetzlich nicht geregelt und daher nicht einheitlich. Teilweise werden Delikte, bei denen ein besonderes öffentliches Interesse eine Verfahrensvoraussetzung schaffen kann, „bedingte Antragsdelikte“, „eingeschränkte Officialdelikte“, „unechte Antragsdelikte“ oder „relative Officialdelikte“ genannt. Schließt man sich diesen Bezeichnungen an, werden als relative Antragsdelikte nur solche verstanden, bei denen ein Antragserfordernis nur im Falle einer besonderen näheren Beziehung

zwischen Täter und Verletztem besteht (bspw. § 274 StGB). Nach der hier vertretenen Auffassung ist aber, will man „relativ“ als das Gegenteil von „absolut“ entsprechend dem ganz herrschenden Sprachgebrauch verstehen, an der Unterscheidung wie dargestellt festzuhalten.

Sowohl bei absoluten als auch bei relativen Antragsdelikten ist gem. Nr. 110 Abs. 2 lit. d RiStBV ein Hinweis auf den Strafantrag bzw. das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung in die Anklageschrift im Anschluss an die Vorschriftenliste aufzunehmen. In der Liste der angewendeten Vorschriften selbst sind die Vorschriften über die Strafantragserfordernisse zu nennen.

2. Antragsbefugte

Die (in der Regel) Strafantragsbefugten ergeben sich aus §§ 77, 77a StGB. Diese Vorschriften können aber durch die Spezialvorschriften des Besonderen Teils modifiziert sein.

Soweit der Verletzte den Antrag stellen kann, ist dies derjenige, dessen eigene Rechte unmittelbar durch die Straftat betroffen sind. Insoweit ist relevant, welches Rechtsgut die Strafvorschrift schützt. Bei mehreren Rechtsgutsinhabern kann jeder den Antrag selbständig stellen (§ 77 Abs. 4 StGB).

Ist die Tat nur versucht, kann es begrifflich einen Verletzten nicht geben. Existiert aber beispielsweise das in Aussicht genommene Tatopfer und ist dies ein Angehöriger im Sinne des § 247 StGB, spricht nichts dagegen, dieses als antragbefugt anzusehen. Existiert das Opfer, auf das sich die vollendete Tat richten sollte nicht oder unterliegt der Täter sonst Fehlvorstellungen über Antragserfordernisse (Bsp.: Geringwertigkeit im Sinne des § 248a StGB), sind diese Irrtümer (über Prozessvoraussetzungen) regelmäßig irrelevant. Insbesondere gilt § 16 StGB nicht, da es sich bei Prozessvoraussetzungen nicht um Tatbestandsmerkmale handelt.

3. Form

Bei einem Strafantrag handelt es sich um die ausdrückliche oder schlüssige, im Wege der Auslegung zu ermittelnde Erklärung des nach dem Gesetz zum Strafantrag Befugten (i.d.R. Verletzten – vgl. § 77 Abs. 1 StGB), dass er die Strafverfolgung wünsche. Der Antrag muss bei einem Gericht oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll, bei einer anderen Behörde schriftlich angebracht werden (§ 158 Abs. 2 StPO). Die Schriftform verlangt nach allgemeiner Auffassung die Unterschrift des Antragstellers.

Als Prozesserfordernis für die Verfolgung eines Antragsdeliktes darf der Strafantrag nicht mit der Strafanzeige verwechselt werden. Im Gegensatz zum Strafantrag, den nur ein Antragsberechtigter stellen kann, vermag jeder Strafanzeige zu erstatten. Durch die Strafanzeige sollen die Strafverfolgungsorgane vom Verdacht einer Straftat Kenntnis erlangen (§ 158 Abs. 1 StPO). Da beide in einer Erklärung verbunden sein können, enthält eine auf ein Antragsdelikt bezogene Strafanzeige des Antragsbefugten in der Regel auch den erforderlichen Strafantrag, wenn bei einer Auslegung entsprechend § 133 BGB das Verlangen nach Strafverfolgung eindeutig zum Ausdruck kommt. Dem Formerfordernis muss aber gleichwohl im Übrigen entsprochen werden.

4. Frist

Der Strafantrag ist fristgebunden (§ 77b StGB). Der Beginn des Fristlaufs setzt Kenntnis des Antragsberechtigten von der Tat und der Person des Täters voraus (§ 77b Abs. 2, Abs. 3 StGB). Erforderlich ist insoweit das Wissen von Tatsachen, die einen Schluss auf Richtung und Erfolg der Tat zulassen, so dass der Verletzte zu beurteilen vermag, ob er Strafantrag stellen soll. Bloße Vermutungen oder lediglich die Möglichkeit zur Kenntnisnahme genügen nicht. Bei Kenntnis eines Tatbeteiligten beginnt die Frist hinsichtlich unbekannter anderer nicht zu laufen. Andererseits setzt die Wirksamkeit eines Strafantrags nicht voraus, dass ein Täter bereits bekannt ist. Die Einhaltung der Frist muss feststehen, da es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt – eine Wiedereinsetzung findet nicht statt. Das Unterlassen der Antragstellung innerhalb der Frist bei absoluten Antragsdelikten führt zu einem Bestrafungsverbot. Bei relativen Antragsdelikten nur, wenn auch kein besonderes öffentliches Interesse anzunehmen ist.

5. Keine Rücknahme

Der Strafantrag kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens ohne Einhaltung einer besonderen Form zurückgenommen werden (§ 77d StGB). Die Rücknahme, also eine zweifelsfreie Erklärung dahingehend, dass der Antragsteller die Verfolgung nicht mehr will, ist bedingungs- und befristungsfeindlich. Ein zurückgenommener Antrag kann nicht nochmals gestellt werden (§ 77d Abs. 1 S. 2 StGB). Aus dieser Rücknahmemöglichkeit leitet die überwiegende Meinung die Möglichkeit eines Verzichts auf die Stellung eines Strafantrages her. Eine Verzichtserklärung hat danach prozessual dieselbe Wirkung, wie eine Rücknahme.

II. Verjährung

Sowohl die Strafverfolgung als auch die Strafvollstreckung unterliegen mit Ausnahme von Mord der Verjährung. Soweit Verjährungsproblematiken in der Klausur eine Rolle spielen, dann naturgemäß nur hinsichtlich der Strafverfolgungsverjährung (§§ 78 bis 78c StGB). Da der Eintritt der Verfolgungsverjährung zu einem nicht behebbaren Verfahrenshindernis führt, ist darauf immer dann zu achten, wenn die Tat im Zeitpunkt der in der Klausur zu treffenden Abschlussentscheidung (Bearbeitervermerk beachten!) länger als drei Jahre zurückliegt, denn die kürzeste Verjährungsfrist (mit Ausnahme von Presseinhaltsdelikten) beträgt drei Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB).

Die Verjährungsfristen (§ 78 Abs. 3 StGB) richten sich nach der für das jeweilige Delikt angedrohten Höchststrafe. Strafschärfungen oder Milderungen nach den Vorschriften des Allgemeinen Teils des StGB bleiben dabei ebenso unberücksichtigt, wie solche für besonders schwere oder minder schwere Fälle (§ 78 Abs. 4 StGB). Qualifikationen unterliegen allerdings demnach ggf. einer anderen Verjährungsfrist als der „Grundtatbestand“. Die Verjährung beginnt mit der Beendigung der Tat (§ 78a StGB), d.h. mit dem Abschluss des tatbestandsmäßigen Gesamtgeschehens, i.d.R. mit dem tatsächlichen Abschluss der Begehung – beispielsweise mit dem (letzten vom Tatvorsatz umfassten) Erfolgseintritt bei Erfolgsdelikten und bei echten Unterlassungsdelikten, sobald die Pflicht zum Handeln fortfällt. Anstiftung und Beihilfe verjähren akzessorisch. Bei Tateinheit (§ 52 StGB) läuft für jedes tateinheitlich verwirklichte Delikt die Verjährungsfrist gesondert.

Ist in der Klausur rechnerisch Verfolgungsverjährung eingetreten, wird genau zu prüfen sein, ob die Verjährung nicht gem. § 78c StGB unterbrochen worden ist oder gem. § 78b StGB ruhte. Hinsichtlich der Unterbrechungstatbestände des § 78c StGB ist dabei insbesondere zu berücksichtigen, dass alle Maßnahmen des § 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB eine Einheit bilden, d.h. wenn eine der genannten Handlungen durchgeführt worden ist, wird die Verjährung nicht durch eine andere Maßnahme nach Nr. 1 erneut unterbrochen. Die Unterbrechungshandlungen wirken grundsätzlich nur gegenüber den bekannten Tatverdächtigen, auf den sich die Handlung bezieht (§ 78c Abs. 4 StGB), mit Ausnahme der Beschlagnahme- und Durchsuchungsanordnungen, die gegenüber allen Tatverdächtigen wirken (auch wenn sie Dritte betreffen (§§ 103, 105 StPO)). Sollte die Verjährung unterbrochen worden sein, mit der Folge, dass die Verjährung von neuem beginnt, ist auf den Eintritt der absoluten Verjährung gem. § 78c Abs. 3 S. 2 StGB zu achten. Für die Praxis nicht irrelevant sind die „Ruhensvorschriften“ des § 78b Abs. 3 und 4 StGB sowie des § 153a Abs. 3 StPO.

III. Strafklageverbrauch

Als verfahrensrechtliches Grundrecht erfreut sich der aus Art. 103 Abs. 3 GG ergebende Grundsatz der Einmaligkeit der Strafverfolgung nicht geringer Klausurbeliebtheit. Das Verbot der Doppelbestrafung (*ne bis in idem*) verbietet grundsätzlich jede erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat gegen denselben Täter. Da eine doppelte Anhängigkeit ein und derselben Sache bei verschiedenen Gerichten zu der verbotenen Doppelbestrafung führen kann, ist bereits die anderweitige Rechtshängigkeit ein von Amts wegen zu beachtendes Prozesshindernis. Im Rahmen des Ermittlungsverfahrens steht dies der Weiterführung des Verfahrens entgegen mit der Folge, dass das Verfahren insoweit gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt werden muss. In der Klausur ist nicht zu erwarten, dass sämtliche in Betracht kommende Tatvorwürfe von einem Strafklageverbrauch betroffen sind, da in diesem Falle kein Raum für die Anklageschrift bliebe, die in der Regel erwartet werden dürfte. Bei Anhaltspunkten für einen Strafklageverbrauch werden einerseits die persönliche und sachliche Reichweite und andererseits etwaige

Beschränkungen zu untersuchen sein.

1. Persönliche Reichweite

Der Verbrauch der Strafklage ist die wichtigste Wirkung der materiellen Rechtskraft einer gerichtlichen Sachentscheidung. Sie tritt ein, wenn das Verfahren wegen der Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, formell rechtskräftig ist. Die daraus resultierende Sperrwirkung macht eine neue Strafverfolgung gegen denselben Täter wegen derselben Tat unzulässig. Die Rechtswirksamkeit eines Strafurteils wird aber nicht dadurch berührt, dass der richtige Angeklagte unter falschem Namen an der Hauptverhandlung teilgenommen hat. Betroffen von einer strafrechtlichen Erkenntnis ist nämlich nur diejenige Person, gegen die Anklage erhoben war und die tatsächlich vor Gericht stand, auch wenn die von ihr angegebenen Personalien unrichtig waren.

Beispiel 8: „Inkognito“ [S. 291]

Beispiel 9: „Keine Haupttat?“ [S. 291]

2. Sachliche Reichweite / prozessuale Tat

Der Strafklageverbrauch reicht nur so weit wie die Aburteilungsbefugnis des Gerichtes. Gegenstand der Urteilsfindung ist, die in der Anklageschrift bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt (§ 264 StPO). Der Tatbegriff des § 264 StPO ist grundsätzlich der gleiche wie in Art. 103 Abs. 3 GG. Man spricht von der **Tat im prozessualen Sinn**.

Prozessuale Tatidentität setzt einen einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgang (einschließlich aller damit zusammenhängender und darauf bezogener Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände) voraus, dessen getrennte Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung erscheint, da er derart innerlich miteinander verknüpft ist, dass der Unrechts- und Schuldgehalt des einen Teils nicht ohne die Umstände des anderen Teils umfassend gewürdigt werden kann.

Die Tat im prozessualen Sinn erschöpft sich daher nicht darin, welches tatsächliche Geschehen von der Anklageschrift umschrieben ist. Das darin geschilderte Vorkommnis stellt in der Regel nur einen – wenn auch prägenden – Teil eines (insgesamt) angeklagten Lebenssachverhaltes dar.

Eine abstrakt-generalisierende Betrachtungsweise ist nicht möglich. Der prozessuale Tatbegriff kann daher nur von Fall zu Fall anhand objektiver Kriterien, unabhängig davon, ob sie der Anklagebehörde bekannt waren oder hätten bekannt sein können, bestimmt werden. Objektive Abgrenzungsfaktoren sind vor allem die Zeit und der Ort der Begehung der Tat, die Beteiligten (u.a. Rechtsgutsträger) und der Tatgegenstand (Rechtsgut) sowie das Tatbild (Angriffsrichtung). Diese Kriterien haben jedoch je nach Deliktsart und Deliktsschwere unterschiedliches Gewicht. Einem engen zeitlichen und örtlichen Zusammenhang wird etwa bei Sexualstraftaten nicht dieselbe Bedeutung zukommen, wie die Übereinstimmung von Tatobjekt/Taterfolg. Demgegenüber sind bei Vermögens- und Eigentumsdelikten regelmäßig örtliche- und zeitliche innere Verbindungen sowie die Angriffsrichtung bedeutsamer.

Beispiel 10: „Doppelmord?“ [S. 291]

Beispiel 11: „Ein Ring sie zu knechten“ [S: 291]

Die Bestimmung des prozessualen Tatbegriffs verwirklicht zwei wesentliche Funktionen: Zum einen wird der Prozessgegenstand, mithin die Kognitionspflicht des Gerichtes maßgeblich definiert; zum anderen definiert er den Umfang der materiellen Rechtskraft. Ändert sich im Laufe der Hauptverhandlung die tatsächliche oder rechtliche Beurteilung der Tat im Verhältnis zur zugelassenen Anklage, hat das Gericht das in seine Untersuchung mit einzubeziehen und seinem Urteil zugrunde zu legen, soweit die prozessuale Identität der Tat gewahrt bleibt. Die erforderliche sogenannte Umgestaltung der Strafklage wegen Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage innerhalb derselben prozessualen Tat vollzieht sich nach § 265 StPO (lesen!).

Beispiel 12: „Ein Ring sie alle zu finden“ [S: 291]

Beispiel 13: „Stirb langsam I“ [S. 291]

Demgegenüber kommt eine Nachtragsanklage gem. § 266 StPO (lesen!) in Betracht, wenn in der Hauptverhandlung weitere prozessuale Taten erkennbar werden. Die Erhebung der Nachtragsanklage steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Sie kann stattdessen auch ein neues Strafverfahren einleiten.

Beispiel 14: „Ein Ring sie ins Dunkel zu treiben“ [S. 292]

Der verfahrensrechtliche (prozessuale) Tatbegriff deckt sich nicht mit dem materiell-rechtlichen Handlungsbegriffen der Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB). Da der prozessuale Tatbegriff sich an Lebensvorkommnissen orientiert, können darin mehrere tatmehrheitliche und tateinheitliche Delikte zusammentreffen. Steht ein durch neu bekannt gewordene Tatsachen verwirklichte Straftatbestand zu dem ursprünglich angeklagten Delikt in Tateinheit, liegt in der Regel dieselbe prozessuale Tat vor. Trotz materiell-rechtlicher Tatmehrheit kann aber auch dieselbe prozessuale Tat vorliegen, wenn ein einheitlicher, nicht trennbarer Lebensvorgang bei natürlicher Betrachtungsweise gegeben ist.

Beispiel 15: „Is‘ nich‘ so schlimm!“ [S. 292]

Nicht unproblematisch ist die Bestimmung der prozessualen Tat bei Dauerdelikten und Organisationsdelikten. Zu letzteren lesen Sie bitte BGH NJW 2016, 657 (BGHSt 60, 308-321; 3 StR 537/14). Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt beispielsweise zwischen Erwerb, Besitz und Führen einer Waffe Tateinheit vor. Das ergibt sich ohne weiteres daraus, dass sich die Ausführungshandlungen jeweils überschneiden. Erwerb ist die Erlangung der tatsächlichen Gewalt an der Waffe, Besitz das Ausüben dieser Gewalt und Führen das Ausüben dieser Gewalt außerhalb der Wohnung (etc.). Rein tatsächlich betrachtet überschneiden sich aber auch die Ausführungshandlungen der Tatbestände des schweren Raubes, bei dem diese Waffe zum Einsatz kommt, und die des unerlaubten Besitzes/Führens einer Waffe, sodass die Annahme von Tateinheit (§ 52 StGB) und damit auch einer prozessualen Tat naheläge.

Beispiel 16: „Ein Ring sie ewig zu binden“ [S. 292]

Insbesondere dann, wenn andere Straftaten mit einer Dauerstraftat „zusammentreffen“ und deren strafrechtlicher Unrechtsgehalt das der Dauerstraftat erheblich übersteigt und außer dem zufälligen zeitlichen Zusammentreffen kein sonstiger innerer Zusammenhang besteht, können mehrere Taten im prozessualen Sinn vorliegen. Ob das Ergebnis immer im Wege der Annahme einer Zäsurwirkung gefunden werden muss, mit der Folge, dass materiellrechtlich quasi drei tatmehrheitliche Delikte (WaffG + WaffG / Raub + WaffG) vorliegen, oder ob darauf abgestellt werden kann, dass auch bei Tateinheit in besonderen Konstellationen mehrere prozessuale Taten vorliegen können, da der materiellrechtliche Tatbegriff nur Indizwirkung für den prozessualen hat (so wohl OLG Hamburg NStZ 1999, 247), dürfte letztlich nicht entscheidend sein, da bei beiden Auffassungen ein Strafklageverbrauch nicht eintritt.

3. Beschränkungen

Grundsätzlich verbrauchen nur Sachentscheidungen der Gerichte die Strafklage und zwar nur soweit, wie die Kognitionspflicht des Gerichtes bestand (prozessuale Tat), d.h. eine Sachentscheidung durch ein Strafgericht aufgrund der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht geboten war. Der Nichteröffnungsbeschluss wegen eines Verfahrenshindernisses (§ 204 StPO) verbraucht die Strafklage mangels Sachentscheidung daher nicht, allerdings ist insoweit § 211 StPO zu beachten, der einem solchen Beschluss beschränkte Sperrwirkung verleiht. Ein Einstellungsbeschluss gem. § 206a StPO bzw. ein Einstellungsurteil nach § 260 Abs. 3 StPO nur insoweit, wie sie über das Vorliegen eines Bestrafungsverbotes hinsichtlich der angeklagten prozessualen Tat entschieden haben.

Einstellungsentscheidungen der Staatsanwaltschaft verbrauchen die Strafklage grundsätzlich nicht.

Wird ein Verfahren nach § 154 Abs. 1 StPO eingestellt besteht zwar grundsätzlich die Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft, allerdings schafft die Einstellung einen Vertrauenstatbestand, der die Wiederaufnahme nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes rechtfertigt. Eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO ist für den

Beschuldigten zwar folgenlos, bietet ihm demgegenüber aber auch keine Sicherheit für die Zukunft.

Beispiel 17: „Stirb langsam II“ [S. 292]

Einstellungen gem. § 153a StPO haben nach der ausdrücklichen Regelung in § 153a Abs. 1 S. 5 StPO einen **beschränkten Strafklageverbrauch** (Tat nicht mehr als Vergehen verfolgbar) zur Folge. Für die Einstellung ohne Auflagen nach § 153 StPO sieht das Gesetz dies zwar nicht vor – in Rspr. und Lit. wird aber allgemein vertreten, dass die sich aus § 153a Abs. 1 S. 5 StPO ergebende Einschränkung analog zu berücksichtigen ist oder aber zumindest sachlich einleuchtende Gründe für eine neue Verfolgung erforderlich sind.

Bei Einstellungen nach §§ 154, 154a StPO ist zu berücksichtigen, dass § 154 StPO einer Verfahrensbeschleunigung durch Teilverzicht auf die Strafverfolgung einer von mehreren prozessualen Taten im Sinne des § 264 StPO dient, während § 154a StPO nur die Absehung von der Verfolgung hinsichtlich einzelner Tattteile oder Gesetzesverletzungen, aber auch die Beschränkung auf materiellrechtlich selbständige Taten (§ 53 StGB) innerhalb einer prozessualen Tat (§ 264 StPO) erlaubt. M.a.W.: Liegt prozessual nur eine Tat vor, hat § 154a StPO Anwendung zu finden, andernfalls § 154 StPO.

Beispiel 18: „Ene, mene, muh – und raus bist du!“ [S. 292]

Ist im Rahmen einer Klausur die Anwendung von §§ 154, 154a StPO nicht durch den Bearbeitervermerk ausgeschlossen und soll eine Beschränkung der Strafverfolgung gem. § 154a StPO erfolgen, ist nach Nr. 110 Abs. 2 lit. e RiStBV auf eine Verfolgungsbeschränkung, die im B-Gutachten „vorzunehmen“ wäre, in der Anklageschrift hinzuweisen. Auf § 154 StPO wird demgegenüber in der Anklageschrift **nicht** hingewiesen!

Für die Klausur ist nicht unwichtig, dass auch eine Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO nur hinsichtlich einer prozessualen Tat möglich ist. Da Gegenstand der Anklage nach § 264 StPO die Tat im strafprozessualen Sinne ist, ist auch die Verfahrenseinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO als Einstellung an den strafprozessualen Tatbegriff gebunden. Wenn es daher um mehrere Tatvorwürfe gegen einen Beschuldigten geht und der hinreichende Tatverdacht sich bezüglich einzelner Delikte tatsächlich oder rechtlich nicht belegen lässt, kann Gegenstand einer Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO nur eine strafprozessuale Tat nach § 264 StPO sein. Für eine Einstellung nach § 170 Abs. 2 StPO ist daher kein Raum, wenn innerhalb einer prozessualen Tat sich ein Deliktsworwurf nicht belegen lässt, diese eine Tat aber auch nur aus irgendeinem anderen Strafvorwurf angeklagt wird. Zu beachten ist auch, dass bei mehreren Beschuldigten grundsätzlich für jeden gesondert eine prozessuale Tat vorliegt, selbst wenn es sich um denselben Lebenssachverhalt handelt. Besteht also beispielsweise gegen einen von zwei Mittätern derselben Körperverletzung aus irgendeinem Grund kein hinreichender Tatverdacht, ist das Verfahren bezüglich dieses Mittäters gem. § 170 Abs. 2 StPO einer Teileinstellung zugänglich. Die Problematik der Teileinstellung nach § 170 Abs. 2 StPO (ggf. mit Einstellungsbescheid, Beschwerdebelehrung) und Einstellungsnachricht ist im Übrigen Gegenstand des B-Gutachtens (des prozessrechtlichen Gutachtens/des zweiten Teils des Gutachtens) in der staatsanwaltlichen Assessor Klausur und dort in der Regel als erster Punkt anzusprechen.

Davon zu trennen ist die Frage, ob das Gericht auf Freispruch zu erkennen hat, denn es hat bei seiner diesbezüglichen Entscheidung den Blick auf materiell-rechtliche Taten zu richten. Sind mehrere materiell-rechtlich selbständige Taten im Sinne des § 53 StGB (auch innerhalb einer prozessualen Tat) angeklagt, muss ein Teilfreispruch ergehen, wenn sich bezüglich einer tatmehrheitlichen Tat eine Verurteilung nicht ergibt, denn die Urteilsformel hat die zugelassene Anklage erschöpfend zu erledigen. Das ergibt sich zwingend daraus, dass die Strafbildung nach Einzelstrafe (§ 52 StGB) oder Gesamtstrafe (§§ 53, 54 StGB) an Tateinheit und Tatmehrheit anknüpft und nicht an den prozessualen Tatbegriff.

IV. Exkurs: Tatprovokation

Es ist Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, Straftaten zu verhindern und aufzuklären, nicht hingegen, Bürger zu Straftaten zu veranlassen. Daher kann die Anstiftung zu Straftaten gegen Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) verstoßen. Insbesondere bei Überschreitung der

Grenzen des erlaubten tatprovokierenden Verhaltens eines polizeilichen V-Manns hat der BGH bisher stets daran festgehalten, dies nur bei der Strafzumessung zu berücksichtigen. Der EGMR hat sich mehrfach gegen diese Strafzumessungslösung des BGH ausgesprochen und bei unzulässiger Tatprovokation ein Beweisverwertungsverbot angenommen. Das BVerfG hat die Strafzumessungslösung des BGH zwar nicht verworfen, die Strafgerichte aber dazu angehalten, künftig in solchen Fällen ein Verwertungsverbot genauer zu prüfen. Nunmehr hat jedoch der 2. Strafsenat des BGH ein Verfahrenshindernis wegen rechtsstaatswidriger Tatprovokation zur Kompensation der Konventionsverletzung anerkannt. Diese Entscheidung des BGH gehört zu einer der wichtigsten Entscheidungen zum Strafprozessrecht der letzten Zeit: BGH Urt. v. 10.06.2015 – 2 StR 97/14; NJW 2016, 91 ff.; dazu auch Mosbacher, JuS 2016, 127 ff. Der 1. Senat des BGH hat demgegenüber bisher an seiner Rechtsprechung zur Strafzumessungslösung festgehalten. Es erscheint daher jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass dieses Thema Gegenstand von mündlichen Prüfungen und ggf. auch Klausuren sein kann (vgl. auch **Skript Teil E.VII.5** [S. 97]).

D. Beweisrecht in der StPO

Das gesamte Ermittlungsverfahren, das trichterliche Verfahren und zum Teil auch das Revisionsverfahren bestehen aus dem Suchen nach Beweisen, der Erhebung und Sicherung der Beweise, ihrer Würdigung und aus dem Ziehen von Konsequenzen aus den Beweisergebnissen in der Form von Entscheidungen. Das Verfahrensrecht wird dabei von dem Prinzip beherrscht, den wahren Sachverhalt aufzuklären, d.h. die Wahrheit im materiellen Sinn zu erforschen. Die Staatsanwaltschaft einerseits (§ 160 Abs. 2 StPO) und das Gericht andererseits (§ 244 StPO) haben den Sachverhalt nicht nur hinsichtlich der zur Belastung, sondern auch der zur Entlastung dienenden Umstände aufzuklären und dabei zur Erforschung der Wahrheit die Maßnahmen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für eine Entscheidung von Bedeutung sind (Grundprinzip der Wahrheitserforschung).

I. Streng- und Freibeweis

Hinsichtlich des bei der gerichtlichen Beweisaufnahme anzuwendenden Verfahrens ist zwischen dem Streng- und dem Freibeweisverfahren zu unterscheiden.

Das Strengbeweisverfahren (§§ 244 – 257 StPO) gilt für die Feststellung von Schuld- und Rechtsfolgetatsachen in der Hauptverhandlung. Es gilt auch für Beweiserhebungen, die den Beweiswert von Beweismitteln (etwa die Glaubwürdigkeit eines Zeugen) betreffen, da sie ihrerseits Bedeutung für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch besitzen. Dabei sind die Prozessmaximen der Unmittelbarkeit (vgl. § 250 StPO), der Mündlichkeit sowie der Öffentlichkeit der Verhandlung (§ 169 GVG) zu beachten. Als Beweismittel im Strengbeweisverfahren kommen nur Zeugen (§§ 48ff. StPO), Sachverständige (§§ 72ff. StPO), Urkunden und andere Schriftstücke (§§ 249ff. StPO) und der Augenscheinbeweis (vgl. auch § 86 (bis § 93) StPO) in Betracht. Diese Aufzählung ist abschließend. Sämtliche im Strengbeweisverfahren erhobenen Beweise müssen sich in diesen Beweismittelkatalog einordnen lassen. Die §§ 244 – 257 StPO gestalten dabei im Wesentlichen die Art und Weise der Aufklärung von allen vergangenen und gegenwärtigen Tatsachen im Rahmen einer Hauptverhandlung.

Soweit Beweiserhebungen nicht den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betreffen, sind diese im Freibeweisverfahren innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung zulässig. Aus der Zulässigkeit folgt jedoch keine Pflicht. Das Gericht kann trotz Zulässigkeit des Freibeweisverfahrens Beweise auch im Strengbeweisverfahren erheben. Hat aber umgekehrt die Beweisaufnahme im Strengbeweisverfahren zu erfolgen, darf dieses nicht durch ein Freibeweisverfahren ersetzt werden. Ebenso sind freibeweislich festgestellte Umstände nochmals im Strengbeweisverfahren zu erheben, sofern sie später (auch) für den Straf- oder Rechtsfolgenausspruch Bedeutung gewinnen. Das Freibeweisverfahren kommt regelmäßig dann zur Anwendung, wenn Tatsachen oder Erfahrungssätze aufzuklären sind, die nur die Zulässigkeit oder den Fortgang des Verfahrens betreffen bzw. ausschließlich zur Beurteilung von Prozesshandlungen oder Prozesstatsachen von Bedeutung sind. Wenn also beispielsweise aufzuklären ist, ob Verfahrenshindernisse bestehen / die Verfahrensvoraussetzungen vorliegen (Strafklageverbrauch, anderweitige Rechtshängigkeit, Verhandlungsunfähigkeit, form- und fristgerechter Strafantrag) können die dafür maßgeblichen Umstände im Freibeweisverfahren ermittelt werden. Ebenso können die Voraussetzungen, die zur Ablehnung eines Beweisantrags berechtigen, im Freibeweisverfahren erforscht werden, ohne die Beweiserhebung allerdings auf diese Weise unzulässig vorwegzunehmen. Das Freibeweisverfahren findet ferner zur Aufklärung sonstiger Verfahrensfragen Anwendung, bspw. über das unentschuldigte Ausbleiben von Zeugen (§ 51 StPO), die Berechtigung der Einwände gegen die Gerichtsbesetzung (§ 222b StPO) oder das Bestehen von Zeugnis- oder Eidesverweigerungsrechten. Im Freibeweisverfahren können alle verfügbaren Erkenntnisquellen herangezogen werden, etwa auch dienstliche Erklärungen und anwaltliche Versicherungen. Das Gericht ist daher befugt, Beweispersonen formlos, ggf. auch fernmündlich oder schriftlich zu befragen und Akteninhalte / Urkunden / schriftliche Erklärungen zu beachten, ohne an § 250ff. StPO gebunden zu sein. Ergebnisse des Freibeweisverfahrens sind zum Gegenstand der Verhandlung zu machen (Grundsatz des rechtlichen Gehörs Art. 103 Abs. 1 GG).

Ob eine Tatsache für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch relevant ist oder nicht, bestimmt sich nach formellen Abgrenzungskriterien. Entscheidungen über den Bestand eines

Beweisverwertungsverbotens beispielsweise, die allein das Verfahren betreffen, können auf der Basis freibeweislich erhobener Beweise getroffen werden, selbst wenn sie mittelbar (Verwertung / Nichtverwertung von Beweisergebnissen (des Strengbeweises)) die Sachentscheidung zu beeinflussen geeignet sind.

Beispiel 19: „So war das nicht!“ [S. 293]

Sind Feststellungen sowohl für die Beurteilung prozessualer Fragen als auch für die Sachentscheidung von Bedeutung, sind die im Strengbeweisverfahren gewonnenen Erkenntnisse der verfahrensrechtlichen Entscheidung zugrunde zu legen. Als sog. doppelrelevante Tatsachen kommt eine unterschiedliche Feststellung im Freibeweisverfahren einerseits und im Strengbeweisverfahren andererseits nicht in Betracht (Bsp: Verwandtschaftsverhältnis: § 173 StGB / § 52 StPO; Geringwertigkeit einer Sache § 248a StGB (Prozessvoraussetzung) ./ § 243 Abs. 2 StGB (Strafrahmenrelevanz)).

II. Arten der Beweismittel

1. Bedeutung für die Klausur

Neben den unter C I. genannten Beweismitteln des Strengbeweisverfahrens spielt die Einlassung des Beschuldigten eine erhebliche Rolle in der Klausur. Zwar ergibt sich aus § 244 Abs. 1 StPO, dass die Vernehmung des Angeklagten formell nicht zur Beweisaufnahme gehört, unbeschadet dessen besitzt das Verhalten des Angeklagten und der Inhalt seiner Einlassung in der Hauptverhandlung große Relevanz im Rahmen der tatrichterlichen Überzeugungsbildung. Zum Teil wird der Inhalt seiner Einlassung als Beweismittel im weiteren / materiellen Sinn bezeichnet, weil sie zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehört, die der Beweiswürdigung unterliegt (§ 261 StPO). Die Vernehmung eines Angeklagten kann aber, da sie kein Beweismittel „im formellen Sinn“ ist, nicht zum Gegenstand eines Beweisantrages oder sonstigen Beweisbegehrens gemacht werden. Da sich das Gericht der Einlassung des Angeklagten im Rahmen der Beweiswürdigung aber nicht „entziehen“ kann, ist sie regelmäßig Ausgangspunkt der Beweiswürdigung in der Klausur.

In der Klausur wird der Aktenauszug regelmäßig Aussagen von Zeugen gegenüber der Polizei bzw. polizeiliche Vermerke über deren Auskünfte umfassen oder Sachverständigengutachten etwa zur Blutalkoholkonzentration oder TKÜ-Verschriftungen bzw. sonstige Urkunden / Schriftstücke enthalten, mit deren Inhalten sich der Bearbeiter jeweils einerseits im Rahmen der Beweiswürdigung auseinandersetzen hat und andererseits im Falle der Anklageerhebung zu entscheiden haben wird, wie diese Beweise im Rahmen der Hauptverhandlung eingeführt werden können.

Dabei ist der Grundsatz der Unmittelbarkeit (§ 250 StPO) zu beachten. Er gebietet indes nicht, ausschließlich das sachnächste Beweismittel zu benutzen. Hat etwa ein Polizeibeamter über formlose Zeugenbefragungen einen Aktenvermerk gefertigt oder ein Zeuge schriftliche Angaben zu den Akten gereicht, können im Rahmen der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts die Angaben eines Zeugen so gewürdigt werden, als sei dieser vernommen worden und der Zeuge in der Anklage als Beweismittel benannt werden. Es wäre jedenfalls – nicht nur aus klausurtaktischer Sicht – verfehlt, im Rahmen der Beweiswürdigung ohne konkreten, sich aus dem Aktenauszug ergebenden Anlass zu unterstellen, der Zeuge werde die Angaben in der Hauptverhandlung nicht mündlich wiederholen und sodann unter Hinweis auf § 250 S. 2 StPO davon auszugehen, das Beweiserhebliche sei nicht beweisbar bzw. der vorgenannte Polizeibeamte als Zeuge vom Hörensagen nicht das sachnächste Beweismittel und der Beweiswert seiner etwaigen Bekundungen daher derart gemindert, dass ein Nachweis mit der erforderlichen Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht zu führen sein wird. Erklärt ein Zeuge hingegen – ggf. anwaltlich vertreten – er werde „künftig“ keine Angaben zur Sache mehr machen, ist im Gutachten die Verwertbarkeit bereits im Aktenauszug enthaltener Erklärungen näher zu beleuchten.

2. Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO)

Die Vorschrift des § 250 StPO normiert den (materiellen) Unmittelbarkeitsgrundsatz. Zeugen und Sachverständige, die beweisrelevante eigene Wahrnehmungen gemacht oder Erkenntnisse

gewonnen haben, sind vom erkennenden Gericht in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Ihre Vernehmung darf nicht dadurch ersetzt werden, dass in der Hauptverhandlung (lediglich) ein Protokoll über eine frühere Vernehmung oder eine schriftliche Erklärung der Beweisperson im Urkundenbeweis verlesen wird. Das Verbot der vernehmungsersetzenden Urkundenverlesung gehört zu den Kernprinzipien des Strafprozesses und schränkt den nach § 249 Abs. 1 StPO grundsätzlich zulässigen Urkundenbeweis auch zur Gewährleistung des Konfrontationsrechts ein.

In der Klausur aus staatlicher Sicht wird auf die „Besonderheiten“ der § 250ff. StPO und seiner Ausnahmevorschriften in der Regel dann einzugehen sein, wenn eine Auskunftsperson zunächst Angaben gemacht hat, in einer Hauptverhandlung erkennbar aber nicht mehr zur Verfügung stehen wird oder keine Angaben mehr machen will. Für diese Fälle sehen insbesondere die Vorschriften der §§ 251, 253, 255a und 256 StPO Ausnahmen vom Unmittelbarkeitsgrundsatz vor.

Sofern § 250 StPO einer Urkundenverlesung nicht entgegensteht, ist diese bereits nach § 249 StPO statthaft. Auf die Ausnahmevorschriften zu § 250 StPO kommt es dann nicht an.

Keine Relevanz hat § 250 StPO für den Angeklagten / Mitangeklagten. Die Verlesbarkeit von Protokollen über frühere Vernehmungen des jetzigen Angeklagten bestimmt sich allein nach § 254 StPO, der nur eine Verlesung richterlicher, nicht aber sonstiger (insbesondere polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher) Vernehmungsprotokolle zulässt und insoweit seinerseits § 249 StPO einschränkt. Eigene schriftliche Erklärungen von Angeklagten sind nach § 249 StPO grundsätzlich uneingeschränkt verlesbar.

Wahrnehmungen von Tatsachen im Sinne des § 250 StPO betreffen äußere Vorgänge oder Zustände, die durch Sehen, Hören, Fühlen (auch eigenpsychische), Schmecken oder Riechen durch die Beweisperson in Erfahrung gebracht werden. Wegen der „Subjektivität“ dieser individuellen „Erfahrungsvorgänge“ besteht eine Personengebundenheit. Ist die Beweisperson jedoch „austauschbar“, weil sie vom „inneren Erleben“ vollständig oder zumindest weitgehend unabhängige mechanische Tätigkeiten ausgeübt und dabei sachliche Beweismittel erzeugt hat (Abschriften von Tonaufnahmen / Handschriften; Eintragungen in Geschäftsbüchern / Buchhaltungsunterlagen usw.), greift § 250 StPO nicht ein, weil mit der Vernehmung des Verfassers der Urkunde (Schreibkraft) regelmäßig kein höherer Beweiswert verbunden ist, als mit deren Verlesung (§ 249 StPO).

Protokolle über frühere Vernehmungen sind alle Arten von Niederschriften über Vernehmungen von Zeugen und Sachverständigen, unabhängig davon, in welchem Verfahren, wann und durch wen sie (richterlich / staatsanwaltschaftlich / polizeilich) entstanden sind.

Schriftliche Erklärungen von Zeugen und Sachverständigen sind, wie sich aus der gesetzlichen Gleichstellung mit Vernehmungsprotokollen ergibt, nur solche schriftlichen Äußerungen (auch Skizzen / Zeichnungen) über Wahrnehmungen, die zu Beweis Zwecken für (irgend) ein behördliches oder gerichtliches Verfahren verfasst sind und die (frühere) Vernehmung ersetzen oder ergänzen sollen. Solche verfahrensbezogenen Beweiserklärungen sind etwa: schriftliche Zeugenerklärungen, ausgefüllte Anhörungsbögen, schriftliche Strafanzeigen und sonstige Schreiben, die von einem Zeugen oder Sachverständigen im Hinblick auf ein Verfahren zu Beweis Zwecken erstellt worden sind. Dazu gehören auch Vermerke von Polizeibeamten über Ermittlungshandlungen und deren Ergebnisse (vgl. Ausnahmenvorschrift § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO).

Bezugsperson des § 250 StPO, d.h. die Person, deren Vernehmung in der Hauptverhandlung grundsätzlich nicht durch die Verlesung einer Niederschrift über eine frühere Vernehmung ersetzt werden darf, ist stets die (damals) vernommene Person (Beweisperson die Wahrnehmungen gemacht hat) – nicht jedoch die Vernehmungsperson. Die Vernehmung der Vernehmungsperson über den Inhalt der (protokollierten) Vernehmung der Beweisperson ist grundsätzlich zulässig und wird von § 250 StPO nicht ausgeschlossen. Gegenstand der Beweisaufnahme sind dann allerdings die Wahrnehmungen der Vernehmungsperson im Rahmen der Vernehmung, weshalb der Beweiswert gemindert sein kann („Zeuge vom Hörensagen“). Der Vernehmungsperson dürfen zur Gedächtnisunterstützung auch Vorhalte aus dem (von ihr erstellten) Vernehmungsprotokoll gemacht werden. Erinnert sich die Vernehmungsperson nicht an die Vernehmung oder macht sie keine belastbaren inhaltlichen

Angaben zu der durchgeführten früheren Vernehmung, kann dieser Erinnerungsmangel nicht durch die Verlesung des Protokolls behoben werden (§ 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO gilt gerade nicht für Protokolle der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen, die eine Vernehmung zum Gegenstand haben, auch wenn darin faktisch eigene Wahrnehmungen der Vernehmungsperson (über das, was der Zeuge gesagt hat) enthalten sind).

Untersagt ist nach § 250 StPO die vernehmungsersetzende Urkundenverlesung, nicht aber die vernehmungsergänzende. Die Abgrenzung ist zuweilen schwierig und die Rechtsprechung hierzu uneinheitlich. Da es in der Klausur aus staatlicher Sicht auf die Einzelheiten nicht ankommen wird, hier nur verkürzt: Gesichert dürfte sein, dass eine vernehmungsersetzende Verlesung vorliegt, wenn der Zeuge od. Sachverständige in der Hauptverhandlung nicht erscheint. Greifen die Ausnahmeregeln des §§ 251, 256 StPO nicht, ist die Protokollverlesung unzulässig (§ 250 S. 2 StPO). Beruft sich ein Zeuge auf ein Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) in der Hauptverhandlung, verzichtet aber auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO oder macht ein Zeuge von einem im Einzelfall umfassenden Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch (§ 55 StPO), greift § 250 S. 2 StPO mit der Folge, dass eine Verlesung des Protokolls der Vernehmung als vernehmungsersetzend nur nach den Ausnahmeregeln des § 251 Abs. 1 Nr. 1 od. Abs. 2 Nr. 3 StPO möglich ist (beachte: § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfasst nur tatsächliche, aber keine rechtlichen Gründe). Nach wohl zutreffender Auffassung sind durch Vorhalt nicht behebbare Erinnerungslücken anwesender Zeugen über § 253 Abs. 1 StPO (durch Urkundenbeweis) zu schließen, auch wenn die Praxis hiervon so gut wie keinen Gebrauch macht.

Beispiel 20: „Wenn es da so steht...“ [S. 293]

Beispiel 21: „Jetzt nicht“ [S. 293]

Beispiel 22: „So nicht?“ [S. 293]

3. Personen im Ermittlungsverfahren

Die StPO unterscheidet faktisch zwischen persönlichen und sachlichen Beweismitteln. Ein Beweisergebnis eines persönlichen Beweismittels kann nur durch Vernehmung einer natürlichen Person gewonnen werden. Den natürlichen Personen hat der Gesetzgeber gegenüber den Strafverfolgungsbehörden (Rechtsstaatsprinzip) Rechte einerseits und als Folge des staatlichen Strafanspruchs Pflichten andererseits normiert. Rechte und Pflichten unterscheiden sich jeweils nach dem Status des Rechtssubjekts (Beschuldigter / Zeuge / Sachverständiger) und dem Verfahrensstand (Ermittlungsverfahren / Strafverfahren / Vollstreckungsverfahren). Da der Beschuldigte / Angeschuldigte / Angeklagte (§ 157 StPO) nur ein Beweismittel „im weiteren Sinn“ ist, hat er in dem gegen ihn geführten Verfahren weitergehende Rechte.

Mit Ausnahme der nur auf Antrag zu gewährenden Rechte sind alle übrigen von Amts wegen zu beachten und meist als Gebote an die Strafverfolgungsbehörden ausgestaltet. Da sämtliche Beweise in der Hauptverhandlung zur Überzeugung des Gerichtes aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung „neu“ erhoben werden müssen, führt nicht jedes Außerachtlassen strafprozessualer Rechte der Beteiligten oder die Nichtbeachtung von Eingriffsvoraussetzungen im Ermittlungsverfahren zwingend zu deren Unverwertbarkeit. Aus der Klausurperspektive ist die Verwertbarkeit eines Beweismittels aber bei genügendem Anlass dahingehend zu prüfen, ob und ggf. wie im Einzelfall ein Fehler bei der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren auch die Beweisverwertung in der Hauptverhandlung einschränken würde, da im „Extremfall“ (d.h. wenn kein sonstiges, verwertbares Beweismittel zur Verfügung steht) mangels Verwertbarkeit und damit mangels hinreichenden Tatverdachts das Verfahren einzustellen wäre.

Darüber hinaus sind Beweisverwertungsverbote bei sämtlichen vor oder außerhalb der Hauptverhandlung zu treffenden gerichtlichen Entscheidungen von Amts wegen zu berücksichtigen, weshalb in der Klausur bei jeder Prüfung einer Antragstellung gegenüber dem Gericht die dafür notwendige Tatsachengrundlage hinsichtlich ihres Entstehens auf etwaige Fehler und entsprechende Konsequenzen überprüft werden muss.

III. Beweisverwertungsverbote

Die Rekonstruktion der Tatsachenbasis, die der rechtlichen Bewertung zugrunde gelegt werden soll, ist Kern des Beweisrechtes. Sie erfährt in den verschiedenen Verfahrensstadien unterschiedliche Ausprägungen. Im Ermittlungsverfahren geht es im Wesentlichen um die

Sachverhaltserforschung zur Entscheidung, ob eine Anklageerhebung oder eine Verfahrenseinstellung erfolgen soll (§§ 160 Abs. 1, 170 Abs. 1 und 2 StPO); im Zwischenverfahren geht es um die Feststellung der späteren Verurteilungswahrscheinlichkeit (§ 203 StPO); im Hauptverfahren geht es um die Sachverhaltserforschung zur späteren Urteilsfindung (§ 264 Abs. 1 StPO). Die Sachverhaltserforschung kollidiert dabei regelmäßig mit anderen Schutzgütern, wie etwa den Grundrechten, insbesondere der Menschenwürde und der freien Entfaltung der Persönlichkeit. Eine Sachverhaltserforschung um jeden Preis, die sämtliche den „Beteiligten“ zustehenden und (grundrechtlich) geschützten Rechte dem staatlichen Zugriff uneingeschränkt aussetzen würde, liefe dem Rechtsstaatsprinzip zuwider. Dementsprechend sind die Erhebung, Verwertung und die Verwendung von Beweismaterialien bestimmten Restriktionen unterworfen.

Beweiserhebungs- und daraus folgende oder davon unabhängige Verwertungsverbote stehen aber einer umfassenden Sachaufklärung entgegen. Sie sind eine Ausnahme, da sie den Grundsatz der von Amts wegen zu erfolgenden Erforschung der Wahrheit einschränken. Dieser – jedenfalls dem deutschen Strafverfahrensrecht immanente – Ausnahmecharakter von Verwertungsverböten erklärt auch die zuweilen kritisierte, gesetzgeberische Zurückhaltung in diesem Bereich.

Ausdrücklich geregelt und zugleich klausurrelevant sind das Beweiserhebungsverbot des § 136a StPO und das als Beweisverwertungsverbot ausgelegte Verlesungsverbot des § 252 StPO.

Verwertungsverbote können aber grundsätzlich aus der Verletzung jeder Verfahrensnorm resultieren. Es bedarf dann, soweit die Unverwertbarkeit nicht explizit vom Gesetz angeordnet wird, einer Abwägung im Einzelfall, ob das Interesse an der Sicherung der Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten durch Einhaltung der ihn schützenden Verfahrensvorschriften das Interesse der Allgemeinheit am Funktionieren der Strafrechtspflege überwiegt (**Abwägungslösung/Abwägungslehre**).

Die in der Rechtsprechung dominierende einzelfallbezogene Abwägung, bei der überprüft wird, ob mit der bei der Beweiserhebung verletzten Vorschrift ein Interesse des Angeklagten geschützt wird, das gewichtiger ist als das Interesse an der Effizienz der Strafverfolgung, sieht sich aufgrund des bunten Straußes an möglichen Abwägungskriterien der Kritik der fehlenden Rechtssicherheit ausgesetzt („black box“).

Klausurrelevant können **Fehler im Ermittlungsverfahren** dann sein, wenn für eine strafprozessuale Maßnahme keine Befugnisnorm existiert bzw. deren Anordnungsvoraussetzungen nicht vorliegen, oder Vorschriften zur Anordnungskompetenz oder zur Verfahrensweise nicht beachtet wurden. Liegt ein solcher Fehler bei der Beweiserhebung vor und ergibt sich daraus ein Beweisverwertungsverbot im Einzelfall, spricht man von **unselbständigen** Beweisverwertungsverböten. Ist demgegenüber ein Beweis im Ermittlungsverfahren ordnungsgemäß erhoben worden, die Verwertung des Beweises aber gleichwohl zur Wahrung des Rechtsstaatsprinzips ausgeschlossen („keine Wahrheitsermittlung um jeden Preis“), spricht man von **selbständigen** Beweisverwertungsverböten.

Vereinfacht / auszugsweise:

Fehler bei der Beweiserhebung (Beweiserhebungsverböte)	<ul style="list-style-type: none"> - Normvoraussetzungen - Anordnungskompetenz - Verfahren 		
Fehlerfolgen (unselbständige Beweisverwertungsverböte)	<p style="text-align: center;">ausdrücklich geregeltes / abwägungsfestes BVV? - § 136a Abs. 3 StPO</p> <p style="text-align: center;">Abwägungslehre:</p> <table border="1" style="width: 100%; margin-left: auto; margin-right: auto;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">Schutzinteresse des BS</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">Staatl. Strafverfolgungsinteresse</td> </tr> </table>	Schutzinteresse des BS	Staatl. Strafverfolgungsinteresse
Schutzinteresse des BS	Staatl. Strafverfolgungsinteresse		

	Schutzzweck der verletzen Norm	Schwere der Straftat
	Rechtskristheorie	hypothetisch rechtmäßige Beweisgewinnung
	Schwere des Verstoßes	
	Unzulässige Umgehung	
	Objektive Willkür staatlichen Handelns	
	Bewusste Rechtsverstöße	
	Missbrauch von Befugnissen	

Selbständige Beweisverwertungsverbote	<ul style="list-style-type: none"> - Ausdrücklich geregelt? Bsp.: <ul style="list-style-type: none"> o § 252 StPO o § 477 Abs. 2 S. 2 StPO o § 100d Abs. 2 S. 1 StPO <p style="text-align: center;">(Abwägungslehre:)</p> <ul style="list-style-type: none"> - Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) - Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) - Sphärentheorie des BVerfG - Art. 6 Abs. 1 EMRK / Art. 20 Abs. 3 GG (fair trial) - Nemo tenetur - Übermaßverbot
---------------------------------------	--

Die mögliche Unterscheidung zwischen Beweisthema-, Beweismittel- und Beweismethodenverboten ist m.E. weder praktisch noch dogmatisch relevant, da unterschiedliche Konsequenzen im Ergebnis nicht feststellbar sind und die Kategorisierung keine verständnisverbessernde Wirkung hat.

Trotz dieses kurzen, nicht im Entferntesten Vollständigkeit beanspruchenden Überblicks darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Ansätze zur Herleitung und zur Reichweite von Beweisverwertungsverböten im Grundsätzlichen ebenso wie in ihren Details in vielerlei Hinsicht umstritten sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass – obschon Beweisverwertungsverböte die Ausnahme darstellen – ein (grundrechtsrelevanter) Verfahrensverstöß regelmäßig eine argumentative Begründungslast für denjenigen bedingt, der sich auf die Unbeachtlichkeit des Verstoßes berufen will. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Gesetzgeberische Verfahrensvorschriften sind Einzuhalten, wenn das Rechtsstaatsprinzip gewahrt werden soll.

Wegen des Ausnahmecharakters von Beweisverwertungsverböten und des Fehlens von gesetzlichen Grundregeln ist im Einzelnen umstritten, welche Auswirkungen ein Beweiserhebungsmangel auf die Verwertbarkeit anderer Beweise hat. Auch hier ist die Annahme eines über das konkrete Beweismittel hinausgehenden Verwertungsverbötes die Ausnahme. Sind beispielsweise anlässlich einer fehlerhaften Beweiserhebung Beweismittel erst bekannt geworden, besteht grundsätzlich keine **Fernwirkung** des „Ursprungsverstoßes“ für die folgenden, mittelbaren Beweisergebnisse (keine „fruit of the poisonous tree-doctrine“ im deutschen Strafverfahrensrecht), so dass diese in der Regel, soweit selbst ordnungsgemäß erhoben, verwertet werden können.

Davon zu unterscheiden ist, welche Folgen ein Verstoß gegen strafprozessuale Vorschriften im Hinblick auf eine erneute Erhebung desselben Beweises hat. Kann der Verfahrensmangel zu einem späteren Zeitpunkt behoben werden, entfaltet der „Ursprungsverstoß“ grundsätzlich keine **Fortwirkung**. Insbesondere tritt das Problem bei der Verwertbarkeit einer erneuten, ordnungsgemäßen Vernehmung auf, wenn in der vorhergehenden (ersten) die Belehrungsvorschriften nicht beachtet worden waren oder andere Mängel zu deren Unverwertbarkeit führen würden. Eine Fortwirkung wird insoweit wohl überwiegend nur dahingehend angenommen, dass die Belehrung der neuen Vernehmung den Hinweis zum Inhalt haben muss, dass die vorangegangene Vernehmung unverwertbar ist (qualifizierte Belehrung).

Ob sich aber aus dem Unterlassen eines solchen Hinweises seinerseits ein Verwertungsverbot ergibt, ist wiederum nach der Abwägungslösung zu beurteilen (vgl. **Skript Teil D.IV.1.b**) [S. 50]).

An einigen Stellen hat der Gesetzgeber zudem sogenannte **Verwendungsverbote** geregelt (vgl. §§ 100e Abs. 6, 100i Abs. 2 S. 2, 160a Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 3, 477 Abs. 2 S. 3 StPO, § 11 VI GwG, § 97 Abs. 1 S. 3 InsO). Ein Verwendungsverbot verbietet grundsätzlich jegliche Nutzung personenbezogener Daten zur Informationserhebung und -verarbeitung („kein zulässiger Spurenansatz“). Die Grundsätze zu den Beweiserhebungsverboten / -verwertungsverboten, nach denen nicht jeder Verstoß auch zu einem Verwertungsverbot hinsichtlich so erlangter Erkenntnisse führt, gelten für Verwendungsverbote sinngemäß.

Im Einzelnen ist vieles umstritten. Im Zweifel dürfte in der Klausur ein Rückgriff auf die Kommentierung zu empfehlen sein. Zu berücksichtigen ist, dass der Gesetzgeber selbst zwischen Beweiserhebungsverboten, Beweisverwendungsverboten und Beweisverwertungsverboten unterscheidet: Verwertungsverbote (vgl. § 100d Abs. 2 S. 1 StPO), Erhebungsverbote (§§ 100d Abs. 1 und 5, 160a Abs. 1 S. 1 StPO) und Verwendungsverbote (§§ 100e Abs. 6, 160a Abs. 1 S. 2, 161 Abs. 3 StPO). Der Gesetzgeber hat solche positiven Regelungen aber nicht zwingend mit dem Anspruch einer systematischen Konsistenz geschaffen.

Schließlich wird innerhalb der Beweisverwertungsverbote nochmals zwischen absoluten und relativen unterschieden. Der Wesensgehalt dieser Unterscheidung wird in der Ausbildungsliteratur leider nicht einheitlich beschrieben. Die Unterscheidung betrifft nach der hier vertretenen Auffassung eher die prozessualen Konsequenzen insbesondere im Hinblick auf etwaige Revisionsentscheidungen. **Relative** Verwertungsverbote entfalten ihre Wirkung nur, wenn der Angeklagte der Verwertung eines Beweises in der Hauptverhandlung widerspricht (**Widerspruchslösung**). Sofern er verteidigt ist oder das Widerspruchsrecht kennt, muss er darauf vom Gericht nicht hingewiesen werden. Bei **absoluten** Verwertungsverboten ist demgegenüber eine der Verwertung widersprechende Erklärung des Angeklagten nicht erforderlich (Bsp: § 136a StPO; §§ 52, 252 StPO; § 100d Abs. 2 StPO). Ein vor der Hauptverhandlung erhobener Verwertungswiderspruch ist unbeachtlich. Wird in der Staatsanwaltsklausur im Rahmen des Ermittlungsverfahrens von einem Verteidiger oder von dem Beschuldigten ein Verwertungswiderspruch erhoben, ist bei der die Verwertbarkeit umfassenden Prüfung des hinreichenden Tatverdachts in jedem Falle zu unterstellen, dass der entsprechende Widerspruch auch in einer Hauptverhandlung wiederholt werden wird. Letztlich kommt es darauf auch gar nicht an, denn die durch die Anklage zu erwirkende Eröffnungsentscheidung ergeht in jedem Falle außerhalb der Hauptverhandlung. Im Rahmen dieser Entscheidung sind daher vom Gericht etwaige Beweisverwertungsverbote widerspruchsunabhängig von Amts wegen zu beachten. Daher kann für die Anklageklausur – und nur für diese – der Merksatz gelten: Die Widerspruchslösung ist irrelevant.

Nach welchen Maßstäben zu beurteilen ist, ob die Widerspruchslösung greift, ist (wohl) noch nicht abschließend geklärt. Vereinzelt nennt der BGH (nicht selten mittels obiter dicta) Anhaltspunkte für die Entwicklung geeigneter Kriterien (vgl. bspw. BGH Ur. v. 6. Oktober 2016 – 2 StR 46/15, BGHSt 61, 266-277 – zitiert nach beck-online): Nicht unmaßgeblich könnte danach sein, ob eine Dispositionsmacht des Angeklagten / der Verteidigung über die fehlerhaft erhobenen Beweise besteht. So könne der Angeklagte beispielsweise Erklärungen in früheren verfahrensfehlerhaft durchgeführten Vernehmungen oder Gesprächsüberwachungen aus eigener Erinnerung heraus erläutern und erklären, durch eine Sacheinlassung „ersetzen“ (sic!; BGH aaO, Rn. 15) oder dementieren oder aus seiner Sicht die Äußerungssituation, die zur staatlichen Informationsbeschaffung geführt hat, darstellen. In diesen Fällen sei es nachvollziehbar, ihm die Disposition über die Verwertbarkeit seiner früheren Angaben zu überlassen. Bei der staatlichen Erfassung von Sachbeweisen, insbesondere Urkunden oder Augenscheinsobjekten, bestehe eine vergleichbare Dispositionsmöglichkeit indes nicht, da sachliche Beweismittel dem Verfahren grundsätzlich nicht entzogen werden dürfen, wenn sie verwertbar (sic!) und dem hoheitlichen Zugriff ausgesetzt sind. Die Art und Weise der Erlangung solcher Sachbeweise sei, da der Beschuldigte hierauf keinen Einfluss habe, vom Gericht von Amts wegen aufzuklären. Eines Widerspruchs gegen die Beweisverwertung bedürfe es nicht. Insbesondere dann, wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Ermittlungsmaßnahme nicht den gesetzlichen Eingriffsvoraussetzungen entspricht, dürften Versäumnisse der Verteidigung nicht dazu führen, dass an sich rechtswidrig erlangtes Beweismaterial ohne weiteres zur Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des

Angeklagten werden kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die generelle Unterscheidung zwischen Sachbeweisen einerseits und Personalbeweis andererseits nicht hinreichend geeignet, das Bestehen einer „Dispositionsmacht“ zu beurteilen. Beispielsweise können rechtswidrig erlangte Gesprächsmitschnitte einerseits durch Vorspielen der entsprechenden Aufnahmen (Sachbeweis in Form des Augenscheinsbeweises) und andererseits durch Vernehmung der Ermittlungsbeamten, die entsprechende Gespräche transkribiert haben (Personalbeweis), in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Gleiches gilt für audiovisuelle Aufzeichnungen von (auch polizeilichen) Beschuldigtenvernehmungen (§ 136 Abs. 4 StPO). Einerseits könnte die Aufzeichnung nach § 254 Abs. 1 Alt. 2 StPO vorgeführt (Augenscheinsbeweis), andererseits die Vernehmungsperson zum Inhalt der Vernehmung vernommen werden (Personalbeweis). Der einzig erkennbare Unterschied in diesen Fällen liegt m.E. in dem Beweiswert der jeweiligen Beweiserhebung. Das Erinnerungsvermögen von Zeugen ist von diversen Faktoren beeinflusst. Weil nicht die Lüge, sondern der Irrtum der schlimmste Feind der Wahrheit ist, muss die Schilderung eines Zeugen stets mindestens unter Berücksichtigung der Umstände der Wahrnehmungssituation, der Aussagemotivation und den Begleitumständen der Bekundung gewürdigt werden, während Ton- und Bildaufzeichnungen, der Inhalt von Urkunden oder die Beschaffenheit von Gegenständen solchen Bewertungs-Imponderabilien regelmäßig nicht unterliegen. Bei genauerer Betrachtung scheint auch der BGH in der vorzitierten Entscheidung für die Frage der Dispositionsmöglichkeit dem Grunde nach den Blick auf den jeweiligen Beweiswert eines Ermittlungsergebnisses zu richten, denn die von ihm für relevant gehaltene Einflussnahmemöglichkeiten des Angeklagten durch Erläuterungen, Erklärungen, abweichender Einlassungen oder Dementis berühren in keinem Fall die Existenz der rechtsfehlerhaft gewonnenen Beweismittel, sondern bewirken allenfalls eine veränderte Beurteilung dieser durch das erkennende Gericht. Es scheint aber schon zweifelhaft, weshalb eine gleichwertige Einflussmöglichkeit auf sachliche Beweismittel nicht bestehen soll. Beispielsweise sind auch der Inhalt und die Existenz der im Rahmen einer Durchsuchung aufgefundenen Urkunden durch das Gericht bei der Wahrheitsfindung stets unter Berücksichtigung des Erklärungsverhaltens des Angeklagten zu bewerten. Die Annahme, bei Sachbeweisen bestünden keine „vergleichbaren“ Dispositionsmöglichkeiten kann daher nur so verstanden werden, dass den Sachbeweisen als objektiven Beweismitteln regelmäßig ein erhöhter Beweiswert zukommt, der durch Einlassungsverhalten nur eingeschränkt beeinflussbar ist, weshalb es keines Widerspruchs des Angeklagten bedürfe, um rechtsfehlerhaft gewonnene Sachbeweise dem Gericht als Erkenntnisgrundlage zu entziehen. Das überzeugt nicht. Die Beweisbewertung ist einzelfallabhängig und Sache des Gerichtes. Warum beispielsweise die Auffindung eines Schuhs im Rahmen einer rechtsfehlerhaften Durchsuchung, dessen Marke und Typ zwar mit Schuhabdruckspuren am Tatort in Einklang zu bringen ist, der aber keine konkreten Profilübereinstimmungen aufweist (und damit allenfalls ein schwaches Indiz ist), einem Beweisverwertungsverbot unabhängig von einem Widerspruch unterliegen soll, während die Verwertung der detaillierten geständigen, Täterwissen offenbarenden Einlassung des Angeklagten in einer rechtsfehlerhaften polizeilichen Vernehmung zur Disposition des Angeklagten stehen soll, weil er deren Inhalt erläutern oder dementieren könnte, erschließt sich nicht. Eine Differenzierung nach Art oder Wert eines Beweismittels scheidet daher nach der hier vertretenen Auffassung für die Beantwortung der Frage, ob eine Dispositionsmacht besteht, aus – auch deshalb, weil das Grundprinzip der freien Beweiswürdigung sonst in Frage stehen würde.

Teilweise wird vertreten, dass für „tätergünstige“ Beweise Verwertungsverbote generell nicht gelten. Dem ist jedenfalls entgegenzuhalten, dass der BGH die Existenz der Widerspruchslösung gerade auch damit rechtfertigt, dass der Angeklagte bei rechtswidrig erlangten Beweisen „ein gewichtiges Interesse an der Verwertung“ haben könne, „etwa um einen Entlastungsbeweis zu führen oder um seine Einlassung zu untermauern“ (BGH Beschl. v. 7.3.2006 – 1 StR 316/05, MMR 2006, 603ff. – zitiert nach beck-online). Die Widerspruchslösung soll dem Angeklagten die Möglichkeit geben, über das „ob“ der Beweisverwertung durch das Gericht entscheiden zu können. Gleichzeitig ist die Aussage des BGH, dass etwaige Versäumnisse der Verteidigung nicht dazu führen dürfen, dass an sich rechtswidrig erlangtes Beweismaterial ohne weiteres zur Grundlage einer strafrechtlichen Verurteilung des Angeklagten werden kann (BGH – 2 StR 46/15, aaO, Rn. 15 a.E.) mit Nachdruck zu unterstreichen. Nach der hier vertretenen Auffassung sollte die Widerspruchslösung aufgegeben werden. Das Rechtsstaatsprinzip gebietet es, nur diejenigen Beweise zu verwerten, die rechtsfehlerfrei gewonnen wurden oder bei denen die Abwägung ergibt, dass dem staatlichen Verfolgungsinteresse Vorrang vor etwaigen Rechtsfehlern einzuräumen ist (Abwägungslösung

als ausreichender Schutz). Diese Prüfung hat von Amts wegen in jeder Lage des Verfahrens – mithin auch in der Revisionsinstanz – stattzufinden, wenn man Art. 20 GG und Art. 6 EMRK „ernst nehmen will“. Ob, wann und wie die Verteidigung widerspricht, ist dabei nach der hier vertretenen Auffassung irrelevant. Um etwaigen schutzbedürftigen Interessen des Angeklagten an einer Verwertung rechtswidrig erlangter Beweise Rechnung zu tragen, könnte man ein „aktives Dispositionsrecht“ anerkennen. Danach würde die Beweisverwertung rechtsfehlerhaft gewonnener Beweise von der ausdrücklichen, protokollierungsbedürftigen Zustimmung des Angeklagten (mit entsprechender qualifizierter Belehrung) abhängig sein.

Unabhängig davon sind bei sämtlichen vor oder **außerhalb der Hauptverhandlung zu treffenden gerichtlichen Entscheidungen** (insbesondere der Eröffnungsentscheidung nach §§ 203, 207 StPO) **Beweisverwertungsverbote von Amts wegen** zu berücksichtigen. Entgegen missverständlicher Entscheidungen der revisionsgerichtlichen Rechtsprechung entstehen Verwertungsverbote nämlich bereits durch den jeweiligen Gesetzesverstoß und nicht erst durch ein Tätigwerden der Verteidigung (bzw. des unverteidigten Angeklagten) in der Hauptverhandlung. Der Widerspruch kann daher nur als eine Art prozessualer Zwischenrechtsbehelf verstanden werden, der als sachnäherer Rechtsbehelf (in der Hauptverhandlung) Voraussetzung einer späteren Verfahrensrüge im Rahmen der Revision ist.

In der Anklage-Klausur müssen daher Beweisverwertungsverbote immer dann – unabhängig von Widersprüchen der Verteidigung / des Angeklagten – erörtert werden, wenn Anträge an das Gericht gerichtet werden sollen. Der Eröffnungsantrag im Rahmen der Anklageschrift ist ein solcher Antrag. Wird darüber hinaus beispielsweise im B-Gutachten ein Haftgrund auf im Ermittlungsverfahren erhobene Beweise gestützt, ist deren Verwertbarkeit ebenfalls – ggf. im B-Gutachten selbst (als seltene Ausnahme von der **Regel: „Keine Beweiswürdigung im B-Gutachten!“**) – zu hinterfragen.

IV. Vernehmung des Beschuldigten

Wie bereits ausgeführt, sind die Einlassungen des Beschuldigten zwar kein Beweismittel „im formellen Sinn“, aber von erheblicher beweisrechtlicher Bedeutung. Obschon eine geständige Einlassung im Ermittlungsverfahren im Rahmen einer polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung bzw. ein Geständnis vor dem Ermittlungsrichter genauso wenig allein Grundlage eines Urteils sein kann wie das Geständnis des Angeklagten in der Hauptverhandlung, hat der Inhalt der Vernehmung des Beschuldigten / Angeklagten für die Überzeugungsbildung des Gerichtes zum Schuld- und Rechtsfolgenausspruch zentrale Bedeutung. Allerdings ist der Beschuldigte / Angeklagte kein Objekt des Verfahrens. Ihm muss als Folge des Rechtsstaatsprinzips Gelegenheit gegeben werden, durch die Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis der gegen ihn angestrebten Strafverfolgung Einfluss zu nehmen. Andererseits hat er gegenüber den Strafverfolgungsbehörden auch bestimmte (Duldungs-)Pflichten (Bspw: §§ 58, 81a, 102, 112 StPO).

Die Vernehmung des Beschuldigten hat der Gesetzgeber im Zehnten Abschnitt des ersten Buches der StPO geregelt (§§ 133 – 136a StPO). Diese Vorschriften richten sich an das Gericht (§§ 162; 202 StPO; vgl. auch § 243 Abs. 5 S. 2 StPO). Sie sind jedoch im Wesentlichen auch bei Vernehmungen des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft (§ 163a Abs. 1, 3 StPO) und durch Beamte des Polizeidienstes (§ 163a Abs. 4 StPO) anzuwenden. Die Vernehmung des Beschuldigten und die Belehrungen sind zu protokollieren / dokumentieren (§ 168b StPO). Bei richterlichen (§ 168c Abs. 1 StPO), staatsanwaltschaftlichen (§ 163a Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 168c Abs. 1, 5 StPO) und polizeilichen (§ 163a Abs. 4 S. 3 StPO i.V.m. § 168c Abs. 1, 5 StPO) Vernehmungen hat die Verteidigung ein Anwesenheitsrecht.

Zum Schutz der Rechte des Beschuldigten (nemo tenetur, Menschenwürde, Art. 6 EMRK) hat der Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden **Belehrungsgebote** normiert (§§ 136, 114b StPO) und bestimmte Vernehmungsmethoden ausdrücklich verboten (§ 136a StPO).

1. Begriff der Vernehmung

Den Begriff der Vernehmung hat der Gesetzgeber nicht definiert. Sie liegt vor, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt.

Äußert sich der Beschuldigte vor Begründung der Beschuldigteneigenschaft oder außerhalb von Vernehmungen (Spontanäußerungen), liegt eine Vernehmungssituation nicht vor. Die Äußerungen des Beschuldigten sind dann nicht geschützt und auch ohne Belehrung verwertbar.

Die Beschuldigteneigenschaft wird durch eine objektive Manifestation des Verfolgungswillens der Strafverfolgungsbehörde begründet (Inkulpationsakt). Die förmliche Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und das Ergreifen von Maßnahmen, die erkennbar darauf abzielen, gegen jemanden wegen einer Straftat vorzugehen, sind die „Hauptfälle“. Der Verfolgungswille tritt jedoch in den Hintergrund, wenn sich das Verhalten der ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen, als Handlung darstellt, die der Täterüberführung dient. Nicht entscheidend ist also, wie die Beamten ihr Verhalten selbst einordnen. Wer objektiv verfolgt, kann sich nicht darauf berufen, keinen Verfolgungswillen zu haben. Merkt er nicht, dass er verfolgt, unterliegt er einem „unbeachtlichen Subsumtionsirrtum“. Allerdings darf auch ein „Verdächtiger“ als Zeuge vernommen werden (§ 55 Abs. 2 StPO). Ist der Täter beispielsweise in einem bestimmten Personenkreis zu suchen (mehrere Anwesende am Unfallort), dürfen die Polizeibeamten die Anwesenden zunächst formlos befragen, um ggf. beurteilen zu können, gegen wen die Ermittlungen als Beschuldigten zu führen sind (informativische Befragung). Die Grenze ist jedoch dort erreicht, wo die Strafverfolgungsbehörde willkürlich den Beurteilungsspielraum für die Begründung der Beschuldigteneigenschaft überschreitet (ignoriertes Anfangsverdacht). Folgt aus einer Gesamtschau von Ziel, Gestaltung und Begleitumständen, dass die Befragung nicht mehr der Abklärung einzelner Verdachtsmomente dient, oder haben sich die Verdachtsmomente soweit konkretisiert, dass sich die Zielrichtung der Befragung bei objektiver Betrachtung ändert, liegt eine Beschuldigtenvernehmung vor.

Ein von der Staatsanwaltschaft oder vom Gericht bestellter Sachverständiger führt grundsätzlich keine Vernehmung in amtlicher Eigenschaft durch, selbst wenn er zur Vorbereitung seines Gutachtens den Beschuldigten zu den Tatvorwürfen befragt.

Eine Vernehmungssituation liegt auch dann nicht vor, wenn der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls verhaftet oder vorläufig festgenommen wird, ohne dass von ihm Auskunft begehrt wird. In diesen Fällen ist – wie sich aus § 114b Abs. 1 bzw. § 127 Abs. 4 StPO ergibt – aber gleichwohl eine an der Vorschrift des § 136 StPO angelehnte Belehrung durchzuführen (vgl. § 114b Abs. 2 Nr. 2 bis 4a StPO).

a) Belehrungsgebote

Belehrungsgebote sind in u.a. in §§ 136, 114b, 115 Abs. 3, 243 Abs. 5 S. 1 StPO und Art. 36 WÜK normiert. Die Belehrung eines verdächtigen Zeugen gem. § 55 Abs. 2 StPO kann die (objektiv) gebotene Belehrung gem. § 136 StPO nicht ersetzen. Bestehen gegen mehrere Personen Verdachtsmomente, welche die Begründung einer Beschuldigteneigenschaft gebieten, sind alle als Beschuldigte zu behandeln, selbst dann, wenn sich ihre Täterschaft gegenseitig ausschließt.

b) Fehlerfolgen

Ist die erforderliche Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StPO (Schweigerecht) unterblieben, sind in der Regel weder die Angaben des von der Vernehmung Betroffenen noch die des Vernehmungsbeamten verwertbar (Abwägungslösung grundsätzlich zugunsten des Beschuldigten). Der Belehrungsverstoß wird insoweit auch nicht dadurch geheilt, dass der Vernommene seine Angaben in einer späteren Vernehmung wiederholt (Fortwirkung). Wegen der zentralen Bedeutung des Schweigerechts muss sichergestellt sein, dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nicht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen das Belehrungsgebot zustande gekommene Selbstbelastung sei nicht mehr aus der Welt zu schaffen. Dem zu Vernehmenden muss daher mitgeteilt werden, dass das bisher Geäußerte wegen eines Belehrungsverstoßes nicht verwertbar ist (qualifizierte Belehrung).

Verstöße gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 und 3 StPO und die Pflicht zur qualifizierten Belehrung sind allerdings nach der Abwägungslösung behebbare. Ein Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 StPO bleibt (im Einzelfall) etwa dann folgenlos, wenn feststeht, dass der Vernommene sein Schweigerecht auch ohne (qualifizierte) Belehrung gekannt hat oder

der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung der Verwertung nicht widerspricht (relatives Verwertungsverbot). In der Klausur sind hierfür allerdings (über-)deutliche Anhaltspunkte erforderlich, da die Belehrungspflicht die Regel und nicht die Ausnahme ist. Im Zweifel dürfte insoweit zugunsten des Beschuldigten von einem Verwertungsverbot auszugehen sein. Vorverurteilung allein dürften beispielsweise nicht ausreichen, um von einer Kenntnis des Beschuldigten von seinem Schweigerecht auszugehen („Man vergisst sein Recht auf Schweigen!“). Auch dürfte bei der Abwägung nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Selbstbelastungsfreiheit zu den wichtigsten verfahrensrechtlichen Prinzipien gehört.

Fehlt eine ggf. erforderliche qualifizierte Belehrung, sind die gleichwohl gemachten Angaben nach Maßgabe einer Abwägung im Einzelfall verwertbar. Neben dem in die Abwägung einzubeziehenden Gewicht des Verfahrensverstößes und des Sachaufklärungsinteresses ist dabei maßgeblich darauf abzustellen, ob der Betreffende nach erfolgter „nur einfacher“ Belehrung davon ausgegangen ist, von seinen früheren Angaben nicht mehr abrücken zu können. Dies wird insbesondere dann anzunehmen sein, wenn sich die Vernehmung inhaltlich als bloße Wiederholung oder Fortsetzung der in der vorangegangenen (unter Verstoß gegen Belehrungsvorschriften zustande gekommenen) Vernehmung gemachten Angaben erschöpft („Sie wissen ja eh schon alles!“). Macht der Betroffene aber vertiefende und insbesondere neue (sich selbst belastende) Angaben, liegt die Annahme eher fern, dass sich der Vernommene seiner Entscheidungsfreiheit nach ordnungsgemäßer „einfacher“ Belehrung nicht bewusst war und dass deshalb der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirke.

Hinsichtlich der unterbliebenen Belehrung gem. § 114b StPO wird z.T. vertreten, dass – soweit keine Auskunft in amtlicher Eigenschaft während der Umsetzung der Festnahme verlangt wird – eine Vernehmungssituation im Sinne des § 136 StPO nicht vorliegt und daher ein Verfahrensfehler nicht schwer wiege mit der Folge, dass Äußerungen des Beschuldigten in dieser Phase keinem Beweisverwertungsverbot unterliegen. Dies dürfte zweifelhaft sein. Im Verhältnis zur Vernehmung und zu den Fällen, in denen aus ermittlungstaktischen Gründen eine Vernehmungssituation zulässig vermieden wird (verdeckte Ermittlungen), stellt die vorläufige Festnahme (§ 127 Abs. 4 StPO) bzw. Verhaftung einen wesentlich gewichtigeren Eingriff in die Rechte der von einem Ermittlungsverfahren betroffenen Person dar. Der Verfolgungswille wird dabei in aller Deutlichkeit manifestiert. Die Belehrung über das Schweigerecht hat zudem mündlich zu erfolgen, wenn eine schriftliche Belehrung nicht möglich ist (§ 114b Abs. 1 S. 3 StPO). Ein Auskunftsbegehren gegenüber dem vorläufig Festgenommenen setzt die Belehrungsvorschrift des § 114b anders als § 136 StPO gerade nicht voraus. Dem von Amts wegen zu belehrenden, vorläufig Festgenommenen oder Verhafteten hinsichtlich seiner Äußerung einen geringeren Schutz zuteilwerden zu lassen, als dem vernommenen Beschuldigten, der entgegen § 136 StPO nicht belehrt wurde, dürfte angesichts der Wertigkeit des Schweigerechts nur schwer zu rechtfertigen sein. Mithin dürfte von einem (relativen) Verwertungsverbot auszugehen sein. Eine sich an die belehrungsfreie Festnahme anschließende Vernehmung sollte daher nach der hier vertretenen Auffassung eine qualifizierte Belehrung beinhalten.

Werden in einer ohne Belehrung durchgeführten Vernehmung Angaben zu weiteren Beweismitteln gemacht, die vorher unbekannt waren, dürfen die Angaben als Ermittlungsansätze und die dabei erhobenen Beweise verwertet werden (keine Fernwirkung). Dasselbe gilt für die Angaben eines nicht belehrten Mitbeschuldigten hinsichtlich anderer Beschuldigter. Die Regelung des § 136 StPO dient ausschließlich dem Schutz des jeweiligen, von der Vernehmung betroffenen Beschuldigten (Rechtskreistheorie).

Unzureichende Belehrungen über das Recht zur Verteidigerkonsultation (§ 136 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 StPO) betreffen regelmäßig nicht die Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten, allerdings stellt sich gleichwohl die Frage der Verwertbarkeit von Angaben, die der Beschuldigte infolge unterbliebener Belehrung bestehenden Unkenntnis dieses Rechtes macht. Grundsätzlich dürfte dies im Wege der Abwägungslösung zu behandeln sein, wobei Berücksichtigung finden muss, dass in den Fällen des § 140 StPO (vgl. auch § 136 Abs. 1 S. 5 StPO) der Belehrungsverstoß schwerer wiegt. Entscheidet der Beschuldigte jedoch die Aussage zu verweigern oder begehrt er einen Verteidiger, ist dies von den Ermittlungsbeamten grundsätzlich zu respektieren. Stetige Nachfragen ohne zureichenden Grund können das Schweigerecht entwerten. Wenn der Beschuldigte einen Verteidiger konsultieren möchte, ist die Vernehmung sofort zu unterbrechen, um eine Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger zu ermöglichen (vgl. auch § 136 Abs. 1 S. 3 und 4 StPO). Der Beschuldigte darf dann auch nicht zu weiteren Aussagen gedrängt werden.

Darin läge eine gezielte und damit unzulässige Umgehung der Beschuldigtenrechte. Je nach Maß solcher Einwirkungen liegt ein Verwertungsverbot eher nahe.

Beispiel 23: „Störe meine Kreise nicht!“ [S. 293]

2. Verbotene Vernehmungsmethoden

Der Beschuldigte verliert den Anspruch auf Schutz seiner Menschenwürde nicht, wenn er einer Straftat verdächtig ist. Als Ausprägung des Art. 1 Abs. 1 GG ist daher jede Beeinträchtigung seiner Willensentschließung und –betätigung durch Täuschung, unzulässigen Zwang, Drohung und ähnliche Mittel verboten (genauer vgl. § 136a Abs. 1 und 2 StPO). Dieses Verbot gilt auch gegenüber Zeugen (§ 69 Abs. 3 StPO) und Sachverständigen (§ 72 StPO) und zwar unabhängig davon, wer die Vernehmung durchführt (für Zeugenvernehmung: §§ 161a Abs. 1 S. 2; 163 Abs. 3 S. 2 StPO; für Beschuldigtenvernehmung: §§ 163a Abs. 3 S. 2, Abs. 4 S. 2 StPO). Die Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden führt zu einem normierten, absoluten und abwägungsfesten Verwertungsverbot (§ 136a Abs. 3 StPO).

In den Fällen der Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose dürften in der Klausur regelmäßig keine Schwierigkeiten bestehen, ein Verwertungsverbot zu erkennen. Zuweilen wird in jüngerer Zeit die Vernehmung von Beschuldigten oder Zeugen in die Nachtzeit „verlegt“. Unabhängig von einer etwaigen Rüge der Verteidigung oder des Zeugen sollte in diesen Fällen die Auswirkung einer Müdigkeit auf die Willensbetätigungs- oder -ausübungsfreiheit am Maßstab des § 136a StPO gemessen werden, wobei in aller Regel festgestellt werden kann, dass – trotz bestehender Müdigkeit – keine Anhaltspunkte für willensbeeinträchtigende Ermüdung im Sinne des § 136a StPO vorliegen bzw. Umstände vorliegen, die gegen eine solche Ermüdung sprechen.

Die Aufzählung des § 136a Abs. 1 StPO ist nicht abschließend, sie enthält nur Beispiele (für die Herbeiführung) unzulässiger Beeinträchtigungen. Verboten sind aber alle Methoden, mit denen derselbe Zweck verfolgt wird, wie mit den ausdrücklich genannten Mitteln. Es kommen daher jegliche, auch in § 136a Abs. 1 StPO nicht aufgeführte Maßnahmen oder Handlungen in Betracht, die von Einfluss auf die Aussagefreiheit sein können. Sie können allein oder im Zusammenwirken mit in § 136a StPO ausdrücklich genannten Umständen zu einer nicht mehr hinnehmbaren, von § 136a StPO verbotenen Beeinflussung der Aussagefreiheit führen. Ob dies der Fall ist, hängt von einer Gesamtbewertung ab, die sich an dem Maß der Beeinträchtigung der Willensfreiheit durch die ausdrücklich bezeichneten, unerlaubten Handlungsweisen zu orientieren hat. Ergibt die Gesamtbewertung, dass ein unerlaubter Einfluss auf den Willen des Betroffenen von nicht unerheblicher Stärke ausgeübt wird, der dazu führt, dass die Auskunftsperson ungewollt aussagt, obwohl sie dazu nicht verpflichtet ist, liegt ein mit Blick auf § 136a StPO nicht mehr hinnehmbares Verhalten vor.

Es besteht indes keine Pflicht zur Rücksichtnahme auf einen bereits bestehenden Zustand, einer körperlichen oder seelischen Beeinträchtigung, der sich auf Entschließungen des Beschuldigten nachteilig auswirkt, insbesondere dann nicht, wenn dieser vom Beschuldigten selbst herbeigeführt worden ist. Die Grenze wird aber dort zu ziehen sein, wo der Beschuldigte erkennbar nicht mehr frei über seine Aussage, ihren Umfang und ihren Inhalt zu entscheiden vermag.

a) Täuschung ./. kriminalistische List

Gegenstand einer Täuschung im Sinne des § 136a StPO können Tatsachen und Rechtsfragen gleichermaßen sein. Wird etwa eine Fehlvorstellung über Aussage- oder Wahrheitspflicht oder die Folgen des Schweigens hervorgerufen, liegt unabhängig davon, ob dies bewusst oder unbewusst geschieht, eine Täuschung vor. Demgegenüber sind unbeabsichtigte Irreführungen über tatsächliche Fragen keine Täuschung. Wird aber Tatsächliches bewusst unrichtig dargestellt, etwa eine erdrückende Beweiskette, das Geständnis eines Mittäters oder das Vorliegen anderer Beweismittel wahrheitswidrig behauptet, handelt es sich um eine verbotene Täuschung. Die erkennbare Fehlvorstellung des Beschuldigten hinsichtlich des Bestehens und der Reichweite seiner Aussagefreiheit (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO) muss beseitigt werden. Durch § 136a StPO wird aber keine darüberhinausgehende Pflicht zur Aufklärung von Irrtümern über das Beweisrecht konstituiert (grds. keine Täuschung durch Unterlassen).

Fangfragen, Suggestivfragen, Konfrontation mit Hypothesen zum Tathergang oder doppeldeutige Erklärungen ohne Täuschungsinhalt sind als kriminalistische List zulässig, soweit sie den Sachstand und die tatsächliche Beweislage nicht erheblich verzerrend darstellen. Zur kriminalistischen List gehört auch die Befragung durch nicht offen ermittelnde Polizeibeamte („noeP“). Unter Berücksichtigung des Rechtes des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren (Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK) und des Umstandes, dass über die Ermittlungsbefugnisse der §§ 161, 163 StPO hinaus keine Rechtsgrundlagen für den Einsatz von „noePs“ existieren, dürfen „noePs“ allerdings nur für wenig intensive Grundrechtseingriffe eingesetzt werden (Bspw: Testkauf / Testanruf / anonyme Nutzung des Internets o.ä.). Der Einsatz eines nicht offen ermittelnden Polizeibeamten mit dem Ziel, die bereits getroffene Entscheidung des Beschuldigten zu Schweigen zu umgehen, dürfte demgegenüber die Grenzen der allgemeinen Ermittlungsbefugnis überschreiten und ein (nicht aus § 136a StPO herzuleitendes!) Verwertungsverbot begründen.

Der zulässige Einsatz verdeckter Ermittler und ihr Auftreten unter einer Legende (§§ 110a, 110c StPO) ist keine unzulässige Täuschung im Sinne des § 136a StPO. In dieser Eigenschaft kann der Ermittler dem Beschuldigten auch Fragen stellen, ohne diesen vorher zu belehren, da er diesem gerade nicht in amtlicher Funktion (offen) gegenübertritt. Gleichwohl findet der Einsatz verdeckter Ermittler seine Grenzen dort, wo das Recht des Beschuldigten auf Wahrung seiner Aussage- und Entschließungsfreiheit verletzt wird (Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; nemo tenetur; fair trial): Hat ein Beschuldigter bereits von seinem Schweigerecht Gebrauch gemacht, haben die Strafverfolgungsbehörden dies grundsätzlich zu respektieren. Wird in der Folge unter Verdeckung der Verfolgungsabsicht durch gezieltes Nachfragen und durch Bedrängen des Beschuldigten durch einen verdeckten Ermittler eine vernehmungähnliche Situation geschaffen, ist ein auf der Verletzung dieser Rechte (nicht aus § 136a StPO!) beruhendes Verwertungsverbot naheliegend.

b) Exkurs: Hörfälle

Beispiel 24: „Zu-, mit- und abhören“ [S. 294]

Der BGH hat in der sogenannten „Hörfällen-Entscheidung“ (BGH NJW 1996, 2940ff.), die gerade auch wegen der umfassenden Prüfung denkbarer Verwertungsverbote und der Abwägungsvorgänge lesenswert ist, zu der an dieser Stelle des Skripts interessierenden Frage eines Verstoßes gegen §§ 136, 136a StPO (i.V.m. § 163a StPO) durch das im Beispiel dargestellte polizeiliche Vorgehen im Wesentlichen ausgeführt: Eine Belehrungspflicht aus § 136 StPO bestand nicht. Die Privatperson trat der Auskunftsperson nicht in amtlicher Eigenschaft gegenüber, wie es für eine Vernehmung erforderlich wäre. Den **funktionalen Vernehmungsbegriff** in dem Sinn, dass hierzu alle Äußerungen des Beschuldigten gehören, welche ein Strafverfolgungsorgan direkt oder indirekt herbeigeführt hat, **lehnt der BGH ab**, da er keine Stütze im Gesetz findet. Auch komme eine entsprechende Anwendung des § 136 StPO nicht in Betracht, da Sinn und Zweck der Vorschrift sei, sicherzustellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er möglicherweise eben durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst werden könnte. Dieser Sinn der Regelung werde nicht verletzt, da in den Situationen, in denen Privatpersonen den Beschuldigten befragen, sich der Beschuldigte nicht durch die Autorität des Befragenden zu einer Äußerung veranlasst sehen kann. Es liege auch keine Umgehung vor. Denn das von § 136 Abs. 1 StPO angestrebte Ergebnis, den Beschuldigten vor der irrigen Annahme eines möglicherweise aufgrund des amtlichen Charakters einer Befragung empfundenen Aussagezwangs zu schützen, werde nicht dadurch umgangen, dass die vorgeschriebene Belehrung in einer Situation unterbleibt, in der ein solcher Zwang, auch subjektiv, nicht bestehen könne. Es liege auch keine verbotene Täuschung im Sinne des § 136a StPO vor, da dieser Begriff an den übrigen verbotenen Mitteln orientiert ausgelegt werden müsse. Die bloße Verheimlichung des Ermittlungsinteresses sei ein von der Strafprozessordnung anerkanntes Prinzip, welches u.a. in den Vorschriften zu heimlichen Ermittlungsmaßnahmen zum Ausdruck komme, die auf Feststellung von Handlungen abzielten, durch die sich ein Tatverdächtiger selbst belastet. Mit den übrigen verbotenen Vernehmungsmethoden sei eine das Ermittlungsziel nicht aufdeckende Befragung des Beschuldigten nicht vergleichbar.

c) Unzulässiger Zwang

Physischer oder psychischer Zwang darf nur angewendet werden, soweit ihn das

Strafverfahrensrecht zulässt. Die Zwangsmittel der StPO (Bspw.: §§ 51, 70, 77, 81a, 94, 112 ff., 134, 163a Abs. 3), die zur Erreichung anderer Verfahrenszwecke zulässig sind, dürfen nicht missbraucht werden, um das Aussageverhalten der Auskunftsperson zu beeinflussen. Dass sich im Einzelfall eine solche (i.Ü. rechtmäßig verhängte) Maßnahme im Ergebnis auf die Aussagebereitschaft auswirkt, stellt zwar noch keinen Verstoß gegen § 136a Abs. 1 S. 2 StPO dar – wird sie aber gezielt zur Herbeiführung einer Aussagebereitschaft oder einer Änderung ihres Umfangs eingesetzt, führt dies zu einem Verwertungsverbot nach § 136a Abs. 3 StPO. Dass der Beschuldigte irrig glaubt, er befinde sich in einer Zwangslage, ist ohne Bedeutung. Mit zulässigen Zwangsmaßnahmen darf allerdings auch „gedroht“ werden, wenn der Vernehmende zugleich zum Ausdruck bringt, dass er seine Entschließung nur von sachlichen Notwendigkeiten abhängig machen werde.

d) Nicht vorgesehener Vorteil

Beispiel 25: „Melden macht frei!“ [S. 294]

Ein Versprechen i.S.d. § 136a Abs. 1 S. 3 StPO setzt die Abgabe einer bindenden Zusage voraus, auf deren Einhaltung der Empfänger vertrauen kann. Bloße Hinweise genügen daher nicht. Bagatellvorteile („Raucherlaubnis“) sind nicht erfasst. Die Zulässigkeit der Zusage hängt im Wesentlichen davon ab, ob das Strafverfahren das Einräumen des Vorteils in der konkreten Situation als ermessensfehlerfreie Entscheidung vorsieht und ob der Zusagende tatsächlich entsprechende „Veranlassungskompetenzen“ hat.

e) Fehlerfolgen

Verstöße gegen § 136a StPO führen zu einem absoluten (abwägungsfesten,) Verwertungsverbot (§ 136a Abs. 3 S. 2 StPO). Der Inhalt der Vernehmung ist auch nicht mittelbar – etwa durch Vernehmung des Vernehmungsbeamten – einer Verwertung zugänglich. Auch Antworten von Zeugen oder Angeklagten, die auf Vorhalte aus der (protokollierten) Vernehmung gegeben werden, dürfen nicht zur Urteilsgrundlage gemacht werden (umfassendes Beweisverwertungsverbot (BVV)).

Da die Beachtung der Vernehmungsverbote durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zur Disposition des Beschuldigten steht, ist unerheblich, ob er die Verbote kennt oder deren Missachtung erkannt hat. Die Beweisergebnisse sind selbst dann unverwertbar, wenn der Beschuldigte der Verwertung zustimmt, und zwar auch wenn die Inhalte der Vernehmung entlastenden Charakter hätten.

Hinsichtlich der Fortwirkung einer unter Verstoß gegen § 136a StPO zustande gekommenen Vernehmung gelten die Ausführungen zur Notwendigkeit einer qualifizierten Belehrung bei unzulässigem Unterlassen einer Belehrung gem. § 136 StPO entsprechend bzw. erst recht (argumentum a fortiori; vgl. **Skript Teil D.IV.1.b**) [S. 50]). Das Fehlen einer qualifizierten Belehrung ist wiederum nach der Abwägungslösung zu behandeln. Allerdings dürfte vor dem Hintergrund der Eindeutigkeit des § 136a Abs. 3 StPO nur bei einem geringfügigen Ausmaß der Einwirkung auf die Willensfreiheit das Fehlen einer qualifizierten Belehrung folgenlos bleiben. Bei besonders schweren Verstößen, insbesondere bei durch Folter (Art. 3 EMRK) oder unmenschliche Behandlung erlangten Aussagen, scheint gut vertretbar, eine Fortwirkung im umfassenden Sinn für alle weiteren Vernehmungen im Ermittlungsverfahren anzunehmen.

Hinsichtlich der Fernwirkung gelten die Ausführungen zu § 136 StPO entsprechend (**Skript Teil D.IV.1.b**) [S. 50]). Aber auch hier wird wohl ein strengerer Maßstab anzulegen sein. Besonders gravierenden Verstößen, wie etwa dem Einsatz von unmittelbarem Zwang gegenüber Mitbeschuldigten (§ 136a StPO), eine Auswirkung auf die Verwertbarkeit dessen Angaben gegenüber anderen Mitbeschuldigten allein unter Hinweis darauf, dass die §§ 136, 136a StPO nur die jeweilige Auskunftsperson zu schützen bestimmt sind (Rechtskreistheorie), abzusprechen, würde jedenfalls befremdlich anmuten.

Ebenso dürfte die infolge einer bewussten Täuschung über die Beweislage zustande gekommene Aussage eines Mitbeschuldigten zugunsten eines anderen Mitbeschuldigten oder eines Dritten als unverwertbar gelten. Das Verbot der bewussten Täuschung dürfte nicht allein dem Schutz des Vernommenen dienen (die Menschenwürde oder die Freiheit der Willensentschließung sind in diesen Fällen ohnehin nicht betroffen!). Vielmehr dürfte das

Täuschungsverbot normiert sein, weil die bewusste Irreführung einen massiven mit rechtsstaatlichen Grundsätzen unvereinbarer Vorgang darstellt, der das Ansehen der Rechtspflege nachhaltig schädigt. Die Verwertung einer unter solchen Umständen entstandenen Aussage würde im Ergebnis einer dem Rechtsstaat unwürdigen Billigung der Verletzung der Integrität der Rechtsstaatlichkeit gleichstehen (sog. **Drittwirkung**).

Im Falle der Folter (Art. 3 EMRK) dürfte eine Fernwirkung sogar hinsichtlich sachlicher Beweismittel anzunehmen sein. Letztlich herrschend ist aber auch hier die Abwägungslösung – in diesem Zusammenhang kann man wohl vertreten, dass die Verwertung mittelbar gewonnener Beweise jedenfalls bei besonders schweren Straftaten dann zulässig ist, wenn sie im konkreten Fall „sowieso auch auf sauberen Weg“ hätten gefunden werden können (hypothetical clean path doctrine).

Zu berücksichtigen ist, dass sich die Vorschriften der StPO über die Beweiserhebung und Beweisverwertung ausschließlich an die Strafverfolgungsbehörden richten. An sich strafbare, also nicht gerechtfertigt erlangte Beweismittel durch Privatpersonen sind daher grundsätzlich verwertbar. Dies gilt auch dann, wenn ein hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff nach den Vorschriften der StPO nicht denkbar ist. In solchen Fällen erwartet das GJPA in jüngerer Zeit eine Prüfung der Strafbarkeit der Erlangung der Beweismittel. Liegt diese vor, ist aber gleichwohl eine Abwägung zwischen der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege, die eine möglichst weitgehende Sachaufklärung verlangt, und den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen vorzunehmen. Überwiegen die Strafverfolgungsinteressen, besteht kein Verwertungsverbot. Eine andere Bewertung wäre nur dann geboten, wenn die grundrechtlichen Sicherungen von Strafverfolgungsorganen durch gezielte Einschaltung von Privatpersonen planmäßig außer Acht gelassen würden (Instrumentalisierung von Privaten). Aber auch in solchen Fällen bedarf die Bewertung der Verwertbarkeit einer differenzierten, einzelfallbezogenen Betrachtung. Die bloße Aufforderung an eine Zeugen, ein Gespräch mit dem Beschuldigten zu führen, bei welchem die Erwartung besteht, der Beschuldigte werde sich selbst belasten, begründet nicht ohne Weiteres ein Verwertungsverbot. Maßgeblich dürfte insoweit sein, ob die von den Verfolgungsbehörden herbeigeführte Situation einer „mittelbaren“ Vernehmung entspricht, oder lediglich passiv Wahrnehmungen eines Zeugen unmittelbar (ggf. simultan) an die Strafverfolgungsbehörden gelangen sollen.

Unabhängig davon ist dort, wo der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts betroffen ist – also dessen Menschenwürdegehalt berührt ist – ist eine Abwägung stets unzulässig und eine Verwertung des („durch Private erlangten“) Beweismittels scheidet selbst zur Aufklärung schlimmster Straftaten aus. Orientierungsmaßstab könnte in solchen Fällen ggf. § 100d Abs. 4 S. 1 StPO sein. Je nach Beweismittelart wäre dann konkret zu hinterfragen, welcher „Teil des Beweismittels“ in den Kernbereich privater Lebensgestaltung hineinreicht und ob dieser Teil überhaupt beweiserheblich für die Verurteilungswahrscheinlichkeit ist.

3. § 254 StPO

Beispiel 26: „Es ist alles gesagt.“ [S. 294]

Die Verlesbarkeit von Niederschriften über früheren Vernehmungen des Angeklagten in der Hauptverhandlung zum Zweck der Beweisaufnahme regelt § 254 StPO. Die Vorschrift schränkt die Zulässigkeit des Urkundenbeweises (§ 249 Abs. 1 StPO) dahingehend ein, dass Protokolle über frühere Vernehmungen des Angeklagten nur dann verlesen werden dürfen, wenn diese aufgrund einer richterlichen Vernehmung ordnungsgemäß erstellt worden sind. Im Umkehrschluss begründet § 254 StPO ein Verbot des Urkundenbeweises für Protokolle von nichtrichterlichen (polizeilichen oder staatsanwaltschaftlichen) Vernehmungen. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Zuverlässigkeit richterlicher Protokolle aufgrund der formalen Protokollanforderungen der §§ 168, 168a StPO und der Beteiligungsrechte nach § 168c Abs. 1 StPO im Hinblick auf Vollständigkeit, Neutralität und Präzision höher einzuschätzen ist und insoweit zum Zwecke der Verfahrensvereinfachung – in der Regel – die Vernehmung der richterlichen Verhörsperson entbehrlich ist.

Die Beweisaufnahme über das, was ein Angeklagter bei einer früheren Vernehmung gesagt hat durch andere Beweismittel als die Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls wird durch § 254 StPO aber nicht ausgeschlossen, denn das Gesetz gibt Angeklagten – anders als zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen (vgl. § 252 StPO) – kein prozessuales Recht darauf,

sich von einer früheren Einlassung zu lösen und – ordnungsgemäß erhobene – frühere Angaben einer Verwertung im Urteil zu entziehen. Es kommt daher regelmäßig die Vernehmung der (auch polizeilichen!) Vernehmungsperson in Betracht.

Ob der jetzige Angeklagte die frühere Erklärung vor einem Richter als Beschuldigter oder als Zeuge abgegeben hat, ist ebenso gleichgültig, wie der Verfahrensabschnitt, in welchem er sie abgegeben hat. Verwertbar ist das verlesene richterliche Protokoll auch gegen einen Mitangeklagten, sofern das Geständnis zwar die dem geständigen Angeklagten vorgeworfenen Tat betrifft, sich aber auch auf tatsächliche Vorgänge bezieht, mit denen der Anklagevorwurf gegen den Mitangeklagten im inneren Zusammenhang steht. Das Selbstleseverfahren ist ausgeschlossen (§ 249 Abs. 2 StPO).

Zwar spricht § 254 StPO vom Zweck der Beweisaufnahme „über ein Geständnis“, der Begriff ist jedoch weit zu verstehen und erfasst neben dem Zugestehen der Tat oder einzelner Tatsachen, die für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage erheblich sein können, beispielsweise auch: entlastende Umstände; nicht unmittelbar beweis erhebliche Indiztatsachen; persönliche Verhältnisse; die Vorgeschichte der Tat sowie Angaben über Verbindungen zu Mitangeklagten und Mittelspersonen. Da „über“ ein Geständnis Beweis erhoben werden darf, kann die Verlesung auch erfolgen, um festzustellen, dass der Angeklagte bei der früheren Vernehmung kein Geständnis abgelegt, sondern gar keine oder den Tatvorwurf bestreitende Angaben gemacht hat.

Auf andere Schriftstücke, die keine Protokollierung einer Vernehmung beinhalten, ist § 254 StPO nicht anzuwenden. Vom Angeklagten selbst stammende, schriftliche Erklärungen können daher gem. § 249 StPO verlesen werden.

Beispiel 27: „Mein Name ist Hase...“ [S. 294]

Beispiel 28: „Wer schreibt, der bleibt.“ [S. 294]

V. Zeugen

Zeugen sind Auskunftspersonen, die in einem nicht gegen sie selbst gerichteten Strafverfahren Angaben über von ihnen wahrgenommene Tatsachen machen sollen. Damit ist auch der sog. „Zeuge vom Hörensagen“ – also der Zeuge, dem von anderen Personen Mitteilungen gemacht worden sind – zulässiges Beweismittel. Wer von den Verfahrensbeteiligten lediglich in Augenschein genommen werden soll, ist nicht Zeuge. Da das Ergebnis der Wahrnehmungen tatsächlicher Umstände und ihre Wiedergabe durch die Auskunftsperson Gegenstand der Beweiswürdigung sind, kann ein Zeuge in der Regel nicht beliebig durch andere Zeugen oder andere Beweismittel ersetzt werden.

Gegenstand des Zeugenbeweises können nur (vom Zeugen wahrgenommene) Tatsachen sein. Meinungen, Schlussfolgerungen, Werturteile, Erfahrungssätze, allgemeine Eindrücke, Mutmaßungen oder Rechtsfragen sind demgegenüber keine äußerlich wahrnehmbaren Tatsachen. Zu den Tatsachen, zu denen ein Zeuge Auskünfte geben kann, gehören aber auch innere Tatsachen (eigenpsychische Tatsachen), etwa der eigene Denkvorgang, die eigene Motivation und Gefühle. Die inneren Vorgänge eines anderen Menschen (fremdpsychische Tatsachen) scheidet mangels unmittelbarer Wahrnehmbarkeit als Gegenstand des Zeugenbeweises aus. Allerdings lassen äußerlich wahrnehmbare Tatsachen, die ein Zeuge bekundet, ggf. Schlussfolgerungen auf innere Tatsachen anderer Personen zu. Bekundet ein Zeuge bestimmte Wahrnehmungen gemacht oder nicht gemacht zu haben, ist es Sache des Gerichtes, im Rahmen der Beweiswürdigungen Schlussfolgerungen aus den Wahrnehmungen des Zeugen zu ziehen und zu bewerten, ob ein bestimmtes Ereignis tatsächlich stattgefunden hat oder nicht.

Grundsätzlich ist jedermann tauglich, als Zeuge vor Gericht vernommen zu werden. Für an der Straftat beteiligte Personen gelten aber nennenswerte Besonderheiten: Für Mitbeschuldigte gilt der Grundsatz, dass sie weder gegen sich selbst noch gegen andere Mitbeschuldigte als Zeugen auftreten können. Mitbeschuldigte sind Personen, gegen die als Beschuldigte in demselben Verfahren zum Zwecke der Strafverfolgung vorgegangen wird. Sobald und solange die Verfahren „verbunden geführt werden“, kommt ein Mitbeschuldigter gegen andere Mitbeschuldigte nicht als Zeuge in Betracht, selbst wenn die (verfahrensgegenständlichen) Taten, zu denen Auskunft über Wahrnehmungen gegeben werden könnte, nur den anderen

Mitbeschuldigten vorgeworfen werden und deren der zu Vernehmende weder selbst beschuldigt noch verdächtig ist. Maßgeblich ist damit die prozessuale Gemeinsamkeit, die von der ausdrücklichen oder stillschweigenden Entscheidung der Staatsanwaltschaft oder des Gerichtes abhängig ist, die prozessuale Verbindung herzustellen bzw. aufrecht zu erhalten. Mitbeschuldigte in diesem Sinne sind daher nicht die Personen, gegen die in getrennten Verfahren ermittelt wird, selbst wenn dies wegen derselben Tat im sachlich-rechtlichen Sinn (§§ 52, 53 StGB) erfolgt. Diese rein formal-prozessuale Betrachtungsweise führt auch dazu, dass Mitbeschuldigte, gegen die das Hauptverfahren noch nicht eröffnet ist, als Zeugen in dem Hauptverfahren gegen den Angeklagten vernommen werden können, selbst wenn gegen sie bereits ein Ermittlungsverfahren eingeleitet ist (so erklärt sich die Existenz von § 60 Nr. 2 StPO). Durch einen Wegfall der prozessualen Gemeinsamkeit kann die Zeugeneignung „wieder aufleben“. Von Bedeutung ist das etwa, wenn das Verfahren gegen einen Beschuldigten/Angeklagten abgetrennt, eingestellt oder sonst rechtskräftig abgeschlossen wird.

Es soll in Ausnahmefällen sogar zulässig sein, das Verfahren gegen einen Mitangeklagten vorübergehend zu dem Zweck abzutrennen, ihn als Zeugen zu vernehmen (sog. Rollentausch), allerdings nur, wenn der Mitangeklagte zu selbständigen Anklagepunkten an denen er nach dem Eröffnungsbeschluss nicht beteiligt ist, vernommen werden soll. Zu einer Umgehung des Grundsatzes, dass ein Beschuldiger/Angeklagter nicht Zeuge in einem ihn selbst betreffenden Verfahren sein kann, darf es durch die prozessualen Entscheidungen aber nicht kommen (m.E. Art. 6 EMRK fair trial). Wegen der Gefahr im Rahmen der Beweisverwertung diesen Grundsatz durch eine mittelbare Verwertung der Angaben des ausnahmsweise im Zeitpunkt der vorübergehenden Trennung als Zeugen befragten Angeklagten gegen ihn selbst zu missachten, wird regelmäßig von einem bewussten Rollentausch abzusehen sein.

Die Rechte und Pflichten eines Zeugen ergeben sich aus den folgenden (auszugsweise genannten) Vorschriften (§§ 48 ff. StPO):

Rechte	Pflichten
<ul style="list-style-type: none"> • § 52 ZVR Angehörige • § 53 ZVR Beruf • § 55 AVR • §§ 52 Abs. 3, 55 Abs. 2, 57 Belehrung • § 68 ff., 168e Schutz • §§ 48 Abs. 3 (Verletzter), 69 Art und Weise (§ 136a i.V.m. 69 Abs. 3!) 	<ul style="list-style-type: none"> • § 48 Erscheinen und Aussagen • §§ 153, 154, 161, 257 f. StGB Wahrheit • §§ 59 ff. Eid • §§ 51, 58 ff., 81c, 70 Duldung: (Folgen des Ausbleibens, Gegenüberstellung, Aufzeichnung, Untersuchung, Folgen der Eidesverweigerung)
<ul style="list-style-type: none"> • § 395ff. Nebenklage (Verletzte bestimmter Taten) 	
<ul style="list-style-type: none"> • § 163 Abs. 3 gegenüber Polizei • § 161a Abs. 1 S. 2 gegenüber StA • § 172 Klageerzwingung (Verletzte) • § 406d ff. Auskunft/Einsicht (§ 406e: grds. über RA) / Beistand (Verletzte) 	<ul style="list-style-type: none"> • § 81b ED Maßnahmen • § 161a Abs. 1 S. 1 Erscheinen bei StA • § 163 Abs. 3 S. 1 (ggf.) Erscheinen bei Polizei • §§ 161a Abs. 2, 163 Abs. 4 Nr. 4, 51, 70 „Duldung“

1. Zeugnisverweigerungsrecht

a) § 52 StPO

Zeugen, die zum Beschuldigten in einem verwandtschaftlichen Verhältnis stehen, könnten sich einer Zwangslage ausgesetzt sehen, entweder den verwandten Beschuldigten wahrheitsgemäß zu belasten oder entgegen ihrer Wahrheitspflicht auszusagen und sich so selbst der Gefahr der Strafverfolgung wegen ihrer unrichtigen Aussage auszusetzen. Diesem Umstand Rechnung zu tragen und den „Familienfrieden“ zu schützen, ist Zweck des § 52 StPO. Der Schutz ist umfassend. Es kommt mithin nicht darauf an, ob der Zeuge die familiäre Bindung tatsächlich als seiner Wahrheitspflicht widerstreitend empfindet, ob er be- oder entlastende Angaben machen könnte, oder ob er aus anderen Motiven von seinem Zeugnisverweigerungsrecht (i.F. ZVR) Gebrauch machen möchte. Das ZVR berechtigt (nur) das Zeugnis insgesamt zu verweigern und wird flankiert durch § 81c Abs. 3 S. 1 StPO (Untersuchungsverweigerungsrecht des ZVR-

Berechtigten) sowie § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO (Beschlagnahmeverbot für schriftliche Mitteilungen des Beschuldigten im Gewahrsam des ZVR-Berechtigten).

Das ZVR aus § 52 StPO gilt nur bei Vernehmungen als Zeuge und nur dann, wenn im Zeitpunkt der Vernehmung die von § 52 StPO abschließend beschriebenen persönlichen Näheverhältnisse tatsächlich bestehen. Entsteht ein solches persönliche Verhältnis, nachdem der Zeuge bereits Erklärungen abgegeben hat, die von Bedeutung sind, muss er nochmals mit Belehrung (§ 52 Abs. 3 StPO) vernommen werden, da andernfalls seine frühere Aussage nicht – auch nicht durch Vernehmung der Verhörsperson – verwertbar ist (vgl. **Skript Teil D.V.4** [S. 60]).

Werden Angehörige als (Mit-)Beschuldigte vernommen, steht ihnen ein ZVR nicht zu, weil sie nicht als Zeuge vernommen werden und sich daher nicht in der vom Gesetz vorausgesetzten Zwangslage befinden können, da sie einerseits von ihrem Schweigerecht Gebrauch machen können und falsche Aussagen von Mitbeschuldigten grundsätzlich nicht strafbar sind (keine Wahrheitspflicht für Beschuldigte).

Richtet sich ein einheitliches Strafverfahren gegen mehrere Beschuldigte, steht der Zeuge aber nur zu einem von ihnen in einem Angehörigenverhältnis im Sinne des § 52 StPO, so ist das ZVR unteilbar, sofern der Sachverhalt, zu dem der Zeuge aussagen soll, auch seinen Angehörigen betrifft. Betrifft das einheitlich gegen mehrere Beschuldigte geführte Verfahren mehrere prozessuale Taten (§ 264 StPO), besteht das ZVR mithin nur hinsichtlich der Taten, an denen Angehörigen eine Beteiligung vorgeworfen wird – diese Begrenzung ist aber nur möglich, wenn jede Beziehung der die eine Tat betreffenden Aussage auf die andere ausgeschlossen ist.

Ausreichend ist es, wenn die prozessuale (Verfahrens-)Gemeinsamkeit zu irgendeinem Zeitpunkt, d.h. nicht zwingend im Zeitpunkt der Vernehmung, besteht/bestand. Macht der Zeuge Angaben in einem Verfahren, dass sich nicht gegen einen Angehörigen richtet, sind diese in dem gegen den Angehörigen geführten Verfahren aber nicht verwertbar, wenn er dort von seinem ZVR Gebrauch macht. In dem gegen den Nichtangehörigen geführten Verfahren kann der Zeuge von seinem Auskunftsverweigerungsrecht (§ 55 StPO vgl. **Skript Teil D.V.2** [S. 59]) Gebrauch machen. Endet die prozessuale Gemeinsamkeit durch rechtskräftiges Urteil, rechtskräftigen Freispruch oder durch Tod des Angehörigen, erlischt das ZVR. Gleiches gilt im Falle der endgültigen Einstellung gem. § 153a StPO, soweit eine Verfolgung als Verbrechen ausgeschlossen ist. Ist das Verfahren gem. § 154 Abs. 2 StPO gegen den Angehörigen eingestellt und die Wiederaufnahmefrist des § 154 Abs. 4 StPO verstrichen, besteht ebenfalls keine das ZVR auslösende Zwangslage mehr. Darüber hinaus vertritt der BGH die Auffassung, dass auch bei einer Einstellung gem. § 154 Abs. 1 StPO durch die Staatsanwaltschaft das ZVR erlöschen soll, da wegen des dadurch geschaffenen Vertrauenstatbestandes für die Wiederaufnahme der Ermittlungen ein sachlich einleuchtender Grund erforderlich sei. Jedenfalls dann, wenn die Aussage des Zeugnisverweigerungsberechtigten zu einer Neubewertung des Unrechts- und Schuldgehaltes und damit zu einer geänderten Straferwartung für die eingestellten Taten führen könnte, ist m.E. zu besorgen, dass der Zeuge durch seine Aussage im Verfahren gegen andere Beschuldigte mittelbar den Angehörigen belastet und den Familienfrieden erheblich gefährden und in eine seelische Zwangslage geraten könnte – gleichwohl hält der BGH in diesen Fällen das Recht die Auskunft gem. § 55 StPO zu verweigern, für ausreichend.

Das ZVR ist ein höchstpersönliches Recht, dessen Ausübung ausdrücklich erklärt werden muss. Der Zeuge darf daher nicht einfach wesentliche Tatsachen verschweigen. Gibt der Zeuge Gründe für die Ausübung des ZVR an, die über den Hinweis auf ein zur Aussageverweigerung berechtigendes Verhältnis hinausgehen (vgl. auch § 56 StPO), sind diese, da eine solche Begründung nicht erforderlich ist, nicht verwertbar.

Der Verzicht des Zeugen auf sein Verweigerungsrecht kann stillschweigend erklärt werden und beispielsweise darin liegen, dass der Zeuge aussagt. Der ausdrücklich oder konkludent erklärte Verzicht auf das ZVR kann – auch während der Vernehmung – widerrufen werden (vgl. § 52 Abs. 3 S. 2 StPO).

Beispiel 29: „Alles oder nichts.“ [S. 295]

Die Interessen der Allgemeinheit verlangen, dass dem Einfluss eines Zeugen auf ein

Strafverfahren dort Grenzen gesetzt werden, wo seine eigenen schutzwürdigen Interessen dies nicht mehr zwingend gebieten. Insbesondere in Fällen unlauterer Manipulationen gebührt dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutz der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbaren Beweismittel erfordert, Vorrang vor den Interessen der Zeugen, die sich pflichtwidrig durch ihr Verhalten zum „Herrn des Verfahrens“ zu machen suchen, um durch ihr Verhalten die gebotene Wahrheitsermittlung zu vereiteln. Unlautere Beeinflussungsversuche auf Zeugen oder unlauteres Verhalten der Zeugen, durch welche die Wahrheitsermittlung im Strafverfahren Not leiden würde, müssen wirksam verhindert werden. Wird daher etwa ein Verlöbnis fingiert oder verschwiegen und wäre bei pflichtgemäßen Verhalten ein ZVR nicht anzunehmen bzw. eine Belehrung gem. § 52 Abs. 3 StPO erfolgt, liegen Sonderfälle vor, bei denen die Abwägung zwischen der durch Art. 6 GG geschützten Angehörigenposition und der durch das Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes geschützten Wahrheitsermittlungspflicht im Strafverfahren ein Überwiegen der letztgenannten Belange regelmäßig ergibt. Der aus prozesstaktischen Überlegungen ein Verwertungsverbot herbeiführende Zeuge kann daher nicht auf den Schutz (s)eines Interessenwiderstreits (auch nicht über § 252 StPO) vertrauen.

b) § 53 StPO

Ein ZVR steht auch Berufsheimnisträgern und deren Gehilfen (§ 53a StPO) zu. Zweck der Vorschrift ist der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen bestimmten Berufsangehörigen und denen, die deren Hilfe und Sachkunde in Anspruch nehmen. Eine Entbindung von der Pflicht zur Verschwiegenheit ist nach § 53 Abs. 2 StPO in bestimmten Konstellationen möglich. Die Pflicht kann unter bestimmten Bedingungen (§ 53 Abs. 2 S. 2 StPO) auch ganz entfallen. Ob sich der Berufsheimnisträger auf sein ZVR beruft, liegt in seinem Ermessen. Sagt er aus, können seine Angaben verwertet werden, auch wenn er selbst etwa gegen § 203 StGB verstößt, solange es sich nicht um Kenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung handelt. Eine Belehrungspflicht besteht nicht, da davon auszugehen ist, dass der Berufsheimnisträger seine Berufsrechte und -pflichten kennt. Das ZVR der Berufsheimnisträger wird flankiert durch diverse Beschlagnahmeverbote (§ 97 StPO) und die sich aus § 160a StPO ergebenden Beweiserhebungs- und -verwertungsverbote.

2. Auskunftsverweigerungsrecht

Das Auskunftsverweigerungsrecht (i.F. AVR) des § 55 StPO ergänzt, um den Zeugen eine seelische Zwangslage zu ersparen, die Aussagefreiheit des Beschuldigten und das Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) dahin, dass die Zeugen bei einer Aussage weder sich selbst noch Angehörige, die nicht Beschuldigte sind, belasten müssen. Die Gefahr der Verfolgung wegen einer (begangenen) Straftat oder Ordnungswidrigkeit besteht, wenn die wahrheitsgemäße Aussage des Zeugen einen Anfangsverdacht zu begründen geeignet wäre. Wenn der Inhalt der Aussage in seiner Gesamtheit zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat bieten würde, wird das AVR praktisch zum Recht, die Aussage in vollem Umfang zu verweigern und nicht nur hinsichtlich einzelner Fragen. Ist die Gefahr einer Strafverfolgung ausgeschlossen, etwa weil der Zeuge oder der Angehörige bereits rechtskräftig verurteilt ist oder die Tat für diesen verjährt wäre bzw. sonst ein nicht behebbares Prozesshindernis besteht, kann sich der Zeuge nicht auf ein AVR berufen. Die Verweigerung der Auskunft nach § 55 StPO muss ausdrücklich erklärt werden, der Zeuge darf belastende Tatsachen nicht einfach verschweigen.

3. Belehrungspflichten und Folgen ihrer Verletzung

a) § 52 Abs. 3 StPO

Nach § 52 Abs. 3 StPO sind der zur Verweigerung des Zeugnisses berechnete Zeuge und in den Fällen des Abs. 2 der gesetzliche Vertreter über das Zeugnisverweigerungsrecht zu belehren (vgl. auch § 163 Abs. 3 S. 2 StPO und § 161a Abs. 1 S. 2 StPO). Die Belehrung hat vor jeder Vernehmung zu erfolgen. Sie ist unverzüglich nachzuholen, wenn erst im Verlauf der Vernehmung erkennbar wird, dass dem Zeugen ein ZVR zusteht.

Der Begriff der Zeugenvernehmung im Sinne des § 52 Abs. 3 StPO ist weit zu fassen. Dazu gehören nicht nur förmliche und protokollierte Vernehmungen, sondern auch nicht protokollierte

Anhörungen durch Polizeibeamte und informativische Befragungen. Dagegen werden Spontanäußerungen, Äußerungen im Rahmen der Bitte um polizeiliche Hilfe/Strafanzeigen und dergl. nicht erfasst, soweit sie nicht auf Rückfragen der Ermittlungspersonen beruhen. Zwar werden schriftliche Mitteilungen und Erklärungen des Zeugen grundsätzlich nicht erfasst (§ 249 StPO), legt der Zeuge entsprechende Urkunden im Rahmen einer Vernehmung vor, werden diese jedoch Bestandteil seiner Vernehmung und teilen hinsichtlich der Verwertbarkeit das „Schicksal“ der mündlichen Angaben in der Vernehmung.

Ein Verstoß gegen das Belehrungsgebot des § 52 Abs. 3 StPO führt zu einem absoluten Verwertungsverbot, es sei denn, der Zeuge kannte seine Rechte und hätte auch nach Belehrung ausgesagt. Eine Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO ersetzt die erforderliche Belehrung nach § 52 StPO nicht. Auch die mittelbare Verwertung durch Vernehmung der Verhörsperson oder durch Protokollverlesung ist grundsätzlich ausgeschlossen (umfassendes Verwertungsverbot). Die Heilung des Unterlassens der Belehrung ist zulässig und geboten. Erforderlich ist dann der Hinweis auf die sonstige Unverwertbarkeit der früheren Aussage (qualifizierte Belehrung). Fehlt eine erforderliche qualifizierte Belehrung, gelten die Grundsätze zum Fehlen einer qualifizierten Belehrung bei der Beschuldigtenvernehmung entsprechend (vgl. **Skript TeilD.IV.1.b**) [S. 50]). Eine Fernwirkung besteht grundsätzlich nicht.

b) § 57 StPO

Das Belehrungsgebot über die Wahrheitspflicht und die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen oder unvollständigen Aussage ist eine nur im Interesse des Zeugen erlassene Ordnungsvorschrift. Das Unterlassen der Belehrung führt in keinem Fall zu einem Verwertungsverbot im Verfahren gegen den Beschuldigten („Schutzzweck/Rechtskreistheorie“).

c) § 55 Abs. 2 StPO

Das Belehrungsgebot über ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 Abs. 1 StPO dient allein dem Schutz des Zeugen oder seiner Angehörigen, gegen die sich das Verfahren nicht richtet, vor Verfolgung wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit, soweit diese **vor** seiner Vernehmung begangen wurden. Das Unterlassen der Belehrung des Zeugen nach § 55 Abs. 2 StPO begründet daher kein Verwertungsverbot im Verfahren gegen den Beschuldigten, da dem Zeugen durch das AVR der Konflikt erspart werden soll, sich oder seine Angehörigen durch wahrheitsgemäße Angaben bloßzustellen, nicht aber die verfahrensrechtliche Stellung des Beschuldigten im Strafverfahren gesichert werden soll („Schutzzweck/Rechtskreistheorie“). Berufet sich ein Zeuge erst in einer späteren Vernehmung auf sein AVR, bleiben seine früheren Angaben verwertbar. In einem späteren Verfahren gegen den Zeugen selbst wird das Unterlassen der Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO allerdings regelmäßig zu einem Verwertungsverbot führen, da bezüglich des Zeugen der Schutzzweck des § 55 StPO jenem des § 136 StPO entspricht (zu den Folgen eines Verstoßes gegen § 136 StPO vgl. **Skript Teil D.IV.1.b**) [S. 50]).

4. § 252 StPO

Das Verwertungsverbot des § 252 StPO nimmt sowohl in der Praxis wie in der Ausbildung einen bedeutenden Stellenwert unter den Beweisverboten ein, weil sich zum einen die Problematik, dass ein Zeuge zunächst aussagt und sich erst in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, häufig stellt und zum anderen die Vorschrift eine Reihe rechtlicher Probleme aufwirft. Sinn und Zweck der Vorschrift besteht darin, zu gewährleisten, dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden können soll, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte Aussage verwertet werden darf.

Klausurtypisch sind die Konstellationen, in denen ein Zeuge im Ermittlungsverfahren Angaben gemacht hat, sodann aber erklärt, er werde künftig keine weiteren Erklärungen abgeben. In diesem Falle ist zunächst zu berücksichtigen, dass § 252 StPO nur für ZVR, nicht aber für das AVR (§ 55) gilt.

Beruhet das ZVR auf der Angehörigenstellung (§ 52 StPO) ist eine „Verweigerungshaltung“ umfassend nach § 252 StPO (selbst dann) zu berücksichtigen, wenn das ZVR erst „nachträglich“

entsteht, d.h. im Zeitpunkt der „ersten“ Vernehmung noch nicht bestand.

Beruhet das ZVR auf der Stellung des Zeugen als Berufsheimnisträger (§ 53 StPO) wird auch dieses nach § 252 StPO geschützt. Der Schutz ist (nach der Rechtsprechung) aber eingeschränkt. War im Zeitpunkt der früheren Angaben der nach § 53 ZVR-Berechtigte von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden, dann bleiben seine Angaben auch dann verwertbar, wenn die Entbindung von der Schweigepflicht nach seiner Vernehmung widerrufen wurde, da im Zeitpunkt der „ersten“ Vernehmung keine Pflichtenkollision im Sinne des § 53 StPO bestand.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass § 252 StPO auf die verfahrensrechtliche Stellung der Auskunftsperson in der Hauptverhandlung abstellt. Die Vorschrift findet daher keine Anwendung auf Angaben des (Mit-)Angeklagten, der im Ermittlungsverfahren zunächst noch als Zeuge vernommen worden war. War der Zeuge demgegenüber früher Beschuldigter in demselben oder in einem anderen Verfahren, so ist seine damalige Einlassung unverwertbar, soweit er jetzt als Zeuge vernommen wird und die Aussage befugt nach § 52 StPO in der Hauptverhandlung verweigert.

Die Vorschrift des § 252 StPO bezieht sich auf sämtliche Aussagen vor der Hauptverhandlung, auch in einer früheren Hauptverhandlung, in einem anderen Strafverfahren oder in einem Zivilprozess, gleich ob es sich um förmliche, in ein Protokoll aufgenommene Vernehmungen oder unprotokolliert gebliebene Angaben etwa gegenüber einem Polizeibeamten handelt. Nur die aus freien Stücken erfolgten Äußerungen (Spontanäußerung, Strafanzeigeninhalt, Bitte um polizeiliche Hilfe, V-Mann usw.) fallen nicht unter § 252 StPO, soweit keine Vernehmung vorlag.

Auf das in § 252 StPO verankerte Verbot der Protokollverlesung nach Zeugnisverweigerung können die (übrigen) Verfahrensbeteiligten nicht verzichten – eines Widerspruchs des Angeklagten gegen die Verwertung bedarf es nicht (absolutes Verwertungsverbot).

Über seinen Wortlaut hinaus verbietet § 252 StPO die Verlesung einer schriftlichen Aussage einschließlich der Schriftstücke, die der Zeuge bei der Vernehmung übergeben hat und die Bestandteil seiner Aussage geworden sind. Der Inhalt der Aussage darf auch nicht anderweitig in das Verfahren eingeführt werden, etwa durch Verlesung eines früheren Urteils, durch Vorhalt der früheren Aussage an Angeklagte oder Zeugen oder durch Anhörung von Personen, die bei der Vernehmung zugegen gewesen sind (Verbot der mittelbaren Verwertung).

Eine Ausnahme von dem Verbot, die früheren Angaben durch Vernehmung von Verhörspersonen in die Hauptverhandlung (mittelbar) einzuführen, macht die Rechtsprechung, wenn sich ein Zeuge erst in der Hauptverhandlung entscheidet, von seinem ZVR Gebrauch zu machen und als Zeuge von einem Straf- oder Zivilrichter vernommen worden war, der ihn nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO ordnungsgemäß belehrt hatte. Voraussetzung ist, dass das ZVR bereits im Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung bestand, die Auskunftsperson als Zeuge vernommen wurde und die Vernehmung im Übrigen ordnungsgemäß durchgeführt wurde (vgl. § 168c Abs. 2 bis Abs. 5 StPO). Diese Privilegierung richterlicher Vernehmungen rechtfertigt sich aus der verfahrensrechtlich hervorgehobenen Situation einer richterlichen Vernehmung. Erklärt der ordnungsgemäß belehrte Zeuge gegenüber einem Richter bewusst, auf sein ZVR zu verzichten, überwiegt das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafverfolgung regelmäßig das Interesse des Zeugen, sich die Entscheidungsfreiheit über die Ausübung des ZVR bis zur späteren Hauptverhandlung erhalten zu können.

Einer „qualifizierten Belehrung“ gegenüber dem richterlich zu vernehmenden Zeugen dahingehend, dass seine Aussage vor einem Richter auch im Falle einer späteren Zeugnisverweigerung im weiteren Verfahren nach der vorbeschriebenen Rechtsprechung verwertet werden kann, bedarf es nicht (BGH Beschl. v. 15.07.2016 – GSSt 1 / 16, NJW 2017, 94ff.). Das Unterbleiben einer solchen Belehrung stellt daher keinen Beweiserhebungsmangel dar, der sich auf die Verwertung auswirken könnte. Vor dem Hintergrund, dass diese Frage hinlänglich umstritten war, wird in der Klausur regelmäßig kurz die Entbehrlichkeit einer solchen Belehrung darzulegen sein. Dabei ist im Wesentlichen maßgeblich, dass die Strafprozessordnung grundsätzlich keine Belehrungen über die Möglichkeiten der Beweisverwertung vorsieht (keine Belehrung über Prozessrecht) und eine qualifizierte Belehrung regelmäßig nur erforderlich ist, wenn vorherige Beweiserhebungsmängel geheilt werden sollen. Im Falle der ordnungsgemäß durchgeführten richterlichen Vernehmung liegt aber regelmäßig gerade kein Beweiserhebungsdefizit vor, welches einer Korrektur bedürfte.

Da die Ausübung des ZVR zur Disposition des Zeugnisverweigerungsberechtigten steht, ist es nach herrschender Meinung möglich, dass der Zeuge, obwohl er von seinem ZVR (in der HV) Gebrauch macht, auf das Verwertungsverbot des § 252 StPO verzichtet. Liegt ein wirksamer Verzicht des Zeugen auf das Verwertungsverbot vor, können seine Angaben nach den allgemeinen Regeln in die Hauptverhandlung eingeführt werden (bspw. Vernehmung der Verhörsperson / Vorhalte / § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO).

Beispiel 30: „Klassiker“ [S. 295]

Beispiel 31: „Sedlmayr“ [S. 295]

Beispiel 32: „Zeugenauflauf“ [S. 296]

VI. Augenscheinsobjekte

Die Begriffe Augenscheinsobjekte und Augenscheinseinnahme werden weder in § 86 StPO noch an anderer Stelle näher erläutert.

Nach der Rechtsprechung handelt es sich bei der Augenscheinseinnahme um eine förmliche Art der Beweisaufnahme, die sich auf ein Augenscheinsobjekt als Beweismittel bezieht, die eine unmittelbare Wahrnehmung durch Sehen, Hören, Riechen, Schmecken oder Befühlen erfordert. Die Beweismethode besteht darin, dass sich das Gericht durch sinnliche Wahrnehmung einen Eindruck von der Existenz oder äußeren Beschaffenheit eines Menschen, eines Körpers oder einer Sache verschafft, dass es die Lage von Örtlichkeiten und Gegenständen feststellt oder eine Verhaltensweise oder einen wiederholbaren Vorgang beobachtet. Anwesenheitsrechte und Benachrichtigungspflichten sind in § 168d StPO geregelt, der inhaltlich auch auf § 168c StPO verweist.

Die Augenscheinsobjekte gehören zu den sachlichen Beweismitteln. Darunter sind alle Gegenstände zu verstehen, die einen Beweis durch die ihnen beiwohnenden, mit den Sinnen wahrnehmbaren Eigenschaften erbringen können, wie beispielsweise: Abbildungen, Lichtbilder, Filmstreifen, Videoaufnahmen, digitale Daten aber auch akustische Aufzeichnungen.

Eine dem Augenscheinsobjekt beiwohnende Eigenschaft ist auch seine Existenz. Daraus ergibt sich die Abgrenzung zur Urkunde im Sinne des § 249 StPO: Kommt es auf den Inhalt eines Dokumentes/einer Aufzeichnung usw. an, der durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann, handelt es sich um eine Urkunde im Sinne der StPO. Der strafprozessuale Urkundenbegriff ist mithin weiter als der des materiellen Strafrechts. Ist dagegen das Vorhandensein eines Dokumentes oder sein Zustand beweisrelevant, handelt es sich insoweit um ein Augenscheinsobjekt. In der Praxis werden beweisrechtlich relevante Schriftstücke daher meist sowohl zunächst hinsichtlich ihrer Existenz und Beschaffenheit in Augenschein genommen und anschließend, soweit zulässig (d.h., insbesondere § 250 StPO nicht entgegen steht), der Inhalt gem. § 249 StPO verlesen.

Bei Skizzen, Zeichnungen und Plänen, insbesondere solche von Tat- oder Unfallort ist besonderer Augenmerk darauf zu legen, ob diese einen gedanklichen Inhalt haben. Geht es nur um ihre Existenz bzw. die Tatsache ihrer Herstellung, handelt es sich um Augenscheinsobjekte. Ist in Skizzen, Zeichnungen oder Plänen das Ergebnis einer Wahrnehmung einer Person enthalten, verbietet § 250 StPO, die Vernehmung ihres Herstellers durch die Inaugenscheinnahme zu ersetzen. Als Vernehmungshilfen, d.h. als Gegenstände, die bei der Vernehmung zur Erläuterung von Fragen und zur Veranschaulichung der Angaben benutzt werden, ohne selbst Beweismittel zu sein, können Skizzen usw. jedoch dienen.

Beispiel 33: „Flusssäure“ [S. 296]

Personen können unter Berücksichtigung der Einschränkungen des § 81d StPO in Augenschein genommen werden, sofern nicht, wie beispielsweise bei §§ 81a, 81c StPO, der Sachverständigenbeweis erforderlich ist. Das gilt sowohl für Beschuldigte, Zeugen und auch sonstige Dritte. Soweit sich die Betrachtung eines Zeugen unterhalb der Schwelle einer Untersuchung im Sinne der § 81c StPO hält und sich alleine auf das äußere Erscheinungsbild der Person beschränkt, steht dem weder das Zeugnisverweigerungsrecht, noch das sich aus § 81c Abs. 3 i.V.m. § 52 StPO ergebende Untersuchungsverweigerungsrecht entgegen.

VII. Sachverständige

Der Begriff des Sachverständigen ist weder in § 72 noch sonst in der StPO definiert. Sachverständiger ist nach allgemeiner Meinung, wer über Sachkunde auf besonderen Gebieten verfügt und dem Gericht diese Sachkunde vermittelt oder auf der Grundlage seiner fachlichen Qualifikation im Auftrag des Gerichtes Sachverhalte beurteilt, die ihm durch das Gericht mitgeteilt werden oder die er selbst auf Grund seiner besonderen Sachkunde feststellt.

Der Sachverständige ist persönliches Beweismittel. Ihm kann neben der bloßen Vermittlung von Grundlagenwissen die Aufgabe zukommen, Tatsachen festzustellen, d.h. bloße Wahrnehmungen bestimmter Art zu machen, sofern es hierfür spezifischer Fachkenntnisse bedarf (Bsp.: Leichenschau, toxikologische Untersuchung einer Leiche, Auswertung von Röntgenbildern, Bestimmung der Alkoholkonzentration einer Blutprobe). In Zusammenhang mit den Tatsachenfeststellungen stehen dabei die Verrichtungen, die der Sachverständige hierfür ausführt, wie etwa die Vornahme ärztlicher Untersuchungen und körperlicher Eingriffe (§§ 81a Abs. 1 S. 2, 81c Abs. 2 S. 1 StPO). Gegenstand der Vernehmung des Sachverständigen sind dann die Bekundungen über Tatsachen, zu deren Wahrnehmung der Sachverständige bestellt war.

Häufigste Aufgabe eines Sachverständigen ist die Vornahme von Wertungen bei der Erstattung von Gutachten. Er wendet dann sein Fachwissen auf Tatsachen an, bewertet diese und zieht Schlussfolgerungen (Bsp.: medizinische oder psychiatrische Begutachtung des Geisteszustandes einer Person, Äußerungen zur Todesursache oder der Art der Entstehung von Verletzungen durch Rechtsmediziner, Rekonstruktion eines Unfallhergangs u.ä.).

Da der Sachverständige dem Gericht nicht nur Erfahrungssätze und Wertungen erläutert, sondern daneben Wahrnehmungen über Tatsachen vermittelt, ergeben sich Überschneidungen zum Zeugenbeweis. Die Abgrenzung ist allerdings zwingend erforderlich. Das ergibt sich bereits daraus, dass der Sachverständige gem. § 74 Abs. 1 StPO (u.a. wegen Besorgnis der Befangenheit) abgelehnt werden kann, da man ihn (anders als Zeugen), regelmäßig durch einen anderen ersetzen kann. Inhaltlich hat die Unterscheidung anhand der Aufgaben des Sachverständigen und des im Gutachten enthaltenen Tatsachenstoffes zu erfolgen.

Die Tatsachenbasis, auf deren Grundlage der Sachverständige Schlussfolgerungen zieht, die Zweck seines Auftrages sind, wird als Anknüpfungstatsache bezeichnet. Diese werden dem Sachverständigen regelmäßig durch das Gericht nach § 78 StPO mitgeteilt. Der Sachverständige kann sich aber auch nach Maßgabe des § 80 StPO durch weitere Aufklärung die für die Gutachtenerstellung erforderliche Tatsachenbasis selbst verschaffen. Soweit der Sachverständige eigenständige Feststellungen trifft, die er zur Tatsachengrundlage seines Gutachtens macht, kann es sich dabei je nach Art und Weise der Feststellung um Befund- oder Zusatzfakten handeln.

Sofern Feststellungen nur aufgrund der besonderen Sachkunde getroffen werden können, handelt es sich um Befundfakten, zu deren Feststellung das Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten nicht in der Lage ist. Als Teil des Sachverständigengutachtens unterliegen Befundfakten den Regelungen über den Sachverständigenbeweis, wenn sie in das Verfahren eingeführt werden sollen. Sind vom Sachverständigen festgestellte Befundfakten nicht von seinem Gutachtenauftrag umfasst, gelten indes die Regelungen über den Zeugenbeweis (§ 85 StPO = „sachverständiger Zeuge“).

Diejenigen Tatsachen, die das Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln selbst festzustellen in der Lage wäre, werden Zusatzfakten genannt. Sie werden regelmäßig anlässlich der Begutachtung festgestellt, sind aber, da es hierfür nicht auf die besondere Sachkunde ankommt, nicht Gegenstand des Sachverständigenbeweises. Sie können daher nicht ohne weiteres über die Vernehmung des Sachverständigen im Rahmen der Gutachtenerstattung in das Verfahren eingeführt werden. Ihre Erhebung durch den Gutachter entbindet das Gericht grundsätzlich nicht, sie mit den anderen Mitteln des Strengbeweisverfahrens in das Verfahren einzuführen, wobei die Grundsätze der §§ 250, 257, 261 StPO zu beachten sind. Das Gericht ist entsprechend gehalten, Erkenntnisse, die der Sachverständige etwa durch Befragung Dritter erlangt hat, durch deren Vernehmung als Beweis zu erheben. Gegebenenfalls kann auch der Sachverständige selbst als Zeuge vom Hörensagen vernommen werden.

Da für Zusatztatsachen die allgemeinen beweisrechtlichen Regeln gelten, können sich eine Reihe von Problemen bei der Beweiserhebung bzw. -verwertung stellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Sachverständige im Rahmen seiner Tätigkeit Angaben von Personen zur Kenntnis nimmt. Als gesichert kann gelten, dass Sachverständige keine Strafverfolgungsorgane sind und daher weder befugt sind, Vernehmungen durchzuführen, noch Belehrungen über Aussage-, Auskunft-, Zeugnis- oder Untersuchungsverweigerungsrechte zu erteilen (§§ 136, 55, 52 Abs. 3, 81c Abs. 3 StPO). Das Unterlassen einer nach diesen Vorschriften im Falle einer Vernehmung gebotenen Belehrung durch den Sachverständigen im Rahmen seiner gutachterlichen Tätigkeit kann daher regelmäßig kein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben. Es sind aber extreme (Klausur-)Konstellationen denkbar, in denen der jeweilige Schutzzweck der Belehrungsgebote aufgrund der Art und Weise der Befragung durch den Sachverständigen (vernehmungssähnliche Situation) in einem Ausmaß tangiert ist, dass sich jedenfalls das Fehlen einer vor der Gutachtenerstellung erforderlichen Belehrung im Rahmen einer Vernehmung ausnahmsweise auf die Verwertbarkeit der Angaben gegenüber einem Sachverständigen im Rahmen dessen späteren Gutachtenerstellung auswirken könnte (ausnahmsweise Fernwirkung). Auch Befragungen durch den Sachverständigen, die im Falle einer Vernehmung den Anforderungen des § 136a StPO nicht genügen würden, dürften unzulässig sein und ein absolutes Verwertungsverbot begründen (Art. 20 GG). Darüber hinaus hält die Rechtsprechung für Angaben von Opfern einer Straftat, die grundsätzlich als Zusatztatsachen zu qualifizieren und daher über die Vernehmung der Sachverständigen in ihrer Eigenschaft als Zeugen vom Hörensagen in die Hauptverhandlung einzuführen sind, den Anwendungsbereich des § 252 StPO für eröffnet, obschon Sachverständige (mangels Befugnis) keine Vernehmungen im Sinne der Strafprozessordnung durchführen. Die jüngere Rechtsprechung lässt sogar Tendenzen erkennen, den Anwendungsbereich des § 252 StPO auch auf Befundtatsachen zu erstrecken bzw. die Unterscheidung zwischen Befund- und Zusatztatsachen bei Opferschilderungen gänzlich aufzugeben.

Beispiel 34: „Es kam so über mich!“ [S. 296]

Beispiel 35: „Opferschilderung“ [S. 296]

VIII. Urkunden (§ 249 StPO)

Der Urkundenbeweis im Strafprozess bedeutet die Ermittlung und Verwertung des gedanklichen Inhaltes eines Schriftstücks. Er ist zulässig, wenn das Gesetz ihn nicht ausdrücklich untersagt. Er wird durch Verlesung (§ 249 Abs. 1 StPO) oder durch Selbstlesung (§ 249 Abs. 2 StPO) erhoben. Für Beweiserklärungen, die für das Verfahren hergestellt worden sind, gilt das Verwertungsverbot des § 250 S. 2 StPO, von dem die §§ 251, 253, 254, 256 StPO Ausnahmen zulassen.

Ein Unterschied zwischen Urkunden und anderen als Beweismittel dienende Schriftstücke besteht (obwohl der Wortlaut des § 249 StPO dies vermuten lässt) nicht. Alle Arten von Schriftstücken, die verlesbar und geeignet sind, durch ihren Gedankeninhalt Beweis zu erbringen, sind von § 249 StPO erfasst. Anders als beim materiellen Urkundenbegriff (§ 267 StGB) kommt es weder auf die Beweisbestimmung noch auf die Echtheit der Urkunde oder die Erkennbarkeit des Ausstellers an. Abschriften, Durchschläge, Ablichtungen usw. dürfen grundsätzlich statt des Originals als Beweismittel verwendet werden. Kommt es dagegen nicht auf den gedanklichen Inhalt eines Schriftstückes, sondern auf seine Existenz oder Beschaffenheit an, ist es Gegenstand des Augenscheins.

Beispiel 36 „Höhere Sphären“ [S. 296]

E. Zwangmaßnahmen in der StPO

I. Durchsuchung

Die §§ 102ff. StPO gestatten den Eingriff in die Grundrechte nach Art. 2 und 13 GG. Es handelt sich um eine offene Ermittlungsmaßnahme.

1. § 102 StPO

Die Zulässigkeit von Durchsuchungen beim Verdächtigen richtet sich nach §§ 102, 105 StPO.

Durchsuchung von Wohnungen und Räumen i.S.d. § 102 meint das Betreten von geschützten Räumen, verbunden mit dem Augenschein an Personen, Sachen und Spuren. Erfasst sind alle Räumlichkeiten, die der Verdächtige tatsächlich innehat, gleichgültig, ob er sie befugt oder unbefugt nutzt, ob er Allein- oder Mitinhaber ist und ob ihm das Hausrecht zusteht. Dazu gehören auch Arbeits- und Geschäftsräume, sowie Räume, die nur vorübergehend benutzt oder mitbenutzt werden (etwa Hotelzimmer).

Die Durchsuchung von Personen besteht im Suchen nach Sachen oder Spuren in oder unter der Kleidung. Die Durchsuchung von Sachen betrifft die sonstige bewegliche Habe, die der Betroffene bei sich führt. Dabei gilt ein weites Verständnis. Erfasst sind daher auch Gegenstände, die sich im Umkreis des Betroffenen befinden (bspw.: Kofferraum). Nicht erforderlich ist, dass die Gegenstände im Eigentum des Betroffenen stehen. „Ihm gehörend“ i.S.d. § 102 StPO sind Sachen auch dann, wenn der Betroffene darüber die tatsächliche Sachherrschaft ausüben kann.

Zulässige Zwecke der Durchsuchung nach § 102 StPO sind die Ergreifungsdurchsuchung und die Ermittlungsdurchsuchung. Die Ergreifungsdurchsuchung umfasst jede Festnahme mit dem Ziel der Durchführung einer zum Zeitpunkt der Anordnung der Durchsuchung gesetzlich zugelassenen Zwangmaßnahme (Bsp.: §§ 127, 112, 230, 134, 236, 329 Abs. 4 S. 1, 126a StPO; auch für §§ 163b, 81a, 81b StPO). Die Ermittlungsdurchsuchung dient dem Auffinden von Beweismitteln, also Sachen, die unmittelbar oder mittelbar für die Tat Beweis erbringen können, und Spuren.

Voraussetzung einer Durchsuchung ist die auf zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkten beruhende Wahrscheinlichkeit, dass eine bestimmte Straftat begangen worden ist. Die Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Verdachts erst erforderlich sind. Die Durchsuchung ist zulässig, wenn auf Grund kriminalistischer Erfahrung die begründete Aussicht besteht, dass der Zweck der Durchsuchung erreicht werden kann (Auffindungsvermutung).

„Verdächtiger“ im Sinne des § 102 StPO ist diejenige Person, von der aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte oder kriminalistischer Erfahrung angenommen werden kann, dass sie als Täter oder Teilnehmer einer verfolgbaren Straftat in Betracht kommt. Zwar braucht der von der Durchsuchung nach § 102 StPO Betroffene – der Verdächtige – formal noch nicht Beschuldigter zu sein – dieser Status wird aber durch die Anordnung einer Durchsuchung in aller Regel konstituiert, da diese Maßnahme regelmäßig dem Ziel dient, gegen den Verdächtigen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen und für seine Überführung geeignete Beweismittel zu gewinnen und wodurch der staatliche Verfolgungswille objektiv manifestiert wird (Inkulpationsakt).

2. § 103 StPO

Die Zulässigkeit der Durchsuchung bei anderen Personen als Tat- oder Teilnahmeverdächtigen (auch juristischen Personen) richtet sich nach § 103 StPO. Ein wesentlicher Unterschied zur Durchsuchung nach § 102 StPO besteht darin, dass sie nur zulässig ist, wenn aufgrund bestimmter – erwiesener – Tatsachen die Annahme gerechtfertigt ist, dass die Durchsuchung zum Auffinden von bestimmten Spuren oder bestimmten Beweismitteln führen wird.

3. Verhältnismäßigkeit

Jede Durchsuchung bedarf einer Rechtfertigung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dazu gehört, dass sie im Hinblick auf den verfolgten Zweck Erfolg verspricht (Auffindungswahrscheinlichkeit), zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich ist und der Eingriff in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und der Stärke des Tatverdachts steht. In diesem Zusammenhang ist insbesondere § 160a StPO zu beachten (vgl. insoweit auch LG Bonn, Beschl. v. 10.01.2011, 27 Qs 33 / 10, NJW-Spezial 2011, 378 – mit entsprechender Kritik).

4. § 105 StPO

Die Durchsuchung bedarf grundsätzlich der richterlichen Anordnung (§ 105 Abs. 1 StPO / Richtervorbehalt), soweit der Betroffene sich mit der Maßnahme nicht ausdrücklich und freiwillig einverstanden erklärt.

Bei Gefahr im Verzug sind aber auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) zur Anordnung der Durchsuchung berechtigt. Gefahr im Verzug besteht, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, weshalb den Beamten insoweit kein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist. Die maßgeblichen, einzelfallbezogenen Umstände, die zur Annahme von Gefahr im Verzug führen, sind zum Zweck der Überprüfbarkeit durch die Ermittlungsbehörden zeitnah zu dokumentieren. Eine solche Dokumentation ist nur dann entbehrlich, wenn schon allein aufgrund der von der Polizei oder von der Staatsanwaltschaft bis zur Durchsuchungsanordnung in der Akte vermerkten tatsächlichen Umstände der Tatverdacht, die Zielrichtung der Durchsuchung und die Dringlichkeit der Durchsuchung offensichtlich gegeben sind. Die Folgen einer erforderlichen, aber fehlenden Dokumentation sind noch nicht abschließend in der Rechtsprechung entschieden – ein Verwertungsverbot liegt m.E. aber eher fern. Bei schwerwiegenden, bewussten oder willkürlichen Verfahrensverstößen, durch die grundrechtliche Sicherungen planmäßig außer Acht gelassen wurden, liegt ein Verwertungsverbot allerdings regelmäßig besonders nahe.

Zu beachten ist, dass die richterliche Anordnung die Regel, die Anordnung wegen Gefahr im Verzug die Ausnahme ist. Wird der zuständige Ermittlungsrichter durch einen bei ihm gestellten Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung mit der Sache befasst, endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden. Diese lebt, unabhängig davon, aus welchen Gründen die richterliche Entscheidung über den Durchsuchungsantrag unterbleibt, etwa weil der Richter die Vorlage schriftlicher Antragsunterlagen oder einer Ermittlungsakte fordert, Nachermittlungen anordnet oder schlicht bis zum Eintritt der Gefahr eines Beweismittelverlustes noch nicht entschieden hat, auch nicht wieder auf. Entstehen innerhalb dieser Zeit allerdings neue tatsächliche Umstände, die die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörde neu begründen können, liegt eine „überholende Kausalität“ vor, die ggf. zur Anordnung wegen Gefahr im Verzug berechtigt.

Inhaltlich muss die Durchsuchungsanordnung die Straftat bezeichnen, wegen der die Durchsuchung durchgeführt werden soll, Angaben zu den wesentlichen Verdachtsmomenten enthalten und der Zweck und das Ausmaß der Durchsuchung müssen genannt bzw. zumindest annähernd begrenzt werden (im Falle des § 103 müssen gesuchte Gegenstände konkret bezeichnet sein!). Auch wenn allgemein aus § 34 StPO geschlossen wird, dass für die richterliche Durchsuchungsanordnung eine schriftliche Begründung zwar im Grundsatz geboten ist, sieht § 105 StPO für die richterliche Anordnung keine bestimmte Form vor. In Eilfällen ist die fernmündliche Anordnung durch den Ermittlungsrichter gestattet, wobei der Erlass der Anordnung zeitnah in den Ermittlungsakten zu vermerken ist.

5. Durchführung

Die Durchführung der Durchsuchung ist in den §§ 104 – 110 StPO normiert. Beachtenswert ist dabei das grundsätzliche Verbot der Durchsuchung zur Nachtzeit (§ 104 StPO), das Gebot der Hinzuziehung von Durchsuchungszeugen (§ 105 Abs. 2 StPO) und des Inhabers der zu durchsuchenden Räume (§ 106 StPO). Für Zufallsfunde, d.h. im Rahmen der Durchführung der

Durchsuchung aufgefundene Gegenstände, die auf die Begehung einer anderen Tat hindeuten, die bisher unbekannt war oder derentwegen ein anderes Verfahren anhängig ist, gilt § 108 StPO (mit der Einschränkung des § 108 Abs. 1 S. 3 StPO (im Falle der Ergreifungsdurchsuchung bei Dritten)).

6. Fehlerfolgen

Beispiel 37: „Nicht ohne meine Akte“ [S. 296]

Beispiel 38: „Abwarten...“ [S. 297]

Es gilt die im **Skript Teil D.III** [S. 44] dargelegte Abwägungslösung. Fehlt eine richterliche Durchsuchungsanordnung oder lagen bei deren Erlass die Anordnungsvoraussetzungen nicht vor, sind die Folgen für die Verwertbarkeit der aufgrund oder durch die Durchsuchung erhobenen Beweise nach den dort dargestellten Abwägungsgrundsätzen zu ermitteln. Dabei gelten folgende „Richtlinien“:

Eine richterlich angeordnete oder gestattete Durchsuchung wird in der Regel nicht dadurch rechtswidrig, dass sie unzureichend dokumentiert worden ist. Eine unzureichende Dokumentation der richterlichen Entscheidung führt auch nicht zwingend zu einem Beweisverwertungsverbot (BGH, NStZ 2005, 392).

Die irrige Annahme von Gefahr im Verzug führt bei einer Abwägung mit dem Interesse an einer funktionierenden Strafrechtspflege nicht grundsätzlich zur Annahme eines Verwertungsverbotes. In der Regel liegt kein besonders grober Verstoß vor, insbesondere dann nicht, wenn bei einem ordnungsgemäßen Vorgehen der Richter die Anordnung ohne weiteres hätte treffen müssen, weil die Voraussetzungen erfüllt waren (hypothetische Ersatzanordnung). Gleiches dürfte für inhaltliche Mängel der Anordnung, die fehlende Dokumentation der die Gefahr im Verzug begründenden Umstände und eine unverhältnismäßige Anordnung gelten. Die Folgen einer fehlenden Dokumentation für die Verwertbarkeit der gewonnenen Beweismittel sind jedoch noch nicht abschließend in der Rechtsprechung entschieden. Insoweit kann lediglich als gesichert gelten, dass bei der späteren gerichtlichen Prüfung, ob die Polizeibeamten oder die Staatsanwaltschaft zu Recht Gefahr im Verzug angenommen haben, nur die Tatsachen und Wertungen Berücksichtigung finden können, die in einer entsprechenden Dokumentation enthalten sind bzw. sich bis zur Durchsuchungsanordnung aus den Akten ergeben.

Selbst das Fehlen eines Anfangsverdachts führt nicht zwingend zu einem Verwertungsverbot (BVerfG NJW 2009, 3225 – für Zufallsfunde während rechtswidriger Durchsuchung).

Erfolgt die Durchsuchung aber willkürlich unter bewusster Missachtung des Richtervorbehalts oder in grober Verkennung der Rechtslage, liegt ein Verwertungsverbot sehr nahe. Jedenfalls dann wenn, die grundrechtlichen Sicherungen (Art. 13 Abs. 2 GG) planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen wurden, etwa weil durch Zuwarten der Ermittlungspersonen oder durch deren Handlungen die Gefahr eines Beweismittelverlustes erst entstand, obschon eine zeitlich frühere richterliche Anordnung eingeholt hätte werden können, drängt sich die Annahme eines Verwertungsverbots auf. Dem Gesichtspunkt der hypothetischen Ersatzanordnung kommt dann keine Bedeutung zu. Die Widerspruchslösung gilt in diesen Fällen nicht (BGH Urt. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, BGHSt 61, 266ff.)

Bei der Abwägung darf in den Fällen der Durchsuchung bei Dritten (§ 103 StPO) nicht unberücksichtigt bleiben, dass die dort normierten besonderen Anforderungen nur dem Schutz des von der Durchsuchung Betroffenen zu dienen bestimmt sind (Rechtskreistheorie).

Beachten Sie bitte, dass nicht jede Durchsuchung einer Person oder einer Sache durch die Polizei ohne vorherige richterliche Anordnung und ohne das Vorliegen der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug einen Verfahrensverstoß im Sinne des § 105 StPO (Anordnungscompetenz) darstellen muss. Das liegt darin begründet, dass die Polizei neben der Umsetzung repressiver Maßnahmen der Strafverfolgung auch zur Gefahrenabwehr präventiv tätig werden kann und ihr auch bei der Durchführung strafprozessualer Maßnahmen polizeirechtliche Befugnisse zustehen. So ist beispielsweise die Durchsuchung der Person zur Identitätsfeststellung im Rahmen der Gefahrenabwehr oder im Rahmen einer vorläufigen Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO aus Selbstsicherungsgründen der Beamten in aller Regel erforderlich und durch das Polizeirecht gedeckt (vgl. bspw. § 12 Abs. 1, Abs. 2 S. 3 und S.4 BbgPolG; § 21 Abs. 2 S. 2

BbgPolG).

Werden Beweismittel, die für die Strafverfolgung relevant sind, im Rahmen polizeilicher Maßnahmen aufgefunden, stellt sich die Frage nach dem „Beweismitteltransfer“ in das Strafverfahren. Eine vertiefte Erörterung ist entbehrlich, wenn die polizeiliche Maßnahme sich als Annex zu einer strafprozessualen Maßnahme in dem Ermittlungsverfahren erweist, welches Ihnen in der Klausursituation zur Bearbeitung vorliegt. Werden beispielsweise Beweismittel im Rahmen einer Durchsuchung zur Eigensicherung bei vorläufiger Festnahme wegen eines Vorwurfs, der Gegenstand „Ihres“ Verfahrens bildet, aufgefunden, erübrigt sich regelmäßig die Darstellung der Rechtsnatur der Maßnahme und die gesonderte Prüfung der Verwertbarkeit, da die Maßnahme insgesamt durch § 127 Abs. 2 StPO (ggf. i.V.m. Polizeirecht) gedeckt sein dürfte, dessen Voraussetzungen Sie bitte ebenfalls nur bei offensichtlichen Problemen, die ggf. zur Rechtswidrigkeit der vorläufigen Festnahme führen könnten, gesondert prüfen. Auf § 161 Abs. 3 StPO können Sie in diesen Fällen kurz hinweisen.

Ist die Maßnahme der Polizei aber ausschließlich auf der Basis des Polizeirechts angeordnet und durchgeführt worden, richtet sich die Verwertbarkeit dabei gewonnener Erkenntnisse regelmäßig nach § 161 Abs. 3 StPO (hypothetischer Ersatzeingriff). Die Verwertung als Beweismittel im Strafverfahren setzt voraus, dass die Maßnahme auch nach der StPO hätte angeordnet werden dürfen. Ob die polizeirechtliche Maßnahme rechtmäßig war, ist ebenfalls zu berücksichtigen. Allerdings wird in den Klausursituationen nach dem Bearbeitervermerk regelmäßig zu unterstellen sein, dass die polizeirechtlichen Vorschriften eingehalten worden sind und daher die – nicht uninteressante – Erörterung der Auswirkungen der Rechtswidrigkeit der polizeilichen Maßnahme bei gleichzeitigem Vorliegen der Rechtmäßigkeit eines hypothetischen Ersatzeingriffs entbehrlich sein.

Ein erhöhter Erörterungsbedarf besteht jedoch bei sog. „**legendierten Kontrollen**“. Mit diesem Begriff werden staatliche (typischerweise polizeiliche) Eingriffsmaßnahmen bezeichnet, die faktisch zumindest auch der Strafverfolgung dienen, bei denen jedoch dem Betroffenen gegenüber durch die Angabe einer anderen Intention zumindest vorübergehend verschleiert wird, dass die Strafverfolgung zentraler Eingriffszweck gewesen ist. Das Ziel eines solchen Vorgehens besteht darin, gegen mutmaßlich strafbares Verhalten einschreiten zu können, ohne bereits laufende, größer dimensionierte Ermittlungen offen legen zu müssen. Wird beispielsweise das Fahrzeug eines Drogenkuriers, in dem aufgrund strafprozessualer (Observations-/TKÜ-)Maßnahmen Betäubungsmittel begründet vermutet werden, gezielt einer Verkehrskontrolle unterzogen, bei der versteckte Betäubungsmittel „entdeckt“ werden, könnte die Offenlegung der Herkunft der Erkenntnisse die (andauernden) Ermittlungen insgesamt gefährden.

Die Rechtsprechung hält ein solches Vorgehen unter bestimmten Bedingungen für rechtmäßig und sieht sich insoweit erheblicher Kritik aus der Literatur ausgesetzt. Die Verwertbarkeit durch legendierte Kontrollen erlangter Erkenntnisse richtet sich grundsätzlich nach § 161 Abs. 3 StPO – erforderlich ist also, dass eine entsprechende Durchsuchungsanordnung auch nach der Strafprozessordnung hätte ergehen können und zweifelsfrei erlassen worden wäre. Da Gefahrenabwehrrecht und Strafprozessrecht nicht in einem Exklusivitätsverhältnis stehen und prozessuale Maßnahmen kein Vorrang vor präventiv polizeilichen Maßnahmen zukommt, ist es in der Regel nicht von Relevanz, dass die mögliche richterliche Entscheidung nach § 105 StPO nicht eingeholt wurde.

Die sog. „**doppelfunktionale Maßnahmen**“, die sowohl der strafprozessualen Beweisgewinnung wie auch der Gefahrenabwehr dienen, dürfen grundsätzlich (auch) auf Eingriffsnormen des Gefahrenabwehrrechts (z.B. des Straßenverkehrsrechts) gestützt werden. Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme ist dann ausschließlich nach den gefahrenabwehrrechtlichen Voraussetzungen zu beurteilen. Allerdings ist bei der Verwertbarkeit in Blick zu nehmen, ob mit der Maßnahme tatsächlich zumindest auch Gefahrenabwehr bezweckt wurde, denn andernfalls könnte eine rechtsmissbräuchliche Umgehung der Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Eingriffsmaßnahme durch die Wahl der Maßnahme vorliegen. Im Übrigen müssen die Grundsätze der Aktenwahrheit, Aktenklarheit und Aktenvollständigkeit gewahrt werden, da andernfalls der Grundsatz des fairen Verfahrens verletzt sein könnte. Es muss daher spätestens vor Anklageerhebung zur Wahrung der Verteidigungsrechte offengelegt werden, welchen tatsächlichen Hintergrund die präventive Maßnahme hatte. Demgegenüber bedarf es insbesondere in der ersten

Beschuldigtenvernehmung (unmittelbar nach der legendierten Kontrolle) regelmäßig keiner Offenbarung sämtlicher Ermittlungsergebnisse, wie etwa einen Hinweis auf laufende Telefonüberwachungen und Observationsmaßnahmen. Eine Belehrung über die Genese des Tatverdachts kann aus ermittlungstaktischen Gründen unterbleiben, solange sichergestellt ist, dass der Beschuldigte in groben Zügen der Tatvorwurf so weit erläutert wird, dass er sich sachgerecht verteidigen kann, jedoch nicht so weit, dass die Aufklärung des Sachverhaltes und damit die Effektivität der Strafverfolgung darunter leiden. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der §§ 163a Abs. 4, 136 StPO, wonach die Tat, nicht aber die Beweismittel zu eröffnen sind und aus § 147 Abs. 2 StPO, wonach Akteneinsicht versagt werden kann, soweit diese den Untersuchungszweck gefährdet. Die Grenze des insoweit bestehenden, dem jeweiligen Vernehmenden zustehenden Beurteilungsspielraums wird dort liegen, wo die Vernehmung dem sich aus § 136a StPO ergebenden Anforderungen nicht mehr gerecht wird.

II. Beschlagnahme

1. §§ 94, 95 StPO

Gegenstände sicherzustellen, bei denen die Möglichkeit besteht, dass sie zu Untersuchungszwecken verwendet werden können, gestattet § 94 Abs. 1 StPO. Ein Anfangsverdacht für eine verfolgbare Straftat ist ausreichend. Die bei einer ex ante-Betrachtung zu bejahende Möglichkeit, dass der Gegenstand für Beweiszwecke verwendet werden kann, ist erforderlich und ausreichend. Einer (überwiegenden) Wahrscheinlichkeit bedarf es nicht. Vielmehr genügt schon die Erwartung, dass der Gegenstand oder dessen Untersuchung Schlüsse auf verfahrensrelevante Tatsachen zulässt. Für welche Beweisführung er konkret in Betracht kommt, braucht noch nicht festzustehen. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Gegenstand später tatsächlich als Beweismittel verwendet wird (potentielle Beweisbedeutung). Zur Untersuchung gehört das laufende Verfahren bis zum Verfahrensabschluss, so dass die Sicherstellung beispielsweise auch zulässig ist zur Ermittlung, ob die Voraussetzungen der Untersuchungshaft vorliegen oder des Aufenthaltsortes eines (flüchtigen) Beschuldigten und zur Ermittlung von Ansätzen für Folgeermittlungen (Sicherstellung von Vergleichsmaterial für einen Schriftvergleich o.Ä.).

Die Sicherstellung wird durch Begründung amtlichen Gewahrsams, d.h. durch eine amtliche Handlung, die in geeigneter Weise erkennbar zum Ausdruck bringt, dass die Sache der amtlichen Obhut untersteht, bewirkt. Regelfall ist die Überführung der Sache in den Besitz der Ermittlungsbehörde. Die Inverwahrungnahme ist formlos möglich, wenn der Gewahrsamsinhaber nicht bekannt ist oder wenn er die Sache (ausdrücklich oder stillschweigend) freiwillig zur Verfügung stellt.

Wer einen Gegenstand in Gewahrsam hat, dem eine potentielle Beweisbedeutung zukommt, ist – mit Ausnahme des Beschuldigten – herausgabepflichtig (§ 95 Abs. 1 StPO). Bei Personen, denen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, kann dies aber nicht erzwungen werden (§ 95 Abs. 2 S. 2 StPO). Dieses Erzwingungsverbot findet nach ganz hM ebenfalls Anwendung im Falle der ausdrücklichen Berufung eines Auskunftsverweigerungsberechtigten auf sein AVR, wenn geltend gemacht wird, dass gerade die Herausgabe des Gegenstandes die in § 55 StPO genannten Gefahren begründen würde.

Stellt der Gewahrsamsinhaber den Gegenstand nicht freiwillig zur Verfügung, bedarf es der Beschlagnahme (§ 94 Abs. 2 StPO). Eine freiwillige Herausgabe steht einer Beschlagnahme jedoch nicht entgegen. Die Beschlagnahme muss in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere der Tat und zur Stärke des Tatverdachts stehen und für die Ermittlungen notwendig sein.

2. § 98 StPO

Die Anordnung der Beschlagnahme unterliegt dem Richtervorbehalt – allerdings kann sie bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden (§ 98 Abs. 1 StPO). Die Anforderungen an den Inhalt der Beschlagnahmeanordnung sind weitgehend identisch mit denjenigen an einen Durchsuchungsbeschluss. Sie muss sich auf bestimmt bezeichnete Gegenstände beziehen, den Tatvorwurf und den Beschlagnahmezweck bezeichnen und – zur Klarstellung – aktenkundig gemacht werden. Die allgemeine Anordnung,

vorgefundene Papiere oder Gegenstände zu beschlagnahmen, ist nicht bestimmt genug. Formelhafte Wendungen reichen nicht aus. Der Darlegung der potentiellen Beweiserheblichkeit für jedes Schriftstück bedarf es aber nicht. Die richterliche Beschlagnahme kann zwar grundsätzlich schon zugleich mit der Durchsuchung angeordnet werden – die so angeordnete Beschlagnahme ist aber nur dann wirksam, wenn die Beweismittel konkret bezeichnet werden. Eine nur allgemein gehaltene Beschlagnahmegerstattung hat nur die Bedeutung einer Richtlinie für die Durchsuchung und ist noch keine wirksame Beschlagnahmeanordnung.

Unter den Voraussetzungen des § 98 Abs. 2 S. 1 und 2 StPO bedarf die Beschlagnahme ohne gerichtliche Anordnung einer richterlichen Bestätigung.

3. § 97 StPO

Zwingend zu beachten sind die sich aus § 97 StPO ergebenden Beschlagnahmeverbote, mit denen eine Umgehung der Zeugnisverweigerungsrechte nach den §§ 52ff. StPO verhindert werden soll. Befinden sich schriftliche Mitteilungen, Aufzeichnungen oder andere Gegenstände im Gewahrsam zeugnisverweigerungsberechtigter Personen, gegen die sich das Verfahren nicht selbst richtet, ist deren Beschlagnahme nicht zulässig. Die Beschlagnahmeverbote des § 97 StPO setzen zwar keinen Alleingewahrsam eines Zeugnisverweigerungsberechtigten voraus – sie greifen aber nicht ein, wenn die Sachherrschaft über ein Beweismittel von dem ZVR-Berechtigten gemeinsam mit einem Tatverdächtigen ausgeübt wird. Die Sachherrschaft des Zeugen ist in solchen Fällen durch die Mitherrschaft des Beschuldigten in solchem Maße eingeschränkt, dass er den gegen den Beschuldigten zulässigen Zugriff infolge der bestehenden Sachherrschaftsgemeinschaft auch seinerseits hinnehmen muss. Meist wird der ZVR-Berechtigte ohnehin seine Sachherrschaft von der des Beschuldigten ableiten und dessen Weisungen unterliegen.

Die Zeugnisverweigerungsberechtigten können die Gegenstände aber freiwillig herausgeben. Ein darauf gerichtetes Herausgabeverlangen ist jedoch mit der Belehrung über die Unzulässigkeit der zwangsweisen Durchsetzung zu verbinden. Für den Fall der „Spontanherausgabe“ wird vertreten, dass gleichwohl eine Belehrung erforderlich ist - ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht soll zu einem Verwertungsverbot führen, wenn der Gewahrsamsinhaber die Rechtslage nicht gekannt hat. Eine nachträgliche Einverständniserklärung soll etwaige Verstöße „heilen“. Ein Widerruf der Einwilligung sei zulässig und zwingt zur Rückgabe, hindere aber, wenn die Sache bereits als Beweismittel ausgewertet worden ist, nicht die Beweiserhebung über die Ergebnisse der Auswertung.

Die Beschlagnahmefreiheit gilt nicht für Gegenstände, die durch eine Straftat hervorgebracht oder zur Begehung einer Straftat gebraucht oder bestimmt sind oder die aus der Straftat herrühren (§ 97 Abs. 2 S. 3 StPO), da das Beschlagnahmeverbot weder Straftaten erleichtern noch ihre Verdunklung ermöglichen soll. Sogenannte „Überführungsstücke“ od. „Deliktsgegenstände“, die beim Verteidiger hinterlegt sind, sind mithin nicht dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entzogen.

Andererseits wird nach ganz hM der Schutzbereich des § 97 StPO durch **§ 148 StPO** dahingehend erweitert, dass Unterlagen, die ersichtlich zu Verteidigungszwecken erstellt sind, der Beschlagnahme - unabhängig davon, in wessen Gewahrsam sie sich befinden – nicht unterliegen.

Ein Verstoß gegen ein Beschlagnahmeverbot begründet ein Verwertungsverbot!

War die Beschlagnahme zulässig, so dürfte der Beweisgegenstand aber auch verwertbar sein, wenn später Umstände eintreten, die der Beschlagnahme entgegengestanden hätten (bspw. spätere Entstehung eines Angehörigenverhältnisses (str.)). War die Beschlagnahme unzulässig, fallen die Gründe hierfür aber nachträglich weg, so dürfte der Gegenstand verwertbar sein.

Dass ein Gegenstand auf Grund einer rechtsfehlerhaften Durchsuchung erlangt worden ist, steht nach ständiger Rechtsprechung der Beschlagnahme (und Verwertung) nur ausnahmsweise entgegen (Abwägungslösung). Ein Verwertungsverbot (und damit nach der hier vertretenen Auffassung auch ein „Beschlagnahmeverbot“) kann in Betracht kommen, wenn die zur Fehlerhaftigkeit der Ermittlungsmaßnahmen führenden Verfahrensverstöße schwerwiegend waren oder bewusst oder willkürlich begangen wurden. In diesen Fällen dürfte auch eine

Beschlagnahme der aufgrund einer solchen Durchsuchung gewonnenen Beweismittel rechtsstaatlichen Anforderungen nicht gerecht werden. Fehlt aber beispielsweise eine Durchsuchungsanordnung, ohne dass der Richtervorbehalt willkürlich umgangen bzw. grob verkannt wurde, kommt es bei der Abwägung zur Frage der Rechtmäßigkeit der Beschlagnahme insbesondere darauf an, ob die Durchsuchungsanordnung rechtlich hätte erlassen werden dürfen (hypothetisch rechtmäßige Vorgehensweise). Ob die Widerspruchslösung gilt, ist – soweit erkennbar – bisher nicht entschieden.

4. § 99 StPO

Entgegen seiner Bezeichnung regelt § 99 StPO keine Beschlagnahme im Sinne der Sicherstellung einzelner „Postsendungen und Telegramme“ zu Beweis Zwecken, sondern vielmehr das einer möglichen Beschlagnahme, die nach Maßgabe der § 94ff StPO erfolgt, vorgelagerte Verfahren. Die Vorschrift des § 99 StPO gestattet es den Strafverfolgungsbehörden den Postdienstleister zu verpflichten, Postsendungen an die Strafverfolgungsbehörde zum Zwecke ihrer Überprüfung auf eine mögliche Beweisrelevanz auszuliefern. Eine Postbeschlagnahme in diesem Sinne ist zulässig, wenn sich das Verfahren bereits gegen einen bestimmten Beschuldigten richtet, die Sendung an den Beschuldigten gerichtet ist oder sich aus konkreten Tatsachen ergibt, dass die Sendung von ihm herrührt oder (obschon nicht an ihn adressiert) für ihn bestimmt ist und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gewahrt ist. Verteidigerpost ist im Hinblick auf § 148 StPO ausgenommen. Die Postbeschlagnahme unterliegt gem. § 100 Abs. 1 StPO dem Richtervorbehalt. Bei Gefahr im Verzug ist zur „Beschlagnahme“ im Sinne des § 99 StPO auch die Staatsanwaltschaft befugt. Das weitere Verfahren regelt ebenfalls § 100 StPO.

5. Sonderproblem: E-Mails

Ein „Sonderproblem“ stellt sich beim Zugriff auf den E-Mail-Verkehr. Dieser ist neben der klassischen Sprachtelefonie und der SMS die häufigste Form der Individualkommunikation. Der überwiegende Teil der Aktivitäten im Internet betrifft die Kommunikation per E-Mail. Diese Form des Nachrichtenaustausches wird vielfach auch von Straftätern für ihre Zwecke eingesetzt wird. Die Frage, welche Eingriffsbefugnisse für den strafprozessualen Zugriff auf E-Mails herangezogen werden können, hat für die Ermittlungsbehörden daher eine große praktische Relevanz.

Als gesichert kann angesehen werden, dass der Informationsaustausch durch E-Mails in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG fällt: Das dort normierte Fernmeldegeheimnis schützt die Vertraulichkeit der unkörperlichen individuellen Übermittlung gegenüber dem Staat. Es richtet sich in seiner Abwehrfunktion gegen das staatliche Abhören, die Kenntnisnahme und das Aufzeichnen des Inhalts der Telekommunikation, aber auch gegen die Erfassung ihrer Umstände sowie gegen die nachfolgende Verwendung gewonnener Daten. Als entwicklungs offenes Auffanggrundrecht ist der Schutz des Fernmeldegeheimnisses nicht davon abhängig, welche Übermittlungsart oder Ausdrucksform genutzt wird. Vielmehr werden alle verfügbaren unkörperlichen Kommunikationsmittel erfasst, u.a. Kabel, Telefon, Telegramm, Funkverkehr, Teletext, Telefax oder Bildschirmtext; darin inbegriffen sind insbesondere auch E-Mails. Als Ausdrucksform kommen neben Sprache oder Text auch Bilder, Töne oder sonstige Daten in Betracht. Durch das Fernmeldegeheimnis wird die unkörperliche Übermittlung von Informationen so gestellt, als wäre sie Kommunikation unter Anwesenden. Merke: Das Fernmeldegeheimnis schützt die Vertraulichkeit jeder Form der Übermittlung von Informationen unter Raumüberwindung in nicht-körperlicher Weise mittels technischer Einrichtungen.

Für die rechtliche Einordnung des Zugriffs auf elektronische Nachrichten über das Internet ist es aus technischer Sicht erforderlich, 4 Phasen zu unterscheiden: In einem ersten Schritt werden die jeweiligen Nachrichten vom Rechner des Absenders, auf dem die eigentliche Mail erstellt wurde, über den Internet-Provider des Absenders auf den Mail-Server des Internet-Anbieters übertragen (Phase 1), bei dem der Empfänger der E-Mail registriert ist und somit über sein elektronisches „Postfach“ verfügt. Dort werden die Daten in der Phase 2 auf der Festplatte des jeweiligen Mail-Servers im zur Verfügung stehenden Speicherplatz in verkörperter Form so lange gespeichert, bis der Adressat in einer 3. Phase die ihn betreffenden Nachrichten abrufen und sie ggf. auf seinen Rechner überträgt. Die Dauer der Speicherung kann von wenigen Sekunden bis zu mehreren Tagen oder gar Wochen andauern. Je nach Provider werden die Nachrichten bei Abruf gelöscht oder bleiben auch noch weiterhin – mit dem Vermerk gelesen versehen –

gespeichert, bis sie der Empfänger selbst löscht. Eine 4. und letzte Phase der Kommunikation ergibt sich, wenn die abgerufenen Nachrichten – soweit sie vom Empfänger nicht unmittelbar nach Eingang gelöscht wurden – weiterhin auf seinem Rechner oder im Postfach des Providers gespeichert bleiben.

Bei den Rechtsgrundlagen für den Zugriff auf die E-Mails findet nach diesem 4-Phasen-Modell in den **Phasen 1 und 3** unstreitig eine Telekommunikation statt, die folglich nur auf der Grundlage des **§ 100a StPO** überwacht werden kann.

Soweit die Nachrichten empfangen wurden, diese aber weiter auf dem Computer oder Handy des Empfängers verbleiben, können diese nach den §§ 94ff. StPO sichergestellt werden, da in dieser **Phase 4** kein Eingriff mehr in Art. 10 GG vorliegt. Der Schutzbereich des Grundrechts endet in dem Moment, in dem die Nachricht beim Empfänger angekommen ist. M.a.W.: Im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers findet keine von Art. 10 GG erfasste Datenübermittlung mehr statt. Die spezifischen Risiken eines der Kontroll- und Einwirkungsmöglichkeiten des Teilnehmers entzogenen Übertragungsvorgang bestehen nicht mehr. Die **§§ 94ff. StPO** genügen auch den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Sicherstellung von Datenträgern und die Auswertung der darauf gespeicherten Daten. Zwar waren die §§ 94ff. StPO ursprünglich nur auf körperliche Gegenstände zugeschnitten, ihr Wortsinn gestattet aber eine solche Auslegung. Der mit Wirkung vom 01.01.2008 neu eingefügte § 110 Abs. 3 StPO bestätigt dies. Danach dürfen im Rahmen einer Durchsuchung Daten, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, (auch dann) gesichert werden, wenn diese sich auf einem räumlich getrennten Speichermedium befinden, auf das von dem „durchsuchten“ Speichermedium aus zugegriffen werden kann. Zwar ist dies noch keine Beschlagnahme (sondern Sicherstellung zum Zwecke der Durchsicht), aber sie bereitet eine solche vor (systematische Stellung § 110 Abs. 3 erweitert § 110 Abs. 1) – allerdings sind nur offene Sicherstellung erfasst, dann aber auch in Clouds, VPN, Daten im „sozialen Netzwerk“ usw.

Heftig umstritten war aber die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage ein Datenzugriff im Stadium der Zwischenspeicherung beim Provider (**Phase 2**) erfolgen kann. Teilweise wurde eine Anordnung nach § 100a StPO für nötig erachtet, teilweise (so auch ursprünglich der BGH (NJW 2009, 1828)) sollte der Zugriff auf solche E-Mails nur unter den Voraussetzungen der Postbeschlagnahme nach §§ 99, 100 StPO mit der sich aus § 95 Abs. 2 StPO ergebenden Herausgabepflicht möglich sein. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG NJW 2009, 2431ff.) hat zwischenzeitlich klargestellt, dass die zugangsgesicherte Kommunikation in einem E-Mail-Postfach durch das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG geschützt ist, unabhängig davon, ob die E-Mails bereits gelesen wurden, da der Empfänger keine technische Möglichkeit habe, die Weitergabe seiner E-Mails durch den Provider an Dritte zu verhindern. Art. 10 Abs. 1 GG stellt danach nicht auf einen technischen Kommunikationsbegriff ab, sondern auf die **Schutzbedürftigkeit des Grundrechtsträgers aufgrund der Einschaltung eines Dritten in den Kommunikationsvorgang**. Jedoch seien Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis nicht nur aufgrund der §§ 99, 100a ff. StPO, sondern auch aufgrund der §§ 94ff. StPO möglich. Jedenfalls in den Fällen, in denen es sich nicht um eine heimliche, sondern um eine offene Maßnahme handelt, gehe es regelmäßig nicht um einen heimlichen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis oder Zugriff auf umfassend und verdachtslos vorgehaltene Datenbestände, sondern um eine aus einer Durchsuchung folgende, offene und durch den Ermittlungszweck begrenzte Maßnahme außerhalb eines laufenden Kommunikationsprozesses. Der Betroffene sei dabei hinreichend durch die Regelungen der § 94ff. StPO geschützt, sodass es der Begrenzung der E-Mail-Beschlagnahme auf Fälle, in denen der Verdacht einer schweren Katalogtat (§ 100a StPO) besteht, nicht bedürfe. Dieser Ansicht hat sich der (Ermittlungsrichter des) BGH zwischenzeitlich angeschlossen (BGH NSTZ 2010, 345ff.).

Zumindest in den Fällen der „offener Maßnahmen“ sind mithin die §§ 94ff. StPO eine ausreichende Beschlagnahmegrundlage. Wird der E-Mail-Verkehr dagegen verdeckt – auch ggf. beim Provider – überwacht, dürften die Eingriffe an § 100a StPO zu messen sein. Insbesondere wiederholte, auf den gesamten Datenbestand eines E-Mail-Postfachs bezogene Durchsuchungs- und Beschlagnahmeanordnungen sind geeignet, einer der dauerhaft verdeckten Überwachung gleichstehende grundrechtsrelevante Wirkung zu entfalten. An die Wiederholung solcher Maßnahmen dürften daher je nach zeitlichem Abstand und Umgrenzung der Maßnahme höhere Anforderungen zu stellen sein.

Das BVerfG fordert zum effektiven Schutz der Grundrechte darüber hinaus eine entsprechende Ausgestaltung des Verfahrens auch bei einer Beschlagnahme nach §§ 94ff. StPO – so sei der Adressat von der Sicherstellung der auf dem E-Mailserver des Providers eingegangenen E-Mails „im Regelfall zuvor von den Strafverfolgungsbehörden zu unterrichten“, um jedenfalls bei der Sichtung des E-Mail-Bestandes seine Rechte wahrnehmen zu können. Erfolge die Beschlagnahme „ausnahmsweise ohne Wissen des Postfachinhabers“, so sei dieser so früh zu unterrichten, wie es die wirksame Verfolgung des Ermittlungszwecks erlaube. Schließlich bedinge der begrenzte Zweck der Datenerhebung „grundsätzlich die Rückgabe oder Löschung aller nicht zur Zweckerreichung benötigten kopierten E-Mails“. Diesen Anforderungen tragen die §§ 33, 35 StPO ausreichend Rechnung. Besonderer Beachtung bedarf auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz: Es ist darauf zu achten, dass die Gewinnung überschießender, für das Verfahren bedeutungsloser und dem Beschlagnahmeverbot des § 97 StPO unterliegender Daten vermieden wird. Die Beschlagnahme sämtlicher gespeicherten Daten ist deshalb allenfalls dann mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vereinbar, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der gesamte Datenbestand, auf den zugegriffen werden soll, für das Verfahren potenziell beweiserheblich ist. Als weniger intensive Maßnahme kommt insoweit etwa die Teilbeschlagnahme anhand bestimmter Sender- oder Empfängerangaben oder anhand von Suchbegriffen in Betracht.

III. körperliche Untersuchung (§ 81a StPO)

Die Norm des § 81a StPO legitimiert Eingriffe in das Grundrecht des Beschuldigten auf körperliche Unversehrtheit und auf freie Entfaltung der Persönlichkeit. Sie berechtigt auch zugleich zur zwangsweisen Durchsetzung der Untersuchungshandlung, wodurch das Grundrecht der persönlichen Freiheit eingeschränkt werden kann.

Zweck der Untersuchung darf nur die Feststellung verfahrenserheblicher Tatsachen sein, d.h. solcher, die die Täterschaft und Schuld des Beschuldigten zu beweisen geeignet sind oder die Rechtsfolgenentscheidung beeinflussen können, wie etwa die Beschaffenheit des Körpers des Beschuldigten und seiner Bestandteile, z.B. des Blutes und des Magensaftes und das Vorhandensein von Fremdkörpern oder sein psychischer Zustand.

Die Anordnung der Untersuchung nach § 81a StPO lässt die Mitwirkungsfreiheit des Beschuldigten unberührt. Er ist zu aktivem Verhalten, dass die Durchführung der Maßnahme ermöglicht oder fördert, nicht verpflichtet. Ihn trifft eine bloße Duldungspflicht, wobei es auf die Einordnung des Verhaltens als aktiv oder passiv nicht ankommt – entscheidend ist vielmehr, dass von dem Beschuldigten keine Reaktion mit eigenständigem Beweiswert erzwungen werden darf, weil dies zu einer unzulässigen zwangsweisen Selbstbelastung führt.

1. § 81a Abs. 1 S. 2, Abs. 2 StPO

(Klausur-)Regelfall ist die Entnahme von Blutproben (§ 81a Abs. 1 S. 2 StPO). Die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe unterliegt gemäß § 81a Abs. 2 StPO dem Richtervorbehalt. Jedoch können bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen die Anordnung treffen. Einer Anordnung bedarf es nicht, wenn der Beschuldigte in die Entnahme der Blutprobe ausdrücklich einwilligt, sofern er dazu genügende Verstandesreife besitzt, trotz seiner Alkoholisierung einwilligungsfähig ist und sein Weigerungsrecht (ggf. nach Belehrung) kennt. Einer richterlichen Anordnung bedarf es (seit dem 24.08.2017) auch nicht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat nach § 315a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 und 3, § 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 2 und 3 oder § 316 StGB begangen worden ist. Durch diese Änderung sind m.E. die klassischen Problemfälle bei Außerachtlassung des Richtervorbehaltes nicht länger klausurrelevant.

Ausreichend für die Anordnung ist das Vorliegen eines Anfangsverdachts. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Auch in der Praxis nicht ohne jede Problematik ist die Anordnung der Blutprobe wegen Gefahr im Verzug. Diese besteht, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Dabei kann als Orientierung gelten, dass je näher ein etwaiger durch eine Atemalkoholkontrolle festgestellter Wert an strafrechtlich relevante „Schwellen“ grenzt, [früher problematisch etwa im Grenzbereich um die absolute Fahruntüchtigkeit,] die Möglichkeit einer Rückrechnung (die grundsätzlich immer besteht)

drohenden Beweismittelverlust durch Zuwarten auf die richterliche Anordnung nicht zwingend entgegensteht. Andererseits können bloß allgemeine Überlegungen zum BAK-Abbau für den Beleg von Gefahr im Verzug nicht hergezogen werden, weil andernfalls der Richtervorbehalt in § 81a Abs. 2 StPO tendenziell leerlaufen würde. Erforderlich sind mithin einzelfallbezogene Erwägungen (die in den Ermittlungsakten zu dokumentieren sind). Ob durch die Einholung der richterlichen Entscheidung ein Beweisverlust droht, hängt praktisch maßgeblich davon ab, welchen Zeitraum die Einholung einer solchen Entscheidung in Anspruch nehmen würde. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der zuständige Ermittlungsrichter in geeigneten Fällen auch ohne schriftliche Antragsunterlagen entscheiden und der richterliche Beschluss (trotz der sich aus § 34 StPO ergebenden Begründungspflicht) auch mündlich ergehen kann.

Beispiel 39: „Bei Anruf – Pizza.“ [S. 297]

Beispiel 40: „Brechreiz“ [S. 297]

2. Fehlerfolgen

Ein Verwertungsverbot als Folge eines Verstoßes gegen § 81a StPO liegt eher fern, da nicht jeder Verfahrensfehler zu einem Verwertungsverbot führt, Verwertungsverbote vielmehr die Ausnahme sind. Entscheidend ist die Schwere des Verfahrensverstoßes, der eher gering wiegt, wenn der anzurufende Richter die Entnahmeanordnung ohne weiteres hätte treffen müssen (hypothetische Ersatzanordnung). Es gilt auch hier die Abwägungslösung, wobei berücksichtigt werden muss, dass es sich nur um einen einfachgesetzlichen Richtervorbehalt handelt. Erfolgte die Annahme von Gefahr im Verzug aber beispielsweise willkürlich unter bewusster Missachtung des Richtervorbehalts oder in grober Verkennung der Rechtslage, liegt ein Verwertungsverbot hingegen nahe.

Es gilt die Widerspruchslösung!

Exkurs zur Beschlagnahme von Blutproben: Werden dem Beschuldigten durch einen Arzt Blutproben zur Vorbereitung einer Operation entnommen, die beispielsweise erforderlich ist, weil er im angetrunkenen Zustand einen Verkehrsunfall verursacht und dabei selbst erhebliche Verletzungen erlitten hat, erfolgt häufig eine Beschlagnahme dieser Blutproben durch Polizeibeamte, obwohl es sich um nach § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO beschlagnahmefreie Gegenstände handelt, die sich im Gewahrsam des Arztes (§ 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO) oder des ihm nach § 97 Abs. 2 StPO gleichgestellten Krankenhauses befindet. Ein Verwertungsverbot wird insoweit allerdings von der Rechtsprechung regelmäßig nicht angenommen, denn die Blutprobe hätte gem. § 81a StPO angeordnet werden können, weshalb auch die zu Behandlungszwecken entnommene Blutprobe ein § 81a StPO unterfallendes Beweismittel sei. Insoweit sei auch maßgeblich, dass es insbesondere bei lebenserhaltenden Operationen regelmäßig aus Gründen der Verhältnismäßigkeit gar nicht zulässig wäre, dem Beschuldigten die Entnahme weiterer Blutproben vor oder während der Operation zuzumuten. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Begründung nicht widerspruchsfrei anmutet. Ist eine Anordnung nach § 81a StPO unverhältnismäßig, kommt sie eben nicht als hypothetisch rechtmäßige Ermittlungsmaßnahme in Betracht. Warum Beweismittel, die unter Verstoß gegen das Beschlagnahmeverbot erlangt wurden deshalb verwertbar sein sollten, weil sie auch auf anderem Weg nicht rechtmäßig erhoben hätten werden können, erschließt sich nicht ohne Weiteres.

3. Grenzwerte und Rückrechnung

Im Zusammenhang mit Straftaten, die unter Alkoholeinfluss begangen werden, ist die Kenntnis von Grenzwerten unverzichtbar. Es handelt sich dabei nicht um im Gesetz konkret bezifferte Werte, sondern um von der Rechtsprechung in Auslegung abstrakter Rechtsbegriffe gefundene Zahlenwerte. Maßgeblich ist stets der Alkoholisierungsgrad im jeweiligen Tatzeitpunkt, der bei Vorliegen einer Blutprobe ggf. durch Rückrechnung ermittelt oder, falls eine Blutprobe nicht vorliegt, anhand der Trinkmenge und des Trinkverlaufs errechnet werden kann.

Relevante BAK – Werte sind:

BAK in ‰	Bedeutung	Wirkung
≥ 0,3	Relative Fahruntüchtigkeit	strafbegründend

	(alkoholbedingte Ausfallerscheinungen müssen hinzutreten)	
≥ 0,5	Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 1 StVG	strafbegründend
≥ 1,1	Absolute Fahruntüchtigkeit für Fahrer eines Kraftfahrzeugs	strafbegründend
≥ 1,6	Absolute Fahruntüchtigkeit für Radfahrer	strafbegründend
≥ 2,0	Verminderte Schuldfähigkeit gem. § 21 StGB möglich	strafhemmend
≥ 2,2	Verminderte Schuldfähigkeit bei Tötungsdelikten und schweren Gewalttaten möglich	strafhemmend
≥ 3,0	Schuldunfähigkeit wahrscheinlich	strafhemmend
≥ 3,3	Schuldunfähigkeit bei Tötungsdelikten und schweren Gewalttaten wahrscheinlich	strafhemmend

Den BAK-Werten können bei einer strafrechtlichen Prüfung grundsätzlich zwei unterschiedliche Funktionen zukommen. Einerseits kann das Vorliegen eines bestimmten BAK-Wertes strafhemmende (strafausschließende oder zumindest strafmindernde) Wirkung entfalten, etwa weil infolge der Alkoholisierung des Täters die Schuldfähigkeit ausgeschlossen bzw. eingeschränkt ist. Andererseits kann einem Trunkenheitszustand strafbegründende Wirkung zukommen, nämlich immer dann, wenn ein Tatbestand explizit oder implizit an die Alkoholisierung als Strafbarkeitsvoraussetzung anknüpft.

a) absolute und relative Fahruntüchtigkeit

Insbesondere bei Straßenverkehrsdelikten spielt die Tatzeit-BAK eine bedeutsame Rolle. Diese haben regelmäßig auch eine besonders hohe Examensrelevanz, da sich mit ihnen über die materiell-rechtliche Prüfung hinaus prozessuale Besonderheiten bei der Verwertung einer Blutprobenentnahme (§ 81a StPO), der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO) bzw. Beschlagnahme des Führerscheins (§ 94 Abs. 1 und 3 StPO) verbinden lassen.

Die Tatzeit-BAK ist regelmäßig unter dem Tatbestandsmerkmal „infolge des Genusses alkoholischer Getränke oder anderer berauschender Mittel nicht in der Lage ist, das Fahrzeug sicher zu führen“ (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB, § 316 StGB) zu prüfen. In diesem Sinne alkoholbedingt fahruntüchtig ist, wer nicht fähig ist, ein Fahrzeug eine längere Strecke so zu steuern, dass er den Anforderungen des Straßenverkehrs, und zwar auch beim plötzlichen Auftreten schwieriger Verkehrslagen, so gewachsen ist, wie es von einem durchschnittlichen Fahrzeugführer zu erwarten wäre.

Die Rechtsprechung unterscheidet hier zwischen sog. absoluter und relativer Fahruntüchtigkeit. Beide Begriffe sind missverständlich, denn dem Grunde nach handelt es sich nicht um Bezeichnungen für Eigenschaften, Ursachen oder Grade der Fahruntüchtigkeit, sondern um Schlagworte für die Methode zu deren Feststellung, also um eine Frage des Beweisrechts.

Für Fahrer eines Kraftfahrzeugs gilt grundsätzlich:

Eine BAK von 1,1 ‰ oder mehr begründet die Unwiderleglichkeit des Indizwertes der BAK für eine Fahruntüchtigkeit. Liegt absolute Fahruntüchtigkeit nach dieser prozessualen Beweisregel vor, ist ein Gegenbeweis, dass der Täter noch fahruntüchtig gewesen ist, unzulässig. Insbesondere kommt es nicht auf das konkrete Fahrverhalten an.

Eine sog. relative Fahruntüchtigkeit ist gegeben, wenn eine BAK zwischen 0,3 ‰ und 1,09 ‰ liegt und die konkreten Umstände der Tat erweisen, dass die Rauschmittelwirkung zur Fahruntüchtigkeit geführt hat. Bei den konkreten Umständen der Tat ist stets das Fahrverhalten des Täters zu prüfen, da der Tatbestand an das Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr anknüpft. Voraussetzung für die relative Fahruntüchtigkeit ist daher das Vorliegen eines sog. alkoholbedingten Fahrfehlers (Bspw: Fahren von Schlangenlinien (oft kombiniert mit langsamen Fahren); Abkommen von der Fahrbahn im spitzen Winkel aufgrund von Orientierungslosigkeit; Auffahren auf stehende Fahrzeuge aufgrund sog. Tunnelblicks und Einschränkungen der Distanzeinschätzungsfähigkeit; Rotlichtverstöße auf verkehrsarmen Straßen aufgrund von Aufmerksamkeitsstörungen; ruckartige Lenkbewegungen aufgrund motorischer Unsicherheit).

b) Rückrechnung „mit Blutprobe“

Liegt das Ergebnis einer Blutprobe vor, wäre es fehlerhaft, das mitgeteilte Ergebnis einer Blutalkoholanalyse der Tatzeit-BAK gleichzusetzen, denn die Blutprobe kann erst nach der Tat entnommen worden sein. Mithin ist die BAK auf den Tatzeitpunkt zurückzurechnen.

Im Falle einer strafbegründenden Wirkung der BAK ist eine Rückrechnung indes entbehrlich, wenn die BAK der Blutprobe den maßgeblichen Grenzwert bereits überschreitet, denn die Alkoholkonzentration baut sich mit fortlaufender Zeit ab, weshalb – solange ein Nachtrunk nicht im Raume steht – die BAK zur Tatzeit nicht geringer gewesen sein kann, als im Zeitpunkt der späteren Entnahme. Wird ein Nachtrunk vom Beschuldigten in der Klausur behauptet, dürfte die Aufgabe darin bestehen, diese Behauptung mit den sonstigen Beweismitteln oder durch Plausibilitätserwägungen zu widerlegen.

Bei strafbegründender Wirkung der BAK ist nach dem Grundsatz in dubio pro reo stets die tätergünstigste niedrigste Berechnungsmethode zu wählen, während bei der strafhemmenden Wirkung stets der höchstmögliche BAK-Wert für den Täter vorteilhaft ist.

Bei strafbegründender Wirkung gilt daher:

Bei der Rückrechnung wird ein Wert von 0,1‰ Alkoholabbau pro Stunde zugrunde gelegt. Die ersten zwei Stunden nach Trinkende dürfen bei der Rückrechnung wegen der Möglichkeit einer längeren Resorptionsphase nicht berücksichtigt werden. Steht das Trinkende nicht fest, ist es „in dubio pro reo“ mit dem Tatzeitpunkt, als für den Täter günstigsten Zeitpunkt, gleichzusetzen.

Beispiel 41: „Ich fühlte mich fit!“ [S. 297]

Bei strafhemmender Wirkung gilt:

Die krankhafte seelische Störung infolge einer Intoxikationspsychose durch Trunkenheit kann Eingangserkennungsmerkmal im Sinne der §§ 20, 21 StGB sein. Zu den Grenzwerten vgl. Tabelle S. 74. Bei der Rückrechnung wird ein Wert von 0,2‰ Alkoholabbau pro Stunde zugrunde gelegt. Dem Täter kommt ein einmaliger Sicherheitszuschlag von 0,2‰ zugute.

Beispiele 42: „Ich war total dicht!“ [S. 297]

c) Rückrechnung „ohne Blutprobe“

Liegen keine Alkoholwerte vor, ist es möglich, anhand von Trinkmengenangaben die BAK zu berechnen. Genau genommen handelt es sich um eine „Hinrechnung vom Trinkbeginn auf die Tatzeit“. Ausgangspunkt dabei ist die theoretische BAK, die bestünde, wenn der gesamte aufgenommene Alkohol gleichzeitig ins Blut gelangt. Liegen nach dem Sachverhalt (in der Klausur) Indizien dafür vor, dass die häufige Behauptung des Beschuldigten, betrunken gewesen zu sein, zutreffend sein kann, kann die Tatzeit-BAK Berechnung nach der Widmark-Formel berechnet werden.

Die Berechnung wird in der Klausur nicht erforderlich sein. Die Widmark-Formel ist bei Fischer, 64. Aufl. 2017, § 20 Rn. 14 näher beschrieben. Die BAK in Promille ergibt sich aus dem genossenen Alkohol in Gramm geteilt durch das reduzierte (Männer mal 0,7; Frauen mal 0,6) Körpergewicht in Kilogramm abzüglich eines zehn- (bis dreißig-) prozentigen Resorptionsdefizits.

Bei der Berechnung der Alkoholmenge ist darauf zu achten, dass der Alkoholgehalt von Getränken immer in Volumenprozent angegeben wird. Die sich daraus ergebenden Volumenanteile (in ml) müssen wegen des spezifischen Gewichts des Alkohols noch mit 0,81 multipliziert werden, um die Gewichtsanteile zu ermitteln. Zu beachten ist auch, dass die Werte zum Resorptionsdefizit (10%) und dem niedrigsten Abbauwert (0,1‰) in der Kommentierung a.a.O. sich auf die BAK Berechnung bei strafhemmender Wirkung beziehen. Geht es dagegen um die strafbegründende Wirkung (geringstmögliche BAK), ist das denkbar höchstmögliche Resorptionsdefizit von grundsätzlichen 30 % und der regelmäßig denkbar höchstmögliche Abbauwert von 0,2‰ zuzüglich eines einmaligen Sicherheitszuschlags von 0,2‰ abzuziehen.

IV. Maßnahmen nach §§ 81b – 81h StPO

1. § 81b StPO Maßnahmen für erkennungsdienstliche Zwecke

Soweit es für Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens notwendig ist, dürfen Lichtbilder und Fingerabdrücke des Beschuldigten auch gegen seinen Willen aufgenommen und Messungen und ähnliche Maßnahmen an ihm vorgenommen werden (§ 81b Alt. 1 StPO). Die Norm bezweckt in dieser Alternative den Tatnachweis und die Identifizierung in einem anhängigen Strafverfahren und dient daher der Strafverfolgung, indem mittels der Maßnahmen der Nachweis von Schuld und Unschuld des Täters geführt werden soll.

Demgegenüber stellt die erkennungsdienstliche Behandlung nach § 81b Alt. 2 StPO eine Maßnahme der Strafverfolgungsvorsorge dar, indem die Maßnahmenergebnisse in erkennungsdienstlichen Unterlagen der Polizei aufgenommen und ohne unmittelbaren Bezug zu einem konkreten Strafverfahren als Mittel der Sachverhaltsaufklärung in künftigen Strafverfahren genutzt werden können.

Bei der Alternative 1 handelt es sich demnach um originäres Strafprozessrecht, wohingegen die Alternative 2 materielles Polizeirecht darstellt.

Von § 81b StPO gedeckt („ähnliche Maßnahme“) sind beispielsweise die Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes des Beschuldigten, etwa durch Aufsetzen einer Perücke oder Brille, Entfernung von Schminke oder Veränderung der Haartracht, sowie die (nicht heimliche) Stimmaufzeichnung.

Die Maßnahmen nach § 81b StPO dürfen unter Anwendung unmittelbaren Zwangs durchgeführt werden, einer vorherigen Androhung der Zwangsmittel bedarf es nicht. Der Beschuldigte darf insbesondere ohne richterliche Anordnung zwangsweise zur Polizei gebracht werden, um die Maßnahmen umzusetzen.

Zuständig für die Anordnung sind im Ermittlungsverfahren die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes (§§ 161, 163 StPO).

2. § 81c StPO Untersuchung von Zeugen

Die Vorschrift des § 81c StPO dient dem Schutz der Freiheitsrechte von Personen, gegen die sich kein Tatverdacht richtet. Diese sollen vor hoheitlichen Eingriffen in Form körperlich wirkender Zwangsmaßnahmen weitgehend geschützt werden. Untersuchungen von Zeugen sind auf der Grundlage von § 81c StPO daher nur in geringerem Umfang möglich, als sie dies gegenüber Beschuldigten wären.

§ 81c StPO enthält eine abschließende Regelung. Andere Personen als Beschuldigte haben die zwangsweise Durchführung von Untersuchungen nur zu den dort bestimmten Zwecken und in dem dort bezeichneten eingeschränkten Umfang zu dulden.

Der Kreis der nach § 81c Abs. 1 StPO duldungspflichtigen Personen ist – anders als die Formulierung „wenn sie als Zeugen in Betracht kommen“ vermuten lässt – jedoch nicht auf Tatzeugen, die bestimmte, mit der Tat in Zusammenhang stehende Wahrnehmungen gemacht haben und hierzu Angaben machen könnten, begrenzt. Ein so eng ausgelegter „Zeugengrundsatz“ würde die Untersuchung von hilflosesten Opfern, nämlich vor allem Kleinkindern, Säuglingen, Geistesgestörten oder solchen, die infolge gravierender Tatfolgen ihre Zeugnisfähigkeit weitgehend oder vollständig verloren haben oder solchen, die bei der Tat bewusstlos oder schlafend waren, ausschließen. Der mit der Einführung des Zeugengrundsatzes verfolgte, gesetzgeberische Zweck, beliebige Personen von strafprozessualen Zwangsmaßnahmen zu verschonen, die in keiner hinreichend nahen Beziehung zum Gegenstand eines Strafverfahrens stehen, um damit insbesondere Reihenuntersuchungen auszuschließen, wird bereits durch den ebenfalls in § 81c Abs. 1 normierten „Spurengrundsatz“ („ob sich an ihrem Körper eine bestimmte Spur oder Folge einer Straftat befindet“) hinreichend gewahrt.

Der Spurengrundsatz schränkt den Zweck der Untersuchung nach § 81c Abs. 1 StPO auf die Feststellung bestimmter Spuren oder Folgen einer Straftat ein. Unter Spuren fallen die unmittelbar durch die Tat verursachten Änderungen am Körper, die Rückschlüsse auf den Täter oder die Tatausführung ermöglichen, unabhängig davon, ob sie dauerhaft sind oder nicht (Bspw.: Stichwunden, Antragungen am Körper des Opfers oder in den natürlichen Körperöffnungen, wie Blutspuren auf der Haut, Hautreste usw.). Tatfolgen sind dagegen auch mittelbar durch die Tat hervorgerufene Veränderungen am Körper des Opfers, die Rückschlüsse darauf ermöglichen, was an Merkmalen der Schädigung entstanden ist. Es ist nicht erforderlich, dass sie zum Tatbestand der Strafnorm gehören – ausreichend ist auch deren Bedeutung für die Strafzumessung (Bspw.: Hautabschürfungen, Zahnlücken). Oftmals werden Überschneidungen zwischen Spuren und Tatfolgen vorliegen.

Das Merkmal „bestimmt“ in § 81c Abs. 1 StPO stellt klar, dass konkrete Anhaltspunkte über Art und Vorhandensein der Spuren oder Tatfolgen bestehen müssen. Je nach Schwere des Deliktes können aber insoweit bereits geringe Anforderungen genügen. Die Formulierung „soweit zur Erforschung der Wahrheit festgestellt werden muss“ schließt die Untersuchung nur dann aus, wenn es auf das Ergebnis der Untersuchung für das Ermittlungsverfahren nicht ankommen kann. Insbesondere das Vorhandensein anderer Beweismittel macht die Untersuchung nicht unzulässig.

§ 81c Abs. 1 StPO ermächtigt zu einfachen körperlichen Untersuchungen (vgl. auch § 81a Abs. 1 S. 1 StPO). Körperliche Eingriffe sind nach § 81c Abs. 1 StPO dagegen grundsätzlich verboten (vgl. auch § 81a Abs. 1 S. 2 StPO). Das sind alle Maßnahmen, die eine – wenn auch nur ganz geringfügige – Verletzung voraussetzen oder nach sich ziehen, d.h. wenn natürliche Körperbestandteile entnommen oder dem Körper Stoffe zugeführt werden oder sonst in das haut- und muskelumschlossene Innere des Körpers eingegriffen wird.

Eine Ausnahme gilt nur für die nach § 81c Abs. 2 StPO ausdrücklich genannten körperlichen Eingriffe zu den dort abschließend genannten Zwecken unter den dort genannten Voraussetzungen. Im Gegensatz zu Abs. 1 StPO gilt für Untersuchungen nach § 81c Abs. 2 StPO der Aufklärungsgrundsatz. Ob die zu untersuchende Person „Spureenträger“ ist oder nicht, ist für die Anordnung daher irrelevant. Der Abs. 2 StPO unterscheidet zwischen „Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung“ und der „Entnahme von Blutproben“. Nach hM sind Abstammungsuntersuchungen nicht auf einfache körperliche Untersuchungen beschränkt. Vielmehr werden auch körperliche Eingriffe von dem Tatbestand erfasst. Dies ergibt sich insbesondere aus der im Verhältnis zu Abs. 1 fehlenden Einschränkung „an ihrem Körper“. Die Entnahme von Blutproben (als eindeutig körperlicher Eingriff), zu denen § 81c Abs. 2 StPO ebenfalls ermächtigt, muss demgegenüber nicht zwingend der Aufklärung der Abstammung dienen. Sie kann auch zu anderen Zwecken durchgeführt werden, etwa zum Nachweis, ob das Tatopfer bei der Tat mit einer Krankheit infiziert wurde oder ob ein am Unfall beteiligter Verkehrsteilnehmer alkoholisiert war.

Obschon der Gesetzgeber für Maßnahmen nach § 81c Abs. 2 StPO deren Unerlässlichkeit zur Erforschung der Wahrheit voraussetzt, was von der Formulierung her auf erhöhte Anforderungen im Vergleich zu Abs. 1 StPO hindeutet, wird allgemein davon ausgegangen, dass die Maßnahme an der allgemeinen Aufklärungspflicht zu messen ist. Eine strenge Subsidiarität ist daher nicht anzunehmen. Unerlässlichkeit ist nach allgemeiner Ansicht immer dann gegeben, wenn die bereits erhobenen Beweismittel bei vernünftiger Beurteilung noch Zweifel übrigen lassen. Objektive Beweismittel, die über Untersuchungen nach § 81c Abs. 2 StPO gewonnen werden können, haben zudem in der Regel Vorrang vor Zeugenaussagen wegen der mit Letzteren meist verbundenen Unsicherheit bei der Beweiswürdigung.

Der Aspekt des Ausschlusses von „Nachteil[en] für die Gesundheit“ in § 81c Abs. 2 StPO bezieht sich nach hM nur auf unmittelbare Folgen der Untersuchung. Nicht erfasst sind mittelbare Folgeschäden, vor allem psychische Beeinträchtigungen, die durch den Eingriff ausgelöst werden (Bspw.: „Spritzenphobie“). Solche können allenfalls unter § 81c Abs. 4 StPO subsumiert werden.

Der für Untersuchungen nach Abs. 1 und Abs. 2 der Vorschrift gleichsam geltende Zumutbarkeitsgrundsatz (§ 81c Abs. 4 StPO) hebt dabei allerdings lediglich das ohnehin für alle strafprozessualen Zwangsmaßnahmen geltende, verfassungsrechtliche Gebot der Verhältnismäßigkeit hervor.

Auch für die Klausur nicht uninteressant ist das Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 StPO. Untersuchungen oder Entnahmen von Blutproben können danach aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden. In Betracht kommen hierbei nur ZVR nach § 52 StPO, deren tatsächlichen Voraussetzungen auf Verlangen entsprechend § 56 StPO glaubhaft zu machen sind. Faktisch nicht erfasst sind die ZVR nach §§ 53 – 54 StPO, da die nach § 81c StPO zu erhebenden Tatsachen gerade nicht auf die von diesen Vorschriften vorausgesetzte Art und Weise, regelmäßig im Wege des Anvertrauens, oder aufgrund besonderer Umstände in den Bereich des ZVR-Berechtigten gelangt sind. Auskunftsverweigerungsrechte (§ 55 StPO) stehen einer Maßnahme nach § 81c StPO nicht entgegen. (Einer analogen Anwendung von § 81c Abs. 3 StPO auf das AVR nach § 55 StPO steht das Fehlen einer Regelungslücke entgegen. Dem Gesetzgeber war bei Einführung von § 81c Abs. 3 StPO der zuweilen heftig geführte Streit um die „Ausdehnung“ der gleichlautenden Vorgängervorschrift auf das AVR bekannt. Er entschied sich jedoch für die Beibehaltung der Formulierung.)

Klausurrelevanz entfaltet das Untersuchungsverweigerungsrecht (UVR) insbesondere deshalb, weil gem. § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO der § 52 Abs. 3 StPO entsprechend anzuwenden ist. Der Betroffene ist daher über sein Weigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 StPO zu belehren, und zwar auch dann, wenn er bereit ist, sich freiwillig untersuchen zu lassen. Die Belehrung ist auch nicht deshalb überflüssig, weil der Betroffene bereits gem. § 52 Abs. 3 StPO über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war. Ein Sachverständiger ist zur Belehrung nicht befugt. Die Pflicht, eine Untersuchung zu dulden, ist zwar mit der Zeugenpflicht nahe verwandt, gleichwohl ist das UVR unabhängig vom ZVR. Der Zeuge kann daher von den ihm nach § 52 StPO und § 81c Abs. 3 StPO zustehenden Rechten der Mitwirkungsverweigerung unterschiedlichen Gebrauch machen. Er kann also entweder nur das Zeugnis oder nur die Untersuchung oder auch beides verweigern. Etwaige Fehler bei der Belehrung über das UVR bzw. etwaige Mängel bei der Belehrung nach § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 i.V.m § 52 Abs. 3 StPO unterliegen hinsichtlich der Frage des Entstehens eines Beweisverwertungsverbotes den gleichen Regeln wie die Fehler bei der Belehrung nach § 52 StPO (vgl. **Skript Teil D.V.3.a** [S. 59]).

Ob § 252 StPO auf Untersuchungen nach § 81c StPO entsprechend anwendbar ist, ist umstritten. Zwar ist insoweit von der Rechtsprechung anerkannt, dass ein Widerruf des Verzichts auf das UVR die bis dahin gewonnenen Untersuchungsergebnisse nicht unverwertbar macht – die Entscheidungen beziehen sich – soweit ersichtlich – allerdings ausschließlich auf die Fälle, in denen das ZVR im Zeitpunkt der Untersuchung schon bestand, davon aber (zunächst) kein Gebrauch gemacht wurde. Ob die (analoge) Anwendung von § 252 StPO vor dem Hintergrund des Umstandes, dass Untersuchungen nach § 81c StPO grundsätzlich aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden dürfen, geboten ist, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht erst nach der Untersuchung entsteht und der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem ZVR Gebrauch macht, erscheint nach der hier und von Teilen der Literatur vertretenen Auffassung jedenfalls diskutabel.

Die Regelungen für die Anordnung der Maßnahme in § 81c Abs. 5 S. 1 StPO entspricht im Wesentlichen der des § 81a Abs. 2 S. 1 StPO, wobei der Richtervorbehalt bei Verkehrsstrafsachen nicht wegfällt (also anders als § 81a Abs. 2 S. 2 StPO). Besonderheiten ergeben sich, wenn der gesetzliche Vertreter an der Entscheidung über das Untersuchungsverweigerungsrecht in Fällen verhindert ist, in denen diese bei ihm liegt. Dann sind, wie sich aus § 81c Abs. 5 S. 1 Hs. 2 StPO ergibt, die Anforderungen des § 81c Abs. 3 S. 3 StPO zu beachten.

Hinsichtlich der Frage der Verwertbarkeit von Untersuchungsergebnissen bei Nicht-Beachtung des Richtervorbehaltes sind die Grundsätze zu § 81a Abs. 2 StPO übertragbar (vgl. insoweit **Skript Teil E.III.2** [S. 74]).

3. § 81e StPO DNA

Die DNA-Analyse („genetischer Fingerabdruck“ = molekulargenetische Untersuchung der Desoxyribonukleinsäure aus dem menschlichen Zellkern) ist als besonders zuverlässige

naturwissenschaftliche Untersuchungsmethode zur Identifizierung (oder zum Ausschluss) von Spurenverursachern fest in der strafrechtlichen Praxis verankert.

Molekulargenetische Untersuchungen an nach § 81a Abs. 1 oder § 81c StPO erhobenem Probenmaterial wurde von der Rechtsprechung schon vor Einführung des § 81e StPO für zulässig gehalten. Neben der Informationsgewinnung reglementiert § 81e StPO die Nutzung der Untersuchungsergebnisse. Durch die mit den teilweise auch in §§ 81a, 81c befindlichen, Verwendungs- und Vernichtungsregelungen erreichte Zweckbindung der Untersuchung sollen zu weitgehende Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung verhindert werden. Die Vorschrift wurde zuletzt durch das Gesetz „zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“ vom 17.08.2017 mit Wirkung vom 24.08.2017 (BGBl. I S. 3202) neu gefasst.

Dabei wurde Abs. 1 S. 1 präzisierend redaktionell geändert und der bisherige Satz 2 in Satz 1 integriert, um die Vorschrift klarer zu strukturieren. Nach Auffassung des Gesetzgebers bedurfte die Voraussetzung, wonach die Untersuchung nur dann erfolgen durfte, wenn sie zur Erforschung des Sachverhaltes erforderlich war, im Gesetz einer ausdrücklichen Erwähnung. Eine (strenge) Subsidiaritätsklausel (wie etwa § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO) enthält diese (neue) Formulierung indes nicht. Die Maßnahme ist daher – wie bisher – auch dann zulässig, wenn andere Erkenntnismöglichkeiten noch nicht ausgeschöpft sind.

Der Gesetzgeber sah sich aufgrund in der Praxis bestehenden, gelegentlichen Zweifeln, was konkret unter „Spurenmaterial“ nach § 81e Abs. 2 StPO a.F. zu verstehen war und wann Untersuchungen nach § 81e Abs. 2 StPO oder aber nach § 81e Abs. 1 StPO durchgeführt werden durften, gehalten, das Wort „Spurenmaterial“ durch das Wort „Material“ zu ersetzen. Häufig ist unklar, ob es sich bei gesichertem Material um eine Spur des Täters, Material des Opfers oder überhaupt eine mit der Tat in Zusammenhang stehende Spur handelt (Bsp.: in Tatortnähe aufgefundene Zigarettenkippe). Kann nicht mit Sicherheit gesagt werden, von wem Material stammt, könnte einerseits § 81e Abs. 1 StPO einschlägig sein mit der Folge, dass es dann einer richterlichen Anordnung nach § 81f Abs. 1 StPO bedarf, wenn keine Einwilligung der betroffenen Person oder Gefahr im Verzug (dann Anordnung der StA / Ermittlungspersonen mgl.) vorliegt – andererseits könnte eine Untersuchung nach § 81e Abs. 2 StPO eröffnet sein, für den eine richterliche Anordnung gerade nicht erforderlich ist. Dies und die Frage, ob es sich überhaupt um eine Spur im engeren Sinne handelt, soll durch die beabsichtigte Untersuchung aber gerade erst geklärt werden, weshalb eine richterliche Anordnung nach § 81f Abs. 1 StPO erst dann erforderlich ist, wenn das zu untersuchende Material einer konkreten Person zugeordnet werden kann, deren Identität bekannt ist. Dies klarzustellen bewog den Gesetzgeber zur Einführung des § 81e Abs. 2 S. 3 StPO.

Als Untersuchungsmaterial kommen prinzipiell alle Spuren menschlicher Herkunft in Betracht, die auf Erbmaterial hin analysiert werden können. Beispielhaft seien Blut, Haare, Hautpartikel (insbesondere durch Abrieb in Form von Gebrauchs- bzw. Kontaktsuren), Schweiß, Speichel, Urin usw. genannt. Für Untersuchungsmaterial tierischer Herkunft gelten die allgemeinen Ermittlungsklauseln (§§ 161 Abs. 1, 163 StPO).

Das zu untersuchende Material kann dabei durch Maßnahmen nach § 81a Abs. 1 StPO, nach § 81c StPO oder auf sonstige Weise in den Verfügungsbereich der Strafverfolgungsbehörden gelangt sein (z.B. Körperzellen an einer weggeworfenen Zigarettenkippe eines observierten Beschuldigten, die durch Observierungskräfte sichergestellt wurde). Zulässig ist es insoweit auch, Durchsuchungsmaßnahmen durchzuführen, um Untersuchungsmaterial für Untersuchungen nach § 81e Abs. 2 StPO sicherzustellen. Hierin liegt kein Verstoß gegen den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit, denn dieser gebietet nur, dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, aktiv zur Sachverhaltsaufklärung beizutragen und die Strafverfolgungsbehörden seine diesbezügliche Entscheidungsfreiheit nicht durch ausdrückliche oder konkludente Täuschung umgehen dürfen. Der Grundsatz gewährt dagegen keinen Schutz vor unbewusster Selbstbelastung. Es ist Ausfluss des allgemeinen Lebensrisikos, Spuren zu hinterlassen, die für das Ermittlungsverfahren relevant werden können. Genau solche aufzufinden und auszuwerten wollte der Gesetzgeber ermöglichen. Es ist daher auch nicht unzulässig, hiernach gezielt zu suchen.

Steht aber fest, von wem das auf sonstige Weise in den Verfügungsbereich der Strafverfolgungsbehörden gelangte Material stammt, ist der Richtervorbehalt nach § 81e Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 81f Abs. 1 StPO zu beachten.

Auch auf freiwilliger Basis erlangtes Untersuchungsmaterial (etwa durch freiwillige Herausgabe / Einverständnis mit der Abnahme einer Speichelprobe o.ä.) kann nach § 81e Abs. 2 StPO untersucht werden. [Zur Freiwilligkeit der Abgabe / Kenntnis vom Weigerungsrecht / Belehrungsgebot vgl. **Skript Teil E.III.1** [S. 73]] Der Wortlaut von § 81e Abs. 2 StPO steht dem nicht entgegen, da eine freiwillige Herausgabe bei Beweiserheblichkeit des Gegenstandes eine (formlose) Sicherstellung nach § 94 Abs. 1 StPO zur Folge hat und eine Beschlagnahme nach § 94 Abs. 2 StPO nicht ausschließt (vgl. **Skript Teil E.II.1** [S. 69]). Die Untersuchung des Materials setzt allerdings eine Einwilligung in schriftlicher Form voraus (§ 81f Abs. 1 StPO – andernfalls Richtervorbehalt / ggf. GiV).

Zu beachten ist, dass in Ordnungswidrigkeitsverfahren erhobene Blutproben und sonstige Körperzellen zur Durchführung einer Untersuchung im Sinne des § 81e StPO nicht verwendet werden dürfen (§ 46 Abs. 4 S. 4 OWiG).

Durch den vollumfänglichen Verweis auf § 81c StPO ergibt sich, dass das von Tatumverdächtigen nach dieser Vorschrift erlangte Material nur dann untersucht werden darf, wenn bei dessen Gewinnung die den Schutz des Betroffenen dienenden Vorkehrungen des § 81c Abs. 3 ff. StPO eingehalten wurden. Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Beachtung des Untersuchungsverweigerungsrechts nach § 81c Abs. 3 StPO und die Zumutbarkeit nach § 81c Abs. 4 StPO zu legen.

Nochmals klarstellend zur Anordnungscompetenz (der Untersuchung): Die Anordnung zur Durchführung von Untersuchungen nach § 81e Abs. 1 StPO unterliegt gemäß § 81f Abs. 1 StPO dem Richtervorbehalt, soweit keine schriftliche Einwilligung der gem. § 81f Abs. 1 S. 2 StPO zu belegenden, betroffenen Person oder Gefahr im Verzug vorliegt, die die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen zur Anordnung berechtigt.

Steht bei auf sonstigem Weg erlangten Material fest, von wem dieses stammt und ist dessen Identität bekannt, bedarf auch die Untersuchung nach § 81e Abs. 2 StPO der richterlichen Anordnung (§ 81e Abs. 2 S. 3 StPO), wenn keine schriftliche Einwilligung / keine Gefahr im Verzug vorliegt.

In allen anderen Fällen – d.h. bei nicht durch hoheitliche Maßnahmen nach §§ 81a und 81c StPO erlangten Materialien mit ungeklärtem, tatsächlichem Verursacher – sieht das Gesetz keinen Richtervorbehalt für die Anordnung der Untersuchung der Materialien vor. Die Untersuchung von aufgefundenen, sichergestellten oder beschlagnahmten Material (uneindeutiger Herkunft) kann daher auch durch die Ermittlungspersonen angeordnet werden, ohne dass hierfür Gefahr im Verzug vorliegen müsste.

Fehlerfolgen:

Fehler bei der Probenentnahme (insbesondere im Rahmen von §§ 81a und 81c StPO) sind nach den bereits dargelegten Grundsätzen zu behandeln (Abwägungslösung). Fehler in diesem Rahmen, die ein Verwertungsverbot zur Folge haben, schließen auch eine Verwertung der aufgrund (rechtmäßig angeordneter) Untersuchungen gewonnener Erkenntnisse aus. Es liegt insoweit kein Fall der „Fernwirkung“ vor, da es sich bei dem Untersuchungsergebnis um kein anderes Beweismittel handelt (vgl. **Skript Teil B.III** [S. 30]), auch wenn es im Wege des Sachverständigenbeweises oder ggf. nach § 256 Abs. 1 Nr. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden kann. Dies dürfte sich zudem aus dem vollumfänglichen Verweis auf §§ 81a, 81c StPO in § 81e Abs. 1 StPO ergeben.

Die Nicht-Beachtung des Richtervorbehaltes (§ 81f Abs. 1 StPO) dürfte bei grober Verkennung bzw. willkürlicher Annahme von Gefahr im Verzug regelmäßig zum Verwertungsverbot im Rahmen der Abwägungslösung führen.

Fälle in denen die Anordnungsvoraussetzungen des §§ 81a und 81c StPO umgangen werden, etwa weil sich der Beschuldigte auf Anordnung des Gerichtes oder der Ermittlungsbehörden in deren Gewahrsamsbereich befindet (BV / od. U-Haft) und Materialien durch Ausnutzung des

bereits bestehenden Gewahrsamsverhältnisses bspw. durch Anbieten von Zigaretten, Getränken oder Aufsammeln von Haarschuppen und Kleidungsstücken im Haftraum überhaupt erst geschaffen und erhoben werden, dürften durch die Neufassung des Gesetzestextes an Klausurrelevanz (soweit diese überhaupt bestand) weiter verloren haben, denn in diesen Fällen dürfte regelmäßig die Identität des Verursachers feststehen und die Untersuchung des so gewonnenen Materials nunmehr gem. § 81e Abs. 2 S. 3 StPO dem Richtervorbehalt gem. § 81f Abs. 1 StPO unterliegen, weshalb jedenfalls eine nur von der StA bzw. den Ermittlungspersonen angeordnete DNA-Untersuchung ausscheidet.

4. § 81g StPO DNA-Identitätsfeststellung

Die Vorschrift des § 81g StPO gestattet bei fehlender Einwilligung des Beschuldigten unter bestimmten, engen Voraussetzungen die Entnahme von Körperzellen des Beschuldigten und deren Zuführung zur molekulargenetischen Untersuchung zum Zweck der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren. Sie enthält eine eigenständige Entnahme- und Untersuchungsanordnungsermächtigung und ergänzt damit §§ 81a, 81b, 81c und 81e StPO. Eine strafverfahrensrechtliche Besonderheit der Norm besteht darin, dass sie eine Eingriffsbefugnis begründet, bevor ein Anfangsverdacht bezogen auf dasjenige Verfahren vorliegt, dem die Beweissicherung dienen soll. Darin liegt zugleich das wesentliche Abgrenzungskriterium zu § 81e StPO. Die Anordnung der DNA-Identitätsfeststellung nach § 81g StPO setzt mithin nicht voraus, dass eine solche Untersuchung für ein anhängiges Strafverfahren nach § 81e StPO erforderlich ist. Die Verwendung des Begriffs „künftig“ bringt zum Ausdruck, dass § 81g StPO der Beweissicherung lediglich für solche Verfahren dient, die in der Zukunft neu eingeleitet werden.

Auch wenn die Norm eine vorsorgliche Beschaffung von Beweismitteln ermöglicht, hat sie keinen präventivrechtlichen Charakter, sondern ist ausschließlich dem Strafverfahrensrecht zuzuordnen. Im Gegensatz zur Entnahme und Untersuchung nach § 81a i.V.m. § 81e StPO ist bei Maßnahmen nach § 81g StPO über die Entnahme und Untersuchung des Materials zu entscheiden. Eine isolierte Anordnung einer Körperzellenentnahme gestattet die Vorschrift nicht. Die Befugnis zur – auch erzwungenen – Entnahme von Körperzellen folgt unmittelbar aus § 81g Abs. 1 StPO, nicht aus § 81a StPO oder dessen entsprechender Anwendung.

Für die Anordnung der Maßnahme ist Voraussetzung, dass der Beschuldigte einer Straftat von erheblicher Bedeutung oder einer Straftat gegen die sexuelle Selbstbestimmung verdächtig ist (Anfangsverdacht). Der unbestimmte Rechtsbegriff „Straftat von erheblicher Bedeutung“ findet sich in einer Reihe weiterer Vorschriften (z.B.: §§ 98a, 110a, 163e StPO). Die Straftat muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Ausscheiden müssen Delikte, die der Bagatellkriminalität zuzuordnen sind, z.B. kleinere Diebstähle, kleinere Betrügereien oder Straftaten, die Einzelne nur unerheblich beeinträchtigen. Ob es sich um eine solche Straftat handelt, bedarf stets der Prüfung der Umstände des Einzelfalls. Dabei liegt bei Verbrechen die Annahme einer erheblichen Bedeutung sehr nahe, auch wenn „nur“ der Tatverdacht der Beteiligung besteht. Kommt aber eine Verschiebung des Strafrahmens (z.B. wegen des Vorliegens eines minder schweren Falles; oder wenn die Tat im Versuchsstadium geblieben ist) in Betracht, können besondere Umstände vorliegen, die die Anordnung nach § 81g StPO unangemessen erscheinen lassen. Auch Vergehen sowie die Beteiligung an ihnen können Straftaten von erheblicher Bedeutung sein (z.B.: §§, 224, 243, 253 StGB), wobei Indizien wie das Bestehen eines Strafantragserfordernisses, eine geringe Schadenshöhe, die Verhängung einer Geldstrafe sowie die in Betracht zu ziehende Aburteilung im Strafbefehlsverfahren gegen eine erhebliche Bedeutung sprechen können. Reine Fahrlässigkeitsdelikte (d.h. solche außerhalb von § 11 Abs. 2 StGB) dürften in der Regel keine Straftaten von erheblicher Bedeutung sein.

Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung im Sinne des § 81g StPO sind sämtliche Straftaten der §§ 174 – 184f StGB. Die überwiegende Zahl der Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung unterfällt nach der Vorstellung des Gesetzgebers bereits den Straftaten von erheblicher Bedeutung (Alt. 1). Deshalb handelt es sich bei der 2. Alt. um einen Auffangtatbestand, in den diejenigen Straftaten fallen, die ihrem typischen Gepräge nach dem Bereich der unteren und mittleren Kriminalität zuzuordnen sind und die Erheblichkeitsschwelle deshalb nicht erreichen.

§ 81g Abs. 1 S. 2 StPO stellt klar, dass die wiederholte Begehung von Straftaten, die für sich genommen die Erheblichkeitsgrenze des Abs. 1 nicht erreichen, in ihrer Gesamtheit eine Straftat von erheblicher Bedeutung darstellen können.

Die Entnahme von Körperzellen und deren Analyse zum Zwecke der Identitätsfeststellung ist nur zulässig, wenn wegen der Art oder Ausführung der Tat, der Persönlichkeit des Beschuldigten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn künftig erneut Strafverfahren wegen einer Straftat von erheblicher Bedeutung zu führen sind (§ 81g Abs. 1 S. 1 Hs. 2). Diese qualifizierte Negativprognose gilt für alle in Betracht kommenden Anlassstraftaten, also auch bei Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die die Erheblichkeitsschwelle nicht erreichen, wie auch in Fällen wiederholter Tatbegehung, in denen die Gleichstellungsklausel (Abs. 1 S. 2) zur Anwendung gelangt. Die Negativprognoseentscheidung ist eine Prognoseentscheidung eigener Art, bei denen die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Der Prognose müssen schlüssige, verwertbare und in der Entscheidung nachvollziehbar dokumentierte Tatsachen zugrunde liegen, auf deren Grundlage die richterliche Annahme der Wahrscheinlichkeit künftiger Straftaten von erheblicher Bedeutung belegt wird.

Die Zuständigkeit für die Anordnung der Maßnahme sowie das einzuhaltende Verfahren hat der Gesetzgeber in § 81g Abs. 3 S. 1 und 2 StPO geregelt. In Fällen der schriftlichen Einwilligung des Beschuldigten bedarf es einer ansonsten erforderlichen gerichtlichen Anordnung nicht. Für die Anordnung der Körperzellenentnahme besteht eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft und ihrer Ermittlungspersonen bei Gefahr im Verzug. Die Anordnung der molekulargenetischen Untersuchung selbst ist unter einem strikten Richtervorbehalt gestellt. Gemäß § 81g Abs. 3 S. 3 StPO ist der Einwilligende darüber zu belehren, für welchen Zweck die zu erhebenden Daten verwendet werden.

Werden Maßnahmen nach § 81g StPO vorgenommen, können hierbei auftretende Fehler nur in künftigen, aber nicht in dem der Anordnung zugrundeliegenden Verfahren relevant werden. Denkbar sind daher Klausursituationen, in denen der Tatnachweis unter Heranziehung von Untersuchungsergebnissen aus früheren Verfahren geführt werden soll. Die bereits in dem früheren Verfahren gewonnenen Daten sind in dem „neuen“ Verfahren nur verwertbar, wenn das „neue“ Verfahren eine Straftat von erheblicher Bedeutung zum Gegenstand hat bzw. eine wiederholte Tatbegehung in Rede steht, die ihrem Unrechtsgehalt nach einer erheblichen Straftat gleichsteht. Ist dies nicht der Fall, dürfte regelmäßig ein Verwertungsverbot bestehen.

Ist in dem früheren Verfahren ein Fehler im Rahmen der Anordnung – d.h. im Anwendungsbereich des § 81g Abs. 3 StPO – erfolgt, gelten die zu §§ 81e, 81f StPO dargelegten Grundsätze. Insbesondere ein ohne richterliche Anordnung erstelltes DNA-Identifizierungsmuster dürfte, wenn der Beschuldigte nicht zuvor in die Maßnahme nach § 81g StPO eingewilligt hatte, oder die Einwilligung – etwa infolge des Vorliegens einer fehlenden Freiwilligkeit oder einer unterlassenen bzw. fehlerhaften, diesbezüglichen Belehrung – unwirksam ist, in der Regel ein Verwertungsverbot begründen.

Ein etwaiger Vortrag der Verteidigung, in dem früheren Verfahren sei der Begriff der „Straftat von erheblicher Bedeutung“ verkannt oder die Negativprognose zu Unrecht bejaht worden, dürfte – soweit diese Annahmen in dem früheren Verfahren nicht völlig unverwertbar – gleichsam willkürlich – waren, in der Regel unbeachtlich sein. Anderes dürfte aber in den Fällen gelten, in denen der Verlauf bzw. der Ausgang des früheren Verfahrens die zum Zeitpunkt der Anordnung vorliegende Annahme der Straftat von erheblicher Bedeutung im Nachhinein nicht bestätigt, die Tatsachen- oder Bewertungsgrundlage also nach der rechtmäßigen Anordnung in Wegfall gerät. Wurde der Beschuldigte in dem früheren Verfahren, in dem die Anordnung nach § 81g StPO erfolgte, beispielsweise freigesprochen oder das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, ohne dass dies auf ein Verfahrenshindernis zurückzuführen war (Verjährung bspw.), liegt eine Unverwertbarkeit nahe. Ist der Beschuldigte in dem Anlassverfahren dagegen „nur“ wegen einer Straftat verurteilt worden, die keine erhebliche Bedeutung hat, dürfte je nach Gewicht der Straftat, die dem „neuen“ Verfahren zugrunde liegt, zu differenzieren sein.

5. § 81h StPO DNA-Reihenuntersuchung

Durch die Einführung von § 81h StPO wollte der Gesetzgeber Unsicherheiten in der

Rechtsanwendung hinsichtlich der Zulässigkeit und Rechtsgrundlagen von Reihengentests, sogenannten Massenscreenings, beseitigen. Die Besonderheit der Vorschrift besteht darin, dass zur Durchführung eines Reihengentests zwar eine richterliche Anordnung erforderlich ist (§ 81h Abs. 2 S. 1 StPO), die Maßnahme aber nur mit Einwilligung der betroffenen Personen – also freiwillig – durchgeführt werden darf (§ 81h Abs. 1 StPO). Die Abgrenzung zu §§ 81a, 81e StPO erfolgt danach, ob lediglich abstrakte Prüfungsmerkmale i.S.d. § 81h Abs. 1 StPO gegeben sind, die auf einen möglichen Täter(kreis) hindeuten, oder ob gegen eine konkrete Person ein Anfangsverdacht bereits begründet werden kann. Die bloße Verweigerung der Teilnahme an einem Reihengentest genügt zur Annahme eines Anfangsverdacht nicht.

Die Vorschrift hat – nach der hier vertretenen Auffassung – nur geringe Klausurrelevanz (aus staatlicher Sicht). Insbesondere begründet eine fehlerhafte Anordnung (Anordnungsvoraussetzungen lagen nicht vor) regelmäßig kein Verwertungsverbot, da die Maßnahme die freiwillige Mitwirkung voraussetzt. Die Einwilligung in die Probenentnahme und deren Abgleich kompensiert die Mängel der Anordnung. Anders kann es allenfalls liegen, wenn der Richtervorbehalt bewusst oder willkürlich umgangen wurde (Anordnungskompetenz nicht beachtet).

Ein Abgleich des DNA-Identifizierungsmusters mit Spurenmaterial aus anderen Straftaten als der Anlasstat ist unzulässig. Ein Verstoß hiergegen macht nach ganz hM die daraus gewonnenen Erkenntnisse unverwertbar.

Durch die Änderung von Abs. 1 mit Wirkung vom 24.08.2017 wurde die erheblich kritisierte Rechtsprechung des BGH zur Unverwertbarkeit von sog. „Beinahetreffern“ entschärft (vgl. BGH NStZ 2013, 242 – 245). Durfte bis zu der Änderung die Ermittlung von Identifizierungsmustern und ihr Abgleich mit dem Spurenmaterial nur vorgenommen werden, soweit dies zur Feststellung erforderlich war, ob das Spurenmaterial von den Teilnehmern des Reihengentests stammt und waren – nach Auffassung des BGH – darüber hinausgehende Untersuchungen und weitergehende Feststellungen (auch durch den ursprünglichen Verweis auf § 81g Abs. 2 StPO) verboten, stellte sich die Beweisverwertungsfrage, wenn durch die Reihenuntersuchung festgestellt werden konnte, dass der Verursacher der bei der Tat gelegten DNA-Spur wahrscheinlich mit einem der Teilnehmer der Reihenuntersuchung verwandt ist, diese selbst aber nicht als Täter in Betracht kamen (sog. „Beinahetreffer“). Dieses Problem hat der Gesetzgeber nunmehr durch Streichung des Verweises auf § 81g Abs. 2 StPO in § 81h Abs. 3 StPO einerseits und durch Aufnahme der Ermächtigung zur Feststellung, ob das Spurenmaterial von Verwandten der Teilnehmer des Reihengentests (in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad) stammt, „behoben“. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu: „Erweitert wird [...] der Untersuchungsumfang nach § 81h Absatz 1 Halbsatz 2 StPO. Statt der Feststellung, ‚ob das Spurenmaterial von diesen Personen stammt‘ im Sinne eines ‚Hit-/No-hit-Verfahrens‘, soll künftig auch untersucht werden können, ob das Spurenmaterial genetische Ähnlichkeit mit dem DNA-Identifizierungsmuster von Probanden aufweist. Wenn dies der Fall ist und die genetisch ähnliche Probe deanonymisiert wurde, kann [...] gegen einen konkreten Verdächtigen (d.h. gegen einen Dritten, der mit dem Probanden eng verwandt ist) eine DNA-Analyse nach Maßgabe der §§ 81a und 81e StPO angeordnet werden, wenn gegen ihn ein [ausreichender] Verdacht besteht.“

Der Gesetzgeber stellt daneben in der Gesetzesbegründung den Aspekt der Belehrungspflicht nach § 81h Abs. 4 (n.F.) StPO deutlich heraus. Dem Betroffenen soll durch die umfassende Belehrung über den Zweck der Untersuchung und den Umfang der Verwertbarkeit der Untersuchungsergebnisse Klarheit verschafft werden, welchen Personenkreis er durch eine Probenabgabe potenziell dem Risiko einer durch einen Beinahetreffer ausgelösten weiteren strafrechtlichen Untersuchung aussetzt. Der Teilnehmer soll frei darüber disponieren können, ob er durch seine Teilnahme dazu beitragen möchte, dass ein naher Verwandter der Strafverfolgung ausgesetzt wird. Durch diese Hervorhebung dürfte in den Fällen, in denen die Belehrung nach § 81h Abs. 4 StPO fehlerhaft war oder unterblieben ist, die Annahme eines Verwertungsverbots naheliegen. Ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht ist aber durch eine Nachholung der Belehrung und Einholung einer nachträglichen wirksamen Einwilligung heilbar (m.E. Frage der Fortwirkung / „qualifizierte Belehrung“ dürfte erforderlich sein).

Unabhängig von der Heilbarkeit eines Belehrungsverstoßes ist nach der Abwägungslösung im Einzelfall zu entscheiden, welche Folgen eine aufgrund von Täuschung oder Zwang erlangte bzw. auf einer fehlerhaften oder unterbliebenen Belehrung beruhende (und damit unwirksame)

Einwilligung hat. In den Fällen, in denen Probanden durch das Ergebnis einer (belehrungs-)fehlerbehafteten Untersuchung nahe Angehörige belasten („Beinahetreffer“), dürfte eine den Verstößen nach §§ 52 Abs. 3, 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO vergleichbare Situation vorliegen, weshalb ein Verwertungsverbot naheliegt. Bei einem solchen Verstoß ist es – je nach Art und Ursache – nach der hier vertretenen Auffassung sogar (ausnahmsweise) geboten, von einer Fernwirkung dergestalt auszugehen, dass ein Verwendungsverbot der Untersuchungsergebnisse als Spurenansätze einerseits und ein Verwertungsverbot für trotz dieses Verwendungsverbotes erhobene – jedenfalls molekulargenetische Untersuchung betreffende – Beweise andererseits besteht. Die Verwertung des Ergebnisses einer die Täterschaft des Beschuldigten zu belegen geeigneten Untersuchung nach § 81e Abs. 1 StPO dürfte unverwertbar sein, wenn Anlass zu deren Anordnung ein belehrungsfehlerhaft erlangter Beinahetreffer im Rahmen einer Reihenuntersuchung nach § 81h StPO war, der erstmals Ansätze für Ermittlungen gegen einen nahen Angehörigen des Probanden bot.

V. Telekommunikationsüberwachung

1. § 100a StPO

Auch ohne Wissen der Betroffenen darf die Telekommunikation überwacht und aufgezeichnet werden, wenn bestimmte Voraussetzungen hierfür vorliegen. Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung (i.F. TKÜ) ergeben sich aus § 100a StPO.

Vom Begriff der Telekommunikation werden alle mit dem Versenden und Empfangen von Nachrichten jeglicher Art mittels technischer Einrichtungen oder Systeme in Zusammenhang stehende Vorgänge erfasst (vgl. § 3 Nr. 22, 23 TKG). Es geht um die Feststellung des kommunikativen Sozialverhaltens. Insbesondere umfasst sind mithin E-Mails (vgl. 4 Phasen **Skript Teil E.II.5** [S. 71]), Internet-Verkehr und Internet-Telefonie.

Gemäß § 100a Abs. 1 StPO müssen bestimmte Tatsachen einen Tatverdacht einer Katalogtat (§ 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO) begründen, die auch im Einzelfall schwer wiegt (§ 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO) und deren Erforschung auf andere Weise erheblich erschwert oder aussichtslos wäre (Subsidiaritätsgrundsatz, § 100a Abs. 1 Nr. 3 StPO).

Der Tatverdacht muss weder hinreichend noch dringend sein. Er muss sich aber aus bestimmten Tatsachen ergeben, d.h. bloße Vermutungen oder vage Anhaltspunkte reichen nicht aus. Wann eine schwere Straftat vorliegt, hat der Gesetzgeber durch den Katalog in § 100a Abs. 2 StPO abschließend geregelt. Es muss sich aber auch im konkreten Einzelfall um eine schwer wiegende Anlasstat handeln (§ 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO), wofür insbesondere die Folgen der Tat, die Schutzwürdigkeit des verletzten Rechtsguts und die sonstigen Umstände im Einzelfall maßgeblich sind. Der Subsidiaritätsgrundsatz ist eingehalten, wenn andere Aufklärungsmittel nicht vorhanden sind oder die Erfolgsaussichten, die sie bieten, denen der TKÜ erheblich unterlegen sind. Eine wesentliche Erschwerung liegt insbesondere vor, wenn die Benutzung anderer Aufklärungsmittel einen erheblich größeren Zeitaufwand erfordert und daher zu einer wesentlichen Verzögerung führen würde.

2. § 100e StPO

Die Anordnungscompetenz für Maßnahmen der TKÜ nach § 100a StPO liegt beim Gericht (§ 100e Abs. 1 S. 1 StPO). Bei Gefahr im Verzug kann die Anordnung nach dieser Vorschrift auch durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden, wobei sie außer Kraft tritt, wenn sie nicht binnen drei Werktagen vom Gericht bestätigt wird (§ 100e Abs. 1 S. 2 StPO). Die Anordnung ist zu befristen (§ 100e Abs. 1 S. 4 und 5 StPO) und nur gegen den Beschuldigten oder gegen Nichtverdächtige unter den Voraussetzungen des § 100a Abs. 3 StPO zu richten. Die Anordnung ist unzulässig, wenn Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass sich durch die TKÜ nur Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ergeben würden (§ 100d Abs. 1 StPO). Unerheblich ist, ob es sich bei den Nichtverdächtigen, gegen die sich die Anordnung richtet, um nach § 52 StPO Zeugnisverweigerungsberechtigte handelt (anders bei § 100c – vgl. § 100d Abs. 5 S. 2). Berufsheimlichkeitsgeheimnisse, die nach § 53 StPO das Zeugnis verweigern könnten, werden durch § 160a StPO geschützt.

3. Änderung der Bewertung und Zufallsfunde

War die TKÜ im Zeitpunkt der Anordnung rechtmäßig – war also insbesondere die Verdachtslage wegen einer bestimmten Katalogtat gegeben – so sind die Erkenntnisse aus der TKÜ auch dann verwertbar, wenn sie dieselbe prozessuale Tat betreffen, aber tatsächlich eine andere Begehungsform der Katalogtat verwirklicht worden ist oder sich die Tat aufgrund der weiteren Ermittlungen nur als Nichtkatalogtat herausgestellt hat. Selbst eine Verfolgungsbeschränkung gem. § 154a StPO hindert die Verwertung nicht.

Ergeben sich aus der TKÜ hingegen Anhaltspunkte für andere prozessuale Taten, liegen Zufallsfunde im Sinne des § 477 Abs. 2 S. 2 StPO vor – die Erkenntnisse aus der TKÜ dürfen danach gegen Beschuldigte und Dritte nur verwertet werden, wenn es sich bei der anderen prozessualen Tat ebenfalls um eine Katalogtat handelt, wegen der die Anordnung der TKÜ hätte erfolgen können. Ist das nicht der Fall, sind die Erkenntnisse als unmittelbares Beweismittel nicht verwertbar, sie können aber als Spurenansatz dienen, d.h. als Grundlage für weitere Ermittlungen genutzt werden, um auf diese Weise verwertbare Beweismittel zu gewinnen.

Beispiel 43: „Spannungsfrei“ [S. 298]

4. Fehlerfolgen

Formelle Fehler, insbesondere gegen die Verfahrensvorschrift des § 100e StPO, führen in der Regel nicht zu einem Verwertungsverbot. Es gilt die Abwägungslehre. Liegt kein willkürliches Verhalten oder die grobe Verkennung des Richtervorbehaltes vor, kann – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – für die Frage der Verwertbarkeit bedeutend sein, ob die Maßnahme durch den Richter angeordnet worden wäre (hypothetisch rechtmäßige Maßnahme).

Fehlt es hingegen an einer Anordnungsvoraussetzung, insbesondere einem Tatverdacht einer Katalogtat (§ 100a StPO), liegt ein Verwertungsverbot nahe. Im Rahmen der Abwägung ist auf den Zeitpunkt der Anordnung abzustellen und umfassend rechtlich zu bewerten. Die Anordnung wegen „der falschen Katalogtat“ hindert die Verwertung regelmäßig nicht (hypothetisch rechtmäßige Anordnung).

Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung sind nicht verwertbar und dürfen auch nicht als Spurenansatz dienen (Verwertungs- und Verwendungsverbot) (§ 100d Abs. 2 S. 1 StPO).

Es gilt die Widerspruchslösung!

5. Verkehrs-, Vorrats- und Bestandsdaten

Aufgrund der Entscheidungen des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung im Jahr 2010 (BVerfG NJW 2010, 833ff.) und des EuGH im Jahr 2014 (EuGH NJW 2014, 2169ff.) sah sich der Gesetzgeber zu einer umfassenden Neuregelung der Eingriffsvoraussetzungen und Speicherpflichten der Verkehrs- und Bestandsdaten gehalten und hat durch das Gesetz zur Einführung einer Speicherpflicht und einer Höchstspeicherfrist für Verkehrsdaten vom 10.12.2015 die maßgeblichen Bestimmungen in der StPO und im TKG vollständig neu gefasst. Ob er damit den verfassungsrechtlichen Ansprüchen gerecht wurde, darf als noch nicht abschließend entschieden betrachtet und vor dem Hintergrund der Entscheidung des EuGH vom 21.12.2016 (EuGH NJW 2017, 717ff.) durchaus bezweifelt werden. Eingedenk der Ungewissheit über die Zukunft der einschlägigen Bestimmungen sollen diese hier daher nur verkürzt dargestellt werden, zumal ihnen nur wenig Klausurrelevanz beigemessen werden kann. Die (nach wie vor aktuelle) rechtspolitische Diskussion über Sinn und Zweck der Vorratsdatenspeicherung gebietet es jedoch, wenigstens die Grundbegriffe einzuordnen.

a) Verkehrsdaten

In § 100g Abs. 1 StPO befindet sich eine Befugnisnorm zum Zugriff auf Verkehrsdaten. Der Begriff der Verkehrsdaten ist in § 3 Nr. 30 TKG legal definiert (Daten, die bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erhoben, verarbeitet oder genutzt werden). Die Regelung ist aber ausschließlich für den Abruf von Verkehrsdaten anwendbar, welche die Erbringer öffentlich

zugänglicher Telekommunikationsdienste nach dem abschließenden Katalog in § 96 Abs. 1 TKG zu geschäftlichen Zwecken speichern dürfen. Dazu gehören IMEI-Nummern (Geräteerkennung von Mobiltelefonen), dynamische und statische IP-Adressen, Rufnummern und Standortdaten. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass solche Daten, die der Diensteanbieter für seine Zwecke erheben und verwerten darf (etwa zu Abrechnungszwecken, Einzelverbindungsnachweisen gegenüber Kunden und dergl.) auch von Strafverfolgungsbehörden abgerufen werden dürfen. Eingriffsvoraussetzung ist eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, wobei der Verdachtsgrad dem des § 100a StPO entspricht und der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO eine Orientierung bietet (ausdrücklicher Verweis in § 100g Abs. 1 Nr. 1 StPO („insbesondere“)). Erfasst sind auch mittels Telekommunikation begangene Straftaten (§ 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO), allerdings nur unter den engeren Voraussetzungen des § 100g Abs. 1 S. 2 StPO (strenge Subsidiarität / Aussichtslosigkeit). Die Erhebung von Standortdaten ist gem. § 100g Abs. 1 S. 3 StPO auf künftige Daten oder solche in Echtzeit beschränkt. Ein Rückgriff auf vergangene Standortdaten ist daher nicht möglich.

b) Vorratsdaten

Durch die Neuregelung insbesondere von § 113b TKG hat der Gesetzgeber Erbringer öffentlicher zugänglicher Telekommunikationsdienste für Endnutzer verpflichtet, bestimmte Verkehrsdaten für zehn bzw. vier Wochen (Standortdaten § 113b Abs. 1 Nr. 2 TKG) im Inland zu speichern. Erfasst sind insbesondere Rufnummern, Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Verbindung, IP-Adressen und Anschluss- sowie Benutzerkennungen, Funkzellenbezeichnungen und deren geografische Lage. Da diese Speicherung unabhängig von geschäftlichen Zwecken zu erfolgen hat, handelt es sich im Kern um die sog. **Vorratsdatenspeicherung**. Merke: Vorratsdaten sind nicht zu geschäftlichen Zwecken gespeicherte Verkehrsdaten.

Ausdrücklich ausgeschlossen ist die Speicherung des Inhalts der Kommunikation, der Daten über aufgerufene Internetseiten und der Daten von Diensten der elektronischen Post (§ 113b Abs. 5 TKG). Insbesondere das „Surfverhalten“ der Nutzer kann daher nicht nachvollzogen werden. Sämtliche Daten sind spätestens binnen einer Woche nach Ablauf der Speicherfristen irreversibel zu löschen (§ 113b Abs. 8 TKG).

In § 100g Abs. 2 StPO sind die Voraussetzungen des Zugriffs auf die nach § 113b TKG gespeicherten Verkehrsdaten (Vorratsdaten) geregelt. Ihre Erhebung kommt nur in Betracht, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer eine der in Nr. 1 bis 8 des Abs. 2 genannte, auch im Einzelfall schwerwiegende Straftat begangen oder zu begehen versucht hat (Katalogtat), die Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre.

Bei Funkzellenabfragen darf auf zu geschäftlichen Zwecken gespeicherte Daten (§ 96 TKG) unter den Voraussetzungen des § 100g Abs. 1 StPO und unter den Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO auf nach § 113b TKG gespeicherte Verkehrsdaten zugegriffen werden (§ 100g Abs. 3 StPO).

Im Anschluss an die bereits zitierte Entscheidung des EuGH vom 21.12.2016 (NJW 2017, 717ff.) hat das OVG Münster mit Beschl. v. 22.06.2017 (13 B 238 / 17, BeckRS 2017, 114873) in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren ausgeführt, dass die nationalen Regelungen zur anlassunabhängigen Speicherung von Verkehrsdaten mit den europarechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sei. Die Bundesnetzagentur hat den Beschluss zum Anlass zur Klarstellung genommen, dass sie derzeit bei Verstößen gegen die Speicherverpflichtung keine Maßnahmen (bspw. Bußgeldverfahren nach § 149 TKG) gegen Provider ergreifen werde. Die (Durchsetzung der) Vorratsdatenspeicherung kann daher als derzeit ausgesetzt betrachtet werden. Auch das VG Köln hat mit Urteil vom 20.04.2018 (Az.: 9 K 7417 / 17) die Ansicht vertreten, dass die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Rli. 2002/58/EG) den nationalen Regelungen der §§ 113a, 113b TKG entgegenstehe. Ob die Ansicht, die Vorratsdatenspeicherung sei mit dem Europarecht unvereinbar, als zutreffend betrachtet werden kann, bedarf (noch) – soweit ersichtlich – einer höchstrichterlichen Entscheidung.

Das Landgericht Mannheim ist der Ansicht, dass Standortdaten gem. § 100g Abs. 2 StPO mittels der nach § 96 TKG gespeicherten Daten analog erhoben werden könnten. Es hat hierzu ausgeführt (vgl.: LG Mannheim, Beschl. v. 18.01.2018, 4 Qs 39 / 17 und 4 Qs 42 / 17 – zitiert nach juris): „Wenn die Netzbetreiber auf Grundlage der Entscheidung des OVG Münster und der Erklärung der Bundesnetzagentur seit dem 01.07.2017 Vorratsdaten i.S.d. § 113b TKG nicht speichern, hat dies [...] zur Folge, dass für die Sicherheitsbehörden solche Standortdaten für einen Abruf nach § 100g Abs. 2 StPO nicht zur Verfügung stehen. Da die Rechtmäßigkeit des Abrufs hierdurch aber nicht berührt wird, ist es jedenfalls zulässig, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 100g Abs. 2 StPO auf nach § 96 TKG gespeicherte Vorratsdaten zurückzugreifen, auch wenn deren Abruf auf der Grundlage von § 100g Abs. 1 StPO nach § 12 EGStPO nur bis zum 29.07.2017 möglich war.“

c) Bestandsdaten

Der Begriff der Bestandsdaten ist in § 3 Nr. 3 TKG legal definiert. Er erfasst vor allem Name und Anschrift des Anschlussinhabers, zugeteilte Rufnummern und andere Anschlusskennungen (bspw.: IMEI (Gerätekennungen) / IMSI (SIM-Karten-Identifikationsnummern)) für die eine Speicherungspflicht nach § 111 Abs. 1 S. 1 TKG bzw. Speicherungsrecht nach § 95 TKG besteht. Über all diese Bestandsdaten dürfen gemäß § 100j Abs. 1 StPO zur Verfolgung von Straftaten Auskünfte von Diensteanbietern verlangt werden, wenn dies zur Sachverhaltserforschung oder Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten erforderlich ist. Ausreichend ist das Bestehen eines Anfangsverdachts (§ 152 Abs. 2 StPO; sog. manuelles Auskunftsverfahren nach § 113 TKG).

d) Anordnungs-kompetenzen

Für Abfragen nach § 100g StPO (Verkehrsdaten) gelten gem. § 101a Abs. 1 S. 1 StPO die Kompetenzregelungen und Formvorschriften des § 100e StPO weitgehend entsprechend. Für die Vorratsdatenabfrage (§ 100g Abs. 2 StPO) ist eine Anordnung wegen Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft aber ausgeschlossen (§ 101a Abs. 1 S. 2 StPO).

Anordnungen nach § 100j Abs. 1 S. 1 StPO (Bestandsdaten) trifft grundsätzlich die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen selbst. Soweit sich das Auskunftsverlangen auf Daten bezieht, mittels derer der Zugriff auf Endgeräte oder Speichereinrichtungen geschützt werden (§ 113 Abs. 1 S. 2 TKG) trifft die Anordnung gem. § 100j Abs. 3 StPO das Gericht, bei Gefahr im Verzug die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen, wobei in diesem Fall eine unverzügliche gerichtliche Entscheidung nachzuholen ist.

6. Onlinedurchsuchung & Quellen TKÜ

[einstweilen frei]

VI. Einsatz technischer Mittel

1. § 100c StPO (großer Lauschangriff)

Die Vorschrift des § 100c Abs. 1 StPO ermächtigt die Strafverfolgungsbehörden das in einer Wohnung nichtöffentlich gesprochenes Wort mit technischen Mitteln abzuhören und aufzuzeichnen, sofern bestimmte Tatsachen einen Tatverdacht einer Katalogtat im Sinne des § 100b Abs. 2 StPO begründen (§ 100c Abs. 1 Nr. 1 StPO), die Tat auch im Einzelfall schwer wiegt (§ 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO), aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Äußerungen des Beschuldigten erfasst werden, die für die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten von Bedeutung sind (Ermittlungszweck; § 100c Abs. 1 Nr. 3) und diese Erforschung auf andere Weise unverhältnismäßig erschwert oder aussichtslos wäre (Subsidiaritätsklausel; § 100c Abs. 1 Nr. 4 StPO).

Maßnahmen nach § 100c StPO sind regelmäßig mit einem physischen Eindringen in die Wohnung zur Installation von Überwachungstechnik verbunden (Annexkompetenz), wobei der Wohnungsbegriff des § 100c StPO mit Blick auf Art. 13 GG weit auszulegen ist. Geschützt sind alle nicht allgemein zugänglichen Räume, die zum Aufenthalt oder Wirken von Menschen

dienen, mithin sämtliche Räume einer Wohnung im umgangssprachlichen Sinn (und dazugehörige Nebenräume wie Keller, Speicher, Garagen usw.), aber auch Flächen im Außenbereich, die als privater Rückzugsbereich ausgewiesen und damit der öffentlichen Nutzung entzogen sind ((Vor-)Gärten). Erfasst sind aber auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume, selbst wenn diese zu bestimmten Zeiten durch Dritte (die Öffentlichkeit) aufgrund einer Widmung des Nutzungsberechtigten betreten werden dürfen (Warenhäuser, Gaststätten usw.), denn in dieser Zweckbestimmung liegt kein Verzicht auf den durch Art. 13 GG gewährleisteten Schutz. Schließlich sind auch bewegliche Raumgebilde von § 100c StPO erfasst, soweit diese zum Aufenthalt von Menschen zu dienen bestimmt sind (Wohnwagen, Schiffe) – nicht jedoch reine Transportmittel (etwa PKW).

Nichtöffentlich im Sinne des § 100c StPO sind alle Äußerungen, die innerhalb des vorgenannten Schutzbereiches des Art. 13 GG getätigt werden und nur für den jeweiligen Gesprächspartner bestimmt sind. Öffentlich ist nur das, was für einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten Personenkreis bestimmt ist.

Zielperson, d.h. von der Maßnahme Betroffener, ist der Beschuldigte der Katalogtat. Gegen ihn muss sich die Anordnung (§ 100e Abs. 3 Nr. 1 StPO) richten, mithin gegen ihn zugleich ein Ermittlungsverfahren wegen der Katalogtat (§§ 100c Abs. 1 Nr. 1, 100b Abs. 2 StPO) eingeleitet sein. Eine Anordnung gegen sog. „Nachrichtensmittler“, wie sie etwa bei der TKÜ (vgl. § 100a Abs. 3 StPO) möglich wäre, ist unzulässig. Die Vorschrift legitimiert aber nicht lediglich das Abhören und Aufzeichnen der Worte des Beschuldigten. Auch andere in der Zielwohnung (§ 100c Abs. 2 StPO) erfolgten Äußerungen von Nicht-Beschuldigten können abgehört, aufgezeichnet und unter Berücksichtigung von § 100d (insbesondere dessen Abs. 5) StPO verwertet werden und zwar auch dann, wenn von vornherein feststeht, dass solche Personen betroffen sein können (§ 100c Abs. 2 S. 3 StPO – beachte aber § 100d Abs. 5 S. 1 StPO). Allerdings darf die Maßnahme grundsätzlich nur in Wohnungen des Beschuldigten durchgeführt werden (§ 100c Abs. 2 S. 1 StPO). In Wohnungen anderer Personen (d.h. solchen Wohnungen, hinsichtlich denen dem Beschuldigten kein Mitnutzungsrecht zusteht) ist die Maßnahme nur zulässig, wenn sich der Beschuldigte dort aufhält (§ 100c Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StPO) und das besondere Subsidiaritätserfordernis des § 100c Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO erfüllt ist, d.h. die akustische Überwachung nur der Wohnung des Beschuldigten dem Ermittlungszweck nicht dienen würde.

Das Einverständnis des Wohnungsinhabers soll nach dem gesetzgeberischen Willen eine Anordnung der Maßnahme unter den Voraussetzungen des § 100c StPO nicht überflüssig machen, da dies einer Disposition über die Rechte Dritter gleichkäme, weil die Regelung des § 100c StPO nicht nur dem durch Art. 13 GG verbürgten Schutz der Unverletzlichkeit der Wohnung, sondern auch dem Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG zu dienen bestimmt sei (vgl. BT-Drucksache 15/4533 vom 15.12.2004 (Anlage 3), S. 26). Bemerkenswert ist insoweit, dass Art. 1 Abs. 1 GG als „oberstes Verfassungsprinzip“ bei sämtlichen strafprozessualen Eingriffsnormen und Maßnahmen der Ermittlungsbehörden zu berücksichtigen ist und – dieser Begründung folgenden – eine Einwilligung von Betroffenen in keinem Fall dazu führen könnte, dass spezielle Eingriffsvoraussetzungen außer Betracht bleiben dürfen, wenn durch die Maßnahme (mittelbar) auch Rechte Dritter betroffen sein können. Dieser Rückschluss wird allerdings – soweit ersichtlich – weder von der Rechtsprechung noch der Literatur gezogen. Insbesondere im Bereich der Durchsuchung ist anerkannt, dass die Maßnahme beim Betroffenen auf freiwilliger Basis ohne richterliche Anordnung durchgeführt werden kann (vgl. **Skript Teil E.I.4** [S. 66]).

Der für die Anordnung der Maßnahme nach § 100c StPO erforderliche Tatverdacht einer besonders schweren Straftat muss weder hinreichend noch dringend sein. Er muss sich aber aus bestimmten Tatsachen ergeben, d.h. bloße Vermutungen oder vage Anhaltspunkte reichen nicht aus. Wann eine besonders schwere Straftat im Sinne des § 100c StPO vorliegt, hat der Gesetzgeber durch den Katalog in § 100b Abs. 2 StPO abschließend geregelt, wobei anders als bei der TKÜ strafbare Vorbereitungen nicht ausreichend sind. Die akustische Wohnraumüberwachung kommt daher beispielsweise bei einer Verabredung zum Mord (§ 30 StGB) nicht in Betracht. Es muss sich darüber hinaus auch im konkreten Einzelfall um eine schwer wiegende Anlasstat handelnd (§ 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO), wofür insbesondere die Folgen der Tat, die Schutzwürdigkeit des verletzten Rechtsguts und die sonstigen Umstände im Einzelfall maßgeblich sind.

Auch wenn die Gesetzesformulierung von § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den ersten Blick eine eingriffslimitierende Wirkung zu haben scheint, ist ihr tatsächlicher Bedeutungsgehalt allenfalls deklaratorischer Natur. Zwar darf nach dem Wortlaut die Wohnraumüberwachung nur stattfinden, wenn durch tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme gerechtfertigt ist, dass durch die Überwachung Äußerungen des Beschuldigten erfasst werden, welche für die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Mitbeschuldigten von Bedeutung sind; damit wird aber entweder (so die Gesetzesbegründung) nur der Grundsatz der Geeignetheit wiederholt, der bereits Bestandteil des bei jeder Maßnahme zu beachtenden Verhältnismäßigkeitsprinzips ist; oder aber klargestellt, dass Betroffener der Maßnahme nur der Beschuldigte sein soll, was aber hinreichend durch § 100c Abs. 2 StPO sichergestellt ist. Für die Sachverhaltserforschung von Bedeutung ist im Übrigen jede Tatsache, die geeignet ist, einen bestehenden Anfangsverdacht zu einem hinreichenden Tatverdacht zu verdichten bzw. den Anfangsverdacht „zu entkräften“, weshalb die Ermittlungsmaßnahme durch diese Formulierung keinen besonderen Einschränkungen unterworfen ist, denen nicht auch die übrigen unterliegen, denn Maßnahmen dürfen grundsätzlich nur zur Wahrheitserforschung, mithin zur Feststellung von schuld- und rechtsfolgenrelevanten Tatsachen durchgeführt werden. Letztlich ist es auch logisch, dass die Maßnahme zur Aufenthaltsermittlung „nur“ von Mitbeschuldigten dienen darf, denn die Kenntnis vom Aufenthaltsort des Beschuldigten ist Voraussetzung der Anordnung der Maßnahme.

Der Subsidiaritätsgrundsatz des § 100c Abs. 1 Nr. 4 StPO ist bereits nach dem Wortlaut der „strengste“ der prozessualen Maßnahmen („unverhältnismäßig erschwert oder...“). Die Erforschung des Sachverhaltes / Ermittlung des Aufenthaltes auf andere Weise ist aussichtslos, wenn andere Maßnahmen nicht zur Verfügung stehen. Unverhältnismäßig erschwert ist die Erforschung durch andere Maßnahmen, wenn diese mit hoher Wahrscheinlichkeit ungeeignet sind, den Aufklärungserfolg zu erreichen. Durch das Merkmal „unverhältnismäßig erschwert“ soll klargestellt werden, dass die Maßnahme der akustischen Wohnraumüberwachung **ultima ratio** der Strafverfolgung ist und als schwerstes Eingriffsmittel gegenüber allen anderen Ermittlungsmaßnahmen zurückzutreten hat, selbst wenn diese (bis zur Grenze der Unverhältnismäßigkeit) mit Erschwernissen und Verzögerungen verbunden sind.

Maßnahmen nach § 100c StPO dürfen nur auf Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 165 StPO gilt nicht!) durch eine nicht mit Hauptverfahren befasste, besondere Strafkammer bei dem Landgericht, in dessen Bezirk das Oberlandesgericht seinen Sitz hat angeordnet werden. Die Kammer ist anstelle des sonst zuständigen Ermittlungsrichters (§§ 162ff. StPO) für den gesamten OLG-Bezirk zuständig. Die Maßnahme ist zu befristen (ein Monat), kann um jeweils nicht mehr als einen Monat verlängert werden, wobei über Verlängerungen nach Durchführung der Maßnahme in einem Zeitraum von insgesamt 6 Monaten das Oberlandesgericht entscheidet (vgl. zu allem § 100e Abs. 2 StPO).

Die praktische Bedeutung der akustischen Wohnraumüberwachung ist nicht zuletzt wegen des strengen Subsidiaritätsgrundsatzes äußerst gering. Vor dem Hintergrund des Regelungsgehaltes von § 100d StPO kann aus dieser untergeordneten Relevanz nicht zwingend auf die Bedeutungslosigkeit der Wohnraumüberwachung für Klausursituationen geschlossen werden.

2. § 100f StPO (kleiner Lauschangriff)

Die heimliche Maßnahme des Abhörens und Aufzeichnens des nichtöffentlich gesprochenen Wortes außerhalb von Wohnungen – mithin ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) – wird durch § 100f StPO gestattet, sofern bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder Teilnehmer einer auch im Einzelfall schwerwiegenden Katalogtat nach § 100a Abs. 2 StPO begangen oder strafbar zu begehen versucht hat und die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (§ 100f Abs. 1 StPO). Geringfügige Eingriffe in den Rechtskreis des Betroffenen, die der Vorbereitung der Maßnahme dienen, wie etwa das Öffnen eines PKW zum Einbau der Überwachungstechnik, sind ebenfalls von § 100f StPO gedeckt (Annexkompetenz).

Der „kleine Lauschangriff“ darf gegen den Beschuldigten und auch gegen andere Personen (Kontaktpersonen) angeordnet werden, wenn auf Grund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist,

dass diese mit einem Beschuldigten in Verbindung stehen oder eine solche Verbindung hergestellt wird, die Maßnahme zur Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten führen wird und dies auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre.

Es muss mithin hinsichtlich nicht-verdächtiger Personen auf der Basis tatsächlicher, hinreichend belegbarer und konkreter Umstände die erhöhte Wahrscheinlichkeit bestehen, dass diese in Kontakt mit dem Beschuldigten stehen oder ein solcher hergestellt werden wird und deshalb mit einem Aufklärungserfolg zu rechnen ist. Auf andere Weise aussichtslos ist die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes eines Beschuldigten, wenn alternative Ermittlungsmaßnahmen zur Erreichung dieser Zwecke nicht zur Verfügung stehen. Wesentlich erschwert würden die Ermittlungen zur Erreichung der vorgenannten Zwecke, wenn diese durch andere Maßnahmen mit hoher Wahrscheinlichkeit entweder nicht oder aber nicht so umfassend erreicht werden würden.

Da ein Rückgriff auf den Schutzbereich des Art. 13 GG nach Sinn und Zweck der Maßnahme ausgeschlossen ist, dürfte der Begriff „nichtöffentlich“ mangels Definition in der StPO bzw. StGB im Sinne des § 201 Abs 1 Nr. 1 StGB zu verstehen sein. Wird eine Äußerung außerhalb der Wohnung an einen größeren, nach Zahl und Individualität unbestimmten oder durch persönliche oder sachliche Beziehung miteinander verbundenen Personenkreis vom Sprechenden bewusst und mit entsprechender Zweckbestimmung gerichtet, darf dieses (mithin öffentlich) gesprochene Wort bereits nach der Ermittlungsgeneralklausel der §§ 161, 163 StPO aufgezeichnet werden.

Die Anordnungscompetenz für den kleinen Lauschangriff richtet sich nach §§ 100f Abs. 4, 100e Abs. 1 StPO (Ermittlungsrichter; § 162 StPO). Die bei Gefahr im Verzug mögliche Eilanordnung der Staatsanwaltschaft muss infolge des generellen Verweises in § 100f Abs. 4 StPO innerhalb von drei Werktagen richterlich bestätigt werden. Die bis zu diesem Zeitpunkt gewonnenen Erkenntnisse sind aber verwertbar. Die Ermittlungsbeamten der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) haben keine eigene Anordnungscompetenz.

Maßnahmen nach § 100f StPO gegen den Beschuldigten berühren nicht den nemo-tenetur-Grundsatz. Würden die Strafverfolgungsbehörden indes selbstbelastende Gespräche eines Beschuldigten, der sich zuvor bereits auf sein Schweigerecht nach § 136 StPO berufen hat, provozieren und diese aufnehmen, dürften ein Verstoß gegen die Selbstbelastungsfreiheit und das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG; fair trial) und damit ein Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein. Da für zeugnisverweigerungsberechtigte Angehörige (§ 52 StPO) der § 160a StPO nicht gilt, bestehen hinsichtlich dieser (Kontakt-)Personen keine Einschränkungen bei der Anordnung. Es dürfte aber ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) und ein daraus resultierendes Beweisverwertungsverbot anzunehmen sein, wenn der Staat unter bewusster Umgehung einer Vernehmungssituation die gezielte Ausforschung eines Angehörigen betreibt, wenn dieser bereits von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hatte (Art. 20 GG; unzulässige Umgehung; Missbrauch). Ob dies gleichermaßen anzunehmen ist, wenn der Angehörige (noch) nicht vernommen wurde, erscheint indes zweifelhaft. Gerade der Umstand, dass die ZVR-berechtigte Kontaktperson regelmäßig bei Anordnung der Maßnahme bereits im Kontakt mit dem Beschuldigten steht und der zu erwartende Aufklärungserfolg die Anordnung der Maßnahme nur unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsgrundsatzes rechtfertigt, schützt den ZVR-Berechtigten ausreichend. Ein Eingriffsschutz, der letztlich dem Regelungsgehalt des § 160a Abs.1 oder Abs.2 StPO entspräche, mittels allgemeiner Erwägungen zu begründen, dürfte der klaren gesetzgeberischen Entscheidung widersprechen.

Mit welchen technischen Mitteln die Maßnahme umgesetzt wird, wird weder vom Gesetzgeber vorgegeben, noch ist ein solches in der Anordnung konkret näher zu bezeichnen. Entscheidend für die Zulässigkeit des Einsatzes eines bestimmten technischen Mittels ist zudem nicht, welches konkrete Gerät eingesetzt wird, sondern welcher Eingriff durchgeführt wird bzw. welche Daten erhoben werden. Die Vorschrift des §100f StPO gestattet insoweit allein das Abhören und die Aufzeichnung des gesprochenen Wortes, mithin einzig eine Sprachaufzeichnung mit dafür geeigneter Technologie.

3. §§ 163f, 100h StPO (Observation)

Bei der Observation handelt es sich um eine häufig genutzte verdeckte Ermittlungsmaßnahme, da sie insbesondere in Kombination mit anderen Ermittlungsmaßnahmen wesentlich zur Sachverhaltsaufklärung beitragen kann. Unter bestimmten Bedingungen besteht auch die Möglichkeit grenzüberschreitender Observation (vgl. Art. 40 SDÜ; 2. Zusatzprotokoll zum EuRhÜbk; Art. 21 Neapel II; vgl. auch Nacheile: Art. 41 SDÜ).

Die in § 163f StPO geregelte Observation ist eine Maßnahme zur Erhebung beweisrelevanter Daten durch unauffällige, planmäßige und zielgerichtete Beobachtung einer bestimmten Person. Auf die Beobachtung eines Objektes (Objektüberwachung) findet § 163f StPO keine Anwendung. Die Vorschrift gestattet die **längerfristige Observation**, d.h. eine solche, die durchgehend länger als 24 Stunden dauert oder an mehr als zwei Tagen stattfindet. Kurzfristige Unterbrechungen der Beobachtung innerhalb der 24 Stunden-Frist hebt den Charakter einer längerfristigen Observation nicht auf. Für kurzfristige Observationsmaßnahmen gilt die Ermittlungsgeneralklausel (§§ 161, 163 StPO). Ist die Überschreitung der in § 163f StPO genannten Zeitspannen beabsichtigt, oder werden diese (zunächst unbeabsichtigt) tatsächlich erreicht, liegt eine längerfristige Observation vor. Die Norm ist insoweit restriktiv auszulegen, da andernfalls die Anordnungsvoraussetzungen durch eine zeitlich unbegrenzte Abfolge kurzfristiger Observationen unterlaufen werden könnten.

Betroffene Person einer Observation kann der (individualisierte, nicht notwendig identifizierte) Beschuldigte einer Straftat von erheblicher Bedeutung (kein Katalog!) sein. Die Anlasstat muss mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sein, den Rechtsfrieden empfindlich stören und geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Ausscheiden dürften Delikte, die der Bagatelkriminalität zuzuordnen sind, z.B. kleinere Diebstähle, kleinere Betrügereien oder Straftaten, die Einzelne nur unerheblich beeinträchtigen. Ob es sich um eine solche Straftat handelt, bedarf stets der Prüfung der Umstände des Einzelfalles. Dabei liegt bei Verbrechen die Annahme einer erheblichen Bedeutung sehr nahe, auch wenn „nur“ der Tatverdacht der Beteiligung besteht (vgl. auch **Skript Teil E.IV.4** [S. 82]).

Längerfristige Observationen können aber auch gegen Kontaktpersonen angeordnet werden. Mit Ausnahme der Anforderungen der Subsidiaritätsklausel gelten insoweit die Ausführungen unter **Skript Teil E.VI.2** [S. 90].

Die längerfristige Observation ist nur zulässig, wenn die Erforschung des Sachverhaltes oder die Ermittlung des Aufenthalts des Täters auf andere Weise erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert wäre. Diese Kriterien lassen sich kaum voneinander abgrenzen. Insgesamt stellt sich das gesetzliche System der Subsidiaritätsklauseln als derart fein abgestimmt dar, dass die Übergänge notwendigerweise fließend und eindeutig - von den subjektiven Einschätzungen und Wertungen des zur Entscheidung Berufenen unabhängig - Grenzziehungen nicht möglich sind. Sowohl für das die Anordnung einer verdeckten Ermittlungsmaßnahme überprüfende Tatgericht als auch für sich als Revisionsgericht hat der BGH daraus die Konsequenz gezogen, die gewonnenen Erkenntnisse seien – hier wie in den Fällen anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen auch – lediglich dann nicht verwertbar, wenn sich die Anordnung der Maßnahme als objektiv willkürlich oder grob fehlerhaft darstellt (vgl. BGH Urt. v. 16.02.1995, 4 StR 729 / 94, NStZ 1995, 510ff. / 511).

Die Anordnungscompetenz liegt grundsätzlich beim Gericht (§ 163f Abs. 3 S. 1 StPO). Bei Gefahr im Verzug können die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen die Maßnahme anordnen, wobei deren Anordnungen außer Kraft treten, wenn sie nicht binnen drei Werktagen von dem zuständigen Gericht bestätigt werden (§§ 164f Abs. 3 S. 1 Alt. 2 und S. 2 StPO). Die Anordnung ist auf höchstens drei Monate zu befristen, wobei Verlängerungen möglich sind (§ 164f Abs. 3 S. 3 StPO i.V.m. § 100e Abs. 1 S. 4 und 5 StPO). Die maßgeblichen Fristen berechnen sich nach §§ 42, 43 StPO.

Werden zum Zwecke der Observation technische Mittel eingesetzt, müssen die Voraussetzungen des § 100h StPO (lesen!) kumulativ vorliegen. Zuständig für die Anordnung des Einsatzes dieser Mittel sind die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen.

4. § 100i StPO (IMSI-Catcher)

In § 100i StPO befindet sich eine Befugnisnorm zum Einsatz von sogenannten IMSI-Catchern, auch wenn man dies dem Wortlaut der Norm nicht unmittelbar entnehmen kann. Sie rechtfertigt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG).

Insbesondere bei der Verfolgung schwerwiegender Straftaten war vor Einführung des § 100i StPO festzustellen, dass die Täter mit Maßnahmen nach § 100a StPO rechneten und daher häufig die sogenannten SIM-Karten (**S**ubscriber **I**dentify **M**odule) in ihren Mobiltelefonen und dadurch ihre Rufnummern wechselten. Ist die Rufnummer eines Anschlusses nicht bekannt, gestaltet sich die Anordnung einer TKÜ-Maßnahme denkbar schwierig. Darüber hinaus bestand ein Bedürfnis, zur Vorbereitung einer vorläufigen Festnahme oder Verhaftung von gewaltbereiten Beschuldigten zum Schutz der Einsatzkräfte den genauen Aufenthaltsort der Zielperson vorab bestimmen zu können. Die technische Lösung dieser Probleme bestand im sogenannten IMSI-Catcher. Dabei handelt es sich – vereinfacht gesprochen – um ein Gerät, welches einen Funkturm simuliert. Aufgrund der technischen Standards im GSM, UMTS und LTE Funknetz versuchen die in der Nähe des IMSI-Catchers befindlichen, aktivierten Mobilfunktelefone sich mit diesem als stärksten Funkturm „ihres“ Netzes zu verbinden und werden von diesem sofort „zurückgewiesen“. Dabei übertragen die Mobiltelefone ihre IMEI (International **M**obile **E**quipment **I**dentify; eine jeweils einmalige Geräte-Identifizierungsnummer / die Hardwarekennung des Mobiltelefons bestehend aus 15 bis 17 Ziffern) und die IMSI der in dem Mobiltelefon verwendeten SIM-Karte (International **M**obile **S**ubscriber **I**dentify; einmalige Kartenummer, die auf den austauschbaren SIM-Chipkarten gespeichert ist / Teilnehmerkennung, mit der ein Mobilfunkteilnehmer in den weltweiten Funknetzen eindeutig identifiziert werden kann; 15 stelliger Code) an den IMSI-Catcher.

Eine tatsächliche Verbindung zu oder gar ein Telefonat über den IMSI-Catcher sind technisch nicht möglich. Mithin mangelt es bereits aus technischer Sicht an einem tatsächlich stattfindenden oder versuchten Kommunikationsvorgang zwischen Menschen bei einem IMSI-Catcher Einsatz. Aus diesem Grund stellt die Maßnahme nach der Vorschrift des § 100i StPO, die ausschließlich mit dem Zweck geschaffen wurde, die Verwendung des Gerätes aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf eine eindeutige Rechtsgrundlage zu stellen, auch keinen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis dar und tangiert Art. 10 GG nicht (BVerfG NJW 2007, 351ff. = „IMSI-Catcher Entscheidung“).

Je nach Art des eingesetzten IMSI-Catchers lassen sich über den Standort der Mobilfunkgeräte mehr oder weniger genaue Daten gewinnen. Entgegen einer nicht selten vertretenen Auffassung ist es jedoch keineswegs so, dass gleichsam auf Knopfdruck metergenaue Standortinformationen an beliebigen Orten an einem Bildschirmarbeitsplatz ermittelbar wären. Der Einsatz eines IMSI-Catchers nach aktuellem Stand der Technik erfordert mindestens den Einsatz eines PKW, hat eine bebauungsabhängige Reichweite und ist letztlich ungeeignet, Standortinformationen ohne jeden Anhaltspunkt für den tatsächlichen Aufenthaltsort eines Gerätes zu liefern. Anders ist dies lediglich bei dem Einsatz von tragbaren Catchern in Verbindung mit „stillen Anrufen“ in den Fällen, in denen nähere Anhaltspunkte für den Standort eines Gerätes bereits vorliegen.

Trotz dieser Einschränkungen sieht die Vorschrift des § 100i StPO beide Fälle des Geräteinsatzes vor. Dabei deckt § 100i Abs. 1 Nr. 1 StPO die Feststellung von Geräte- und Kartenummer bei einem vom Beschuldigten benutzten unbekanntem Mobiltelefon und § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO die Aufenthaltsermittlung bei bekanntem Gerät ab.

Eingriffsvoraussetzung ist eine Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung, wobei der Verdachtsgrad dem des § 100a StPO entspricht und der Katalog des § 100a Abs. 2 StPO eine Orientierung bietet (ausdrücklicher Verweis in § 100i Abs. 1 StPO). Die Erhebung und Verwendung der personenbezogenen Daten ist nach § 100i Abs. 2 StPO bestimmten Restriktionen unterworfen. Es gilt der Richtervorbehalt mit der Ausnahme, dass bei Gefahr im Verzug eine Anordnung der Maßnahme durch die Staatsanwaltschaft getroffen werden kann, die binnen drei Werktagen vom Gericht bestätigt werden muss (§ 100i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100e Abs. 1 S. 1 – 3 StPO). Die Maßnahme ist auf maximal 6 Monate mit Verlängerungsmöglichkeit zu befristen (§ 100i Abs. 3 S. 2 – 3 StPO).

Eingedenk der Tatsache, dass dem IMSI-Catcher Einsatz durch einfache technische Hilfsmittel entgegengewirkt werden kann und der Grundrechtseingriff sich faktisch in der kurzfristigen Ausnutzung von technischen Standards erschöpft, die jeder Geräthenutzer mit dem Kauf entsprechender Geräte akzeptiert, dürften etwaige Fehler bei der Beweiserhebung nur in Ausnahmefällen (bewusste Umgehung des Richtervorbehaltes / Willkür / gezielte zweckwidrige Verwendung erhobener Daten) zu Beweisverwertungsverböten führen. In anderen Fällen dürfte nach der hier vertretenen Auffassung dem Strafverfolgungsinteresse regelmäßig der Vorrang einzuräumen sein. Letztlich dürfte die Klausurrelevanz dieser Maßnahme ohnehin gegen Null tendieren.

5. § 98a ff. StPO (Rasterfahndung)

In Zeiten moderner Datenverarbeitung gehören Stichwörter wie „gläserner Mensch“, „Datenkrake“ und „Totalüberwachung“ zum allgemeinen Sprachgebrauch und erfreuen sich in der politischen und / oder polemischen Diskussion um den Datenschutz einiger Beliebtheit. Der Begriff der „Rasterfahndung“ wurde 1980 zum Wort des Jahres gekürt. Umso überraschender mag es anmuten, dass der Gesetzgeber mit den Regelungen des maschinellen Abgleichs personenbezogener Daten nach den §§ 98a ff. StPO die ersten strafprozessualen Normen zu verdeckten Ermittlungsmaßnahmen bereits im Jahr 1991 schuf. Die Maßnahmen unterscheidet sich jedoch grundlegend von anderen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen. Üblicherweise geht es dabei darum, hinsichtlich eines bestimmten Tatverdächtigen im Verlauf der Ermittlungen Erkenntnisse zu gewinnen, ohne den jeweils Betroffenen gegenüber die Maßnahme offen zu legen. Die Rasterfahndung hingegen dient dem Zweck, aus einem großen Kreis von zunächst unverdächtigen Personen unter Anwendung bestimmter Kriterien den Kreis möglicher Verdächtiger näherungsweise / stufenweise zu bestimmen.

Die Rasterfahndung nutzt dabei ebenso wie der automatische Datenabgleich nach § 98c StPO sowie die Schlepptnetzverfahren nach § 163d StPO die Möglichkeiten technisch automatisierter, massenhafter Verarbeitung personenbezogener Daten. Die entsprechenden Vorschriften ermächtigen mithin zu einem Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 GG).

a) „andere Daten“

Dem Begriff der „anderen Daten“ in § 98a StPO kommt eine Abgrenzungsfunktion zu. Während § 98c StPO zur Aufklärung einer Straftat oder zur Ermittlung des Aufenthaltsortes einer Person, nach der für Zwecke eines Strafverfahrens gefahndet wird, zum automatisierten Abgleich personenbezogener Daten ermächtigt, die den Strafverfolgungsbehörden bereits bekannt und bei diesen gespeichert sind, gestattet § 98a StPO den Abgleich mit solchen Datenbeständen, die für die Strafverfolgungsbehörden fremd, d.h. nicht bereits zuvor bei diesen angefallen sind. Personenbezogene Daten sind alle Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren natürlichen Person (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BDSG).

Von § 98a StPO erfasst ist darüber hinaus nur der Datenabgleich, der auf Veranlassung und unter der Verantwortung der Strafverfolgungsbehörden durchgeführt wird. Ein automatisierter Datenabgleich, den bspw. eine Gesellschaft des privaten Rechts zwischen eigenen oder von eigenen mit fremden Daten aus autonomen Motiven vorgenommen und dessen Ergebnis sie den Strafverfolgungsbehörden mitgeteilt hat, ist keine Rasterfahndung im Sinne der Vorschrift.

Ein Abgleich mit anderen Daten liegt darüber hinaus nur dann vor, wenn die zum Abgleich herangezogenen, anderen Daten nicht in anderer strafprozessual zulässiger Weise als Beweismittel dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden unterliegen. Dabei ist strittig, ob es ausreichend ist, dass der strafprozessuale Zugriff auf diese Daten in demselben Verfahren erfolgte, in dem der Datenabgleich durchgeführt wird, oder ob ein Datenabgleich im Sinne des § 98a StPO nur dann nicht vorliegt, wenn die Daten für dieselbe prozessuale Tat gesichert wurden.

b) Raster

Die Vorschrift des § 98a StPO gestattet beim Verdacht bestimmter Straftaten den Abgleich von

personenbezogenen Daten mittels bestimmter, von den Strafverfolgungsbehörden festgelegten und auf „den Täter“ mutmaßlich zutreffender Prüfungsmerkmalen. Diese Merkmale, die zwingend täterbezogen sein müssen, werden als „Raster“ bezeichnet. Die Erstellung eines für die Festlegung der Rasterkriterien notwendigen Täterprofils beruht in der Regel auf kriminalistischer Erfahrung und ist je nach bekannter Tatsachengrundlage mit gewissen Unsicherheiten verbunden. Die Maßnahme dient in der Regel daher auch nicht der unmittelbaren Identifizierung eines bestimmten Tatverdächtigen, sondern entweder dem Ziel, nichtverdächtige Personen aus dem Kreis der Individuen, deren personenbezogene Daten abgeglichen werden, anhand von Ausschlusskriterien auszuschneiden (**negative Rasterfahndung**) oder einen Personenkreis zu ermitteln, bei dem auf den Täter vermutlich zutreffende Raster kumulativ vorliegen (**positive Rasterfahndung**). Unter den Begriff des Täters im Sinne der Vorschrift fallen sämtliche materiell-rechtliche Kategorien von Täterschaft und Teilnahme. Er kann daher mit dem Begriff des „Beschuldigten“ gleichgesetzt werden.

c) Eingriffsvoraussetzungen

Anordnungsvoraussetzung für eine Rasterfahndung ist ein Anfangsverdacht für eine Straftat von erheblicher Bedeutung aus dem generalisierenden Katalog des § 98a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 6 StPO. Es muss sich also um eine Straftat handeln, die zumindest der mittleren Kriminalität zuordnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und zudem geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung empfindlich zu beeinträchtigen. Entsprechend des Wortlautes ist allerdings nicht erforderlich, dass die Straftat, soweit sie unter den Katalog des § 98a Abs. 1 S. 1 StPO fällt, auch im Einzelfall schwer wiegt. Hinsichtlich des Katalogs selbst soll es unter Berücksichtigung der geringen Klausurrelevanz des § 98a StPO einerseits und einiger der darin enthaltenen „Katalogtaten“ andererseits mit folgenden knapp gehaltenen Hinweisen sein Bewenden haben: § 98a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO „gemeingefährliche Straftaten“ nimmt Bezug auf den 28. Abschnitt des StGB (§§ 306 – 330a StGB); Nr. 4 „Straftaten gegen das Leben, die sexuelle Selbstbestimmung oder die persönliche Freiheit“ nimmt Bezug auf die im 16. Abschnitt aufgeführten Delikte der §§ 211–222 StGB, die im 17. Abschnitt aufgelisteten Straftaten der §§ 223–231 StGB, die im 13. Abschnitt enthaltenen Vorschriften der §§ 174–184f StGB und die im 18. Abschnitt enthaltenen Straftatbestände der §§ 232–241a StGB. Die Begriffe „gewerbs-“ bzw. „gewohnheitsmäßig“ des § 98a Abs. 1 S. 1 Nr. 5 StPO sind solche des materiellen Strafrechts. Gewerbsmäßig handelt, wer eine Straftat in der Absicht begeht, sich durch deren wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Gewohnheitsmäßig handelt derjenige, bei dem sich durch Übung ein selbstständig fortwirkender Hang zur wiederholten Tatbegehung entwickelt hat. Anders als bei der Gewerbsmäßigkeit reicht für die Gewohnheitsmäßigkeit mithin eine einmalige Tatbegehung nicht aus, da der Hang sich gerade durch die wiederholte Tatbegehung herausgebildet haben muss, während die Gewerbsmäßigkeit ein auf die Zukunft gerichtetes, innersubjektives Element (dem Gewinnstreben ähnlich) darstellt, welches schon bei der ersten Tathandlung vorliegen kann.

Die Maßnahme darf nur angeordnet werden, wenn die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Täters auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Der Rasterfahndung darf daher der Vorrang eingeräumt werden, wenn andere Ermittlungsmaßnahmen nicht geeignet sind, einen vergleichbaren Aufklärungserfolg zu erzielen oder aber bei gleichem Aufklärungserfolg erheblich höheren Zeit- oder Personalaufwand erfordern. Bei gleich geeigneten und gleich aufwändigen Maßnahmen ist regelmäßig derjenigen mit der geringeren Eingriffsintensität der Vorzug zu geben.

d) Ablauf

Sind die Raster von der Verfolgungsbehörde bestimmt, besteht gem. § 98a Abs. 2 StPO nach Anordnung eine Pflicht, für Daten speichernde Stellen die für den Abgleich erforderlichen Daten aus den Datenbeständen auszusondern und den Strafverfolgungsbehörden zu übermitteln. Die sog. „Speicherstelle“ ist mithin verpflichtet, die ihr zur Verfügung stehenden Daten, unabhängig davon, auf welcher Rechtsgrundlage diese gespeichert sind, anhand der vorgegebenen Kriterien zu filtern und die Ergebnisse an die Strafverfolgungsbehörden zu übergeben (Reportdaten). Diese Mitwirkungspflicht entspricht sinngemäß der Herausgabepflicht nach §§ 94, 95 StPO. Die Reportdaten der Speicherstelle werden sodann im Auftrag der Strafverfolgungsbehörden

maschinell ausgewertet und mit anderen Daten verglichen (Abgleich). Dabei kann die Stelle, die diesen maschinellen Abgleich durchführt (Abgleichsstelle), die Strafverfolgungsbehörde selbst sein oder eine von dieser beauftragte private Stelle. Die Speicherstellen haben die Abgleichstellen auf Anordnung der Staatsanwaltschaft zu unterstützen (§ 98a Abs. 4 StPO).

e) Anordnungskompetenz

Die Anordnung der Rasterfahndung unterliegt gem. § 98b Abs. 1 StPO dem „relativen Richtervorbehalt“, d.h. bei Gefahr im Verzug ist die Anordnung durch die Staatsanwaltschaft möglich, wobei deren Anordnung unverzüglich der gerichtlichen Bestätigung bedarf, da sie andernfalls binnen drei Werktagen außer Kraft tritt. Nicht jeder Verstoß gegen die materiellen oder formellen Voraussetzungen der Rasterfahndung führt zu einem Verwertungsverbot. Vielmehr ist ein solches hier wie bei anderen (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen grundsätzlich nur anzunehmen, wenn der konkrete Verstoß schwerwiegend war oder bewusst oder willkürlich begangen wurde. Ein Verwertungsverbot dieser Art läge etwa vor, wenn der Richtervorbehalt des § 98b bewusst, willkürlich oder systematisch umgangen worden wäre.

VII. Einsatz verdeckter Ermittler

1. noeP

Von den verdeckten Ermittlern im Sinne des § 110a StPO sind Polizeibeamte abzugrenzen, die zwar nicht offen ermitteln, aber insbesondere nur bei Einzelaktionen auftreten (als Scheinkäufer bspw.), d.h. nicht auf Dauer unter einer Legende am Rechtsverkehr teilnehmen. Sie dürfen aber unter Falschnamen in Erscheinung treten. Ihr Einsatz ist durch die Ermittlungsgeneralklauseln (§§ 161, 163 StPO) gedeckt und insbesondere nicht an den Katalog des § 110a Abs. 1 StPO gebunden. Ihr „Einsatz“ kommt daher aber nur bei wenig intensiven Grundrechtseingriffen in Betracht (auch anonyme Teilnahme an Internetchats bspw.).

2. V-Personen / Informanten

Keine verdeckten Ermittler sind auch sog. Vertrauenspersonen (V-Leute / Informanten) der Polizei. Es handelt sich dabei um Personen, die im Einzelfall bereit sind, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit den Strafverfolgungsbehörden Informationen zu geben (Informant) bzw. bereit sind, ohne den Strafverfolgungsbehörden anzugehören, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird (V-Personen). Der Einsatz von V-Personen ist verfassungsrechtlich zulässig und zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität regelmäßig notwendig. V-Personen und Informanten unterliegen den allgemeinen Beschränkungen der §§ 161, 163 StPO, ohne dass die Regelungen der §§ 110a ff. StPO auf sie Anwendung finden. Einzelheiten zur Zusicherung der Vertraulichkeit und dem Einsatz von V-Personen und Informanten ergeben sich aus Anlage D zur RiStBV.

3. verdeckte Ermittler (vE)

Verdeckte Ermittler (vE) sind Polizeibeamte, die unter einer Legende (§ 110a Abs. 2 StPO) ermitteln und deren Tätigkeit nicht auf einzelne, konkrete Ermittlungshandlungen beschränkt ist. Die Voraussetzungen für deren Einsatz sind in den §§ 110a ff. StPO geregelt. Materiell erfordert der Einsatz einen Anfangsverdacht einer Katalogtat (§ 110a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 – 4 StPO) von erheblicher Bedeutung, wenn die Aufklärung auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre (Subsidiaritätsklausel § 110a Abs. 1 S. 3 StPO).

Der Einsatz ist auch zulässig bei Verdacht eines Verbrechens mit Wiederholungsgefahr (auch außerhalb des Katalogs (§ 110a Abs. 1 S. 2 StPO)) und außerdem, wenn die besondere Bedeutung der Tat den Einsatz gebietet und andere Maßnahmen aussichtslos wären (§ 110a Abs. 1 S. 4 StPO). D.h. die Straftat muss mindestens zum Bereich der mittleren Kriminalität gehören, den Rechtsfrieden empfindlich stören und dazu geeignet sein, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.

Formell erfordert der Einsatz (§ 110b StPO) die befristete und schriftliche Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§ 110b Abs. 1 StPO) vor der Maßnahme oder nachträglich binnen drei Tagen bei Gefahr im Verzug und das Beachten des Richtervorbehalts in § 110b Abs. 2 StPO bei Ermittlungen gegen einen bestimmten Beschuldigten (§ 110b Abs. 2 Nr. 1 StPO) oder bei erforderlichem Betreten von nicht allgemein zugänglichen Wohnungen (§ 110 Abs. 2 Nr. 2 StPO). Bei Gefahr im Verzug genügt die Zustimmung der Staatsanwaltschaft. Die Maßnahme ist in diesem Fall zu beenden, wenn nicht das Gericht binnen drei Werktagen zustimmt.

Die Befugnisse der verdeckten Ermittler ergeben sich aus § 110c StPO. Sie sind danach insbesondere berechtigt, unter Verwendung ihrer Legende mit dem Einverständnis des Berechtigten nicht öffentlich zugängliche Wohnungen zu betreten (§ 110c S. 1 StPO). Im Übrigen unterliegen die Ermittlungen der vE – wie die anderer Strafverfolgungsorgane auch – den durch die StPO gesetzten Schranken. Sie dürfen insbesondere Beschuldigte und Zeugen befragen. Sie sind dabei aber von den Belehrungspflichten (§§ 136, 163 Abs. 3, 163a Abs. 4 StPO) befreit.

4. Fehlerfolgen

Fehlt von vornherein ein Verdacht einer Katalogtat, liegt ein Verwertungsverbot nahe. Das Fehlen der erforderlichen Zustimmung bzw. die Nichterteilung kann ebenfalls ein Verwertungsverbot begründen, allerdings gilt insoweit die Widerspruchslösung. Im Übrigen kann ein Verwertungsverbot nahe liegen, wenn der Einsatz willkürlich oder unvertretbar war oder durch den Einsatz unzulässig auf den Beschuldigten eingewirkt worden ist, etwa durch bewusstes Missachten bereits getroffener Entscheidungen, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen durch Herstellung einer vernehmungähnlichen Situation. Nutzen die Ermittlungsbehörden ein besonderes Vertrauensverhältnis des Beschuldigten zum verdeckten Ermittler aus, dürfte das ebenfalls regelmäßig ein Verwertungsverbot zur Folge haben, dem im Einzelfall Fortwirkung zukommen kann.

5. Exkurs: Tatprovokation

Vgl. zunächst **Skript Teil C.IV** [S. 39]!

Eine Tatprovokation liegt vor, wenn auf Veranlassung (verdeckte Ermittler) oder mit Einwilligung einer staatlichen Dienststelle (V-Person) auf eine Zielperson eingewirkt wird, um deren Verhalten so zu steuern, dass sie einer Straftat überführt werden kann. Die auf staatliches Handeln zurückzuführende Einwirkung muss dabei erheblich sein. Daran fehlt es, wenn lediglich bereits offen erkennbare Bereitschaft der Zielperson zur Begehung von Straftaten durch Schaffen von Tatgelegenheiten ausgenutzt wird. Der Einsatz eines agent provocateur gegen eine Person ist nur zulässig, wenn diese bereits in einem den §§ 152 Abs. 2, 160 StPO vergleichbaren Grad verdächtig ist, an einer bereits begangenen Straftat beteiligt gewesen zu sein oder zu einer künftigen Straftat bereit ist und sich die provozierte Tat im Rahmen dieses Unrechtsgehalts bewegt (Verbot des „Quantensprungs“). Je stärker der bestehende Tatverdacht ist, desto stärker darf auch die Einflussnahme durch den verdeckten Ermittler / die V-Person sein.

VIII. U-Haft

Die Untersuchungshaft stellt einen schweren und erheblichen Eingriff in das Freiheitsgrundrecht dar (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG und Art. 104 GG). Sie darf deshalb nur in streng begrenzten Ausnahmefällen und dann angeordnet werden, wenn überwiegende Interessen des Gemeinwohls – wie die Bedürfnisse einer wirksamen Strafrechtspflege – dies zwingend gebieten. Bei der insoweit notwendigen Abwägung zwischen dem Freiheitsgrundrecht des Beschuldigten und dem Interesse des Staates an einer wirksamen Strafverfolgung sind auch weitere allgemeine Rechtsprinzipien zu beachten, wie etwa der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, die Unschuldsvermutung, das Beschleunigungsgebot und das Recht auf ein faires Verfahren.

Die materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft sind in den §§ 112, 112a, 113 (und für die Hauptverhandlungshaft in § 127b Abs. 1 und 2) StPO geregelt. Sie kommt in jeder Phase des Verfahrens, d.h. vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis zur Rechtskraft des Strafverfahrens in Betracht. Im Examen sind in der Klausur und in der mündlichen Prüfung

verschiedene Konstellationen vorstellbar, in denen Kenntnisse über das Haftrecht erwartet werden können.

Regelfall ist die Anklageklausur. Insoweit wird zunächst auf das **Skript Teil H.IV** [S. 121]. verwiesen. Denkbar sind auch als Haftantragsklausur abgewandelte Anklageklausuren, bei denen dem Bearbeiter kein „ausermittelter“ Sachverhalt vorgelegt wird, der Aktenauszug aber einen vorläufigen Ermittlungsstand enthält, der es bei vorläufiger Bewertung ermöglicht, einen Haftbefehlsantrag zu stellen. Aus anwaltlicher Sicht kann die aktuelle Haft eines Mandanten relevant werden, wenn die Anklage noch nicht erhoben ist. Es wäre dann zu entscheiden, welches der richtige Rechtsbehelf ist (Haftbeschwerde oder Antrag auf Haftprüfung) und der entsprechende Schriftsatz zu fertigen, wobei dann im Rahmen der Prüfung des dringenden Tatverdacht auf die üblichen Rechts- und Beweisprobleme und im Rahmen des Haftgrundes auf die spezifischen Haftprobleme einzugehen wäre. Schließlich sind Plädoyer-Klausuren vorstellbar, bei denen Ausführungen zur Begründung, warum – ggf. selbst im Falle einer Verurteilung – der Haftbefehl aufzuheben oder auszusetzen ist.

In allen Konstellationen wird sich der Bearbeiter in der Regel mit den Voraussetzungen der Untersuchungshaft unter den drei Aspekten zu beschäftigen haben, die sich aus § 112 Abs. 1 StPO ergeben. Die Untersuchungshaft darf danach angeordnet werden, wenn der Beschuldigte der Tat **dringend verdächtig** ist, ein **Haftgrund** besteht und die Anordnung **verhältnismäßig** ist.

Zum **dringenden Tatverdacht** gelten die Ausführungen unter **Skript Teil B.III** [S. 30]. und **Skript Teil H.IV.1** [S. 122].

Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO), Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO), Verdunkelungsgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO) und Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) werden als **Haftgründe** bezeichnet. Sie sind examensrelevant. Die Hauptverhandlungshaft nach § 127b Abs. 2 StPO, die Ungehorsamshaft nach §§ 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 3, 412 StPO sowie die Vollstreckungshaft nach § 457 Abs. 2 StPO spielen in der Klausur dagegen eher nur eine unbedeutende Rolle.

Die Untersuchungshaft soll die Durchführung des staatlichen Strafverfahrens gewährleisten. Dabei geht es einerseits um die Sicherstellung der Anwesenheit des Beschuldigten im Strafverfahren (Flucht/Fluchtgefahr) und die Verhinderung von Störungen der Tatsachenermittlung und Beweisvereitelungen oder Beweiserschwerungen (Verdunkelungsgefahr). Dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) kommt demgegenüber keine verfahrenssichernde Bedeutung zu. Vielmehr hat dieser den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten im Auge.

Begrenzt wird die Untersuchungshaft durch den Grundsatz der **Verhältnismäßigkeit** (§§ 112 Abs. 1 S. 2, 113, 116, 120 StPO).

Die sachlichen Voraussetzungen der Untersuchungshaft gelten auch für die vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO.

1. Festnahme und Verhaftung

a) vorläufige Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO)

Liegen die Voraussetzungen eines Haftbefehls vor, ist der Haftbefehl aber noch nicht erlassen, so kann die Staatsanwaltschaft oder jeder Beamte des Polizeidienstes bei Gefahr im Verzug die vorläufige Festnahme anordnen und durchführen. Gefahr im Verzug in diesem Sinne liegt vor, wenn die Festnahme gefährdet wäre, falls zuvor ein richterlicher Haft- oder Unterbringungsbeehl erwirkt werden müsste. Dies beurteilt der Beamte auf Grund pflichtgemäßer Prüfung der Umstände des Einzelfalles. Das Fehlen eines Strafantrages steht der vorläufigen Festnahme nicht entgegen (§ 127 Abs. 3 StPO). Im Falle der vorläufigen Festnahme ist der Festgenommene nach Maßgabe der §§ 114a bis 114c StPO zu belehren (§ 127 Abs. 4 StPO). Zur unterbliebenen Belehrung nach § 114b StPO vgl. **Skript Teil D.IV.1.b** [S. 50]).

Der vorläufig Festgenommene ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme, dem Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er festgenommen worden ist, vorzuführen (§ 128 Abs. 1 S. 1 StPO; Art. 104 Abs. 2 GG; zur „symbolischen Vorführung“ vgl. Nr. 51 RiStBV). Die Ermittlungsbehörde ist aber nicht gehindert, vor einer fristgerechten Vorführung notwendige Ermittlungen vorzunehmen, insbesondere um dem Richter eine möglichst umfassende Grundlage für seine Entscheidung über den Haftbefehl zu unterbreiten.

Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, so ist der Festgenommene entweder sofort oder auf Verfügung des Richters, dem er zunächst vorgeführt worden ist, dem zuständigen Gericht vorzuführen, welches spätestens am Tage nach der Festnahme über Freilassung, Verhaftung oder einstweilige Unterbringung des Festgenommenen zu entscheiden hat (§ 129 StPO).

Der Vorgeführte ist zu vernehmen, wobei ihm Gelegenheit zu geben ist, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen und er ist gemäß § 115 Abs. 3 StPO zu belehren (§ 128 Abs. 1 S. 2 StPO). Für die Vernehmung gelten die §§ 168, 168a und § 168c StPO, d.h. die Staatsanwaltschaft und der Verteidiger des Beschuldigten, die über den Termin zu unterrichten sind (§ 168c Abs. 5 StPO), haben ein Anwesenheitsrecht (§ 168c Abs. 1 StPO). Ein Verstoß gegen die Formvorschriften der §§ 168, 168a und insbesondere § 168c Abs. 1, 5 StPO, lässt die Wirksamkeit der Haftentscheidung grundsätzlich unberührt, kann aber naturgemäß Auswirkungen auf die Verwertbarkeit des Protokolls bzw. der Angaben des Beschuldigten für das spätere Verfahren haben.

Hält der Richter die Festnahme nicht für gerechtfertigt oder ihre Gründe für beseitigt, so ordnet er die Freilassung an (§ 128 Abs. 2 S. 1 StPO). Andernfalls erlässt er auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder, wenn diese nicht erreichbar ist, von Amts wegen einen Haftbefehl oder Unterbringungsbefehl (§ 128 Abs. 2 S. 2 StPO). In letzterem Fall ist der Betroffene gem. § 115 Abs. 4 StPO zu belehren (§ 128 Abs. 2 S. 3 StPO). Der Inhalt des Haftbefehls richtet sich nach § 114 StPO. Er ist dem Beschuldigten sogleich zu verkünden und auszuhändigen (§ 114a StPO). Ab diesem Zeitpunkt ist der Beschuldigte verhaftet. Es sind daher die §§ 114a – 114d StPO anzuwenden. Dem Beschuldigten ist ein Verteidiger zu bestellen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 141 Abs. 3 S. 5 (n.F.) StPO; „unverzüglich nach Beginn der Vollstreckung“). In der Regel dürfte schon gem. § 141 Abs. 3 S. 4 (n.F.) StPO ein Verteidiger bei der richterlichen Vernehmung im Rahmen der Vorführung bestellt worden sein.

Daneben kommen im Wege einer getrennt von dem Haftbefehl möglichen Anordnung des Gerichtes haftgrundbezogene Beschränkungen der Untersuchungshaft nach § 119 StPO in Betracht.

b) Verhaftung (§§ 115, 115a StPO)

Die §§ 115, 115a StPO regelt den Fall der Ergreifung auf Grund eines bestehenden Haftbefehls (= Verhaftung). Im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme haben die die Verhaftung durchführenden Beamten kein Recht zur weiteren Sachverhaltsaufklärung vor Vorführung. Der Verhaftete ist nach Maßgabe der §§ 114a - 114c StPO zu „behandeln“ / belehren.

Obschon die Freiheitsentziehung aufgrund einer gerichtlichen Entscheidung stattfindet, sieht das Gesetz im Falle der Verhaftung gleichwohl eine unverzügliche Vorführung des Verhafteten vor das Gericht vor, welches den Haftbefehl erlassen hat und – wenn dies nicht spätestens am Tag nach der Ergreifung möglich ist – hilfsweise vor das nächste Amtsgericht (= „nächster Richter“) (§§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1 StPO). Das in § 115 enthaltene Gebot, den Beschuldigten nach Ergreifung auf Grund eines Haftbefehls von dem zuständigen Gericht vor der Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Haftbefehls vernehmen zu lassen, gehört zu den bedeutsamen Verfahrensgarantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. Sinn ist es, den Beschuldigten schnellstmöglich über die Grundlagen des Haftbefehls zu unterrichten und ihm Gelegenheit zu geben, sich zu verteidigen. Der Ablauf der Vernehmung richtet sich nach § 115 Abs. 3 StPO – es gelten die §§ 168, 168a, 168c StPO. Das weitere Verfahren ist daher grundsätzlich dasselbe wie bei der vorläufigen Festnahme. Eine Besonderheit besteht allerdings, wenn die Vernehmung „nur“ vor dem „nächsten Richter“ nach § 115a StPO stattfinden kann. Da dies die Akten nicht vollumfänglich kennt und daher

Entscheidungen aufgrund des Verhalten des Beschuldigten denkbar sind, die bei eigener Aktenkenntnis nicht erlassen worden wären (Haftverschonung / Aufhebung des Haftbefehls), darf der „nächste Richter“ eine Freilassung des Beschuldigten aufgrund eigener Machtvollkommenheit nur in sehr eng umgrenzten Ausnahmefällen (§ 115a Abs. 2 S. 3 StPO) anordnen. Tendiert er sonst zur Freilassung, muss der nächste Richter den zuständigen Richter (ggf. telefonisch oder per Fax) beteiligen (§ 115a Abs. 2 S. 4 StPO).

2. Haftgründe (Auszug)

a) § 112 Abs. 2 & 3 StPO

Hinsichtlich der examensrelevanten Haftgründe Flucht, Fluchtgefahr und Verdunkelungsgefahr sowie § 112 Abs. 3 StPO wird zunächst auf die Ausführungen unter **Skript Teil H.IV.2** [S. 122] verwiesen.

b) § 112a StPO

Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr nach § 112a StPO dürfte als vorbeugende Maßnahme zum Schutz der Rechtsgemeinschaft vor weiteren erheblichen Straftaten des Beschuldigten wegen der formellen Subsidiarität bei Vorliegen von Haftgründen nach § 112 StPO (vgl. § 112a Abs. 2 StPO) in der Klausur in der Regel nicht relevant werden.

Voraussetzung der Haft nach § 112a ist ein dringender Tatverdacht hinsichtlich einer abschließend bezeichneten Anlasstat (§ 112a Abs. 1 StPO), die in den Fällen des § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO wiederholt begangen sein muss, Wiederholungsgefahr und die Notwendigkeit der Haft, um diese Gefahr abzuwenden.

Anlasstaten nach § 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO sind Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und die qualifizierte Nachtstellung. Im Gegensatz zu den Anlasstaten nach § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO reicht die einmalige Begehung eines derartigen Sexualdelikts aus, weil sie jedenfalls bei Erwachsenen häufig auf einen Persönlichkeitsdefekt hinweist. § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO enthält ganz überwiegend Straftaten, die für Serienkriminalität charakteristisch sind. Die Anlasstat nach Nr. 2 muss wiederholt oder fortgesetzt begangen worden sein und die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigen. Wiederholt ist eine Straftat dann begangen, wenn der Beschuldigte mindestens zweimal durch rechtlich selbständige Handlungen (§ 53 StGB) dasselbe Strafgesetz verletzt hat, wobei Qualifikationen dem Grunddelikt gleichzustellen sind und auch dann ein wiederholtes Begehen anzunehmen ist, wenn eine Anlasstat nur deswegen nicht als rechtlich selbständige Handlung zum Tragen kommt, weil diese Tat im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die Begehung einer noch schwerwiegenderen Tat aus der Deliktgruppe der Nr. 2 zurücktritt. Nach § 112a Abs. 1 S. 2 StPO ist es nicht erforderlich, dass sämtliche Anlasstaten den Gegenstand des Verfahrens bilden, in denen der Haftbefehl beantragt werden soll.

Die Rechtsordnung ist schwerwiegend beeinträchtigt im Sinne des § 112a Abs. 1 Nr. 2 StPO, wenn sie nach ihrem konkreten Erscheinungsbild geeignet ist, in weiten Teilen der Bevölkerung das Gefühl des Vertrauens in Sicherheit und Rechtsfrieden zu beeinträchtigen. Beurteilungsmaßstab ist dabei insbesondere der Unrechtsgehalt der Tat. Neben der Art der Tatbegehung sind Art und Ausmaß des angerichteten Schadens ein gewichtiges Indiz. In den Fällen der Nr. 2 des Abs. 1 des § 112a StPO ist zudem erforderlich, dass hinsichtlich der Anlasstat eine Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr zu erwarten ist. Ist eine Gesamtstrafe zu bilden, ist nicht erforderlich, dass für jede einzelnen der Taten eine Straferwartung von mindestens einem Jahr besteht – es ist vielmehr ausreichend, wenn die zu erwartende Gesamtfreiheitsstrafe die Grenze von einem Jahr übersteigt.

Wiederholungsgefahr setzt die durch bestimmte Tatsachen begründete Prognose voraus, der Beschuldigte werde mit hoher Wahrscheinlichkeit sein strafbares Verhalten fortsetzen und rechtsethische und psychologisch vergleichbare, in ihrem Erscheinungsbild übereinstimmende und sich in gleichartiger Serie darstellende Taten begehen.

3. Verhältnismäßigkeit

Auf die Ausführungen **Skript Teil H.IV.3** [S. 123] wird zunächst verwiesen. Für den Bereich der Kleinkriminalität enthalten § 113 und § 127a StPO sowie § 72 JGG gesetzliche Konkretisierungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Praxisrelevant und für die Klausur nicht unwichtig, ist die Möglichkeit der Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls nach § 116 StPO – ebenfalls eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die Frage, ob ein Haftbefehl außer Vollzug gesetzt werden muss, ist während des gesamten Verfahrens zu prüfen und zwar von Amts wegen, ohne dass es eines Antrags des Beschuldigten oder seines Verteidigers bedarf, also insbesondere beim Erlass des Haftbefehls (§ 128 StPO), bei jeder Haftbeschwerde (§ 304 StPO) oder Haftprüfung (§ 117 StPO) oder in dem Verfahren nach § 121 StPO vor dem OLG (§ 122 Abs. 5 StPO).

Für die Haftgründe der Fluchtgefahr (§ 116 Abs. 1 StPO i.V.m. § 112 II Nr. 2 StPO), der Verdunkelungsgefahr (§ 116 Abs. 2 StPO i.V.m. § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO) und der Wiederholungsgefahr (§ 116 Abs. 3 StPO i.V.m. § 112a StPO) eröffnet die Vorschrift des § 116 StPO die Möglichkeit den Vollzug eines Haftbefehls auszusetzen, wenn der Zweck der Untersuchungshaft durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann, wobei die jeweiligen ausdrücklichen Auflagen nicht abschließend sind. Ist ein Haftbefehl außer Vollzug gesetzt, hat der Richter den Vollzug des Haftbefehls anzuordnen, wenn die Voraussetzungen des § 116 Abs. 4 StPO vorliegen.

Neben dem unter **Skript Teil H.IV** [S. 121] geschilderten Ausgangspunkt der Prüfung der Haftfrage im B-Gutachten kann die Prüfung einer Außervollzugsetzung nach § 116 StPO zusätzlich relevant werden. Diese kann auch nicht vorweggenommen werden, denn auch ein Haftverschonungsbeschluss nach § 116 StPO oder eine Abänderung eines solchen hält nämlich den ursprünglichen Haftbefehl aufrecht. M.a.W. die Aussetzung eines Vollzugs eines Haftbefehls nach § 116 StPO setzt begrifflich einen Haftbefehl voraus, der (weiter) vollzogen werden könnte.

Liegt ein Haftbefehl bisher nicht vor, kommt ein solcher aber wegen des Bestehens eines dringenden Tatverdachts und eines Haftgrundes in Betracht, ist neben §§ 113, 127a StPO im Rahmen der erforderlichen Prüfung der Verhältnismäßigkeit der zu beantragenden Untersuchungshaftanordnung immer (zumindest gedanklich) § 116 StPO anzuprüfen. Liegen dessen Voraussetzungen nicht vor, dürfte es ausreichen, dies im B-Gutachten mit einem Satz (Bspw.: „Mildere Maßnahmen nach § 116 StPO kommen nicht in Betracht.“) festzustellen. Andernfalls wäre die Beantragung eines Haftbefehls nach den unter **Skript Teil H.IV** [S. 121] dargestellten Grundsätzen veranlasst und gleichzeitig zu beantragen, den Vollzug des Haftbefehls gem. § 116 auszusetzen. (Bsp.: „Es wird beantragt, gegen den Angeschuldigten gemäß §§ 112 Abs. 1, 2 Nr. 2 § 114, 125 Abs. 2 StPO Haftbefehl zu erlassen und den Vollzug des Haftbefehls gem. § 116 Abs. 1 StPO gegen [KONKRETE ANWEISUNG] auszusetzen.“).

Wird bereits ein Haftbefehl vollzogen und soll dieser dem Grunde nach aufrecht erhalten bleiben, aber aufgrund § 116 StPO außer Vollzug gesetzt werden, ist dies im Rahmen des B-Gutachtens zu erörtern und sodann in der Anklageschrift die Aufrechterhaltung des Haftbefehls und dessen Außervollzugsetzung zu beantragen (Bsp.: „Es wird beantragt, das Hauptverfahren vor dem ... zu eröffnen, den Haftbefehl des vom ... aufrechtzuerhalten und den Vollzug des Haftbefehls gem. § 116 Abs. 2 StPO auszusetzen.“). Welche Auflagen bzw. Weisung in diesem Falle genau in Betracht kommen, wird nicht in der Anklageschrift (im Außervollzugsetzungsantrag) aufgenommen, sondern ist im B-Gutachten im Rahmen der „Haftfrage“ zu erörtern.

Existiert bereits ein Haftbefehl, dessen Vollzug aber bereits gem. § 116 StPO ausgesetzt worden ist, kommen grundsätzlich drei Varianten in Betracht:

Liegen die Voraussetzungen für einen Haftbefehl nicht mehr vor, gilt hinsichtlich dessen „Schicksal“ das unter **Skript Teil H.IV** [S. 121] Gesagte. Der Außervollzugsetzungsbeschluss teilt dieses Schicksal gem. § 123 Abs. 1 StPO, was ebenfalls zu beantragen wäre.

Liegen die Voraussetzungen für einen Haftbefehl noch vor, kommt aber die Anordnung dessen Vollzugs nach § 116 Abs. 4 StPO in Betracht, etwa weil neu hervorgetretene Umstände die Verhaftung erforderlich machen bzw. der Beschuldigte den ihm auferlegten Pflichten oder

Beschränkungen gröblich zuwiderhandelt (§ 116 Abs. 4 Nr. 3 und Nr. 1 StPO) wäre neben dem Antrag auf Aufrechterhaltung des Haftbefehls zu beantragen, „den Haftverschonungsbeschluss des ... vom ... aufzuheben und den Vollzug des Haftbefehls des ... vom anzuordnen.“ Dieser Antrag gehört aus den gleichen Gründen wie der Antrag auf Erlass eines Haftbefehls nicht in die Anklageschrift.

Schließlich ist es auch denkbar, dass sowohl der Bestand des Haftbefehls als auch der Außervollzugsetzungsbeschluss weiterhin gerechtfertigt ist. In diesen Fällen sind der Haftbefehl und der Haftverschonungsbeschluss aufrecht zu erhalten, was entsprechend – nach der hier vertretenen Auffassung auch in der Anklageschrift – zu beantragen wäre. Zwar handelt es sich nicht um einen Haftfortdauerantrag im eigentlichen Sinn, da sich der Angeschuldigte ja gerade nicht in U-Haft befindet, jedoch ist das Gericht einerseits nicht gehindert, den Haftbefehl v.A.w. wieder in Vollzug zu setzen und andererseits wegen des Bestehens des Haftbefehls gehalten, die Einhaltung etwaiger Auflagen / Weisungen zu prüfen um ggf. nach § 116 Abs. 4 StPO zu verfahren. Die Aufnahme eines „Außervollzugsetzungsbeschlussaufrechterhaltungsantrages“ in die Anklageschrift ist daher mit einer „potentiellen“ Haftfrage verbunden, was dem Fall einer Fortdauer der vollzogenen U-Haft sehr nahe kommt.

4. Rechtsbehelfe

Im Haftrecht gibt es zwei sehr unterschiedliche Rechtsbehelfe, die zu kennen für die mündliche Prüfung im Examen nicht unwichtig sein dürfte. Man unterscheidet den Antrag auf Haftprüfung und die Haftbeschwerde als Unterfall der normalen Beschwerde.

a) Haftprüfung

Der Antrag auf Haftprüfung (§ 117 Abs. 1 StPO) dient dazu, den zuständigen Richter (§ 126 StPO) dazu zu veranlassen, sich selbst erneut mit der Haftsache zu befassen und zu überprüfen, ob die drei Haftvoraussetzungen noch immer vorliegen. Er ist der Rechtsbehelf des in Untersuchungshaft befindlichen Beschuldigten, mit dem Ziel den Haftbefehl aufheben zu lassen oder Haftverschonung nach § 116 StPO anordnen zu lassen. Der Antrag, der nur gestellt werden kann, wenn die U-Haft tatsächlich vollzogen wird, hat keinen Suspensiveffekt und auch keinen Devolutiveffekt. Eine Besonderheit besteht darin, dass der Beschuldigte in den Grenzen des § 118 StPO das Recht auf eine mündliche Verhandlung, die nach § 118a StPO quasi wie eine „kleine Hauptverhandlung“ ausgestaltet ist, hat. Ist allerdings nach einer mündlichen Haftprüfung die Untersuchungshaft aufrechterhalten worden, so sieht § 118 Abs. 3 StPO eine zeitliche Einschränkung in zweierlei Hinsicht vor: Zum einen muss vor einer weiteren Haftprüfung die Untersuchungshaft mindestens drei Monate gedauert haben, zum anderen müssen seit der ersten mündlichen Haftprüfung mindestens zwei Monate vergangen sein. In der Praxis werden daher häufig, wenn der Richter gegen Ende eines Haftprüfungstermins formlos zu erkennen gibt, wie er zu entscheiden gedenkt und dies auf eine Ablehnung der Anträge der Verteidigung hinausläuft, die Anträge auf Haftprüfung zurückgenommen (§§ 118b, 302 Abs. 2 StPO) um die „Sperre“ des § 118 Abs. 3 StPO mangels verkündeter Entscheidung (§ 118 Abs. 4 StPO) nicht auszulösen.

b) Haftbeschwerde

Die Haftbeschwerde (§§ 304 Abs. 1, 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO) ist hingegen ein Rechtsbehelf, der nahezu ausschließlich „in der Akte“, d.h. im Schriftwege stattfindet. Eine mündliche Verhandlung nach § 118 Abs. 2 StPO ist zwar möglich, aber äußerst selten.

Die Haftbeschwerde richtet sich nicht – wie der Antrag auf Haftprüfung – gegen einen „Zustand“ (das Verhaftetsein), sondern – wie jede Beschwerde – gegen eine Entscheidung, vorliegend gegen die des Gerichtes betreffend die Haftfrage. Während die Haftprüfung während der Dauer des Vollzuges der Untersuchungshaft mehrfach beantragt werden kann, kann die Haftbeschwerde nur einmal gegen jede Grundentscheidung eingelegt werden. Anders als der Antrag auf Haftprüfung kann die Haftbeschwerde auch dann erhoben werden, wenn sich der Beschuldigte nicht in U-Haft befindet.

Die Haftbeschwerde hat keinen Suspensiveffekt (§ 307 StPO), aber Devolutiveffekt. Hilft das Gericht, welches die angegriffene Entscheidung erlassen hat, nicht ab, so werden die Akten dem

nächsthöheren Gericht zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt. Da in der Regel Entscheidungen des Haftrichters (am Amtsgericht) angegriffen werden, ist (in diesen Fällen) das Beschwerdegericht das Landgericht. Als Ausnahme von der allgemeinen Regel, dass es keine weitere Beschwerde gibt, ist in Haftsachen die weitere Beschwerde (i.d.R. zum OLG) statthaft (vgl. § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO).

E. Ermittlungsrichter

[Einstweilen frei]

G. Grundzüge des Strafrahenrechts

I. Grundlagen

Gemäß § 267 Abs. 3 StPO hat das Gericht in den Gründen des Strafurteils umfangreiche Ausführungen zur Strafzumessung zu machen. In der staatsanwaltschaftlichen Station sind Grundkenntnisse auf diesem Gebiet daher insbesondere für den Sitzungsdienst von Relevanz, da dem Gericht die eigenen Strafzumessungserwägungen im Plädoyer mitzuteilen sind. Aber auch im Rahmen der im B-Gutachten vorzunehmenden Bestimmung des zuständigen Gerichtes ist ein Verständnis der Systematik und der Grundzüge der Straf- und Maßregelzumessung erforderlich. Auf die entsprechenden Ausführungen im **Skript Teil H.III.2** [S. 119] wird hingewiesen.

1. Strafen und Maßnahmen

Das StGB beinhaltet als staatliche Reaktion auf eine Tat ein zweispuriges System der Rechtsfolgen, indem es formal zwischen den **Strafen** einerseits und den **Maßnahmen** (**§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB** = Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 – 72 StGB); Einziehung und Unbrauchbarmachung (§§ 73 ff. StGB)) andererseits unterscheidet. Während jede Strafe eine Schuld des Täters bei Tatbegehung voraussetzt (§ 46 Abs. 1 S. 1 StGB) und die konkret verhängte Strafe das Maß der Schuld nicht übersteigen darf, sind insbesondere die Maßregeln der Besserung und Sicherung durch die erwartete zukünftige Gefährlichkeit des Täters legitimiert und daher schuldunabhängig.

Das Strafsystem des StGB lässt sich nach verschiedenen Gesichtspunkten unterteilen. Die Rechtsfolgen der Tat sind in den §§ 38 ff. StGB geregelt. Das Gesetz unterscheidet zwischen **Freiheitsstrafe** (§§ 38, 39 StGB), **Geldstrafe** (§§ 40 – 43 StGB), **Nebenstrafe** (§ 44 StGB) und **Nebenfolgen** (§§ 45 – 45b StGB). Auf Freiheits- oder / und Geldstrafen kann durch strafgerichtliches Urteil allein erkannt werden (Hauptstrafen), Nebenstrafe kann dagegen lediglich zusammen mit einer Hauptstrafe verhängt werden. Nebenfolgen sind strafrechtliche Rechtsfolgen der Straftat, die ebenfalls lediglich zusammen mit der Hauptstrafe verhängt werden dürfen, denen aber kein spezifischer Strafcharakter zugesprochen wird.

2. Freiheitsstrafe

Die **Freiheitsstrafe** kann entweder **zeitig** sein und dann **zwischen einem Monat (Mindestmaß) und fünfzehn Jahren (Höchstmaß)** betragen (§ 38 Abs. 2 StGB), **oder** aber **lebenslang** sein (§ 38 Abs. 1 StGB). Die zeitige Freiheitsstrafe unter einem Jahr wird nach vollen Wochen und Monaten, zeitige Freiheitsstrafen ab einem Jahr werden nach vollen Monaten und Jahren bemessen (§ 39 StGB).

Um an dieser Stelle einem verbreiteten Irrtum vorzubeugen: Die lebenslange Freiheitsstrafe dauert grundsätzlich ein Leben lang. Die insbesondere bei Laien vertretene Ansicht, die lebenslange Freiheitsstrafe dauere allenfalls 15 Jahre, ist möglicherweise auf ein fehlerhaftes Verständnis der Strafvollstreckungsregeln, denen der Resozialisierungsgedanke zugrunde liegt, insbesondere des § 57a StGB (lesen!) zurückzuführen. Das Bundesverfassungsgericht hat ausgeführt, dass auch dem, der mit einer lebenslangen Freiheitsstrafe bestraft wurde, grundsätzlich eine Chance verbleiben muss, die Freiheit wiedererlangen zu können. Diesem Verfassungsgebot trägt § 57a StGB Rechnung und regelt die Voraussetzungen, die vorliegen müssen, wenn einem zur lebenslangen Freiheitsstrafe Verurteilten die Möglichkeit zur Aussetzung seiner (Rest-)Strafe eingeräumt werden soll. Eine automatische Aussetzung nach 15-jähriger Verbüßung oder gar das Ende der Strafe nach dieser Zeit, kennt das Gesetz für die lebenslange Freiheitsstrafe nicht. Die Durchschnittsverbüßungszeit bei lebenslanger Freiheitsstrafe unter Anwendung von § 57a StGB und des Gnadenrechts liegt übrigens bei etwa 20 Jahren.

Die in § 43 StGB dem Grunde nach geregelte Ersatzfreiheitsstrafe ist keine Strafe, die durch Urteilsausspruch festgesetzt werden kann. Eine solche kann also auch im Plädoyer nicht beantragt werden. Die genannte Vorschrift ordnet lediglich an, dass an die Stelle einer nicht bezahlten und auch nicht beitreibbaren Geldstrafe Freiheitsstrafe tritt und trifft Regelungen für die Umrechnung der Geldstrafe zur Ersatzfreiheitsstrafe. Der Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe

setzt also die Verurteilung zu einer Geldstrafe voraus, die nicht gezahlt und auch nicht durch gemeinnützige Arbeit abgewendet wird (vgl. Art. 293 EGStGB i.V.m. BbgVAbwfrArbVO). Wird sie vollzogen, ist sie echte Kriminalstrafe, d.h. kein Beugemittel zur Zahlung der Geldstrafe. Jeder Tag, an dem die Ersatzfreiheitsstrafe verbüßt wird, führt dazu, dass die Geldstrafe in Höhe eines Tagessatzes nicht mehr vollstreckt werden kann. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird auf Anordnung der Vollstreckungsbehörde vollstreckt (§ 459e StPO).

3. Geldstrafe

Die Bemessung der **Geldstrafe** folgt dem sog. **Tagessatzsystem**. Sie wird in vollen Tagessätzen verhängt. Ihr **Mindestmaß** beträgt **fünf** und ihr **Höchstmaß** **dreihundertsechzig** Tagessätze (§ 40 Abs. 1 StGB). Die **Höhe eines Tagessatzes** bestimmt sich nach dem dem Täter pro Tag zur Verfügung stehenden Nettoeinkommen (**Nettoeinkommensprinzip**) und wird auf **mindestens einen** und **höchstens dreißigtausend Euro** festgesetzt (§ 40 Abs. 2 StGB). Die Grundlagen für die Bemessung der Tagessatzhöhe können geschätzt werden (§ 40 Abs. 3 StGB). Bei Entscheidungen zur Geldstrafe sind **Anzahl und Höhe der Tagessätze** anzugeben (§ 40 Abs. 4 StGB). An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Freiheitsstrafe, wobei ein Tag Freiheitsstrafe einem Tagessatz entspricht (§ 43 StGB; Ersatzfreiheitsstrafe).

II. Regelstrafrahmen

Bei der Strafzumessung selbst kommt es maßgeblich auf ein korrektes methodisches Vorgehen an. Zunächst ist der anzuwendende Strafrahen zu bestimmen; sodann erfolgt die Festlegung der konkreten Strafhöhe innerhalb dieses Strafrahens und die Wahl der schuldangemessenen Sanktionsart sowie gegebenenfalls die Prüfung der Strafartfolgeentscheidung, insbesondere also die Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung.

In einem ersten Schritt ist zunächst der Regelstrafrahmen festzustellen, d.h. der Strafrahen, den der Gesetzgeber für den Tatbestand grundsätzlich zur Verfügung stellt. Der Regelstrafrahmen des Diebstahls (§ 242 StGB = „Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder [...] Geldstrafe“) reicht unter Berücksichtigung der vorgenannten Grundsätze mithin von Freiheitsstrafe von einem Monat (§ 38 Abs. 2 StGB) bis zu fünf Jahren oder von fünf (§ 40 Abs. 1 StGB) bis zu 360 Tagessätzen Geldstrafe.

III. Strafrahenverschiebungen

In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, ob eine Strafrahenverschiebung und damit ein Sonderstrafrahmen im konkreten Fall zur Anwendung gelangt. Eine Strafrahenverschiebung kann für den Täter eine Strafrahenmilderung oder eine Strafrahenschärfung zur Folge haben. Da Strafrahenverschiebungen Einfluss auf den im B-Gutachten einer Klausur zu behandelnden richtigen Anklageadressaten haben können, wird zunächst auf die diesbezüglichen Ausführungen in diesem **Skript Teil H.III.2.a)** [S. 119] Bezug genommen.

1. Strafrahenmilderungen

Das Gesetz enthält benannte (also im Gesetz selbst mit bestimmten Merkmalen beschriebene Strafmilderungsgründe – wie etwa § 213 StGB) und unbenannte (also erst durch Wertung auszufüllende Strafrahenmilderungen – wie etwa §§ 154 Abs. 2, 225 Abs. 4, 244a Abs. 2, 250 Abs. 3 StGB) minder schwere Fälle. Wenn eine Strafvorschrift einen minder schweren Fall vorsieht, muss dieser dann nicht erörtert werden, wenn seine Annahme fernliegt. Allerdings ist eine Auseinandersetzung insbesondere im Plädoyer mit minder schweren Fällen geboten, wenn die Ergebnisse der Hauptverhandlung dazu drängen. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ist dabei eine **Gesamtbetrachtung** unter Einbeziehung und Abwägung aller Umstände, die für die Wertung der Tat und des Täters in Betracht kommen nötig, gleichviel, ob sie der Tat selbst innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder nachfolgen. Zusätzlich ist die Prüfung erforderlich, ob die Strafwürdigkeit im Vergleich zu den erfahrungsgemäß vorkommenden und bei der Bestimmung des ordentlichen Strafrahens vom Gesetzgeber schon bedachten Fällen so sehr verringert ist, dass die Anwendung des verringerten Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint.

Einer besonderen Beachtung bedarf der Umstand, dass bei der vorgenannten Gesamtbetrachtung allgemeine Strafmilderungsgründe und besondere gesetzliche (vertypete) Strafmilderungsgründe zu berücksichtigen sind. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass ein vertypeter Milderungsgrund allein oder zusammen mit allgemeinen Milderungsgründen die Annahme eines minder schweren Falls begründen kann - vgl. § 50 StGB. Besondere gesetzliche (vertypete) Strafmilderungsgründe sind solche, die auf § 49 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB verweisen, wobei diese Verweisung zwingend (vgl. §§ 27 Abs. 2, 28 Abs. 1, 30 Abs. 1 S. 2, 35 Abs. 2 S. 2 StGB) oder fakultativ (§§ 13 Abs. 2, 17 S.2, 21, 23 Abs. 2 und Abs. 3, 35 Abs. 1 StGB) sein kann.

Nach ständiger Rechtsprechung ist bei der Frage, ob ein minder schwerer Fall vorliegt, zunächst vorrangig zu prüfen, ob dieser sich ohne vertypete Milderungsgründe begründen lässt. Begründen die allgemeinen Milderungsgründe einen minder schweren Fall jedoch nicht, ist weiter zu prüfen, ob ein solcher anzunehmen ist, wenn vertypete Milderungsgründe einbezogen werden. Jeder vertypete Milderungsgrund der im Rahmen dieser Prüfung allein oder in Verbindung mit anderen Umständen einen minder schweren Fall begründet, ist „verbraucht“ und darf dann nicht nochmals zur Strafmildernachung nach § 49 StGB verwendet werden (§ 50 StGB). Diejenigen Umstände, die zur Annahme des vertypeten Milderungsgrundes geführt haben, dürfen und sollten aber ihrerseits im Rahmen der konkreten Strafzumessung (innerhalb des gemilderten Strafrahmens) nochmals berücksichtigt werden.

Ist ein vertypeter Milderungsgrund nicht verbraucht und liegt gleichwohl ein minder schwerer Fall vor, so kann der Strafrahen dieses minder schweren Falls nach Maßgabe des § 49 StGB unter Berücksichtigung des vertypeten Milderungsgrundes nochmals gesenkt werden.

Liegt nach Ausschöpfung aller vorgenannten Grundsätze ein minder schwerer Fall nicht vor, sind die Voraussetzungen besonderer gesetzlicher Strafmilderungsgründe jedoch gegeben, ist der Strafrahen bei zwingender Verweisung nach Maßgabe des § 49 StGB zu mildern. Falls die Milderung nur fakultativ vorgesehen ist, hängt der Gebrauch von dieser Möglichkeit der Strafrahenverschiebung davon ab, ob es angemessener ist, den konkreten Milderungsgrund lediglich als allgemeine Strafzumessungserwägung im Sinne des § 46 StGB innerhalb des Regelstrafrahmens zu berücksichtigen, was ebenfalls Gesamtwürdigung aller Tatumstände und der Täterpersönlichkeit erfordert.

Allerdings wäre es überraschend – und bedarf nicht nur im Urteil besonderer Begründung – wenn der anzuwendende Strafrahen unter Berücksichtigung der Milderung nach § 49 StGB wegen eines vertypeten Milderungsgrundes geringer ausfallen würde, als der des minder schweren Falls, der nur deshalb anzunehmen ist, weil ein vertypeter Milderungsgrund herangezogen und damit verbraucht wird. Im „Zweifel“ wird in diesen Fällen dann der günstigere Strafrahen (also der nach § 49 StGB gemilderte) zu wählen sein („Strafrahenkonkurrenz“).

Schließlich sei an dieser Stelle noch auf die Möglichkeit einer doppelten Strafrahenmilderung bei Vorliegen zweier obligatorischer Strafmilderungsgründe hingewiesen. Klassisch sind die Fälle, in denen § 28 Abs. 1 StGB und § 27 Abs. 2 S. 2 StGB, die jeweils obligatorische Strafmilderungen bedingen, zusammentreffen. Umstritten ist dabei der Fall, bei welchem dem Täter ein strafbarkeitsbegründendes besonderes persönliches Merkmal fehlt (etwa die Schuldnereneigenschaft beim Bankrott = Sonderdelikt) und der deshalb (also mangels Täterqualität) nur Gehilfe sein kann. Dann stehen nämlich nach § 28 Abs. 1 StGB einerseits und nach § 27 Abs. 2 S. 2 StGB andererseits diesem Täter kumulativ obligatorische Strafmilderungsgründe „zur Seite“, mit der Folge, dass der Regelstrafrahmen nach § 49 Abs. 1 StGB zu mildern ist und dieser gemilderte Strafrahen nochmals nach § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden müsste. Für diese Fälle wollen Teile der Literatur dem Täter § 28 Abs. 1 StGB nicht zu Gute kommen lassen, andere mildern zweifach. Die Rechtsprechung, die sonst grundsätzlich doppelt mildert, macht hiervon allerdings eben dann eine Ausnahme, wenn ein Tatbeteiligter an einem echten Sonderdelikt allein mangels Täterqualität nur Gehilfe sein kann, obwohl sein Verhalten „im Übrigen“ durchaus Täterqualität hätte und nimmt nur einmal eine Reduzierung des Strafrahmens vor. Inwieweit diese Ausnahme, wenn auch wertungsmäßig überzeugend, mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar ist, erschließt sich nicht zwanglos.

2. Strafrahmenschärfungen

Im Einzelfall kann auch ein im Vergleich zum Regelstrafrahmen verschärfter Strafrahen anzuwenden sein, wenn das Gesetz besonders schwere Fälle vorsieht. Besonders schwere

Fälle lassen sich in benannte und unbenannte unterscheiden. Bei den benannten handelt es sich meist um Regelbeispiele, die allerdings in der Strafzumessung kaum Probleme aufwerfen dürften, da die tatsächlichen Umstände, die ihre Merkmale ausfüllen, bereits im A-Gutachten bzw. im Plädoyer vorab festgestellt und rechtlich gewürdigt worden sein dürften. Sind benannte besonders schwere Fälle (Regelbeispiele) verwirklicht, ist im Normalfall ohne weitere Erwägungen der erhöhte Strafrahmen anzuwenden. Ein erhöhter Begründungsaufwand ist dann (entsprechend § 267 Abs. 3 S. 3 StPO) erforderlich, wenn trotz verwirklichtem Regelbeispiel doch der normale Strafrahmen aufgrund besonderer, für den Täter sprechender Umstände für ausreichend erachtet wird.

Wird demgegenüber ein Regelbeispiel nicht verwirklicht, liegt aber gleichwohl ein unbenannter besonders schwerer Fall vor (etwa § 240 Abs. 4 S. 1 StGB oder § 253 Abs. 4 S. 1 StGB), bedarf auch dies einer substantiierten Begründung (vgl. § 267 Abs. 3 S. 3 StPO). Ein unbenannter besonders schwerer Fall ist nach der Rechtsprechung anzunehmen, wenn er sich bei einer Gesamtwürdigung aller Zumessungsgesichtspunkte nach dem Gewicht von Unrecht und Schuld vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden und deshalb für den ordentlichen Strafrahmen bereits berücksichtigten Fälle so weit abhebt, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint.

Häufig wird übersehen, dass nach der Rechtsprechung vertypte Milderungsgründe satt zu einer Strafrahmenverschiebung nach § 49 StGB auch dazu führen können, dass ein besonders schwerer Fall zu verneinen ist. Dies liegt im Wesentlichen daran, dass für die Bejahung eines besonders schweren Fall eine Abwägung aller strafzumessungserheblicher Umstände erforderlich ist, zu denen eben auch die vertypten Milderungsgründe zählen. Soweit ein besonders schwerer Fall wegen Vorliegens (auch) eines vertypten Milderungsgrundes verneint wurde, findet eine Strafrahmenverschiebung nach § 49 StGB in entsprechender Anwendung des § 50 StGB nicht mehr statt. In diesen Fällen stellt sich daher das Problem der Strafrahmenkonkurrenz wie zuvor beschrieben gleichermaßen, so dass zu prüfen ist, welche der beiden Strafrahmen (der Regelstrafrahmen oder der nach § 49 StGB gemilderte Strafrahmen des besonders schweren Falls) im Einzelfall tätergünstiger ist.

IV. konkrete Strafhöhe

Die Bestimmung der konkreten Strafhöhe innerhalb des angewendeten Strafrahmens erfolgt nach den Grundsätzen des **§ 46 StGB**. Danach ist die **Schuld des Täters** die Grundlage für die Zumessung der Strafe (**Strafzumessungsschuld**). Umstände, die schon Merkmale des gesetzlichen Tatbestands sind, dürfen auf keinen Fall berücksichtigt werden (§ 46 Abs. 3 StGB = **Doppelverwertungsverbot**). Für und gegen den Täter sprechende **Umstände sind gegeneinander abzuwägen** (§ 46 Abs. 2 S. 1 StGB). Als Gesichtspunkte der Strafzumessung, die zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen sind, kommen zum Beispiel in Betracht: Geständnis, geringer Schaden, Schadenswiedergutmachung usw.; Zulasten des Täters sind beispielsweise in die Abwägung einzubeziehen: einschlägige Vorstrafe, Länge des Tatzeitraums, Rückfallgeschwindigkeit, Bewährungsversagen, Unbelehrbarkeit usw.; Sämtliche Umstände sind einer umfassenden Abwägung zu unterziehen, die Aufschluss über das als angemessen erachtete Strafmaß geben muss.

Da die Straftatbestände in der Regel Freiheitsstrafe und Geldstrafe androhen, ist die konkrete Sanktionsart zu begründen. Naturgemäß kommt bei einer schuldangemessenen Strafe von unter einem Monat von vornherein nur Geldstrafe (§ 38 Abs. 2 StGB), bei einer solchen von über einem Jahr nur Freiheitsstrafe (§ 40 Abs. 1 S. 2 StGB) in Betracht. Einer eigenen Begründung bedarf die Wahl der Sanktionsart demnach nur im Bereich zwischen einem Monat und einem Jahr, wobei der Gesetzgeber für diesen Bereich mit § 47 StGB und Art. 12 EGStGB zu beachtende, strafzumessungsrelevante Vorschriften geschaffen hat. Als Merksatz kann bei alternativ angedrohter Geldstrafe gelten: Je näher die konkrete Strafe der Jahresgrenze kommt, umso geringer ist die Anforderung an die Begründungspflicht für eine Freiheitsstrafe.

Die Vorschrift des **§ 47 Abs. 1 StGB** regelt grundsätzlich den Vorrang der Geldstrafe vor kurzen Freiheitsstrafen. Eine Freiheitsstrafe **unter sechs Monaten soll nur ausnahmsweise** ausgesprochen werden, wenn auf sie aus **spezial- oder generalpräventiven Gründen** nicht verzichtet werden kann, weil jede andere Maßnahme und insbesondere auch eine hoch bemessene Geldstrafe zur Erzielung der beabsichtigten Wirkung nicht ausreichen würde.

Durch Art. 12 EGStGB erfahren darüber hinaus die Tatbestände, die neben einer nicht im Mindestmaß (§ 38 Abs. 2 StGB) erhöhten Freiheitsstrafe eine Geldstrafe nicht vorsehen, eine Strafrahmenenerweiterung. Neben die angedrohte Freiheitsstrafe tritt die wahlweise Anordnung der Geldstrafe (Art. 12 Abs. 1 EGStGB). Dies gilt auch dann, wenn die Untergrenze des Strafrahmens in Folgen der Anwendung vertypter Milderungsgründe auf das gesetzliche Mindestmaß gesenkt wird.

Liegt das Mindestmaß des anzuwendenden Strafrahmens allerdings über einem Monat Freiheitsstrafe und droht das Gesetz keine alternative Geldstrafe an (Bspw.: § 153 StGB), erfolgt die vorgenannte Strafrahmenenerweiterung über § 47 Abs. 2 StGB. Kommt in diesen Fällen eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder darüber nicht in Betracht, kann gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 StGB Geldstrafe verhängt werden, wenn nicht die Freiheitsstrafe nach § 47 Abs. 1 StGB unerlässlich ist. Das Mindestmaß (Tagessatzanzahl) der auf dieser Basis zu verhängenden Geldstrafe richtet sich nach dem Mindestmaß der angedrohten Freiheitsstrafe (§ 47 Abs. 2 S. 2 StGB). Ein Höchstmaß der Geldstrafe ist in § 47 Abs. 2 StGB zwar nicht bestimmt, ganz herrschend wird aber (auch in der Rspr.) die Auffassung vertreten, dass die Geldstrafe 180 Tagessätze nicht erreichen darf, weil sonst eine Diskrepanz gegenüber der nicht verhängten Freiheitsstrafe entstünde.

V. mehrere Straftaten

Bei der Strafzumessung nach den vorgenannten Grundzügen müssen in Fällen der Tateinheit und Tatmehrheit zusätzlich die §§ 52ff. StGB Beachtung finden. Grundsätzlich ist bei in Tatmehrheit stehenden Delikten bzw. Deliktst komplexen eine gesonderte Strafzumessung für jeden Teil vorzunehmen.

1. Tateinheit / Idealkonkurrenz

Verletzt dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder das dasselbe Strafgesetz mehrmals, so wird nur auf eine Strafe erkannt (§ 52 Abs. 1 StGB). Allerdings ist für die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens eine Differenzierung erforderlich.

a) gleichartige - § 52 Abs. 1 StGB

Wird ein und derselbe Straftatbestand durch dieselbe Handlung mehrfach verletzt (**gleichartige Tateinheit**; Bsp: die vom Täter gelegte Bombe tötet mehrere Menschen (höchstpersönliche Rechtsgüter); es wird nur ein einziges Gesetz angewendet) ist die Strafe dem mehrfach verletzten Strafgesetz zu entnehmen (**Absorptionsprinzip**; § 52 Abs. 1 StGB). Bei der Strafzumessung darf die mehrfache Tatbestandserfüllung strafscharfend (§ 46 Abs. 2: Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat) berücksichtigt werden. Die angedrohte Höchststrafe darf nicht überschritten werden. Die mehrfache Verletzung desselben Strafgesetzes kann zur Annahme eines (unbenannten) besonders schweren Falls führen.

b) ungleichartige - § 52 Abs. 2 bis 4 StGB

Werden durch dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt (**ungleichartige Tateinheit**; Bsp.: fahrlässige Tötung in Tateinheit mit fahrlässiger Straßenverkehrsgefährdung durch grob verkehrswidrige und rücksichtslose Nichtbeachtung der Vorfahrt), so gilt das in § 52 Abs. 2 bis 4 StGB näher beschriebene **Kombinationsprinzip**. Die Strafdrohungen aller verletzten Strafgesetze sind nach diesen Regeln zu einer „gemeinsamen Strafdrohung“ zu kombinieren, der dann die einheitliche Strafe entsprechend des § 52 Abs. 1 StGB zu entnehmen ist.

Der zu bildende Kombinationsstrafrahmen ist nach oben begrenzt durch die Obergrenze des Strafrahmens der Vorschrift, die nach Art und Höhe die schwerste Strafe androht (§ 52 Abs. 2 S. 1 StGB). Nach unten ist er begrenzt durch die höchste der von den verschiedenen Vorschriften angedrohte Mindeststrafe (**Sperrwirkung**). Allerdings kommt es auf den im konkreten Fall anwendbaren Strafrahen an, d.h. die Prüfung, welches Strafgesetz die schwerere Strafe androht darf erst erfolgen, nachdem für jeden einzelnen Tatbestand der im Einzelfall anzuwendende Strafrahen festgestellt wurde.

Beispiel 44: „Nordische Kombination“ [S. 298]

Bei Androhung verschiedener Strafarten wird die mildere durch die schwerere Strafart verdrängt. Droht ein Gesetz Freiheitsstrafe, das andere nur Geldstrafe an, ist auf die schwerere Freiheitsstrafe zu erkennen. Droht ein Gesetz Freiheitsstrafe, das andere Freiheits- oder Geldstrafe (Wahlmöglichkeit) an, ist ebenfalls auf Freiheitsstrafe zu erkennen (die Wahlmöglichkeit entfällt). Auf Geldstrafe kann in den vorgenannten Fällen nur über § 47 Abs. 2 StGB erkannt werden.

Für Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen gelten gemäß § 52 Abs. 4 StGB die allgemeinen Regeln – diese sind mithin unabhängig davon, welchem Gesetz der Kombinationsstrafrahmen entnommen wird.

2. Tatmehrheit / Realkonkurrenz - §§ 53 ff. StGB

Hat jemand mehrere Straftaten begangen, die gleichzeitig abgeurteilt werden, und dadurch mehrere Freiheitsstrafen oder mehrere Geldstrafen verwirkt, so wird auf eine **Gesamtstrafe** erkannt (§ 53 Abs. 1 StGB). Ebenso wie bei Tateinheit lassen sich gleichartige und ungleichartige Tatmehrheit unterscheiden. Gleichartige Tatmehrheit liegt vor, wenn durch mehrere selbstständige Handlungen die gleiche Straftat mehrmals begangen wird. Ungleichartige Tatmehrheit ist gegeben, wenn durch mehrere selbstständige Handlungen mehrere verschiedene Straftaten begangen worden sind. Diese Unterscheidung ist jedoch – anders als bei der Tateinheit – ohne weitere Bedeutung.

Die Bildung der Gesamtstrafe ist zwingend, wenn mehrere Freiheitsstrafen verwirkt sind. Eine Gesamtfreiheitsstrafe ist grundsätzlich auch dann zu bilden, wenn Freiheitsstrafen und Geldstrafen nebeneinander verwirkt sind (§ 53 Abs. 2 S. 1 StGB). Das Gericht kann jedoch von der Einbeziehung einer Geldstrafe in eine Gesamtstrafe nach der Ausnahmvorschrift des § 53 Abs. 2 S. 2 StGB, deren Anwendung besonders zu begründen ist, absehen. Die Ausübung des Ermessens nach § 53 Abs. 2 S. 2 StGB hat sich an allgemeinen Strafzumessungsgrundsätzen zu orientieren.

Die in §§ 53, 54 StGB getroffenen Regelungen zur Gesamtstrafenbildung beruhen auf dem **Asperationsprinzip** (Verschärfungsgrundsatz), das anstelle der Addition verwirkter Strafen in der Verschärfung der schwersten Strafe besteht.

Nach § 54 StGB (lesen!) ist zunächst für jede Tat die konkret verwirkte Strafe (Einzelstrafe) festzusetzen. Aus diesen Einzelstrafen ist die schwerste Einzelstrafe als sog. **Einsatzstrafe** zu bestimmen. Eine **freiheitsentziehende Strafe** ist auch dann **schwerer im Sinne des § 54 StGB**, wenn sie niedriger ausfällt, **als** die **Ersatzfreiheitsstrafe** für eine daneben verhängte Geldstrafe ausfallen würde. Die Einsatzstrafe ist – soweit sie nicht ohnehin schon lebenslang ist – zur Bildung der Gesamtstrafe zu erhöhen.

Dabei ist das Ausmaß der Erhöhung unter Beachtung der Grenzen des § 54 Abs. 2 StGB mittels einer zusammenfassenden Würdigung der Person des Täters und der einzelnen Straftaten (§ 54 Abs. 1 S. 3 StGB) zu bestimmen. Die **Gesamtstrafe darf die Summe der Einzelstrafen nicht erreichen** und ist zusätzlich durch das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe (15 Jahre) bzw. das doppelte Höchstmaß der Geldstrafe (720 Tagessätze) begrenzt, § 54 Abs. 2 StGB. Ist eine Gesamtstrafe aus Freiheits- und Geldstrafe zu bilden, so entspricht bei der Bestimmung der Summe der Einzelstrafen ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe (§ 54 Abs. 3 StGB).

Merke: Aus mehreren Einzelgeldstrafen kann stets nur eine Gesamtgeldstrafe gebildet werden. Treffen Freiheitsstrafen und Geldstrafen zusammen und wird eine Gesamtstrafe gebildet, dann kann dies nur eine Gesamtfreiheitsstrafe sein. Eine lebenslange Gesamtfreiheitsstrafe kommt nur in Betracht, wenn eine der verwirkten Einzelstrafen eine lebenslange Freiheitsstrafe ist.

Der Summe der Einzelstrafen kommt nur ein geringes Gewicht zu. Entscheidender ist die **angemessene Erhöhung der Einsatzstrafe**, ohne dass mathematische Erwägungen den jeweils gebotenen, auf die Bildung der Gesamtstrafe bezogenen Strafzumessungsakt zu ersetzen vermögen. Allerdings ist in der tatrichterlichen Praxis aufgrund des „Aufhebungsverhaltens“ des BGH festzustellen, dass eine besonders starke Erhöhung der Einsatzstrafe ungeachtet des gesetzgeberischen Spielraums regelmäßig vermieden wird. Insbesondere besteht die Auffassung, dass nach der Rechtsprechung des BGH eine Erhöhung

der Einsatzstrafe auf ihr Dreifaches (oder mehr) rechtsfehlerhaft wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht für diese Herangehensweise keine Notwendigkeit. Unabhängig davon, dass der Gesetzgeber mit § 54 Abs. 2 StGB die „mathematischen“ Grenzen der Strafzumessung vorgegeben und es mit § 54 Abs. 1 StGB in die Hände des erkennenden Gerichtes gelegt hat, über die Angemessenheit der konkreten Gesamtstrafe zu entscheiden (nach den Grundsätzen von § 46 StGB), ist der Gesamtstrafenbildung jeder Schematismus fremd. So ist es unzulässig, die Gesamtstrafe aufgrund einer Rechenformel zu bilden, etwa durch Erhöhung der Einsatzstrafe um die Hälfte der Summe der übrigen Einzelstrafen. Eine ungewöhnliche Divergenz von Einsatz- und Gesamtstrafe ist aber zu begründen, um dem Eindruck entgegenzuwirken, dass sich das Gericht wesentlich von der Summe der Einzelstrafen leiten ließ. Diesem Begründungserfordernis gerecht zu werden ist sicherlich nicht immer einfach – die diesbezügliche Herausforderung darf aber nicht dazu führen, dass man die Erhöhung einer Einsatzstrafe um mehr als das Dreifache für rechtsfehlerfrei nicht begründbar hält und letztlich unterlässt. Die neuere Rechtsprechung wirkt dieser – letztlich einer mathematischen Erwägung gleichstehenden – „Vorsicht“ der Tatgerichte entgegen. Namentlich bei Serientaten, ist der BGH tendenziell großzügiger. „Eine starke Erhöhung der Einsatzstrafe legt einen Rechtsfehler bei der Gesamtstrafenbildung gem. § 54 StGB nicht ohne Weiteres nahe. [...] Da eine „Mathematisierung“ der Strafzumessung fremd ist, kann [...] kein Rechtsfehler allein darin gesehen werden, dass die Einsatzstrafe mehr als verdreifacht wurde. Derartige Überlegungen finden im Gesetz keine Stütze“ (BGH Beschl. v. 25.08.2010, 1 StR 410/10; NJW 2010, 3176).

VI. Bewährung

Wird eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren verhängt, ist stets zu prüfen, ob die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann (§§ 56 bis 56d StGB). Die Voraussetzungen der Aussetzung zur Vollstreckung sind in § 56 Abs. 1 bis Abs. 3 StGB je nach Höhe der erkannten Strafe unterschiedlich geregelt. In allen Fällen wird aber eine günstige Prognose dergestalt verlangt, dass der Verurteilte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig auch ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begehen wird (§ 56 Abs. 1 S. 1 StGB). Für eine solche Prognose ist ausreichend, dass die Wahrscheinlichkeit künftig straffreien Verhaltens größer ist als diejenige für die Begehung künftiger Straftaten.

Bei günstiger Prognose ist nach dem Regelungskonzept des § 56 StGB bei Freiheitsstrafen unter sechs Monaten die Vollstreckungsaussetzung zwingend. Bei Freiheitsstrafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr muss die Aussetzung gewährt werden, wenn nicht die Verteidigung der Rechtsordnung die Vollstreckung gebietet (§ 56 Abs. 1 und Abs. 3 StGB). Für Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren kann eine Vollstreckungsaussetzung zur Bewährung bewilligt werden, wenn besondere Umstände vorliegen (§ 56 Abs. 2 StGB) und der Ausschlussgrund der Verteidigung der Rechtsordnung nicht eingreift (§ 56 Abs. 3 StGB).

Die Vorschriften der § 56a ff. StGB regeln die Bewährungszeit (§ 56a StGB), Auflagen (§ 56b StGB), Weisungen (§ 56c StGB) und die Unterstellung unter einen Bewährungshelfer (§ 56d StGB).

H. Das prozessuale Gutachten

Wegen der Bedeutung für die Klausur soll zum Inhalt des zweiten Teils des Gutachtens (B-Gutachten) / prozessualen Gutachtens hier eine überblicksartige Zusammenfassung erfolgen. Im prozessualen Gutachten soll der Bearbeiter dem Leser seine praktischen Entscheidungen erläutern. Auf die örtliche / sachliche Zuständigkeit des Gerichtes sowie die Frage der notwendigen Verteidigung wird dabei immer einzugehen sein, wobei die Erwähnung der übrigen prozessualen Fragen von der konkreten Klausurkonstellation abhängig ist.

Dem Grunde nach beinhaltet das B-Gutachten diejenigen Überlegungen, die der Staatsanwalt anstellen muss, wenn er das Verfahren in seiner Gesamtheit abschließen will. Soweit Entscheidungen zu treffen, behördeninterne oder polizeiliche Maßnahmen zu veranlassen oder Anträge an das Gericht zu stellen sind, werden diese üblicherweise in einer Anklagebegleitverfügung niedergelegt. Die Erstellung solcher Verfügungen ist in Berlin & Brandenburg durch den Bearbeitervermerk aber regelmäßig erlassen. Im B-Gutachten sind jedoch sämtliche Erwägungen darzustellen, die für bzw. gegen solche Maßnahmen bzw. Anträge an das Gericht sprechen, über welche dieses vor oder im Rahmen der Eröffnungsentscheidung mitentscheiden soll. Auch können Aspekte relevant werden, die vorläufige, verfahrenssichernde Maßnahmen betreffen, über die das Gericht ggf. befinden muss.

I. Anfangsverdacht

Hierzu ist auf die Ausführungen im **Skript Teil B.I.2** [S. 25] zu verweisen.

II. „Teileinstellungen“

1. § 170 Abs. 2 StPO

a) prozessualer Tatbegriff

Ausgangspunkt der Überlegungen für (Teil-)Einstellung ist zunächst die Bestimmung der prozessualen Tat (vgl. **Skript Teil C.III.2** [S. 37] und **Skript C.III.3** [S. 38]). Eine teilweise Verfahrenseinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO kommt nur bezüglich selbständiger prozessualer Taten (als „Ganzes“) in Betracht. Sie ist zwingend, wenn ein hinreichender Tatverdacht bezüglich einer prozessualen Tat in ihrer Gesamtheit abgelehnt wird. Innerhalb derselben prozessualen Tat ist eine Teileinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO hingegen nicht möglich. Stellen Sie beispielsweise fest, dass in einem einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgang, dessen Aufspaltung unnatürlich erscheinen würde, das Verhalten des Beschuldigten zwar keinen genügenden Anlass für die Erhebung der öffentlichen Klage wegen Raubes bietet, dasselbe Verhalten aber als Nötigung in Tateinheit mit Körperverletzung zu bewerten ist und insoweit auch ein hinreichender Tatverdacht besteht, weshalb Sie Anklage erheben wollen, können Sie den nicht verwirklichten Raub(-vorwurf) nicht gem. § 170 Abs. 2 StPO „teileinstellen“; da Sie das tatsächliche Geschehen (mit Ihrer entsprechenden rechtlichen Wertung) zur Anklage bringen.

Zu beachten ist, dass auch bei einheitlichem Geschehensablauf für jeden Beschuldigten eine eigene prozessuale Tat vorliegt. Eine Teileinstellung bezüglich eines Beschuldigten und eine Anklageerhebung bezüglich eines anderen Beschuldigten sind daher möglich.

b) öffentliches Interesse (§§ 374, 376 StPO + RiStBV)

Häufig wird der Bearbeitervermerk den Hinweis beinhalten, dass ein Verweis auf den Privatklageweg ausgeschlossen ist. In diesem Fall dürften Erörterungen zum öffentlichen Interesse bei Privatklagedelikten im B-Gutachten als „falsch“ bewertet werden können, da der Klausurenverfasser vorgegeben hat, dass eine Einstellung mit Verweis auf den Privatklageweg nicht erfolgen darf. Behandeln Sie in diesem Fall bitte sämtliche Delikte als Officialdelikte. In allen anderen Fällen gelten die folgenden Ausführungen:

Bei Privatklagedelikten (§ 374 StPO lesen!) sind Besonderheiten zu beachten. Bildet das Privatklagedelikt mit einem Officialdelikt eine prozessuale Tat, muss diese Tat insgesamt im Officialverfahren verfolgt werden. Besteht in diesem Fall weder für das Official- noch für das Privatklagedelikt ein hinreichender Tatverdacht, ist die prozessuale Tat insgesamt gem. § 170

Abs. 2 StPO einzustellen. Besteht ein hinreichender Tatverdacht nur wegen dem Officialdelikt oder nur wegen dem Privatklagedelikt, ist für eine Teileinstellung kein Raum.

Erst wenn unter Berücksichtigung des prozessualen Tatbegriffs und des Bearbeitervermerks die Möglichkeit zur Teileinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO bezüglich des Privatklagedelikttes eröffnet ist, ist (hier im B-Gutachten!) die Frage des **öffentlichen Interesses** im Sinne des § 376 StPO i.V.m. Nr. 86 Abs. 2 RiStBV zu erörtern. Dabei ist zur Argumentation ein Rückgriff auf die Nr. 86, 229, 232, 233, 235 RiStBV empfehlenswert und praxisnah. Die Argumentation sollte sich aber nicht in der Nennung der RiStBV-Vorschriften erschöpfen. Besteht kein öffentliches Interesse, ist der Anzeigerstatter, der zugleich Verletzter ist, auf den Weg der Privatklage zu verweisen, andernfalls öffentliche Klage zu erheben, wobei in dieser keine Bezugnahme auf das öffentliche Interesse erfolgt – es ergibt sich aus dem Umstand, dass Anklage erhoben wurde, obwohl nach §§ 374, 376 StPO Einstellung und Verweis auf Privatklageweg möglich gewesen wäre.

Zur davon abweichenden Herangehensweise bei (absoluten und relativen) Antragsdelikten vgl. zunächst **Skript Teil C.I** [S. 33]. Die meisten Antragsdelikte sind zugleich Privatklagedelikte. Hat der Bearbeiter im konkreten Einzelfall diesen Umstand festgestellt, gelten folgende Grundsätze:

Fehlt bei einem absoluten Antragsdelikt, welches zugleich Privatklagedelikt ist, der erforderliche Strafantrag (oder ist dieser nicht rechtzeitig od. nicht formgemäß gestellt), liegt ein (im A-Gutachten zu berücksichtigendes) Verfahrenshindernis vor. Kommt eine teilweise Verfahrenseinstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO in Betracht (prozessualer Tatbegriff!), ist das Verfahren gemäß § 170 Abs. 2 StPO (im B-Gutachten) einzustellen. Die Erörterung eines besonderen öffentlichen Interesses im A-Gutachten wäre fehlerhaft, weil gesetzlich nicht vorgesehen (absolutes Antragsdelikt!). Die Erörterung des öffentlichen Interesses im B-Gutachten wäre fehlerhaft, weil ein Verweis auf den Privatklagewege ausscheidet, wenn ein Prozesshindernis besteht.

Fehlt demgegenüber bei einem relativen Antragsdelikt, welches zugleich Privatklagedelikt ist, der Strafantrag kann er durch ein besonderes öffentliches Interesse (im A-Gutachten!) ersetzt werden (bspw. § 230 StGB). Das besondere öffentliche Interesse betrifft also eine Prozessvoraussetzung (Prüfungsort: A-Gutachten am Ende der Deliktsprüfung). Bejaht man das besondere öffentliche Interesse im A-Gutachten bezüglich des relativen Antragsdelikttes, welches zugleich Privatklagedelikt ist, wäre es aber äußerst widersprüchlich, im B-Gutachten gleichwohl das öffentliche Interesse abzulehnen und das Verfahren (doch noch) gem. § 170 Abs. 2 StPO unter Verweis auf die Privatklage einzustellen. Im Zweifel dürfte nämlich aus den Gründen, die das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung begründen und zu einem Ersetzen des fehlenden Strafantrages führen auch ein öffentliches Interesse im Sinne von § 376 StPO vorliegen.

Dementsprechend kommt die eingehende Erörterung des öffentlichen Interesses bei Antragsdelikten, die zugleich Privatklagedelikte sind, im B-Gutachten regelmäßig nur dann in Betracht, wenn der erforderliche Strafantrag gestellt ist (Prozessvoraussetzung liegt vor).

Ist das Delikt ein Privatklagedelikt, aber kein Antragsdelikt (Bsp.: § 241 StGB) ist die Erörterung des öffentlichen Interesses wegen § 376 StPO geboten. Ist das Delikt ein Antragsdelikt (Bsp.: §§ 203, 204 StGB) aber kein Privatklagedelikt wäre die Erörterung des öffentlichen Interesses demgegenüber verfehlt.

c) Bescheid & Nachricht

Bei einer (Teil-)Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO ist der Anzeigende gemäß § 171 S. 1 StPO zu bescheiden. In der Klausur ist darauf hinzuweisen. Sollte die Fertigung von Einstellungsbescheiden nicht erlassen sein, wäre ein Einstellungsbescheid auszuformulieren.

Ist der Anzeigende zugleich Verletzter, steht ihm gem. § 172 StPO ein Beschwerderecht zu, wenn das Klageerzwingungsverfahren zulässig ist. Diese sog. Vorschaltbeschwerde ist fristgebunden. Über das Beschwerderecht und die Frist ist gem. § 171 S. 2 StPO im Einstellungsbescheid zu belehren.

Dem Verletztenbegriff der Strafprozessordnung hat der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 373b StPO Konturen verliehen. Verletzter im Sinne der Strafprozessordnung sind danach diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, die durch die Tat in ihren Rechtsgütern unmittelbar beeinträchtigt worden sind oder unmittelbar einen Schaden erlitten haben (§ 373b Abs. 1 StPO). Dabei kommt es schon nach dem Wortlaut von § 373b StPO nicht darauf an, ob die Straftat rechtskräftig festgestellt worden ist, denn häufig sieht das prozessuale Regelungsgefüge bestimmte Rechte bereits dann vor, wenn eine Straftat nur möglicherweise begangen worden sein könnte oder gar nur behauptet wird. Die Belehrungspflicht des § 171 S. 2 StPO greift beispielsweise ohnehin nur, wenn ein Ermittlungsverfahren bezüglich selbständiger prozessualer Taten nicht durch Anklageerhebung abgeschlossen wird. Die Verletzeneigenschaft ist in diesem Falle mithin zu hypothesieren, d.h. im Rahmen der Anwendung des § 373b StPO die Begehung der (behaupteten) Straftat zu unterstellen.

Bei der Bestimmung der Befugnis zur Durchführung des Klageerzwingungsverfahrens muss beachtet werden, dass jemand durch eine Tat nur dann verletzt sein kann, wenn die übertretene Norm – jedenfalls auch – die Rechte dieser Person schützen will. Nur wenn also der Schutzzweck der Norm die Verhinderung der Beeinträchtigung der Rechte, Rechtsgüter oder rechtlich anerkannten Interessen (auch) des Anzeigenden als direkte Folge der (hypothetischen) Tat umfasst, muss im Rahmen der Bescheidung eine Belehrung über das Beschwerderecht des § 172 StPO erfolgen. Schützen die in Betracht kommenden Normen keine Individualrechtsgüter wie Leib, Leben, Freiheit, sexuelle Selbstbestimmung, Eigentum oder Vermögen, bietet sich jedoch eine Einzelfallbetrachtung auf Basis der hypothetischen Tat an. Beispielsweise schützen die Aussagedelikte das Rechtsgut „Rechtspflege“. Aussagedelikte können aber im Einzelfall nachteilige Auswirkungen auf Personen haben, deren Stellung im Verfahren durch die in Betracht kommende Aussage erschwert worden ist oder, sofern das Verfahren abgeschlossen ist, zu deren Nachteil sich die Aussage ausgewirkt hat. Diese Personen sind nach dem Willen des Gesetzgebers als Verletzte im Sinne des § 373b StPO zu betrachten. Ähnliches gilt für Urkundenfälschung gem. § 276 StGB, welche die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs (mit Urkunden) zu schützen bestimmt ist. Allerdings ist durch eine Tat der Urkundenfälschung regelmäßig auch derjenige in seinen (sonstigen) Rechtsgütern betroffen, dessen Beweisposition durch die Tat beeinträchtigt ist. Auch diese Person soll klageerzwingungsbefugt sein. Ob dieser gesetzgeberische, an der bisherigen Rechtsprechung orientierte Wille im Gesetzeswortlaut hinreichend zum Ausdruck kommt, darf bezweifelt werden. Insbesondere bei Delikten, bei denen die Individualrechtsbeeinträchtigung keine typische und regelmäßige Folge der Tatbestandsverwirklichung, sondern eine einzelfallabhängige Reflexwirkung ist, darf die Verletzeneigenschaft kritisch hinterfragt werden. Als Ansatzpunkt entsprechender kritischer Überlegungen kann auch das „Unmittelbarkeitskriterium“ dienen, denn häufig wirken sich Verstöße gegen Kollektivrechtsgüter schützende Normen nur durch das hinzutreten weiterer, von der Tat unabhängiger Umstände auf Individualrechtsgüter aus. Eine mittelbare Beeinträchtigung genügt den Anforderungen des § 373b StPO indes nicht.

Dem Verletzten stehen die in § 373b Abs. 2 genannten Personen gleich, wenn direkte Folge der (hypothetischen) Tat der Tod eines Menschen ist. In Betracht kommen neben vollendeten Tötungsdelikten auch durch den Tötungserfolg qualifizierte Straftaten. Gleichgültig ist, ob der Tötungserfolg vorsätzlich oder fahrlässig herbeigeführt wurde. Ein versuchtes Tötungsdelikt genügt jedoch nicht.

Das Klageerzwingungsverfahren ist unzulässig, wenn die eingestellte prozessuale Tat ausschließlich eine Straftat zum Gegenstand hat, die vom Verletzten im Wege der Privatklage verfolgt werden kann (§ 172 Abs. 2 S. 3 StPO; vgl. **Skript Teil H.II.1.b**) [S. 115]). Dem Verletzten ist dann keine Beschwerdebelehrung im Falle einer (Teil-)Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO zu erteilen.

Regelmäßig ist der Beschuldigte von einer (Teil-)Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO in Kenntnis zu setzen (§ 170 Abs. 2 S. 2 StPO (lesen!)). Das gilt jedenfalls dann, wenn er als Beschuldigter vernommen wurde, was in der Klausur regelmäßig der Fall sein dürfte. Zur Einstellungsnachricht bietet sich auch ein Blick in die Nr. 88 und 89 RiStBV an.

2. §§ 153, 153a StPO

Die Anwendung der Opportunitätsvorschriften dürfte in der Klausur durch den Bearbeitervermerk regelmäßig ausgeschlossen sein. Sind sie ausnahmsweise anwendbar, ist grundsätzlich zu

berücksichtigen, dass die Einstellungen gem. §§ 153, 153a StPO jeweils nur hinsichtlich einer prozessualen Tat als Ganzes in Betracht kommen und nur bei Vergehen möglich sind. Im Falle einer Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO ist ein Bescheid an den Anzeigeerstatter und eine Einstellungsnachricht an den Beschuldigten erforderlich.

3. § 154 StPO

Soll von der Verfolgung einer prozessualen Tat abgesehen werden, weil die insoweit zu erwartende Strafe nicht beträchtlich ins Gewicht fällt (§ 154 Abs. 1 StPO), ist der Anzeigende / Verletzte gem. § 171 StPO zu bescheiden, allerdings wegen § 172 Abs. 2 S. 3 StPO ohne Belehrung. Dem Beschuldigten ist Nachricht von der Einstellung zu geben (was die Praxis bei „Anklageerhebung im Übrigen“ in der Regel vernachlässigt). Bei der Anwendung der Vorschrift ist grundsätzlich auf Folgendes zu achten: Die Staatsanwaltschaft sieht gemäß § 154 Abs. 1 StPO von der Verfolgung einer Tat ab. Nur das Gericht stellt (auf Antrag der Staatsanwaltschaft) gem. § 154 Abs. 2 StPO vorläufig ein. Die Anwendung von § 154 Abs. 1 StPO liegt im Ermessen der Staatsanwaltschaft. Formulierungen wie „ist abzusehen“, sind daher verfehlt. Darüber hinaus wird in der Praxis in der Regel nicht nach § 154 Abs. 1 StPO hinsichtlich der Delikte verfahren, die mit Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB), Nebenstrafe (§ 44 StGB) oder Nebenfolgen (§ 45 StGB) verknüpft sind.

4. § 154a StPO

Innerhalb derselben prozessualen Tat kann – soweit es der Bearbeitervermerk nicht ausschließt – die Beschränkung der Strafverfolgung auf ein anzuklagendes Delikt erfolgen. Auf diese Formulierung ist zu achten! Niemals wird das nicht angeklagte Delikt beschränkt! In der Anklageschrift ist auf die Beschränkung hinzuweisen (Nr. 101a Abs. 3 und Nr. 110 Abs. 2 lit. e RiStBV „wird - unter Beschränkung der Strafverfolgung - angeklagt“). Ein Bescheid und eine Einstellungsnachricht sind im Falle der Beschränkung gem. § 154a StPO nicht zu erteilen.

III. Zuständiges Gericht

Aus dem Einführungslehrgang dürfte der Gerichtsaufbau in der Strafgerichtsbarkeit bekannt sein. Für die Klausur ist im Falle der Anklageerhebung zu prüfen, welches Gericht der zuständige Anklageadressat ist. Dies ergibt sich aus §§ 24ff., 74ff. GVG.

Dabei spielen in Abhängigkeit von der Deliktsart und der Straferwartung folgende Zuständigkeitsverteilung im Erwachsenenstrafverfahren in der Klausur eine Rolle:

1. typische Anklageadressaten

Amtsgericht

- Strafrichter -

(Vergehen & Privatklagedelikte (§ 374 StPO) // Straferwartung bis 2 Jahre; §§ 24, 25 GVG)

Amtsgericht

- Schöffengericht -

(Vergehen & Verbrechen // Straferwartung bis 4 Jahre; § 28 GVG)

Landgericht

- große Strafkammer -

(Vergehen & Verbrechen // Straferwartung über 4 Jahre; § 74 Abs. 1 GVG (§ 76 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GVG))

Landgericht

- Schwurgericht -

(Katalog nach § 74 Abs. 2 GVG – auf die Straferwartung kommt es **nicht** an)

Bei der Bestimmung des „richtigen“ Anklageadressaten können im Einzelfall „Zusammenhangsaspekte“ der §§ 2, 3 StPO relevant werden. Hierzu lesen Sie bitte **Skript Teil H.VIII.1** [S. 136].

2. Straferwartung

Ausgangspunkt für die Überlegungen zur Straferwartung ist der konkrete Regelstrafrahmen der angeklagten Delikte. Maßgeblich ist das Delikt mit der höchsten angedrohten Strafe, wobei bei Tatmehrheit daraus in aller Regel die höchste Einzelstrafe und damit auch die Einsatzstrafe resultiert und bei Tateinheit zusätzlich die Sperrwirkung des § 52 Abs. 2 S. 2 StGB bei unterschiedlichen Mindeststrafandrohungen berücksichtigt werden muss.

a) Strafrahmenverschiebung

In der Klausur sind darüber hinaus an dieser Stelle (so das KG-Skript 2017, S. 12 von 41) alle Strafrahmenverschiebungsaspekte zu erörtern. Die Ausführlichkeit dieser Erörterung dürfte – da es um die Frage des Anklageadressaten geht – allerdings entscheidend davon abhängen, ob durch eine Verschiebung ein Strafrahmen zur Anwendung kommen kann, der die Anklageerhebung bei einem anderen Gericht rechtfertigt. Auf die ergänzenden Ausführungen in diesem **Skript Teil G.III** [S. 108] wird hingewiesen.

Die Erörterung dürfte bei vertypten Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründen regelmäßig kurz ausfallen, da ihr Vorliegen in großen Teilen bereits im A-Gutachten im Rahmen der Deliktsprüfung Erwähnung finden dürfte (Bsp.: §§ 13 Abs. 2; 17 S. 2; (21); 23 Abs. 2; 27 Abs. 2 S. 2; 28; 30 Abs. 1 S. 2; 250 Abs. 1, 2; 244; 224 StGB; usw. [ggf. i.V.m. § 49 StGB]).

Es ist grundsätzlich nicht empfehlenswert, ohne Not auf unbenannte Strafmilderungsgründe (= minder schwere Fälle) einzugehen. Die Feststellung eines minder schweren Falls erfordert nämlich eine umfassende Gesamtwürdigung aller tat- und täterbezogenen Umstände, die der Tat innewohnen, sie begleiten, ihr vorausgehen oder ihr folgen. Gerade täterbezogene Merkmale, wozu auch ein Geständnis in der Hauptverhandlung zählen würde, dürften jedoch nur unzureichend im Aktenauszug zum Ausdruck kommen. Die sich in Hinweisen auf – aus dem Klausursachverhalt meist leicht „ablesbare“ – geringe Verletzungsfolgen oder geringe Tatbeute erschöpfende „Positiv-Prüfung“ eines minder schweren Falls, wird einer alle schuldrelevanten Umstände berücksichtigenden Würdigung in der Regel auch nicht gerecht werden können.

Bedeutung gewinnen die minder schweren Fälle allerdings dann, wenn ein vertypter Strafmilderungsgrund vorliegt, der die Anwendung von § 49 StGB durch Verweis gebietet bzw. erlaubt. Liegt nämlich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB vor, so statuiert die Vorschrift des § 50 StGB ein Verbot der Doppelverwertung von Strafzumessungstatsachen in Bezug auf die Strafrahmenwahl. Wenn ein vertypter Milderungsgrund einen milderen Strafrahmen begründet, so ist er für eine weitere Strafrahmenverschiebung im Sinne des § 50 StGB verbraucht. Sieht das Gesetz also einen minder schweren Fall vor und ist im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB gegeben, so stehen grundsätzlich zwei verschiedene Strafrahmen zur Verfügung und es ist zu entscheiden, welcher zur Anwendung gelangt:

Nach ständiger Rechtsprechung ist dabei zunächst vorrangig zu prüfen, ob ein minder schwerer Fall sich ohne vertypte Milderungsgründe begründen lässt. Wegen der bereits erwähnten, erforderlichen Gesamtabwägung wird dies in der Klausur nach der hier vertretenen Auffassung regelmäßig nicht gelingen. Begründen die nicht vertypten Milderungsgründe einen minder schweren Fall nicht, so ist weiter zu prüfen, ob ein solcher anzunehmen ist, wenn gegebene vertypte Milderungsgründe einbezogen werden. Jeder vertypte Milderungsgrund, der im Rahmen dieser Prüfung allein oder in Verbindung mit anderen Umständen einen minder schweren Fall begründet, darf dann nicht nochmals zur Strafrahmensenkung nach § 49 StGB verwendet werden (§ 50 StGB).

Allerdings wäre es überraschend – und bedarf nicht nur im Urteil besonderer Begründung – wenn der anzuwendende Strafrahmen unter Berücksichtigung der Milderung nach § 49 StGB geringer ausfallen würde, als der des minder schweren Falls (bei „Verbrauch“ des vertypten Milderungsgrundes). Im „Zweifel“ wird dann der günstigere Strafrahmen zu wählen sein („Strafrahmenkonkurrenz“).

Verweist eine Vorschrift auf die Strafmilderungsmöglichkeit des § 49 StGB und lässt diese fakultativ zu (Bsp.: §§ 13, 17, 21, 23 StGB) und ergibt eine Gesamtwürdigung eine Milderung im Einzelfall oder ist die Strafmilderung obligatorisch (Bsp.: §§ 27, 28, 30 StGB), ist – soweit kein

Verbrauch im Sinne des § 50 StGB vorliegt – der anzuwendende Strafraumen nach Maßgabe des § 49 StGB zu berechnen. An der Deliktsnatur (Verbrechen / Vergehen) ändert sich hierdurch nichts!

b) § 21 StGB

Besonderer Beachtung unter den fakultativen Milderungsgründen im Sinne des § 49 StGB bedarf die verminderte Schuldfähigkeit nach § 21 StGB. Im Vordergrund steht in der Klausur die erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit infolge Trunkenheit (und nur diese soll hier Berücksichtigung finden). Auf sie wird aber nur dann einzugehen sein, wenn eine Tatzeit-BAK von mindestens 2,0 ‰ feststeht oder sich aufgrund einer Rückrechnung ergibt (zur BAK Berechnung vgl. **Skript Teil E.III.3** [S. 74]). Zu unterscheiden ist zudem grundsätzlich zwischen Unrechtseinsichtsfähigkeit, d.h. der Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen, einerseits und Steuerungsfähigkeit, d.h. der Fähigkeit, entsprechend einer vorhandenen Unrechtseinsicht zu handeln, andererseits. Wenn in der Klausur die Anwendung des Schuld minderungsgrundes des § 21 StGB erörterungsbedürftig erscheint, ist wegen des Zusammenspiels der §§ 17, 20, 21 StGB „Vorsicht“ und Zurückhaltung geboten. Die Systematik kann wegen der ständigen Rechtsprechung und der Kritik in der Literatur daran (insbesondere zum Verhältnis zwischen § 17 und § 20 StGB) leicht verwirrend sein. Unter Berücksichtigung der Klausurrelevanz folgende Ratschläge:

Liegt keine krankhafte seelische Störung infolge einer Intoxikationspsychose durch Trunkenheit vor, fehlt es an einem Eingangsmerkmal im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Etwaige Verbotsirrtümer, die zum Ausschluss der Schuld führen (können), sind, da bei ihrem Vorliegen und Unvermeidbarkeit (§ 17 S. 1 StGB) ein hinreichender Tatverdacht nicht gegeben ist, im A-Gutachten zu erörtern. Für Intoxikationspsychosen, die einen Schuld ausschließungsgrund im Sinne des § 20 StGB begründen können, gilt dies gleichermaßen! M.a.W.: §§ 17 und 20 StGB haben im B-Gutachten grundsätzlich „nichts verloren“. Klausurtaktisch gedacht werden in der Regel §§ 17 S. 1, 20 StGB ohnehin im Ergebnis nicht „greifen“, denn dann würde das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO einzustellen sein. Die praktische Leistung „Anklage“ stellt aber den Regelfall der Prüfungsleistung dar.

Ist der Beschuldigte im Zeitpunkt der Tatbegehung erheblich alkoholisiert und der „Schwellenwert“ 2,0‰ überschritten, gelten folgende Merksätze für den § 21 StGB: Unrechtseinsicht und Steuerungsfähigkeit können niemals gleichzeitig fehlen, weil die Steuerungsfähigkeit nur in Frage stehen kann, wenn der Beschuldigte zur Einsicht in das Unrecht seiner Tat gelangt ist („...nach dieser Einsicht zu handeln...“). Eine „verminderte Unrechtseinsicht“ gibt es nicht! Nur eine „verminderte Unrechtseinsichtsfähigkeit“ kann gegeben sein! Für sich allein genommen ist diese aber irrelevant, wenn der Täter (bei nur erheblicher Verminderung der Einsichtsfähigkeit) das Unerlaubte erkennt, die Einsicht also tatsächlich hat. Meist wird sich etwa aus der Heimlichkeit der Tatbegehung, der anschließenden Flucht des Beschuldigten oder sonstigen auf Verdeckung gerichteten Verhaltens (im Zeitpunkt der Tat) auf das Vorhandensein der Einsicht schließen lassen und damit die – eher klausurrelevante – Prüfung der verminderten Steuerungsfähigkeit eröffnet. Die Klausurrelevanz ergibt sich dabei aus zwei Aspekten: 1.) Eine Tatzeit-BAK von 2,0 ‰ stellt nur einen „groben Richtwert“ für eine verminderte Steuerungsfähigkeit dar. Liegen daneben aussagekräftige **psychodiagnostische Leitungsmerkmale** während oder unmittelbar vor oder nach der Tat vor, die Rückschlüsse auf die Leistungsfähigkeit und damit die Steuerungsfähigkeit des Täters zulassen, können diese trotz hoher Alkoholisierung der Annahme erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit entgegenstehen. Erörterungsbedürftig können insoweit sein: genaue Tatvorbereitung und planmäßige Ausführung der Tat; schnelle Situationserkennung und angepasste Reaktionen auf neue Situationen oder umsichtiges Nachtatverhalten; logische und schlüssige Handlungskonsequenzen mit (fein-)motorischen Kombinationsleistungen; das Fehlen von „Ausfallerscheinungen“; 2.) Dem großen Senat für Strafsachen lag die Rechtsfrage zur Entscheidung vor, ob der Tatrichter im Rahmen der nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gebotenen Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände die Ermessensentscheidung, von einer Strafraumenverschiebung abzusehen, rechtsfehlerfrei allein darauf stützen kann, dass die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Angeklagten auf von diesem verschuldeter Trunkenheit beruht, auch wenn eine durch die Trunkenheit bedingte, vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten auf Grund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls nicht festgestellt ist. Hierzu lesen Sie bitte Beukelmann, „Keine Strafraumenverschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit?“, NJW-Spezial 2017, 184ff.; Die

Entscheidung des Großen Senats finden Sie hier: BGH Beschl. v. 24.07.2017 – GSSt 3 / 17, NJW 2018, 1180ff.; ggf. greifen Sie bitte auf den Inhalt des Verfügungsbeispiels hier **Skript S. 143** zurück.

3. örtliche Zuständigkeit

Hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit bestehen in der Klausur regelmäßig keine Probleme. Soweit sich das zuständige Gericht nicht ohnehin aus dem Bearbeitervermerk ergibt, werden kurze Ausführungen allenfalls zu den Gerichtsständen der §§ 7 bis 9 StPO (Tatort, Wohn- oder Aufenthaltsort, Ergreifungsort) erforderlich sein. Nach § 141 GVG befindet sich der Sitz der Staatsanwaltschaft (aus deren Sicht die Klausurbearbeitung erfolgt) übrigens dort, wo das Landgericht seinen Sitz hat.

IV. Haft

In geeigneten Fällen können Ausführungen zur Untersuchungshaft in der Klausur geboten sein. Unabhängig davon, ob der (Klausur-)Beschuldigte sich auf freiem Fuß befindet oder nicht, ist der Bearbeiter gehalten, die Notwendigkeit einer Änderung des jeweiligen „Zustandes“ im B-Gutachten zu prüfen. Auf die ergänzenden Ausführungen im **Skript Teil E.VIII [S. 97]** wird hingewiesen.

Ist der Beschuldigte nicht in Haft, liegen aber Gründe vor, die dies erforderlich machen könnten, sind die Voraussetzungen des § 112 Abs. 2 StPO bzw. § 112a StPO im B-Gutachten zu erörtern und ggf. die Stellung eines Antrags auf Erlass eines Haftbefehls „veranlasst“. (Da in diesem Fall meist auch gleichzeitig Anklage erhoben wird, ist der „Anklageadressat“ das für diesen Antrag sachlich zuständige Gericht - vgl. § 125 Abs. 2 StPO).

Ist der Beschuldigte vorläufig festgenommen (§ 127 Abs. 2 StPO), sind ebenfalls die Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft zu prüfen. Liegen sie vor, ist ein Haftbefehlsantrag zu stellen, worauf im B-Gutachten hinzuweisen ist. Liegen sie nicht vor, ist die sofortige Freilassung (gegenüber der Polizei) „anzuordnen“.

Wurde der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls in der „vorliegenden“ Sache verhaftet und dauert der Vollzug der U-Haft an, liegen die Voraussetzungen aber nicht vor, ist die sofortige Freilassung (gegenüber der JVA „anzuordnen“ § 120 Abs. 3 S. 2 StPO – aus „kann“ wird „muss“) und die Aufhebung des Haftbefehls zu beantragen.

Liegen die Voraussetzungen (weiterhin) vor, ist die Fortdauer der Untersuchungshaft zu beantragen (Nr. 110 Abs. 4 S. 2 RiStBV) („...Haftfortdauer [nach Maßgabe der Anklageschrift] zu beschließen...“). Sind die Haftgründe eines Haftbefehls aus dem Aktenauszug bekannt, weichen die vom Bearbeiter gefundenen Gründe davon aber ab, wäre dies im Antrag gegenüber dem Gericht zum Ausdruck zu bringen (vgl. auch Nr. 46 RiStBV).

Ungeachtet etwaiger widersprüchlicher Angaben in der Ausbildungsliteratur lässt sich die Frage, welche Angaben die Anklageschrift zur Haftsituation enthalten soll, deutlich aus Nr. 110 Abs. 4 RiStBV („Form und Inhalt der Anklageschrift“) ablesen. Wurde im Ermittlungsverfahren oder wird noch Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten vollzogen, sind Ort und Dauer der Haft zu nennen. („vorläufig festgenommen am und seit dem ... in dieser Sache in Untersuchungshaft in der JVA ... aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts ... vom ... (Az.: .. Gs .. / ..)“ im Falle der vorläufigen Festnahme **oder** „aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts ... vom (Az.: .. Gs / ..), am ... verhaftet und seitdem in Untersuchungshaft in der JVA ...“ im Falle der Verhaftung). Der Antrag zur Frage der Haftfortdauer ist, wie sich aus der systematischen Stellung von Nr. 110 Abs. 4 S. 2 RiStBV ergibt, ebenfalls in der Anklageschrift zu stellen. Darüber hinaus wird in der Anklageschrift deutlich auf eine vollzogene Haft hingewiesen („Haft!“ = Haftvermerk) und der Zeitpunkt des Fristablaufs nach § 121 Abs. 2 StPO ausgewiesen. Die nach dieser Vorschrift zu berücksichtigende 6 Monatsfrist beginnt mit dem Vollzug eines Haftbefehls und berechnet sich nach § 43 StPO. Freiheitsentziehungen, die nicht auf einem Haftbefehl beruhen, wie die Zeit der vorläufigen Festnahme, bleiben für die Berechnung außer Betracht.

Ist der Beschuldigte nicht in Haft, gehören Anträge auf Erlass eines Haftbefehls demgegenüber nicht in die Anklageschrift: Zum einen handelt es sich nicht um Anträge zur Haftfortdauer im Sinne des Nr. 110 Abs. 4 RiStBV; zum anderen besteht die Gefahr, dass mit Eingang der

Anklageschrift bei dem zuständigen Gericht zeitnah eine Übermittlung der Anklageschrift gem. § 201 StPO an den Angeschuldigten erfolgt, ohne dass der beantragte Haftbefehl bereits erlassen bzw. vollzogen worden ist. Die Erfolgsaussichten der durch den Haftbefehlsantrag bezweckten Maßnahme sind in einem solchen Falle naturgemäß äußerst gering.

Die in der Klausur zu prüfenden Voraussetzungen für den Erlass bzw. die Aufrechterhaltung (bzw. die Aufhebung) eines Haftbefehls ergeben sich aus § 112 Abs. 1 StPO. Die Untersuchungshaft darf danach angeordnet werden, wenn der Beschuldigte der Tat dringend verdächtig ist, ein Haftgrund besteht und die Anordnung nicht unverhältnismäßig ist.

1. dringender Tatverdacht

Dringender Tatverdacht ist die hohe Wahrscheinlichkeit, dass eine Person Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist (vgl. **Skript Teil B.III** [S. 30]). Argumentativ kann allerdings die Beweiswürdigung aus dem materiellen Gutachten aufgegriffen werden. Es dürfte kaum Fälle geben, in denen nach der gutachterlichen Feststellung des hinreichenden Tatverdachts im A-Gutachten der dringende Tatverdacht im B-Gutachten nicht impliziert ist. Zu erwähnen ist der Verdachtsgrad als Eingriffsvoraussetzung aber in jedem Fall. Liegt demgegenüber kein hinreichender Tatverdacht vor, kann auch kein dringender Tatverdacht in der Klausursituation bestehen, denn der Ermittlungsstand ändert sich in der Klausur nicht mehr, d.h. für eine „vorläufige“ Bewertung ist kein Raum und die Sache insgesamt „entscheidungsreif“.

2. Haftgründe

Eine Hauptverhandlungshaft (§ 127b Abs. 1 Nr. 2 StPO) wird in der Klausur nicht in Betracht kommen, weil das beschleunigte Verfahren durch den Bearbeitervermerk ausgeschlossen sein dürfte. Der Haftgrund der Wiederholungsfahr (§ 112a Abs. 1 StPO) dürfte regelmäßig wegen § 112a Abs. 2 StPO subsidiär sein.

Die klausurrelevanten Haftgründe sind damit:

a) Flucht § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO

Dass der Haftgrund der Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO) vorliegt, ist in der Klausursituation nicht wahrscheinlich. Gegen einen Flüchtigen kann grundsätzlich nämlich nicht verhandelt werden (§ 230 Abs. 1 StPO). Das Ermittlungsverfahren wäre daher gem. § 154f StPO einzustellen.

Es ist aber denkbar, dass der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren flüchtig war und aufgrund eines auf diesen Haftgrund gestützten Haftbefehls verhaftet wurde. Er ist dann aber im Zeitpunkt der in der Klausur zu treffenden Entscheidung nicht mehr flüchtig. Allerdings indiziert die Flucht im Ermittlungsverfahren in aller Regel die Fluchtgefahr im Sinne des § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO. Liegen die weiteren Voraussetzungen vor, wäre die Änderung des Haftbefehls hinsichtlich des Haftgrundes zu beantragen („... Haftfortdauer ... mit der Maßgabe ...“).

b) Fluchtgefahr § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO

Fluchtgefahr besteht, wenn bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Beschuldigte dem Strafverfahren entzieht, höher ist, als dass er sich ihm zur Verfügung stellen wird. Ergeben sich aus dem Aktenauszug Anhaltspunkte für fehlende familiäre, soziale oder berufliche Bindungen, Wohnungslosigkeit, Flucht in früheren Verfahren(-sabschnitten), Beziehungen zum Ausland (bspw.: Vermögen / soziales Umfeld) und entsprechende Sprachkenntnisse sind dies Indizien für eine Fluchtgefahr, mit denen sich argumentativ auseinandergesetzt werden sollte. Kommt zu solchen Umständen ein erheblicher Fluchtanreiz durch die Höhe der zu erwartenden Strafe hinzu, sinken die Anforderungen an die übrige Tatsachengrundlage. Die Straferwartung allein kann die Fluchtgefahr indes nicht begründen. Bei besonders hohen Straferwartungen braucht aber nur geprüft zu werden, ob Umstände vorhanden sind, die die hieraus herzuleitende Fluchtgefahr ausräumen können.

c) Verdunkelungsgefahr § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO

Lässt das Verhalten des Beschuldigten mit großer Wahrscheinlichkeit erwarten, dass er durch

bestimmte, in § 112 Abs. 2 Nr. 3 lit. a bis c StPO näher konkretisierte, Handlungen auf sachliche oder persönliche Beweismittel einwirken und dadurch die Wahrheitsermittlung erschweren wird, wenn er nicht in Haft genommen wird, besteht Verdunkelungsgefahr.

d) Schwerkriminalität § 112 Abs. 3 StPO

Die Vorschrift enthält einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der es verbietet, gegen einen Tatverdächtigen, bei dem weder Flucht- noch Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr vorliegt, nur wegen der Schwere der Straftat einen Haftbefehl zu erlassen. Die Vorschrift enthält weder eine Vermutungsregelung noch eine „Beweislastumkehr“. Allerdings darf bei verfassungskonformer Auslegung des § 112 Abs. 3 StPO ein Haftbefehl erlassen werden, wenn Umstände vorliegen, die die Gefahr begründen, dass ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein würde. Ausreichend aber auch erforderlich ist die Feststellung, dass eine verhältnismäßig geringe Gefahr dieser Art besteht. Insoweit ist lediglich der Prüfungsmaßstab für die übrigen Haftgründe erleichtert.

3. keine Unverhältnismäßigkeit

Die Verhältnismäßigkeit der Anordnung der Untersuchungshaft ist stets zwingend zu prüfen. Abzuwägen sind dabei die Schwere des Eingriffs in die Lebenssphäre des Beschuldigten gegen die Bedeutung der Strafsache und die Rechtsfolgenerwartung. Eine besondere Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips enthält § 116 StPO, der aber wenig Klausurrelevanz besitzt.

V. notwendige Verteidigung

Da im B-Gutachten auch derjenigen praktischen Tätigkeiten erläutert werden sollen, die der Staatsanwalt mit Verfahrensabschluss entfalten muss, ist in jeder (vgl. OLG-Skript S. 80) Klausur auf die Frage der notwendigen Verteidigung gem. § 140 StPO einzugehen, auch wenn der Beschuldigte einen (Wahl-)Verteidiger hat (bzw. dieser nach dem Aktenauszug das Wahlmandat niedergelegt hat). Liegen die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht vor (etwa bei Bagatelldelinquenz) ist auf die fehlende Notwendigkeit der Bestellung eines Pflichtverteidigers hinzuweisen.

Sie haben daher im B-Gutachten zur notwendigen Verteidigung grundsätzlich zwei Fragen zu beantworten:

- 1.) Liegen die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung vor?
- 2.) Ist hinsichtlich der notwendigen Verteidigung etwas zu veranlassen (Anträge an das Gericht)?

Mit Wirkung vom 13.12.2019 hat der Gesetzgeber in Umsetzung mehrerer EU-Richtlinien den bisher nur punktuell geregelten und in erheblichen Teilen von Richterrecht geprägten Bereich der notwendigen Verteidigung umfassend normiert und dabei systematisch klarer strukturiert. Insbesondere besteht ein Fall der notwendigen Verteidigung nicht mehr erst mit der Vollstreckung von Untersuchungshaft, sondern bereits mit der Vorführung vor einen Richter. Darüber hinaus wurde in den Wortlaut des Auffangtatbestands des § 140 Abs. 2 StPO nun auch die – bisher unter den Begriff der Schwere der Tat subsumierte – Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge ausdrücklich aufgenommen. Damit geht einher, dass auch Fälle, in denen eine Hauptverhandlung (wegen der Straferwartung) vor dem Schöffengericht zu erwarten ist, in den Katalog der notwendigen Verteidigung aufgenommen wurde (§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO).

Liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, soll die Beiordnung eines Pflichtverteidigers in zeitlicher Hinsicht maßgeblich durch die Antragstellung des Beschuldigten bestimmt werden. Dabei stellt § 141 Abs. 1 S. 1 StPO klar, dass das Antragsrecht erst ab dem Zeitpunkt besteht, in dem der Beschuldigte über den Tatvorwurf unterrichtet wird. Anträge des Beschuldigten, die bereits vor der amtlichen Eröffnung des Tatvorwurfs, etwa aufgrund von Vermutungen über die Einleitung eines Verfahrens, gestellt werden, sind damit unzulässig (BR-Drs. 364/19, S. 34). Allerdings kann auch bereits im Vorverfahren die Beiordnung unabhängig vom Willen des Beschuldigten im Rechtspflegeinteresse geboten sein. Spätestens mit der Anklageerhebung ist dem Angeschuldigten in den Fällen der notwendigen Verteidigung ein Pflichtverteidiger zu bestellen, soweit dieser nicht Wahlverteidigt ist.

1. § 140 Abs. 1 StPO (Katalog)

Maßgeblich für die Beantwortung der Frage, ob mit Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft bei dem zuständigen Gericht ein Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers gestellt werden muss bzw. wie sich die Staatsanwaltschaft zu einem durch den Beschuldigten oder dessen Wahlverteidiger gestellten Antrag verhalten soll, ist zunächst, ob ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt. Die Vorschrift des § 140 Abs. 1 StPO regelt die wichtigsten Fälle, in denen die Bestellung eines Pflichtverteidigers erforderlich ist in Form eines Kataloges. Die dortigen Voraussetzungen sind vorrangig vor denen des § 140 Abs. 2 StPO zu prüfen. Klausurrelevant sind die Varianten:

- § 140 Abs. 1 **Nr. 1** StPO
(Anklage vor dem **Landgericht oder Schöffengericht**)
- § 140 Abs. 1 **Nr. 2** StPO
(Anklage wegen eines **Verbrechens**)
- § 140 Abs. 1 **Nr. 4** StPO
(**Vorführung** (bei Ergreifung aufgrund Haftbefehls od. vorläufiger Festnahme))
- § 140 Abs. 1 **Nr. 5** StPO
(**Haft** (in anderer Sache))

a) Land- oder Schöffengericht

Hinsichtlich § 140 Abs. 1 **Nr. 1** StPO ist zu berücksichtigen, dass immer dann, wenn Anklage zu einem der genannten Gerichte erhoben worden ist, im Zwischenverfahren die Erwartung, dass die Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem genannten Gericht stattfindet, grundsätzlich gegeben ist. Erheben Sie also in der Klausur Anklage bei einem dieser Gerichte, liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor.

b) Verbrechen

Die Einordnung eines Tatvorwurfs als Verbrechen i.S.d. § 140 Abs. 1 **Nr. 2** StPO richtet sich nach § 12 StGB. Strafrahmenverschiebungen bleiben dabei außer Betracht (§ 12 Abs. 3 StGB), somit auch Beteiligungs- und Begehungsformen oder andere Milderungsgründe. Dem Beschuldigten wird nach überwiegender Meinung ein Verbrechen im Sinne der Vorschrift „zur Last gelegt“, wenn wegen eines solchen Deliktes (lediglich) ermittelt wird. Jedenfalls dann, wenn Sie Anklage wegen mindestens eines Verbrechens erheben, liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung vor.

c) Vorführung

Mittels der Inbezugnahme der §§ 115, 115a StPO in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO werden sämtliche Fälle erfasst, in denen der Beschuldigte auf Grund eines bereits ergangenen Haftbefehls ergriffen wird. Dabei kann es sich um jegliche Art von Haftbefehl handeln, d.h. insbesondere den Untersuchungshaftbefehl gem. §§ 112, 114 StPO. In der Anklageklausur (aus staatlicher Sicht), bei denen sich der Angeschuldigte **bereits in U-Haft** befindet, dürfte er also als Beschuldigter bereits einem Gericht zur Entscheidung über die Haft vorgeführt worden und ihm mithin bereits gem. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 StPO ein Pflichtverteidiger bestellt worden sein. Ist dem so, liegt kein Fall nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO (mehr) vor, der zu einer Antragstellung Anlass geben würde.

Die Vorschrift des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO gilt auch für den das beschleunigte Verfahren sichernden Haftbefehl gem. § 127b StPO und die Anordnung von Hauptverhandlungshaft gem. § 230 Abs. 2 StPO (vgl. **Skript Teil L.II.2.c**) [S. 222]). Auch wenn es unwahrscheinlich ist, dass Sie auf die beiden letztgenannten Konstellationen im Rahmen der staatlichen Pflichtfachklausur treffen, sollten Sie im Blick behalten, dass eine Bestellung trotz Vorführung in diesen Fällen nur erfolgt sein dürfte, wenn der Beschuldigte dies nach Belehrung ausdrücklich beantragt hatte (§ 141 Abs. 2 S. 2 StPO).

Durch die Inbezugnahme der §§ 128, 129 StPO in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO werden die Fälle der vorläufigen Festnahme erfasst, und zwar sowohl jene nach § 127 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO oder

aber nach § 127b Abs. 1 StPO. In diesen Fällen ist noch kein Haftbefehl ergangen. Die Vorführung hat nur zu erfolgen, wenn die festgenommene Person nicht wieder in Freiheit gesetzt wird. Daher liegt insoweit erst dann ein Fall notwendiger Verteidigung vor, wenn die Notwendigkeit der Vorführung feststeht (BR-Drs. 364/19, S. 30). Es kann also in Fällen der **vorläufigen Festnahme** so lange mit der Bestellung zugewartet werden, bis die Entscheidung darüber gefallen ist, ob vorgeführt und Haftbefehl beantragen werden soll oder hiervon abgesehen wird, denn nur bei Entschließung zur Vorführung besteht die notwendige Verteidigung (BR-Drs. 364/19, S. 35). Ist der Beschuldigte in der Klausursituation vorläufig festgenommen (also noch kein Haftbefehl gegen ihn ergangen) und liegen die Haftvoraussetzungen vor (vgl. **Skript Teil H.IV** [S. 121]), werden Sie in der Regel einen Haftbefehl mit Anklageerhebung beantragen, weshalb der vorläufig Festgenommene dem Gericht vorzuführen ist, bei dem Sie Anklage erhoben haben (§§ 129, 125 Abs. 2 StPO). Durch Ihre Entscheidung, einen Haftbefehl mit Anklageerhebung gegen den vorläufig Festgenommenen zu beantragen, haben Sie die Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO i.V.m. §§ 128, 129 StPO „geschaffen“. Um dies im B-Gutachten darstellen zu können, ohne „nach unten“ zu verweisen, müssten Sie zunächst die Haftvoraussetzungen prüfen und dann die notwendige Verteidigung.

d) Haft (in anderer Sache)

Das bis zur oben genannten Neufassung geltende Recht differenzierte zwischen Untersuchungshaft (bzw. vorläufiger Unterbringung) einerseits und sonstiger Freiheitsentziehung andererseits und machte die Notwendigkeit einer Verteidigerbestellung in letzterem Fall von der vorangegangenen Dauer des sonstigen Freiheitsentzugs abhängig. Diese Regelung war mit den Vorgaben der EU-Richtlinien nicht mehr vereinbar, da diese die Gewährleistung der Unterstützung durch einen Rechtsbeistand verlangen, wenn der Beschuldigte sich in Haft befindet. Die zeitlichen Begrenzungen wurden daher in § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO gestrichen.

Ein Fall der notwendigen Verteidigung liegt nach der Neufassung vor, sobald sich der Beschuldigte in einem anderen Verfahren in Haft befindet (**Haft in anderer Sache**). Gleichwohl ist die Bestellung eines Verteidigers in diesen Fällen nur vorgesehen, wenn das (eigene) Verfahren gegen den Beschuldigten bereits „offen“ geführt wird (vgl. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 StPO) und nicht beabsichtigt ist, das Verfahren alsbald einzustellen und andere Untersuchungshandlungen als die Einholung von Registereinsichtungen oder die Beiziehung von Urteilen oder Akten nicht vorgenommen werden sollen (§ 141 Abs. 2 S. 3 StPO). Im Falle der Anklageklausur dürften diese Ausnahmen allerdings nicht vorliegen, denn dem Beschuldigten wird nach Aktenlage regelmäßig bereits rechtliches Gehör gewährt worden sein und eine Verfahrenseinstellung nicht der vom Prüfungsamt angedachten Lösung entsprechen. Die Haft in anderer Sache ist daher regelmäßig im B-Gutachten als Fall der notwendigen Verteidigung zu berücksichtigen.

Unter den Begriff der Anstaltsunterbringung in § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO fällt grundsätzlich jede Straf- und Untersuchungshaft. Der Anwendungsbereich ist dabei nicht auf andere Verfahren beschränkt. Aus diesem Grund liegt ein Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO auch dann vor, wenn sich der Beschuldigte in dem Verfahren, welches Sie in der Klausur zu bearbeiten haben, aufgrund eines bestehenden Untersuchungshaftbefehls in Untersuchungshaft befindet (**Haft in eigener Sache**; häufiger Klausurfall).

2. § 140 Abs. 2 StPO (Auffangtatbestand)

- § 140 Abs. 2 StPO (Schwere der Tat oder der zu erwartenden Rechtsfolge oder Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage / Unfähigkeit zur Selbstverteidigung)

Während das Erkennen der Voraussetzungen des Absatzes 1 des § 140 StPO durch die Benennung aller (!) einschlägigen Varianten im B-Gutachten hinreichend dokumentiert werden kann, ist hinsichtlich § 140 Abs. 2 StPO zur Schwere der Tat oder Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage etwas mehr Begründung erforderlich. Die bisherige Kasuistik zur Schwere der Tat ging davon aus, dass jene sich maßgeblich nach den zu erwartenden Rechtsfolgen richten sollte. Das Merkmal ist nunmehr jedoch durch den Gesetzgeber gesondert in § 140 Abs. 2 StPO aufgeführt und die von der bisherigen Rechtsprechung in den Raum gestellten Erwägungen unter diesem Tatbestandsmerkmal zu erörtern. Unabhängig davon kann die Art des Vorwurfs

eine Schwere der Tat begründen, wenn die Feststellung einer entsprechenden Schuld unabhängig von den rechtlichen Folgen für den Beschuldigten besonders relevant ist, etwa bei § 222 StGB und anderen vergleichbar gewichtigen Rechtsgutsverletzungen.

Häufig ergibt sich die Notwendigkeit einer Verteidigung aus einem Zusammenspiel von Sach- und Rechtslage. Ausreichend kann aber auch das Erfülltsein einer der beiden Varianten sein. Beispielsweise liegt bei einer Anklage im Wege der Wahlfeststellung besondere Schwierigkeit nahe, da die Sach- und Rechtslage in zwei Varianten gleichzeitig zu verhandeln und zu beurteilen ist. Bedarf das Gericht sachkundiger Hilfe (Sachverständiger), ist die Sachlage in der Regel schwierig. Die Sachlage kann aber auch aufgrund des Umfangs schwierig sein, etwa wenn gegen mehr als ca. zehn Angeklagte gleichzeitig verhandelt werden soll oder der Aktenumfang erheblich ist. Der weitere Begriff der schwierigen Rechtslage ist weit auszulegen. Sie ist mindestens schwierig, wenn eine Rechtsfrage in Rspr. und Literatur strittig ist, etwa bei ungeklärten Fragen des materiellen oder formellen Rechts.

Ein Fall notwendiger Verteidigung hat die Praxis bereits vor der Aufnahme des Merkmals der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge in § 140 Abs. 2 StPO in der Regel angenommen, wenn eine Straferwartung von einem Jahr auch unter Berücksichtigung etwaiger nachträglicher Gesamtstrafenbildung oder zu erwartender Bewährungswiderrufe (in anderen Sachen) besteht. Der Begriff der Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge beinhaltet darüber hinaus aber sämtliche Rechtsfolgen, die im Strafverfahren angeordnet werden können, also Strafen und Nebenstrafen, Nebenfolgen, Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie die Einziehung. Insoweit wird im Einzelfall zu prüfen sein, ob die Verfahrensfairness aufgrund der zu erwartenden Rechtsfolge bei einer Gesamtbetrachtung die Beiordnung eines Pflichtverteidigers erfordert. Hierbei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen, weshalb die Beiordnung nicht pauschal erst ab einer bestimmten Höhe der Freiheitsstrafe, sondern auch dann geboten sein kann, wenn eine Maßregel wie der Fahrerlaubnisentzug schwerwiegende Nachteile für den Beschuldigten entfaltet (BR-Drs. 364/19, S. 32f.)]

Hat einer von mehreren Beschuldigten einen Verteidiger, befindet sich der unverteidigte Beschuldigte angesichts der strukturellen Unterlegenheit nicht selten in einer Lage, in der zu bezweifeln ist, ob er seine Interessen selbst wahren und inner- und außerhalb der Hauptverhandlung alle zur Verteidigung erforderlichen Handlungen selbst vornehmen kann (Unfähigkeit zur Selbstverteidigung). Jedenfalls dann, wenn einem von mehreren Mitangeklagten ein notwendiger Verteidiger bestellt wurde, dürfte ein Fall der notwendigen Verteidigung für die übrigen Angeklagten vorliegen.

3. „Anträge“ der Staatsanwaltschaft

a) Vorrang der Wahlverteidigung

Hat der Beschuldigte bereits einen (Wahl-)Verteidiger und liegt nach der Prüfung aller in der Klausursituation einschlägigen Varianten des § 140 Abs. 1 StPO – und falls diese nicht vorliegen, aller einschlägigen Varianten des Auffangtatbestandes des § 140 Abs. 2 StPO – ein Fall der notwendigen Verteidigung vor, reicht es im B-Gutachten aus, darauf hinzuweisen, dass ein (eigener) Antrag der Staatsanwaltschaft gem. §§ 141, 142 StPO an das Gericht nicht erforderlich ist (**Vorrang der Wahlverteidigung**).

b) „Schon-Pflichtverteidiger“

Wurde dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren bereits ein **Pflichtverteidiger durch gerichtliche Entscheidung** bestellt und liegen die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung im Zeitpunkt der in der Klausur zu treffenden Entscheidung weiterhin vor, ist nichts zu veranlassen. In diesem Fall kann sich – neben der Darstellung der Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung – die Ausführung im B-Gutachten zur weiteren Frage der Antragstellung auf die Feststellung beschränken, dass dem Beschuldigten bereits der notwendige Verteidiger beigeordnet wurde.

c) „offener“ Antrag

Hat der **Beschuldigte** im Ermittlungsverfahren bei den Behörden und Beamten des Polizeidienstes oder bei der Staatsanwaltschaft einen **Antrag auf Beiordnung** eines Pflichtverteidigers gestellt (§§ 141 Abs. 1 S. 1, 142 Abs. 1 StPO) und wurde über diesen im Zeitpunkt der Entscheidung in der Klausur noch nicht entschieden, dürften die Voraussetzungen des § 142 Abs. 1 S. 2 StPO vorliegen. Danach hat die Staatsanwaltschaft den Antrag mit einer Stellungnahme unverzüglich dem Gericht zur Entscheidung vorzulegen. Da Sie in der Regel Anklage erheben werden, entscheidet über den Antrag gem. § 142 Abs. 3 Nr. 3 StPO der Vorsitzende des Gerichts, bei dem das Verfahren durch Ihre Anklageerhebung anhängig wird. Die bei der Vorlage des Antrages abzugebende Stellungnahme soll sich dazu verhalten, ob aus Sicht der Staatsanwaltschaft die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung gegeben sind, gegebenenfalls auch dazu, ob der Beschuldigte bereits einen Verteidiger hat (BR-Drs. 364/19, S. 39). Eine solche Stellungnahme, die in der Praxis im Rahmen der Anklagebegleitverfügung abgegeben wird, müssen Sie selbstverständlich im B-Gutachten nicht ausformulieren. Es genügt, wenn Sie (wie immer in einem ersten Schritt) die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung geprüft haben. Allerdings schlage ich vor, dass Sie auf der Basis des Ergebnisses Ihrer Prüfung klarstellen, welche gerichtliche Entscheidung Sie über den gestellten Antrag des Beschuldigten erwarten. Da es der Staatsanwaltschaft unbenommen ist, erwartete gerichtliche Entscheidung zu beantragen, sollten Sie im B-Gutachten darauf hinweisen, dass ein Ihrer Erwartung entsprechender Antrag zu stellen wäre. Sind Sie beispielsweise der Auffassung, dass die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht vorliegen, wird zu beantragen sein, dass das Gericht den Antrag des Beschuldigten auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers (als unbegründet) ablehnt. Sind Sie demgegenüber zu der Erkenntnis gelangt, dass die Beiordnung eines Verteidigers notwendig ist, wird zu beantragen sein, dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger beizuordnen.

Zu beachten ist m.E. auch hier der Vorrang der Wahlverteidigung. Hat der antragstellende Beschuldigte also einen Wahlverteidiger, wird sein Antrag durch das Gericht (als unbegründet) auch dann abzulehnen sein, wenn die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vorliegen. (Eine Ausnahme nach § 144 Abs. 1 StPO (zusätzlicher Pflichtverteidiger) dürfte in den Klausursituationen nicht vorliegen.) Anders dürfte nur zu verfahren sein, wenn der gewählte **Verteidiger** einen **Antrag auf Beiordnung** als Pflichtverteidiger im Ermittlungsverfahren gestellt hat und bereits mit dem Antrag angekündigt hat, das Wahlmandat mit der Bestellung niederzulegen. Zwar besteht dann ein Wahlverteidigungsverhältnis; die an eine prozessuale Bedingung geknüpfte und damit zulässige, aufschiebend bedingte Niederlegung des Mandates muss aber Berücksichtigung finden, wenn die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung vorliegen und dem (unverteidigten) Beschuldigten von Amts wegen ein Verteidiger beizuordnen wäre. Dann wird dem Antrag auf Beiordnung zu entsprechen sein, was gegenüber dem Gericht zu beantragen ist.

d) Unverteidigte Beschuldigte

Sollte der Beschuldigte **keinen Verteidiger** haben oder ein gewählter Verteidiger sein Mandat bereits niedergelegt haben und liegen die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vor, ist mit der Anklageerhebung ein Antrag auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers bei dem Gericht zu stellen, bei dem das Verfahren anhängig gemacht wird und zwar auch dann, wenn der Beschuldigte einen Beiordnungsantrag nicht gestellt hat (§§ 141 Abs. 2 Nr. 4, 142 Abs. 3 Nr. 3 StPO). Im B-Gutachten ist mithin darauf hinzuweisen, dass ein Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen ist.

e) Eilentscheidungen der StA

Durch die Neufassung des Gesetzes wurde eine **Eilzuständigkeit der Staatsanwaltschaft** für die Bestellung eines Pflichtverteidigers normiert (§ 142 Abs. 4 StPO). Danach kann die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren bei besonderer Eilbedürftigkeit einerseits von Amts wegen als auch auf Antrag des Beschuldigten (vorläufig) einen Verteidiger bestellen oder andererseits auch einen Antrag des Beschuldigten ablehnen. Wurde dem Beschuldigten im Ermittlungsverfahren ein **Pflichtverteidiger durch die Staatsanwaltschaft** bestellt (§ 142 Abs. 4 S. 1 StPO), besteht gem. § 142 Abs. 4 S. 2 StPO für die Staatsanwaltschaft die Pflicht, unverzüglich, spätestens innerhalb einer Woche, eine gerichtliche Bestätigung ihrer Entscheidung einzuholen (sog. Bestätigungsverfahren). Die Pflicht zur Einholung der gerichtlichen Bestätigung besteht auch, wenn die **Staatsanwaltschaft einen Beiordnungsantrag** des Beschuldigten im Ermittlungsverfahren **ablehnt**. Ist in der

Klausursituation das gerichtliche Bestätigungsverfahren bereits durchgeführt worden und wurde dabei die staatsanwaltschaftliche Beordnung bestätigt, dann deckt sich die Situation mit der Bestellung eines Pflichtverteidigers durch gerichtliche Entscheidung (vgl. **Skript Teil H.V.3.b**) [S. 126]). Wurde die Ablehnung eines Antrags seitens der Staatsanwaltschaft richterlich bestätigt, ist dem Beschuldigten also (noch) kein Pflichtverteidiger beigeordnet, bestehen ebenfalls keine Besonderheiten. Sie prüfen in diesem Fall lediglich, ob nunmehr eine Beordnung notwendig ist und stellen ggf. klar, dass diese zu beantragen ist.

„Handlungsbedarf“ besteht „im B-Gutachten“ allerdings dann, wenn das **Bestätigungsverfahren** hinsichtlich der Eilentscheidung der Staatsanwaltschaft **noch nicht durchgeführt** wurde, denn über die Bestellung entscheidet grundsätzlich das Gericht (§ 142 Abs. 3 StPO), im Falle der Anklageerhebung das Gericht, bei dem das Verfahren anhängig ist (§ 142 Abs. 3 Nr. 3 StPO).

Wurde dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger durch die Staatsanwaltschaft bestellt und liegen die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vor, wird gegenüber dem Gericht zu beantragen sein, die Bestellung richterlich zu bestätigen.

Wurde ein Antrag des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft abgelehnt und liegen die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung nicht vor, wird zu beantragen sein, die Ablehnung des Antrags des Beschuldigten richterlich zu bestätigen. Eine ablehnende Entscheidung der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren muss schriftlich ergehen und ist zu begründen (BR-Drs. 364/19, S. 41; § 34 StPO). Ist dies im Aktenauszug noch nicht erfolgt, ist dies unschädlich, denn es genügt, dass dies nachträglich im Rahmen des Bestätigungsverfahrens geschieht (BR-Drs. 364/19, S. 41). In der Klausursituation müssen Sie die ggf. nachzuziehende Begründung natürlich nicht ausformulieren. Es genügt, wenn Sie das Nichtvorliegen der Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung geprüft haben.

Wurde demgegenüber dem Beschuldigten ein Pflichtverteidiger durch die Staatsanwaltschaft bestellt, obschon die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung (nicht) mehr vorliegen, dürfte eine Aufhebung der Bestellung gem. § 143 Abs. 2 S. 1 StPO zu beantragen sein (vgl. **Skript Teil H.V.3.f**) [S. 129]).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Gesetzesbegründung, wonach eine durch die Staatsanwaltschaft erfolgte Bestellung eines Pflichtverteidigers „aus Gründen des Schutzes des Beschuldigten“ auch dann bestehen bleibt, wenn die Staatsanwaltschaft die Einholung einer gerichtlichen Bestätigung versäumt (BR-Drs. 364/19, S. 41; BT-Drs. 19/13829, S. 42). Hinsichtlich der Säumnis dürfte die in § 142 Abs. 4 S. 2 StPO normierte Unverzüglichkeit bzw. Höchstfrist von einer Woche zur Einholung einer gerichtlichen Entscheidung in Bezug genommen sein. Da gerichtliche Entscheidungen aber nicht erzwingbar sind, kann ein Versäumen der Staatsanwaltschaft im Sinne der Gesetzesbegründung nur vorliegen, wenn diese nicht spätestens innerhalb einer Woche nach ihrer Eilentscheidung einen Antrag auf gerichtliche Bestätigung gestellt hat. Ausdrücklich geregelt hat der Gesetzgeber die von ihm angenommene Säumnisfolge indes nicht. Insbesondere hat er insoweit keine Einschränkung der gem. § 143 Abs. 2 S. 1 StPO grundsätzlich möglichen Aufhebungsentscheidung normiert. Allerdings stellt der Gesetzgeber zu § 143 Abs. 2 S. 1 StPO klar, dass die Aufhebung der Bestellung eines Verteidigers im Ermessen des Gerichtes steht und bei dieser Entscheidung „Gründe des Vertrauensschutzes“ zu berücksichtigen sind, die die Fortdauer der Beordnung rechtfertigen können (BR-Drs. 364/19, S. 44). Der gesetzgeberische Hinweis wird daher so zu verstehen sein, dass durch Versäumung der in § 142 Abs. 4 S. 2 StPO geregelten Fristen zur Durchführung des Bestätigungsverfahrens ein Vertrauenstatbestand für den Beschuldigten geschaffen wird, der gegen eine („nachträgliche“) Aufhebungsentscheidung sprechen kann. Darüber hinaus kann die nicht rechtzeitige Durchführung des Bestätigungsverfahrens in den Fällen des § 143a Abs. 1 S. 1 StPO (vgl. **Skript Teil H.V.3.f**) [S. 129]) wegen des insoweit eindeutigen Gesetzeswortlautes keine Bedeutung haben.

Hat die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren durch Wahrnehmung ihrer Eilkompetenz einen Antrag des Beschuldigten auf Bestellung eines Pflichtverteidigers abgelehnt und kommen Sie zu der Auffassung, dass (nunmehr) ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt, dann begehren Sie naturgemäß gegenüber dem Gericht keine Bestätigung der Entscheidung der Staatsanwaltschaft, sondern die Beordnung eines Pflichtverteidigers, worauf im B-Gutachten entsprechend hinzuweisen ist.

f) Alles hat ein Ende...

Grundsätzlich endet die Bestellung eines Pflichtverteidigers automatisch mit der Einstellung oder dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens (§ 143 Abs. 1 StPO). Die Bestellung kann aber bereits früher aufgehoben werden, wenn **kein Fall notwendiger Verteidigung mehr** vorliegt (§ 143 Abs. 2 S. 1 StPO). Die Aufhebung steht dabei im Ermessen des Gerichts, weil Gründe des Vertrauensschutzes die Fortdauer der Beordnung rechtfertigen können (BR-Drs. 364/19, S. 44). Wurde in der Klausur dem Beschuldigten bereits ein Pflichtverteidiger bestellt und liegen die Voraussetzungen für eine notwendige Verteidigung insgesamt nicht mehr vor, scheint es gut vertretbar, im Rahmen des B-Gutachtens auszuführen, dass gegenüber dem Gericht, bei dem Anklage erhoben wird, beantragt werden soll, die Beordnung gem. § 143 Abs. 2 S. 1 StPO aufzuheben. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang die Ausnahme des § 143 Abs. 2 S. 2 StPO. Danach ist eine Aufhebung der Pflichtverteidigung, die (auch) wegen Haft in anderer Sache (§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO) angeordnet wurde, nur möglich, wenn der Beschuldigte mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung aus der Anstalt entlassen wurde. Jedenfalls in den Fällen, in denen der Beschuldigte in der Klausursituation zwischenzeitlich (und länger als zwei Wochen) aus Haft in anderer Sache entlassen wurde, bestehen insoweit aber keine Bearbeitungsbesonderheiten im B-Gutachten.

Der Grundsatz vom Vorrang der Wahlverteidigung hat auch in § 143a Abs. 1 S. 1 StPO seinen Niederschlag gefunden. Danach ist die Bestellung des Pflichtverteidigers aufzuheben, wenn der Beschuldigte einen anderen Verteidiger gewählt und dieser die Wahl angenommen hat, d.h. das Mandatsverhältnis tatsächlich zustande gekommen ist (**Wechsel des Verteidigers**). In diesen Fällen sollten Sie, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt und dem Beschuldigten bereits in Pflichtverteidiger beigeordnet wurde, die Aufhebung der Bestellung beantragen. Ein Ausnahmefall des „Herausdrängens des Pflichtverteidigers“ durch einen „Zunächst-Wahlverteidiger“ (§ 143a Abs. 1 S. 2 1. Alt. StPO) oder der Notwendigkeit eines sog. „Sicherungsverteidigers“ (§§ 143a Abs. 1 S. 2 2. Alt., 144 StPO) wird in der Klausur regelmäßig nicht vorliegen.

VI. § 111a StPO

Die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis ist eine vorbeugende Maßnahme, um die Allgemeinheit vor den Gefahren durch ungeeignete Kraftfahrer schon vor dem Urteil zu schützen. Ist der Beschuldigte in der Klausur einer Straftat dringend verdächtig, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs (d.h. eines mit Motorkraft angetriebenen Fahrzeugs) oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat und besteht zugleich die Möglichkeit, dass eine Maßregel nach § 69 StGB im Urteil angeordnet werden wird, besteht Anlass, sich mit der vorläufigen Maßnahme nach § 111a StPO im B-Gutachten zu befassen.

1. dringender Tatverdacht

Dringender Tatverdacht ist die hohe Wahrscheinlichkeit, dass eine Person Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist (vgl. **Skript Teil B.III** [S. 30]). Argumentativ kann allerdings die Beweiswürdigung aus dem materiellen Gutachten aufgegriffen werden. Es dürfte kaum Fälle geben, in denen nach der gutachterlichen Feststellung des hinreichenden Tatverdachts im A-Gutachten der dringende Tatverdacht im B-Gutachten nicht impliziert ist. Zu erwähnen ist der Verdachtsgrad als Eingriffsvoraussetzung aber in jedem Fall.

2. dringende Gründe

Weitere Voraussetzung für die vorläufige Maßnahme nach § 111a StPO sind dringende Gründe für die Annahme, dass die Fahrerlaubnis entzogen werden wird (§ 111a Abs. 1 StPO i.V.m. § 69 StGB). Diese liegen vor, wenn ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit besteht, dass das Gericht den Beschuldigten für ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen halten und ihm die Fahrerlaubnis entziehen wird. Ungeeignet ist ein Täter, wenn eine Würdigung der körperlichen, geistigen oder charakterlichen Umstände ergibt, dass seine Teilnahme am Kraftfahrzeugverkehr zu einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Verkehrssicherheit führen würde.

a) § 69 Abs. 2 StGB

In der Regel wird die Annahme gerechtfertigt sein, wenn ein Regelbeispiel des § 69 Abs. 2 StGB erfüllt ist. Bei der Prüfung dieser Regelbeispiele wird ohne weiteres auf das Ergebnis des A-Gutachtens zurückgegriffen werden können. Hinsichtlich § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB sind allerdings ggf. Ausführungen zur subjektiven Seite und ggf. zur Höhe des Schadens (Wertgrenze hier: 1.300 Euro) erforderlich.

b) § 69 Abs. 1 StGB

Liegt kein Regelbeispiel vor, ist zwischen verkehrsspezifischen Anlasstaten und verkehrsunspezifischer Kriminalität zu unterscheiden. Bei „typischen Verkehrsstraftaten“, wie etwa dem Fahren ohne Fahrerlaubnis (§ 21 StVG), dem Fahren ohne Haftpflichtversicherung (§ 6 PflVersG), der Nötigung im Straßenverkehr (§ 240 StGB), des Einsatzes eines Kfz als Tatmittel eines Tötungsdelikts oder zur Vortäuschung von Unfällen, ergibt sich die Ungeeignetheit regelmäßig aus dem Tatverhalten.

Wird das Fahrzeug aber – in straßenverkehrsrechtlich nicht zu beanstandender Weise – etwa lediglich als Transportmittel zum und vom Tatort, zum Transport der Tatbeute oder als Tatort „missbraucht“, kommt die Entziehung der Fahrerlaubnis (bei schweren Straftaten) nur in Betracht, wenn die Anlasstat tragfähige Rückschlüsse darauf zulässt, dass der Täter bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen kriminellen Interessen unterzuordnen. Die Entziehung der Fahrerlaubnis soll nämlich nicht der Verhinderung allgemeiner Kriminalität, sondern der Erhöhung der Verkehrssicherheit durch Ausschluss von solchen Tätern dienen, die zur Erreichung ihrer – auch nicht-kriminellen – Ziele, die Sicherheit des Verkehrs beeinträchtigen.

3. Anträge & Konkretum

In Abhängigkeit vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 111a i.V.m. § 69 StGB, ist für „das weitere Vorgehen“ in der Klausur entscheidend, ob die Fahrerlaubnis des Beschuldigten bereits vorläufig entzogen ist und wo sich der Führerschein befindet.

Liegen die Voraussetzungen für eine vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis vor und ist diese noch nicht angeordnet und befindet sich der Führerschein nicht bei den Akten, ist die vorläufige Maßnahme zu beantragen. Da die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis zugleich als Anordnung der Beschlagnahme des Führerscheins wirkt (§ 111a Abs. 3 StPO), kommt daneben allenfalls ein Antrag auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung in Betracht, mit dem Ziel den Führerschein aufzufinden, um die in der Entziehungsanordnung enthaltene Beschlagnahmeanordnung vollziehen zu können. Ein solcher Durchsuchungsbeschluss wird aber nur erforderlich sein, wenn Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Beschuldigte seinen Führerschein nicht freiwillig herausgeben wird. In der Klausur wird es an solchen Anhaltspunkten meist fehlen.

Ist der Führerschein demgegenüber bereits bei den Akten, kommt es darauf an, wie dieser zu den Akten gelangt ist. Wurde er in Verwahrung genommen (§ 94 Abs. 1, 3 StPO) oder beschlagnahmt (§ 98 StPO), ohne dass eine richterliche Entscheidung nach § 98 Abs. 2 StPO i.V.m. § 111a Abs. 4 StPO (bisher) erforderlich gewesen wäre, und „wehrt“ sich der Betroffene nach Aktenlage nicht gegen diesen „Zustand“, ist eine Anordnung nach § 111a StPO entbehrlich. Die Klausuren werden daher häufig so „gestrickt“ sein, dass der Führerschein zunächst widerspruchlos in amtliche Verwahrung gelangt ist, später aber herausverlangt wird. Dann ist ein Antrag gem. § 111a StPO zu stellen, der gemäß § 111a Abs. 3 StPO als Bestätigung der Beschlagnahme gilt.

Ist eine Anordnung nach § 111a StPO bereits erfolgt und liegen die Voraussetzungen weiterhin vor, ist nichts zu veranlassen (meist wird sich in dieser Situation auch der Führerschein bereits bei den Akten befinden). Einen „Entziehungsfortdauerantrag“ gibt es nicht! Liegen die Voraussetzungen aber nicht (mehr) vor, ist ein Aufhebungsantrag veranlasst, an den das Gericht nicht gebunden ist (vgl. dazu abweichend bei U-Haft § 120 Abs. 3 StPO). Eine „vorzeitige“ Herausgabeanordnung ist daher untunlich.

Kommt eine Entziehung der Fahrerlaubnis wegen einer Tat in Betracht, derentwegen auch Anklage erhoben wird, ist dies im B-Gutachten klar zu stellen und am Ende des Konkretums in der Anklageschrift vor den anzuwendenden Vorschriften darauf hinzuweisen – etwa so: „Aus dieser Tat ergibt sich die Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen.“ (Ggf. ist hier näher zu konkretisieren, aus welcher von mehreren Taten („Tat zu 1“) und hinsichtlich welcher Angeschuldigter sich die Ungeeignetheit ergibt.) Die §§ 69, 69a StGB sind in den anzuwendenden Vorschriften zu zitieren.

VII. Beschlagnahme & Herausgabe / Einziehung

Eine Beschlagnahmeanordnung durch das Gericht hinsichtlich der Gegenstände, die sich nach „Klausuraktenlage“ im amtlichen Gewahrsam befinden, wird im B-Gutachten nur ausnahmsweise zu veranlassen sein. Insbesondere dann, wenn der Sicherstellung i.w.S. vom Gewahrsamsinhaber widersprochen worden ist bzw. die Sicherstellungsgegenstände herausverlangt werden, ist das weitere Vorgehen zwingend einer näheren Prüfung zu unterziehen, denn dann kann unter Umständen ein Sicherheitsbedürfnis bestehen, welches zu einer Antragstellung gegenüber dem Gericht zwingt. Da auch zur Sicherung der Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung Beschlagnahmeanordnungen und Vermögensarrestanordnungen getroffen werden können (vgl. §§ 111b, 111e StPO) ist der Kandidat gehalten, sich im B-Gutachten zumindest kurz mit etwaigen Einziehungsmöglichkeiten zu befassen. Dies erscheint generell empfehlenswert, wenn in der Anklageschrift auf die Einziehungsvorschriften einzugehen ist, da das B-Gutachten die praktische Leistung erläutern soll. Sichergestellte Gegenstände, die weder der Einziehung unterliegen noch als Beweismittel in Betracht kommen, sind herauszugeben, worauf im B-Gutachten eingegangen werden sollte. Im Einzelnen sollten in der Klausur die folgenden Grundsätze berücksichtigt werden:

1. Beweismittel

Soweit Gegenstände als Beweismittel in Betracht kommen, ist ihre Beschlagnahme nach §§ 94, 98 StPO möglich. Zu den Einzelheiten vgl. **Skript Teil E.II** [S. 69]. Sollte ein entsprechender Antrag erforderlich sein, ist dieser nach Anklageerhebung bei dem mit der Sache befassten Gericht zu stellen und wäre in der Klausur entsprechend im B-Gutachten „zu veranlassen“. Dabei kann zu berücksichtigen sein, dass insbesondere Beschlagnahmeanordnungen, die mit Durchsuchungsanordnungen verbunden wurden und sich in dem Aktenauszug „befinden“, selten schon hinreichend präzisiert worden sein können, da im Zeitpunkt der Durchsuchungsanordnung meist nicht genau feststeht, was als Beweismittel in Betracht kommt (bspw.: „Schriftstücke in Zusammenhang mit einer Geschäftsbeziehung“; „Geschäftsunterlagen“). Solche Beschlagnahmeanordnungen werden in der Praxis daher lediglich als Präzisierungen der Durchsuchungsanordnungen angesehen, die eine echte Anordnung nach § 98 StPO nicht zu ersetzen vermögen. Da im Ergebnis des A-Gutachtens feststehen dürfte, welche Gegenstände als Beweismittel in Betracht kommen, erscheint es u.U. angebracht, einen konkretisierenden Beschlagnahmeantrag zu stellen.

2. Einziehung

Durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 wurden die bisherigen Regelungen zu Verfall / Einziehung nicht unerheblich geändert. Die Neuregelungen greifen auch für „Altfälle“ ab dem Stichtag des 01. Juni 2017, weil zeitgleich Art. 316h EGStGB in Kraft getreten ist, nach dem über Anordnungen der Einziehung des Taterlangten oder des Wertersatzes nach diesem Zeitpunkt auch dann nach der neuen Rechtslage zu entscheiden ist, wenn die zugrundeliegende Tat vor dem Stichtag begangen worden ist.

Während früher der Verfall nach § 73 StGB a.F. in der Strafrechtsklausur kaum eine Rolle spielte, weil der Verfallsanordnung regelmäßig Ersatzansprüche der oder des Geschädigten entgegenstanden (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F.), erscheint es nicht ausgeschlossen, dass sich dies nunmehr ändert, denn zentraler Punkt der Neufassung ist die Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. (Ausschluss des Verfalls bei Bestehen von Ansprüchen des Verletzten aus der Tat), so dass das komplizierte Regelungsmodell der Rückgewinnungshilfe hinfällig und der staatliche Auffangrechtserwerb überflüssig geworden ist. Im Grundsatz werden Rechte von durch die Tat Geschädigten nunmehr erst im – hier nicht näher zu erörternden –

Strafvollstreckungsverfahren im Rahmen der Opferentschädigung befriedigt.

Der Begriff des Verfalls wurde durch § 73 StGB durch den der „Einziehung von Taterträgen“ ersetzt. War bisher beispielsweise die Anordnung des Verfalls aufgrund § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F. ausgeschlossen, wenn der Täter einen Betrug begangen hatte und dem Opfer dadurch ein zivilrechtlicher Anspruch erwachsen war, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des aus der Tat Erlangten entzogen hätte, ist dies für die Einziehung von Taterträgen nunmehr unerheblich. Allerdings ist die Einziehung nach den §§ 73 bis 73c StGB nunmehr ausgeschlossen, soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen ist (§ 73e Abs. 1 StGB).

a) § 73 StGB / § 111b StPO – Taterträge

Hat der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt, so ordnet gemäß § 73 Abs. 1 StGB das Gericht dessen Einziehung an. Die Einziehungsanordnung erfolgt dabei im Urteilstenor. Aus diesem Grund sollten in der typischen Klausur aus staatlicher Sicht (Anlageklausur) – insbesondere im B-Gutachten – Formulierungen vermieden werden, die darauf hindeuten könnten, dass Sie (als Staatsanwaltschaft) die Einziehung anordnen oder anzuordnen beabsichtigen. Dies wäre systematisch verfehlt und könnte daher von Ihrem Korrektor als Mangel, beruhend auf fehlendem systematischem Verständnis, betrachtet werden.

Erlangt im Sinne der Vorschrift des § 73 StGB sind alle Vermögenswerte in ihrer Gesamtheit, die dem Tatbeteiligten aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs zugeflossen sind. Umfasst sind mithin nicht nur bestimmte Gegenstände, sondern auch geldwerte Vorteile. Bildlich gesprochen hat der Tatbeteiligte im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB „durch die Tat“ genau das erlangt, was er infolge der Straftat – mittelbar oder unmittelbar – mehr in seiner Tasche hat. Alle Vermögenswerte, die gedanklich entfallen würden, würde man sich die Straftat hinwegdenken, sind von § 73 Abs. 1 StGB erfasst (conditio sine qua non).

Ist das Taterlangte definiert, muss im nächsten Schritt bestimmt werden, was abgeschöpft werden kann. Ist das Taterlangte noch originär in Form eines bestimmten Gegenstandes oder Rechtes vorhanden, dann unterliegt dies der Einziehung, soweit – was zu prüfen ist – der Anspruch, der dem Tatverletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Wertersatzes erwachsen ist, nicht erloschen ist (§ 73e Abs. 1 StGB).

Insbesondere dann, wenn das Taterlangte in einem bestimmten Gegenstand besteht, unterliegt dieser Gegenstand regelmäßig der Einziehung. Gerade in den Klausuren, in denen sich bestimmte Gegenstände in amtlichen Gewahrsam befinden, muss im B-Gutachten geprüft werden, ob diese Gegenstände das Taterlangte sind und ob ein Antrag auf eine gerichtliche Beschlagnahmeanordnung zur Sicherung der Vollstreckung einer nach §§ 73, 73e StGB möglichen Einziehung gestellt werden soll.

Zur Sicherung der Vollstreckung der Einziehung kann ein Gegenstand gemäß § 111b Abs. 1 S. 1 StPO beschlagnahmt werden. Liegen dringende Gründe für die Annahme vor, dass die Voraussetzungen der Einziehung vorliegen, so soll die Beschlagnahme angeordnet werden (§ 111b Abs. 1 S. 2 StPO). Von wenigen Ausnahmen abgesehen, dürften dringende Gründe nach dem Ergebnis des A-Gutachtens immer vorliegen, weshalb die Beschlagnahme in der Regel zu bewirken ist.

Gemäß § 111j Abs. 1 S. 1 StPO wird die Beschlagnahme durch das Gericht angeordnet. Befindet sich ein Hinweis auf eine solche gerichtliche Anordnung im Aktenauszug in der Klausur, wird nichts zu veranlassen sein. Möglich ist aber auch, dass die Beschlagnahmeanordnung wegen Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft bzw. – bei beweglichen Sachen – ihre Ermittlungspersonen erfolgt ist (§ 111j Abs. 1 S. 2 und S. 3 StPO). Wenn die staatsanwaltschaftliche oder polizeiliche Beschlagnahmeanordnung keine bewegliche Sache betrifft, ist eine gerichtliche Bestätigung dieser Anordnung zu beantragen (§ 111j Abs. 2 S. 1 und S. 2 StPO).

Der von einer Beschlagnahmeanordnung gem. § 111b StPO Betroffene kann gem. § 111j Abs. 2 S. 3 StPO in „allen Fällen“ die Entscheidung des Gerichtes beantragen. Dies bedeutet insbesondere, dass auch Beschlagnahmeanordnungen der Staatsanwaltschaft oder

ihrer Ermittlungspersonen, die bewegliche Sachen betreffen, richterlich zu bestätigen sind, wenn ein entsprechender Antrag durch den Betroffenen gestellt wird. Ist beispielsweise ein Herausgabeverlangen des Betroffenen im Aktenauszug enthalten, dürfte dies regelmäßig als Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 111j Abs. 2 S. 3 StPO auszulegen sein.

In der Anklageschrift ist vor den anzuwendenden Vorschriften auf die Einziehung des Taterlangten hinzuweisen („Der/Die/Das ... unterliegt der Einziehung.“) und mindestens § 73 StGB in die Liste der anzuwendenden Vorschriften aufzunehmen.

b) § 74 StGB / § 111b StPO – Tatmittel

Nach wie vor unverändert klausurrelevant ist die Einziehung von Tatprodukten und Tatmitteln (§ 74 Abs. 1 StGB). Eine wesentliche Änderung hat diese Vorschrift nur insoweit erfahren, als dass Beziehungsgegenstände, d.h. Sachen und Rechte, die nicht Werkzeuge für oder Produkte der Tat sind, sondern notwendige Gegenstände der Tat selbst, als Tatobjekte ebenfalls in die Vorschrift aufgenommen wurden und deren Einziehung möglich ist, soweit dies (wie bisher) durch gesonderte Vorschriften angeordnet ist (§ 74 Abs. 2 StGB). Insbesondere die Einziehung von Tatmitteln (wie Schusswaffen, Messer usw.) nach § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB sollte im B-Gutachten immer Berücksichtigung finden. Die Regelung des § 74f StGB (Verhältnismäßigkeit) kann einer Einziehung entgegenstehen und ist daher ggf. anzusprechen.

Die oben skizzierten Grundsätze zur Anordnung / Beantragung der Beschlagnahme nach §§ 111b, 111j StPO gelten entsprechend, wenn die Einziehung nicht im Hinblick auf das Taterlangte, sondern bezüglich der von § 74 StGB erfassten Tatprodukte und Tatmittel bzw. Tatobjekte in Betracht kommt.

In der Anklageschrift ist vor den anzuwendenden Vorschriften auf die Einziehung von Tatmitteln, Tatprodukten, Tatobjekten hinzuweisen („Der/Die/Das ... unterliegt der Einziehung.“) und mindestens § 74 StGB in die Liste der anzuwendenden Vorschriften aufzunehmen.

c) §§ 73, 73c / § 111e StPO – Wertersatzeinziehung

Ist die Einziehung des Taterlangten wegen seiner Beschaffenheit oder aus einem anderem Grund unmöglich, z.B. weil es durch Verbindung (§§ 946, 947 BGB), Vermischung (§ 948 BGB), Verarbeitung (§ 950 BGB) erheblich verändert wurde oder nicht individualisierbar (bspw.: erlangtes Bargeld, welches nicht näher gegenständlich zugeordnet werden kann), verbraucht, verloren oder unauffindbar fortgeschafft ist, dann kommt eine Einziehung des Wertes der Taterträge nach § 73c StGB in Betracht. Insbesondere dann, wenn das Erlangte rechnerisch ermittelt werden muss, etwa weil es nicht in der Übertragung einer Sache oder eines Rechts besteht, sondern in geldwerten Vorteilen anderer Art wie im Ersparen sonst notwendiger Aufwendungen oder in Gebrauchsvorteilen liegt, ist der Anwendungsbereich des § 73c StGB eröffnet. Die Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB setzt nicht voraus, dass der Tatbeteiligte noch um das Taterlangte bereichert ist.

Die Wertersatzeinziehung ist nach § 73c S. 2 StGB neben der Einziehung eines Gegenstandes nach § 73 StGB anzuordnen, wenn der Wert des Gegenstandes hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt. Somit betrifft § 73c S. 2 StGB den Fall, dass die erlangte Sache noch beim Tatbeteiligten vorhanden ist, aber nach der Erlangung eine Wertminderung erfahren hat. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die erlangte Sache beschädigt, in Teilen verkauft oder verschenkt worden ist. Insoweit ist die Wertersatzeinziehung in der Höhe der Differenz zwischen dem Ursprungs- und Zeitwert des Gegenstandes anzuordnen.

Problematisch kann bei der Wertersatzeinziehung die wertmäßige Bestimmung des Erlangten nach § 73c StGB dann sein, wenn der Täter oder Teilnehmer Aufwendungen hatte. Zwar gilt grundsätzlich das Bruttoprinzip, allerdings sind nach § 73d Abs. 1 S. 1 StGB die Aufwendungen des Täters oder Teilnehmers in Abzug zu bringen, es sei denn, die Aufwendungen wurden für ein rechtlich missbilligtes Rechtsgeschäft gemacht, das gerade infolge der Tat oder für ihre Vorbereitung zustande gekommen ist (§ 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB), sofern die Aufwendung nicht der Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt (§ 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB). Die Regelung des § 73d StGB enthält somit Ausnahmen und Rückausnahmen und ist dadurch insgesamt nicht leicht zu verstehen. Es erscheint nach der derzeit hier vertretenen Auffassung fraglich, inwieweit in einer strafrechtlichen Examensklausur aus

staatlicher Sicht vertiefte Ausführungen zum „normativen Bruttoprinzip“ im Sinne des § 73d StGB erwartet werden. Hinzu kommt, dass Abzüge nach § 73d StGB nach Auffassung beispielsweise der Generalstaatsanwaltschaft Hamm (im Juli 2017) „im Ermittlungsverfahren regelmäßig noch nicht berücksichtigt“ werden müssen, denn ob und ggf. welche „Aufwendungen nach § 73d Abs. 1 S. 2 StGB anrechenbar sind, klärt sich nämlich regelmäßig erst in der Hauptverhandlung“. Eine Ausnahme bestehe nur im Fall des Erfüllungsbetruges. Erkläre der Geschädigte eindeutig, dass er am Vertrag festhalten und die Sache behalten möchte, dann zählt die Leistung des Täters als abzugsfähige Aufwendung (= „Leistung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten“ i.S.d. § 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB).

Veräußert der Täter beispielsweise ein Auto im Wert von 500,- Euro bar für 7.000,- Euro, nachdem er zuvor den Tachometer des Fahrzeugs manipuliert und so bewirkt hatte, dass dieser eine deutlich geringere Laufleistung anzeigt, dann hat er durch den begangenen Betrug a) den Kaufpreis in Höhe von 7.000,- Euro erlangt im Sinne des § 73 StGB; b) die Einziehung des Erlangten ist unmöglich, weil in der Regel die Geldscheine nicht individualisierbar sind, weshalb Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB in Betracht kommt; c) er hatte auch Aufwendungen (500,- Euro), da er sein Auto übertragen musste (§ 73d Abs. 1 StGB); d) er hat dies jedoch bewusst willentlich für die Tat aufgewendet (§ 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StGB; ohne Auto einzusetzen, kann er die Tat nicht begehen) – Zwischenergebnis: Wert des Erlangten: 7.000,- Euro. Ficht das Opfer des Betruges nun den Kaufvertrag an, dann entfällt der Rechtsgrund für die Leistung des A, weshalb es bei dem Ergebnis bleibt. Möchte das Opfer das Fahrzeug jedoch behalten, jedoch den zuviel bezahlten Betrag zurück, dann hat der Täter mit der Hingabe seines Autos eine Verbindlichkeit gegenüber dem Opfer erfüllt, weshalb der Wert des Fahrzeugs doch abzuziehen ist (§ 73d Abs. 1 S. 2 Hs. 2 StGB) – das Erlangte beträgt dann 6.500,- Euro.

Ist das Taterlangte definiert, muss auch hier bestimmt werden, der Anspruch, der dem Tatverletzten aus der Tat auf Wertersatzes erwachsen ist, nicht erloschen ist (§ 73e Abs. 1 StGB). Ist er erloschen, ist die Einziehung des Wertersatzes ausgeschlossen.

Zur Sicherung der Vollstreckung der Wertersatzeinziehung kann gemäß § 111e Abs. 1 S. 1 StPO der Vermögensarrest in das bewegliche und unbewegliche Vermögen angeordnet werden. Liegen dringende Gründe für die Annahme vor, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Wertersatz vorliegen, so soll der Vermögensarrest angeordnet werden (§ 111e Abs. 1 S. 2 StPO). Von wenigen Ausnahmen abgesehen, dürften dringende Gründe nach dem Ergebnis des A-Gutachtens immer vorliegen.

Gemäß § 111j Abs. 1 S. 1 StPO wird der Vermögensarrest durch das Gericht angeordnet. Befindet sich ein Hinweis auf eine solche gerichtliche Anordnung im Aktenauszug in der Klausur, wird nichts zu veranlassen sein. Möglich ist aber auch, dass die Arrestanordnung wegen Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft bzw. – bei beweglichen Sachen – ihre Ermittlungspersonen erfolgt ist (§ 111j Abs. 1 S. 2 und 3 StPO). Insoweit ist eine gerichtliche Bestätigung erforderlich (§ 111j Abs. 2 StPO), wenn die staatsanwaltschaftliche / polizeiliche Anordnung keine bewegliche Sache betrifft (§ 111j Abs. S. 2 und 3 StPO) oder ein Herausgabeverlangen vorliegt, welches als Antrag nach § 111j Abs. 2 S. 3 StPO auszulegen ist.

In der Anklageschrift ist vor den anzuwendenden Vorschriften auf die Einziehung des Wertes des Taterlangten hinzuweisen (bspw.: „Der Angeschuldigte hat durch die Tat zu ... einen Betrag in Höhe von Euro / einen Gegenstand im Wert von ... Euro erlangt. In Höhe dieses Betrages ist die Einziehung des Wertes des Erlangten anzuordnen“). In der Liste der anzuwendenden Vorschriften ist dann mindestens §§ 73, 73c StGB zu nennen.

d) § 421 StPO – für den Notfall

Insbesondere bei der Einziehung von Taterträgen bzw. Wertersatzeinziehung kann der Kandidat durch die Bestimmung des Erlangten (Bruttoprinzip + § 73d; Drittbegünstigten Fälle (§ 73b)) leicht in Zeitnot geraten. Für den Fall, dass der Bearbeitervermerk die Anwendung von § 421 StPO nicht ausgeschlossen hat, kann man sich im B-Gutachten durch Hinweis auf diese Vorschrift einerseits „Luft“ verschaffen und andererseits Praxisnähe unter Beweis stellen. Eine typische Bearbeitervermerk-Formulierung lautet allerdings: „Von den §§ 407ff. StPO ist kein Gebrauch zu machen“. Es dürfte dann kein Raum für die hier vorgeschlagene „Notfalllösung“ sein.

Dabei gestattet § 421 Abs. 3 StPO es der Staatsanwaltschaft, von der Einziehung abzusehen, wenn die Voraussetzungen des § 421 Abs. 1 StPO vorliegen. Hat das Erlangte einen geringen Wert (§ 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO; bis ca. 250 Euro) oder würde das Verfahren, soweit es die Einziehung betrifft, einen unangemessenen Aufwand erfordern oder die Herbeiführung der Entscheidung über die anderen Rechtsfolgen der Tat unangemessen erschweren (§ 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO), so kann im B-Gutachten entsprechend ausgeführt und von Sicherungsmaßnahmen betreffend die Einziehung abgesehen und Ausführungen in der Anklageschrift erspart werden (§ 421 Abs. 3 S. 2 StPO – die Beschränkung ist aktenkundig zu machen!). Es handelt sich quasi bei § 421 StPO um „die Opportunität der Vermögensabschöpfung“. Die Rechtsnatur – insbesondere ob es sich um eine Art des § 154a StPO, um einen unechten § 154 StPO oder gar um eine vorweggenommene Zustimmung zu einem Absehen des Gerichtes nach § 421 Abs. 1 StPO handelt – der Vorschrift ist (derzeit noch) umstritten. Bedeutung hat dieser Streit vor allem für die Anwendung von § 76a StGB (selbständige Einziehung).

Die Vorschrift des § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO erfasst jeden Verfahrensstand. Denknotwendig müssen sich in der Klausur die erforderliche Erwägung zu der zu erwartenden Verzögerung des Verfahrens im Falle des § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO auf das Hauptverfahren und (nach wohl inzwischen hM) auf das Entschädigungsverfahren (§ 459g ff. StPO) beziehen, denn die Sache selbst ist regelmäßig ausermittelt und entscheidungsreif. Sind solche Auswirkungen aber erkennbar, kommt es nach der hier vertretenen Auffassung in der Klausur nicht darauf an, dass gem. §§ 422, 423 StPO das Gericht die Entscheidung über die Einziehung im Hauptverfahren abtrennen könnte. Die Abtrennungsmöglichkeit des Gerichtes steht daher einer Beschränkung nach § 421 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StPO im B-Gutachten nicht entgegen. Eine Beschränkung des Verfahrens nach § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO kommt nach der Verfügungslage im Land Brandenburg in Betracht, wenn Wertersatz Gegenstand der Einziehung wäre und dieser 250 Euro nicht übersteigt.

Die zunächst auch vom Generalstaatsanwalt des Landes Brandenburg vertretene Auffassung, § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO gelte für die Einziehung von Taterträgen bzw. Wertersatzeinziehung nicht, fand im Gesetzeswortlaut ursprünglich keine Stütze und war mit den Ausführungen zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 18/9525, S. 87) nicht zwingend zu vereinbaren. Sie entsprach in der Folge auch nicht der veränderten Verfügungslage im Land Brandenburg. Zwischenzeitlich (m.W.v. 1. Juli 2021) hat der Gesetzgeber entsprechend seiner ursprünglich im Regierungsentwurf vorgesehenen Intention mit Blick auf den fehlenden Strafcharakter der Einziehung von Taterträgen die Vorschrift des § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO geändert und das Absehen von der Einziehung in den Fällen, in denen diese neben der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung nicht ins Gewicht fallen würde, auf die Fälle der Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (oder deren Wert; §§ 74, 74c StGB) beschränkt. Ein Absehen von der Einziehung von Taterträgen bzw. Wertersatzeinziehung ist ausschließlich im Hinblick auf die Straferwartung daher inzwischen ausgeschlossen.

Klarstellend sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine Anordnung der Einziehung von Wertersatz aus nicht zur Aburteilung gelangten Straftaten (z.B. weil nach § 154 StPO von der Verfolgung abgesehen wurde) unzulässig ist (BGH NStZ-RR 2012, 81 und NStZ-RR 2019, 153f.). Von einem an sich möglichen Antrag auf Durchführung eines selbständigen Einziehungsverfahrens gem. § 76a Abs. 1 und Abs. 3 StGB dürfte in diesen Fällen regelmäßig gemäß § 435 Abs. 1 S. 2 StPO abgesehen werden können.

Für die Hauptverhandlung wird auf die Ausführungen im **Skript Teil L.III.7.i)** [S. 270] Bezug genommen.

3. Herausgabe

Wird ein sichergestellter Gegenstand nicht mehr als Beweismittel benötigt und kommt seine Einziehung nicht in Betracht, ist seine Herausgabe zu veranlassen. Die Herausgabe beschlagnahmter oder sichergestellter Gegenstände erfolgt grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber (§ 111n Abs. 1 StPO). Abweichend davon wird die Sache, an den Verletzten der Straftat herausgegeben, wenn dieser bekannt und die Sache ihm durch die Straftat entzogen worden ist (§ 111n Abs. 2 StPO). Stehen der Herausgabe an den Verletzten Ansprüche eines Dritten entgegen, wird die Sache, soweit die Voraussetzung (Anspruch) offenkundig ist, an den Dritten herausgegeben (§ 111n Abs. 3 StPO). Über die Herausgabe entscheidet im vorbereitenden Verfahren und nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens

die Staatsanwaltschaft (§ 111o Abs. 1 Alt. 1 StPO). Wird aber Anklage erhoben, ist gem. § 111o Abs. 1 Alt. 2 StPO das mit der Sache befasste Gericht zuständig. Insoweit wäre ein entsprechender, auf die Herausgabeanordnung des Gerichtes gerichteter Antrag zu stellen.

Exkurs § 111n StPO im „Detail“:

Die Vorschrift betrifft die Herausgabe beweglicher Sachen, die als Beweismittel oder als Einziehungsgegenstand sichergestellt worden sind. In der Strafprozessordnung war bis Juli 2017 lediglich ein Teilbereich normiert, nämlich die Rückgabe an den Verletzten in § 111k StPO a.F. Hinzu kamen die Bestimmungen in Nr. 75 Absatz 1, 2 Satz 1 und Absatz 3 RiStBV, die den Grundsatz (Rückgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber) und die ausnahmsweise Herausgabe an einen Dritten regelten. § 111n StPO n.F. fasst diese Bestimmungen nunmehr zusammen; die Herausgabe beweglicher Sachen wird damit bis zum Eigentumsübergang auf den Staat infolge einer rechtskräftigen Einziehungsanordnung (vgl. § 75 Absatz 1 StGB) vollständig in der Strafprozessordnung geregelt. Die Vorschrift befasst sich nicht mit dem Eigentum oder beschränkt dinglichen Rechten an dem sichergestellten Gegenstand. Ebenso wie der bislang geltende § 111k StPO a.F. hat sie als vorläufige Besitzstandsregelung nur den Gewahrsam im Blick. Der § 111n StPO kommt als rechtliche Grundlage für die Herausgabe nur in Betracht, wenn der Berechtigte aufgrund der Aktenlage feststeht oder er seine Berechtigung nachweist (z. B. durch einen zivilrechtlichen Titel). Es muss stets „offenkundig“ sein, an wen die Sache herauszugeben ist (§ 111n Absatz 4 StPO). Ist dies zweifelhaft, wäre ein auf § 111n StPO gestütztes Herausgabeverlangen als unbegründet zurückzuweisen; die Beschlagnahme würde ohne weiteres fortauern.

Für die Zweifelsfälle, in denen nicht ohne weitere Ermittlungen und Prüfungen festgestellt werden kann (also nicht offenkundig ist), an wen die Sache herauszugeben ist, enthält § 111n StPO keine ausdrückliche Regelung. Die Lösung dieser Fälle ergibt sich aus den allgemeinen Regeln, ohne dass die Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren zu möglicherweise schwierigen Prüfungen gezwungen wird. Wurde die Sache ausschließlich als nun nicht mehr benötigtes Beweismittel beschlagnahmt (oder auf andere Weise sichergestellt), bleibt es bei der Grundregel des Absatzes 1 (Herausgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber). Der Dritte kann das von ihm behauptete Recht (z. B. Eigentum) gegen den Gewahrsamsinhaber im Zivilrechtsweg geltend machen. Die Herausgabeentscheidung steht dem nicht entgegen, weil die Herausgabe lediglich eine vorläufige Besitzstandsregelung darstellt. Wurde die Sache hingegen als deliktisch erlangter Gegenstand nach § 111c Absatz 1 StPO zur Sicherung seiner Einziehung beschlagnahmt, kommt in den Zweifelsfällen eine Herausgabe vor Abschluss des Strafverfahrens nicht in Betracht. Die Sache wird in diesen Fällen als möglicher Einziehungsgegenstand weiterhin für das Strafverfahren benötigt, sodass schon die Voraussetzung für eine (vorzeitige) Herausgabe nach § 111n Absatz 1 StPO nicht vorliegt. Eine Herausgabe an den letzten Gewahrsamsinhaber kommt mithin auch nicht in Betracht, wenn die beschlagnahmte Sache als Gegenstand einer selbständigen Einziehung nach § 76a Absatz 4 StGB in Betracht kommt. In den Zweifelsfällen muss der Anspruchssteller sein auf § 111n StPO gestütztes Herausgabeverlangen mithin durch einen zivilrechtlichen Titel belegen. Er wird damit rein faktisch auf den Zivilrechtsweg verwiesen; einer ausdrücklichen Regelung hierfür bedurfte es nach der Ansicht des Gesetzgebers nicht.

VIII. Verbindung und Trennung

1. „Normalfall“

Grundsätzlich gilt für die Klausur: Der Aktenauszug, den der Bearbeiter als Arbeitsgrundlage für das Gutachten vorgelegt bekommen hat, enthält regelmäßig nur ein Verfahren (ein Aktendeckel / ein Aktenzeichen; gemeinsame Führung), das gegen einen oder mehrere Beschuldigte geführt wird. Eine Verfahrensverbindung, die in der Praxis häufiger anzutreffend ist, kommt unter diesen Umständen grundsätzlich nicht in Betracht. Etwaige Erörterungen hierzu dürften daher für jeden Korrektor mindestens überraschend wirken, denn welche Verfahren sollten verbunden werden, wenn es nur ein staatsanwaltschaftliches Aktenzeichen gibt?

Die im B-Gutachten zu erörternden Verbindungs- und Trennungsfragen sind daher in aller Regel eher solche, die den richtigen Anklageadressaten (**Skript Teil H.III [S. 118]**) betreffen. Es scheint daher angebracht, „Verbindungsfragen“ dort unter diesem Aspekt (sachliche / örtliche Zuständigkeit des Anklageadressaten) aufzugreifen. Systematisch sollen sie gleichwohl hier

mitdargestellt werden.

Die „Verbindung und Trennung“ von Strafsachen regeln die §§ 2 bis 4 StPO. Einen (in der Klausur irrelevanten) Sonderfall bildet die lediglich vorübergehende Verbindung zum Zwecke der gleichzeitigen Verhandlung bei nicht nach § 3 StPO zusammenhängenden Strafsachen gemäß § 237 StPO.

Vorab ein Hinweis: § 13 StPO betrifft ausschließlich die örtliche Zuständigkeit. Die damit verbundenen „Möglichkeiten“ sind in der Klausur eher nicht relevant, da – wie bereits erwähnt – regelmäßig nur ein Verfahren Gegenstand der Begutachtung sein wird. Die Anwendung von § 13 StPO setzt voraus, dass verschiedene Gerichte gleicher Ordnung örtlich zuständig sind. Ergibt sich aus dem Aktenauszug (ein und desselben Verfahrens) beispielsweise ein hinreichender Tatverdacht für zwei prozessuale Taten gegen einen Beschuldigten und ist für die Aburteilung der einen Tat der Strafrichter des Amtsgerichts A nach §§ 7 bis 11 StPO örtlich zuständig, für die Aburteilung der anderen Tat aber der Strafrichter des Amtsgerichts B (nach §§ 7 bis 11 StPO), dann kann nach § 13 StPO insgesamt Anklage bei dem Amtsgericht A oder B erhoben werden. Der Zusammenhangsbegriff des § 13 StPO wird, wie für die §§ 2 und 4 StPO, in § 3 StPO definiert.

Für die Klausur entscheidend ist Nr. 114 RiStBV, wonach zusammenhängende Strafsachen im Sinne der §§ 2 und 3 StPO grundsätzlich in einer Anklage zusammenzufassen sind.

Der Begriff des Zusammenhangs ergibt sich aus § 3 StPO. Man unterscheidet zwischen persönlichem Zusammenhang (§ 3 Alt. 1 StPO), der vorliegt, wenn einem Beschuldigten mehrere verfahrensrechtlich selbständige Straftaten (§ 264 StPO) vorgeworfen werden, und sachlichem Zusammenhang (§ 3 Alt. 2 StPO), der vorliegt, wenn eine prozessuale Tat (§ 264 StPO) mehrere Beteiligte betrifft. Der Zusammenhang i.S.d. § 3 geht begrifflich weiter als die Teilnahme i.S.d. materiellen Strafrechts. Es soll grundsätzlich eine „strafbare, in dieselbe Richtung zielende Mitwirkung an einer Tat“ genügen.

Liegt ein Zusammenhang im Sinne des § 3 StPO vor und sind für verschiedene prozessuale Taten im Ergebnis der Begutachtung Gerichte unterschiedlicher Ordnung zuständig, so sollten aus klausurtaktischen Gründen unter Hinweis auf §§ 2, 3 StPO die Sachen vor dem Gericht höherer Ordnung anhängig gemacht, d.h. nur eine Anklage erhoben werden (Nr. 114 RiStBV). Kommt der Bearbeiter in der Klausur (die ein und dasselbe Verfahren betrifft!) beispielsweise zum dem Ergebnis, dass der Beschuldigte zweier prozessualer Taten hinreichend verdächtig ist, die eine beim Strafrichter, die andere aber beim Schöffengericht anzuklagen wäre, so wird die Lösungsskizze „erwarten“, dass man unter Hinweis auf §§ 2 Abs. 1 S. 1, 3 StPO klarstellt, dass eine „gemeinsame“ Anklage vor dem Schöffengericht erhoben werden kann.

Dasselbe wird gelten, wenn der Bearbeiter hinsichtlich eines einheitlichen geschichtlichen Lebenssachverhaltes beispielsweise zu der Erkenntnis gelangt, dass bei einem von mehreren Beschuldigten ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, der eine Anklageerhebung bei der großen Strafkammer rechtfertigt, bei dem/den anderen Beschuldigten aber nur eine Anklageerhebung beim Schöffengericht in Betracht kommt. Unter Hinweis auf §§ 2, 3 StPO dürfte dann eine gemeinsame Anklage (bezüglich beider/aller Beschuldigten) vor der großen Strafkammer erwartet werden.

„Treffen“ Jugendliche mit Erwachsenen „zusammen“, ist § 103 JGG zu beachten. Die Strafsachen können bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 3 StPO miteinander verbunden werden, wenn dies zur Erforschung der Wahrheit oder aus anderen wichtigen Gründen geboten ist (§ 103 Abs. 1 JGG). Zuständig ist grundsätzlich das Jugendgericht (§ 103 Abs. 2 S. 1 JGG). Für Heranwachsende / Erwachsene gilt die Vorschrift gem. § 112 JGG entsprechend. Die „Verbindung“ kann bereits dadurch erfolgen, dass die Staatsanwaltschaft entsprechend „gemeinsame“ Anklage erhebt.

2. echte Verbindungen / Trennungen

Wie bereits dargestellt, wird in der Klausur regelmäßig nur ein Verfahren (ein Aktenzeichen / eine Akte) Gegenstand der Bearbeitung sein. Sollten ausnahmsweise zwei oder mehrere Verfahren mit abweichenden staatsanwaltschaftlichen Aktenzeichen gleichzeitig vorgelegt worden sein, kommt eine „echte“ Verbindung (vorzunehmen im B-Gutachten) in Betracht, soweit

eine solche nicht bereits durch die Staatsanwaltschaft im Aktenauszug selbst vorgenommen wurde (worauf zwingend zu achten ist).

Für die Frage, ob eine „echte“ Verbindung vorzunehmen wäre, ist das Ergebnis des A-Gutachtens unter Berücksichtigung des prozessualen Tatbegriffs maßgeblich:

Beziehen sich unterschiedliche Aktenauszüge auf dieselbe prozessuale Tat (etwa beispielsweise infolge einer „unglücklichen“ Erfassung eines Diebstahls mit Waffen als Verfahren wegen des Waffenverstoßes einerseits und wegen des Diebstahls andererseits durch die Polizei und Abgabe als getrennte Verfahren an die Staatsanwaltschaft, bei der sie unterschiedliche Aktenzeichen erhalten und dem Bearbeiter gleichzeitig vorgelegt werden), ist eine Verfahrensverbindung zwingend vorzunehmen. Eine getrennte Bearbeitung – insbesondere zwei verschiedene Anklagen zur selben prozessualen Tat – birgt die Gefahr des Eintritts eines Strafklageverbrauchs. Da auch eine Teileinstellung innerhalb derselben prozessualen Tat nach § 170 Abs. 2 StPO ausgeschlossen ist (vgl. **Skript Teil H.II.1.a**) [S. 115]) sollte die Verbindung mehrerer, dieselbe prozessuale Tat betreffenden Verfahren auch dann vorgenommen werden, wenn hinsichtlich der in den zu verbindenden Verfahren enthaltenen Teilaspekte ein hinreichender Tatverdacht nicht besteht (im vorgenannten Beispiel Diebstahl mit Waffen: keine Nachweisbarkeit des Bei-Sich-Führens einer Waffe).

Davon abweichend wird in der Praxis in den Fällen, in denen dieselbe prozessuale Tat in verschiedenen Akten erfasst ist, nicht selten eines der Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt, weil „Doppelverfolgung“ vorliege. Die Begrifflichkeit stellt aber auf eingetretenen Strafklageverbrauch ab. Sie kann daher eine Einstellung nur tragen, wenn bereits eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung in dem anderen Verfahren bzw. ein sonstiges Verfahrenshindernis, etwa eine anderweitige Rechtshängigkeit (vgl. **Skript Teil C.III** [S. 36]), vorliegt. Ist das nicht der Fall, liegt lediglich eine „Doppelerfassung“ vor, die durch Verfahrensverbindung behoben werden sollte.

Vor dem Hintergrund der Tatsache, dass jeder Beschuldigte seine eigene prozessuale Tat „hat“, auch wenn Gegenstand der Ermittlungen derselbe Lebenssachverhalt ist, ist es denkbar, dass der Bearbeiter in der Klausur mit zwei Aktenauszügen (unterschiedliche Aktenzeichen) konfrontiert wird, in denen beispielsweise Mittäter derselben Tat jeweils einzeln als Beschuldigte geführt werden. Liegt in einem solchen Fall ein hinreichender Tatverdacht bezüglich aller Beschuldigten vor, scheint jedenfalls dann, wenn die Voraussetzungen des sachlichen Zusammenhangs vorliegen (§§ 2, 3 StPO vgl. oben) und eine gemeinsame Anklageerhebung beabsichtigt ist, eine Verbindung der Verfahren zweckmäßig und praxisnah. Zu beachten wäre dann, dass sich aus der Verfahrensverbindung Konsequenzen für die (Art- und Weise der) Verwertbarkeit der Angaben der Beschuldigten ergeben könnten, wenn diese in den zunächst getrennt geführten Verfahren (gegen die jeweils anderen Beschuldigten) als Zeugen vernommen worden waren (vgl. **Skript Teil D.IV** [S. 49]).

Soll eine Verbindung zweier unterschiedlicher Verfahren vorgenommen werden, wird im B-Gutachten nach Ausführung der Gründe hierfür, wie folgt formuliert werden können. „Das Verfahren 430 Js 2 / 15 soll daher mit dem führenden Verfahren 430 Js 1 / 15 verbunden werden.“. Das „führende“ Verfahren ist dabei regelmäßig das ältere Verfahren (erkennbar an dem in der Regel fortlaufend vergebenen Aktenzeichen).

Hinsichtlich der Abtrennung von Verfahren (aus ein und derselben Akte = ein Aktenzeichen) ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Abtrennung selbständige prozessuale Taten betreffender „Aktenteile“ nur zum Zwecke deren Teileinstellung dieser gem. § 170 Abs. 2 StPO / § 153 StPO / § 154 StPO regelmäßig nicht den Richtlinien der staatsanwaltschaftlichen Aktenbearbeitung entspricht, selbst dann, wenn eine Beschwerde durch den Anzeigenerstatter zu erwarten ist und auch, wenn nur hinsichtlich einzelner Beschuldigten gem. § 170 Abs. 2 StPO / § 153 StPO / § 154 StPO verfahren werden soll. Bei Teileinstellungen gem. § 153a StPO, bei denen auf die Einhaltung der für die Aufлагenerfüllung gesetzten Fristen zu achten ist, bietet sich demgegenüber aus Gründen der Vereinfachung dieser Überwachung eine Abtrennung an.

Wird im materiellrechtlichen Gutachten ein hinreichender Tatverdacht bezüglich einer prozessual selbständigen (Straf-)Tat abgelehnt, ergeben sich aber Anhaltspunkte für die Begehung einer Ordnungswidrigkeit (innerhalb dieser prozessualen Tat), darf die Staatsanwaltschaft diese prozessuale Tat nicht ohne weitere Veranlassung gem. § 170 Abs. 2

StPO teileinstellen, sondern hat die Sache an die Verwaltungsbehörde zur Verfolgung der verbleibenden Ordnungswidrigkeit abzugeben (§ 43 Abs. 1 OWiG). Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn zwar ein hinreichender Tatverdacht wegen einer Trunkenheitsfahrt nicht besteht (§ 316 StGB), aufgrund der Alkoholisierung aber eine Ordnungswidrigkeit nach § 24a Abs. 1 Nr. 2 StVG vorliegen kann. Sind Gegenstand des Aktenauszugs – wie regelmäßig – dann noch weitere selbständige prozessuale Taten, die angeklagt werden sollen, wäre das Verfahren hinsichtlich des die verfolgbare Ordnungswidrigkeit enthaltenen Teils abzutrennen und an die Verwaltungsbehörde abzugeben (vgl. auch Nr. 275 und 276 RiStBV). Innerhalb derselben prozessualen Tat, die sowohl eine Straftat als auch eine Ordnungswidrigkeit enthält, sind demgegenüber die §§ 21, 40 OWiG zu beachten. Der Sonderfall einer „sortierten Einstellung“ in Form der Einstellung des Verfahrens wegen der eine Ordnungswidrigkeit „enthaltenen“ Straftat gem. § 153 StPO bei gleichzeitiger Abgabe des Verfahrens wegen der Verfolgung der „verbleibenden“ Ordnungswidrigkeit an die zuständige Verwaltungsbehörde ist zwar genauso praxisrelevant, wie hinsichtlich seiner Zulässigkeit umstritten – für die Klausur indes letztlich bedeutungslos, weil die Anwendung der Opportunitätsvorschriften vom Bearbeitervermerk in nahezu allen Fällen ausgeschlossen sein wird.

IX. Mitteilungen

In den in der Examensklausur zu fertigenden Anklagen und im Prozessteil der Aufsichtsarbeiten wird nur das akzeptiert, bzw. verlangt, was die Ziffer 110 RiStBV vorgibt. Da dort nichts über Mitteilungspflichten steht, wäre im Prozessteil nichts Diesbezügliches auszuführen (ausdrücklich Skript OLG Brandenburg – „ist [...] nichts [...] auszuführen“). Gleichwohl werden Hinweise auf sich aus der MiStra (Anordnung über Mitteilungen in Strafsachen; vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, Anh. 13) ergebende Mitteilungspflichten wohl überwiegend zumindest von den Korrektoren erwartet werden. Relevant sind insoweit die Nr. 13 (Bewährungsfälle), Nr. 15, 16 (Strafsachen gegen Beamte od. Richter; Beschäftigte im öffentlichen Dienst (Verbrechen)), Nr. 23, 24, 26 (Strafsachen gegen Angehörige freier Berufe), Nr. 32 (Strafsachen gegen Jugendliche / Heranwachsende), Nr. 42 (Ausländer), Nr. 43 (Strafsachen gegen Gefangene / Untergebrachte), Nr. 45 (Fahrerlaubnissachen).

Abgestellt werden kann auch auf § 114d Abs. 2 S. 2 StPO. Danach übermittelt die Staatsanwaltschaft der Vollzugsanstalt eine Abschrift der Anklageschrift und teilt dem nach § 126 Abs. 1 zuständigen Gericht die Anklageerhebung mit, wenn sich der Beschuldigte in U-Haft befindet. Da sich diese Mitteilungspflicht unmittelbar aus der StPO ergibt, dürfte ein Hinweis darauf im B-Gutachten nicht negativ bewertet werden.

X. Sonstiges

[einstweilen frei]

I. Techniken / Taktiken

I. Vom Umgang mit dem Ausbilder

Ihr Ausbilder hat mit hoher Wahrscheinlichkeit eine nicht unerhebliche Berufserfahrung als Staatsanwalt angesammelt. Dabei wird er auch pro „Berufsjahr“ im Schnitt mindestens einen Referendar oder eine Referendarin ausgebildet haben und dadurch über Erfahrungswerte verfügen, auf die er – neben anderen Kriterien – abstellen wird, um Ihre Leistungen u.a. im Wege der Vergleichsmethode einzuschätzen. Sie stehen mithin in einem mittelbaren Konkurrenzkampf mit all Ihren Vorgängern. Allerdings ist die Basis eines solchen Vergleiches natürlich Veränderungen unterworfen, da Sie „mitten in die Praxis geschubst“ werden, also genau mit dem Tätigkeitsfeld befasst sein werden, mit dem sich Ihr Ausbilder gerade befassen muss und kein Fall bis ins letzte Detail dem anderen gleicht, insbesondere nicht denen, welche den Kandidaten vor Ihnen zur Bearbeitung vorlagen.

Fragen Sie Ihren Ausbilder ruhig danach, wie sich seine berufliche Situation entwickelt hat um herauszufinden, welchem „Background“ Sie gegenüberstehen und geben Sie auf die übliche Frage, ob Ihnen Strafrecht „gefällt“ eine ehrliche Antwort, die Sie auf Nachfrage auch mehr als floskelhaft begründen können sollten. Und sollten Sie „das Strafrecht“ als Rechtsgebiet in seiner Gesamtheit ablehnen und Ihr erstes Staatsexamen nicht wegen, sondern trotz der strafrechtlichen Klausuren bestanden haben, dann seien Sie bitte trotzdem offen für die Erfahrungen, welche die Station für Sie bereithält.

Neben den allgemeinen Regeln der Höflichkeit, die einzuhalten ich dringend rate, sollten Sie Wert auf Pünktlichkeit und Genauigkeit legen. Auch wenn Sie schon immer Strafverteidiger werden wollten, weil Ihnen die „Staatsmacht“ derart suspekt vorkommt, dass man ihrem Treiben Einhalt gebieten sollte – nutzen Sie die Chance die „andere Seite“ möglichst detailliert kennenzulernen, indem Sie die Ihnen übertragenen Aufgaben wie ein Vertreter eben jener „Macht“ wahrnehmen. Versetzen Sie sich in die Lage Ihres Ausbilders, der vielleicht ein „Massendezernat“ bearbeitet und dabei ständig einen Spagat zwischen Erledigungsdruck einerseits und juristisch „sauberer“ Arbeit andererseits hinlegt. Er wird Ihnen wahrscheinlich keine Akten zur Bearbeitung in der Hoffnung überlassen, dass Sie diese auf der Basis sämtlicher vertretbarer Literaturansichten „zerschreiben“. Vielmehr dürfte ihm an einer gut vertretbaren Lösung auf der Grundlage der Rechtsprechung in einem ansprechenden Stil und unter Einhaltung der wesentlichen Formalien gelegen sein. Auch sollten Sie sich (ggf. durch Nachfrage) Klarheit verschaffen, was Ihr Ausbilder als Ergebnis konkret erwartet. Eine Anklageerhebung nebst Anklagebegleitverfügung? Eine Einstellungsverfügung nebst Bescheid-Entwurf? Doch ausnahmsweise „nur“ ein Gutachten zur Rechtslage? Gehen Sie bitte davon aus, dass Vorschläge das Verfahren nach den §§ 153, 153a, 154 StPO einzustellen nicht erwartet werden, denn dies wird in der Regel formularmäßig erledigt. Das entsprechende Formular ausfüllen, kann ihr Ausbilder aber selbst und Ihre diesbezügliche Leistung ist faktisch nicht bewertbar.

Lässt Ihnen Ihr Ausbilder „freie Hand“, erbittet er ein Rechtsgutachten oder verspüren Sie sonst das Bedürfnis, dass von Ihnen gefundene Ergebnis (Entscheidung) rechtlich zu begründen, dann ist der richtige Ort für solche Erörterungen der Vermerk in Ihrer Verfügung (vgl. sogleich „Verfügungstechnik“).

1. Verfügungstechnik (Grundzüge)

Wird dem Staatsanwalt eine Akte vorgelegt, dann liegt es an ihm zu entscheiden, was mit der Akte als nächstes geschehen soll. Gleich ob er die Ermittlungspersonen auffordern will, eine bestimmte Ermittlungshandlung vorzunehmen, ob er Anträge gegenüber dem Ermittlungsrichter stellen möchte, ob er Akten beziehen oder Registerauskünfte einholen, Schriftsätze verfassen, formlose Anfragen halten, andere Akten anfordern, das Verfahren einstellen oder Anklage erheben will – er tut dies stets in der Form einer Verfügung.

Eine Verfügung ist dem Grunde nach eine Arbeitsanweisung an die Geschäftsstelle, die diese in der angegebenen Reihenfolge ausführt. Die Verfügung ist daher einerseits streng chronologisch aufzubauen und andererseits stets in sich logisch und an jeder Stelle nachvollziehbar zu gestalten. Verweisungen „nach unten“ sind zu unterlassen. Auch ist es nicht möglich darauf zu

vertrauen, dass der Empfänger (der Verfügungsausführende) die Gedankengänge des Verfügenden nachvollzieht und die einzelnen Verfügungspunkte trotz ggf. mehrdeutiger Formulierungen selbständig sinnvoll interpretiert. Bleibt in einem Verfügungspunkt, welcher die Fertigung einer Einstellungsnachricht vorsieht, etwa unklar, an welchen von zwei Verteidigern sich jene richten soll, obwohl dies aufgrund der Gesamtumstände (Anklage gegen den anderen verteidigten Beschuldigten) „von selbst“ ergibt, dann setzt die korrekte Umsetzung der Anweisungen deren Gesamtbetrachtung und ein gewisses Rechtsverständnis voraus, was von Geschäftsstellen nicht erwartet werden darf. Nicht etwa, weil die in der Regel gut ausgebildeten, qualifizierten und erfahrenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Geschäftsstellen nicht dazu in der Lage wären, diese geistige Leistung zu erbringen – im Gegenteil: Gute Geschäftsstellen erkennen Fehler der Verfügenden sofort und berichtigen diese meist „lautlos“. Dort aber, wo die rechtliche Beurteilung maßgeblich für die Interpretation eines Verfügungspunktes ist, hat der Volljurist für die Verfügung die Verantwortung zu übernehmen und darf diese nicht – auch nicht durch Ungenauigkeiten – auf die Geschäftsstelle übertragen.

Bisweilen wird zwischen internen und externen Verfügungen unterschieden. Interne Verfügungen sind solche, die sich ausschließlich an eine Stelle innerhalb der Behörde richten, während externe Verfügungen „Außenwirkung“ entfalten, weil die Verfügung gemeinsam mit den Akten („urschriftlich mit Akten“ = „u.m.A.“) die Behörde verlässt. Insoweit sei es üblich, dass interne Verfügungen ausschließlich mit einer Paraphe (Namenskürzel) und Datum versehen werden, während externe Verfügungen mit vollem Namenszug und Dienstbezeichnung unterzeichnet werden. Eine solche Unterscheidung zwischen internen und externen Verfügungen ist natürlich möglich, die daraus abgeleiteten Anforderungen an die Unterzeichnungsmethode sind nach der hier vertretenen Auffassung indes nicht zwingend. Zur Begründung wird in der Regel angeführt, dass nur bei Verfügungen mit Außenwirkung für Außenstehende erkennbar sein müsse, wer konkret die Verfügung getroffen habe, um „den richtigen Ansprechpartner“ zu identifizieren. Dem kann nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Vermerkt der Staatsanwalt beispielsweise in einer Verfügung bestimmte Wahrnehmungen und ordnet auf der Basis dieser Wahrnehmungen bestimmte behördeninterne Abläufe an, dann mag dies auf den ersten Blick wie eine interne Verfügung erscheinen. Es sind aber durchaus Konstellationen denkbar, in denen zu einem späteren Zeitpunkt (wenn beispielsweise das Gericht mit der Sache befasst ist), der Vermerkinhalt bzw. die diesem zugrunde liegenden tatsächlichen Wahrnehmungen von nicht unerheblichen Interesse werden können und die Notwendigkeit besteht, den Wahrnehmenden konkret zu identifizieren, um ihn als Zeuge zu vernehmen. Die Grundsätze der Aktenwahrheit, Aktenklarheit und Aktenvollständigkeit gebieten es darüber hinaus – eingedenk der Umstände, dass die Akten (auch wenn es solche der Staatsanwaltschaft sind) unter bestimmten Bedingungen einerseits der Akteneinsicht (auch Dritter) unterliegen können und andererseits jedenfalls gem. § 199 Abs. 2 S. 2 StPO dem Gericht mit der Anklageschrift vorzulegen sind –, dass stets erkennbar sein muss, welcher Staatsanwalt welche Verfügung getroffen hat. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass ggf. durch Abfrage von Geschäftsverteilungsplänen und elektronischen Vorlageregistern die konkrete natürliche Person identifiziert werden könnte, welche die Verfügung getroffen hat – träfe dies zu, wäre die Unterzeichnung mit vollständigem Namenszug staatsanwaltschaftlicher Verfügungen letztlich (auch bei externen Verfügungen) überflüssig.

Formal sollte eine Verfügung mindestens die Behördenbezeichnung, das Aktenzeichen des Verfahrens, in welchem sie getroffen wird und den Ort sowie das Datum ihres Entstehens enthalten. Nach diesen formalen Angaben wird die Verfügung in der Praxis als solche mittig mit der Bezeichnung „Verfügung“ oder der Abkürzung „Vfg.“ eingeleitet. Die einzelnen Verfügungspunkte (Arbeitsschritte) werden mit fortlaufenden arabischen Ziffern versehen.

Sofern ein Vermerk erforderlich ist, sollte dies in der Regel der erste Verfügungspunkt sein. Vermerke sind keine Arbeitsanweisungen an die Geschäftsstelle. Vermerke beinhalten Gedankengänge des Verfügenden und dienen als Gedächtnisstütze. Sie können auch als eine Art Notiz dienen, die eine Zusammenfassung erheblicher Tatsachen bzw. des bisherigen Ermittlungsergebnisses und die Darstellung noch klärungsbedürftiger Sachverhalte enthält. Hält der Staatsanwalt beispielsweise fernmündlich Rücksprache mit einem Verteidiger, so wird er den Inhalt des Gesprächs in Vermerkform zur Akte nehmen. Hierfür ein Beispiel:

Staatsanwaltschaft Potsdam

14469 Potsdam, 6. April 2018

Az.: 430 Js 25718 / 18

Jägerallee 10 - 12

Verfügung

1. Vermerk:

Der Verteidiger des Beschuldigten **Müller**, Rechtsanwalt Dr. Schlau, hielt heute fernmündlich Rücksprache mit dem Unterzeichner. Die Sach- und Rechtslage wurde erörtert. Er teilte mit, dass er beabsichtige, für seinen Mandanten zu den Vorwürfen inhaltlich Stellung zu nehmen und erbat die Verlängerung der Einlassungsfrist um einen Monat, die gewährt wurde.

2. 1 Monat

(Beispiel)
Staatsanwalt

Ziff. 1 der obigen Verfügung beinhaltet den Vermerk zum Inhalt des Gespräches. Der Vermerk wird von der Geschäftsstelle ignoriert. Die Ziff. 2 der obigen Verfügung enthält eine Wiedervorlagefrist. Diese gibt den Zeitraum an, nach dessen Ablauf die Akten dem Dezernenten wieder vorgelegt werden sollen. Geht vor Ablauf dieser Frist ein Schriftsatz ein, werden die Akten unabhängig von der gesetzten Frist mit dem Posteingang vorgelegt.

Will man erreichen, dass der Vermerk gelesen wird, muss man dies verfügen. Hat der Referendar beispielsweise die Aufgabe, eine Rechtsfrage zu klären, so könnte eine entsprechende Verfügung (des Referendars) wie folgt aussehen:

Staatsanwaltschaft Potsdam

14469 Potsdam, 6. April 2018

Az.: 430 Js 25718 / 18

Jägerallee 10 – 12

HANDAKTEN

Verfügung

1. Vermerk:

Anlass gibt die Bitte um gutachterliche Stellungnahme zu der Frage, ob eine Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB ausscheiden kann, wenn die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit des Täters auf verschuldeter Trunkenheit beruht.

In Rechtsprechung und Literatur besteht für die Fälle der auf verschuldeter Trunkenheit beruhenden erheblich verminderten Schuldfähigkeit des Täters bei Tatbegehung kein Einigkeit über die Voraussetzungen, unter denen der Tatrichter die fakultative Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB ablehnen darf oder gar muss.

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass es sich bei § 21 StGB um einen Schuld minderungsgrund handelt, an den eine Strafzumessungsregel anknüpft. Über die fakultative Strafrahmenschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet das Tatgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen auf Grund einer Gesamtwürdigung der bedeutsamen, schuldrelevanten Umstände des Einzelfalls. Es ist mithin Aufgabe des Tatgerichts, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die wesentlichen ent- und belastenden Umstände festzustellen, einer wertenden Betrachtung zu unterziehen und gegeneinander abzuwägen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auf Grund einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit der Schuldgehalt der Tat in aller Regel verringert ist. Um dem Prinzip zu genügen, dass die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf, erfordert die Versagung einer Strafrahmenschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB schulderhöhende Umstände, die diese Schuld minderung kompensieren. Die Ermessensentscheidung des Tatgerichtes hat sich an diesem Kompensationsgedanken nach ständiger Rechtsprechung auszurichten (vgl. BGH, Urt. v. 26.05.2004 – 2 StR 386/03, NSStZ 2004, 619).

Nach der bisherigen Rechtsprechung insbesondere des 5. Strafsenates des BGH reichte für eine solche Kompensation allerdings die generelle Steigerung des Risikos der Begehung strafbarer Handlungen nach Alkoholgenuss für sich allein nicht aus, um den Schuldgehalt der Tat zu erhöhen und schon deshalb die regelmäßige Ablehnung einer Strafraumenverschiebung bei selbstverschuldeter Trunkenheit zu rechtfertigen. Eine solche kam vielmehr nur in Betracht, wenn sich aufgrund persönlicher oder situativer Verhältnisse des Einzelfalls das Risiko der Begehung von Straftaten vorhersehbar signifikant infolge der Alkoholisierung erhöht hatte. Insbesondere dann, wenn der Täter bislang niemals unter Alkoholeinfluss aggressiv bzw. nicht wegen eines Gewaltdelikts verurteilt war, lag die Annahme einer vorhersehbaren signifikanten Risikoerhöhung fern.

Diese Rechtsprechung hat der Bundesgerichtshof zwischenzeitlich aufgegeben (vgl. BGH Beschl. v. 24.07.2017 – GSSt 3 / 17 – Anlage). Nach dieser neueren Rechtsprechung kann im Rahmen der bei der tatgerichtlichen Ermessensentscheidung über die Strafraumenverschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gebotenen Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände eine selbstverschuldete Trunkenheit die Versagung der Strafraumenmilderung auch dann tragen, wenn eine vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls nicht festgestellt ist. Maßgeblich sei dabei, dass das selbstverantwortliche Sich-Betrinken des Täters vor der Tat für sich allein einen schulderhöhenden Umstand darstellt, der im Rahmen der Ermessenausübung Berücksichtigung finden darf, ohne dass dies von einzelfallbezogenen Feststellungen dazu abhängig ist, ob sich auf Grund der jeweiligen persönlichen oder situativen Verhältnisse das Risiko der Begehung von Straftaten infolge der Alkoholisierung (für den Täter) vorhersehbar signifikant erhöht hatte. Zwar seien die Aspekte der persönlichen Vorerfahrung oder der situativen Umstände geeignet, das Maß der Schuld zu beeinflussen, etwa dann, wenn der Täter dadurch Anhalt für die Gefahr eigenen deliktischen Verhaltens hat – diese seien indessen nicht konstitutiv für die Begründung der Schuld.

Dem ist zuzustimmen. Die akute Alkoholintoxikation führt einerseits [... wird ausgeführt ...]

2. Herrn StA Beispiel
unter Bezugnahme auf den Vermerk zu Ziff. 1 dieser VfG.
m.d.B.u.K. als die erbetene Stellungnahme
3. z.d.HA.

(Bonum)
Referendar

Die Besonderheit der obigen Verfügung besteht darin, dass unter Ziff. 2 der Ausbilder direkt angesprochen wird. Er wird auf den Vermerk zu Ziff. 1 hingewiesen, welcher das vom Ausbilder erbetene Gutachten enthält und um Kenntnisnahme gebeten („m.d.B.u.K.“ = mit der Bitte um Kenntnisnahme). Der nächste Verfügungspunkt („z.d.HA.“ = zu den Handakten) sorgt dafür, dass die Verfügung zu den Handakten genommen wird. Üblicherweise wird Ziff. 2 nach Kenntnisnahme vom Kenntnisnehmenden abgezeichnet (mit Paraphe). Insgesamt handelt es sich um eine Handaktenverfügung, d.h. eine Verfügung, die ausschließlich „in der Handakte stattfindet“ und nicht zu den Sachakten genommen wird – daher oben rechts der entsprechende Zusatz.

Eine Sonderform der Vermerke sind die sogenannten Negativ-Verfügungspunkte, d.h. Arbeitsanweisungen, die nicht ausgeführt werden können. Wird das Verfahren beispielsweise eingestellt, unterbleibt aber ein Einstellungsbescheid, weil es keinen Anzeigenerstatter gibt, dann könnte die Verfügung wie folgt aussehen:

Staatsanwaltschaft Potsdam	14469 Potsdam, 6. April 2018
Az.: <u>430 Js 25718 / 18</u>	Jägerallee 10 - 12

Verfügung

1. Vermerk:
Die aufgrund der amtlichen Wahrnehmungen durchgeführten

Ermittlungen bieten keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage. Insbesondere ist dem Beschuldigten nicht mit einer die Anklageerhebung rechtfertigenden Verurteilungswahrscheinlichkeit nachzuweisen, dass er [...]

2. Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO aus den Gründen des Vermerks zur Vorziffer (**MESTA 401**).
3. o.B. – v.A.w. und kein Antrag gem. § 406d StPO gestellt
4. o.N. – kein Fall des § 170 Abs. 2 S. 2 StPO
5. Ergebnismitteilung an Polizei (MiStra 11)
6. KPS
7. Weglegen (06.04.2023)

(Beispiel)
Staatsanwalt

In der vorstehenden Verfügung sind die Gründe für die Einstellung des Verfahrens in Vermerkform niedergelegt (Ziff. 1). Die Einstellung selbst erfolgt in Ziff. 2 unter Angabe einer Erledigungskennziffer (statistische Erfassung, welche die Geschäftsstelle vornimmt). Ein Einstellungsbescheid soll nicht ergehen (vgl. Ziff. 3; „o.B.“ = ohne Bescheid), da es sich um ein Verfahren von Amts wegen handelt („v.A.w.“ = von Amts wegen), d.h. ein Antragsteller / Anzeigenerstatter im Sinne des § 171 StPO / Nr. 89 RiStBV nicht existiert. Insoweit ist von der Geschäftsstelle nichts zu veranlassen (Negativ-Verfügung). Gleiches gilt im Hinblick auf das Unterbleiben einer Einstellungsnotice („o.N.“ = „ohne Nachricht“), wobei die Gründe hierfür unter Ziff. 4 mit angegeben sind. Der Verfügungspunkt „KPS“ bedeutet „keine Prüfungssache“. Schließlich sollen die Akten weggelegt werden (üblicherweise wird eine entsprechende Weglegetfrist entsprechend der jeweiligen Aktenordnung der Länder angegeben).

Soll beispielsweise ein Verfahren eingestellt, ein Einstellungsbescheid geschrieben und eine Einstellungsnotice erteilt werden, könnte die Verfügung wie folgt aussehen:

Staatsanwaltschaft Potsdam

14469 Potsdam, 27. April 2018

Az.: **430 Js 25718 / 18**

Jägerallee 10 - 12

Verfügung

1. Einstellung gem. §§ 170 Abs. 2, 152 StPO aus den Gründen des nachfolgenden Bescheides (**MESTA 4011**)
2. Bescheid – **unter Beifügung einer Beschwerdebelehrung** – an den Anzeigenerstatter Kluge (Bl. 1 d.A.) mit einer Mehrfertigung für die Sachakten

Ihre Strafanzeige vom 1. April 2018 gegen Max Mustermann wegen Betruges

Anlage: Beschwerdebelehrung

Sehr geehrter Herr Kluge,

aufgrund des in Ihrer vorbezeichneten Strafanzeige geschilderten Sachverhaltes bestehen keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Straftat.

Sie haben angegeben, der Angezeigte habe bei der Holzmeister GmbH, deren Geschäftsführer Sie sind, am 1. März 2018 einen Bilderrahmen bestellt, wobei dessen Auslieferung von einer Baranzahlung in Höhe von 250,- Euro durch den Angezeigten abhängig gemacht worden sei, die bis zum Zeitpunkt der Anzeigeerstattung nicht gezahlt wurde. Zwar ist nicht auszuschließen, dass der Angezeigte – entsprechend Ihrer Schilderung – bereits bei Vertragsschluss nicht die Absicht hatte, die Anzahlung zu leisten. Der Tatbestand des Betruges (§ 263 StGB) setzt jedoch den Eintritt eines Vermögensnachteils voraus. Durch den Abschluss des Vertrages ist die Holzmeister GmbH zur Leistungserbringung indes nur Zug-um-Zug gegen Zahlung der Anzahlung bzw. des Kaufpreises verpflichtet. Das Vermögen der Holzmeister GmbH ist durch die den Vertragsschluss daher weder gemindert noch schadensgleich konkret gefährdet.

Da auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Angezeigte trotz der vertraglichen Gestaltung davon ausging, er werde die geschuldete Gegenleistung auch ohne Erbringung der eigenen Leistung erhalten, besteht auch kein die Aufnahme von Ermittlungen rechtfertigender Anfangsverdacht wegen versuchten Betruges.

Ich sehe mich mithin nicht berechtigt, strafprozessuale Maßnahmen anzuordnen und habe das Verfahren gem. §§ 170 Abs. 2, 152 StPO eingestellt.

Ihre zivilrechtlichen Ansprüche bleiben von dieser Entscheidung unberührt.

Hochachtungsvoll

3. o.N. – kein Fall des § 170 Abs. 2 S. 2 StPO
4. Ergebnismitteilung an Polizei (MiStra 11)
5. KPS
6. Weglegen (27.04.2023)

(Beispiel)
Staatsanwalt

Wie Sie sehen können, wurde das Verfahren in dem vorbezeichneten Beispiel mangels Anfangsverdachts eingestellt (Ziff. 1). Dem Anzeigeersteller ist als Organ der juristischen Person, die als Verletzte des angezeigten Betruges zu betrachten wäre, gemäß § 171 Abs. 1 S. 2 StPO über die Möglichkeit der Einlegung einer Beschwerde gegen den Einstellungsbescheid mit dem Ziel des hier zulässigen Klageerzwingungsverfahrens (§ 172ff. StPO) zu belehren. Die Belehrung erfolgt formularmäßig. Mit Ziff. 2 der Verfügung wird die

Geschäftsstelle/Serviceeinheit/Schreibkraft der Staatsanwaltschaft veranlasst, den gem. § 171 Abs. 1 S. 1 StPO erforderlichen Bescheid mit dem vorgegebenen Inhalt zu schreiben, diesem das entsprechende Belehrungs-Formular beizufügen und eine Mehrfertigung des Bescheides zu erstellen, welche bei der Akte verbleiben soll. In dem Bescheid selbst wird nur auf die Anzeige Bezug genommen. Weder ist von „Ermittlungsverfahren gegen ... wegen ...“ die Rede, noch wird der Max Mustermann als Beschuldigter bezeichnet. Die Beschuldigteneigenschaft kann der Max Mustermann mangels Anfangsverdachts auch nicht erlangen. Der erstellte Bescheid wird dem Dezernenten zur Unterzeichnung vorgelegt und sodann abgesandt. Der Angezeigte erhält von der Einstellung keine Nachricht, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (Ziff. 3). Die Polizei wird über die Einstellung informiert (Ziff. 4). Es handelt sich nicht um eine Prüfungssache (Ziff. 5) und schließlich werden die Akten weggelegt (Ziff. 6).

Wurden Ermittlungen durchgeführt, die keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage bieten, könnte die Einstellung beispielsweise so verfügt werden:

Staatsanwaltschaft Potsdam

14469 Potsdam, 27. April 2018

Az.: **430 Js 25718 / 18**

Jägerallee 10 - 12

Verfügung

1. Einstellung gem. § 170 Abs. 2 aus den Gründen des nachfolgenden Bescheides (**MESTA 401**)
2. Bescheid – **unter Beifügung einer Beschwerdebelehrung** – an den Anzeigerstatter Kluge (Bl. 1 d.A.) mit einer Mehrfertigung für die Sachakten

Ermittlungsverfahren gegen Max Mustermann wegen Raubes u.a.
Ihre Strafanzeige vom 1. März 2018

Sehr geehrter Herr Kluge,

die aufgrund Ihrer vorbezeichneten Strafanzeige durchgeführten Ermittlungen bieten keinen genügenden Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage.

Der Beschuldigte hat bestritten, Sie in Potsdam mit einem Baseballschläger niedergeschlagen und Ihnen die Geldbörse entwendet zu haben und sich dahingehend eingelassen, sich am Tattag beruflich in München aufgehalten zu haben. Da Sie angegeben haben, den Täter aufgrund seiner Maskierung nicht wiedererkennen können, die vernommenen Zeugen den Aufenthalt des Beschuldigten in München bestätigt haben und keine sonstigen objektiven Beweismittel zur Verfügung stehen, ist dem Beschuldigten seine Einlassung nicht mit einer die Anklageerhebung rechtfertigenden Verurteilungswahrscheinlichkeit zu widerlegen.

Hinsichtlich des von Ihnen weiter geschilderten Sachverhaltes, der Beschuldigte habe die Zeugin Henne am 2. April 2018 auf offener Straße als „verrückte Kuh“ bezeichnet, als diese den Beschuldigten auf den von Ihnen im Vorfeld geäußerten Verdacht bezüglich der Begehung des Raubes angesprochen habe, hat die Zeugin Henne als Verletzte

ausdrücklich auf einen Strafantrag verzichtet, der gem. §§ 194, 77 Abs. 1 StGB für die Verfolgung eines Beleidigungsdeliktes (§ 185ff. StGB) erforderlich wäre.

Ich habe daher das Verfahren insgesamt gemäß § 170 Abs. 2 StPO eingestellt.

Die anliegende Beschwerdebelehrung bezieht sich nur auf die Einstellung des Verfahrens wegen des Vorwurfs des Raubes.

Hochachtungsvoll

3. Einstellungsnachricht an den Beschuldigten **Mustermann** (Bl. 16 d.A.)
4. Ergebnismitteilung an Polizei (MiStra 11)
5. KPS
6. Weglegen (27.04.2023)

(Beispiel)
Staatsanwalt

Die Besonderheit im vorstehenden Beispiel besteht darin, dass der Anzeigerstatter offensichtlich zwei verschiedene prozessuale Taten zur Anzeige gebracht hat (besonders schwerer Raub zu seinem Nachteil und Beleidigung zum Nachteil der Zeugin Henne). Hinsichtlich der Beleidigung ist der Anzeigerstatter aber weder Verletzter im Sinne der §§ 171, 172 StPO, noch ist das Klageerzwingungsverfahren zulässig (§ 172 Abs. 2 S. 3 StPO i.V.m. § 374 Abs. 1 Nr. 2 StPO). Aus diesem Grunde muss der Anzeigerstatter darauf hingewiesen werden, dass sich die Beschwerdebelehrung nur auf jene prozessuale Tat bezieht, hinsichtlich derer er selbst Verletzter und das Klageerzwingungsverfahren zulässig ist. Der Beschuldigte erhält eine Einstellungsnachricht (Ziff. 3), da er vernommen worden ist (§ 170 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Einstellungsnachricht wird – da ihr Inhalt durch die Verfügung nicht vorgeben ist – sich in dem formularmäßigen Satz erschöpfen, dass gegen den Beschuldigten geführte Ermittlungsverfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt wurde.

2. Anklagebegleitverfügung

Neben Einstellungsverfügungen dürfte die häufigste Verfügungsform, mit welcher der Referendar in der Ausbildung konfrontiert werden wird, die Anklagebegleitverfügung (als Abschlussverfügung) sein. Die Formulierungen unterscheiden sich zum Teil von Behörde zu Behörde und von Dezernenten zu Dezernenten. In Brandenburg existieren auch zahlreiche, einheitliche Formulare. Die nachstehenden Beispiele für Anklagebegleitverfügungen (Abschlussverfügungen) sind daher allenfalls als Anregung zu verstehen.

Die „einfachste“ Variante einer Anklagebegleitverfügung enthält lediglich vier Verfügungspunkte:

Staatsanwaltschaft Potsdam

14469 Potsdam, 27. April 2018

Az.: **430 Js 25718 / 18**

Jägerallee 10 - 12

Verfügung

1. Die Ermittlungen sind abgeschlossen (§ 169a StPO).

2. Zu fertigende Ablichtung der anliegenden Anklageschrift zu den Handakten nehmen.
 3. U.m.A.
dem Amtsgericht
- Strafrichter -
in Potsdam

unter Bezugnahme auf den Antrag in der anliegenden Anklageschrift übersandt.
 4. 3 Monate
- (Beispiel)
Staatsanwalt

Der Abschluss der Ermittlungen ist gem. § 169a StPO in den Akten zu vermerken (Ziff. 1). Ab diesem Zeitpunkt besteht ein unbeschränktes Einsichtsrecht der Verteidigung (§ 147 Abs. 2 S. 1 StPO). Die Ziff. 2 der obigen Verfügung sorgt dafür, dass die Geschäftsstelle die Anklageschrift ablichten und zu den Handakten heften wird, damit diese dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft zur Verfügung steht. Sodann wird die Verfügung im Original mit den Akten („U.m.A.“ = urschriftlich mit Akten) an das zuständige Gericht übersandt (Ziff. 3), welches auf den Eröffnungsantrag in der Anklageschrift hingewiesen wird (§ 199 Abs. 2 StPO). Die notierte Frist (Ziff. 4) dient der Überwachung des Fortgangs des Verfahrens durch den zuständigen Dezernenten.

Die Anklagebegleitverfügung kann natürlich mit anderen Schritten „angereichert“ werden. Nicht unüblich sind beispielsweise Teileinstellungen:

Staatsanwaltschaft Potsdam	14469 Potsdam, 27. April 2018
Az.: <u>430 Js 25718 / 18</u>	Jägerallee 10 - 12
<u>Verfügung</u>	
1. <u>Vermerk:</u>	
Hinsichtlich des Vorwurfs der gefährlichen Körperverletzung besteht kein hinreichender Tatverdacht. Die Einlassung des Beschuldigten ist diesem nicht mit einer die Anklageerhebung rechtfertigenden Verurteilungswahrscheinlichkeit zu widerlegen.	
2. Einstellung gem. § 170 Abs. 2 StPO im Umfang und aus den Gründen des Vermerks zu Ziff. 1 dieser Vfg.	
3. Bescheid – unter Beifügung einer Beschwerdebelehrung – mit einer Mehrfertigung für die Sachakten an den Anzeigerstatter Kluge (Bl. 1 d.A.)	
Ermittlungsverfahren gegen Max Mustermann wegen Diebstahls u.a. Ihre Strafanzeige vom 1. Januar 2018	

Sehr geehrter Herr Kluge,

die im Hinblick auf den in Ihrer vorbezeichneten Strafanzeige geschilderten Sachverhalt durchgeführten Ermittlungen bieten, soweit es den Vorwurf der Körperverletzung betrifft, keinen genügende Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage.

[...es folgt die Begründung...]

Im Übrigen habe ich mit Verfügung vom heutigen Tage wegen des von Ihnen angezeigten Diebstahls Anklage gegen den Beschuldigten erhoben.

Hochachtungsvoll

4. o.N. – da Anklage im Übrigen.
5. Die Ermittlungen sind abgeschlossen (§ 169a StPO).
6. Zu fertige Ablichtung der anliegenden Anklageschrift zu den Handakten nehmen.
7. U.m.A.
dem Amtsgericht
- Strafrichter -
in Potsdam

unter Bezugnahme auf den Antrag in der anliegenden Anklageschrift übersandt.

8. 3 Monate

(Beispiel)
Staatsanwalt

Beachten Sie bitte, dass der Verfügungspunkt zu Ziff. 4 im obigen Beispiel nicht in jeder Hinsicht korrekt ist. Da es sich um eine eigenständige prozessuale Tat handelt (andernfalls käme eine Teileinstellung nicht in Betracht!), ist der Beschuldigte nach Maßgabe des § 170 Abs. 2 StPO zu benachrichtigen. In der Praxis wird hiervon jedoch häufig – entsprechend des vorstehenden Beispiels – Abstand genommen, wenn wegen einer anderen prozessualen Tat, die ebenfalls Gegenstand der Ermittlungen im selben Ermittlungsverfahren war, Anklage erhoben wird.

Denkbar sind auch Teileinstellungen nach § 154 StPO bzw. Verfolgungsbeschränkungen gem. § 154a StPO, wobei diese hinsichtlich der Bescheidungs- und Nachricht-Erfordernisse den allgemeinen Regeln folgen. Für Beschränkungen nach § 154a StPO ist zudem die konkrete Beschreibung – möglichst mit Sachverhaltsbeschreibung – des nicht angeklagten Tatteils im Vermerk (Ziff. 1) erforderlich. Darüber hinaus kommt eine Einbeziehung gem. § 154a StPO ausgeschiedener Teile einer Tat oder Gesetzesverletzungen durch das Gericht gem. § 154a Abs. 3 StPO nur in Betracht, wenn diese ausgeschiedenen Teile in der Anklageschrift zumindest „anklingen“, d.h. die Verfahrensbeteiligten der Anklageschrift den Sachverhalt so hinreichend umgrenzt entnehmen können, dass die durch die Anklageerhebung begründete Kognitionspflicht (die sich auf die prozessuale Tat als Ganzes bezieht) nicht in Zweifel stehen kann. M.a.W.: Was nicht aus der Anklageschrift erkennbar ist, kann auch nicht wieder einbezogen werden.

II. Klausurentchnik

1. Allgemeines

Machen Sie sich von dem Gedanken frei, dass Ihre Lösung einer Klausur eine Ihnen „gehörende“ Leistung ist. Zwar sind Sie es, der den juristischen Sachverstand aufbringen muss, um den Ihnen vorliegenden Aktenauszug einer vertretbaren Lösung zuzuführen – Sie schreiben die Klausur aber letztlich für zwei Volljuristen, denen die Aufgabe zukommt, Ihre Arbeit zu bewerten, obwohl die Rechtswissenschaften keine „exakten Wissenschaften“ sind. In Ermangelung einer einzig wahren Lösung ist es für den Korrektor durchaus mit Schwierigkeiten verbunden, eine angemessene Benotung zu finden – unabhängig davon, wie sehr Sie von der amtlichen Lösungsskizze abgewichen sind. Vor diesem Hintergrund empfehle ich, sich beim Schreiben der Klausur in die Lage des Korrektors zu versetzen. Dieser kann nicht in Ihren Kopf hineinschauen und daher auch nicht die genialen Einfälle und Gedankengänge, die Sie während des Schreibens hatten, nachvollziehen und bei seiner Beurteilung berücksichtigen. Er ist auf das / Ihr geschriebene/s Wort angewiesen.

Nehmen Sie den Korrektor also gleich von Beginn Ihrer Lösung an auf eine Reise mit. Ein Korrektor, der den Faden verliert, weil Sie ständig in der logischen Prüfungsreihenfolge eines Tatbestandes / eines Sachverhaltes hin und her springen; oder weil Sie nicht klar herausarbeiten, welches konkrete Verhalten (Handeln oder Unterlassen) von welchem Beschuldigten Sie unter welchem rechtlichen Aspekt gerade würdigen; oder weil Sie einen Sachverhalt prüfen, ohne mitzuteilen, auf welcher Beweisgrundlage (mit welchen Beweismitteln) Sie (in der gedachten Hauptverhandlung) überhaupt zu der Annahme kommen (wollen), dass sich dieser so zugetragen hat (Sachverhaltsquetsche!), ist ein verstimmt Korrektor. Weichen Sie ohne Not von der Rechtsprechung ab und zwingen den Korrektor so dazu, Ihre Lösung auf der Basis einer ungewöhnliche Auffassung „nachzuprüfen“ oder offenbaren Sie Wissenslücken in den strafrechtlichen Grundlagen oder zeigen Sie sich von Zeitnot geplagt oberflächlich oder bereiten Sie Selbstverständlichkeiten bis ins letzte Detail hoch wissenschaftlich auf, ist Ihr Korrektor mit Sicherheit verärgert. Wenn dann hinzukommt, dass Ihr Stil juristischen Mindestanforderungen nicht mehr gerecht wird und Sie dann auch noch im B-Gutachten faktisch eine Nichtleistung abliefern, haben Sie den Korrektor gänzlich gegen sich aufgebracht. Die Anklageschrift wird Sie dann auch nicht mehr retten. Diese zu korrigieren bedeutet ohnehin überwiegend die Suche nach Abweichungen vom „Erwartbaren“. Das mag zunächst verwunderlich erscheinen, denn immerhin gibt es außer den Regelungen in §§ 199 Abs. 2 S. 1, 200 StPO und Nr. 110 – 114 RiStBV keine zwingend zu beachtenden Vorgaben. Weil sich in der Praxis aber gewisse Gepflogenheiten für den Aufbau einer Anklageschrift herausgebildet haben, wird ein verärgert Korrektor Abweichungen davon gerne als Bestätigung eben jener Verärgerung verstehen und sich in dem Drang, eine „schlechte“ Note zu vergeben, bestärkt fühlen. Es muss Ihnen daher Alles daran gelegen sein, Ihren Korrektor in eine weiche Wolke aus Sprache und Logik zu packen und ihn über Ihre Lösung sanft hinweg gleiten zu lassen. Seien Sie sein Reisebegleiter und erklären Sie ihm, was Sie tun und warum und wieso Sie von Ihrer Lösung überzeugt sind.

Stellen Sie sich vielleicht auch vor, er wäre Ihr bester Freund oder Ihre beste Freundin, dem / der Sie freundlich mitteilen müssen, warum Sie sich für diese und keine andere Lösung entschieden haben, weil dieser nach jedem Satz immer wieder die Frage stellt: „Warum?“. Allerdings haben Sie einen Vorteil: Ihr hartnäckig fragendes, fiktives Gegenüber „kann Jura“. Sie müssen also nicht beim „Urschleim“ anfangen. Stellen Sie beim Schreiben mit der „Warum“-Methode allerdings fest, dass Sie ein Tatbestandsmerkmal „mehrere Ebenen tief“ definieren müssen um den Sachverhalt sauber zu subsumieren, ohne dass dies lächerlich wirkt, dann haben Sie wahrscheinlich einen Klausurschwerpunkt entdeckt. Freuen Sie sich darüber ruhig, denn Ihr – in Wattewolken über Ihrem Text daher-schwebender – Korrektor wird es auch tun!

Da wir gerade bei Emotionen angekommen sind – bevor Sie über eine Stelle „hinwegschreiben“ bei der Sie unsicher sind oder bei der Sie – warum auch immer – Angst verspüren, halten Sie kurz inne, holen Sie Luft und strukturieren Sie sich. Unsicherheiten formuliert man nämlich unbewusst in seine Texte mit hinein. Vermeiden Sie in diesen Momenten besser „Kraftwörter“ wie „zweifelsfrei“ und „selbstverständlich“, denn diese können für den Korrektor genauso gut Signalwörter für eben das sein, was Sie mit ihnen zu kompensieren suchen. Und schlussendlich – der Verweis auf eine Rechtsprechung, die Sie gerade erstmals im Kommentar als Kurzfassung

zur Kenntnis genommen haben, als „ständig“ oder „höchstrichterlich“ ist gefährlich. Ein solcher Verweis ersetzt einerseits keine Argumentation, auf die es vielleicht gerade ankommt um den Schwerpunkt einer Klausur ansprechend auszugestalten. Andererseits handelt es sich vielleicht um eine Rechtsprechung, die hinter „a.A.“ zitiert wurde und somit von der ganz überwiegenden Rechtsprechung abweicht und vielleicht hat Ihr Korrektor auch noch die Lust und die Zeit dazu, seinen vermeintlichen Wissensmangel zu beheben und die von Ihnen als „ganz herrschende höchstrichterliche“ bezeichnete und damit zum Autoritätsargument hoch stilisierte Rechtsprechung nachzuschlagen... wie sich die Ergebnisse einer solchen „Tiefenrecherche“ auf Ihre Benotung auswirken, lässt sich nur mutmaßen. Es steht aber fest, dass Ihnen zu einer solchen Nachprüfung in der Klausur die Zeit fehlt. Sie sollten in der Kommentierung gefundene Lösungen daher stets nur zum Anlass nehmen, diese als eigene Leistung „zu verkaufen“ bzw. die Gründe dafür, warum Ihre eigene Lösungsskizze abweicht, selbstkritisch zu hinterfragen.

2. Management

Ruhe, Gelassenheit, Selbstvertrauen – Dinge, die Sie genauso benötigen, wie Wissen und Erfahrung. Nun kann zwar das eine durch das andere entstehen – ohne aber der Versuchung zu erliegen, hier Tipps dazu zu geben, wie Sie wohl zum besseren Juristen oder gar Menschen werden könnten und streng auf das Examen bezogen nur drei kleine Ratschläge, wie Sie „bessere“ Examensklausuren schreiben: Üben, üben und nochmals üben. Nutzen Sie jeden Klausurenkurs, den Sie finden und sinnvoll bewältigen können, denn die Vielfalt der in eine Examensklausur einbaubaren Fallstricke ist begrenzt. Sie werden nach einigen Klausuren einen Wiedererkennungseffekt bemerken, der Ihnen eine gewisse Selbstsicherheit vermitteln dürfte. Und wenn Sie dann die Grundprobleme einer Klausur erkannt und aufgrund Ihrer Erfahrungen aus den Übungen die Möglichkeit und die Zeit haben, die konkreten Besonderheiten des Ihnen vorliegenden Falles herauszuarbeiten, sind Sie mit einem Bein im VB.

Planen Sie für die Anklageschrift großzügig Zeit ein. In zehn Minuten schreibt auch der erfahrenste Oberstaatsanwalt keine vollständige Anklageschrift mit zwei Beschuldigten, drei Tatkomplexen und wechselnden Beteiligungsformen mit Delikten aus verschiedenen StGB-Abschnitten. Und das, obschon ihm die üblichen Formalia „von der Hand gehen“ dürften. Sie sollten für eine ähnliche Leistung durchaus 60 Minuten einplanen. Abhängig davon, wie detailliert Sie Ihre Lösungsskizze „mögen“, dürften Sie hierfür auch gut und gerne 60 bis 90 Minuten aufwenden. Für das Schreiben des eigentlichen Gutachtens bleiben Ihnen mithin ca. 2,5 Stunden. Diese zeitlichen Angaben sind allerdings naturgemäß nur Vorschläge. Probieren Sie „sich selbst aus“ und finden Sie (durch Übung!) Ihren eigenen Weg / Ihren auf Ihre Bedürfnisse zugeschnitten Zeitplan.

Es ist letztlich eine Selbstverständlichkeit, dass Stifte, Papier, Gesetzestexte und Kommentare vorhanden und verwendbar sein sollten.

Beginnen Sie das Lesen der Klausur grundsätzlich mit dem Bearbeitervermerk. Dieser enthält elementare Hinweise zur Art und zum Umfang Ihrer Aufgabenstellung.

Üblicherweise werden Sie aufgefordert, den Sachverhalt hinsichtlich konkret benannter Beschuldigter strafrechtlich und strafprozessual zu begutachten, wobei auf alle im Sachverhalt angelegten Rechtsfragen, gegebenenfalls hilfsgutachterlich, einzugehen ist. Dies meint nichts anderes als die Erstellung eines materiellrechtlichen Gutachtens (A-Gutachten; „strafrechtlich“) und eines B-Gutachtens („strafprozessual“). Es kommt selten vor, dass die Beschuldigten nicht konkret bezeichnet werden. Sie prüfen dann in jedem Falle gleichwohl hinsichtlich aller in dem Aktenauszug vorkommender Beschuldigten entsprechend des üblichen Aufbaus, dürfen dann aber grundsätzlich (im B-Gutachten) auch eine Anfangsverdachtsprüfung bezüglich anderer Personen vornehmen. Auf die Ausführungen im **Skript Teil B.I.2** [S. 25] wird Bezug genommen.

Durch den Bearbeitervermerk werden Sie sodann i.d.R. aufgefordert, „die Abschlussentscheidung der Staatsanwaltschaft XY, die am [DATUM] ergeht“ zu entwerfen. Damit ist das Ziel der Klausur vordefiniert – Sie sollen eine Anklageschrift verfassen.

[...wird fortgesetzt...]

3. „Die Einleitungen“

Wie Sie bereits wissen, richtet sich ihr Prüfungsmaßstab nach den §§ 170 Abs. 1, 203 StPO (vgl. **Skript Teil B.II** [S. 25]). Es wirkt regelmäßig geschickt, wenn Sie Ihrem Korrektor zu Beginn Ihres Gutachtens mitteilen, dass Sie das wissen. Etwa könnten Sie eine Einleitung Ihres A-Gutachtens wie folgt formulieren:

„Gegen den Beschuldigten ist öffentliche Klage zu erheben, wenn hinreichender Tatverdacht besteht (§§ 170 Abs. 1, 203 StPO). Dies setzt voraus, dass auf der Grundlage der vorhandenen Beweise unter Berücksichtigung ihrer Verwertbarkeit eine Verurteilungswahrscheinlichkeit besteht.“

Damit ist „das Ziel der Reise“ definiert. Im Folgenden begeben Sie sich auf die Suche nach jener, die Anklageerhebung rechtfertigenden Verurteilungswahrscheinlichkeit.

Ist der dabei zu würdigende Sachverhalt in objektiver Hinsicht „strittig“, z.B. weil der Beschuldigte bestreitet und Sie eine vertiefte Beweiswürdigung vornehmen müssen, weil unmittelbare Tatzeugen nicht vorhanden sind oder deren Bekundungen Raum für Interpretationen lassen und sich die Tätereigenschaft des Beschuldigten daher nur durch eine Gesamtbetrachtung aller mühsam vom Klausurenverfasser verstreut in den Aktenauszug eingearbeiteten Indizien begründen lässt, könnten entsprechende „Obersätze“ wie folgt lauten (Beispiel Diebstahl):

„Fraglich ist, ob dem Beschuldigten mit einer die Anklageerhebung rechtfertigenden Verurteilungswahrscheinlichkeit nachzuweisen ist, dass er die Geldbörse der Zeugin X entwendet hat. Der Beschuldigte bestreitet den Vorwurf, die nicht in seinem Eigentum stehende und damit fremde Geldbörse an sich genommen zu haben. Keiner der Zeugen hat den Beschuldigten dabei beobachtet, wie dieser die Geldbörse aus dem Mantel der Zeugin an sich genommen und dadurch fremden Gewahrsam gebrochen und neuen begründet hat. Allerdings spricht für diesen Geschehensablauf zum einen der Umstand, dass die Zeugin bekundet hat, den Verlust des Tatobjekts am... im... wahrgenommen zu haben und zum anderen die Tatsache, dass anlässlich der Durchsuchung des Beschuldigten die Geldbörse bei diesem sichergestellt werden konnte. Zudem war der Beschuldigte im wahrscheinlichen Tatzeitpunkt am Tatort, denn der Zeuge...“.

Denkbar ist auch, dass die erforderliche Beweiswürdigung sich auf den subjektiven Tatbestand bezieht. Wird etwa die Zueignungsabsicht beim Diebstahl bestritten, könnte man die diesbezüglichen Erörterungen wie folgt einleiten:

„Der Beschuldigte hat sich dahingehend eingelassen, dass er das Fahrzeug nach dessen Benutzung dem Zeugen X zurückgeben habe wollen. Vor dem Hintergrund der durch die Polizeibeamten Y und Z geschilderten Auffindesituation ist die sinngemäße Erklärung des Beschuldigten, er habe den Eigentümer nicht dauerhaft aus dessen Position verdrängen wollen, als Schutzbehauptung zu werten: Zwar räumt der Beschuldigte ein, dass Fahrzeug zweckentsprechend genutzt, sich also zumindest vorübergehend mit entsprechender Absicht angeeignet zu haben. Gerade weil das Fahrzeug aber so abgestellt wurde, dass es dem Zugriff Dritter ausgesetzt war und es letztlich dem Zufall überlassen blieb, ob das Fahrzeug jemals wieder an den Berechtigten zurückgelangen würde, kann aber der gegen einen

Enteignungswillen sprechende Teil der Behauptungen des Beschuldigten widerlegt werden. ...“

Beachten Sie bitte, dass die Bewertung einer Einlassung als „Schutzbehauptung“ für sich genommen keine Beweiswürdigung im engeren Sinn ist. Ob es sich um eine Schutzbehauptung handelt, lässt sich letztlich nur feststellen, wenn Sie die Behauptung selbst widerlegen können oder wenn das Einlassungsverhalten für sich genommen fundamentalen naturwissenschaftlichen Grundsätzen widerspricht. Mit anderen Worten: Die „Geschichte vom Ufo“, welches das Opfer überfahren haben soll, ist derart lebensfremd und unplausibel, dass sie, obschon sie im engeren Sinn vielleicht nicht widerlegt werden kann, nicht zur Entlastung dienen kann. Belastet ist der Beschuldigte dadurch, dass er eine Schutzbehauptung abgibt, die Sie widerlegen können, gleichwohl nicht. Die Beweisbarkeit der Tätereigenschaft des Beschuldigten müssen Sie selbst dann aufgrund der Klausurindizien herleiten, wenn Sie die vom Beschuldigten geschilderte Sachverhaltsschilderung anhand der Beweislage widerlegen können. Kurz: Wer nachweisbar lügt, ist dadurch noch nicht zwingend überführt!

[...wird fortgesetzt... (zu „Rechtsproblemen“)...]

4. taktische Erwägungen als Lösungshilfe

a) Keine „Totaleinstellungen“

Die Anfertigung einer staatsanwaltschaftlichen Abschlussverfügung / Anklagebegleitverfügung ist in Berlin/Brandenburg durch den Bearbeitervermerk regelmäßig erlassen. Dies gilt auch für ggf. erforderliche Teileinstellungsverfügungen und die Fertigung von Einstellungsbescheid-Entwürfen. Nur wenn nach dem Ergebnis des Gutachtens das gesamte Ermittlungsverfahren (hinsichtlich aller Beschuldigten & aller prozessualen Taten) einzustellen ist, bedarf es der Fertigung einer Einstellungsverfügung, erforderlichenfalls mit Entwurf eines Einstellungsbescheides. Aus diesem Ausnahmecharakter der Fertigungspflicht folgt, dass ein entsprechendes Ergebnis in aller Regel nicht der Lösungsskizze entsprechen wird. Es soll nämlich lediglich sichergestellt werden, dass Sie im Falle einer „Totaleinstellung“ keinerlei praktische Leistung abliefern. Sie können daher davon ausgehen, dass zumindest hinsichtlich eines Beschuldigten wegen mindestens einer prozessualen Tat ein hinreichender Tatverdacht nach der Lösungsskizze bestehen soll und jene anzuklagen ist. Beachten Sie aber bitte, dass Sie durch den in Berlin/Brandenburg vom GJPA gewählten Weg, Sie von der „Schwierigkeiten“ einer Einstellungsverfügung zu entbinden, nicht davon befreit sind, auf die Notwendigkeit von Teileinstellungen unter Berücksichtigung etwaiger Bescheidungspflichten und Benachrichtigungserfordernissen lösungsbezogen im B-Gutachten hinzuweisen (vgl. **Skript Teil H.II** [S. 115]).

b) Adjunktion der Belastungsindizien

c) Kontravalenz der Indizien

d) Distraktoren

e) Bearbeitervermerk als Erbkönig

f) Abbruch ohne Hilfsgutachten

5. Konkurrenzen

Die Bestimmung der Konkurrenzverhältnisse der Delikte erweist sich für Referendare in aller Regel als eine Schwierigkeit. Dies dürfte dem Umstand geschuldet sein, dass die Konkurrenzlehre im ersten Staatsexamen üblicherweise keine Rolle spielt und selbst Grundlagenwissen nicht ausnahmslos erwartet wird. Im Assessorexamen wird jedoch – nicht zuletzt wegen der praktischen Bedeutung (vgl. **Skript Teil G.V** [S. 111]) – erwartet, dass Sie in der Lage sind, das konkurrenzrechtliche Verhältnis zu beurteilen und zu begründen. Besonders vertiefte Kenntnisse werden gleichwohl nicht vorausgesetzt, zumal – mit entsprechender Begründung – im Bereich der Konkurrenzen häufig verschiedene Ansichten vertretbar sind. Sich

Grundlagenwissen anzueignen ist jedoch erforderlich, weil die Konkurrenzlehre den (erfolgreichen) Aufbau einer Klausurprüfung mitbestimmt. Die Aneignung von Grundlagenwissen zu den Konkurrenzen wird jedoch dadurch erschwert, dass die Ausbildungsliteratur vielfältig, teilweise unübersichtlich, in der Diktion heterogen und ihr jeweiliger Mehrwert vom Aufbau und individueller Vorkenntnis abhängig ist. Obschon die folgende Darstellung Sie in die Lage versetzen soll, die Grundprinzipien nachzuvollziehen, bildet sie in Bezug auf die vorbeschriebenen Unzulänglichkeiten wohl keine Ausnahme. Eine vertiefte Darstellung können Sie der „Standardkommentierung“ entnehmen (vgl. Fischer, 67. Aufl. 2020 StGB, vor § Rn. 1 – 67), die schon wegen Ihres Umfangs die mit einer Annäherung an die Konkurrenzlehre verbundenen Herausforderungen verdeutlicht. Als weitere Literaturhinweise erlaube ich mir zu empfehlen: *Rückert*, „Die Lehre von den Konkurrenzen in der Klausurpraxis“, JA 2014, S. 826ff.; *Kretschmer*, „Konkurrenzlehre (§§ 52 und 53 StGB) im Strafrecht Teil I und II“, JA 2019, 581ff. und 666ff.; *Rönnau*, „Grundwissen – Strafrecht: Konkurrenzen“ in JuS 2021, 17ff.

Die Unterscheidung zwischen Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatmehrheit (§ 53 StGB) richtet sich nach dem Handlungsbegriff. „Dieselbe Handlung“ im Sinne des § 52 StGB (vgl. Wortlaut) wird auch als **Handlungseinheit** bezeichnet. Liegt Handlungseinheit vor, ist mithin grundsätzlich § 52 StGB anzuwenden. Andernfalls liegt Handlungsmehrheit vor, die grundsätzlich zur Tatmehrheit im Sinne des § 53 StGB führt. „Grundsätzlich“ deshalb, weil die Handlungseinheit bzw. die Handlungsmehrheit nur eine von mehreren Voraussetzungen für die Anwendung der Vorschriften ist.

Teilweise wird zum Prüfungsaufbau in der Klausursituation empfohlen, sämtliche Handlungen gemeinsam zu prüfen, bei denen sich keine Unterschiede im Prüfungsergebnis ergeben. Gegen diesen Hinweis ist grundsätzlich nichts einzuwenden – stellen wir uns aber vor, der Täter schießt dreimal in kurzer Abfolge auf sein Opfer, aber nur der dritte Schuss trifft tödlich. Würde man jeden Schuss isoliert prüfen, hätte dies zur Folge, dass zwei versuchte Tötungsdelikte und ein vollendetes Tötungsdelikt zu bejahen wären. Es handelt sich aber offensichtlich um einen Fall der sukzessiven Tatbestandsverwirklichung (dazu sogleich), der entweder (wohl richtigerweise) als (konkurrenzlose) natürliche Handlungseinheit oder als tatbestandliche Handlungseinheit oder als Bewertungseinheit, in jedem Fall aber im Ergebnis als eine Handlung im juristischen Sinn zu bewerten sein wird und bei dem schließlich im Ergebnis nur ein vollendetes Tötungsdelikt anzuklagen sein wird. Dieser in der Literatur zuweilen als „normative Selbstverständlichkeit“ bezeichnete Umstand liegt schon deshalb, weil das Unrecht in einem entsprechenden Schuldspruch umfassend zum Ausdruck kommen würde, derart auf der Hand, dass das „Endergebnis“ den Prüfungsaufbau determiniert, ohne dass Sie vertieft darüber nachdenken dürften.

Um das klarzustellen: Selbst wenn Sie im vorgenannten Beispiel alle Tatbestände (2x Versuch; 1x Vollendung) vollständig prüfen und bejahen, müssten Sie bei Annahme von Handlungseinheit (§ 52 StGB) wohl zu dem Ergebnis kommen, dass die Vollendung die Versuchstaten im Wege der materiellen Subsidiarität verdrängt (Gesetzeskonkurrenz). Und auch bei der eher nur durch entsprechende vertiefte Begründung nachvollziehbaren Annahme von Handlungsmehrheit (§ 53 StGB) dürften die Versuchsdelikte wohl als mitbestrafte Vortaten hinter die Vollendung zurücktreten. Dieses Prüfungsergebnis verstanden als „Anklageergebnis“ legt also nahe, alle drei Schüsse nur unter dem Aspekt eines vollendeten Tötungsdeliktes zu betrachten, auch wenn man sonst dem Postulat des „Zeitlupenstrafrechts“ folgend, jede einzelne Handlung isoliert betrachten und strafrechtlich begutachten sollte. Aber bitte verstehen Sie mich nicht falsch: Natürlich ist es vertretbar, 2x Versuch und 1x Vollendung eines Tötungsdeliktes anzunehmen, dann aber gebietet es schon die allgegenwärtige Zeitnot in der Klausur, dem (hoffentlich) jedenfalls im Rahmen der – auf Basis des „Zeitlupenstrafrechts“ erstellten – Lösungsskizze gefundenen Ergebnis zum „Verbleib“ der Versuchstaten dadurch Rechnung zu tragen, dass man ausschließlich den hinreichenden Tatverdacht in einem (je nach Schwierigkeit mehr oder weniger detailreichen) gutachterlichen Prüfungsaufbau belegt, die „mitverwirklichten“ (hinter dieser Begrifflichkeit wird häufig die Handlungseinheit „versteckt“) Versuchsdelikte aber allenfalls auf Konkurrenzebene als „verdrängt“ kurz anspricht. Wirklich „falsch“ kann das Ergebnis nicht sein. Es wird im Übrigen der praktischen Herangehensweise, die Ihre Korrektoren gewohnt sein dürften, am ehesten im Ergebnis gerecht, ohne den Anspruch auf akademische Genauigkeit völlig aufzugeben. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass die Konkurrenzlehre nach allgemeiner Meinung u.a. dem Ziel dient, Straftaten voneinander abzugrenzen, um ihren jeweiligen Schuldgehalt zu sanktionieren und im Schuldspruch des Urteils den Unrechtsgehalt,

mithin alle schuldrelevanten Umstände, erschöpfend und ohne Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot zum Ausdruck zu bringen (sog. „Klarstellungsfunktion“ und „Ausschöpfungsgebot“). Welcher Mehrwert wäre zur Erreichung dieses Ziels aber damit verbunden, würden Sie im „Drei-Schuss-Beispiel“ die Versuchstaten im Schuldspruch aufführen, wenn doch auch der dritte (tödliche) Schuss ein „Versuchsstadium“ (nämlich bis zum „Einschlag“ der Kugel) durchläuft, Sie aber wohl nicht auf die Idee kämen, jenen gesondert im Schuldspruch darzustellen? Das der Täter zwar in unmittelbarer Abfolge, zunächst aber „nur“ vergeblich auf sein Ziel geschossen hat, könnten Sie bei einer Verurteilung „nur“ wegen eines vollendeten Tötungsdeliktes im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigen.

Für die (gedankliche / Lösungsskizzen-) Prüfung bietet es sich also an, zunächst danach zu fragen, ob Handlungseinheit vorliegt. Liegt keine Handlungseinheit vor, ist Handlungsmehrheit gegeben. Die bloße Zeitgleichheit eines tatsächlichen Geschehens begründet noch keine Handlungseinheit, weshalb die zeitliche Komponente von nachrangiger Bedeutung ist.

a) Eine Handlung im natürlichen Sinn

Den „Grundfall“ der Handlungseinheit bildet die sog. „**Handlung im natürlichen Sinn**“. Diese ist gegeben, wenn ein Willensentschluss eine Körperbewegung hervorgerufen hat. Man spricht insoweit auch von einer Willensbetätigung bzw. einer Ausführungshandlung. Auf die Anzahl der durch eine Handlung im natürlichen Sinn erreichten Erfolge kommt es nicht an, selbst wenn mehrere höchstpersönliche Rechtsgüter verletzt sind (bspw.: eine Willensbetätigung (ein Schuss) führt zu mehreren Toten).

b) Eine Handlung im juristischen Sinn

Eine Handlungseinheit kann aber auch durch **normative Betrachtung** eines tatsächlichen Geschehens begründet werden. Man spricht dann von „**einer Handlung im juristischen Sinn**“ oder „eine Handlung im Rechtsinne“. Der wesentliche Unterschied zur Handlung im natürlichen Sinn besteht darin, dass gerade mehrere Ausführungshandlungen bzw. mehrere Willensbetätigungen vorliegen (also mehrere Handlungen im natürlichen Sinn), die im Wege einer juristischen Bewertung als Handlungseinheit betrachtet werden.

(01) Rechtliche Handlungseinheit

Die Gründe für eine aus Rechtsgründen gebotene Annahme einer Handlungseinheit mehrerer Ausführungshandlungen sind ebenso vielfältig, wie die zur Orientierung entsprechender Kategorien verwendeten Begrifflichkeiten uneinheitlich sind.

Rechtliche Handlungseinheit wird in den Fällen der „**tatbestandlichen Handlungseinheit**“ angenommen. Diesen ist gemein, dass die Tatbestände des Strafrechtes häufig mehrere Handlungen im natürlichen Sinn (mehrere Ausführungshandlungen / mehrere Willensbetätigungen) als verschiedene Akte eines tatsächlichen Geschehens zu einer (einzigen) Deliktsverwirklichung zusammenfassen. Die sich aus dem Sinn und dem Zweck des jeweiligen Tatbestandes erschließende Zusammenfassung mehrerer Willensbetätigungen zu einer rechtlichen Handlungseinheit führt dazu, dass diese Handlungen den jeweiligen Tatbestand nur gemeinsam und nur einmal verwirklichen. Tatbestandliche Handlungseinheit liegt in der Regel vor, wenn bereits nach der tatbestandlichen Formulierung eine Mehrzahl von Einzeltätigkeiten ausdrücklich erfasst werden, wie etwa bei der geheimdienstlichen Tätigkeit (§ 99 Abs. 1 Nr. 1 StGB).

Eine tatbestandliche Handlungseinheit ist auch bei **mehraktigen Delikten** gegeben. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass der Tatbestand eine Sequenz von Handlungen erfordert, die erst in ihrer Gesamtheit das Unrecht ausfüllen. Beispielhaft sei die sexuelle Nötigung genannt, die nach § 177 Abs. 2 Nr. 5 StGB neben der Vornahme einer (isoliert betrachtet nicht strafbaren) sexuellen Handlung eine Nötigungshandlung voraussetzt.

Mehraktige Delikte im weiteren Sinn und damit der tatbestandliche Handlungseinheit zuzuordnen sind auch solche, bei denen zur Tatbestandsverwirklichung bestimmte, auf die Zukunft gerichtete subjektive Anforderungen erfüllt sein müssen, der Tatbestand aber auch bei Realisierung dieser „Vorhaben“ erfüllt sein kann. Da solche Ziele dann nur die Vorverlagerung

der formellen Vollendung des Deliktes bezwecken, ihre Realisierung aber materiell zur Deliktsverwirklichung gehört, liegt eine tatbestandliche Handlungseinheit auch dann vor, wenn ein zweiter Akt, der nach der Tatbestandsfassung nur bezweckt sein muss, tatsächlich vollzogen wird. Klassisches Beispiel bildet insoweit die Urkundenfälschung gem. § 267 Abs. 1 StGB. Danach wird einerseits bestraft, wer zur Täuschung im Rechtsverkehr (Ziel) eine unechte Urkunde herstellt (Handlung), aber auch derjenige, der eine von ihm hergestellte unechte Urkunde zur Täuschung im Rechtsverkehr tatsächlich verwendet (Handlung). Wird beides verwirklicht, liegt insgesamt nur eine Tat der Urkundenfälschung vor, d.h. nur eine Handlung im juristischen Sinn, die den Tatbestand nicht mehrfach, sondern nur einmal verwirklicht.

Eine weitere Form der rechtlichen Handlungseinheit liegt in den sog. **zusammengesetzten Delikten**. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass mehrere Ausführungshandlungen, die für sich genommen jeweils einzeln bereits den Tatbestand anderer Vorschriften erfüllen würden, durch die Tatbestandsfassung kumuliert werden und eigenständiges Unrecht darstellen. Der Raub (§ 249 Abs. 1 StGB) setzt sich beispielsweise aus einer qualifizierten Nötigung und einem Diebstahl zusammen – die insoweit erforderlichen Ausführungshandlungen erfüllen sowohl § 240 StGB, als auch § 242 StGB – aufgrund der gesetzgeberischen Entscheidung aber auch § 249 Abs. 1 StGB. Der Unterschied zu mehraktigen Delikten besteht darin, dass sämtliche Ausführungshandlungen für sich genommen einen Straftatbestand erfüllen.

Rechtliche Handlungseinheit ist zudem bei den **Dauerdelikten** gegeben. Das sind Straftaten, bei denen der Täter den tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführt und sodann über einen längeren Zeitraum aufrechterhält. Der strafrechtliche Vorwurf bezieht sich in diesen Fällen sowohl auf die Herbeiführung des Zustandes (durch eine oder mehrere Willensbetätigungen/Ausführungshandlungen), als auch auf dessen Aufrechterhaltung (durch eine oder mehrere Willensbetätigungen/Ausführungshandlungen): Beispiele: Hausfriedensbruch (§ 123 StGB; Eindringen / Verweilen); Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB; „Führen“ des Fahrzeugs durch mehrere Handlungen im natürlichen Sinn (in Gang setzen, Lenken, Bremsen usw.)); Freiheitsberaubung (§ 239 StGB; Einschließen in einen Raum / Nichtöffnen der Tür usw.).

Vor dem Hintergrund terminologischer Unstimmigkeiten und Unschärfen im Bereich der Bestimmung materieller Abgrenzungskriterien darf die sogenannte **Bewertungseinheit** wohl als Unterfall der tatbestandlichen Handlungseinheit und damit der rechtlichen Handlungseinheit verstanden werden. Zuweilen wird diese Fallgruppe auch als „tatbestandliche Handlungseinheit im weiteren Sinn“ oder „tatbestandliche Handlungseinheit bei Delikten mit pauschalierender Handlungsbeschreibung“ bezeichnet. Sind mehrere Willensbetätigungen schon für sich genommen (also einzeln betrachtet) als Zuwiderhandlungen gegen eine Strafnorm einzuordnen, ohne dass der Tatbestand die konkrete Zuwiderhandlung ausdrücklich beschreibend umfasst (Anm: andernfalls läge tatbestandliche Handlungseinheit im eigentlichen Sinn vor), würde jede einzelne von mehreren Willensbetätigungen für sich genommen einen Tatbestand vollständig erfüllen und gesondert abzuurteilen sein. Es kann aber aufgrund der besonderen Art und Weise der Tatbestandsverwirklichung, der das Element der Wiederholung immanent ist, geboten sein, sämtliche Zuwiderhandlungen zu einer einzigen Tat zusammenzufassen. Weisen mehrere natürliche, jeweils den Tatbestand gesondert erfüllende Handlungen einen gemeinsamen Bezugspunkt, wie etwa eine einheitliche Zielrichtung (derselbe Delikterfolg / dasselbe Tatobjekt) oder einen einheitlichen Ausgangspunkt auf, können diese sich bei wertender Betrachtung als unselbständige Teilstücke eines einheitlichen Ganzen darstellen. Der gemeinsame Bezugspunkt verbindet dann sämtliche Zuwiderhandlungen zu einer einzigen Tat. Auf zeitliche oder örtliche Zusammenhänge kommt es dabei nicht an. Auch wird eine subjektive Einheitlichkeit nicht für erforderlich gehalten. Weder ist ein Gesamtplan des Täters erforderlich, der von vornherein auf eine gewisse Sequenz von Teilakten ausgerichtet sein muss, noch muss der Täter sich während des Vollzugs eines Teilaktes, weitere, noch folgende Teilakte vornehmen. Die Bewertungseinheit ist also anhand objektiver Kriterien zu bestimmen.

Ein klassisches Beispiel für die Bewertungseinheit ist das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln gem. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG. Nach Auffassung des BGH beschreibt der Begriff des Handeltreibens sämtliche eigennützige, auf Güterumsatz gerichtete Tätigkeiten, insbesondere den Einkauf zum Zweck des Weiterverkaufs und die der Zweckerreichung dienenden Veräußerungen. Bezogen auf ein- und denselben Güterumsatz gerichtete Tätigkeiten wie Erwerb, Einfuhr und Veräußerung sind nicht etwa eine mehrfache Verwirklichung desselben Tatbestandes, deren Verhältnis zueinander erst noch bestimmt werden müsste. Vielmehr

werden diese von dem pauschalierenden, verschiedenartige Tätigkeiten zusammenfassenden Begriff des Handeltreibens zu einer Bewertungseinheit verbunden. Dies gilt insbesondere für alle Teilakte der Einfuhr, des Einkaufs und des Veräußerns von Teilmengen aus einem einheitlichen Vorrat.

Ein weiteres – wenn auch „nicht klassisches“, aber „plastisches Beispiel“ – ist im Bereich examensrelevanterer Delikte anzusiedeln: Bei einer Erpressung sind mehrere Angriffe auf die Willensentschließungsfreiheit des Opfers als Bewertungseinheit anzusehen, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert wird, im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird. Die Bewertungseinheit endet erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder nach den Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

(02) Natürliche Handlungseinheit

Schon weil die „natürlichen Handlungseinheit“ eine Form der „Handlung im juristischen Sinn“ darstellt, obschon sich diese Begrifflichkeiten auf den ersten Blick diametral gegenüberzustehen scheinen und auch weil „natürliche Handlungseinheit“ eben etwas anderes ist, als „Handlung im natürlichen Sinn“, bin ich versucht, mich den kritischen Stimmen der Literatur anzuschließen, welche diese Rechtsfigur ablehnen, dafür aber deutlich gewichtigere Argumente bieten, als die hier bemühte – mit der begrifflichen Unschärfe m.E. einhergehende – Irritationsgefahr.

Erkennt man mit der Rechtsprechung die Existenz der Rechtsfigur an, dann liegt eine natürliche Handlungseinheit vor, wenn mehrere, im Wesentlichen gleichartige Handlungen von einem **einheitlichen Willen** getragen werden und aufgrund ihres **engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs** so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden auch für einen Dritten bei natürlicher Betrachtungsweise als ein einheitliches Geschehen darstellt (stRspr).

Erforderlich ist mithin ein einheitlicher Geschehensablauf, der durch mehrere gleichartige strafrechtlich erhebliche Verhaltensweisen geprägt ist. Diese Verhaltensweisen müssen einen engen räumlichen und situativen Zusammenhang aufweisen. Werden die Verhaltensweisen zusätzlich noch von einem einheitlichen Willen getragen, liegt Handlungseinheit vor.

Die so begründete Handlungseinheit kann zwei Folgen haben:

Zum einen kann sie einzelne Willensbetätigungen zu einer (konkurrenzlosen!) Gesetzesverletzung komprimieren und damit die Anwendung von § 52 und § 53 StGB auf diese Handlungen ausschließen.

Beispielhaft sei hier die sog. **iterative (wiederholte) Tatbestandsverwirklichung** genannt. Greift der Dieb beispielsweise viermal hintereinander in das Regal eines Supermarktes und steckt sich jeweils die ergriffene Sache ein, liegt nur ein Diebstahl vor, weil er getragen von einem einheitlichen Willen innerhalb eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs denselben Tatbestand mehrfach verwirklicht, wodurch sich das Unrecht steigert (additiv normative Betrachtung; zur Darstellung im Abstraktum vgl. **Skript Teil I.III.8.a**) [S. 174]).

Ein weiteres Beispiel ist die sog. **sukzessive Tatbestandsverwirklichung**. Gemeint sind die Fälle, in denen sich der Täter durch eine Folge von Einzelakten dem tatbestandsmäßigen Erfolg nähert. Bedient sich der Täter beispielsweise mehrerer Tatmittel zur Begehung eines Tötungsdeliktes auf der Basis eines von vornherein bestehenden Tötungsvorsatzes in einem engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang, liegt nur eine Handlung im juristischen Sinn vor. Ich will an dieser Stelle nicht unerwähnt lassen, dass die sukzessive Tatbestandsverwirklichung häufig auch als Fall der rechtlichen Handlungseinheit in Form der tatbestandlichen Handlungseinheit oder Bewertungseinheit verstanden werden kann (und wird). Vor dem Hintergrund, dass die Ergebnisse beider Betrachtungsweisen identisch sind, will ich auf eine Darstellung möglicher Unterschiede und eine Positionierung verzichten, jedoch klarstellen, dass unter sukzessiver Tatbestandsverwirklichung einerseits die Fälle des Übergangs vom Versuch zur Vollendung und andererseits der Wechsel der Ausführungsart der Deliktsbegehung (quantitative Steigerung) gefasst werden können. Sollten Sie die Frage der „richtigen Einordnung“ sukzessiver Tatbestandsverwirklichung aus Interesse vertiefen wollen, lesen Sie bitte BGH Urt. v. 16.5.1990 – 2 StR 143/90, NJW 1990, 2896ff. einerseits und BGH Beschl. v.

5.5.2021 – 6 StR 132/21, BeckRS 2021, 12210 andererseits. Sie werden feststellen, dass letztgenannte Entscheidung auf erstgenannte zur Begründung verweist, auch wenn die bemühten Termini dies nicht auf den ersten Blick erwarten lassen.

Zum anderen können durch die Rechtsfigur der natürlichen Handlungseinheit verschiedene Gesetzesverletzungen zu einer Handlung „verknüpft“ werden. Häufig anzutreffen ist dies in sogenannten „**Polizeiflucht-Fällen**“, bei denen – getragen von einem einheitlichen „Fluchtwillen“ – verschiedene Zuwiderhandlungen gegen unterschiedliche Strafgesetze zur ungleichartigen Idealkonkurrenz (= Tateinheit = § 52 StGB) „gebündelt“ werden. Begeht ein Kraftfahrer auf der Flucht vor der Polizei verschiedene Straftaten im Straßenverkehr, z.B. weil er nach einem alkoholbedingt verursachtem Unfall (ohne Zäsur!) weiterfährt und dabei andere entgegenkommende Fahrzeuge konkret gefährdet, eine Polizeisperre durchbricht usw., so begründet die Rechtsprechung die natürliche Handlungseinheit damit, dass das gesamte Verhalten eines solchen Täters von dem Gedanken beherrscht sei, seinen Verfolgern zu entkommen. Die unterschiedlichen Straftaten seien nur Teilabschnitte der sich gleichförmig und ununterbrochen in kurzer Zeit abspielenden Flucht vor der Polizei.

Während in den Fällen der iterativen und sukzessiven Tatbestandsverwirklichung die Rechtsfigur der natürlichen Handlungseinheit dazu dient, einen Konkurrenzfall zu verneinen, wird sie den Polizeifluchtfällen also „benutzt“, um Tateinheit zu begründen. Ob das zur Vereinfachung der Beantwortung der konkurrenzrechtlichen Fragestellung in der Klausursituation beiträgt, wage ich zu bezweifeln.

Eine weitere „Anwendungsschwierigkeit“ ergibt sich in den Fallgruppen der natürlichen Handlungseinheit, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter verletzt worden sind. **Höchstpersönliche Rechtsgüter** verschiedener Personen und deren Verletzung sind nach Auffassung der Rechtsprechung nämlich einer additiven Betrachtungsweise, wie sie etwa der iterativen Tatbestandsverwirklichung zu Grunde liegt, nur ausnahmsweise zugänglich. Greift ein Täter beispielsweise einzelne Menschen nacheinander an (mehrere Handlungen im natürlichen Sinn / Willensbetätigungen / Ausführungshandlungen), um jeden von ihnen in seiner Individualität zu beeinträchtigen, so besteht sowohl bei natürlicher als auch bei rechtsethisch wertender Betrachtung selbst bei einheitlichem Tatentschluss sowie engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang regelmäßig kein Anlass, die Vorgänge rechtlich als eine Tat zusammenzufassen. Gibt also ein Täter nacheinander zwei Schüsse in unterschiedliche Richtungen ab und trifft dabei zwei unterschiedliche Personen, wird regelmäßig von Tatmehrheit auszugehen sein. Eine Ausnahme macht die Rechtsprechung hiervon nur, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlichen engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs willkürlich und gekünstelt erschiene. Das soll etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden oder bei einem gegen ein aus Sicht des Täters nicht individualisierte Personenmehrheit gerichteten Angriff der Fall sein. Weil aber auch hier einer additiv normativen Betrachtung unzugängliche höchstpersönliche Rechtsgüter mehrerer Personen betroffen sind, wird nicht etwa eine iterative Tatbegehung in Form einer einzigen Gesetzesverletzung angenommen. Kommen mehrere Opfer zu Tode, wird der Täter wegen eines tateinheitlich begangenen, mehrfachen Tötungsdeliktes bestraft (bspw.: §§ 212 Abs. 1, 52 Abs. 1 Var. 2 StGB).

(03) Verklammerung

Nach der Rechtsprechung kann eine Straftat, die sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt, andere Delikte, die bei isolierter Betrachtung in Tatmehrheit zueinander stehen würden, zur Tateinheit verbinden, wenn sie ihrerseits mit jedem dieser anderen Delikte tateinheitlich zusammentrifft. Dies gilt allerdings nur dann, wenn die sich über einen gewissen Zeitraum erstreckende Tat hinsichtlich mindestens einer der zueinander in Tatmehrheit stehenden Delikte schwerer wiegt oder eine sog. „annähernde Wertgleichheit“ besteht. Maßstab des vorzunehmenden „Schwerevergleichs“ ist einerseits die Deliktsnatur (Verbrechen/Vergehen) und der jeweilige Strafrahmen, wobei etwaige Strafrahmenverschiebungen (vgl. **Skript Teil H.III.2.a**) [S. 119]) zu berücksichtigen sind.

Gemeint sind damit die Fälle, in denen mehrere Ausführungshandlungen / Willensbetätigungen vorliegen, die jeweils für sich genommen Elemente zweier Tatbestände sind, wobei der jeweils zweite identisch ist.

Schlägt beispielsweise ein Täter sein Opfer nieder (§ 223 StGB) um anschließend einen Schrank aufzubrechen, weil er die darin befindliche Tatbeute mitnehmen will (§ 303 StGB), so liegt ein (versuchter) Raub § 249 StGB vor. Die Gewaltanwendung als Ausführungshandlung erfüllt sowohl § 223 StGB als auch § 249 StGB. Das Aufbrechen des Schrankes als Willensbetätigung der Wegnahme erfüllt § 303 StGB als auch § 249 StGB (nämlich eben diesen Raub). Als jeweils eine Handlung im natürlichen Sinn (Schlagen & Aufbrechen) stehen sowohl die Körperverletzung mit dem Raub, als auch die Sachbeschädigung mit dem Raub in rechtlicher Handlungseinheit. Die Körperverletzung und die Sachbeschädigung untereinander stünden aber wohl in Tateinheit zueinander. Es liegen aber nicht zwei Taten (§§ 223, 249 + §§ 303, 249) vor, sondern die Klammerwirkung des Verbrechens wegen der **Teilidentität der Ausführungshandlungen** führt dazu, dass nur ein (versuchter) Raub in Tateinheit mit Körperverletzung und Sachbeschädigung angenommen wird. Sie werden feststellen, dass dieses Beispiel sehr dem obigen zu zusammengesetzten Delikten ähnelt. Ein Unterschied besteht vorliegend darin, dass sich ein Raub nicht zwingend mindestens aus einer Körperverletzung und einer Sachbeschädigung zusammensetzen muss. Einer genaueren Differenzierung bedarf es aber in der Regel ohnehin nicht, denn sowohl die Klammerwirkung, als auch die rechtliche Handlungseinheit bei zusammengesetzten Delikten begründen beide „eine Handlung im juristisch Sinn“, mit der Folge, dass die Ergebnisse identisch sind.

Auch **Dauerdelikten** kann eine Klammerwirkung zukommen. Wird beispielsweise während einer Freiheitsberaubung das Opfer an zwei verschiedenen Zeitpunkten geschlagen, so verklammert die Freiheitsberaubung die Körperverletzungen zu einer Tat. Teilweise wird gefordert, dass das Dauerdelikt zu den Zustandsdelikten in einer Mittel-Zweck-Relation stehen muss, also die Freiheitsberaubung im vorgenannten Beispiel „ausgenutzt“ werden muss, um die Körperverletzungen zu begehen, denn nur dann würde sich der Unrechtsgehalt der verwirklichten Delikte überschneiden und eine Anwendung von § 52 StGB rechtfertigen. Die Rechtsprechung hält eine solche Mittel-Zweck-Relation indes nicht für erforderlich, betont aber die Erforderlichkeit des „Schwerevergleichs“. So ist ein Fahren ohne Fahrerlaubnis (als Dauerdelikt) gem. § 21 StVG wegen des geringen Strafraums in der Regel ungeeignet, mehrere während einer solchen Fahrt begangene Taten zu einer Tat zu verbinden, die ihrerseits jeweils höhere Strafandrohungen vorsehen (bspw. §§ 242, 243 StGB). Es kommt dann zu einer sog. Entklammerung mit der Folge, dass mehrere Handlungen vorliegen, die ihrerseits jeweils in Tateinheit mit dem Fahren ohne Fahrerlaubnis stehen, selbst wenn dies ununterbrochen erfolgt. Vielfach wird dieses Wechselspiel zwischen Ver- und Entklammerung als logisch inkonsistent kritisiert. Ein Versuch, dieser Kritik durch argumentative Begründung in einer Klausursituation zu begegnen, wird von den Kandidaten nicht ernsthaft erwartet werden dürfen.

c) Handlungsmehrheit

Ein Merksatz: „Handlungsmehrheit ist alles, was nicht Handlungseinheit ist“. Damit kann es sein Bewenden haben.

d) Gesetzeskonkurrenz

Weder bei Vorliegen von Handlungseinheit noch bei Handlungsmehrheit müssen alle verwirklichten Tatbestände im Schuldspruch zum Ausdruck kommen. Nach Festlegung, ob Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit vorliegt, müssen Sie in einem weiteren Zwischenschritt die sog. Gesetzeskonkurrenz (teilweise auch als Gesetzeseinheit bezeichnet) prüfen. Zu fragen ist dabei danach, ob einzelne verwirklichte Straftatbestände von anderen verwirklichten Straftatbeständen in ihrer Anwendung „verdrängt“ werden. Einzelne Strafnormen können zurücktreten, wenn andere erfüllt sind. Erst wenn nach diesem Zwischenschritt mehrere Gesetzesverletzungen „übrig“ bleiben, ist Raum für die Anwendung von §§ 52, 53 StGB.

(01) Bei Handlungseinheit

Haben Sie im ersten Schritt der Konkurrenzrechtlichen Prüfung ein echtes Konkurrenzverhältnis in Form der Handlungseinheit festgestellt, gibt es drei Möglichkeiten, um verwirklichte Delikte im Zwischenschritt der Gesetzeskonkurrenz-Prüfung auszuschneiden.

aa) **Spezialität**

Spezialität liegt vor, wenn ein verwirklichtes Delikt sämtliche Deliktsmerkmale eines anderen verwirklichten Deliktes vollständig umfasst und noch zusätzliche Merkmale enthält. Das Delikt, welches weniger Merkmale beinhaltet, entfällt dann.

Häufigstes Beispiel sind Qualifikationen. Während es sich bei Regelbeispielen um sogenannte Strafzumessungsregeln handelt, die nicht isoliert (d.h. ohne das Grunddelikt) angeklagt werden können und selbst bei Erfüllung der „Merkmale“ nicht vorliegen müssen, beschreiben Qualifikationen regelmäßig eigenständiges Unrecht, in dem zwar sämtliche Elemente eines allgemeinen Deliktes (des Grundtatbestandes) enthalten sind, aber unrechtershöhende und zugleich strafbegründende Merkmale zwingende Strafbarkeits-Voraussetzungen sind. Der dogmatische Unterschied zwischen Regelbeispiel und Qualifikation besteht mithin darin, dass Regelbeispiele nur „in der Regel“ greifen, also weder zwingend noch abschließend sind. Bei Vorliegen eines Regelbeispiels spricht nur eine widerlegbare Vermutung dafür, dass ein besonders schwerer oder minderschwere Fall des Grunddelikts vorliegt (Indizwirkung/Regelwirkung). Regelbeispiele sind daher nie spezieller als das jeweilige Grunddelikt, sondern untrennbar mit diesem verbunden.

Qualifikationen verdrängen als speziellere Delikte demgegenüber die jeweiligen Grunddelikte. Als Beispiel kommt § 250 StGB in Betracht, der den § 249 StGB verdrängt, weil § 250 StGB alle Merkmale des § 249 StGB erfordert und zusätzlich noch weitere. Auf die Hinweise zur Gestaltung der Anklageschrift unter **Skript Teil I.III.8.c)** [S. 177] (Qualifikationen) und **Skript Teil I.III.8.e)** [S. 181] (Regelbeispiele) nehme ich ausdrücklich Bezug.

Die zusätzlichen Merkmale des spezielleren Deliktes können auch jenen des Grunddeliktes ähneln, diese aber enger umreißen. So beinhaltet § 255 StGB beispielsweise die Merkmale des § 253 StGB vollständig, engt aber die in Betracht kommenden Formen von Gewalt oder Drohung unrechtershöhend ein und ist daher gegenüber § 253 StGB ein spezielleres Delikt.

Anders gesprochen: Verdrängende Spezialität liegt immer dann vor, wenn ein Tatbestand (der allgemeinere) zwingend erfüllt ist, sobald ein anderer (der speziellere) verwirklicht ist. Mit „verwirklicht“ sind aber nur die Fälle der Vollendung gemeint. Wird die Qualifikation „nur“ versucht, das Grunddelikt aber vollendet, dann tritt das Grunddelikt nicht hinter der nur versuchten Qualifikation zurück, weil sonst im Schuldspruch nicht deutlich würde, dass ein Verletzungsverfolg eingetreten ist (Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs; bspw. gefährliche Körperverletzung „nur“ versucht, „einfache Körperverletzung aber „vollendet“ bei Handlungseinheit = vollendete Körperverletzung in Tateinheit mit versuchter gefährlicher Körperverletzung).

Spezialität kann im Übrigen auch innerhalb eines Tatbestandes vorliegen. So verdrängt der Missbrauchstatbestand der Untreue den ebenfalls in § 266 StGB enthaltenen Treubruchtatbestand.

bb) Subsidiarität

Ein Fall der Subsidiarität liegt vor, wenn ein Tatbestand nur dann Geltung beansprucht, wenn nicht ein anderer Tatbestand eingreift. Der „verdrängte“ Tatbestand soll also nur hilfsweise zur Anwendung kommen.

Teilweise wird dies durch den Wortlaut des Gesetzes selbst zum Ausdruck gebracht (vgl. etwa § 246 Abs. 1 StGB). Erwähnt das Gesetz ausdrücklich, dass der Täter nur danach bestraft wird, wenn die Tat nicht in anderen (ggf. konkret benannten) Vorschriften mit (schwererer) Strafe bedroht ist, handelt es sich um sog. **formelle Subsidiarität**. Das verdrängte Delikt entfällt.

Daneben ist die Existenz der sog. **materiellen Subsidiarität** anerkannt. Sie soll vorliegen, wenn der Täter auf der Grundlage eines gleichbleibenden Willensentschlusses mehrere Straftatbestände verwirklicht, die verschiedene Angriffsstadien oder unterschiedlich intensive Angriffsarten auf dasselbe Rechtsgut erfassen. Das Delikt, welches das letzte / das intensivste Angriffsstadium erfasst, verdrängt die übrigen. So verdrängt etwa die Vollendung den Versuch, das Begehungsdelikt das Unterlassungsdelikt, die Täterschaft die Teilnahme, die Anstiftung die Beihilfe und das Verletzungs- das Gefährdungsdelikt. Bezogen auf denselben Rechtsgutsträger verdrängt auch jedes Tötungsdelikt die (zum Tod führenden) Körperverletzungsdelikte, die ein

Durchgangsstadium darstellen, d.h. die gleiche Schutzrichtung haben, aber andere Stufen des Unrechts betreffen.

cc) Konsumtion

Eine der umstrittensten Formen der Gesetzeskonkurrenz ist die Konsumtion. Diese setzt nach der Rechtsprechung voraus, dass der Unrechtsgehalt der strafbaren Handlung durch einen der anwendbaren Straftatbestände bereits erschöpfend erfasst wird. Dabei sind die Rechtsgüter zugrunde zu legen, die der Täter angreift und mit den Tatbeständen, die der Gesetzgeber zu deren Schutz geschaffen hat, in Blick zu nehmen. Ist die Verletzung des durch einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts – wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestandes, so treten die **typischen Begleitdelikte** gesetzeskonkurrierend im Wege der Konsumtion zurück. Anders als bei der Spezialität ist ein Tatbestand mit seinen Merkmalen nicht vollständig in einem anderen enthalten, geht also nicht zwingend mit diesem einher. Die Unrechtsverwirklichung beider Tatbestände stellt sich aber aufgrund der Strukturen der Unrechtsbeschreibung als regelmäßiger und typischer Fall dar. Nicht selten lassen sich die durch Konsumtionserwägungen gefundenen Ergebnisse auch ebenso gut durch die Annahme materieller Subsidiarität begründen.

Beispielhaft für die Konsumtion sei hier die Gebrauchsanmaßung gem. § 248b StGB genannt. Der Verbrauch von Treib- und Schmierstoffen und die Abnutzung des Fahrzeuges (Reifen etc.) sind regelmäßig und typischerweise mit dem unbefugten Gebrauch eines (Kraft-)Fahrzeugs verbunden. Wenn man der Ansicht folgt, dass § 248b StGB das Eigentum schützt (str.!) liegt die Konsumtion der durch den Verbrauch von Treib- und Schmierstoffen bzw. Abnutzung meist erfüllten Tatbestände des Diebstahls / der Sachbeschädigung, die einen gleichen Schutzzweck haben, nahe.

Häufig wird in den Klausurlösungen die Rechtsfigur der Konsumtion vorschnell angenommen und die Prüfung (auch problembehafteter) Tatbestände unterlassen, um diese lediglich in den Konkurrenzen als zwar verwirklicht, aber „verdrängt“ / „konsumiert“ o.ä. zu bezeichnen. Um dies zu vermeiden, sollten Sie in jedem Falle, die durch die verletzten Rechtsgüter genau betrachten und in einem zweiten Schritt kritisch hinterfragen, ob die Mitverwirklichung des „konsumierten“ Deliktes tatsächlich „typisch“ und „regelmäßig“ ist.

So konsumiert der schwere Raub (§ 250 StGB) beispielsweise nicht die ggf. mitverwirklichten Körperverletzungsdelikte, denn § 250 StGB schützt nicht die körperliche Integrität. Auch muss nicht jeder schwere Raub durch Gewaltanwendung begangen werden (vgl. § 249 StGB) und nicht jede Gewaltanwendung zu einem Körperverletzungserfolg führen. Der Unrechtsgehalt des schweren Raubes bildet mithin tatsächlich eingetretene Körperverletzungserfolge nicht ab.

Entgegen früherer Rechtsprechung ist – trotz Identität der Rechtsgüter – auch nicht jeder Einbruchdiebstahl zwingend mit einer Sachbeschädigung verbunden und letztere keine regelmäßige oder typische Begleitatt. Schon in rechtlicher Hinsicht setzt die Tathandlungsvariante des Einbrechens eine Substanzverletzung im Sinne von § 303 StGB nicht voraus. Auch muss der Eigentümer der entwendeten Sache nicht identisch mit dem der beim Einbrechen beschädigten Sache sein (zu den Einzelheiten der neueren Rechtsprechung vgl. BGH Beschl. v. 27.11.2018 – 2 StR 481/17, NJW 2019, 1086ff.). Demgegenüber wird das Einbrechen typischerweise und regelmäßig mit einem Hausfriedensbruch einhergehen, weshalb jener vom Einbruchdiebstahl konsumiert wird, der insoweit den Unrechtsgehalt der Tat vollständig abdeckt.

(02) Bei Handlungsmehrheit

Bei Handlungsmehrheit kommt nicht stets § 53 StGB zur Anwendung. Häufig werden zeitlich früher verwirklichte Delikte als sog. **mitbestrafte Vortaten** durch ein zeitlich späteres Delikt verdrängt. Im umgekehrten Fall spricht man von **mitbestraften Nachtaten**.

Mitbestrafte Vortaten erkennen Sie in der Regel daran, dass die maßgeblichen Handlungen von einem „durchgängigem“ Tatvorsatz zur Herbeiführung desselben Taterfolgs getragen werden. Dies ist beispielsweise bei rechtlich selbständigen und strafbaren Vorbereitungshandlungen der Fall. Beispielhaft ist die Unterschlagung eines Autoschlüssels, welche der Vorbereitung des

später tatsächlich begangenen Autodiebstahls dient. Der vollendete Diebstahl verdrängt die Unterschlagung als mitbestrafte Vortat.

Mitbestrafte Nachtaten zeichnen sich dadurch aus, dass der Erfolg der zeitlich früheren „Haupttat“ mit einem bestimmten Zustand einhergeht, den zu sichern, auszunutzen oder zu verwerten das Ziel des Täters bei der späteren Tat ist. Klassisches Beispiel ist der Sicherungs(prozess)betrug, bei dem der Täter den Geschädigten eines Vermögensdeliktes oder einen Richter täuscht, um so zu verhindern, dass der aus der Tat resultierende Anspruch gegen ihn rechtlich durchgesetzt wird. Wird der bereits durch die Vortat eingetretene Schaden jedoch durch die spätere Tat vertieft, ein anderes Rechtsgut oder ein anderer Rechtsgutsträger verletzt, handelt es sich um eigenständiges Unrecht, welches nicht als durch die Vortat mitbestraft betrachtet werden kann.

e) Tateinheit / Idealkonkurrenz

Wenn durch eine Handlung derselbe Tatbestand mehrfach erfüllt wird und die Tatbestandsverwirklichungen nicht ausnahmsweise zeitlich und räumlich so eng beieinander liegen, dass bei wertender Betrachtung der Tatbestand nur einmal verwirklicht wurde, spricht man von gleichartiger Tateinheit (§ 52 Abs. 1 Alt. 2 StGB). Die Strafraumenbildung in diesen Fällen ist im **Skript Teil G.V.1.a)** [S. 111] dargestellt. Zur Darstellung in der Anklageschrift (Abstraktum) verweise ich auf die Ausführungen im **Skript Teil I.III.8.k)** [S. 186].

Wenn durch eine Handlung verschiedenen Strafgesetze verletzt werden und auch im Wege der Gesetzeskonkurrenz kein „Wegfall“ einzelner Delikte durch Spezialität, Subsidiarität oder Konsumtion festzustellen ist, liegt ungleichartige Tateinheit vor (§ 52 Abs. 1 Alt. 1 StGB). Zur Strafraumenbildung: **Skript Teil G.V.1.b)** [S. 111]. Zur Darstellung im Abstraktum: **Skript Teil I.III.8.k)** [S. 186].

f) Tatmehrheit / Realkonkurrenz

Liegen mehrere Handlungen vor und werden die verwirklichten Delikte nicht als mitbestraft verdrängt, können die (verbleibenden) Handlungen dasselbe Strafgesetz betreffen (gleichartige Tatmehrheit) oder unterschiedliche (ungleichartige Tatmehrheit). Die Strafbemessung richtet sich nach den im **Skript Teil G.V.2** [S. 112] dargestellten Grundsätzen. Das Abstraktum der Anklageschrift sollte sich an den im **Skript Teil I.III.8.k)** [S. 186] unterbreiteten Vorschlägen orientieren.

III. Die Anklageschrift

Die Anklage soll dem Angeschuldigten in klaren und verständlichen Worten über die gegen ihn erhobenen Vorwürfe informieren (Informationsfunktion) und zugleich den Prozessstoff festlegen (Umgrenzungsfunktion). Mängel der Anklageschrift, die sich auf die Umgrenzung der angeklagten Tat beziehen, führen zu deren Unwirksamkeit. Ist eine Anklage unwirksam, besteht ein in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis. Mängel der Informationsfunktion können hingegen in der Regel geheilt werden – beispielsweise in einer Hauptverhandlung durch Hinweise gem. § 265 StPO.

Die Formulierung von Anklageschriften ist trotz der gesetzgeberischen Vorgaben (§§ 199, 200 StPO; Nr. 110 ff. RiStBV) in hohem Maße Abhängig von der Diktion des jeweiligen Verfassers. Zwar muss bestimmten inhaltlichen Anforderungen Genüge getan werden. Der Versuch durch Normen stilistische Vorgaben zu machen, würde die staatsanwaltschaftlichen Bearbeiter jedoch mittelfristig zu Textbausteinautomaten degradieren. Gleiches gilt im Übrigen für anwaltliche Schriftsätze und Formulierungen in Urteilen. Geregelt kann daher allenfalls nur sein, „was“ aus einer Anklageschrift erkennbar sein muss, aber nicht „wie“.

Weil Mängel der Anklageschrift, die sich auf die Umgrenzungsfunktion beziehen, ein Verfahrenshindernis begründen, muss – bei aller vorbeschriebener sprachlicher Freiheit – in jedem Falle gewährleistet sein, dass die Anklageschrift einen die Tat als historischen Lebensvorgang so genau bezeichnet, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs so klagestellt und erkennbar wird, dass sie sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lässt und damit unverwechselbar feststeht, welches historische

Geschehen Gegenstand der Aburteilung sein soll. Es sind daher alle individualisierenden Merkmale des vorgeworfenen Fehlverhaltens derart zu umfassen, dass nach den allgemeinen Regeln der Lebenserfahrung eine Mehrfacherfüllung der Tatbeschreibung praktisch ausgeschlossen und als bloß denktheoretische Möglichkeit vernachlässigt werden kann. Erforderlich hierfür sind in aller Regel Angaben zu Tatort, Tatzeit und Tatobjekt sowie die Bestimmung der Art des vorgeworfenen Verhaltens und dessen konkreter Angriffsrichtung.

1. Aufbau

Die maßgeblichen und teilweise sehr detaillierten Regelungen zum Aufbau einer Anklageschrift finden sich in den §§ 199, 200 StPO und Nr. 110 ff. RiStBV. Dennoch unterscheiden sich die Anklageschriften hinsichtlich des Aufbaus und bestimmter Formalien je nach Bundesland erheblich. Zwar sind die Divergenzen zwischen Berlin und Brandenburg nicht gleichermaßen augenfällig wie etwa jene zwischen „norddeutscher“ und „süddeutscher Fassung“, gleichwohl sind sie vorhanden. Die Prüfer sind jedoch gehalten, die auf Unterschiede zwischen Berliner und Brandenburger Praxis zurückzuführenden Abweichungen nicht negativ zu bewerten. Es soll insoweit gleichgültig sein, für welche Darstellungsform sich die Kandidaten entscheiden, „sofern ansonsten keine Fehler gemacht werden“.

2. Rubrum

a) Absender, Datum, Aktenzeichen

In den Anklageschriften sind im Kopf links oben die bearbeitende **Staatsanwaltschaft** und unmittelbar darunter das **Aktenzeichen** des Verfahrens zu nennen. Achten Sie dabei darauf, kein Aktenzeichen zu erfinden, sowie das Aktenzeichen eines etwaigen Haftbefehls (gerichtliches Aktenzeichen) oder das polizeiliche Aktenzeichen (Tagebuchnummer) nicht zu verwenden. Das Aktenzeichen der Staatsanwaltschaft ist in der Regel wie folgt aufgebaut: „[StA-Abteilung] Js [IfdNr] / [Jahr]“ – Beispiel: „430 Js 45244 / 13“. Hin und wieder wird auch „KapJs“ verwendet (bspw: 480 KapJs 12345 / 18).

Oben rechts wird die Angabe des **Ortes** und des **Datums** der Anklageverfassung erwartet. Dabei ist zwingend das Datum zu verwenden, welches der Bearbeitervermerk als den Tag der Entscheidung der Staatsanwaltschaft vorgibt.

Beispiel:

<i>Staatsanwaltschaft Potsdam</i> <i>430 Js 12345 / 19</i>	<i>Potsdam, den 31.05.2019</i>
---	--------------------------------

b) Adressat

Unter dem Aktenzeichen ist der **Adressat** anzugeben. Dieser ist exakt zu bezeichnen und wird mit „An das“ eingeleitet. Es folgt „Amtsgericht“ oder „Landgericht“, je nach dem, wo Sie Anklage erheben. Die Ausbildungsliteratur ist zu der Frage uneinheitlich, ob Sie in der Folge den zuständigen Spruchkörper benennen sollen und differenziert zuweilen danach, ob der Spruchkörper erst in der Hauptverhandlung existiert (Schöffengericht), oder bereits davor (große Strafkammer, wenn auch ohne Schöffen). Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte es – unabhängig von den theoretischen Fragen zu diesem Aspekt – aus Sicht eines Korrektors erforderlich sein, dass Sie klar erkennen lassen, ob Sie entweder beim Strafrichter (Jugendrichter), Schöffengericht (Jugendschöffengericht), großen Strafkammer (Jugendkammer) bzw. Schwurgericht Anklage erheben und diese Formulierung entsprechend wählen. Da Sie auch keine Übersendungsverfügung schreiben, dürfen Sie in der Anklageschrift darauf verzichten, diese an die/den Vorsitzende/n („Vors.“) zu adressieren. Damit wäre in der Praxis aus Sicht der Verwaltung ohnehin kein Mehrwert verbunden, denn die Vorlage eines Neueingangs bei Gericht erfolgt i.d.R. unabhängig von der konkreten Adressierung an diese(n). In jedem Falle benennen Sie danach den Ort, in welchem sich das Gericht befindet. Es könnte also wie folgt formuliert werden:

*An das Amtsgericht
- Strafrichter –

in Potsdam*

oder

*An das Amtsgericht
- Schöffengericht –

in Potsdam*

oder

*An das Landgericht
- große Strafkammer -

in Potsdam*

oder

*An das Landgericht
- Schwurgerichtskammer -

in Potsdam*

c) Haftvermerk und 6-Monats-Frist

Unter der Datumsangabe (rechts oben) sind ggf. der **Haftvermerk** (vgl. Nr. 52 RiStBV) und der Hinweis auf den **Ablauf der in § 121 Abs. 2 StPO bezeichneten Frist** (vgl. Nr. 110 Abs. 4 S. 3 RiStBV) anzubringen.

Hinsichtlich der Berechnung der Frist und der insoweit erforderlichen Angaben in der Anklageschrift besteht keine Einigkeit. Das OLG Stuttgart hat mit Beschluss vom 16. September 2014 (1 HEs 89/14 – zitiert nach juris) den Streitstand zur Fristberechnung ausführlich dargestellt. Nach zutreffender Auffassung richtet sich die 6-Monats-Frist nach §§ 42, 43 StPO. Bei den nach Nr. 110 Abs. 4 S. 3 RiStBV in die Anklageschrift aufzunehmenden Angaben zwei wesentliche Aspekte zu beachten:

Zum einen: Untersuchungshaft im Sinne des § 121 StPO ist in jedem Falle (unstreitig) nur diejenige Freiheitsentziehung, die aufgrund eines Haftbefehls nach §§ 112, 114 StPO vollzogen wird. Die Vorschriften der §§ 121, 122 StPO finden **keine** Anwendung bei anderen „Haftbefehlen“ (bspw.: §§ 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 3), der Sicherungshaft (§ 453c Abs. 1 StPO), Auslieferungshaft (§ 26 IRG) sowie bei Überhaft. Die insoweit erlittenen Freiheitsentziehungen sind für die Fristberechnung mithin unerheblich. Die Frist beginnt, wenn der Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls ergriffen worden ist (Verhaftung) oder wenn gegen den vorläufig Festgenommenen Haftbefehl erlassen worden ist. Der Zeitraum der vorläufigen Festnahme wird also in die Frist nicht einberechnet. Maßgeblich für die Berechnung der Sechs-Monatsfrist ist die Dauer des Vollzugs der Untersuchungshaft in derselben Sache. War die Untersuchungshaft unterbrochen, weil der Beschuldigte Strafhaft oder Untersuchungshaft in anderer Sache verbüßt hat oder der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt war, zählen diese Zeiten bei der Berechnung ebenfalls nicht mit, vielmehr werden nur die Zeiten der tatsächlichen Vollstreckung in derselben Sache addiert.

In der Klausursituation wird in der Regel nur die vorläufige Festnahme und die eigentliche Untersuchungshaft zu beachten sein. In einer Examensklausur, in der ausnahmsweise Auslieferungshaft (die keine Untersuchungshaft ist) eine Rolle spielte, enthielt der

Bearbeitervermerk Vorgaben dazu, ab welchem Zeitpunkt von Untersuchungshaft auszugehen war. Entsprechendes dürfte bei anderen „exotischen“ Konstellationen zu erwarten sein.

Berechnet man die 6-Monatsfrist nach § 43 StPO, ergibt sich **der Ablauf** dieser Frist aus dem Wortlaut jener Vorschrift: „Eine Frist, die nach [...] Monaten bestimmt ist, endet mit Ablauf des Tages [...] des letzten Monats, der durch seine Benennung oder Zahl dem Tag entspricht, an dem die Frist begonnen hat; fehlt dieser Tag in dem letzten Monat, so endet die Frist mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats“. Beginnt eine Frist also am 01.01., endet sie mit Ablauf des 01.07. – „so einfach ist das“. Um das klarzustellen: Die Formulierung „endet mit Ablauf“ bedeutet nichts anderes, als dass die Frist an dem betreffenden Tag noch läuft – aber eben „ab“. Im vorbezeichneten Beispiel läuft die Frist also am 01.07. um 23:59:59 ab. Sie erreicht zu diesem Zeitpunkt ihr Ende. Am 02.07. 00:00:00 ist sie bereits abgelaufen.

Wurde der Angeschuldigte also beispielsweise am 01.04. vorläufig gem. § 127 Abs. 2 StPO festgenommen und am 02.04. einem Haftrichter vorgeführt, der einen Haftbefehl erlassen hat, der ab diesem Zeitpunkt auch vollzogen wurde, fand das „Frist-auslösende-Ereignis“ (Vollzug der U-Haft) am 02.04. statt. Die 6-Monatsfrist läuft mithin gem. § 43 StPO am 02.10. ab. Am 03.10. ist die Frist hingegen bereits abgelaufen.

Haben Sie dies verinnerlicht, stellt sich (als zweiter Aspekt) die Frage, was Sie in der Anklageschrift unter dem Haftvermerk nach Nr. 110 Abs. 4 S. 3 RiStBV anzugeben haben. Der Normengeber spricht ausdrücklich davon, dass Sie **auf den Ablauf** der in § 121 Abs. 2 StPO bezeichneten Frist **hinzuweisen** haben. Die Verweisung ist etwas unglücklich, denn § 121 Abs. 2 StPO nimmt seinerseits Bezug auf die Fälle des § 121 Abs. 1 StPO und muss daher in Zusammenhang gelesen werden: „Solange kein Urteil ergangen ist, [...] darf der Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über sechs Monate hinaus nur aufrechterhalten werden, wenn [...] – nach Ablauf [dieser] sechs Monate ist der Haftbefehl aufzuheben, wenn nicht [...] das Oberlandesgericht die Fortdauer der Untersuchungshaft anordnet“. Der Abs. 2 des § 121 StPO beschreibt damit die Möglichkeiten einer Sachentscheidung des Oberlandesgerichts im Haftprüfungsverfahren nach § 122 StPO, nämlich Freilassung, Außervollzugsetzung oder Anordnung der Fortdauer der Untersuchungshaft – genau genommen aber eben keine „Frist“ für diese Entscheidung des OLG oder gar einen „Haftprüfungstermin“. Maßgeblich für die Praxis ist die Vorlagepflicht (der Akten an das OLG) und der damit verbundene Eintritt des Ruhens des Fristenlaufs bis zu dessen Entscheidung gemäß § 121 Abs. 3 S. 1 StPO bzw. das Ruhen der Frist durch die Hauptverhandlung, wenn mit dieser vor Ablauf begonnen wurde gem. § 121 Abs. 3 S. 2 StPO.

Sie sollen gem. Nr. 110 Abs. 4 S. 3 RiStBV mithin in der Anklageschrift klarstellen, an welchem Tag die Akten spätestens dem OLG vorgelegt bzw. mit der Hauptverhandlung begonnen sein muss, damit die Wirkungen des § 121 Abs. 3 StPO eintreten können. Wann das OLG jedoch entscheidet, also eine besondere Haftprüfung durchführt, ist damit nicht geklärt. Ein bestimmter „Haftprüfungstermin“, den das OLG in diesem Sinne zu beachten hätte, ist gesetzlich auch nicht normiert. Einen solchen in der Anklageschrift anzugeben, ist dementsprechend auch nach der RiStBV nicht vorgesehen. Der Tag, an welchem die OLG die Akten spätestens vorgelegt (dort eingegangen) sein müssen, ist der Tag, an dem die Frist abläuft (aber noch nicht abgelaufen ist). Im obigen Beispiel (vorläufige Festnahme am 01.04; U-Haft ab Erlass + Vollzug Haftbefehl, d.h. ab 02.04.) mithin der 02.10. (Ablauf einer 6-Monats-Frist gem. § 43 StPO mit Ablauf des 02.10.). „Vor Ablauf“ sind die Akten, dem OLG vorgelegt, wenn Sie an diesem Tag dort eingehen, denn die Frist endet (läuft ab) am 02.10. um 23:59:59 Uhr.

Ich rate daher dringend davon ab, bei den Angaben in der Anklageschrift die Begrifflichkeit des „Haftprüfungstermins“ oder das entsprechende Kürzel „HPT“ zu verwenden, sondern nur den **Ablauf der Frist** entsprechend der RiStBV Formulierung darzustellen, etwa so:

HAFT!
Fristablauf i.S.d. § 121 Abs. 2 StPO
am 02.10.2019

oder kürzer:

HAF!

Frist § 121 StPO: 02.10.2019

Wenn Sie angesichts der unterschiedlichen Ansichten zur Fristberechnung sicherstellen wollen, dass Ihr Korrektor die Formulierung nicht moniert, sollten Sie in Haftsachen im B-Gutachten nach der Prüfung der Haftfortdaueranträge die Berechnung nach § 43 StPO einerseits und die sich eindeutig aus Nr. 110 Abs. 4 S. 3 RiStBV ergebenden Anforderungen an den Inhalt des Hinweises andererseits kurz darstellen.

d) Überschrift

Es folgt zentriert mittig die Überschrift

Anklageschrift

oder „**Schwurgerichtsanklage**“, bei Anklagen nach § 74 Abs. 2 GVG.

e) Personalien

Sodann sind die **Personalien** der Angeschuldigten zu nennen (Nr. 110 Abs. 2 lit. a RiStBV), wobei dies in der Klausur durch den Bearbeitervermerk meist auf die Angabe der Vor- und Familiennamen begrenzt werden kann. Mit den Personalien beginnt der eigentliche Anklagesatz (§ 200 Abs. 1 S. 1 StPO). Ist die reduzierte Darstellung im Bearbeitervermerk allerdings nicht zugelassen, müssen die Angaben vollständig sein (Beruf, alle Rufnamen, Familienname, Aliase (als solche gekennzeichnet), Geburtstag und -ort, vollständige Wohnanschrift, Familienstand, Staatsangehörigkeit). Bei im Zeitpunkt der Anklageerhebung jugendlichen Angeschuldigten sind Name und Anschrift der gesetzlichen Vertreter anzugeben.

Bei mehreren Angeschuldigten ist es nicht unüblich, diese durchnummerieren, wobei römische Ziffern verwendet werden sollten, um die Abgrenzung zur gebräuchlichen Nummerierung bei der Tatmehrheit zu gewährleisten. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es aber untunlich, in der Folge durch die Wendung „der Angeschuldigte zu I.“ oder „der Angeschuldigte zu II.“ auf die Betreffenden Bezug zu nehmen. Dies mag zwar im Zivilrecht üblich sein – in strafrechtlichen Verfahren sind die Angeschuldigten indes nicht beliebig austauschbare Rechtssubjekte („strafrechtliche Verantwortung ist nicht abtretbar“), sondern konkret zu individualisierende natürliche Personen, die niemals zum bloßen Objekt des Verfahrens herabgestuft werden dürfen. Strafe trifft persönlich – daher sollten die Angeschuldigten stets mit ihrem Familiennamen bezeichnet werden, soweit eine Individualisierung nötig ist. Vor Gericht sitzen keine „Nummern“. Ebenso wenig, wie Sie im Gerichtssaal die Angeklagten als „Angeklagter zu I. und II.“ ansprechen würden, sollten Sie dies in der Anklageschrift tun, denn diese muss verlesen werden (§ 243 Abs. 3 S. 1 StPO). Vor diesem Hintergrund erscheint es auch sehr gut vertretbar, die Angeschuldigten lediglich durch einen Absatz getrennt darzustellen und auf Gliederungsziffern gänzlich zu verzichten. Hinsichtlich der Reihenfolge der Benennung mehrerer Angeschuldigten existieren keine festen Aufbauregeln. Teilweise wird vertreten, mit dem ältesten Angeschuldigten oder demjenigen, dem die schwerste Tat zur Last gelegt wird oder demjenigen, der als Erster in der Ermittlungsakte in Erscheinung getreten ist zu beginnen, wobei Jugendliche / Heranwachsende stets vor den Erwachsenen zu nennen sein sollen. Diese Aufbauvorschläge finden in der RiStBV indes keine Stütze. Soweit zur Begründung auf Geschäftsverteilungspläne der Gerichte abgestellt wird, überzeugt dies nicht, denn diese sollten stets unabhängig von der Reihenfolge der Benennung der Angeschuldigten sein – andernfalls könnte Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch einen „angepassten Anklageaufbau“ seitens der Staatsanwaltschaft umgangen werden. In der Klausur steht der Geschäftsverteilungsplan des Anklageadressaten i.d.R. nicht zur Verfügung, weshalb diese Gefahr durch einen daran orientierten Aufbau des Rubrums natürlich ausgeschlossen ist.

Hinweise auf Bundeszentralregisterauszüge (wie teilweise in Berlin üblich), unterbleiben in Brandenburg – dies gilt auch für die Nennung solcher Auskünfte in der Beweismittelliste.

f) Haftverhältnisse

Nach den Personalien der Angeschuldigten sind die Haftverhältnisse zu benennen.

War oder ist der Angeschuldigte in Untersuchungshaft, so sind Ort und Dauer der Haft zu vermerken. Dies gilt auch für eine andere Freiheitsentziehung, wie etwa die vorläufige Festnahme (Nr. 110 Abs. 4 RiStBV). Die Formulierungen dazu sind abhängig von den tatsächlichen Umständen, wie diese sich nach dem Aktenauszug darstellen.

Bei vorläufiger Festnahme am 01.04.2019 und anschließendem Erlass eines Haftbefehls am 02.04.2019 durch den Ermittlungsrichter des Amtsgerichts Potsdam zum Geschäftszeichen 12 Gs 1/19 und Verbringung des Angeschuldigten in die JVA Brandenburg zur Gefangenenbuchnummer 13245/19/4 in der Sache, wegen der Sie Anklage erheben schreiben Sie beispielsweise:

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 01.04.2019 und seit dem 02.04.2019 in Untersuchungshaft in der JVA Brandenburg zur Gef.-Buch-Nr. 13245/19/4 aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Potsdam vom 02.04.2019 (12 Gs-1/19) -

Wurde der Angeschuldigte nicht vorläufig festgenommen, sondern sogleich aufgrund eines in der Sache, wegen der Sie Anklage erheben, erlassenen (früheren) Haftbefehls verhaftet schreiben Sie beispielsweise:

- in dieser Sache verhaftet am 02.04.2019 und seitdem in Untersuchungshaft in der JVA Brandenburg zur Gef.-Buch-Nr. 13245/19/4 aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Potsdam vom 01.03.2019 (12 Gs 1/19) -

Es kann vorkommen, dass die Gefangenenbuchnummer nicht im Aktenauszug enthalten ist. Lassen Sie die Angaben dazu dann einfach weg.

Wurde ein Haftverschonungsbeschluss gem. § 116 StPO erlassen, ist dies ebenfalls bei den Haftverhältnissen aufzuführen. In Fortführung des obigen Beispiels etwa so:

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 01.04.2019 und vom 02.04.2019 bis 10.07.2019 in Untersuchungshaft in der JVA Brandenburg aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Potsdam vom 02.04.2019 (12 Gs 1/19) und seither aufgrund des Beschlusses des Amtsgerichts Potsdam vom 10.07.2019 (12 Gs 1233/19) von dem weiteren Vollzug der Untersuchungshaft verschont -

Bei der vorstehenden Konstellation der Haftverschonung ist auf die Angabe des Fristablaufs des § 121 StPO zu verzichten, denn mangels Vollzugs des Haftbefehls ruht die Frist. Wann diese endet, kann mithin nicht berechnet werden. Da aber ein Haftbefehl erlassen worden ist, dessen Vollzug gem. § 116 StPO ausgesetzt ist, sollte auf den Haftvermerk nicht verzichtet werden.

Befand sich der Angeschuldigte vorübergehend in Untersuchungshaft, wurde der entsprechende Haftbefehl jedoch zwischenzeitlich aufgehoben, können Sie sowohl auf den Hinweis auf den Ablauf der Frist (vgl. **Skript Teil I.III.2.c**) [S. 165]) als auch den Haftvermerk („Haft!“) verzichten. Die Haftverhältnisse sind – wie sich eindeutig aus Nr. 110 Abs. 4 RiStBV ergibt – jedoch trotzdem, allerdings in Vergangenheitsform darzustellen.

- in dieser Sache vorläufig festgenommen am 01.04.2019 und vom 02.04.2019 bis 10.07.2019 in Untersuchungshaft in der JVA Brandenburg aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Potsdam vom 02.04.2019 (12 Gs 1/19), aufgehoben durch Beschluss des Amtsgerichts Potsdam vom 10.07.2019 (12 Gs 1233/19) -

Nur klarstellend sei darauf hingewiesen, dass bei Aufhebung des Haftbefehls – wie im obigen Beispiel – Angaben zum Fristablauf des § 121 StPO und der Haftvermerk nicht auf der Anklageschrift anzubringen sind. Wie Sie an dem vorstehenden Beispiel aber erkennen können, bewirkt die Entscheidung im B-Gutachten, den Beschuldigten „auf freien Fuß zu setzen“ (vgl. **Skript Teil H.IV** [S. 121]), sonst keine wesentliche Erleichterung bei der Abfassung der Formalien der Anklageschrift. Entscheiden Sie sich gegen einen Haftfortdauerantrag, um die Schreibarbeit in der Anklageschrift zu verringern, laufen Sie wegen des eindeutigen Wortlautes des Nr. 110 Abs. 4 RiStBV zu den erforderlichen Angaben zu vergangenen Haftverhältnissen Gefahr, sowohl hinsichtlich der Haftfrage die „Lösungsskizze“ des GJPA nicht zu „treffen“ als auch den Korrektor die Möglichkeit zu geben, einen Mangel in Ihrer Anklageschrift auszumachen.

Vorstellbar ist auch, dass Sie einen Aktenauszug erhalten, aus dem sich ergibt, dass in anderer Sache (also nicht in der, wegen der Sie Anklage erheben) Untersuchungshaft gegen den Angeschuldigten vollzogen wird. Dann bedarf es keines Haftvermerks und keines Hinweises auf den Ablauf der Frist des § 121 StPO. Das Skript des Kammergerichtes führt insoweit aus, dass auf die Haftverhältnisse in dem anderen Verfahren nicht hingewiesen wird (KG-Skript S. 19). Dem schließe ich mich an.

Ein Haftverhältnis in „dem eigenen Verfahren“, dürfte jedoch vorliegen, wenn in einer anderen Sache U-Haft oder Strafhaft vollzogen wird und gleichwohl ein Haftbefehl in der Sache, welche Sie anklagen, erlassen wurde – sog. Überhaft. Diese könnten Sie im Falle der U-Haft in einem anderen Verfahren wie folgt darstellen:

- derzeit in anderer Sache (Staatsanwaltschaft Cottbus 124 Js 2545 / 19) in Untersuchungshaft in der JVA Brandenburg und in dieser Sache Überhaft notiert aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Potsdam vom 01.06.2019 (76 Gs 12345/19) -

Die Überhaft dürfte m.E. ebenfalls den Haftvermerk rechts oben erfordern. Der Hinweis auf den Ablauf der Frist des § 121 Abs. 2 StPO ist jedoch entbehrlich.

g) Verteidigungsverhältnisse

Für jeden Angeschuldigten sind (nach etwaigen Haftverhältnissen) bestehende Verteidigungsverhältnisse zu erwähnen (Nr. 110 Abs. 2 lit. b RiStBV). Eine Unterscheidung zwischen Wahl- und Pflichtverteidigern ist von Nr. 110 Abs. 2 lit. b RiStBV weder vorgesehen noch in der Praxis üblich. Man formuliert in beiden Fällen bspw.: „Verteidiger: Rechtsanwalt Ohnesorg, [Anschrift]“. Will man eine solche Unterscheidung aber vornehmen, ist dies jedenfalls nicht unzulässig. Es ist dann aber Augenmerk darauf zu legen, ob es sich um einen Wahlverteidiger handelt (dann Formulierung: „Verteidiger: Rechtsanwalt Ohnesorg, [Anschrift]“) oder ob nach Aktenlage bereits ein Verteidiger durch das Gericht bestellt worden ist (dann Formulierung: „Pflichtverteidiger: Rechtsanwalt Ohnesorg, [Anschrift]“). Fundstellenangaben zur Vollmachtserteilung oder Beiordnung sind nach der hier vertretenen Auffassung in der Klausur nicht erforderlich. Besteht noch kein Verteidigungsverhältnis, ist es allerdings fehlerhaft, einen Verteidiger anzugeben, selbst wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung vorliegt (§ 140 StPO) und im B-Gutachten ausgeführt wurde, dass ein Antrag gem. § 141 StPO (in der Anklagebegleitverfügung) zu stellen ist, denn in diesen Fällen ist bei Anklageerhebung gerade kein Verteidiger vorhanden, der gem. Nr. 110 Abs. 2 lit. b RiStBV angegeben werden könnte. Zu Punktabzügen dürften auch die (im Strafprozessrecht nicht gebräuchlichen) Formulierung „Prozessbevollmächtigte(r)“ oder „Vertreter“ führen, wenn Sie damit den Verteidiger bezeichnen wollen.

Ein allgemeines Beispiel:

*Verteidiger: Rechtsanwalt Ohnesorg
 Müllerstraße 14 in 12345 Ortschaft*

3. Überleitung

Nach den Personalien (Haftverhältnissen, Verteidigungsverhältnissen) folgt eine Überleitung. Die dabei verwendete Formulierung ist abhängig von der Anzahl der Angeschuldigten und dem Vorliegen von Verfolgungsbeschränkungen gem. § 154a Abs. 1 StPO, auf welche gem. Nr. 110 Abs. 2 lit. e und Nr. 101a Abs. 3 RiStBV hinzuweisen ist. Die Überleitung könnte daher wie folgt lauten (ein Angeschuldigter):

„wird angeklagt“

ein Angeschuldigter, § 154a StPO:

„wird – unter Beschränkung der Strafverfolgung gem. § 154a StPO – angeklagt“

mehrere Angeschuldigte:

„werden angeklagt“

mehrere Angeschuldigte, davon hinsichtlich einem gem. § 154a StPO beschränkt:

„werden – der Angeschuldigte Meyer unter Beschränkung der Strafverfolgung gem. § 154a StPO – angeklagt“

4. Reifegrad

Bei Angeschuldigten, die zur Tatzeit Jugendliche oder Heranwachsende waren, ist dem Gericht ein entsprechender Hinweis zu geben. Es heißt dann etwa:

Angeschuldigter war zur Tatzeit Jugendlicher:

„als Jugendlicher mit Verantwortungsreife“

Angeschuldigter war zur Tatzeit Heranwachsender:

„als Heranwachsender“

Angeschuldigter war zu den jeweiligen Tatzeiten in der jeweiligen Altersstufe:

„teils als Jugendlicher mit Verantwortungsreife, teils als Heranwachsender, teils als Erwachsener“

Sollten sich die Altersstufen nur auf einen bestimmten Angeschuldigten beziehen, ist dies klarzustellen:

„der Angeschuldigte Müller als Jugendlicher mit Verantwortungsreife, der Angeschuldigte Maier als Heranwachsender“

Ein allgemeiner Hinweis, dass der Angeschuldigte (zu allen Tatzeiten) Erwachsener war, ist in der Anklageschrift nicht zu geben!

5. Tatzeit und -ort

Die „übrige“ Anklageschrift besteht im Wesentlichen aus der Umschreibung der Tat. Man unterscheidet – obschon Nr. 110 Abs. 2 lit. c RiStBV dies nicht tut – zwischen dem abstrakten und dem konkreten Teil des Anklagesatzes. Dabei müssen diese beiden „Anklageformeln“ kongruent sein.

Im abstrakten Teil des Anklagesatzes (i.F. abstrakter Anklagesatz) wird eine sachverhaltsbezogene Wiedergabe der verwirklichten Strafvorschriften gefordert, wobei jeweils nur die einschlägigen Alternativen, d.h. diejenigen, hinsichtlich derer Sie im A-Gutachten einen hinreichenden Tatverdacht festgestellt haben, mitzuteilen sind. Strafschärfende Modalitäten sind aufzuführen.

Begonnen wird zunächst mit der Tatzeit und dem Tatort. Zur Wahrung der Umgrenzungsfunktion – und damit der Wirksamkeit der Anklage als Prozessvoraussetzung – müssen die Zeit und der Ort der Tat so genau wie möglich bezeichnet werden. Die Identität des anzuklagenden geschichtlichen Vorgangs muss zweifelsfrei feststehen, d.h. sich von anderen strafbaren Handlungen des Angeschuldigten unterscheiden lassen. Soweit mehrere Taten zu unterschiedlichen Zeiten und / oder an mehreren Orten begangen worden sind, sind grundsätzlich alle aufzuführen, wobei die Verständlichkeit der Anklageschrift darunter nicht leiden darf. In der Regel wird es daher ausreichend sein, die Angaben auf bestimmte Tattage oder Zeiträume sowie die die Zuständigkeit des Gerichtes begründende Tatorte zu beschränken. Es könnte daher wie folgt formuliert werden:

eine Tat in Potsdam:

*„am 05.12.2017
in Potsdam“*

zwei Taten einmal in Potsdam und einmal in Berlin:

*„am 05.12.2017 und 01.04.2018
in Potsdam und Berlin“*

mehrere Taten in einem bestimmten Zeitraum (Tatserien) oder Dauerdelikt in Potsdam und verschiedenen anderen Orten:

*„in der Zeit vom 05.12.2017 bis 24.07.2018
in Potsdam und andernorts“*

Ist eine Konkretisierung des Tatzeitpunktes auf ein bestimmtes Datum nicht möglich (beispielsweise, weil sich das Opfer nur an das Jahr und die Jahreszeit erinnert), so ist der Tatzeitpunkt annähernd genau festzulegen (Bspw.: „im Frühjahr 2018“; „in der Nacht vom ... zum ...“), wobei insbesondere bei unklar gebliebenen Zeitpunkten in größeren Zeiträumen die Formulierung „an einem nicht genau feststellbaren Tag in der Zeit vom ... bis ...“ nicht unüblich ist. Bei mehr als zwei Tatzeitpunkten empfiehlt es sich dringend, den zeitlich ersten und den letzten Zeitpunkt (in dieser Reihenfolge) mitzuteilen. Formulierungen wie „am 01.01.2018 und davor“ oder „am 01.01.2018 und später“ oder gar „in nicht rechtsverjährter Zeit“ sind tunlichst zu vermeiden, da sie als unzulässig (Verstoß gegen die Umgrenzungsfunktion, der die Anklage unwirksam macht) angesehen werden können.

Dem Gebot der Verständlichkeit geschuldete Ungenauigkeiten bei der Angabe des Ortes und der Zeit der Tat sind im konkreten Teil des Anklagesatzes (i.F. Konkretum) in jedem Fall auszugleichen. In der Praxis werden insbesondere beim Tatort keine näheren Einzelheiten im abstrakten Anklagesatz (i.F. auch Abstraktum) mitgeteilt. Die Benennung eines Bezirks, einer Straße oder gar Hausnummer bzw. Wohnung gehört grundsätzlich in den konkreten Anklagesatz. Der Korrektor erwartet diese auch erst dort! Gleiches gilt für die konkrete Tatuhrzeit oder ähnliche Konkretisierungen, selbst wenn es sich um Taten handelt, bei denen alkoholbedingte Besonderheiten zu beachten sind. Uhrzeiten im Abstraktum zu erwähnen, dürfte daher überaus praxisfern wirken.

Es ist auch nicht erforderlich, bei mehreren Taten die Angaben zur Tatzeit und zum Tatort jeweils auf diese „aufzuteilen“. Stellen Sie Tatzeit und -orts – Angaben vielmehr als eine Art „Einleitung“ stets „vor der Klammer“ dar und nicht jeweils vor einem Tatbestand. Auch bei mehreren Angeklagten sind keine getrennten, sondern zusammenfassende Angaben (zur Tatzeit und zum

Tatort) auf diese Weise – mithin vor der gesamten abstrakten Normenwiedergabe – zu machen. Abweichenden Aufbauvorschlägen in der Ausbildungsliteratur wird hier nicht beigetreten.

6. ggf. Schuldfähigkeit

Das Skript des Kammergerichtes schließt Angaben zur verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB im abstrakten Anklagesatz aus, da für die entsprechenden Beurteilungen grundsätzlich die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erforderlich ist. Etwaige Angaben dazu könnten von Ihrem Korrektor daher als falsch gewertet werden.

Teilweise wird aber vertreten, dass dann, wenn die Staatsanwaltschaft davon ausgeht, dass der Angeschuldigte im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit gehandelt hat (bzw. zu seinen Gunsten dies nicht auszuschließen ist), dies als Hinweis an das Gericht den Delikten voranstehend in der Anklageschrift durch die Formulierung „im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit“ klarzustellen ist. Teilweise wird auch vertreten, dass dies nach dem jeweiligen Tatbestandsmerkmalen wie folgt darzustellen sei: „[Tatbestand], wobei seine Fähigkeit, das Unrecht der Tat einzusehen (/ nach dieser Einsicht zu handeln) wegen einer krankhaften seelischen Störung (bei Begehung der Tat) erheblich vermindert war“, weil die in § 21 StGB enthaltenen Alternativen der verminderten Einsichtsfähigkeit und verminderten Schuldfähigkeit niemals alternativ vorliegen können und die Zustandsbeschreibung „erheblich verminderte Schuldfähigkeit“ nicht hinreichend konkret sei.

Unabhängig davon mag das Eingehen auf die Frage der Schuldfähigkeit nach § 21 StGB im Abstraktum zwar auf den ersten Blick insbesondere wegen Nr. 110 Abs. 2 lit. c RiStBV i.V.m. §§ 11 Abs. 1 Nr. 8, 21, 61, 63 StGB nicht abwegig erscheinen, wonach Umstände, die die Anordnung einer Maßnahme (§ 11 Abs. 1 Nr. 8) rechtfertigen im Anklagesatz anzugeben sind und die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gem. § 63 StGB als Maßregel der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) eine Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB ist, die mindestens verminderte Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB voraussetzt – eine solche Anordnung (die durch das Amtsgericht nicht ergehen kann (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG !)) setzt aber die Vernehmung eines Sachverständigen durch das Gericht (§ 246a Abs. 1 StPO) und konkrete Feststellungen dazu voraus, auf welche Weise sich die näher festzustellende psychische Störung bei der Begehung der jeweiligen Tat auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und dazu, dass die verminderte Schuldfähigkeit durch einen länger andauernden und nicht nur vorübergehenden Zustand im Sinne des § 21 StGB hervorgerufen worden ist. Die insoweit für § 63 StGB maßgeblichen und gem. Nr. 110 Abs. 2 RiStBV in der Anklageschrift mitzuteilenden Umstände dürften sich daher – nach der hier vertretenen Auffassung – nicht allein in der (abstrakten) Äußerung erschöpfen, der Angeschuldigte habe im Zustand verminderter Schuldfähigkeit gehandelt.

Aber auch wenn man nicht auf eine Anordnung gem. § 63 StGB abstellt, besteht ein zwingender Anlass für die Formulierung eines Schuld minderungsgrundes – an den eine Strafzumessungsregel in Form einer fakultativen Strafrahmenermilderung anknüpft – im Abstraktum nicht. Soweit ersichtlich, wird beispielsweise auch nicht vertreten, Umstände des § 46a oder § 46b StGB im Abstraktum aufzuführen, obwohl auch hier der Strafrahmen ein anderer sein kann.

Nach der hier vertretenen Auffassung dürften Hinweise auf § 21 StGB im Abstraktum daher nur ausnahmsweise denkbar sein, wenn zugleich (an anderer Stelle in der Anklageschrift) auf sämtliche sonstigen Voraussetzungen der (angestrebten Anordnung von) Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB), die mindestens einen Zustand im Sinne von § 21 StGB voraussetzen, eingegangen wird. Das entsprechende Beurteilungen der Beweisaufnahme vorbehalten sind, gilt letztlich für sämtliche Merkmale, die im abstrakten Anklagesatz erwähnt und im Konkretum mit entsprechenden Tatsachen belegt werden. Bei Anklagen vor dem Amtsgericht kommen Hinweise mit dem Endziel einer Maßregelanordnung nach § 63 StGB aber grundsätzlich nicht in Betracht (§ 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG).

Ungeachtet dessen erscheint es zur Wahrung der Informationsfunktion erforderlich und dürfte allgemeiner Praxis der Anklagebehörden entsprechen, die entsprechenden Umstände im Konkretum darzulegen und die Norm des § 21 StGB in der Vorschriftenliste aufzuführen. Jedenfalls dann, wenn Sie im B-Gutachten wegen § 21 StGB eine „Strafrahmerverschiebung“ angenommen haben, die auch eine Änderung des Anklageadressaten bedingt (vgl. hier **Skript**

Teil H.III.2.b) [S. 120]), könnte der Korrektor Hinweise auf § 21 StGB in der Vorschriftenliste und die Alkoholisierung im Konkretum erwarten.

Andere Grundsätze gelten natürlich für die Antragsschrift im Sicherungsverfahren (§§ 413 ff., § 414 Abs. 2 StPO), auf die mangels Klausurrelevanz hier nicht näher eingegangen werden soll.

7. „Gesamt“-Real-Konkurrenzen

Hat der Angeschuldigte mehrere Handlungen (Tatmehrheit im Sinne von § 53 StGB; Realkonkurrenz) begangen, ist dies vorab darzustellen. Dabei ist die Anzahl der selbständigen Handlungen zu benennen, wie diese sich aus dem materiellrechtlichen Gutachten ergeben:

„durch vier selbständige Handlungen“

Falls mehrere Angeschuldigte mehrere selbständige Handlungen begangen haben, kann dies für jeden Angeschuldigten getrennt vorab dargestellt werden:

*„der Angeschuldigte Armbrüster durch vier selbständige Handlungen
der Angeschuldigte Maier durch zwei selbständige Handlungen“*

oder, falls alle Angeschuldigten die gleiche Anzahl an tatmehrheitlichen Handlungen zur Last gelegt werden soll:

„durch jeweils vier selbständige Handlungen“

Gut vertretbar und der Übersichtlichkeit regelmäßig förderlich ist es aber auch, jeden Angeschuldigten nacheinander „abzuhandeln“, also beispielsweise zunächst darzulegen, wie viele und welche selbständigen Handlungen der Angeschuldigte A begangen hat und danach das Gleiche für B usw. zu machen. Diesen Einleitungen sollten dann jeweils römische Ziffern vorangestellt werden. Beispiel:

*„I. der Angeschuldigte Armbrüster durch vier selbständige Handlungen
[...weiterer abstrakter Anklagesatz bezüglich Armbrüster ...]“*

*II. der Angeschuldigte Maier durch zwei selbständige Handlungen
[...weiterer abstrakter Anklagesatz bezüglich Maier ...]“*

Welchem Weg Sie folgen, dürfte in der Klausur von Ihren Gewohnheiten und dem Zeitfaktor abhängen. Nach der hier vertretenen Auffassung ist einheitliche Vorabdarstellung der sukzessiven Abhandlung dann vorzuziehen, wenn die Angeschuldigten teilweise auch gemeinschaftlich gehandelt haben (vgl. auch **Skript Teil I.III.8.I)** [S. 192]).

In rate dringend davon ab, die selbständigen Handlungen mehrerer Angeschuldigter zu summieren! Dies dürfte von den Korrektoren regelmäßig als falsch bewertet werden. Es ist in der Praxis auch gänzlich unüblich und verschafft zudem keinerlei Mehrwert hinsichtlich des Verständnisses. Begeht beispielsweise A zwei selbständige Handlungen und B drei selbständige Handlungen, so bietet die Formulierung „durch fünf selbständige Handlungen“ mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dem Korrektor eine gute Möglichkeit, Punkte abzuziehen.

Die Formulierungen „durch X tatmehrheitliche Handlungen“ oder „durch X Straftaten“ sind in Berlin und Brandenburg nicht üblich. Auch ist zu vermeiden (an dieser Stelle) von (selbständigen) „Fällen“ zu sprechen.

Wird nur eine Tat angeklagt, ist an dieser Stelle nichts auszuführen. Schreiben Sie daher bitte nicht „durch eine selbständige Handlung“! Erstrecht sollten Sie nicht „durch dieselbe Handlung“ schreiben, um zum Ausdruck zu bringen, dass nur eine Tat angeklagt wird, denn diese Formulierung entspricht der Tateinheit i.S.v. § 52 StGB und wäre daher „falsch“, wenn keine tateinheitliche Begehung vorliegt!

8. gesetzliche Merkmale

a) allgemein

Im abstrakten Anklagesatz sind sodann die verletzten Strafvorschriften wörtlich wiederzugeben. Der Gesetzeswortlaut kann dabei zwar kleinere sprachliche Anpassungen erfahren, sofern der konkrete Tatvorwurf oder die sprachliche Verständlichkeit dies erfordern – ohne ersichtlichen Grund dürfen aber Umstellungen von einzelnen Worten oder Satzteilen des Gesetzestextes nicht erfolgen. Die Darstellung ist auf den Gesetzestext(teil) zu beschränken, der die **objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale** enthält, der dem **verwirklichten tatsächlichen Geschehen** entspricht.

Enthält das Gesetz mehrere (Tatbestands-) Merkmale, die zur Verwirklichung des Tatbestands nicht kumulativ vorliegen müssen (z.B.: „...mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichen Übel...“ (§ 253 Abs. 1 StGB)) oder selbständige Alternativen / Varianten / Modalitäten, sind **nur die gesetzlichen Merkmale in den Anklagesatz** aufzunehmen, hinsichtlich derer (nach dem materiell-rechtlichen Gutachten) ein **hinreichender Tatverdacht** besteht (z.B.: „...einen Menschen mit Gewalt zu einer Handlung...“). Hat der Angeschuldigte mehrere alternative Merkmale kumulativ erfüllt, sind alle anzugeben - z.B.:

„...einen Menschen mit Gewalt und durch Drohung mit einem empfindlichen Übel...“

Ein „oder“ im Gesetzeswortlaut gibt daher, wenn es auf der Basis der rechtlichen Bewertung des tatsächlichen Geschehens nicht durch ein „und“ ersetzt werden kann, stets Anlass zur genauen Überlegung, welcher Gesetzestextteil einschlägig ist und übernommen werden muss. Ein „oder“ im abstrakten Anklagesatz indiziert Wahlfeststellung, die Sie nur anklagen dürfen, wenn nach dem Ergebnis Ihres A-Gutachtens eine wahldeutige Verurteilung in Betracht kommt (vgl. hierzu auch **Skript Teil B.II.3.c**) [S. 29]).

Wird dem Angeschuldigten beispielsweise ein Diebstahl (mit „Eigenzueignungsabsicht“) zur Last gelegt ist wie folgt zu formulieren:

„...eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen...“

Hat der Angeschuldigte mehrere Gegenstände gestohlen und wird bei wertender Betrachtung der Tatbestand nur einmal verwirklicht (natürliche Handlungseinheit / iterative Tatbestandsverwirklichung vgl. **Skript Teil I.II.5.b)(02)** [S. 158]), kann dies durch Verwendung des Plurals dargestellt werden:

„...fremde bewegliche Sachen einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sachen sich rechtswidrig zuzueignen...“

Hat der Angeschuldigte mehrere Gegenstände unterschiedlicher Tatopfer entwendet und wird bei wertender Betrachtung der Tatbestand nur einmal verwirklicht (natürliche Handlungseinheit / iterative Tatbestandsverwirklichung vgl. **Skript Teil I.II.5.b)(02)** [S. 158]) kann wie folgt formuliert werden:

„...fremde bewegliche Sachen anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sachen sich rechtswidrig zuzueignen...“

Eine für gewöhnlich für akzeptabel gehaltene sprachliche Anpassung in den vorgenannten Beispielen bezieht sich auf den zweiten Halbsatz. So wird mitunter formuliert: „...fremde bewegliche Sachen einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, sich diese rechtswidrig zuzueignen“. Eine sprachliche Umstellung etwa wie folgt: „...fremde bewegliche Sachen einem anderen weggenommen zu haben, in der Absicht, sich diese rechtswidrig

zuzueignen...“ erscheint demgegenüber als nicht mehr sachlich begründbare Veränderung des Wortlautes – insbesondere ist eine Steigerung der Verständlichkeit durch diese Abweichung vom Gesetzeswortlaut nicht feststellbar. Nicht mehr vertretbar, weil zu weit vom Wortlaut entfernt, ist im Übrigen die Formulierung „...in rechtswidriger Zueignungsabsicht...“. Da nach der hier vertretenen Auffassung ein „gelungener“ Anklagesatz sich dadurch auszeichnet, dass er die **gesetzgeberische Formulierung möglichst unverändert** übernimmt und nur unabdingbare Anpassungen enthält, sollten solche und ähnliche „Experimente“ mit dem Gesetzeswortlaut (in der Klausur) dringend unterlassen werden.

Während die Reaktion des Korrektors zu den jeweils gewählten Formulierungen auch davon abhängen dürfte, welche konkrete Variante ihm gebräuchlich erscheint oder er selbst regelmäßig verwendet, sollte tunlichst auf **Deckungsgleichheit** zwischen dem Ergebnis des A-Gutachtens und den zitierten Merkmalen geachtet werden. Werden nämlich Tatbestandsmerkmale aufgeführt, die im A-Gutachten nicht bejaht wurden oder umgekehrt, sind Punktabzüge die Regel.

Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale (z.B. die Vermögensverfügung beim Betrug) dürfen **nicht** in den abstrakten Anklagesatz aufgenommen werden – sie gehören eben gerade nicht zum Gesetzestext und dürfen in dessen Wortlaut auch nicht hineinformuliert werden.

Teilweise wird vertreten, dass das im Wortlaut einer Norm enthaltene allgemeine Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht in den abstrakten Anklagesatz aufgenommen werden muss. Dient das Merkmal „rechtswidrig“ als Attribut des gesamten Tatbestandes, wie etwa bei der Nötigung (§ 240 Abs. 1 StGB), dann könnte es beispielsweise heißen: „...einen Menschen mit Gewalt zu einer Handlung genötigt zu haben...“. Dem steht zwar die Existenz (der Verwerflichkeitsklausel) des § 240 Abs. 2 StGB nicht entgegen, denn würden Sie den Wortlaut von § 240 Abs. 2 StGB in den Wortlaut von § 240 Abs. 1 StGB integrieren oder Abs. 2 zusätzlich zitieren, bräuchten Sie zum Ausdruck, dass § 240 Abs. 1 StGB das strafwürdige Unrecht nicht hinreichend umschreibt, was verfassungsrechtlich bedenklich erschiene. Nach der hier vertretenen Auffassung ist es aber zu empfehlen und in jedem Falle zulässig, das vom Tatbestand selbst erwähnte, allgemeine Rechtswidrigkeitsmerkmal stets mit in den abstrakten Anklagesatz aufzunehmen. In der Klausur sehen Sie sich so nicht dem Vorwurf ausgesetzt, den Gesetzeswortlaut nicht vollständig wiedergegeben zu haben und vermeiden Fehler bei der Abgrenzung zu **tatbestandsspezifischen Merkmalen der Rechtswidrigkeit**, bei denen als gesichert gelten kann, dass diese aufzunehmen sind. Die Rechtswidrigkeit der Zueignung (§§ 242, 249 StGB) bzw. der Bereicherung (§ 263 StGB) sind also beispielsweise **stets** zum Ausdruck zu bringen:

„...in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt zu haben, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte...“

Vorstehende Überlegungen sind auf ähnliche Umschreibungen wie „unbefugt“ und „widerrechtlich“ übertragbar.

b) Schuldform

Kann ein Tatbestand vorsätzlich und fahrlässig verwirklicht werden, ist die **einschlägige Schuldform** in den Anklagesatz aufzunehmen. Dies gilt auch bei Delikten mit (echten) Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen (bspw.: § 315c Abs. 3 StGB), wobei die Schuldform dann mehrmals konkret zu benennen ist.

Ist demgegenüber ein Delikt nur vorsätzlich begehrbar (bspw. Sachbeschädigung gem. § 303 StGB (vgl. § 15 StGB)), sind Hinweise auf diese – einzig denkbare – Begehungsform zu unterlassen.

Bei der Trunkenheit im Verkehr kann die Formulierung wie folgt lauten: § 316 Abs. 1 StGB:

„...vorsätzlich im Verkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen...“

oder bei § 316 Abs. 1, 2 StGB:

„...fahrlässig im Verkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen...“

Soweit die vorsätzliche und fahrlässige Begehungsweise innerhalb derselben Norm unter Strafe gestellt ist, kann stets nach dem vorstehenden Muster vorgegangen werden (bspw. § 21 StVG). Umstritten ist (und unterschiedlich gehandhabt wird) die Zitierung aber dann, wenn die fahrlässige Begehungsweise eines Deliktes zwar auch strafbar ist, sich diese Strafbarkeit aber aus einer eigenen / eigenständigen Norm ergibt – wie beispielsweise bei der Körperverletzung (vgl. § 223 StGB einerseits ./ § 229 StGB andererseits).

Verbreitet wird vertreten, dass bei der vorsätzlichen Körperverletzung auf die Angabe der Schuldform verzichtet werden kann und diese nur bei fahrlässiger Begehungsweise zu nennen ist. Hintergrund sei, dass die vorsätzliche Begehung die Regel (§ 15 StGB) und die fahrlässige Begehung die Ausnahme ist und nur letztere einer besonderen Darstellung bedürfe. Wenn Sie dieser Ansicht folgen, bestehen für die Formulierung der vorsätzlichen Körperverletzungen keine Besonderheiten: „...eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...“. In der Ausbildungsliteratur wird aber zuweilen das Kammergerichtsskript so verstanden, dass dort empfohlen werde, bei allen (auch) fahrlässig begehbaren Straftaten die Schuldform im Abstraktum klarzustellen (vgl. Dinter/Jakob, Die Staatsanwaltsklausur: Prüfungswissen für das Assessorexamen, 3. Aufl. 2018, Rn. 184). Tatsächlich heißt es im Kammergerichtsskript auf S. 22 (Stand Februar 2017): „Immer, wenn auch fahrlässiges Handeln mit Strafe bedroht ist, hat ein entsprechender Hinweis im abstrakten Anklagesatz zu folgen [...]“. Will man sich diesem Verständnis anschließen, müsste man die vorsätzliche Körperverletzung wie folgt abstrakt formulieren:

„...vorsätzlich eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...“

Dieses Verständnis des Hinweises des KG-Skriptes ist indes nicht zwingend, denn der fragliche Satz steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Vorgehensweise bei (echten) Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen („vgl. insbesondere der §§ 315ff. StGB“), deren Darstellungsweise nicht streitig ist. Im OLG-Skript wird ausgeführt (S. 20), dass „Hinweise zur Schuldform [...] nur dann erforderlich [sind], wenn das Gesetz mehrere Schuldformen zulässt (etwa im Falle der §§ 316 und 315c StGB)“. Mithin bezieht sich auch dieser Hinweis auf Normen, die – ohne auf andere Normen abstellen zu müssen – „gleichzeitig“ Vorsatz und Fahrlässigkeit umfassen. An dieser Stelle will ich auch nicht verheimlichen, dass jedenfalls im Beispiel I im Kammergerichtsskript (vgl. dort S. 32) im Falle der tateinheitlichen Begehung von versuchtem Mord und vorsätzlicher Körperverletzung auf die Schuldform des Körperverletzungsdeliktes im Abstraktum nicht hingewiesen wird. Fühlen Sie sich bitte aufgefordert, Ihre eigenen Rückschlüsse zu ziehen. Dem Körperverletzungsdelikt die Schuldform „vorsätzlich“ wie aufgezeigt voranzustellen, kann allenfalls zu einem Vorwurf der Überflüssigkeit führen, welcher mit Blick auf § 229 StGB und die Informationsfunktion der Anklageschrift allerdings kaum ins Gewicht fallen dürfte. Ich rate daher dazu, dieses überschaubare Risiko einzugehen und in Fällen des **Vorsatzes** „...vorsätzlich eine andere Person...“ zu schreiben.

In den Fällen, in denen die fahrlässige Begehungsweise vorliegt, die entsprechende Schuldform aber in einem eigenen Tatbestand enthalten ist, weichen die Vorschläge zur Darstellung der **Fahrlässigkeit** nicht unerheblich voneinander ab. Häufig wird beispielsweise bei der fahrlässigen Körperverletzung wie folgt zitiert:

„...durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung einer anderen Person verursacht zu haben...“

Enger kann man am Wortlaut des § 229 StGB nicht bleiben. Zu beachten ist dabei allerdings, dass der Wortlaut des § 229 einen konkreten Verweis auf die Körperverletzung beinhaltet.

Insoweit erscheint es gut vertretbar, den Wortlaut des Tatbestandes der Körperverletzung mit dem des § 229 StGB (analog den sogleich dargestellten Grundlagen für Qualifikationen) zu kombinieren. Sie könnten daher wie folgt formulieren:

„...durch Fahrlässigkeit eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...“

Auch bei Anspannung aller Erkenntniskräfte vermag ich in Fällen der Fahrlässigkeit aber nicht zu erkennen, aus welchem Grunde bei § 316 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB und § 315c Abs. 1 bzw. Abs. 3 StGB anders formuliert werden sollte, als bei § 223 StGB bzw. § 229 StGB, nur weil die besondere Schuldform in einer eigenen Norm geregelt ist. Der gesetzgeberische Aufbau ist insoweit weder systematisch zwingend noch bedingen das Gebot der sprachlichen Verständlichkeit oder die Informationsfunktion der Anklageschrift eine unterschiedliche Behandlung. Nach der hier vertretenen Auffassung scheint daher die folgende Formulierung stets sehr gut vertretbar:

„...fahrlässig eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...“

Bei (echten) Vorsatz-Fahrlässigkeitskombinationen ist man sich hingegen einig. Die einschlägige Schuldform ist in jedem Falle (jeweils vorangestellt) zu benennen. Im Falle der Gefährdung des Straßenverkehrs könnte die Formulierung wie folgt lauten:
§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, Abs. 3 Nr. 1 StGB:

„...vorsätzlich im Straßenverkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl er infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen und dadurch fahrlässig den Leib eines anderen Menschen gefährdet zu haben...“

Die sprachliche Anpassung „den Leib“ im vorstehenden Beispiel (bzw. „das Leben“ in anderen Fällen) wird vereinzelt für zwingend gehalten (auch für § 249 StGB). Im Falle von „Leib und Leben“ gefährdenden Handlungen (bzw. Drohungen mit solchen Gefahren) kann nach der hier – und (soweit ersichtlich) auch im Kammergerichtsskript – vertretenen Auffassung auf die Artikel indes verzichtet werden, ohne sprachlich ungenau zu sein, da Artikellosigkeit insbesondere bei formelhaften Verbindungen („Haus und Hof“; „Mann und Maus“) häufiger anzutreffen ist und auch für „Angeklagte“ verständlich sein dürfte. Letztlich hat auch der Gesetzgeber diesen Weg der Formulierung gewählt, wohl nicht zuletzt deshalb, weil „Leib und Leben“ eine seit dem 16. Jahrhundert bezeugte paarige Rechtsformel ist (Pfeifer, EtymWB).

Enthält der Wortlaut des gesetzlichen Tatbestandes **ausdrücklich bestimmte Schuldformen**, so sind die einschlägigen in jedem Falle zu nennen (bspw.: §§ 145, 258 StGB – „...absichtlich...“ oder „...wissentlich...“). Für die Fälle der Anstiftung und Beihilfe gilt dieser Grundsatz ebenso (vgl. **Skript Teil I.III.8.j**) [S. 184]).

c) Qualifikationen

Bei der Anklage von Qualifikationstatbeständen werden deren Merkmale und die der Grunddelikte in den Anklagesatz aufgenommen. Üblicherweise werden die **Qualifikationsmerkmale** an die des Grunddelikts mit der Formulierung „wobei“ angefügt. Beispiel schwerer Raub (§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB):

„...mit Gewalt gegen eine Person fremde bewegliche Sachen einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sachen sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er ein gefährliches Werkzeug bei sich führte...“

Beispiel: Privatwohnungseinbruchsdiebstahl (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4):

„...fremde bewegliche Sachen einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sachen sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er zur Ausführung der Tat in eine dauerhaft genutzte Privatwohnung einbrach...“

Das Gebot der sprachlichen Verständlichkeit führt – wie die obigen Beispiele zeigen – in den Fällen der Qualifikationen zu nahezu zwingenden Abweichungen vom Gesetzeswortlaut. Eine Formulierung, die im Falle des Privatwohnungseinbruchsdiebstahls beispielsweise deutlicher auf den Wortlaut des § 244 Abs. 4 StGB zurückgreifen würde, dürfte verworren wirken.

Da die meisten Qualifikationen Tatbestände sind, deren Wortlaut auf das Grunddelikt verweist bzw. dessen amtliche Überschrift beinhaltet (i.F. **konkreter Verweis**) ist es neben der dargelegten „wobei-Anfügung“ zur Förderung der sprachlichen Verständlichkeit häufig auch gut vertretbar, den **Wortlaut der Qualifikationsnorm** in den Wortlaut der Vorschrift, auf die verwiesen wird, einzubauen. Bei solchen „Einbauten“ bestehen durchaus gewisse Freiheiten: Beispiel gefährliche Körperverletzung (§§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 4 StGB):

„...eine andere Person mittels eines gefährlichen Werkzeugs und mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...“

Beachten Sie im vorstehenden Beispiel, dass sämtliche Qualifikationsmerkmale des § 224 StGB Vorsatz voraussetzen, weshalb eine Angabe der Schuldform „fahrlässig“ (i.S.v. § 229 StGB) nicht in Betracht kommt und daher auch auf die Wendung „vorsätzlich“ – unabhängig vom oben dargestellten „Streitstand“ (vgl. **Skript Teil I.III.8.b**) [S. 175]– in jedem Fall verzichtet werden kann (und sollte). Teilweise wird vertreten, den „anderen Beteiligten“ in dem vorstehenden Beispiel näher namentlich zu benennen. Zwingend ist dies nicht. Insoweit wird auf die Ausführungen zur Darstellung von Täterschaft und Teilnahme Bezug genommen (vgl. **Skript Teil I.III.8.j**) [S. 184]).

Die konkreten Verweise können auch die Rechtsfolgen betreffen, was insbesondere bei der räuberischen Erpressung (§ 255 StGB) und dem räuberischen Diebstahl (§ 252 StGB) („gleich einem Räuber“) dazu führen kann, dass es zu „Kettenverweisungen“ kommt. In solchen Fällen können die dargestellten Methoden (anfügen / einbauen) kombiniert werden. So ist eine „besonders schwere räuberische Erpressung“ wie folgt formulierbar (§§ 255, 253 Abs. 1, 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB):

„...einen Menschen rechtswidrig durch Gewalt gegen eine Person zu einer Handlung genötigt und dadurch dem Vermögen des Genötigten Nachteil zugefügt zu haben, um sich zu Unrecht zu bereichern, wobei er bei der Tat ein gefährliches Werkzeug verwendete...“

Beachten Sie, dass hinsichtlich des gefährlichen Werkzeuges in den obigen Beispielen auf die Wendung „...anderes...“ (vgl. § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a bzw. Abs. 2 Nr. 1 StGB) verzichtet wurde. Zwar stünde die Formulierung „...anderes gefährliches Werkzeug...“ im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut – es bliebe aber (sprachlich) unklar, was an dem gefährlichen Werkzeug „anders“ sein soll. Richtiger müsste es dann lauten: „...wobei er bei der Tat ein anderes gefährliches Werkzeug als eine Waffe verwendete...“. Die in den Beispielen dargestellte, gem. Nr. 110 Abs. 2 lit. c RiStBV zulässige, vereinfachte Form „...ein gefährliches Werkzeug...“ ist in der Praxis üblich und Ihrem Korrektor mit Sicherheit vertraut.

Die Darstellung von **Erfolgsqualifikationen** erfolgt nach der hier vertretenen Auffassung durch Kombination der Grundsätze zu den Qualifikationstatbeständen und Schuldformen. Bei Erfolgsqualifikationen liegt ein erhöhter Unrechtsgehalt vor, weil ein über das Grunddelikt hinausgehender Erfolg eintritt. Typische und für die Klausur nicht unwichtige Beispiele sind u.a. die schwere Körperverletzung (§ 226 StGB), die Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB), der Raub mit Todesfolge (§ 251 StGB) und die Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB). Bei den Erfolgsqualifikationen „schärft“ der Eintritt der besonderen Folge jeweils die Strafe. Der

Eintritt des besonders pönalisierten Erfolges ist daher als Gesetzesmerkmal im abstrakten Anklagesatz aufzuführen.

Da Erfolgsqualifikationen aber keine Fälle reiner Erfolgshaftung sind, sondern in Ausprägung des Schuldgrundsatzes zumindest ein Verschulden in Form der Fahrlässigkeit voraussetzen, sind hinsichtlich des Erfolgseintritts je nach Konstellation verschiedene Schuldformen denkbar, die nach der hier vertretenen Auffassung fallspezifisch ebenfalls erwähnt werden müssen: Weil gemäß **§ 18 StGB** dem Täter / Teilnehmer einer Erfolgsqualifikation „nur“ wenigstens Fahrlässigkeit hinsichtlich des Eintritts der besonderen Folge vorgeworfen können werden muss, an welche das Gesetz die schwerere Strafe (im Verhältnis zum Grunddelikt) knüpft, führt die vorsätzliche Herbeiführung der besonderen Folge nicht zum Ausschluss der Erfolgsqualifikation. Es kommt mithin Fahrlässigkeit und Vorsatz hinsichtlich der besonderen Erfolgsherbeiführung gleichermaßen in Betracht (unechte Vorsatz-/Fahrlässigkeitskombinationen). Wenn die besondere Folge aber vorsätzlich herbeigeführt wurde, stellen sich – dogmatisch nicht uninteressante – Konkurrenzfragen in Bezug auf die jeweiligen „reinen“ Vorsatzdelikte, welche die vorsätzliche Herbeiführung des Erfolges mit Strafe bedrohen. In einigen Erfolgsqualifikationen ist darüber hinaus als „Mindest-Schuldvorwurf“ das Merkmal der **Leichtfertigkeit** („wenigstens leichtfertig“ – vgl. bspw. §§ 251 und 306c StGB) genannt, andere setzen (nochmals strafscharfend) Absicht oder direkten Vorsatz voraus (vgl. § 226 Abs. 2 StGB). Da sich Leichtfertigkeit nicht allein mit der Verwirklichung des Grunddelikts begründen lässt, sondern dessen sorgfaltswidrige besonders gefährliche Verwirklichung voraussetzt, bei welcher die Gefahr des Eintritts des qualifizierenden Erfolgs besonders nahe liegt (besonders gravierender Sorgfaltsverstoß), muss diese besondere Schuldform ebenfalls im abstrakten Anklagesatz zum Ausdruck kommen – wenn sie vorliegt.

Sind etwaige konkurrenzrechtliche Fragen im A-Gutachten geklärt (vgl. BGH Ur. v. 17.10.2002, 3 StR 249/02, NStZ-RR 2003, 44 = Mord & Raub mit (vorsätzlich herbeigeführter) Todesfolge in Tateinheit; BGH Beschl. v. 11.07.2006, 3 StR 183/06, NStZ 2006, 686 = versuchte (absichtliche) schwere Körperverletzung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung; BGH Beschl. v. 14.03.2017, 4 StR 646/16, NStZ-RR 2017, 173 = (möglicherweise) Tateinheit zwischen gefährlicher Körperverletzung (§ 224 Nr. 2 StGB) und schwerer Körperverletzung (§ 226 Abs. 1 StGB); vgl. grundlegend Kudlich, JA 2009, 246ff.) und ergibt sich danach die Notwendigkeit, die Erfolgsqualifikation im abstrakten Anklagesatz darzustellen, kann beispielsweise auf folgende Formulierung zurückgegriffen werden (für §§ 223, 226 Abs. 1 Nr. 1 StGB):

„...eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben, wobei er fahrlässig bewirkte, dass die verletzte Person das Sehvermögen auf einem Auge verlor...“

oder (§§ 223, 227 StGB – insoweit kommt (jeweils) nur eine vorsätzliche Körperverletzung als Grunddelikt in Betracht; die gleichzeitig verwirklichte fahrlässige Tötung wird verdrängt (vgl. BGH Ur. v. 08.07.1955, 2 StR 146/55, NJW 1955, 1366)):

„...eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben, wobei er fahrlässig den Tod der verletzten Person verursachte...“

oder (§§ 249, 251 StGB):

„...mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er leichtfertig den Tod eines anderen Menschen verursachte...“

Wie Sie bemerken, sind die sprachlichen Anpassungen des Gesetzeswortlautes in den vorstehenden Beispielen nicht unerheblich. Beachten Sie in diesem Zusammenhang, dass es sich dabei lediglich um Formulierungsvorschläge handelt, die keinerlei Anspruch auf Richtigkeit erheben. Fühlen Sie sich durchaus aufgefordert, abweichende Formulierungen zu verwenden – solange diese erkennen lassen, was Sie genau anzuklagen beabsichtigen, dürfte Ihr Korrektor keine ernsthaften Bedenken haben.

Ich muss an dieser Stelle darauf aufmerksam machen, dass das Kammergerichtsskript im Falle des schweren Raubes mit Todesfolge wie folgt formuliert (KG-Skript S. 34; §§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1a, 251 StGB):

„...mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er eine Waffe bei sich führte, und dadurch wenigstens leichtfertig den Tod eines Menschen verursacht zu haben...“

Ergänzend führt das Kammergerichtsskript aus: „**Selbst bei vorsätzlichem Handeln sind die Worte ‚wenigstens leichtfertig‘ als Mindestvoraussetzung zu zitieren.**“ (KG-Skript S. 34). Mir liegt es außerordentlich fern, diesem eindeutigen Hinweis im Kammergerichtsskript zu widersprechen. Auch aus diesem Grunde habe ich die Formulierung als einziges Beispiel hervorgehoben.

Ich will aber nicht verhehlen, dass sich mir der Sinn nicht zwanglos erschließt. Die Leichtfertigkeit ist nach ständiger Rechtsprechung eine vorsatznahe Schuldform, die eine besondere Gleichgültigkeit oder grobe Unachtsamkeit voraussetzt (vgl. BGH, Beschl. v. 13.12.2012, 5 StR 542 / 12, NStZ 2013, 406f. – m.w.N.). Raub mit Todesfolge i.S. von § 251 StGB (wie im Beispiel des KG-Skripts) ist aber auch dann gegeben, wenn der Tod vorsätzlich herbeigeführt wird (vgl. BGH Urt. v. 17.10.2002, 3 StR 249/02, NStZ-RR 2003, 44 = Mord & Raub mit (vorsätzlich herbeigeführter) Todesfolge in Tateinheit). Wenn nach dem Ergebnis des A-Gutachtens feststeht, dass der Tod des Opfers vorsätzlich herbeigeführt wurde, ist es nach der hier vertretenen Auffassung mindestens unschädlich, auf diese Begehungsform im abstrakten Anklagesatz hinzuweisen. Auch sonst wird bei vorsätzlich begangenen Delikten, die auch fahrlässig begehrbar sind, als „Mindestvoraussetzung“ nicht etwa Fahrlässigkeit zitiert, wenn Vorsatz vorliegt. Darüber hinaus sind Erfolgsqualifikationen gem. §§ 11 Abs. 2, 18 StGB als Vorsatzdelikte einzustufen, die nur bezüglich der schweren Folge (Fahrlässigkeit / Leichtfertigkeit) genügen lassen. So gesehen kann man die leichtfertige Erfolgsverursachung als Ausnahme von der Regel betrachten. Diese dann stets nennen zu müssen, selbst wenn die Regel und nicht die Ausnahme vorliegt, erscheint überraschend.

Letztlich dürfte jedenfalls in Fällen eines Versuchs der Erfolgsqualifikation (der allgemein für möglich gehalten wird), das Zitat einer „Mindestvoraussetzung“ nur noch schwer vertretbar sein: Der Versuch einer Erfolgsqualifikation liegt vor, wenn der Täter bezüglich des Grunddelikts und der schweren Folge Vorsatz aufweist, die schwere Folge aber ausbleibt. Da sich Vorsatz und Fahrlässigkeit gegenseitig ausschließen und es eine „versuchte Fahrlässigkeit“ nicht gibt, kann nach der hier vertretenen Auffassung in den Fällen des Versuchs der Erfolgsqualifikation bei vollendetem Grunddelikt **nicht** formuliert werden „...mit Gewalt gegen eine Person [...], wobei er versuchte, wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen zu verursachen...“! Wenn man losgelöst von Erfolgsqualifikationen zur Veranschaulichungszwecken am Beispiel der fahrlässigen Tötung bewusst überspitzt und nahe am Gesetzeswortlaut formuliert „...versucht zu haben, durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen zu verursachen...“ leuchtet m.E. ein, dass „hier etwas nicht stimmen kann“. Da bei dem Versuch einer Erfolgsqualifikation Vorsatz hinsichtlich der qualifizierenden Folge zwingend erforderlich ist, dürfte jedenfalls die Informationsfunktion der Anklageschrift nicht mehr gewahrt sein, wenn man „versuchte Leichtfertigkeit“ (als „Mindestvoraussetzung“) im Wortlaut anklagt. Eine solche Begehungsweise als Tatvorwurf dürfte zumindest verwirrend wirken und dem Strafrecht fremd sein.

Wenn Sie der Auffassung des KG folgen wollen, könnten Sie das vorstehende Beispiel [S. 180] m.E. auch wie folgt formulieren: „...wenigstens leichtfertig den Tod eines Menschen dadurch verursacht zu haben, dass er mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnahm, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er eine Waffe bei sich führte...“.

d) abstrakte Verweise

Delikte, deren Wortlaut auf andere Straftaten verweist, ohne dieses näher auszuformulieren oder solche, die in Betracht kommende Delikte alternativ bezeichnen, sind in Abweichung zu den Grundsätzen bei den Qualifikationen nicht zwingend durch den Wortlaut des einschlägigen Tatbestandes „aufzufüllen“. Solche **abstrakten Verweise** finden sich beispielsweise in § 258 Abs. 1 StGB („...wegen einer rechtswidrigen Tat...“) und § 323a StGB („...in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat...“) oder in § 316a StGB („...zur Begehung eines Raubes [...],

räuberischen Diebstahls [...] oder einer räuberischen Erpressung [...]“). In solchen Fällen kann das jeweils einschlägige Delikt durch Aufnahme der jeweiligen **gesetzlichen Deliktsbezeichnung** in den Tatbestand „eingearbeitet“ werden – beispielsweise für § 323a StGB:

„...sich vorsätzlich durch alkoholische Getränke in einen Rausch versetzt zu haben, wobei er in diesem Zustand eine rechtswidrige Tat, nämlich eine Körperverletzung, beging und ihretwegen nicht bestraft werden kann, weil er infolge des Rausches schuldunfähig war...“

e) Regelbeispiele / besonders schwere Fälle

Die Indizwirkung des Vorliegens von Regelbeispielen für die Annahme eines besonders schweren Falls bedingt deren Zitierung im abstrakten Anklagesatz, wenn die Anklageschrift ihrer Informationsfunktion gerecht werden soll. Hinsichtlich der Formulierung der Regelbeispiele gelten die gleichen Grundsätze wie bei Qualifikationen. Beispiel §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB:

„...eine fremde bewegliche Sache, die durch eine Schutzvorrichtung gegen Wegnahme besonders gesichert war, einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen...“

Beispiel § 263 Abs. 3 StGB:

„...in der Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt zu haben, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte, wobei er einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführte...“

Unbenannte besonders schwere Fälle sind im Examen äußerst selten. Sollten Sie gleichwohl ausnahmsweise zu der Erkenntnis gelangt sein, dass ein besonders schwerer Fall vorliegt, obwohl kein Regelbeispielsmerkmal erfüllt ist, können Sie dem üblichen abstrakten Anklagesatz die Wendung „...in einem besonders schweren Fall...“ voranstellen. Erforderlich wird dies aber nur dann sein, wenn Sie infolge der Annahme eines besonders schweren Falles bei einem Gericht höherer Ordnung anklagen.

f) (strafmildernde) Privilegierungen / minderschwere Fälle

Für Privilegierungen gelten die bei Qualifikationen zu beachtenden Besonderheiten entsprechend. Sie sind ggf. mit entsprechenden „Anfügungen“ bzw. „Einbauten“ im Wortlaut zum Ausdruck zu bringen.

Minder schwere Fälle (bspw. § 249 Abs. 2 StGB, § 250 Abs. 3 StGB), so sie denn ausnahmsweise von Ihnen bejaht wurden, sollten Sie – analog den Hinweisen zu unbenannten besonders schweren Fällen – nur dann in den abstrakten Anklagesatz ausdrücklich durch die dem übrigen Gesetzeswortlaut voranzustellende Formulierung „...in einem minder schweren Fall...“ aufnehmen, wenn sich durch das Vorliegen des minder schweren Falls eine Änderung der gerichtlichen Zuständigkeit im Verhältnis zum Grunddelikt ergibt und Sie entsprechend bei dem Gericht niederer Ordnung angeklagt haben.

g) strafantragsbedingende Privilegierungen / Strafantragsnormen

Der Wortlaut der Vorschriften aus denen sich ergibt, dass es sich bei dem angeklagten Delikt um ein relatives oder absolutes Strafantragsdelikt handelt (zu dieser Unterscheidung vgl. **Skript Teil C.I.1.b)** [S. 34]), sollte im abstrakten Anklagesatz nicht zitiert werden. Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung auch dann, wenn das Strafantragserfordernis erst durch Hinzutreten weiterer Merkmale entsteht, etwa beim Haus- und Familiendiebstahl (§ 247 StGB) oder beim Diebstahl bzw. Unterschlagung objektiv geringwertiger Sachen (§ 248a StGB). In der Praxis kann man aber – insbesondere bei beschleunigten Verfahren – durchaus die Formulierung

„...eine fremde bewegliche Sache von geringem Wert einem anderen...“ antreffen. Ihr Korrektor dürfte daher nicht notwendigerweise überrascht sein, wenn Sie diese Formulierung wählen. Da aber als gesichert gelten kann, dass der Wortlaut von § 248a StGB als Verfahrensvorschrift nicht in die Urteilsformel aufzunehmen ist (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.08.2018 – III-2 RVs 67/16, III-2 Ws 355/16, BeckRS 2016, 16484), könnte eine Erwähnung im abstrakten Anklagesatz mit guten Gründen als „überflüssig“ bewertet werden.

In den Fällen des § 243 Abs. 2 StGB, der einen besonders schweren Fall des Diebstahls ausschließt, wenn sich die Tat (objektiv und subjektiv) auf eine geringwertige Sache bezieht, kann es darüber hinaus sinnvoll sein, den Hinweis („... von geringem Wert...“) aus Klarstellungsgründen (und als Hinweis für das Gericht zur Vermeidung von Flüchtigkeitsfehlern) in das Abstraktum aufzunehmen, wenn Sie im Konkretum das tatsächliche Geschehen so schildern, dass die Verwirklichung eines Regelbeispiels nach § 243 Abs. 1 StGB auf der Hand liegt.

Beachten Sie bitte, dass die vorstehenden Ausführungen nur für die Frage der Zitierung des Wortlautes der entsprechenden Normen gelten und Sie nicht davon entbinden, die das Strafantragsbedürfnis auslösenden Normen in der Vorschriftenliste zu nennen und auf das Vorliegen der entsprechenden Prozessvoraussetzung im Anschluss an die Vorschriftenliste hinzuweisen.

h) Versuch

Ist ein Delikt nur versucht worden, muss dies zwingend im Anklagesatz zum Ausdruck gebracht werden. Die einfachste Darstellungsform ist die dem Gesetzestext voranzustellende Formulierung „...versucht zu haben...“. Beispiel §§ 223 Abs.1 und 2, 22, 23 StGB:

„...versucht zu haben, eine andere Person körperlich zu misshandeln und an der Gesundheit zu schädigen...“

Darüber hinaus ist bei Delikten mit überschießender Intendenz zu vermeiden, subjektive Elemente als „versucht“ darzustellen, denn beispielsweise „Absichten“ kann man nicht versuchen, sondern nur „haben“. Für den versuchten Diebstahl könnte die Formulierung daher wie folgt lauten: „...in der Absicht, sich eine fremde bewegliche Sache rechtswidrig zuzueignen, versucht zu haben, diese wegzunehmen...“. Diese Formulierung entfernt sich allerdings deutlich vom Tatbestand des § 242 StGB. Ich halte es daher für angebracht wie folgt zu formulieren, ohne dass zwingend der Eindruck entstehen könnte, der Angeschuldigte habe eine bestimmte „Absicht versucht“: (Versuchter Diebstahl §§ 242 Abs. 1 und 2, 22, 23 StGB):

„...versucht zu haben, eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegzunehmen, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen...“

Von dieser Grundregel wird beim Betrugstatbestand (§ 263 StGB) häufig abgewichen und vertreten, die Versuchsformulierung müsse zum Ausdruck bringen, ob das (geschriebene) Tatbestandsmerkmal des Irrtums vollendet sei. Die Formulierung einer Versuchsstrafbarkeit beim Betrug ist nach den vorstehenden Grundüberlegungen nicht ohne jede Schwierigkeit, will man einerseits möglichst nah am Gesetzeswortlaut bleiben, andererseits keine „Absichtsversuche“ erschaffen und zusätzlich noch herausstellen, an welchem Merkmal die Vervollendung scheiterte. Gleichwohl – da häufiger anzutreffen – soll hier der Versuch unternommen werden, Formulierungsbeispiele für einige Konstellationen zu bieten:

Beispiel versuchter Betrug, kein Irrtum:

„...in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, versucht zu haben, durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum zu erregen und dadurch das Vermögen eines anderen zu beschädigen...“

Beispiel versuchter Betrug, Irrtum, aber kein Vermögensschaden:

„...in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregt und dadurch versucht zu haben, das Vermögen eines anderen zu beschädigen...“

Setzt man sich über die Bedenken hinsichtlich der Formulierung zur Absichtsproblematik hinweg, kann ggf. einfacher formuliert werden: „...versucht zu haben, in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch zu beschädigen, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte...“ oder, wenn das Opfer nicht geirrt hat: „...zu erregen suchte“. Egal für welchen (ggf. eigenen Weg) Sie sich entscheiden – er sollte sprachlich verständlich bleiben. Allerdings sollten Sie Formulierungen wie „einen Betrug versucht zu haben“ (oder schlimmere) gänzlich unterlassen.

Nicht unproblematisch ist auch die Darstellung des Versuchs, wenn Regelbeispiele oder Qualifikationen (mit-)betroffen sind. Soweit Sie hinsichtlich der Regelbeispiele der Ansicht der Rechtsprechung folgen, kommen im Wesentlichen drei Versuchs-Konstellationen in Betracht, für die hier anhand des versuchten Diebstahls im besonders schweren Fall im Sinne des §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB Formulierungsbeispiele gegeben werden sollen.

Grunddelikt ist versucht & Regelbeispiel liegt vor:

„...versucht zu haben, eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegzunehmen, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum einbrach...“

Grunddelikt ist versucht & Regelbeispiel ist „versucht“ (beachten Sie bitte, dass es sich hierbei um eine äußerst strittige Konstellation handelt):

„...versucht zu haben, eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegzunehmen, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen und zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum einzubrechen...“

Möglicherweise könnte man im vorstehenden Beispiel auch vertretbar wie folgt formulieren: „...versucht zu haben, eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegzunehmen, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er zur Ausführung der Tat in einen umschlossenen Raum einzubrechen suchte...“.

Ist das Grunddelikt vollendet, das Regelbeispiel nur versucht, gehen die Meinungen auseinander. Überwiegend wird vertreten, dass die Indizwirkung eines Regelbeispiels davon abhängig ist, dass dessen Voraussetzungen tatsächlich vorliegen und mangels Tatbestandsqualität eine Anwendung der §§ 22, 23 StGB nicht in Betracht komme. Die Rechtsprechung scheint diesen Weg ebenfalls zu gehen (BGH Beschl. v. 7.1.2003 – 3 StR 425 / 02, NStZ 2003, 602). Allerdings kommt unter Umständen ein unbenannter besonders schwerer Fall in Betracht. Es dürfte dann darauf ankommen, ob das Ergebnis einer Gesamtwürdigung ergibt, ob die Gefährlichkeit der Tathandlung und die kriminelle Intensität trotz objektiven Fehlens des Erschwerungsgrundes Unrecht und Schuld wesentlich erhöht haben. Zur Frage der Darstellung eines unbenannten besonders schweren Falls gilt das oben Ausgeführte (vgl. **Skript Teil I.III.8.e**) [S. 181]).

Die Darstellung der Versuchsstrafbarkeit von Tatbeständen mit Qualifikationen gestaltet sich regelmäßig weniger schwierig.

Beispiel §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 22, 23 StGB:

„...mittels eines gefährlichen Werkzeugs versucht zu haben, eine andere Person körperlich zu misshandeln und an der Gesundheit zu schädigen...“

oder (ähnlich dem KG-Skript S. 38) für §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2, 22, 23 StGB: „...versucht zu haben, eine andere Person körperlich zu misshandeln und an der Gesundheit zu schädigen und die Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeugs und einer das Leben gefährdenden Behandlung zu begehen...“.

oder für den versuchten Diebstahl mit Waffen (§§ 242, 244 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB:

„...versucht zu haben, eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegzunehmen, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er eine Waffe bei sich führte...“

i) Unterlassen

Im OLG-Skript (S. 20) ist zu lesen, dass in der Berliner Praxis in den Fällen unechter Unterlassungsdelikte ein Hinweis auf § 13 StGB im abstrakten Anklagesatz erfolge, in dem diesem die Wendung „...durch Unterlassen...“ vorangestellt werde. Dem KG-Skript sind hierzu keine Hinweise zu entnehmen. In der Ausbildungsliteratur wird überwiegend vertreten, dass Hinweise auf § 13 StGB im abstrakten Anklagesatz nicht aufzunehmen sind. Dem schließe ich mich uneingeschränkt an, da § 13 StGB eher Klarstellungsfunktion als strafbegründende Wirkung hat. Die Erfüllung der Voraussetzungen eines unechten Unterlassungsdeliktes ist daher nach der hier vertretenen Auffassung ausschließlich im konkreten Anklagesatz durch Umschreibung der entsprechenden Umstände darzustellen.

j) Täterschaft & Teilnahme

Die Fertigung eines abstrakten Anklagesatzes mit mehreren Angeschuldigten ist je nach Komplexität des anzuklagenden Geschehens nicht selten auch in der Praxis mit Schwierigkeiten verbunden, will man den Anklagesatz verständlich, knapp und eindeutig formulieren. Vor diesem Hintergrund soll hier der Versuch unternommen werden, sich den problematischen Konstellationen schrittweise zu nähern.

Wurde eine Tat in **mittelbarer Täterschaft** begangen (§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB), kann dem Wortlaut der verletzten Strafvorschrift die Formulierung

...durch einen anderen...

vorangestellt werden. Für den Fall der gemeinschaftlichen Tatbegehung (§ 25 Abs. 2 StGB; **Mittäterschaft**) wird der einschlägige Gesetzeswortlaut regelmäßig mit der Wendung „gemeinschaftlich“ eingeleitet. Beispiel mittäterschaftlicher Menschenraub (§ 239a Abs. 1 Hs. 1 Alt. 2, § 25 Abs. 2 StGB):

*...gemeinschaftlich
sich eines Menschen bemächtigt zu haben, um die Sorge des Opfers um sein
Wohl zu einer Erpressung (§ 253 StGB) auszunutzen...*

Es ist zulässig, nicht unüblich und bisweilen der Verständlichkeit des abstrakten Anklagesatzes äußerst zuträglich, wenn in Konstellationen mit mehreren Beteiligten, die jeweils in Bezug genommenen Personen konkret benannt werden. Insbesondere dann, wenn nicht alle Angeschuldigten gleichzeitig an allen angeklagten Taten mitgewirkt haben (wechselnde Beteiligung), kann so prägnant klargestellt werden, wem welcher Vorwurf gemacht werden soll. An dieser Stelle (und damit quasi „vor der Klammer“) Beispiele für konkrete Bezeichnungen:

...gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten Müller...

Ist der Beteiligte nicht mitangeklagt, wird er wie folgt benannt:

...gemeinschaftlich mit dem gesondert verfolgten Müller...

Ist die „gesonderte Verfolgung“ bereits durch rechtskräftige Verurteilung abgeschlossen, kann auch formuliert werden: „...mit dem bereits abgeurteilten...“. Ist der Beteiligte nicht mehr am Leben, sollten Sie formulieren

...gemeinschaftlich mit dem zwischenzeitlich verstorbenen Müller...

da man mit einem „Toten“ nicht gemeinschaftlich gehandelt haben kann. Existiert ein Beteiligter, ist dieser aber nicht ermittelt worden, kann das ebenfalls zum Ausdruck gebracht werden:

...gemeinschaftlich mit einem unbekannt gebliebenen Mittäter...

In einigen Tatbeständen ist die Formulierung „gemeinschaftlich“ enthalten (vgl. §§ 113 Abs. 2 Nr. 3; 176a Abs. 2 Nr. 2; 177 Abs. 6 Nr. 2; 184i Abs. 2; 224 Abs. 1 Nr. 4; 292 Abs. 2 Nr. 3 StGB). Nicht in all diesen Fällen muss eine mittäterschaftliche Begehung im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB vorliegen: Insbesondere bei dem Regelbeispiel des § 113 Abs. 2 Nr. 3 StGB und der Qualifikation des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB ist erforderlich, aber auch ausreichend, wenn neben dem handelnden Täter ein weiterer Beteiligter am Tatort mitwirkt, auch wenn er nur ein anwesender Gehilfe ist. Grund für die Einfügung dieser Merkmale ist nämlich die Steigerung der Verletzungsgefahr für das Opfer, welches bei Mitwirkung mehrerer Tatbeteiligter in der konkreten Tatsituation (vor Ort) in seinen Verteidigungsmöglichkeiten eingeschränkter ist. Eine Mitwirkung am Tatort ist aber für eine mittäterschaftliche Begehung (§ 25 Abs. 2 StGB) keine notwendige Bedingung.

Handeln zwei oder mehrere Angeschuldigte bei einer Körperverletzung am Tatort mittäterschaftlich und wird zugleich (hierdurch) das Qualifikationsmerkmal des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB erfüllt, können Sie wie folgt formulieren:

*...gemeinschaftlich
eine andere Person mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich
körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben...*

Ist ein Angeschuldigter der Beteiligte im Sinne des § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB, aber kein Mittäter im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB (beispielsweise ein Gehilfe), können sie wie folgt formulieren:

*...eine andere Person mit einem anderen Beteiligten, dem Angeschuldigten
Müller, gemeinschaftlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit
geschädigt zu haben...*

Ist der Beteiligte gesondert verfolgt, zwischenzeitlich verstorben oder unbekannt geblieben, gelten die obigen Ausführungen zur Formulierung entsprechend.

Bei der **Anstiftung** (§ 26 StGB) bestehen mehrere Besonderheiten. Ausgangspunkt ist der Wortlaut des § 26 StGB, der als Tathandlung das „Bestimmen“ nennt. Diese Begrifflichkeit sollte beibehalten werden. Insbesondere sollte nicht „angestiftet zu haben“ zitiert werden, denn diese Formulierung findet im Gesetzestext keine Stütze. Darüber hinaus gilt der dargestellte Grundsatz, dass vom Gesetzeswortlaut ausdrücklich erwähnte Schuldformen wiederzugeben sind (vgl. **Skript Teil I.III.8.b**) [S. 175]), auch wenn eine fahrlässige Teilnahme nicht denkbar ist. Der Tatbestand des § 26 StGB nimmt weiterhin auf die Tat eines Anderen Bezug. Der „Anderer“ kann entsprechend der vorstehenden Beispiele (zum „Beteiligten“ im Sinne der Regelbeispiele beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und der gefährlichen Körperverletzung) konkret benannt werden. Die Tat, zu der angestiftet wurde, sollte entsprechend den Darstellungen zu abstrakten Verweisen (vgl. **Skript Teil I.III.8.d**) [S. 180]) durch Aufnahme der gesetzlichen Deliktsbezeichnung in den Wortlaut des § 26 StGB umschrieben werden. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Tatsache, dass sich aus jener der Strafraumen für den Anstifter ergibt („wird gleich einem Täter bestraft“), aus Klarstellungsgründen (Informationsfunktion) sogar dringend geboten.

Ein Beispiel für die Darstellung einer Anstiftung eines gesondert Verfolgten zu dessen Körperverletzungstat:

...vorsätzlich einen anderen, den gesondert verfolgten Müller, zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat, einer Körperverletzung, bestimmt zu haben...

Ist die Tat, zu der angestiftet wurde, mitangeklagt, kann auch direkt darauf verwiesen werden, wobei etwaige Nummerierungen verwendet werden können (vgl. auch **Skript Teil I.III.8.1)** [S. 192]).

Die Grundsätze der Anstiftung sind uneingeschränkt auf die **Beihilfe** (§ 27 StGB) übertragbar. Die Beihilfe zum Raub können Sie daher beispielsweise wie folgt formulieren:

...vorsätzlich einem anderen, dem Angeschuldigten Meier, zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat, einem Raub, Hilfe geleistet zu haben...

Einer näheren Bezeichnung der Tat zu der angestiftet bzw. Hilfe geleistet wurde (oder Zitierung des jeweiligen Gesetzeswortlautes) bedarf es regelmäßig nicht. Diese könnte vor dem Hintergrund des § 28 Abs. 2 StGB zudem fehleranfällig sein.

Im Übrigen wird die Umgrenzungs- und Informationsfunktion der Anklageschrift regelmäßig nicht beeinträchtigt, wenn im abstrakten Anklagesatz im Falle der Anstiftung und Beihilfe auf die vorzitierten „Einschübe“ verzichtet wird.

k) Tateinheit & Tatmehrheit

In nahezu jeder Assessorexamensklausur aus staatlicher Sicht (Anklageklausur) wird sich der Bearbeiter mit der Notwendigkeit konfrontiert sehen, mehr als ein Delikt anzuklagen. Es scheint daher ratsam, die möglichen Konstellationen vor der Prüfungssituation zumindest theoretisch überdacht zu haben, will man die kostbare Zeit im Examen nicht mit solchen Grundüberlegungen vergeuden.

Die Darstellung der gleichartigen Tateinheit (vgl. **Skript Teil G.V.1.a)** [S. 111]) wird üblicherweise durch die Verwendung des Plurals zum Ausdruck gebracht (vgl. bereits allgemein **Skript Teil I.III.8.a)** [S. 174]). Teilweise wird vertreten, dass die Benennung der Anzahl der durch dieselbe Handlung geschädigten Rechtsgutsträger zweckmäßig wäre, wenn höchstpersönliche Rechtsgüter betroffen sind. Wollen Sie sich dem anschließen, könnten Sie beispielsweise wie folgt formulieren, wenn drei durch eine Handlung Geschädigte vorliegen: „*durch dieselbe Handlung drei andere Personen körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben*“. Nicht unüblich sind auch Formulierungen wie „*tateinheitlich in drei Fällen*“ oder „*in drei rechtlich zusammentreffenden Fällen*“ als Einleitung, jeweils ergänzt um den Wortlaut des durch dieselbe Handlung mehrfach verwirklichten Deliktes.

Unabhängig davon, dass es in der Ausbildungsliteratur ganz unterschiedliche Ansätze für die Herangehensweise bei komplexen Fallgestaltungen vertreten werden und gesetzlichen Vorgaben dazu nicht existieren, sollten Sie als weithin anerkannten und von den Prüfern regelmäßig erwarteten Grundsatz akzeptieren, dass bei **ungleichartiger Tateinheit** (vgl. **Skript Teil G.V.1.b)** [S. 111]) alle verwirklichten Delikte zu zitieren und mit **kleinen lateinischen Buchstaben** zu gliedern sind. Darüber hinaus sind die jeweiligen Delikte sprachlich zu verbinden. Die einfachste Möglichkeit besteht darin, den Delikten die Wendung „tateinheitlich“ voranzustellen:

tateinheitlich

- a) *einen anderen beleidigt zu haben,*
- b) *Amtsträgern, die zur Vollstreckung von Gesetzen berufen sind, bei der Vornahme einer solchen Diensthandlung mit Gewalt Widerstand geleistet zu haben.*

Wie Sie trotz des von § 185 StGB abweichenden Wortlautes erkannt haben werden, wird im vorstehenden Beispiel Beleidigung in Tateinheit mit Widerstand gegen (mehrere) Vollstreckungsbeamte angeklagt. Gewöhnlich wird statt „tateinheitlich“ auch die Formulierung „durch dieselbe Handlung“ gewählt. Diese Wendungen können auch zwischen die Delikte gesetzt werden:

- a) *einen Menschen rechtswidrig mit Gewalt zu einer Handlung genötigt zu haben*
- und durch dieselbe Handlung*
- b) *einen Menschen eingesperrt zu haben*

Nicht unzulässig wäre auch die verbindende Wendung „zugleich“:

- a) *in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, versucht zu haben, durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum zu erregen und dadurch das Vermögen eines anderen zu beschädigen,*
- zugleich*
- b) *zur Täuschung im Rechtsverkehr eine unechte Urkunde gebraucht zu haben*

Schließlich sind auch Formulierungen wie „und tateinheitlich damit / dazu“ als „Verbindungsfloskeln“ nicht zwingend zu beanstanden. Sie sollten jedoch vermeiden, die Wendung „tateinheitlich“ und eine der anderen Wendungen gleichzeitig zu verwenden. Schreiben Sie also besser nicht etwa so: „tateinheitlich a) ... zugleich b) ...“.

Liegt **ungleichartige Tatmehrheit** vor (mehrere unterschiedliche Tatbestände werden durch mehrere selbständige Handlungen verwirklicht (vgl. auch **Skript Teil G.V.2** [S. 112])), wird dies durch die Verwendung **arabischer Ziffern** kenntlich gemacht. Natürlich ist Verwendung römischer Ziffern nicht verboten – aber extrem unüblich. Wenn Sie beispielsweise tateinheitlich begangene Sachbeschädigung, Beleidigung und Diebstahl (in Drittzueignungsabsicht) anklagen wollen, formulieren Sie wie folgt:

- 1. rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt zu haben,*
- 2. einen anderen beleidigt zu haben,*
- 3. eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache einem Dritten rechtswidrig zuzueignen*

Liegt **gleichartige Tatmehrheit** vor (derselbe Tatbestand wird mehrfach verwirklicht (vgl. auch **Skript Teil G.V.2** [S. 112])) spricht man gewöhnlicherweise von Fällen und benennt deren Anzahl. Begeht der Angeschuldigte beispielsweise fünf Sachbeschädigungen (gleichartige Tatmehrheit) und eine fahrlässige Körperverletzung (ungleichartige Tatmehrheit), können Sie schreiben:

- 1. in fünf Fällen rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt zu haben*
- 2. fahrlässig eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben*

Eine solche ausdrückliche Aufzählung wirkt sprachlich allerdings nur dann, wenn mehr als diese fünf Fälle, insbesondere auch andere tateinheitliche Delikte (wie im Beispiel) angeklagt

werden, denn andernfalls liegt eine Dopplung mit den zwingend zu beachtenden Formulierungen zur "Gesamt"-Real-Konkurrenz vor, die es zu vermeiden gilt (vgl. **Skript Teil I.III.7** [S. 173]).

Meines Erachtens kann die gleiche (oder gar eine bessere) Verständlichkeit erzeugt werden, wenn man die Nummerierung (in Übereinstimmung mit dem Konkretum) den Fallzahlen anpasst und auf den Begriff der Fälle gänzlich verzichtet, etwa so:

durch fünf selbständige Handlungen

1. bis 4.

eine fremde Sache beschädigt zu haben,

5.

fahrlässig eine andere Person körperlich misshandelt und ...

Denkbar ist auch eine Kombination der beiden Varianten, die insbesondere bei mehreren Angeschuldigten mit unterschiedlicher Beteiligungsform anzutreffen ist, bei denen Sie den „Redefluss“ durchaus fördert. Beispiel

durch fünf selbständige Handlungen

1. – 3. in drei Fällen

mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen,

4. [...],

5. [...],

Zur gleichartigen Tatmehrheit wird in der Ausbildungsliteratur teilweise auch folgender Aufbau empfohlen:

durch zwei selbständige Handlungen

1. und 2. jeweils

eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen

Liegen bei **gleichartiger Tatmehrheit** nur **teilweise Regelbeispiele** / besonders schwere Fälle vor, können zur Vereinfachung die Grundsätze unter **Skript Teil I.III.8.e** [S. 181] mit den vorstehenden kombiniert werden. Dabei ist besonderes Augenmerk auf die Vorab-Darstellung der **Gesamtkonkurrenzen** zu legen (vgl. **Skript Teil I.III.7** [S. 173]). Hat der Angeschuldigte beispielsweise fünf Diebstähle begangen (jeweils mehrere Gegenstände) und bei einer Tat das Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 Nr. 6 StGB verwirklicht, könnten Sie so formulieren:

durch fünf selbständige Handlungen

fremde bewegliche Sachen einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sachen sich rechtswidrig zuzueignen, wobei er in einem Fall (Tat zu 3) die Hilflosigkeit einer anderen Person ausnutzte

Der Klammerzusatz „Tat zu 3“ dient der Klarstellung bei welcher Tat das Regelbeispiel verwirklicht wurde und bezieht sich auf das **Konkretum**, in welchem Sie die einzelnen Taten

mit **arabischen Ziffern** durchnummerieren. Die im Konkretum unter „3.“ geschilderte Tat ist dann der Fall, in welchem nicht nur § 242 StGB, sondern §§ 242, 243 StGB verwirklicht wurde. Sie müssen insoweit bei der Formulierung des Abstraktums „vorweg“ greifen, um die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit zu wahren. Lassen Sie den Klammerzusatz weg, was nicht „falsch“ wäre, würden Sie es dem Leser überlassen, diejenige Tat aus Ihrem Konkretum zu individualisieren, bei welcher das Regelbeispiel erfüllt sein soll. Dies mag – je nach Qualität Ihres Konkretums – Volljuristen gelingen, für den Angeklagten aber eher ein „Ratespiel“ sein, welches Sie vermeiden sollten, um der Informationsfunktion der Anklageschrift gerecht zu werden.

In der sprachlichen Gestaltung sind Sie durch die Wendung „wobei“ relativ frei. Sie sollten die **Verständlichkeit** des abstrakten Anklagesatzes bei Ihren Formulierungsüberlegungen in den Vordergrund stellen, jedoch die gesetzlichen Merkmale, die verwirklicht sind, nicht aus den Augen verlieren.

Treffen bei gleichartiger Tatmehrheit **unterschiedliche Regelbeispiele** zusammen, kann der Anklagesatz ebenfalls durch Kombination der geschilderten Herangehensweisen gestaltet werden. Hat der Angeschuldigte beispielsweise drei Betrugstaten begangen, dabei einmal einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt und ein anderes Mal einen Versicherungsfall vorgetäuscht, könnten Sie wie folgt formulieren:

durch drei selbständige Handlungen

in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt zu haben, dass er durch Vorspiegelung falscher Tatsachen einen Irrtum erregte, wobei er in einem Fall (Tat zu 2) einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeiführte und in einem weiteren Fall (Tat zu 3) einen Versicherungsfall vortäuschte, nachdem er zu diesem Zwecke eine Sache von bedeutendem Wert in Brand gesetzt hat

Kombinieren können Sie natürlich auch die Grundsätze zur Darstellung der gleichartigen Tatmehrheit mit jenen zur Formulierung des **Versuchs** (vgl. **Skript Teil I.III.8.h**) [S. 182]). Sprachlich gelten hier noch größere Freiheiten. Beispiel:

durch drei selbständige Handlungen

eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben, wobei es in einem Fall (Tat zu 3) beim Versuch blieb

Diese vereinfachte Darstellung wird m.E. durch Nr. 110 Abs. 2 lit. c RiStBV gedeckt. Weder der Laie noch der Volljurist dürften bei der vorstehenden Formulierung in Zweifel darüber geraten können, was geschehen sein soll. Allerdings ist auch hier die Darstellung der Gesamtkonkurrenzen notwendige Bedingung für die Verständlichkeit, weshalb ich diese nochmals mit dargestellt habe. Natürlich könnten Sie den Zusatz auch so formulieren: „...., wobei es in einem Fall (Tat zu 3) beim Versuch geblieben ist“.

Treffen **Tateinheit und Tatmehrheit** aufeinander, ist neben den Gesamtkonkurrenzen die Nummerierung der einzelnen Delikte von entscheidender Bedeutung für die Verständlichkeit. Angenommen, der Angeschuldigte ist einer Beleidigung in Tateinheit mit tätlichem Angriff auf Vollstreckungsbeamte (§ 114 StGB) einerseits und eines Diebstahls andererseits hinreichend verdächtig, können Sie den abstrakten Anklagesatz wie folgt aufbauen:

durch zwei selbständige Handlungen

1. *tateinheitlich*
 - a) *einen anderen beleidigt zu haben,*

- b) einem Amtsträger, der zur Vollstreckung von Gesetzen berufen ist, bei einer Diensthandlung tätlich angegriffen zu haben,*
2. *eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig zuzueignen.*

Sie werden bemerkt haben, dass man die Entwicklung der Formulierungen sukzessive durch Verschachtelung verschiedener Konstellationen erschweren kann. Je komplexer sich die Anklagesätze gestalten, desto vielfältiger wird die Darstellung der Formulierungsvorschläge in der Ausbildungsliteratur. Da hier nicht der Versuch der Vereinheitlichung unterschiedlicher Ansichten vorgenommen werden soll, möchte ich in der Folge lediglich diejenigen Vorschläge unterbreiten, die zu beachten ich mich selbst bei der Erstellung komplexer Anklagesätze bemühe. Wirklich „falsch“ können Sie insoweit in der Klausur ohnehin nichts machen. Sie sollten nur darauf achten, dass man nachvollziehen kann, welche Delikte Sie im Einzelnen angeklagt haben und in welchem Konkurrenzverhältnis diese stehen.

Kombiniert man beispielsweise gleichartige Tatmehrheit und ungleichartige Tateinheit könnten Sie wie folgt formulieren (Bsp.: 2x Körperverletzung, davon 1x in Tateinheit mit Beleidigung und 1x in Tateinheit mit Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte):

durch zwei selbständige Handlungen

1. und 2. jeweils

eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben,

in einem Fall (Tat zu 1) durch dieselbe Handlung einen anderen beleidigt zu haben,

in einem anderen Fall (Tat zu 2) durch dieselbe Handlung einem Amtsträger, der [...] Widerstand geleistet zu haben

Diese Konstellation ist nach der hier vertretenen Auffassung einer der „undankbarsten“, da es faktisch kaum Möglichkeiten gibt, sprachlich nicht „zu verunfallen“. Sie könnten daher grundsätzlich auch auf das „vor die Klammer ziehen“ verzichten und wie folgt formulieren:

„durch zwei selbständige Handlungen

1. *tateinheitlich*

a) eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben,

b) einen anderen beleidigt zu haben,

2. *tateinheitlich*

a) eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben,

b) einem Amtsträger, der ...“

Denkbar wäre auch folgende Formulierung:

durch zwei selbständige Handlungen

jeweils eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben, wobei er in einem Fall (Tat zu 1) zugleich einen anderen beleidigte und in einem anderen Fall (Tat zu 2) durch dieselbe Handlung einem Amtsträger, der [...] Widerstand leistete

Ob es dadurch „schöner“ wird, entscheiden Sie bitte selbst.

Dem Verlangen eines Teils der Ausbildungsliteratur, das Abstraktum zusammenzufassen und Wiederholungen von Formulierungen zu vermeiden, kann ich mich nicht uneingeschränkt anschließen. Häufig führen Zusammenfassungen dazu, dass der abstrakte Tatvorwurf nur noch mit Mühe nachvollzogen werden kann. Häufig werden Zusammenfassungen auch benutzt, um eine Gliederung zu vermeiden. Als besonders „praktisch“ erweist sich dies im Ergebnis aber selten.

Um dies zu verdeutlichen zwei „rechtlich identische“ Beispiele, d.h. Abstrakta, die das selbe tatsächliche Geschehen beschreiben:

Zusammenfassung:

durch drei selbständige Handlungen

jeweils eine andere Person körperlich misshandelt zu haben, wobei er in einem Fall (Tat zu 1.) die Person mittels eines gefährlichen Werkzeugs an der Gesundheit schädigte und zugleich versuchte, dass die verletzte Person durch die Körperverletzung das Sehvermögen auf einem Auge verliert und in einem anderen Fall (Tat zu 2.) die Person mittels einer Waffe an der Gesundheit schädigte und in einem weiteren Fall (Tat zu 3.) zugleich einen Amtsträger, der zur Vollstreckung von Gesetzen ... berufen ist, bei einer Diensthandlung tätlich angriff, wobei er eine Waffe bei sich führte

„Langfassung:“

durch drei selbständige Handlungen

1. tateinheitlich

a) mittels eines gefährlichen Werkzeugs eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben,

b) versucht zu haben, dass die verletzte Person durch die Körperverletzung das Sehvermögen auf einem Auge verliert,

2.

mittels einer Waffe eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben,

3. tateinheitlich

a) einen Amtsträger, der zur Vollstreckung von Gesetzen ... berufen ist, bei einer Diensthandlung tätlich angegriffen zu haben, wobei er eine Waffe bei sich führte,

b) eine andere Person körperlich misshandelt zu haben.

Vor dem Hintergrund, dass die obigen Beispiele denselben Lebenssachverhalt betreffen, stellt sich die Frage, durch welche abstrakte Beschreibung Sie sich „schneller“ / „einfacher“ / „klarer“ in die Lage versetzt fühlen, nach den tatbestandsausfüllenden Tatsachen im Konkretum „zu suchen“, müssten Sie den Anklagevorwurf als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft verhandeln.

Die Beantwortung dieser Frage gibt Ihnen einen Hinweis auf den für Sie passenden Darstellungsweg in der Klausursituation.

I) komplexe Beteiligungsformen

Komplexen Fallgestaltungen mit mehreren Angeschuldigten und unterschiedlichen Beteiligungsformen werden Sie in aller Regel Herr, wenn Sie sich bemühen, die einzelnen Vorschläge zum Aufbau zunächst für jeden Angeschuldigten einzeln zu berücksichtigen und dann nach solchen Wiederholungen suchen, die Sie durch eine gestraffte und vor die Klammer gezogene Darstellungen möglichst vieler Merkmale im Sinne der Übersichtlichkeit vermeiden können.

Gibt es keinerlei Überschneidungen bei den Taten mehrerer Angeschuldigter, gegen die (gleichwohl) gemeinsam Anklage erhoben wurde, könnte dies wie folgt aufgebaut werden:

I. der Angeschuldigte Armbrüster durch drei selbständige Handlungen

*1. und 2. jeweils
eine fremde bewegliche Sache...*

3. in der Absicht sich einen rechtswidrigen...

II. der Angeschuldigte Bettelmann durch zwei selbständige Handlungen

1. tateinheitlich

a) [...]

b) [...]

2. versucht zu haben, ...

Handeln die Angeschuldigten mehrfach gemeinschaftlich – liegen also ausschließlich Überschneidungen vor – könnte Ihr Abstraktum so aussehen (dreifacher, gemeinschaftlicher, gewerbsmäßiger Betrug (§§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 Alt. 1, 25 Abs. 2, 53 StGB):

werden angeklagt

durch drei selbständige Handlungen

jeweils gemeinschaftlich

*in der Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen,
gewerbsmäßig das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt zu haben,
dass sie [...] erregten*

Liegen nur teilweise Überschneidungen vor, etwa weil die Angeschuldigten zwar gemeinschaftlich gehandelt haben, einer der Angeschuldigten aber eine weitere Tat begangen hat, könnten Sie wie folgt aufbauen (Bsp.: A & B (A und B gemeinschaftlicher Raub in Tateinheit mit gef. Körperverletzung); A zusätzlich Trunkenheitsfahrt):

werden angeklagt

der Angeschuldigte Armbrüster durch zwei selbständige Handlungen

I. die Angeschuldigten gemeinschaftlich

tateinheitlich

a) mit Gewalt gegen eine Person eine fremde bewegliche Sache...,

b) eine andere Person mit einem anderen Beteiligten gemeinschaftlich körperlich misshandelt und an der Gesundheit geschädigt zu haben

II. der Angeschuldigte Armbrüster

vorsätzlich im Verkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl er in Folge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, das Fahrzeug sicher zu führen

In dem vorstehenden Beispiel könnte man zur sprachlichen Vereinfachung auch die Gesamtkonkurrenzen für A weglassen und unter II. so formulieren: „II. der Angeschuldigte Armbrüster durch eine weitere selbständige Handlung“. Dies entspricht zwar nicht ganz den sonstigen Vorschlägen, wäre aber vor dem Hintergrund der geringen Anzahl an Taten nicht zwingend zu beanstanden.

Wechselnde Beteiligung (A & B gemeinschaftlicher Diebstahl; B hilft A bei einem Betrug; B begeht drei weitere gleichartige Taten (Urkundenfälschung)):

werden angeklagt

*der Angeschuldigte Armbrüster durch zwei selbständige Handlungen
der Angeschuldigte Beutefänger durch fünf selbständige Handlungen*

*I. die Angeschuldigten gemeinschaftlich
eine fremde bewegliche Sache einem anderen...*

*II. der Angeschuldigte Armbrüster
in der Absicht sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil ...*

III. der Angeschuldigte Beutefänger

1. – 3. in drei Fällen

*zur Täuschung im Rechtsverkehr unechte Urkunden gebraucht
zu haben...*

*4. vorsätzlich einem anderen, dem Angeschuldigten Armbrüster, zu
dessen vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat, dem Betrug (Tat
zu II), Hilfe geleistet zu haben*

Zwar wäre es im vorstehenden Beispiel sicherlich auch möglich, die Taten unter I. und II. jeweils nochmals zu nummerieren, da aber jeweils nur eine Tat verwirklicht wurde, wirkt die Gliederung dann u.U. etwas irritierend. Im Konkreten könnten Sie die Taten dann mit „I.“ und „II.“ und „III. 1.“ usw. einleiten, um die Zuordnung zu ermöglichen. Übersichtlicher wird die Nummerierung, wenn mehrere Überschneidungen vorliegen (Bsp.: A & B dreifacher gemeinschaftlicher Diebstahl, wobei der A in einem Fall eine Waffe bei sich führte; A & B zweifacher gemeinschaftlicher Betrug; B zwei Körperverletzungen, davon in einem Fall nur versucht):

werden angeklagt

*der Angeschuldigte Armbrüster durch fünf selbständige Handlungen
der Angeschuldigte Beutefänger durch sieben selbständige Handlungen*

I. die Angeschuldigten gemeinschaftlich

1. – 3. in drei Fällen

*eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht
weggenommen zu haben, die Sache sich rechtswidrig*

*zuzueignen, wobei der Angeschuldigte Armbrüster in einem Fall
(Tat zu 3) eine Waffe bei sich führte,
4. – 5. in zwei Fällen
in der Absicht, dass Vermögen...*

II. der Angeschuldigte Beutefänger

*6. – 7. in zwei Fällen
eine andere Person körperlich misshandelt und an der Gesundheit
geschädigt zu haben, wobei es in einem Fall (Tat zu 7) nur beim
Versuch blieb*

Teilweise wird vertreten, die obige Nummerierung nicht über die römische Gliederung hinweg weiter zu führen (also I. 1. bis 5.; II. 1. bis 2.). Es scheint mir hier aber angebracht (und ist wohl auch nicht verboten), denn durch den Versuchsfall bei der 7. Tat haben Sie so gleich einen eindeutigen Bezug hergestellt, der im Konkretum durch Nummerierung der Taten (1. – 7.) unproblematisch aufgegriffen werden kann.

In Lösungsvorschlägen der Anbieter von Klausurenkursen wird zuweilen die Nummerierung des Abstrakten Anklagesatzes von der mathematischen Reihenfolge gänzlich gelöst und dem Konkretum angepasst, bei dem der weithin anerkannte Grundsatz gilt, es chronologisch aufzubauen. Hat beispielsweise der Angeschuldigte A vier aufeinanderfolgende Taten begangen, davon die zweite gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten B formulieren die Lösungsvorschläge teilweise so:

„I. der Angeschuldigte A

- 1. [...]*
- 3. [...]*
- 4. [...]*

II. die Angeschuldigten gemeinschaftlich

- 2. [...]*“

Dies erscheint nicht zwingend. Sie können die Nummerierung vielmehr den mathematischen Erwartungen entsprechend fortlaufend vornehmen und – falls es chronologische „Schwierigkeiten“ im Konkretum geben sollte, die einzelnen Taten jeweils gesondert bezeichnen („1. (Fall 1) [...] ; 2. (Fall 3) [...] usw.) und dann im Konkretum nur die gewählte Bezeichnung zur Gliederung verwenden („1. Fall: Am ... gegen ... schlug der Angeschuldigte A ...“ usw.).

Ein anderes Beispiel zur Chronologie: Angenommen Sie klagen drei Angeschuldigte wie folgt an: A stiftet B zu einer Tat an, bei der ihm C Hilfe leistet. Dann liegt die Anstiftung chronologisch zwingend vor der Haupttat. Eine entsprechende Gliederung dürfte aber nicht unbedingt der Verständlichkeit zuträglich sein. Sie können m.E. im Abstraktum mit der Haupttat beginnen, und diese quasi als „I.“ nummerieren, die Anstiftung als „II.“ und die Beihilfe als „III.“, denn im Beispielfall hat jeder der Angeschuldigten nur eine Tat begangen und wäre daher ohnehin gesondert darzustellen. Der gesamten Sachverhalt (Anstiftung & Beihilfe & Haupttat) wäre im Konkretum darüber hinaus gut als eine Einheit darstellbar, d.h. nicht getrennt nach einzelnen Angeschuldigten und „nummeriert“, sondern als einheitliche geschichtliche Beschreibung der verschiedenen Handlungen. Um das Beispiel abstrakt darzustellen:

werden angeklagt

I. der Angeschuldigte Beutefänger

einen Menschen getötet zu haben, ohne Mörder zu sein,

II. der Angeschuldigte Armbrüster

vorsätzlich einen anderen, den Angeschuldigten Beutefänger, zu

dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat, einem Totschlag, bestimmt zu haben

III. der Angeschuldigte Christensen

vorsätzlich einem anderen, dem Angeschuldigten Beutefänger, zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat, einem Totschlag, Hilfe geleistet zu haben

Die Formulierung „ohne Mörder zu sein“ für den Totschlag wird nicht einheitlich verwendet. Einige Verfasser der Ausbildungsliteratur raten davon ab. Das KG-Skript verwendet die Formulierung so, wie oben dargestellt (vgl. KG-Skript S. 32).

Wenn die chronologische Komponente besondere Anforderungen erzeugt, kann die Übersichtlichkeit und Verständlichkeit auch dadurch gewahrt werden, dass auf Vereinfachungen weitgehend verzichtet wird. Nehmen wir in chronologischer Reihenfolge an, B verwirklicht als Alleintäter einen Tatbestand, dann handeln A und B gemeinschaftlich, wobei ihnen C Hilfe leistet, dann handeln A und B gemeinschaftlich, dann B und C und schließlich begeht A noch ein Delikt als Alleintäter. Der Aufbau könnte dann wie folgt aussehen:

werden angeklagt

I. der Angeschuldigte B durch drei selbständige Handlungen

- 1. einen anderen beleidigt zu haben,*
- 2. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten A (Fall 2) rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt zu haben,*
- 3. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten C (Fall 4) eine fremde bewegliche Sache ...*

II. der Angeschuldigte A durch drei selbständige Handlungen

- 1. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten B (Fall 2) rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt zu haben,*
- 2. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten C (Fall 3) eine fremde bewegliche Sache...,*
- 3. vorsätzlich im Verkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl ...*

III. der Angeschuldigte C durch drei selbständige Handlungen

- 1. vorsätzlich anderen, den Angeschuldigten B und A, zu deren vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat, dem gemeinschaftlichen Diebstahl im Fall 2, Hilfe geleistet zu haben,*
- 2. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten A (Fall 3) eine fremde bewegliche Sache...*
- 3. gemeinschaftlich mit dem Angeschuldigten B (Fall 4) eine fremde bewegliche Sache...*

Im Konkretem würde ich in diesem Fall die einzelnen Geschehensabläufe nur noch als Fälle bezeichnen und entsprechend durchnummerieren.

Eine Vereinfachung des vorbezeichneten Beispiels könnte wie folgt aufgebaut werden

werden angeklagt

durch jeweils drei selbständige Handlungen

I. der Angeschuldigte B
1. [Beleidigung],

II. die Angeschuldigten A und B gemeinschaftlich
2. rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt zu haben,

III. der Angeschuldigte C
3. vorsätzlich anderen, den Angeschuldigten A und B, zu deren vorsätzlich begangener rechtswidrigen Tat (Tat zu 2), Hilfe geleistet zu haben,

IV. die Angeschuldigte A und C gemeinschaftlich
4. eine fremde bewegliche Sache ...,

V. die Angeschuldigten B und C gemeinschaftlich
5. eine fremde bewegliche Sache ...,

VI. der Angeschuldigte A darüber hinaus
6. vorsätzlich im Verkehr ein Fahrzeug geführt zu haben, obwohl...

In diesem Falle würde ich das Konkretum nach Taten gliedern („1. Tat: ...“). Ich halte aber die nicht vereinfachte Variante des obigen Beispiels jedenfalls dann für „praktischer“, wenn einer der Angeklagten „ausscheidet“, etwa weil er nicht zur Hauptverhandlung erscheint, sein Verfahren daher abgetrennt und gesondert verhandelt wird. Der Sitzungsvertreter könnte sich dann für die beiden verbliebenen Angeschuldigten schnell an den verbliebenen „Überschriften“ orientieren.

Letztlich ist dies aber „Geschmackssache“. Es bleibt hier nochmals festzustellen, dass feste Aufbauregeln nicht existieren.

9. Überleitungssatz

Bei der Formulierung des Überleitungssatzes („Dem ... wird folgendes zur Last gelegt.“) ist die Bezeichnung „**Angeschuldigter**“ zu wählen (§ 157 StPO). Angeschuldigter wird der Beschuldigte durch die Anklageerhebung. Die Bezeichnung gilt mithin für das gesamte Zwischenverfahren. Die öffentliche Klage ist erhoben (§§ 151, 170 StPO) – anhängig –, aber das Gericht hat noch nicht über die Eröffnung entschieden (§§ 203, 207 StPO) – noch nicht rechtshängig. Es ist die Phase, in der die Staatsanwaltschaft den Tatvorwurf konkretisiert (§ 264 StPO) und dem Gericht vorgelegt hat, aber noch ändern kann (§ 156 StPO). Da die Anklageschrift dem Gericht vorgelegt werden wird, wird diese aus „Sicht des Gerichtes“ geschrieben. Im Zeitpunkt der Vorlage ist öffentliche Klage erhoben. In der Praxis wird Wert daraufgelegt die korrekte Terminologie zu verwenden.

Werden mehrere Personen angeklagt, ist der Überleitungssatz entsprechend anzupassen:

Dem/Der/Den Angeschuldigten wird Folgendes zur Last gelegt:

10. Konkretum

Die in der Klausursituation zu erbringende Leistung im Rahmen des Konkretums wird zuweilen von den Kandidaten unterschätzt. Der Maßstab, an denen der Korrektur Ihr Konkretum messen wird, ist „praxisbasiert“. Vorgaben werden den Prüfern regelmäßig nicht gemacht. Sie verbieten sich auch, denn Ihr Konkretum hat Ihrer individuellen Lösung im A-Gutachten zu entsprechen. Die Beurteilung Ihrer praktischen Leistung im Bereich des Konkretums ist gleichwohl keine reine „Geschmackssache“, sondern anhand objektiver Maßstäbe auf praktische Verwertbarkeit hin zu

bewerten. Als gesichert kann insoweit gelten, dass eine nahezu vollständige Wiederholung des „Gesamtgeschehens“ ebenso praxisfern ist, wie die Auslassung relevanter Umstände. Der in der Ausbildungsliteratur zuweilen anzutreffende Ratschlag im Konkretum „nicht zu viel und nicht zu wenig“ zu schreiben, ist daher – trotz seiner scheinbaren Beliebigkeit – zu beherzigen. Auch schließe ich mich dem Ratschlag an, dass das Konkretum dem Zweck dient, das Abstraktum „mit Leben zu erfüllen“.

Im konkreten Anklagesatz sind die **tatsächlichen Geschehnisse** in möglichst gestraffter und neutraler Form, soweit es zur Tatbestandsbeschreibung, also zur tatsächlichen **Ausfüllung des abstrakten Anklagesatzes** unbedingt und zum Verständnis erforderlich ist, darzustellen. Hierfür sollten insbesondere Tatzeit, Tatort, die Tätigkeit und der angestrebte oder verwirklichte Erfolg so detailliert wie möglich angegeben werden. Darüber hinaus sind die Voraussetzungen für erstrebte Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßregeln der Besserung und Sicherung aufzuführen. Insbesondere bei den Maßregeln der Besserung und Sicherung der Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 61 Nr. 5, 69, 69a StGB) wird zudem ein ausdrücklicher Hinweis auf das Vorliegen der Voraussetzungen im Konkretum zu geben sein (**Skript Teil I.III.10.i**) [S. 199]). Gleiches gilt für sonstige Maßnahmen, wie die Einziehung (**Skript Teil I.III.10.k**) [S. 199]).

Die Konkretisierung desjenigen Geschehens, welches die Tatbestandsmerkmale ausfüllt, dient (auch) der Information des Angeklagten und umschreibt die prozessuale Tat (**Umgrenzungsfunktion**), die durch das Gericht zur Aburteilung gelangen soll.

Bei der Darstellung des Sachverhaltes sollte die Gliederung des abstrakten Anklagesatzes wiederholt – und falls dies nicht möglich ist, jedenfalls entsprechend gekennzeichnet werden, damit eine Zuordnung der konkreten Tatsachen zu den gesetzlichen Vorschriften, die zitiert worden sind, ermöglicht wird. Sind Täter und Teilnehmer derselben Tat angeklagt, sollte die Konkretisierung der jeweiligen Tatbeiträge historisch exakt und einheitlich als ein einziger Geschehensabschnitt dargestellt werden – insoweit darf natürlich von der Gliederung des Abstraktums abgewichen werden. Die Gliederung bei Tatbeständen, die zueinander in Tateinheit stehen, wird im Konkretum aber nicht wiederholt (also nicht nach a) b) und c) usw. gliedern), sondern ein einheitlicher in sich geschlossener Sachverhalt wiedergegeben.

Es entspricht den üblichen Erwartungen, dass das Konkretum **chronologisch** geordnet ist.

Sprachlich sollte das Geschehen im „**Täteraktiv**“ aus der Sicht des „allwissenden“ objektiven Beobachters im **Imperfekt** beschrieben werden, also beispielsweise „A schlug B“ (und nicht im Passiv „B wurde von A geschlagen“).

Darüber hinaus sind die **gesetzlichen Merkmale** konkret zu **umschreiben**, aber selbst nicht zu nennen. Häufig wird insoweit vorgeschlagen, die Tatbestandsmerkmale stichwortartig gesondert zu notieren und beim Abarbeiten „abzuhaken“. Auch wertende Tatbestandsmerkmal dürfen nicht schlicht wörtlich wiederholt werden, sondern müssen – allein – durch **Tatsachenbeschreibungen** unterlegt werden. Ungeschriebene Tatbestandsmerkmale müssen ebenfalls durch Tatsachendarstellung „mit Leben“ gefüllt werden, selbst wenn sie im Abstraktum gerade keine Erwähnung finden (dürfen).

Negativ wird in der Regel die Verwendung von Rechtsbegriffen im konkreten Anklagesatz bewertet. Eine Ausnahme bilden insoweit nur gebräuchliche und allgemein verständliche Rechtsbegriffe wie Kaufvertrag, Mietvertrag, Darlehen, (m.E. auch Eigentum) usw.

Es entspricht der Tradition, dass sich Worte und Begriffe, die zum **gesetzlichen Tatbestand** gehören und deshalb im Abstraktum stehen, **im Konkretum nicht wiederholt** werden dürfen.

Im konkreten Anklagesatz findet **keinerlei Beweiswürdigung** statt. Es wird **nur der festgestellte Sachverhalt** geschildert. Dabei können Sie Rückschlüsse, die Sie im A-Gutachten aufgrund eigener Beweiswürdigung zum tatsächlichen Geschehen gezogen haben, als feststehend benennen. Haben Sie beispielsweise aufgrund von Zeugenaussagen, die das Verhalten des Angeschuldigten beobachtet und geschildert haben, hergeleitet, dass der Angeschuldigte eine bestimmte Kenntnis hatte oder ein bestimmtes Ziel verfolgt hat, dann stellen Sie im Konkretum nicht die Wahrnehmungen des Zeugen dar, sondern die Kenntnis bzw. das Ziel des Angeschuldigten fest („..., wobei ihm bewusst war...“; „..., obschon er wusste...“; „..., wie von ihm beabsichtigt...“, „...wie von ihm billigend in Kauf genommen...“ usw.). Eine „kleinere“

Abweichung hierzu ist bei der Blutalkoholkonzentration zu machen – es wird nicht etwa geschildert, wie hoch die BAK zur Tatzeit war, sondern die BAK im Entnahmezeitpunkt angegeben („Die ihm am __ um __ entnommene Blutprobe ergab eine BAK in Höhe von __ ‰“). Die entsprechenden Berechnungen sind (als Element der Beweiswürdigung) der Hauptverhandlung vorbehalten – Sie haben diese allerdings im A-Gutachten vorzunehmen.

Besonders genau sollten die Angaben zur Tatzeit, Tatort, Beute (Art und Wert), Höhe des Schadens, Verletzungsfolgen, Adressen, und vor allem die **subjektive Tatseite** (Tätervorstellungen), sowie Zeugennamen mitgeteilt werden. Wichtige Äußerungen (Beleidigung; Bedrohung) sind wörtlich wiederzugeben.

Wenn Sie hinsichtlich des Umfangs der im Konkretum erforderlichen Angaben unsicher sind, könnten Sie sich u.U. mit einer Kontrollfrage behelfen: Benötigt jemand, dem der Inhalt des Aktenauszuges nicht bekannt ist, die fragliche Sachverhaltsbeschreibung, um die Subsumtion unter die von Ihnen für verwirklicht gehaltenen Tatbestandsmerkmale vornehmen zu können? Falls ja, dann schreiben Sie es nieder. Falls nein, dann dürfte es sich um einen interessanten, für die rechtliche Bewertung des Sachverhaltes aber wohl unwesentlichen und damit überflüssigen Fakt handeln. Niemand benötigt langatmige Einleitungen oder einen überflüssigen Abspann. Kommen Sie kurz prägnant und vollständig zum Kern des Geschehens, der eine Straftat darstellt.

Tatsächliche Umstände, die Sie – wie Sie aus dem A-Gutachten wissen – nicht beweisen können, dürfen nicht geschildert werden.

Sachverhalte, die aus Rechtsgründen nicht zur Aburteilung gelangen können, wie beispielsweise beim strafbefreienden Rücktritt, sind nicht zu schildern – Sie klagen diese nicht an. Auch bedarf es grundsätzlich keiner Angabe derjenigen Tatsachen, die einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch ausschließen.

Die folgenden Formulierungsbeispiele dienen nur als Anregungen und erheben keinerlei Anspruch auf Richtigkeit oder Vollständigkeit:

a) Vorsatz

„mit Wissen und Wollen“; „...bewusst machte er...“; „... wobei er wusste und billigte...“; „...die Möglichkeit in Kauf nahm...“; „...womit er sich einverstanden erklärte...“; „...obschon er erkannte, dass ... fand er sich damit ab, um ...“;

b) Absicht

„mit dem Ziel“; „um“; „...wobei es ihm darauf ankam...“

c) Versuch

„mit dem Ziel“; „entschlossen, den ...“; „um zu erreichen, dass ...“

d) Fahrlässigkeit

„bewusst sorgfaltswidrig“; „aus Sorglosigkeit“; „aus Unachtsamkeit“; „... , was vorhersehbar war...“; „... hätte erkennen können und müssen...“;

e) Mittäterschaft

„im bewussten und gewollten Zusammenwirken“; „aufgrund eines gemeinsamen Tatplans“; „wie von vornherein einvernehmlich geplant“; „im arbeitsteiligen Zusammenwirken“; „einem gemeinsamen Tatplan und Tatentschluss entsprechend sowie arbeitsteilig handelnd“;

f) Diebstahl

„entwendete“; „entnahm“; „nicht in seinem Alleineigentum“;

g) Täuschung

„der Wahrheit zuwider“; „wahrheitswidrig“;

h) Absicht rechtswidriger Aneignung

„um sie für sich zu verwenden, obwohl er – wie er wusste – einen Anspruch darauf nicht hatte“;

i) §§ 69, 69a StGB

„Aus der Tat zu 1 ergibt sich die Ungeeignetheit des Angeschuldigten XY zum Führen von Kraftfahrzeugen.“

j) § 74 StGB

„Das [sichergestellte] Messer unterliegt der Einziehung.“

k) §§ 73, 73c StGB

„Durch die Tat zu 2 hat der Angeschuldigte XYZ einen Gegenstand im Wert von Euro erlangt. In Höhe dieses Betrages ist die Einziehung des Wertes des Taterlangten anzuordnen.“

11. Vorschriftenliste

Es folgt die Paragraphenkette, die üblicherweise durch die Wendung „Vergehen gemäß ...“ oder „Verbrechen gemäß ...“ oder „Vergehen und Verbrechen gemäß ...“ eingeleitet wird. Abwandlungen wie „Vergehen des Diebstahls strafbar gemäß ...“ sind ebenfalls nicht unüblich, aber nicht zwingend.

Entscheidend ist, dass alle verwirklichten StGB-Normen – und zwar immer vor den sonstigen Gesetzen – die verwirklicht worden sind so genau wie möglich zitiert werden. Dabei sollte man mit den Normen des besonderen Teils des StGB beginnen und formal aufsteigend zitieren. D.h. StGB-BT „klein zu groß“, StGB-AT „klein zu groß“, Nebenstrafrecht „klein zu groß“;). Zu den häufig zu zitierenden StGB-AT Vorschriften zählen vor allem diejenigen zur Mittäterschaft und Teilnahme, Vollendung und Versuch, Tateinheit und Tatmehrheit. Absätze, Sätze, Nummern und Kleinbuchstaben werden üblicherweise, soweit sie relevant sind, mitzitiert. Einzelne Tatbestandsvarianten bzw. -modalitäten (bspw.: Alt. 1 / Var. 2 usw.) werden in der Regel jedoch nicht angegeben.

StPO Normen werden nicht zitiert.

Es ist – zumindest in Brandenburg – nicht üblich und nach der RiStBV auch nicht nötig, die Vorschriftenliste nach Taten, Angeschuldigten oder sonst irgendwie sachverhaltsbezogen zu gliedern / zu differenzieren.

Strafantragsbedingende Normen (bspw.: §§ 230, 194 StGB) werden stets mit zitiert. Hingegen müssen die „allgemeinen Strafantragsnormen“ (§ 77 ff. StGB) nicht zwingend zitiert werden – das KG-Skript sieht dies jedoch vor, sofern Strafantrag gestellt ist (§§ 77, 77b StGB) (KG-Skript S. 27).

Normen betreffend Nebenstrafe (§ 44 StGB, falls in Betracht kommend), die Maßregeln der Besserung und Sicherung sowie die Einziehung sind ebenfalls zu zitieren (insbesondere (und häufig) §§ 69, 69a, 73, 73c, 73d, 74 StGB – natürlich möglichst absatz-, nummern- und buchstabengenau).

Insgesamt muss Deckungsgleichheit zwischen A-Gutachten, abstrakten Anklagesatz, konkreten Anklagesatz und Vorschriftenliste bestehen.

12. Prozessvoraussetzungen

Nach den anzuwendenden Vorschriften sind bei Antragsdelikten Ausführungen zu den Prozessvoraussetzungen zu machen.

Wird ein absolutes Antragsdelikt angeklagt, ist hier anzugeben:

Der [hinsichtlich der Tat zu 1 / hinsichtlich der Beleidigung] erforderliche Strafantrag wurde [form- und fristgerecht] gestellt.

Wird ein relatives Antragsdelikt angeklagt, ist die Wendung „erforderlich“ im vorstehenden Beispiel wegzulassen, wenn ein Strafantrag gestellt wurde. Zusätzlich kann das besondere öffentliche Interesse zum Ausdruck gebracht werden:

Hinsichtlich der Tat zu 2 wurde Strafantrag gestellt und es besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung.

Wurde bei einem relativen Antragsdelikt kein Strafantrag gestellt, ist dies natürlich zwingend – etwa so:

Hinsichtlich der Sachbeschädigung (Tat zu 4) und Körperverletzung (Tat zu 5) besteht ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung.

In jedem Falle gilt es zu vermeiden, hier nur vom „öffentlichen Interesse“ zu sprechen. Dies kann als Hinweis darauf gedeutet werden, dass Sie die Systematik von Antragsdelikten und Privatklagedelikten nicht verstanden haben.

13. Beweismittelaufstellung

In der Klausur ist die Aufstellung der Beweismittel in der Regel erlassen.

In der Praxis werden die einzelnen Beweismittelarten mit römisch nummeriert und üblicherweise in folgender Reihenfolge angegeben:

Beweismittel

I. Einlassung(en)

II. Zeugen

III. Sachverständige

IV. Urkunden

V. Augenscheinsobjekte

Natürlich sind nur die Kategorien aufzuzählen, bei denen entsprechende Beweismittel zur Verfügung stehen. Innerhalb der Kategorien wird arabisch nummeriert und das jeweilige Beweismittel benannt.

Es sollen nur die Beweismittel aufgeführt werden, die für die Aufklärung des Sachverhaltes und für die Beurteilung der Persönlichkeit des Angeschuldigten wesentlich sind (Nr. 111 Abs. 1 RiStBV). Im Übrigen wird auf Nr. 111 RiStBV Bezug genommen.

14. Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen

Das wesentliche Ermittlungsergebnis darzustellen, ist in der Klausur regelmäßig erlassen. In der Praxis kann (und wird fast immer) davon abgesehen werden, wenn Anklage beim Strafrichter erhoben wird (§ 200 Abs. 2 S. 2 StPO). Man darf Nr. 110 Abs. 2 lit. g RiStBV m.E. so verstehen, dass das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen auch (alle) Umstände, die für die Strafbemessung, die Strafaussetzung zur Bewährung, die Verwarnung mit Strafvorbehalt, das

Absehen von Strafe, die Nebenstrafe und Nebenfolge von Bedeutung sein können, enthalten soll. Bietet die Sach- oder Rechtslage Schwierigkeiten, soll das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen auch bei Anklagen vor dem Strafrichter in die Anklageschrift aufgenommen werden (Nr. 112 Abs. 1 RiStBV).

Nicht unüblich ist für die Gliederung des wesentlichen Ermittlungsergebnisses folgender Aufbau:

Wesentliches Ergebnis der Ermittlungen

I. Zur Person

II. Zur Sache

III. Beweiswürdigung

IV. rechtliche Würdigung

Bei den Ausführungen zur Person können strafzumessungsrelevante Umstände des Angeschuldigten (einschließlich der Vorbelastungen (in knapper Form!)) dargestellt werden. Bei den Ausführungen zur Sache können die Vorgeschichte und das Nachttatverhalten geschildert werden. Auch können Sachverhaltsdetails wiedergegeben werden, die im konkreten Anklagesatz keinen Niederschlag finden müssen, aber „nice to know“ sind. Die Beweiswürdigung enthält faktisch diejenigen Angaben zu den im Vorverfahren erhobenen Beweise, mit denen sich der Sachverhalt wie im Konkretum geschildert belegen lassen wird. Ausführungen zur Rechtslage sind nur veranlasst, wenn Nebenstrafrecht einschlägig ist, oder sich besondere rechtliche Schwierigkeiten stellen, die konkreter, klarstellender Ausführungen bedürfen.

Feste Aufbauregeln zum Inhalt und Umfang des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen bestehen nicht.

15. Anträge

a) Eröffnungsantrag

Die Anklageschrift hat **stets** den Eröffnungsantrag zu enthalten (§ 199 Abs. 2 S. 1 StPO). Fehlt dieser Antrag, hat dies ganz erhebliche negative Auswirkungen auf den Gesamteindruck. Beachten Sie auch bitte, dass Sie die Eröffnung des Hauptverfahrens beantragen, nicht etwa die Eröffnung der Hauptverhandlung! Folgende „Mindest-Formulierung“ ist – zumindest in Brandenburg – zu wählen:

Es wird beantragt, das Hauptverfahren zu eröffnen.

Häufig werden auch das Gericht und der Spruchkörper genannt:

Es wird beantragt, das Hauptverfahren vor dem Amtsgericht – Strafrichter – zu eröffnen.

Nicht unüblich (und wohl erwartet) ist auch eine Erweiterung des Antrages unter Berücksichtigung von § 207 Abs. 1 StPO wie folgt:

Es wird beantragt, das Hauptverfahren zu eröffnen und die Anklage zur Hauptverhandlung vor dem Landgericht – große Strafkammer – zuzulassen.

b) Haftfortdauer

Auf die Ausführungen hier im **Skript Teil E.VIII** [S. 97] und **Skript Teil H.IV** [S. 121] wird vollumfänglich Bezug genommen. Ihr Inhalt wird an dieser Stelle als bekannt vorausgesetzt.

Die nach den vorbezeichneten Ausführungen in die Anklageschrift aufzunehmenden Anträge können wie folgt lauten:

„Einfache“ Haftfortdauer:

Weiter wird beantragt, Haftfortdauer zu beschließen.

oder (etwas detaillierter):

Weiter wird beantragt, den Haftbefehl des Amtsgerichts Potsdam vom 01.01.2019 (Az.: 76 Gs 123/19) aufrechtzuerhalten.

Bei Aufrechterhaltung eines bestehenden Haftbefehls und gleichzeitiger Antragstellung auf Außervollzugsetzung gem. § 116 Abs. 2 StPO kann der Antrag in der Anklageschrift etwa so lauten:

Weiter wird beantragt, den Haftbefehl des Amtsgerichts Potsdam vom 01.01.2019 (Az.: 76 Gs 123/19) aufrechtzuerhalten und den Vollzug des Haftbefehls gemäß § 116 Abs. 2 StPO auszusetzen.

Besteht ein Haftbefehl und ein Außervollzugsbeschluss und die hierfür jeweils erforderlichen Voraussetzungen weiter, kann wie folgt beantragt werden:

Weiter wird beantragt, den Haftbefehl des Amtsgerichts Potsdam vom 01.01.2019 (Az.: 76 Gs 123/19) und den Außervollzugsbeschluss des Amtsgerichts Potsdam vom 01.05.2019 (Az.: 76 Gs 456/19) aufrechtzuerhalten.

Ist Ihnen der Inhalt eines vollzogenen Haftbefehls in der Klausursituation nicht bekannt, können Sie nicht unterstellen, dass jener von denselben rechtlichen Bewertungen der angeklagten Tat und von denselben Haftgründen ausgeht, die Sie durch Ihr A-Gutachten, B-Gutachten und letztlich dem Inhalt der Anklageschrift zum Ausdruck gebracht haben. Liegen die Voraussetzungen der Untersuchungshaft aber weiterhin vor, müssen Sie einen Haftfortdauerantrag in der Anklageschrift stellen. Dieser sollte dann aber den (salvatorischen) Hinweis enthalten, dass der Haftfortdauerbeschluss des erlassenden Gerichtes sich der aktuellen Verfahrenslage anpassen muss. Dies kann etwa so aussehen:

Weiter wird beantragt, Haftfortdauer nach Maßgabe der Anklageschrift wegen Fluchtgefahr zu beschließen.

Es ist ausreichend, wenn Sie – wie im vorstehenden Beispiel – den/die einschlägigen Haftgründe nennen. Die nach Nr. 46 RiStBV dem Staatsanwalt obliegende Begründungspflicht der Anträge in Haftsachen wird in der Regel im Rahmen der Anklagebegleitverfügung Genüge getan. Dort sind spezifische Ausführungen zum Haftgrund zu machen. Ist der in dem aufrechtzuerhaltenden Haftbefehl genannte Haftgrund (bspw.: Fluchtgefahr) identisch mit dem im Zeitpunkt der Anklageerhebung gegebenen (bspw.: Fluchtgefahr), kann die Wendung „wegen Fluchtgefahr“ natürlich weggelassen werden.

16. Unterschrift

Die Anklageschrift ist zu unterschreiben. Zwar führt das Fehlen der Unterschrift des zuständigen Staatsanwaltes unter der Anklageschrift dann nicht zur Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses, wenn die Anklageschrift mit Wissen und Wollen der zuständigen Beamten der Staatsanwaltschaft zu den Akten gereicht worden ist (OLG München, Beschl. v. 26.03.2010 – 4 St RR /10, BeckRS 2011, 13377), grundsätzlich ist aber daran festzuhalten, dass eine Anklage nur dann wirksam erhoben ist, wenn die Anklageschrift auch unterschrieben ist.

Da Sie in der Klausursituation jedenfalls nicht selbst unterschreiben dürfen, deuten Sie die Notwendigkeit einer Unterschriftsleistung schlicht durch das Wort („Unterschrift“) an. Ist aus dem

Aktenauszug der Bearbeiter des Verfahrens bekannt, dürfte es zulässig sein, dessen Namen und Dienstgrad im Klartext unterhalb des Wortes („Unterschrift“) jeweils in einer neuen Zeile anzugeben, wobei der Name des Bearbeiters üblicherweise in Klammern gesetzt wird.

IV. Die Beweiswürdigung in der Klausur

[...einstweilen frei...]

V. Standardprobleme & Formulierungshilfen

[...einstweilen frei...]

J. Zwischenverfahren

I. Allgemeines

Das Zwischenverfahren (§§ 199 – 211 StPO) beginnt mit der Anklageerhebung, die durch die Einreichung der Anklageschrift beim zuständigen Gericht gem. § 170 Abs. 1 StPO erfolgt. Die Anklageschrift enthält u.a. den Antrag, das Hauptverfahren zu eröffnen (§ 199 Abs. 2 S. 1 StPO).

Der Vorsitzende des Gerichts hat die Anklageschrift dem Angeschuldigten (§ 157 StPO) sodann mitzuteilen (§ 201 StPO) um dadurch dessen grundrechtsgleichen Gehörsanspruch zu entsprechen (Art. 103 Abs. 1 GG) und die Mitteilung mit der Aufforderung zu verbinden, sich zu etwaigen Einwendungen oder Beweiserhebungen zu erklären. Eine nähere Verdachtsprüfung ist vor der Zustellungsverfügung (§ 36 Abs. 1 S. 1 StPO) nicht zwingend erforderlich, zumal das Fehlen eines hinreichenden Tatverdachts nicht die gesetzlich zwingende Bekanntgabepflicht beseitigt.

Nach der Mitteilung der Anklageschrift kann das zur Eröffnung des Hauptverfahrens angerufene Gericht, bevor es über den Eröffnungsantrag entscheidet, zur besseren Aufklärung der Sache einzelne Beweiserhebungen durch unanfechtbaren Beschluss anordnen (§ 202 StPO). Zu einer Vorwegnahme der Hauptverhandlung – etwa durch Vernehmung des Angeschuldigten – darf es dabei aber nicht kommen, da eine derartige gerichtliche Voruntersuchung dem deutschen Strafprozessrecht fremd und mit dem Zweck und Wesen des Zwischenverfahrens nicht in Einklang zu bringen ist. Letztlich ergänzt die Vorschrift des § 202 StPO lediglich die Regelung des § 201 (Abs. 2) StPO, der eine gerichtliche Befugnis zur Beweiserhebung nach Anklagevorlage auf entsprechende Anträge voraussetzt, um den Aspekt der Amtsaufklärung. Schon aus dem Wortlaut von § 202 StPO einerseits und § 244 Abs. 2 StPO andererseits ergibt sich, dass die Sachaufklärungspflicht des Gerichtes im Zwischenverfahren nicht der für die Hauptverhandlung entspricht. Im Zwischenverfahren scheiden daher nach allgemeiner Ansicht Beweiserhebungen aus, die einen bereits bestehenden hinreichenden Tatverdacht verstärken oder einen ohnehin fehlenden Verdachtsgrad weiter zerstreuen sollen.

Das Gericht ist befugt, soweit es ihm rechtlich möglich ist, die als notwendig erachteten Beweiserhebungen im Zwischenverfahren selbst vorzunehmen. Sämtliche Beweiserhebungen, die der Vollstreckung bedürfen, kann das Gericht allerdings nicht selbst umsetzen. Es hat daher Anordnungen von Zwangsmitteln (vgl. etwa §§ 81a, 81c, 98, 105 StPO) der Staatsanwaltschaft zur weiteren Veranlassung zu übergeben (§ 36 Abs. 2 S. 2 StPO), die im Wege ihres Anordnungs- (§ 152 Abs. 1 GVG) und Auftragsrechts (§ 161 Abs. 1 StPO) die Anordnungen jeweils umsetzt. Im Übrigen ist umstritten, ob die Staatsanwaltschaft verpflichtet ist, solche Anordnungen, die keine zu vollstreckende Entscheidung im Sinne des § 36 Abs. 2 S. 2 darstellen (insbesondere gerichtliche Vernehmungersuchen), durchzuführen.

Ob daneben im Zwischenverfahren eigenständige Ermittlungsbefugnisse der Staatsanwaltschaft bestehen, ist ebenfalls streitig. Der überwiegende Teil der Literatur und die Rechtsprechung gehen von einer Ermittlungsbefugnis der Staatsanwaltschaft aus. Insbesondere die in § 98 Abs. 3 StPO getroffene Regelung lässt den Rückschluss zu, dass der Staatsanwaltschaft verfahrensabschnittsübergreifende Ermittlungen nicht verwehrt sein können.

Erwägt das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens, kann es den Stand des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten erörtern (§ 202a StPO). Die Vorschrift wurde durch das Gesetz zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren in die StPO eingeführt und steht im Kontext zu den Vorschriften der §§ 160b, 212, 257b sowie § 257c StPO.

II. Eröffnungsbeschluss

Das für die Hauptverhandlung zuständige Gericht (§ 199 Abs. 1 StPO) beschließt die Eröffnung des Hauptverfahrens, wenn ein hinreichender Tatverdacht besteht (§§ 203, 207 StPO). Dabei ist das Gericht an die Anträge der Staatsanwaltschaft nicht gebunden (§ 206 StPO). Dies meint insbesondere, dass das Gericht den ihm mit der Anklage überlassenen Akteninhalt, ggf. ergänzt um Ergebnisse aus vorgenommenen eigenen Beweiserhebungen, unabhängig von der Anklagebehörde rechtlich wie tatsächlich frei würdigen kann und den hinreichenden Tatverdacht insgesamt (§ 210 StPO) oder auch nur in Bezug auf einzelne prozessuale Taten ablehnen kann.

Allerdings ist nur die Staatsanwaltschaft befugt, darüber zu entscheiden, welche prozessuale Taten sie in Umsetzung der ihr obliegenden staatlichen Strafverfolgungspflicht der gerichtlichen Kognition unterstellt. Das Gericht kann daher – trotz § 206 StPO – das Hauptverfahren nicht hinsichtlich solcher selbständigen prozessualen Taten eröffnen, hinsichtlich der die Staatsanwaltschaft keine Anklage erhoben hat, selbst wenn diese dem Akteninhalt zu entnehmen sind (§ 155 Abs. 1 StPO). Die prozessuale Tat, wie sie in der Anklageschrift zum Ausdruck kommt, bestimmt mithin die Reichweite der Kognitionspflicht des Gerichtes in deren Rahmen eine Antragsbindung gem. § 206 StPO ausgeschlossen ist. Will das Gericht einzelne Taten einstellen (§ 153 Abs. 2, § 153a Abs. 2, § 154 Abs. 2 StPO) oder die Strafverfolgung auf abtrennbare Teile beschränken (§ 154a Abs. 2 StPO) bedarf es der Mitwirkung der Staatsanwaltschaft.

Der Eröffnungsbeschluss beendet das Zwischenverfahren und leitet über in das Hauptverfahren. Sein Inhalt bestimmt sich nach § 207 StPO, der die formellen Maßgaben für eine positive Entscheidung über die Eröffnung und die Vorgehensweise im Falle einer veränderten Anklagezulassung (§ 207 Abs. 2 und 3 StPO) bestimmt. Der Eröffnungsbeschluss ist eine Prozessvoraussetzung und dokumentiert das Ergebnis der unabhängigen und eigenverantwortlichen gerichtlichen Überprüfung des Ermittlungsergebnisses. Er konkretisiert den Verfahrensgegenstand (vgl. auch §§ 264, 155 StPO), verleiht diesem Rechtshängigkeit und unterbricht insoweit die Verjährung (§ 78c Abs. 1 Nr. 7 StGB). Eine Rücknahme der erhobenen öffentlichen Klage ist danach ausgeschlossen (§ 156 StPO; Immutabilitätsprinzip).

Das Gericht kann die Anklage mit Änderungen zur Hauptverhandlung zulassen (§ 207 Abs. 2 StPO). Eine Teilablehnung (d.h. teilweise Eröffnung, teilweise Nichteröffnung) hinsichtlich verschiedener prozessualer Taten ist nach § 207 Abs. 2 Nr. 1 StPO möglich, wobei der die Eröffnung ablehnende Teil des Beschlusses faktisch wie ein Nichteröffnungsbeschluss zu behandeln ist. Liegt nach Auffassung des Gerichtes innerhalb derselben prozessualen Tat hinsichtlich bestimmter Delikte ein Tatverdacht aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht vor, hat das Gericht nach § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO zu verfahren. Dies gilt auch, wenn das Gericht den Sachverhalt rechtlich abweichend von der Staatsanwaltschaft würdigt, etwa unter andere Straftatbestände subsumiert, andere Täterschaft- / Teilnahmeformen als erfüllt ansieht oder eine andere Schuldart (Vorsatz / Fahrlässigkeit) annimmt. Die gem. § 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO in den Eröffnungsbeschluss aufgenommene, abweichende rechtliche Würdigung macht einen Hinweis nach § 265 Abs. 2 StPO in der Hauptverhandlung entbehrlich. Beschränkungen nach § 154a StPO innerhalb derselben prozessualen Tat, die gemäß § 154a Abs. 2 StPO die Zustimmung der Staatsanwaltschaft voraussetzen, sind gem. § 207 Abs. 2 Nr. 2 bzw. 4 StPO in dem Eröffnungsbeschluss ebenso darzulegen, wie etwaige Wiedereinbeziehungen nach § 154a Abs. 3 StPO.

Wurde keine Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (hinsichtlich selbständiger prozessualer Taten) getroffen, liegt ein von Amts wegen jederzeit bis zum rechtskräftigem Verfahrensabschluss zu beachtendes Prozesshindernis vor. Anerkannt ist jedoch, dass der Eröffnungsbeschluss (i.F. EÖB) nach Ladung zur erstinstanzlichen Hauptverhandlung und vor ihrem Beginn noch erlassen werden kann. In der Hauptverhandlung soll der EÖB nach nicht unumstrittener Ansicht der Rechtsprechung noch nachgeholt werden können, allerdings in der Besetzung nach §§ 76 Abs. 2 S. 1, 30 Abs. 2 GVG, d.h. nur ohne Beteiligung der Schöffen in voller Gerichtsbesetzung. In der Berufungsinstanz ist eine Nachholung des EÖB ausgeschlossen. Ist eine Nachholung nicht möglich oder fehlerhaft erfolgt, muss das Verfahren wegen Fehlens einer Verfahrensvoraussetzung durch Beschluss eingestellt (§ 206a StPO) bzw. durch Prozessurteil (§ 260 Abs. 3 StPO) beendet werden.

Der Angeschuldigte kann den erlassenen EÖB grundsätzlich nicht anfechten (§ 210 Abs. 1 StPO). Allerdings ist es nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes verfassungsrechtlich geboten, die Vorschrift keine Anwendung auf nach Erhebung einer neuen Anklage (§ 211 StPO) hin ergangene Eröffnungsbeschlüsse finden zu lassen. Im Falle einer erneuten Anklageerhebung nach vorheriger Nichteröffnung erfordern der Justizgewährleistungsanspruch und das Verbot der doppelten Strafverfolgung eine effektive Überprüfung der für § 211 StPO notwendigen Nova, weshalb solche EÖB ausnahmsweise mit der einfachen Beschwerde (§ 304 StPO) anfechtbar sind.

Bei unveränderter Zulassung der Anklage hat auch die Staatsanwaltschaft kein Anfechtungsrecht. Demgegenüber kann die Staatsanwaltschaft die (auch teilweise) Ablehnung

der Eröffnung mit der sofortigen Beschwerde anfechten (§ 210 Abs. 2 StPO). Eine rechtlich abweichende Würdigung im EÖB (§ 207 Abs. 2 Nr. 3 StPO) ist der Anfechtung entzogen.

Erachtet sich das durch die Staatsanwaltschaft nach § 199 Abs. 2 StPO angerufene Gericht im Zwischenverfahren für sachlich unzuständig, hat es dem Verfahren nach den Maßgaben des § 209 StPO Fortgang zu geben, entweder durch eine bindende Eröffnung vor dem zuständigen Gericht niederer Ordnung (§ 209 Abs. 1 StPO) oder aber durch eine Vorlage der Sache bei dem höherrangigen Gericht (§ 209 Abs. 2 StPO). Nach Eröffnung des Hauptverfahrens entstandene Zuständigkeitsfragen sind nach Maßgaben der §§ 225a, 270 StPO zu lösen. Demgegenüber unterfallen Kompetenzkonflikte betreffend die von Amts wegen (§ 16 StPO) zu beachtende örtliche Zuständigkeit nicht dem Regelungsbereich der Norm des § 209 StPO.

Nochmals sei darauf hingewiesen, dass die von § 170 Abs. 1 StPO und § 203 StPO vorausgesetzten Verdachtsgrade identisch sind, da genügender Anlass zur Erhebung der öffentlichen Klage aus Sicht der Staatsanwaltschaft nur besteht, wenn durch den Eröffnungsantrag in der Anklageschrift die Eröffnung des Hauptverfahrens wahrscheinlich erwirkt werden kann. Das wiederum ist nur anzunehmen, wenn die Voraussetzung von § 203 StPO, namentlich der hinreichenden Tatverdacht, durch das Gericht voraussichtlich angenommen werden kann. Der Verdachtsgrad ist zudem u.a. für das Privatklageverfahren (§§ 374, 383 Abs. 1 S. 1 StPO), die Nachtragsanklage (§ 266 StPO), das beschleunigte Verfahren (§§ 417, 419 Abs. 3) und das Strafbefehlsverfahren (§ 408 Abs. 2 StPO) zu prüfen.

III. Nichteröffnungsbeschluss

Der Inhalt des Beschlusses, mit dem die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt wird (Ablehnungsbeschluss / Nichteröffnungsbeschluss), richtet sich nach § 204 StPO. Die Vorschrift ist anwendbar, wenn die auf Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 199 Abs. 2 StPO erwirkte gerichtliche Prüfung, ob das Hauptverfahren zu eröffnen ist, aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen das Fehlen des erforderlichen hinreichenden Tatverdachts (hinsichtlich aller oder einzelner von mehreren prozessualen Taten) ergibt.

Mit Blick auf die Sperrwirkung des § 211 StPO ist die Entscheidung sorgfältig und eindeutig abzufassen. Sie lautet bei vollständiger Nichteröffnung etwa: „Die Eröffnung des Hauptverfahrens wird abgelehnt“. Wird die Eröffnung nur teilweise abgelehnt, muss der Beschlussformel zweifelsfrei zu entnehmen sein, hinsichtlich welcher prozessualen Taten (§§ 155, 264 StPO) die Eröffnung abgelehnt wird. Der Nichteröffnungsbeschluss ist zu begründen (§§ 34, 210 Abs. 2 StPO). Die Entscheidungsgründe müssen erkennen lassen, ob die Nichteröffnung auf tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (§ 204 Abs. 1 StPO) sowie auf prozessualen oder sachlichen (materiellen) Erwägungen beruht.

1. Ablehnung aus Rechtsgründen

Eine Nichteröffnung aus Rechtsgründen liegt vor, wenn sich der angeklagte Sachverhalt als nach materiellem Recht nicht strafbar erweist oder Rechtfertigungs-, Schuldtausschließungs-, Strafaufhebungs- oder Strafausschließungsgründe vorliegen. Auch auf fehlende Prozessvoraussetzungen gestützte bzw. wegen Bestehens von Verfahrenshindernissen ergangene Nichteröffnungsbeschlüsse sind Ablehnungsbeschlüsse aus Rechtsgründen.

2. Ablehnung aus tatsächlichen Gründen

Aus tatsächlichen Gründen wird das Hauptverfahren nicht eröffnet, wenn die Beweise keinen hinreichenden Tatverdacht gegen den Angeschuldigten zu begründen vermögen, d.h. das durch die Ermittlungsakten dokumentierte Beweisergebnis die Annahme einer überwiegenden Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht trägt. Die für die Beweismwürdigung maßgeblichen Erwägungen sind in der Nichteröffnungsentscheidung darzustellen.

3. Konkurrierende Ablehnungsgründe

Das Gericht ist nach nicht unumstrittener Ansicht verpflichtet, sich festzulegen, ob es eine Nichteröffnung auf Rechtsgründe oder tatsächliche Gründe stützt, da die Anklagebehörde mit Blick auf § 211 StPO nicht durch eine Doppelbegründung im Unklaren gelassen werden darf,

auf welche Weise sie eine gerichtliche Verfolgung des Tatvorwurfs noch erreichen kann. Allerdings ist das Gericht nach hM berechtigt, eine Haupt- und eine Hilfsbegründung abzugeben, da es der Staatsanwaltschaft andererseits auch erspart bleiben sollte, nach einer Ergänzung der Anklage um neue Tatsachen nun eine auf andere, bereits bei der ersten Ablehnungsentscheidung existente, aber im Beschluss unerwähnt gebliebene Gründe gestützte Nichteröffnung hinnehmen zu müssen.

4. Anfechtung

Der Nichteröffnungsbeschluss ist vom Angeschuldigten nicht anfechtbar. Insoweit fehlt es auch an einer Beschwer. Die Staatsanwaltschaft kann demgegenüber sofortige Beschwerde gegen die Nichteröffnung erheben (§§ 210 Abs. 2, 311 Abs. 2 StPO).

5. § 211 StPO

Ist der Nichteröffnungsbeschluss unanfechtbar, etwa weil die sofortige Beschwerde nicht (rechtzeitig) eingelegt, zurückgenommen oder verworfen wurde, entsteht gem. § 211 StPO eine beschränkte Sperrwirkung für eine neue Strafverfolgung. Für die Bestimmung der Reichweite der Sperrwirkung sind die Inhalte der Nichteröffnungsentscheidung maßgeblich. Die öffentliche Klage kann nur erneut erhoben werden, wenn durch erhebliche neue Tatsachen oder Beweise, die dem Gericht mit einer weiteren Anklageschrift zu unterbreiten sind, der rechtskräftigen Ablehnungsentscheidung der Boden entzogen werden kann. Für die Neuheit der Tatsachen oder Beweismittel kommt es nur darauf an, ob diese dem damaligen Beschlussgericht bekannt waren, unabhängig davon, ob sie ihm hätten bekannt sein können oder damals schon bestanden. Es werden aber auch solche Umstände als Nova erfasst, die im Zeitpunkt des ablehnenden Beschlusses zwar bekannt waren, aber wegen eines – später weggefallenen – Beweisverwertungsverbotes keine Berücksichtigung bei der Prüfung des hinreichenden Tatverdachts finden konnten – etwa bei der Disposition eines Zeugen über Auskunfts- oder Zeugnisverweigerungsrechte, sowie bei einem nachträglichen Entfallen solcher Befugnisse wegen rechtskräftiger Aburteilung eines Angehörigen.

Erfolgte die Nichteröffnung aus materiell-rechtlichen Gründen, bleibt die dem zugrunde liegende Rechtsauffassung auch bei der Prüfung des § 211 StPO maßgeblich. Wegen eines Subsumtionsfehlers oder Irrtums kann das Verfahren nicht wiederaufgenommen werden. Die nach § 211 StPO zu einer neuen Anklage berechtigenden Nova müssen daher so beschaffen sein, dass sie eine geänderte rechtliche Beurteilung ermöglichen. Auf prozessualen (Rechts-)gründen beruhende Ablehnungsentscheidungen erfordern für eine erneute Anklageerhebung Nova im Sinne des § 211 StPO, die entweder der Feststellung des Prozesshindernisses nunmehr entgegenstehen oder das Verfahrenshindernis beseitigen. Solches ist etwa anzunehmen, wenn sich nachträglich eine verjährungsunterbrechende Handlung feststellen lässt oder z.B. nachträglich ein wirksamer Strafantrag gestellt wird.

Wurde der Ablehnungsbeschluss aus tatsächlichen Gründen getroffen, ist von erheblichen Nova auszugehen, wenn neue persönliche oder sachliche Beweismittel in Zusammenschau mit den übrigen durch die Verfahrensakten dokumentierten Ermittlungsergebnissen nunmehr die Annahme eines hinreichenden Tatverdachts stützen.

Das Vorliegen neuer Tatsachen oder Beweismittel stellt für ein weiteres Verfahren eine stets von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessvoraussetzung dar. In einem (neuen) Ermittlungsverfahren hat die Staatsanwaltschaft daher immer auch zu prüfen, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die die Annahme von zur Wiederaufnahme der Klage berechtigenden Nova rechtfertigen. Falls hinreichender Tatverdacht besteht und sich die Nova als erheblich erweisen und die Staatsanwaltschaft eine neue Anklage erhebt, hat sie über die gesetzlichen Voraussetzungen des § 200 StPO hinaus im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen darzulegen, dass die Sperrwirkung des § 211 StPO wegen der Nova überwunden wird. Fehlt es trotz Nova am hinreichenden Tatverdacht oder erweisen sich die neuen Tatsachen und Beweise nicht als erheblich, stellt die Staatsanwaltschaft das Verfahren gem. § 170 Abs. 2 StPO ein.

K. Grundzüge des Beweisantragsrechts

Die Materie des Beweisantragsrechts ist schwierig und im Rahmen der Klausuren aus staatlicher Sicht in der Regel irrelevant. Im Hinblick auf die **Sitzungsververtretung** (vgl. **Skript Teil L.II.10.d** [S. 234]) können Grundkenntnisse jedoch nützlich sein, die überblicksartig darzustellen Ziel dieses Abschnitts ist.

Das Beweisantragsrecht – genauer: das **Beweisablehnungsrecht** (§§ 244 Abs. 3 bis 5; § 246 StPO) – gilt nicht für sämtliche Verfahrensarten. Es ist nicht anwendbar: für die Hauptverhandlung vor dem Strafrichter im Privatklageverfahren (§ 384 Abs. 3 StPO), im beschleunigten Verfahren (§ 420 Abs. 4 StPO), im Verfahren nach Einspruch gegen einen Strafbefehl (§ 411 Abs. 2 S. 2 i.V.m. § 420 Abs. 4 StPO) und im Bußgeldverfahren (§ 77 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 OWiG). In diesen Verfahrensarten entscheidet der Strafrichter ausschließlich nach Maßgabe der Aufklärungspflicht. Gleichwohl muss er die Ablehnung eines Antrags begründen, weil die Verfahrensbeteiligten wissen müssen, aus welchem Grund das Gericht die beantragte Beweiserhebung für entbehrlich hält.

Das Recht, Beweisanträge zu stellen, folgt aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG). Der Begriff des Beweisantrages wird von der StPO mit § 244 Abs. 3 S. 1 StPO legaldefiniert. Die Möglichkeit Beweisanträge zu stellen, setzt die StPO an mehreren Stellen voraus, etwa im Ermittlungsverfahren (§§ 163a Abs. 2, § 166 Abs. 1 StPO), im Zwischenverfahren (§ 201 Abs. 1 S. 1 StPO) und im Hauptverfahren auch außerhalb der Hauptverhandlung (§ 219 Abs. 1 S. 1 StPO). In diesen Fällen normiert die StPO jedoch nicht näher, aus welchen Gründen der Beweisantrag abgelehnt werden darf. Diese haben daher nur den Charakter einer Beweisanregung, da insbesondere die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 bis 5 StPO keine Anwendung finden. Ob das Gericht diesen Beweisanregungen nachgehen will, entscheidet es am Maßstab der Amtsaufklärungspflicht. Daher sind vor der Hauptverhandlung gestellte Beweisanträge in der **Hauptverhandlung mündlich** zu wiederholen, soll das Gericht das Beweisantragsrecht im engeren Sinne, nämlich unter Beachtung der abschließend gesetzlich normierten Ablehnungsgründe anwenden. Das Gericht kann durch Beschluss den Verfahrensbeteiligten aufgeben, Beweisanträge schriftlich zu stellen (§ 257a StPO). Beweisanträge können bis spätestens zum Beginn der Urteilsverkündung gestellt werden.

Antragsberechtigt ist zunächst der Angeklagte, unabhängig von seiner Geschäftsfähigkeit. Wahl- und Pflichtverteidiger besitzen ein gegenüber dem Antragsrecht des Angeklagten selbständiges Antragsrecht, können dieses daher unabhängig und auch gegen den Willen des Angeklagten ausüben. Antragsberechtigt ist auch die Staatsanwaltschaft und zwar sowohl hinsichtlich der Be- und Entlastung des Angeklagten. Nebenkläger sind im Grundsatz ebenfalls antragsberechtigt (§ 397 Abs. 1 S. 3 StPO). Daneben steht das Beweisantragsrecht u.a. dem Privatkläger (§ 385 Abs. 1 S. 1 StPO), dem Antragsteller im Adhäsionsverfahren (§§ 403 ff. StPO), soweit seine vermögensrechtlichen Ansprüche betroffen sind, und Nebenbeteiligten, wie etwa Einziehungsbeteiligten zu.

Der Antragsteller kann den Beweisantrag auch noch nach Beginn der beantragten Beweisaufnahme und auch konkludent zurücknehmen und auf deren weitere Durchführung verzichten. **Rücknahme** und Verzicht wirken aber nur hinsichtlich des jeweils Erklärenden. Hat sich ein weiterer Verfahrensbeteiligter dem Beweisantrag angeschlossen, haben Rücknahme und Verzichtserklärung eines Antragstellers für den anderen also keine Wirkung. Keine konkludente Rücknahme liegt i.d.R. in dem Einverständnis mit der Schließung der Beweisaufnahme.

Als **Beweisantrag** im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO ist das in der Hauptverhandlung vorgebrachte ernsthafte (und nicht nur in das Ermessen des Gerichts gestellte) **Verlangen** eines Verfahrensbeteiligten zu verstehen, dass zum Nachweis einer bestimmt behaupteten Tatsache, die den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betrifft, durch ein nach der Prozessordnung zulässiges bestimmtes Beweismittel Beweis erhoben wird. **Beweistatsache** und **Beweismittel** müssen darüber hinaus in einem Verhältnis der **Konnexität** zueinander stehen, die dem Antrag zu entnehmen sein muss.

Fehlt einer dieser Voraussetzungen, kann der Antrag häufig als Beweisermittlungsantrag, Beweiserbieten oder Beweisanregung i.e.S. einzuordnen sein. Sind die Voraussetzungen für

einen Beweisantrag demgegenüber alle gegeben und liegt kein Ablehnungsgrund nach der StPO vor, ist das Gericht zur Beweiserhebung verpflichtet.

I. Beweistatsache

Beweistatsachen sind **konkrete Geschehnisse**, Umstände oder Zustände der äußeren Welt, innerpsychische Vorgänge und Gegebenheiten sowie das Bestehen (bzw. Nichtbestehen) von tatsächlichen Zusammenhängen. Bloße Wertungen oder Schlussfolgerungen als solche können nicht unter Beweis gestellt werden. Häufig wird sich darauf abzielenden Anträgen durch Auslegung jedoch ein ihnen zugrunde liegender konkreter dem Beweis zugänglicher **Tatsachenkern** entnehmen lassen, auf dessen Feststellung es dem Antragsteller ankommen wird. Die Beweistatsachen sind so präzise zu benennen, dass sie über die bloße Umschreibung abstrakter Beweisthemen oder Vernehmungsgegenstände hinausgehen und die Anwendung und Beurteilung insbesondere der beweisthemenbezogenen Ablehnungsgründe erlaubt. Die Verwendung einfacher Rechtsbegriffe, die an sich keine Tatsachen sind, kann genügen.

Der nur auf **Wiederholung** einer bestimmten Beweiserhebung gerichtete Antrag, mit dem neue Beweistatsachen nicht behauptet werden, ist kein Beweisantrag. Über ein solches Begehren entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen nach § 244 Abs. 2 StPO (Amtsaufklärungsgrundsatz; wohl „Beweisanregung i.e.S.“).

Keine Beweistatsachen, sondern nur **Wertungen** sind Behauptungen wie jemand sei „unglaublich“, „verhaltensgestört“, „süchtig“, „angeheitert“ oder „wisse etwas“ (ohne das hierfür konkrete Umstände oder Geschehnisse, die bewiesen werden könnten, genannt werden).

Bei einem auf Einvernahme eines Zeugen gerichteten Antrag sind die unmittelbaren **Wahrnehmungen** des Zeugen zu benennen, wobei an den Konkretisierungsgrad keine überspannten Anforderungen zu stellen sind. Es muss aber deutlich werden, ob der Zeuge die Beweistatsache selbst unmittelbar wahrgenommen hat, oder ob es sich um einen Zeugen vom Hörensagen handelt. Gerade wenn ein Zeuge Angaben zu fremdpsychischen Tatsachen machen soll, sind die für den Zeugen äußerlich erkennbaren Umstände konkret zu bezeichnen, aus denen ggf. (als Beweisziel) der Rückschluss auf eigenpsychische Tatsachen einer anderen Person als des Zeugen gezogen werden kann (vgl. **Skript Teil D.V** [S. 56]).

Nicht unproblematisch ist die Behandlung von **Negativtatsachen**, weil insoweit häufig „Verschleifungen“ mit der Benennung eines bestimmten Beweisziels möglich sind. Von Negativtatsachen spricht man, wenn die Beweiserhebung ergeben soll, dass die behauptete Tatsache gerade nicht eingetreten ist. Erforderlich ist insoweit, dass der Antragsteller den Nichteintritt eines genau beschriebenen Ereignisses behauptet, welches die Beweisperson hätte wahrnehmen können, wenn es stattgefunden hätte, indem er Tatsachen behauptet und unter Beweis stellt, aus denen der Schluss gezogen werden kann, ein bestimmtes Ereignis habe nicht stattgefunden.

Keine Beweistatsachen sind sogenannte **Beweisziele**, die regelmäßig mit Beweisanträgen verbunden sind, aber nicht genannt zu werden brauchen. Die bloße Angabe eines Beweisziels genügt für einen Beweisantrag allerdings nicht. Beweisziele sind in der Regel Schlussfolgerungen, die das Gericht aus Sicht des Antragstellers ziehen soll. Die Abgrenzung ist zuweilen schwierig. Wird beispielsweise durch Antrag auf Vernehmung eines Zeugen „unter Beweis“ gestellt, dass sich der Angeklagte zur Tatzeit nicht am Tatort, sondern an einem bestimmten anderen Ort aufgehalten hat, ist hierdurch nur das Beweisziel (Alibi) umschrieben. Für einen Beweisantrag wäre beispielsweise die Angabe einer Beweistatsache dergestalt erforderlich, dass der Zeuge den Angeklagten zur Tatzeit an einem bestimmten anderen Ort als den Tatort gesehen hat.

An der erforderlichen **Bestimmtheit** der Beweisbehauptung im Sinne eines Beweisantrages fehlt es regelmäßig, wenn der Antragsteller lediglich begehrt, Beweis darüber zu erheben, „ob“, „warum“, „wie“, „wo“ oder „wann“ etwas geschehen sei. Achten Sie daher auf solche „Signalwörter“. Beweistatsachen sind als feststehend zu bezeichnen. Eine innere Überzeugung des Antragstellers von der Richtigkeit der behaupteten Beweistatsache ist dagegen ebenso wenig erforderlich, wie eine sichere Kenntnis von der behaupteten Tatsache bzw. ihrer Bestätigung durch das benannte Beweismittel. Zweifel des Antragstellers an der Wahrheit der Beweisbehauptung oder am Gelingen des Beweises schaden daher nicht. Vielmehr steht es

dem Antragsteller frei, einen Beweis über Tatsachen zu beantragen und bestimmt zu behaupten, welche dieser lediglich für möglich hält oder vermutet.

Die Beweisbehauptung (für sich genommen) enthält dementsprechend auch keine Wissenserklärung, sondern eine Vorstellungsäußerung, so dass sie insbesondere **nicht als Einlassung** (insbesondere eines zum Tatvorwurf schweigenden) Angeklagten behandelt werden kann.

II. Beweismittel

Das Beweismittel muss bestimmt bezeichnet sein. Wird die Vernehmung eines Zeugen beantragt, sind grundsätzlich sein Name und seine vollständige Anschrift mitzuteilen. Sind diese Daten dem Antragsteller nicht bekannt, reicht es aus, dass der Zeuge aufgrund der im Antrag gemachten Angaben ohne die Gefahr einer Verwechslung identifiziert und seine Erreichbarkeit ermittelt werden kann.

Sollen Urkunden verlesen werden, sind diese genau, etwa durch Angabe des Fundortes in den Akten zu bezeichnen. Ein Antrag auf „Beiziehung von Akten“ ist grundsätzlich kein Beweisantrag, sondern ein Beweisermittlungsantrag, insbesondere wenn diese erst ergeben soll „ob“ und wenn ja „welche“ einzelnen Urkunden möglicherweise zu Beweiszwecken dienen und als Beweismittel bezeichnet werden können.

III. Konnexität

Die Einordnung des Merkmals der Konnexität als eigenständiges konstitutives Element eines Beweisantrages war bis zur Einführung der Legaldefinition des § 244 Abs. 3 S. 1 StPO umstritten. Zwischen der Beweistatsache und dem Beweismittel muss nach dieser Vorschrift eine Konnexität bestehen, d.h. mit dem angegebenen Beweismittel muss die behauptete Beweistatsache unmittelbar bewiesen werden können. Die Angabe zu diesem Konnex im Rahmen eines Beweisantrages wurden aber auch vor der Gesetzesklarstellung für erforderlich gehalten.

Versteht sich die Konnexität nicht, wie z.B. bei unmittelbaren Tatzeugen, von selbst oder ergibt sie sich nicht aus den insoweit heranzuziehenden Ermittlungsakten, bedarf es seiner näheren **Darlegung im Antrag**. Der Antragsteller muss also im Antrag oder auf Befragen situative Umstände darlegen, die den benannten Zeugen in die Lage versetzt haben sollen, die im Beweisantrag behauptete Kenntnis zu erlangen.

Sinn und Zweck der Prüfung der Konnexität ist letztlich, dem **Missbrauch** des Beweisantragsrechts entgegenzuwirken, wobei zu berücksichtigen ist, dass der Antragsteller nicht verpflichtet ist, vorab zu prüfen, ob beispielsweise ein Zeuge tatsächlich in der Lage sein wird, die Beweisbehauptung zu stützen, sondern auch Zeugen benennen darf, bei denen dies aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte lediglich als möglich angenommen oder vermutet werden kann. Eine strenge Prüfung der Konnexität dürfte aber erforderlich sein, wenn Beweisbehauptungen „ins Blaue hinein“ oder „aufs Geratewohl“ aufgestellt werden.

Eine **Behauptung ins Blaue hinein** liegt vor, wenn auch bei großzügiger Betrachtung aus der Sicht eines verständigen Antragstellers keinerlei Anhaltspunkte für das Vorliegen der unter Beweis gestellten Behauptung bestehen, diese somit ohne jede tatsächliche und argumentative Grundlage in den Raum gestellt wird. Solche Anträge sind nicht zum Zwecke der Wahrheitsermittlung, sondern nur zum Schein gestellt und daher keine Beweisanträge. Da die Ablehnung ansonsten formgerechter Beweisanträge mit dieser Argumentation allerdings in ein Spannungsverhältnis zu den Beweisteilhaberechten der Verfahrensbeteiligten und dem das Beweisantragsrecht prägende Verbot der Beweisantizipation gerät, ist äußerste Zurückhaltung geboten. Mangels Ernsthaftigkeit einem Antrag die Qualität eines Beweisantrages im Rechtssinne abzuspüren, kommt daher nur ausnahmsweise in Betracht und erfordert einen hohen argumentativen Aufwand, der durch eine ausführlich begründete Gesamtwürdigung von Beweisbegehren, Prozessverhalten und Beweislage gekennzeichnet sein muss.

Die Rechtsprechung zur sogenannten „qualifizierten Konnexität“, hat der BGH inzwischen aufgegeben. Danach war insbesondere bei fortschreitender Beweisaufnahme erforderlich, dass der Beweisantrag sich auch zu solchen Umständen verhalten muss, die ihn trotz gegenläufiger

bisheriger Beweisergebnisse dennoch plausibel erscheinen lassen. Der Antragsteller muss aber Tatsachen unter Beweis stellen können, für deren Richtigkeit die bisherige Beweisaufnahme keine Anhaltspunkte ergeben hat und die ungewöhnlich oder unwahrscheinlich erscheinen. Für das Vorliegen eines Beweisantrages kann daher nicht konstituierend sein, dass der Antragsteller plausibel macht, weshalb das von ihm benannte Beweismittel trotz entgegenstehender bisheriger Beweisergebnisse die unter Beweis gestellte Tatsache belegen können soll. Weil § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO eine Ablehnung eines Beweisantrages zwar zulässt, wenn die zu beweisende Tatsache bereits erwiesen ist, aber gerade nicht, wenn ihr Gegenteil schon erwiesen erscheint, beinhaltet eine Ablehnung eines Beweisantrages mit der Argumentation, es sei im Beweisantrag nicht vorgetragen, weshalb das Beweismittel gegenteilige Beweisergebnisse erbringen könnte, regelmäßig eine verbotene Beweisantizipation bezogen auf das noch nicht erhobene Beweismittel, der nicht durch einen Hinweis auf das Konnexitätserfordernis zu rechtfertigen ist.

IV. bedingte Beweisanträge

Beweisanträge beinhalten Prozesshandlungen, die im Interesse der Rechtssicherheit grundsätzlich bedingungsfeindlich sind. Allerdings kann das Verlangen nach Beweiserhebung von einem künftigen, ungewissen Umstand abhängig gemacht werden, sofern dies den Eintritt oder Nichteintritt eines innerprozessualen Ereignisses betrifft. Die Verknüpfung des Beweisantrages mit einer **innerprozessualen Bedingung** ist zulässig, wenn deren Vorliegen bzw. Eintritt durch das Gericht verbindlich festgestellt werden kann. Es handelt sich dann um sog. „prozessual bedingte“ Beweisanträge.

Das Gericht muss frühestens über den innerprozessual bedingten Beweisantrag entscheiden, wenn die in dem Antrag genannte bestimmte Prozesslage eingetreten ist, etwa dass eine bestimmte Entscheidung getroffen wird, einem anderen Beweisantrag stattgegeben oder ein bestimmter Zeuge vernommen oder vereidigt wird usw. Eine Entscheidung über den Beweisantrag ohne Eintritt der Bedingung ist aber nicht ausgeschlossen. Über einen prozessual bedingten Beweisantrag ist spätestens am Ende der Beweisaufnahme zu entscheiden, selbst wenn die Bedingung bis dahin nicht eingetreten ist.

V. Hilfsbeweisanträge

Ein Hilfsbeweisantrag ist ein Beweisantrag, der nur hilfsweise für den Fall gestellt wird, dass das Gericht **im Urteil** zu einem bestimmten **Ergebnis** kommt. Sie werden häufig im Rahmen der Schlussvorträge neben den verfahrensbeendenden Hauptanträgen gestellt. In einem Hilfsbeweisantrag wird das Beweisbegehren mit einem Hauptantrag verknüpft, der den „Urteilstenor“ (Freispruch / Verurteilung) bzw. den konkreten Inhalt des Schuldspruchs (Vollendung statt Versuch; vorsätzlicher statt fahrlässiger Begehung bspw.) oder Rechtsfolgenausspruch (Freiheits- statt Geldstrafe; Überschreitung eines bestimmten Strafmaßes; keine Aussetzung zur Bewährung o.ä.) betrifft. Der Hilfsbeweisantrag ist dabei abhängig von dem vom Hauptantrag abweichenden Entscheidungselement. Hilfsbeweisanträge werden üblicherweise ausdrücklich als solche bezeichnet bzw. entsprechend gekennzeichnet („hilfsweise“; „für den Fall des Schuldspruchs“ usw.).

Unzulässig sind Hilfsbeweisanträge, die sich nach den unter Beweis gestellten Behauptungen ausschließlich gegen den Schuldspruch richten sollen, aber nur für den Fall einer bestimmten Rechtsfolgenentscheidung als gestellt gelten sollen. Um dies verkürzt auszudrücken: Wird die Unschuld des Angeklagten für den Fall unter Beweis gestellt, dass das Gericht beabsichtigt, den Angeklagten zu einer höheren Geldstrafe als 90 Tagessätze zu verurteilen, ist das Beweisbegehren in sich widersprüchlich, da der Antragsteller Ziele verfolgt, die einander ausschließen. Der Antrag würde zudem vom Gericht eine vom Sachlogischen losgelöste Prüfungsreihenfolge verlangen, weil es sich zunächst über die Einzelheiten des Rechtsfolgenausspruchs schlüssig werden müsste, bevor es darüber befinden könnte, ob es zur Schuldfrage ergänzenden Beweis erheben soll.

Da das Gericht den Eintritt der „Bedingung“, unter welche die beantragte Beweiserhebung gestellt ist, erst in der Urteilsberatung feststellen kann, kann ein Hilfsbeweisantrag auch erst in den Urteilsgründen beschieden werden. Darüber hinaus liegt in der nur „hilfsweisen“ Stellung des Antrags i.d.R. zugleich der konkludente **Verzicht** des Antragstellers auf eine Bescheidung

vor der Urteilsverkündung und damit zugleich auf rechtliches Gehör – allerdings nur, soweit es den Zeitpunkt der Bekanntgabe etwaiger Ablehnungsgründe betrifft.

Eine **Bescheidungsklausel**, also das Verlangen des Antragstellers auf Bescheidung noch in der Hauptverhandlung (nicht erst in den Urteilsgründen), wird überwiegend für **unzulässig** gehalten. Maßgeblich ist dabei, dass das Gericht zur Mitteilung der Bewertung derjenigen Umstände gezwungen wäre, von denen das Beweisbegehren abhängig gemacht worden ist. Da aber insbesondere bei Verknüpfungen mit dem Schuldspruch oder der Rechtsfolge Bedingungen aufgestellt sind, die erst nach Abschluss der Beweisaufnahme vom Gericht durch vollständige Würdigung der Beweisergebnisse beurteilt werden können, will sich das Gericht nicht dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen, widerspricht die Bescheidungsklausel der Natur von Hilfsbeweisanträgen.

VI. Eventualbeweisanträge

Eventualbeweisanträge weisen strukturelle Ähnlichkeit zu Hilfsbeweisanträgen (vgl. **Skript Teil K.V** [S. 212]) und innerprozessual bedingten Beweisanträgen (vgl. **Skript Teil K.IV** [S. 212]) gleichermaßen auf. Der Charakter des Eventualbeweisantrags besteht darin, dass das Beweisbegehren mit einem aus der Sicht des Antragstellers relevanten, einzelnen **Begründungselement** des Sachurteils verknüpft wird. Der Beweisantrag wird also davon abhängig gemacht, wie das Gericht einen bestimmten Sachverhalt in einem bestimmten Detail würdigt und dem Urteil zugrunde legen will.

Während beispielsweise ein unter der Bedingung gestellter Antrag, dass ein bestimmter Zeuge vernommen wird, eine („rein“) innerprozessuale Bedingung enthält, wäre ein unter der Bedingung, dass das Gericht den vernommenen Zeugen für glaubwürdig bzw. seine Aussage für glaubhaft hält gestellter Antrag als Eventualbeweisantrag einzuordnen, da es hierfür über die rein objektive Feststellung eines Ereignisses (Vernehmung des Zeugen) hinaus einer **Bewertung des Beweisergebnisses** bedarf, um den Bedingungseintritt bejahen oder verneinen zu können. Der Unterscheid zum Hilfsbeweisantrag besteht konkret darin, dass jener für den Fall gestellt wird, dass das Gericht im Urteil infolge einer Bewertung zu einem bestimmten Ergebnis hinsichtlich der Schuld- oder Rechtsfolgenfrage kommt. Nicht das einzelne Bewertungselement soll bei einem Hilfsbeweisantrag die Bedingung sein, sondern das „Gesamtergebnis“ aller Bewertungen.

Unbestritten ist, dass Beweisanträge mit Bedingungen verknüpft werden können, die eine Bewertung bestimmter Umstände voraussetzen. Anträge, die beispielsweise für den Fall gestellt sind, dass das Gericht eine Tatsache für bereits nachgewiesen, die Einlassung des Angeklagten für zutreffend bzw. nicht widerlegt oder ein bestimmtes Tatmotiv für erwiesen hält, oder die (verminderte) Schuldfähigkeit des Angeklagten annimmt oder verneint, eine Urkunde als echt oder unecht ansieht oder einen minderschweren Fall verneint, sind demnach **zulässig**.

Da aber die Beweiswürdigung häufig der abschließenden Urteilsberatung vorbehalten ist und grundsätzlich erst im Urteil zu erfolgen hat, wird teilweise eine Unterscheidbarkeit von Hilfsbeweisanträgen und Eventualbeweisanträgen für unmöglich gehalten und beide Begrifflichkeiten synonym verwendet. Deshalb wird in der Verknüpfung des Beweisantrages mit derartigen Bedingungen wie im Fall des Hilfsbeweisantrages und unabhängig vom Zeitpunkt der Antragstellung regelmäßig ein **schlüssiger Verzicht** auf die Bekanntgabe einer möglichen, ablehnenden Entscheidung vor Urteilsverkündung erblickt, so dass die Grundsätze zum Hilfsbeweisantrag entsprechend gelten.

Problematischer ist in diesen Fällen jedoch die Behandlung einer **Bescheidungsklausel**. Die Rechtsprechung der Senate des BGH hierzu ist uneinheitlich. Das Gericht ist – wie bei Hilfsbeweisanträgen auch – natürlich nicht gehindert, den Antrag vor Urteilsverkündung in der Hauptverhandlung zu bescheiden. Auch ist das mit einem Eventualbeweisantrag zum Ausdruck gebrachte Informationsinteresse des Antragstellers an der Bewertung der (bisherigen) Beweisaufnahme natürlich legitim und nachvollziehbar, denn setzt sich das Gericht mit der Bedingung schon in der Hauptverhandlung argumentativ auseinander, wird eine dem Antragsteller sonst möglicherweise bis zur Urteilsverkündung verborgen gebliebene „Zwischenbewertung“ offenbar, die sein weiteres Antragsverhalten beeinflussen kann, was insbesondere im Hinblick auf die „Verteidigungsstrategie“ von Bedeutung sein kann. Allerdings kann kein Verfahrensbeteiligter verlangen, dass ihn das Gericht vor der Urteilsverkündung über

Beratungsergebnisse unterrichtet. Ein Anspruch auf Kommunikation einer partiellen Beweiswürdigung durch das Gericht besteht in der Hauptverhandlung daher nicht. Ein solcher kann m.E. auch durch Eventualbeweisanträge nicht erzwungen werden. Ein ähnlicher „kommunikativer Effekt“ wird sich häufig zudem auch durch unbedingt gestellte Beweisanträge erreichen lassen, weshalb Bescheidungsklauseln nach der hier vertretenen Auffassung als eher missbräuchlich und damit unzulässig, jedenfalls aber **unbeachtlich** anzusehen sind, worauf der Antragsteller natürlich hinzuweisen ist, damit er entscheiden kann, ob er es bei dem bedingten Antrag (der dann nur im Urteil beschieden werden muss) belässt oder die Bedingung entfallen lassen will.

VII. Beweisanregungen

Unter dem Begriff der Beweisanregung werden als Oberbegriff sämtliche Arten von Anträgen gefasst, welche die rechtliche Qualität von Beweisanträgen nicht erreichen. Ihnen wird häufig die Eigenschaft beigemessen, die Amtsermittlungspflicht des Gerichtes (§ 244 Abs. 2 StPO) „zu aktualisieren“, indem sie das Gericht auf die Möglichkeiten weiterer Sachaufklärung hinweisen. Anträge und Erklärungen, die erkennbar auf die Art oder den Umfang der Beweisaufnahme abzielen, die jedoch die Merkmale von Beweisanträgen nicht erfüllen, sollten grundsätzlich großzügig ausgelegt werden, um zu prüfen, ob nicht doch ein Beweisantrag beabsichtigt ist. Bei etwaigen Zweifeln sollte sich das Gericht durch entsprechende Nachfragen Klarheit verschaffen.

1. Beweiserbieten

Ein Beweiserbieten beinhaltet den bloßen Hinweis auf die Möglichkeit einer Beweiserhebung, mit der eine für entscheidungserheblich gehaltene Tatsache durch ein Beweismittel bewiesen werden könnte. Dabei wird dem Gericht nur anheimgestellt bzw. nahegelegt, zu prüfen, ob es der vorgetragenen Beweismöglichkeit nachgehen will, ohne dass hiermit der Antrag verbunden wird, die Beweiserhebung durchzuführen. Die Beweiserhebung wird also nicht wie bei einem Beweisantrag „verlangt“, beinhaltet aber im Übrigen alle Elemente des Beweisantrages.

Aufgrund des Fehlens eines „förmlichen“ / „ausdrücklichen“ Antrags hat das Gericht („nur“) am Maßstab der Amtsermittlungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) zu beurteilen, ob es dem Erbieten nachgehen will. Einer förmlichen Ablehnung unter Beachtung der gesetzlich normierten Ablehnungsgründe bedarf es nicht. Mangels Antragsqualität ist das Beweiserbieten weder protokollierungsbedürftig, noch bedarf es einer förmlichen Entscheidung durch den Vorsitzenden oder das Gericht.

2. Beweisanregungen i.e.S.

Beweisanregungen im engeren Sinn beziehen sich auf die Vorgehensweise bei der Beweiserhebung, z.B. Anträge auf Sicherstellung von Beweismitteln, Durchführung bestimmter Untersuchungen, Anträge auf Gegenüberstellung, Anregungen auf Einholung eines Glaubwürdigkeitsgutachtens oder andere Modalitäten der Beweiserhebung. Die Art und Weise der Beweisaufnahme kann durch Anträge aber grundsätzlich nicht beeinflusst werden. Bei Beweisanregungen im engeren Sinn handelt es sich mithin um verfahrensbezogene Anträge, die ggf. nach speziellen Vorschriften beschieden werden müssen (bspw.: § 249 Abs. 2 S. 2 und 3 StPO), aber (insbesondere mangels Benennung von Beweistatsachen) nicht dem Anwendungsbereich der für Beweisanträge aufgestellten Ablehnungsgründe unterfallen.

Als grundsätzlich verfahrensbezogener Antrag ist die Beweisanregung im engeren Sinn zu protokollieren. Seine Ablehnung bedarf, soweit nicht speziell geregelt, keines Gerichtsbeschlusses, jedoch in der Regel eines Bescheides durch den Vorsitzenden in der Hauptverhandlung (beachte § 238 Abs. 2 StPO). Maßstab der Entscheidung ist die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO).

3. Beweisermittlungsanträge

Ein Beweisermittlungsantrag liegt vor, wenn der Antragsteller Aufklärung durch das Gericht begehrt, aber entweder ein Beweismittel (noch) nicht bestimmen kann oder keine hinreichend bestimmte Beweistatsache behauptet. Typischerweise wird ein Beweisermittlungsantrag dann gestellt, wenn erst geeignetes Beweismaterial aufgefunden (oder beigezogen) werden muss

oder etwa noch nicht feststeht, welches von mehreren in Betracht kommenden Beweismitteln zur Aufklärung beitragen kann, bzw. wenn keine bestimmte Tatsache als Ergebnis der Erhebung eines Beweises behauptet werden kann.

Hinsichtlich der Protokollierung, der Entscheidungsmodalitäten und des dabei anzuwendenden Prüfungsmaßstabs gelten die Ausführungen für Beweisanregungen i.e.S. entsprechend.

VIII. Ausgewählte Ablehnungsgründe

Gilt das Beweisablehnungsrecht und erfüllt ein Antrag sämtliche Merkmale eines Beweisantrages, kommt dessen Ablehnung nur nach den abschließend geregelten Ablehnungsgründen in Betracht. Dabei darf ein Beweisantrag grundsätzlich nicht mit der Begründung abgelehnt werden, das Gegenteil der behaupteten Tatsache sei bereits erwiesen bzw. die Beweisbehauptung sei durch die bisherige Beweisaufnahme widerlegt, weil dann eine unzulässige Beweisantizipation vorgenommen würde. Danach ist es auch unzulässig, die Ablehnung auf die Annahme zu stützen, das Beweismittel werde die Beweisbehauptung nicht stützen, der Zeuge werde sich nicht erinnern, sei nicht glaubwürdig oder die Beweistatsache nicht beweisbar. Unzulässig ist es auch, den Beweisantrag abzulehnen, weil die Beweisbehauptung einer früheren Aussage des benannten Zeugen oder den Angaben des antragstellenden Angeklagten widerspreche. Zulässige Durchbrechungen des **Verbots der Beweisantizipation** sind in den § 244 Abs. 3 bis 5 StPO abschließend erfasst.

1. Unzulässigkeit

Das Gericht hat gem. § 244 Abs. 3 S. 2 StPO Anträge auf eine unzulässige Beweiserhebung abzulehnen. Abzulehnen ist danach beispielsweise ein Beweisantrag, der die Verwendung eines nach der StPO nicht zulässigen Beweismittels vorsieht, etwa wenn Personen als Zeuge benannt werden, welche diese Rolle nicht einnehmen können (bspw. Mitangeklagte). Wegen Unzulässigkeit sind auch Anträge abzulehnen, die auf die Erhebung von Beweisen über Themen gerichtet ist, die nicht Gegenstand einer Beweisaufnahme sein können, wie etwa für nach Teilaufhebung und Zurückverweisung durch das Revisionsgericht in Rechtskraft erwachsene Feststellungen zu bestimmten Tatsachen, so dass das Gericht an sie gebunden ist.

2. Offenkundigkeit

Ist die unter Beweis gestellte Tatsache offenkundig, ist eine Beweiserhebung insoweit überflüssig. Offenkundige Tatsachen sind solche, deren Wahrheit sich aus allgemein zugänglichen Quellen ergibt und für jedermann unmittelbar einsichtig ist. Der Beweisantrag darf gem. § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 1 StPO abgelehnt werden. Die Offenkundigkeit bezieht sich dabei nicht nur auf die Beweistatsache, sondern auch auf ihr Gegenteil. Unterfälle der Offenkundigkeit sind die Allgemeinkundigkeit und die Gerichtskundigkeit. Allgemeinkundig sind Tatsachen und Erfahrungssätze, von denen verständige und erfahren Menschen regelmäßig ohne weitere Kenntnis haben oder über die sie sich aus allgemein zugänglichen zuverlässigen Quellen unschwer unterrichten können. Gerichtskundig sind dagegen Tatsachen und Erfahrungssätze, die der Richter im Zusammenhang mit seiner amtlichen Tätigkeit zuverlässig in Erfahrung gebracht hat (z.B. Funktionsweise technischer Einrichtungen usw.). Die Offenkundigkeit der Tatsache ist in der Hauptverhandlung zu erörtern, um rechtliches Gehör zu gewähren.

3. Bedeutungslosigkeit

Ist eine Tatsache, die bewiesen werden soll, für die Entscheidung ohne Bedeutung, darf ein entsprechender Antrag gem. § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO abgelehnt werden. Bezugspunkt für die Bedeutungslosigkeit ist die Straf- und Schuldfrage. Steht eine Tatsache in keinem Zusammenhang zum Prozessgegenstand oder kann sie – trotz eines solchen Zusammenhangs – die Entscheidung nicht beeinflussen, ist eine Beweiserhebung über diese Tatsache entbehrlich.

Die Entbehrlichkeit kann sich aus Rechtsgründen ergeben. Kommt es auf ein rechtliches Merkmal, welches die Tatsache ausfüllen oder zu dessen Erfüllung sie Hinweise geben soll, nicht an, etwa weil sie lediglich zum Rechtsfolgenausspruch relevant werden könnte, eine

Verurteilung aber bereits aus anderen Gründen (Prozesshindernisse) ausscheidet, liegt Bedeutungslosigkeit vor.

Aus tatsächlichen Gründen unerheblich sind Tatsachen, bei denen das Gericht – selbst, wenn sie erwiesen wären – keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Das Gericht hat also die Tatsache – so als sei sie erwiesen – ohne Abstriche in das bisher gewonnene Beweisgefüge einzustellen und zu prüfen, ob die behauptete Tatsache dabei die (bisherige) Überzeugung des Gerichts erschüttern würde. Tatsächliche Bedeutungslosigkeit liegt danach nur vor, wenn das Gericht in freier Beweiswürdigung den durch das Erwiesen sein der behaupteten Tatsache möglichen Schluss für die Schuld- und Rechtsfolgenfrage nicht ziehen will, weil es ihn im Hinblick auf die gesamte Beweislage für falsch hält.

Das Gericht ist bei der Ablehnung wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit regelmäßig zu einer umfangreichen Begründung unter Offenlegung der Beweiswürdigung gezwungen. Freilich ist das erkennende Gericht an diese (vorläufige) Wertung nicht in dem Sinn gebunden, als dass es hiervon im Urteil nicht mehr abweichen dürfte, insbesondere sofern Umstände eintreten, die zu einer abweichenden Sichtweise führen. Allerdings ist das Gericht in diesem Fall gehalten, die Verfahrensbeteiligten auf diese Umstände hinzuweisen und über den Beweisantrag erneut zu entscheiden. Obschon bei der erforderlichen (Zwischen-)Beweiswürdigung die behauptete Tatsache mit vollem Beweiswert als wahr behandelt werden muss, um ihre Bedeutungslosigkeit zu prüfen, ist die Ablehnungsmöglichkeit nicht mit dem der Wahrunterstellung zu verwechseln. Diese schließen sich vielmehr gegenseitig aus. Die Wahrunterstellung impliziert die Entscheidungserheblichkeit und ist damit genau das Gegenteil der Bedeutungslosigkeit.

An dieser Stelle möchte ich nicht unerwähnt lassen, dass die Staatsanwaltschaft im Rahmen von Stellungnahmen zu Beweisanträgen dem Gericht ebenso wenig „in den Kopf hinein“ sehen kann, wie die Verteidigung. Ob und welche Schlüsse das Gericht bei angenommenem Erwiesen-Sein der behaupteten Tatsache ziehen will, kann die Staatsanwaltschaft daher schwer beurteilen. Darauf kommt es aber im Rahmen der Stellungnahme m.E. auch nicht an. Will man die Ablehnung des Beweisantrages wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit beantragen, hat man als Sitzungsvertreter vielmehr die – nicht selten sogar willkommene – Gelegenheit, dass bisherige Beweisergebnis zu würdigen, ohne sich dem Vorwurf der Vorwegnahme des Plädoyers ausgesetzt zu sehen, wie dies bei Erklärungen zu einzelnen Beweiserhebungen der Fall sein könnte (§ 257 Abs. 2 und Abs. 3 StPO). Natürlich ist das Verbot der Beweisantizipation zu beachten, so dass sich Stellungnahmen mit dem Ziel die Bedeutungslosigkeit einer Beweistatsache darzulegen, inhaltlich schwierig gestalten. Andererseits kann durch Darstellung der bisherigen, eigenen Überzeugung der weitere Verfahrensverlauf mitunter überraschend nachhaltig beeinflusst werden und beispielsweise die Gelegenheit geben, die Bereitschaft für eine Verfahrensabsprache zu erfragen (§ 257c StPO).

4. Erwiesensein

Ist die behauptete Tatsache auf Grund des bisherigen Beweisergebnisses bereits erwiesen, ist eine Bestätigung durch weitere Beweiserhebung unnötig (§ 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 3 StPO). Der Ablehnungsgrund greift natürlich nicht, wenn das Gegenteil der Beweisbehauptung bereits erwiesen ist. Ob die Tatsache zur Ent- oder Belastung des Angeklagten dient, ist für den Ablehnungsgrund unerheblich.

5. Völlige Ungeeignetheit

Völlig ungeeignet im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 4 StPO sind Beweismittel, mit denen sich das in Aussicht gestellte Ergebnis nach sicherer Lebenserfahrung nicht erzielen lässt. Die in der Anwendung dieses Ablehnungsgrundes liegende Ausnahme vom Beweisantizipationsverbot ist nur unter engen Voraussetzungen zulässig. Weder darf die Ungeeignetheit aus dem bisherigen Beweisergebnis geschlossen werden, noch darf das Gericht die Ungeeignetheit lediglich damit begründen, dass es dem Ergebnis der Beweiserhebung wegen des voraussichtlich mangelnden Beweiswertes des Beweismittels nicht folgen wird. Wird aber beispielsweise eine Tatsache unter Beweis gestellt, die objektiv von keinem Beweismittel der benannten Art bewiesen werden kann (Zeuge zu einer Tatsache, die dem Zeugenbeweis überhaupt nicht zugänglich ist) oder kommt dem konkret benannten Beweismittel keinerlei Beweiseignung zu (Vernehmung eines Blinden zu optischen Wahrnehmungen) ist die Ablehnung wegen völliger Ungeeignetheit möglich.

6. Unerreichbarkeit

Sind alle Bemühungen des Gerichtes zur Beibringung des Beweismittels erfolglos geblieben und besteht keine begründete Aussicht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen, kann ein Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 5 StPO abgelehnt werden. Für „Auslandszeugen“ ist § 244 Abs. 5 S. 2 StPO zu beachten, wonach deren Ladung unterbleiben kann, wenn die Vernehmung nach dem pflichtgemäßen Ermessen des Gerichtes zur Erforschung der Wahrheit nicht notwendig ist.

7. Wahrunterstellung

Die Zusage, die zur Entlastung des Angeklagten behauptete erhebliche Tatsache im Urteil als wahr zu unterstellen, erlaubt die Ablehnung des Beweisantrages. Dem Angeklagten darf hierdurch kein Nachteil entstehen. Insbesondere dürfen aus als wahr unterstellten Tatsachen keine Schlüsse zuungunsten des Angeklagten gezogen werden. Aus diesem Grunde kommen für eine Anwendung von § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 6 StPO keine belastenden Tatsachen in Betracht.

L. Sitzungsdienst

Eine der spannendsten Aufgaben im Referendariat besteht in der Wahrnehmung des Sitzungsdienstes im Rahmen der staatsanwaltlichen Station. Der Sitzungsdienst ist während der dreimonatigen Ausbildung nahezu einmal wöchentlich abzuleisten. Die Herausforderung besteht vor allem darin, die Interessen der Strafverfolgungsbehörde angemessen unter "Realbedingungen" selbständig zu vertreten. Dies setzt zum einen eine gründliche Vorbereitung der Sitzung anhand der zuweilen fragmentarisch wirkenden Handakten voraus. Zum anderen sind allgemeine Kenntnisse des Ablaufs einer Hauptverhandlung sowie der Grundlagen der Strafzumessung (einschließlich Nebenfolgen, Nebenstrafen und Maßregeln) zweckdienlich, die derart verinnerlicht sein sollten, dass auch auf sich unerwartet ergebende Veränderungen reagiert werden kann.

I. Vorbereitung

Die Vorbereitung der Sitzung beginnt mit der Lektüre der Anklageschrift. Da sich die Sach- und Rechtslage infolge der Dynamik einer Beweisaufnahme abweichend von der Anklageschrift darstellen kann, ist eine gewisse gedankliche Flexibilität bei der Rechtsanwendung von Vorteil. Um diese sicherzustellen, sollte der Gesetzeswortlaut aller in der Anklageschrift genannten Normen (vgl. auch die Liste der anzuwendenden Vorschriften) stets vollständig - einschließlich aller Verweisungen und unabhängig davon, welche Merkmale im abstrakten Anklagesatz genannt sind - gelesen und die Systematik der Vorschriften nachvollzogen werden. Stellt man hierbei Defizite in den eigenen Kenntnissen zur Auslegung bzw. Definition einzelner Merkmale fest, ist - auch mit Blick auf das nahende Examen - dringend anzuraten, diese zu beheben. Dabei ist es zweckmäßig, auf die Standard-Kommentierung zurückzugreifen, die im "Ernstfall" auch in der Sitzung allen Verfahrensbeteiligten zur Verfügung steht und auf die gleichsam als Autoritätsargument zurückgegriffen werden kann, sollte die eigene Argumentation wider Erwarten nicht jeden überzeugen.

Es ist weiter empfehlenswert, sich anhand des abstrakten Anklagesatzes ein möglichst genaues Bild davon zu verschaffen, wer wegen welcher Tatvorwürfe (Anzahl / Modalitäten / Tatorte und -zeiten usw.) angeklagt ist und welche konkreten Tatbestandsmerkmale der Anklageverfasser als erfüllt angesehen hat.

Sodann sollte der konkrete Anklagesatz daraufhin geprüft werden, ob er sämtliche Merkmale des abstrakten Anklagesatzes einschließlich der subjektiven Tatseite vollständig ausfüllt. Inkongruenzen zwischen Abstraktum und Konkretum sollten unbedingt mit dem Stationsausbilder vorbesprochen werden. Das gilt natürlich ebenso für missverständliche Formulierungen und sonstige Unklarheiten. Trotz aller Routine und Erfahrung, welche die Anklageverfasser aufweisen, sind Fehler menschlich. Prüfen Sie also kritisch, denn schließlich sind Sie es, der die Anklage vertreten soll.

Dem Ausbilder sollte bei der Vorbesprechung der Handakten ein Vorschlag zur konkreten Strafzumessung unterbreitet werden. Die Entwicklung eines solchen setzt nicht nur die Auseinandersetzung mit den Strafzumessungskriterien (bspw. § 46 StGB) und dem konkret verwirklichten Unrecht voraus, sondern schärft durch Vergleich mit dem vom Ausbilder für angemessenen Gehaltene zugleich das eigene Judiz. Opportunitätsabwägungen sollten ebenfalls angestellt werden, denn die Zustimmung zur gerichtlicherseits beabsichtigten Einstellung des Verfahrens nach §§ 153, 153a StPO in der Hauptverhandlung durch den Referendar als Sitzungsvertreter ist wegen des damit verbundenen faktischen Rechtsmittelverzichts nur "erlaubt", wenn entweder der Ausbilder, der Anklageverfasser oder der Bereitschaftsdienst der Staatsanwaltschaft einer solchen Erklärung zugestimmt hat. Vereinzelt lassen die Gerichte bemerkenswerte Bemühungen erkennen, unwillig gegenüber einer Zustimmung eingestellte Referendare vom Gegenteil zu überzeugen. Je nach Intensität solcher Einwirkungen kann es sich als hilfreich erweisen, das Pro und Contra in Bezug auf die Opportunität vorab mit dem Ausbilder "durchdiskutiert" zu haben.

Entgegen den Hinweisen mancher Autoren der Ausbildungsliteratur ist es nach der hier vertretenen Auffassung nicht empfehlenswert, Plädoyers vollständig vor der Sitzung auszuformulieren. Auch wenn Verurteilungs- und Freispruchplädoyer gleichzeitig entworfen werden, geht dadurch die Flexibilität verloren. In einfach gelagerten Fällen ist die detaillierte

Ausformulierung zudem regelmäßig überflüssig, bei komplizierter Beweiswürdigung in der Regel hingegen völlig unzureichend, um der Dynamik eines Prozesses und dem tatsächlichen Inhalt der Beweiserhebung ausreichend und überzeugend Rechnung zu tragen. Es dürfte vielmehr darauf ankommen, mit einem Gerüst, welches die Grundelemente eines Plädoyers enthält, in die Sitzung zu gehen und diese Elemente dann während der Sitzung durch knappe Ergänzungen der wesentlichen Inhalte der Beweisaufnahme zu ergänzen. Natürlich können Sie sich Einleitungs- und Überleitungssätze oder wohlklingende Formulierungen in vollständiger Form notieren, um Ihnen Sicherheit zu verschaffen. Zudem ist es insbesondere bei einer Vielzahl von Tatvorwürfen absolut zulässig, das Gericht vor dem Plädoyer um eine kurze Unterbrechung zu bitten, um den eigenen Gedankengang zu strukturieren. Ein späteres Plädoyer ist jedenfalls besser, als ein inhaltlich verworrenes. Auch sollten Sie sich frei von Lampenfieber machen, wobei Ihnen vielleicht der Gedanke, der ganz generell für alle Äußerungen in der Hauptverhandlung gilt, hilft: Es handelt sich um eine mündliche Verhandlung, die sich dadurch auszeichnet, dass das konkret Gesagte - so "falsch" und ärgerlich es Ihnen auch im Nachhinein vorkommen mag - seitens der übrigen Verfahrensbeteiligten bereits binnen Wochenfrist in Vergessenheit geraten sein wird. Einzig die konkreten Anträge werden notiert. Diese sollten daher stets klar und unzweideutig formuliert sein.

II. Gang der Hauptverhandlung

1. Allgemeines

Die Hauptverhandlung beginnt mit dem Aufruf der Sache (§ 243 Abs. 1 S. 1 StPO). Dieser Zeitpunkt ist beispielsweise relevant für die Möglichkeit der Rücknahme des Einspruchs gegen einen Strafbefehl ohne Zustimmung der Staatsanwaltschaft (vgl. auch **Skript Teil L.II.10.i**) [S. 239]; § 411 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 303 StPO).

Das Gericht stellt fest, wer erschienen ist (§ 243 Abs. 1 S. 2 StPO - über den Wortlaut hinaus auch bezüglich der in § 272 Nr. 2 und Nr. 4 StPO Genannten).

2. Ausgebliebener Angeklagter

Gegen einen ausgebliebenen Angeklagten findet eine Hauptverhandlung nicht statt (§ 230 Abs. 1 StPO). Der Angeklagte muss grundsätzlich während der gesamten Hauptverhandlung – vom Aufruf der Sache bis zur Urteilsverkündung – ununterbrochen anwesend sein (vgl. § 231 Abs. 1 StPO).

Ausnahmen von dieser Anwesenheitspflicht sind u.a. in §§ 232, 233 StPO (Bagatellsachen) (die aber schon wegen der Aufklärungspflicht faktisch nicht angewendet werden), in § 387 Abs. 1 StPO (Privatklageverfahren), in § 231 Abs. 2 StPO (eigenmächtiges Entfernen) und für bestimmte Zeiträume in den §§ 231a, 231b, 231c und 247 StPO näher geregelt.

In Cs-Sachen, also Strafbefehlsverfahren, reicht es aus, wenn ein Verteidiger anwesend ist, der eine erteilte schriftliche Vollmacht nachweisen kann (§ 411 Abs. 2 StPO).

Liegen die Voraussetzungen einer Ausnahmenvorschrift nicht vor, besteht grundsätzlich eine Anwesenheitspflicht des Angeklagten, von der ihn auch das Gericht nicht befreien kann.

Ist der Angeklagte bei Aufruf der Sache nicht anwesend, wird in der Regel 15 Minuten zugewartet.

Die Reaktionsmöglichkeiten des Gerichtes auf das Ausbleiben eines zur Anwesenheit verpflichteten Angeklagten und damit die Möglichkeiten zur entsprechenden Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft sind vielfältig:

a) „Übergang“ in das Strafbefehlsverfahren (§ 408a StPO)

Ist das Hauptverfahren bereits eröffnet, so kann im Verfahren vor dem Strafrichter und dem Schöffengericht die Staatsanwaltschaft einen Strafbefehlsantrag stellen, wenn die Voraussetzungen des § 407 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 StPO vorliegen und wenn der

Durchführung einer Hauptverhandlung das Ausbleiben oder die Abwesenheit des Angeklagten oder ein anderer wichtiger Grund entgegensteht (§ 408a Abs. 1 S. 1 StPO).

Ob das Ausbleiben oder die Abwesenheit des Angeklagten entschuldigt oder unentschuldigt ist, spielt keine Rolle. Allerdings muss der Angeklagte ordnungsgemäß geladen worden sein, denn andernfalls würde es sich bei dem Fernbleiben nicht um einen wichtigen Grund im Sinne des § 408a Abs. 1 StPO handeln.

Von der Möglichkeit bei Ausbleiben des ordnungsgemäß geladenen Angeklagten einen Strafbefehlsantrag zu stellen, dürfte auf der Basis der Ergebnisse der Sitzungsvorbesprechung mit dem Stationsausbilder regelmäßig durch den Referendar Gebrauch gemacht werden können. Der Antrag kann zwar mündlich gestellt werden (§ 408a Abs. 1 S. 2 StPO), es entspricht aber weit verbreiteter Praxis, dass dem Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft vom Gericht ein Formblatt ausgehändigt wird, in dem der Antrag im Wesentlichen als Lückentext vorformuliert ist und in dem die konkreten Sanktionen ergänzt werden können.

Da der Strafbefehl nur erlassen wird, wenn das Gericht keine Bedenken hat (§§ 408a Abs. 2 S. 1, 408 Abs. 3 S. 1 StPO), sollte der Antrag vor dem Ausfüllen des Formblatts mit dem Gericht erörtert werden, um unnötige Anträge zu vermeiden. Wird eine Einigkeit nicht erzielt, sollte auf die nachfolgend dargestellten Reaktionsmöglichkeiten zurückgegriffen werden.

Bei der Antragstellung ist zwingend darauf zu achten, die konkreten Sanktionen im Rahmen der Vorgaben des Stationsausbilders zu halten, denn ist der Strafbefehl erlassen worden, kann der Antrag weder zurückgenommen, noch abgeändert werden. Gegen den Strafbefehl steht der Staatsanwaltschaft zudem ein Einspruch nicht zu. Wird der Strafbefehl rechtskräftig (§ 410 Abs. 3 StPO), lassen sich Fehler bei der Antragstellung nicht mehr beheben.

Natürlich dürfen nur die in § 407 Abs. 2 StPO genannten Rechtsfolgen beantragt werden. Die Beantragung einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, die zwingend zur Bewährung auszusetzen ist, ist nur möglich, wenn der Angeklagte einen Verteidiger hat (§ 407 Abs. 2 S. 2 StPO). Nach wohl hM kann das Gericht aber gemäß § 408b StPO dem Angeklagten noch in der Hauptverhandlung einen Pflichtverteidiger beordnen und sodann eine zur Bewährung auszusetzende Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr durch Erlass eines Strafbefehls festsetzen, wenn eine solche Rechtsfolge gemäß § 408a StPO beantragt wurde.

Strafbefehlsanträge bei Ausbleiben des Angeklagten nach § 408a StPO können Sie auch im beschleunigten Verfahren stellen (§ 418 Abs. 3 S. 3 StPO).

b) Vorführung (§ 230 StPO)

Wurde der Angeklagte ordnungsgemäß geladen und dabei auf die Folgen eines Ausbleibens hingewiesen (§ 216 StPO) und ist sein Ausbleiben nicht genügend entschuldigt, kann das Gericht gem. § 230 Abs. 2 Alt. 1 StPO einen Vorführbefehl erlassen.

Als ausgeblieben gilt der Angeklagte, wenn er bei Aufruf der Sache nicht erscheint (Wartefrist ca. 15 min), sich vor dem verzögerten Aufruf der Sache wieder entfernt, sich im Gerichtssaal nicht zu erkennen gibt, in einem verhandlungsunfähigem Zustand erscheint, zu einem Fortsetzungstermin nicht erscheint oder sich während der Verhandlung entfernt, wobei in letzterem Fall auch Maßnahmen nach § 231 StPO ergriffen werden können.

Nicht genügend entschuldigt ist das Ausbleiben, wenn ein ausreichender Entschuldigungsgrund weder vorgebracht noch dem Gericht sonst bekannt geworden ist. Eine genügende Entschuldigung ist anzunehmen, wenn dem Angeklagten wegen seines Ausbleibens im Einzelfall billigerweise kein Vorwurf gemacht werden kann. Dies ist beispielsweise bei einer die Verhandlungsfähigkeit ausschließenden Erkrankung, einer Inhaftierung in anderer Sache oder unrichtigen oder unvollständigen Auskünften des Gerichtes bezüglich einer Verschiebung des Termins der Fall. Der Angeklagte, der bewusst und schuldhaft seine Verhandlungsunfähigkeit herbeiführt, ist nicht genügend entschuldigt.

Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, wie sie üblicherweise durch Ärzte ausgestellt wird, ist nicht ausreichend, denn wer arbeitsunfähig ist, muss nicht zwingend auch verhandlungs- oder reiseunfähig sein. Nach ständiger Rechtsprechung stellt die Vorlage eines solchen Attestes

zugleich eine konkludente Schweigepflichtsentbindung dar, so dass das Gericht die Möglichkeit hat, durch Nachfrage bei dem behandelnden Arzt das Ausmaß der Erkrankung und damit die Verhandlungsfähigkeit (im Freibeweisverfahren) aufzuklären. Gelingt dies nicht unmittelbar zu Beginn der Hauptverhandlung oder verbleiben Zweifel an der Verhandlungsfähigkeit, können Sie sich Anträge auf Zwangsmittel vorbehalten und die Aussetzung der Hauptverhandlung beantragen.

Mit der Vorführung oder dem sonstigen Erscheinen des Angeklagten in der Hauptverhandlung wird der Vorführungsbefehl gegenstandslos.

Da das Nichterscheinen des Angeklagten der Durchführung der Hauptverhandlung entgegen steht, wird in den Fällen der ordnungsgemäßen Ladung und nicht genügenden Entschuldigung zu beantragen sein, die Hauptverhandlung auszusetzen, einen neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen und den Angeklagten vorführen zu lassen.

c) Haftbefehl gem. § 230 StPO

Wie alle Zwangsmaßnahmen unterliegen auch die nach § 230 StPO zulässigen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Ein danach unter denselben Bedingungen wie der Vorführungsbefehl zulässiger Haftbefehl wird daher nur in Betracht kommen, wenn zuvor bereits erfolglos versucht worden ist, das Erscheinen des Angeklagten durch Vorführungsbefehl zu erreichen. Dies gilt allerdings nur, wenn ein Erscheinen des Angeklagten mittels Vorführung tatsächlich erreicht werden kann. Ist der Aufenthaltsort des Angeklagten unbekannt oder besteht die begründete Sorge, der Angeklagte werde vor einer Vorführung untertauchen, kommt (unmittelbar) ein Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 Alt. 2 StPO in Betracht.

Der Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO setzt keinen dringenden Tatverdacht und keinen Haftgrund i.S.d. §§ 112 ff. StPO, sondern nur die Feststellung voraus, dass der Angeklagte in der Hauptverhandlung nicht erschienen und sein Ausbleiben nicht genügend entschuldigt ist. Inhaltlich hat er § 114 Abs. 2 StPO zu entsprechen. Er unterliegt keinen zeitlichen Beschränkungen (§§ 121, 122 StPO finden keine Anwendung) und wird (erst) mit dem Abschluss der Hauptverhandlung gegenstandslos. Eines (insoweit lediglich deklaratorischen) Gerichtsbeschlusses bedarf es nicht. Bei länger andauernden Hauptverhandlungen wird aber regelmäßig zu prüfen sein, ob der Haftbefehl nicht aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aufzuheben ist.

Ist der Angeklagte trotz ordnungsgemäßer Ladung ohne genügende Entschuldigung ausgeblieben und war bereits ein Vorführungsversuch erfolglos bzw. ist der Aufenthalt des Angeklagten unbekannt, wird zu beantragen sein, die Hauptverhandlung auszusetzen und Haftbefehl gem. § 230 Abs. 2 StPO gegen den Angeklagten zu erlassen.

d) Haftbefehl gem. § 112 StPO

Die Möglichkeit einen Haftbefehl gemäß § 230 Abs. 2 StPO zu erlassen, schließt einen solchen gemäß § 112 StPO nicht aus. Es müssen dann jedoch dringender Tatverdacht und ein Haftgrund vorliegen. Die Anordnung darf zudem nicht unverhältnismäßig sein. Bei den von Referendaren üblicherweise zu vertretenden Anklagevorwürfen handelt es sich jedoch regelmäßig um Bagatellsachen oder solche von eher geringem Unrechtsgehalt mit geringer tatsächlicher Straferwartung, weshalb Anträge auf Erlass eines Strafbefehls nach § 112 StPO aus Verhältnismäßigkeitsgründen regelmäßig nicht veranlasst sein dürften.

e) Einspruchsverwerfung

Findet die Hauptverhandlung auf einen Einspruch gegen einen Strafbefehl statt (§ 411 Abs. 1 S. 2 StPO) sind die Rechtsfolgen des Ausbleibens des Angeklagten in der Hauptverhandlung durch die differenzierte Verweisungstechnik in § 412 StPO normiert. Dabei ist zu beachten, dass der Angeklagte nicht verpflichtet ist, in der Hauptverhandlung zu erscheinen. Er kann sich auch durch einen mit schriftlicher Vollmacht versehenen Verteidiger vertreten lassen (§ 411 Abs. 2 StPO). Allerdings genügt die einfache Verteidigungsvollmacht nicht.

Als selbständige Voraussetzung für eine Verwerfung des Einspruchs nach § 412 StPO wird häufig die ordnungsgemäße Ladung zur Hauptverhandlung nach §§ 216 ff. StPO genannt. Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte jedenfalls ein Hinweis auf die Folgen des Ausbleibens nach §§ 412, 329 StPO erforderlich sein, auch wenn es an einer ausdrücklichen Regelung hierfür fehlt.

Erscheinen ohne genügende Entschuldigung (vgl. dazu **Skript Teil L.II.2.b**) [S. 221]) weder der Angeklagte, noch ein ihn (auch tatsächlich) vertretender Verteidiger, wird der Einspruch ohne Verhandlung zur Sache verworfen, was zu beantragen ist (§§ 412 i.V.m. 329 Abs. 1 S. 1 StPO).

f) Abtrennung

Erscheint nur einer von mehreren Angeklagten nicht und ist die Anwesenheit des nicht erschienenen Angeklagten zur vollständigen Sachaufklärung nicht erforderlich, besteht die Möglichkeit das Verfahren bezüglich des nicht erschienenen Angeklagten durch Gerichtsbeschluss abzutrennen (§§ 3, 4 StPO) und nur gegen den „verbliebenen“ Angeklagten zu verhandeln. Ob ein solches Vorgehen zweckmäßig ist, richtet sich nach dem konkreten Tatvorwurf unter Berücksichtigung des Maßes und der Bedeutung der jeweiligen Tatbeiträge. Die Entscheidung liegt im Ermessen des Gerichtes und kann auch ohne Antrag der Staatsanwaltschaft und gegen deren „Willen“ ergehen. Sie sollten sich ggf. zu Fragen der Zweckmäßigkeit der Trennung verhalten, wenn Sie danach gefragt werden. Allein aus dem Umstand, dass Sie anschließend „nur“ gegen den Teilnehmer einer Straftat verhandeln würden, ergibt sich die Unzweckmäßigkeit jedoch nicht.

Nimmt das Gericht eine Abtrennung des Verfahrens des ausgebliebenen Angeklagten vor, sollten Sie bezüglich dieses Angeklagten (d.h. in dem abgetrennten Verfahren) Anträge stellen, die sich aus seinem Ausbleiben ergeben (insbesondere **Skript Teil L.II.2.a**) [S. 220], **L.II.2.b**) [S. 221], **L.II.2.c**) [S. 222]). Die Abtrennungsentscheidung, die daraufhin gestellten Anträge (im abgetrennten Verfahren) und die gerichtlichen Entscheidung im abgetrennten Verfahren sind im Sitzungsvermerk zu notieren. Die Abtrennung ist bei der Verlesung des Anklagesatzes zu berücksichtigen (vgl. **Skript Teil L.II.5.a**) [S. 224])

3. Ausgebliebener Verteidiger

Erscheint ein Verteidiger zur Hauptverhandlung nicht, ist dies nur „problematisch“, wenn ein Fall der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 StPO vorliegt (vgl. **Skript Teil H.V** [S. 123]), denn dann ist die Hauptverhandlung auszusetzen oder – jedenfalls bei geständigen Angeklagten – unmittelbar ein anderer Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 145 Abs. 1 StPO). Zwangsmittel gegen einen Verteidiger sind nicht vorgesehen. Wird durch die Schuld des notwendigen Verteidigers eine Aussetzung erforderlich, so sind ihm die hierdurch verursachten Kosten aufzuerlegen (§ 145 Abs. 4 StPO).

Liegt demgegenüber kein Fall der notwendigen Verteidigung vor, kann die Hauptverhandlung ohne Verteidiger stattfinden.

4. Feststellungen zur Person

Vor den Feststellungen zur Person des Angeklagten werden anwesenden Zeugen meist gemeinsam gem. § 57 StPO vom Vorsitzenden belehrt.

Nachdem die Zeugen den Sitzungssaal verlassen haben (§ 243 Abs. 2 S. 1 StPO), vernimmt der Vorsitzende den Angeklagten zu seinen persönlichen Verhältnissen (§ 243 Abs. 2 S. 2 StPO). Die Feststellungen zur Person des Angeklagten erfolgen nach Maßgabe des § 111 Abs. 1 OWiG und dienen zunächst der Identitätsfeststellung. Verweigert der Angeklagte die Angaben, kann die Identität im Freibeweisverfahren festgestellt werden. Mit Mitteln der StPO kann das Gericht Angaben des Angeklagten nicht erzwingen. Erfragt werden immer sämtliche Vor- und Zunamen, der Geburtstag und - ort, die aktuelle Anschrift, der Familienstand und die Staatsangehörigkeit. Abweichungen zum Inhalt der Anklageschrift müssen auf dem Sitzungsbericht vermerkt werden. Die Fragen zu den persönlichen Verhältnissen, die lediglich der Identifikation des Angeklagten dienen, sind noch keine Vernehmung zur Sache.

In der Praxis ist mitunter festzustellen, dass der Angeklagte bereits an dieser Stelle zu seinem Lebenslauf, seinem beruflichen Werdegang und seinen familiären und wirtschaftlichen Verhältnissen vernommen wird. Sofern dies erfolgt, muss der Angeklagte zuvor in jedem Fall nach § 243 Abs. 5 S. 1 StPO belehrt werden, wenn die persönlichen Umstände einen Bezug zur Schuldfrage haben oder bei der Strafzumessung nach § 46 Abs. 2 S. 2 StGB eine Rolle spielen können. Unterbleibt die Belehrung, sind die Angaben im Urteil nicht verwertbar, wenn sich der Angeklagte nach später erfolgter Belehrung nicht zur Sache einlässt.

5. Verlesung des Anklagesatzes

a) Bedeutung & Umfang

Unmittelbar nach der Vernehmung des Angeklagten zu den seine Identität betreffenden persönlichen Verhältnissen verliest der Staatsanwalt den Anklagesatz (§ 243 Abs. 3 S. 1 StPO). Auf die Verlesung kann nicht verzichtet werden. Sie gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten, deren Beachtung das Protokoll ersichtlich machen muss (§ 273 StPO) und die nur durch das Protokoll bewiesen werden können (§ 274 StPO).

Die Verlesung erfolgt nach Aufforderung durch das Gericht und üblicherweise stehend (Nr. 124 Abs. 2 S. 2 und 3 RiStBV).

Zweck der Verlesung ist es, sowohl die Öffentlichkeit, als auch ggf. die Laienrichter über den Gegenstand des Anklagevorwurfs möglichst genau zu unterrichten. Die Verlesung hat zudem den Zweck, auch den Angeklagten nochmals über den gegen ihn erhobenen Anklagevorwurf zu unterrichten, damit er sich angemessen verteidigen kann.

Der Anklagesatz besteht gemäß § 200 Abs. 1 S. 1 StPO aus der Benennung des Angeklagten, der Tat, die ihm zur Last gelegt wird, der Zeit und des Ortes ihrer Begehung, den gesetzlichen Merkmale der Straftat und der anzuwendenden Strafvorschriften. Nicht verlesen werden das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen, Beweismittel(listen) und Angaben zu dem Verteidiger. Nicht verlesen werden auch die nach den anzuwendenden Vorschriften stehenden Angaben zu den Verfahrensvoraussetzungen (bspw.: "Strafantrag ist gestellt." / "An der Strafverfolgung besteht ein besonderes öffentliches Interesse.").

Es entspricht leider der üblichen Praxis, das Hinweise auf die Einziehung (§§ 73ff., 74ff. StGB) erst nach den anzuwendenden Vorschriften in der Anklageschrift genannt werden. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies beim Verlesen des Anklagesatzes mit Blick auf die Informationsfunktion der Anklageschrift zu beanstanden: Das Gericht ist gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO verpflichtet, auf Umstände hinzuweisen, die sich in der Hauptverhandlung ergeben und die die Anordnung einer Maßnahme rechtfertigen. Ein Hinweis nach dieser Vorschrift ist aber auch erforderlich, wenn aufgrund einer (neuen) Bewertung des (im Verhältnis zur Anklageschrift unveränderten) Sachverhaltes die Anordnung einer Maßnahme in Betracht kommt, die in der Anklageschrift nicht erwähnt ist. Die Einziehung ist gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB eine Maßnahme in diesem Sinn. Da zur Wahrung der Informationsfunktion der Anklageschrift, die durch deren Verlesung besondere Ausprägung erfährt, diejenigen Tatsachen im Anklagesatz anzugeben sind, welche die Merkmale einer anzuwendenden Vorschrift ausfüllen und das Gericht verpflichtet ist, bei Fehlen solcher Angaben entsprechende Hinweise zu geben, sollten Sie die die Einziehung betreffenden Ausführungen der Anklageschrift als Bestandteile des Anklagesatzes unmittelbar vor den anzuwendenden Vorschriften mitverlesen. Sätze in der Anklageschrift wie beispielsweise „Durch die Tat hat der Angeklagte 1000,- Euro erlangt. In Höhe dieses Betrages ist die Einziehung von Wertersatz anzuordnen.“, die sich erst nach den anzuwendenden Vorschriften befinden, sind mithin so zu behandeln, als ob diese vor der Paragraphenkette stehen würden. Die hier vertretene Auffassung dürfte durch die Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen vom 22. Oktober 2020 zwischenzeitlich Bestätigung erfahren haben (vgl. BGH (Große Senat), Beschl. v. 22.10.2020 – GSSt 1/10, BeckRS 2020, 52157).

Sollte der Eröffnungsbeschluss Abweichungen von der Anklageschrift enthalten, sind diese nach Maßgabe der § 243 Abs. 3 S. 3 und S. 4 StPO zu berücksichtigen. Die Einzelheiten sollten Sie mit dem Einzelausbilder in jedem Fall vorerörtern.

Offensichtliche Unrichtigkeiten des Anklagesatzes, die auf der Hand liegen und sich jedem auch bei oberflächlicher Prüfung aufdrängen, können bei der Verlesung korrigiert werden, sofern sich daraus keine Veränderung des Vorwurfs ergibt. Allerdings sollte auf die Korrektur vor oder spätestens während des Verlesens hingewiesen werden.

Bei der Verlesung der Angaben zur Person des Angeklagten reicht es wegen der vorhergehenden Vernehmung zu den persönlichen Verhältnissen aus, nur die Vor- und Nachnamen zu verlesen und im Übrigen auf die bereits getroffenen Feststellungen Bezug zu nehmen. Bspw.: "Max Mustermann - Personalien wie erörtert - wird angeklagt...".

Die in der Anklageschrift vorkommende Bezeichnung "Angeschuldigter" ist beim Verlesen stets durch den Begriff "Angeklagter" zu ersetzen (§ 157 StPO). Wird nur gegen einzelne von mehreren Angeklagten verhandelt, werden die übrigen Angeklagten als "gesondert verfolgt" bezeichnet (bspw.: "...wird angeklagt, gemeinschaftlich mit dem gesondert verfolgten XY..."). Sollten sich Teile der Anklageschrift (Tatvorwürfe & Paragraphen) nur auf den Angeklagten beziehen, gegen den nicht verhandelt wird, sind diese nicht zu verlesen.

Bei nach § 4 StPO oder § 237 StPO verbundenen Sachen sind sämtliche Anklagesätze zu verlesen. Dabei müssen die Angaben zur Person nicht wiederholt werden. Es reicht aus, wenn der jeweils folgende Anklagesatz mit den Worten "Er/Sie wird weiter angeklagt..." eingeleitet und sogleich mit den Angaben zur Tatzeit und Tatort fortgefahren wird.

b) Besonderheiten beim Strafbefehl

Im Strafbefehlsverfahren ist anstelle des Anklagesatzes der sich aus dem Strafbefehlsantrag und dem Strafbefehl ergebende Strafvorwurf (ohne Rechtsfolgen!) zu verlesen.

Üblicherweise wird der Strafbefehl beim Verlesen so umformuliert, dass er einem Anklagesatz entspricht. Angesichts der Besonderheiten im Aufbau des Strafbefehls und der darin verwendeten persönlichen Anrede des Angeklagten ist es empfehlenswert, die Umformulierungen vorab durch Übung zu verinnerlichen.

Zulässig (wenn auch weniger "elegant") ist es jedoch auch, den Strafbefehl als solchen - aber in jedem Falle ohne die darin genannten Rechtsfolgen und Verfahrensvoraussetzungen - zu verlesen.

c) Besonderheiten beim beschleunigten Verfahren

Im beschleunigten Verfahren (vgl. §§ 417 – 420 StPO) gelten für die Verlesung der Antragschrift keine Besonderheiten. Sie formulieren diese beim Verlesen in eine Anklageschrift um. Im Wesentlichen wird sich dies auf den „Zwischensatz“ (aus „werde ich anklagen“ wird „wird angeklagt“) und die Bezeichnung der Person als Angeklagter (in der Antragschrift im beschleunigten Verfahren meist als Beschuldigter benannt) beschränken, denn der gem. § 417 StPO schriftlich gestellte Antrag entspricht im Übrigen den Anforderungen des § 200 Abs. 1 StPO, mithin jenen, die an eine Anklageschrift gestellt sind.

6. (Negativ-)Mitteilung über Verständigungsgespräche

Das Verständigungsgespräche im Zwischen- oder Hauptverfahren stattgefunden haben (§§ 202a, 212 StPO), dürfte in Verfahren des Sitzungsdienstes im Rahmen der staatsanwaltlichen Station nur in extremen Ausnahmefällen vorkommen. In der Regel wird sich derjenige Vertreter der Staatsanwaltschaft, der an solchen Verständigungsgesprächen teilgenommen hat, einen Sitzungsvorbehalt notiert haben und den Sitzungsdienst selbst wahrnehmen. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, dürften sich die wesentlichen Inhalte etwaiger Verständigungsgespräche in Vermerkform in den Handakten befinden und daher in jedem Fall das Nähere mit dem Einzelausbilder vorerörtert werden können.

Gemäß § 243 Abs. 4 S. 1 StPO hat der Vorsitzende mitzuteilen, ob Verständigungsgespräche nach §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben. Diese Hinweispflicht betrifft allerdings grundsätzlich keine Gespräche, die ausschließlich der Organisation sowie der verfahrenstechnischen Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung gedient haben.

Stand jedoch ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit einer Verständigung im Raum, ist ein Hinweis nach § 243 Abs. 4 S. 1 StPO unabdingbar. Erörterungen, die mögliches prozessuales Verhalten der Beteiligten in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht haben und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahelag, sind mithin mitteilungs pflichtig.

Darüber hinaus hat das BVerfG entsprechend dem sich aus den Gesetzesmaterialien ergebenden gesetzgeberischen Willen, der im Gesetzestext keinen Ausdruck gefunden hat, eine Pflicht zur **Negativmitteilung** anerkannt. Es darf daher als inzwischen gesichert gelten, dass sich in jeder Hauptverhandlung an die Verlesung der Anklage ausnahmslos die Erklärung des Vorsitzenden anzuschließen hat, ob es zu Verständigungserörterungen gekommen ist oder nicht.

7. Vernehmung des Angeklagten

Nach den Mitteilungen gem. § 243 Abs. 4 StPO wird der Angeklagte gem. § 243 Abs. 5 S. 1 StPO vom Vorsitzenden belehrt und wenn er zur Äußerung bereit ist, nach Maßgabe des § 136 Abs. 2 StPO zur Sache vernommen (§ 243 Abs. 5 S. 2 StPO).

Die Vernehmung dient der Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG). Die Einlassung des Angeklagten ist zudem regelmäßig Ausgangspunkt für die dem späteren Urteilspruch zugrundeliegende Beweiswürdigung und damit für die Überzeugungsbildung i.S.d. § 261 StPO.

Dem Angeklagten soll also Gelegenheit gegeben werden, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen. Die Durchführung der Vernehmung steht im Übrigen im Ermessen des Vorsitzenden. Im Anschluss an die Vernehmung durch den Vorsitzenden haben die anderen in § 240 StPO genannten Personen das Recht, Fragen an den Angeklagten zu stellen. Eine bestimmte Reihenfolge sieht das Gesetz dafür nicht vor. Üblich ist es aber, dass nach dem Vorsitzenden zunächst die weiteren Mitglieder des Gerichts, sodann die Staatsanwaltschaft sowie die Verteidigung und schließlich die anderen Berechtigten den Angeklagten befragen dürfen.

Nach ganz hM kann die Einlassung durch den anwesenden Angeklagten nur persönlich und mündlich erfolgen. Dem Erfordernis der persönlichen Äußerung ist (noch) Genüge getan, wenn auf eine Äußerung des Verteidigers der Angeklagte sinngemäß (ggf. auf Nachfrage) erklärt, er mache sich dessen Angaben zu Eigen.

Häufig wird es sich anbieten, die Vernehmung zur Sache auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten zu erstrecken, die für die Strafbemessung bedeutsam sein können (Nr. 127 RiStBV). Insbesondere die für die Bemessung der Geldstrafe relevanten Umstände sollten, ggf. durch das Fragerecht (§ 240 StPO), aufgeklärt werden.

Zuweilen nutzen der Angeklagte und/oder sein Verteidiger die Vernehmung zur Sache, um ihren Unmut über die Anklageerhebung zum Ausdruck zu bringen. Nehmen Sie nichts persönlich und lächeln Sie Angriffe weg. Sie haben keinerlei Rechtfertigungsbedarf und sind schon gar nicht dazu verpflichtet, auf irgendwelche Fragen des Angeklagten oder des Verteidigers zu antworten.

Bestreitende Einlassungen sollten ihrem wesentlichen Inhalt nach notiert werden, da es in der Beweisaufnahme darum gehen wird, ob diese widerlegt werden können. So könnte es sich anbieten, bestimmten Zeugen konkrete Fragen zu den Behauptungen des Angeklagten zum Geschehensablauf zu stellen.

8. Ausgebliebener Zeuge

Zeugen sind zum Erscheinen in der Hauptverhandlung verpflichtet (§ 48 Abs. 1 S. 1 StPO). Dies gilt selbst dann, wenn ihnen ein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht. Ein Zeuge ist nicht erschienen, wenn er zum Vernehmungszeitpunkt am Vernehmungsort ausbleibt oder sich vor seiner endgültigen Entlassung entfernt. Die Folgen des Ausbleibens eines Zeugen sind in § 51 StPO geregelt.

Die in § 51 StPO normierten sog. Ungehorsamsfolgen setzen voraus, dass der Zeuge ordnungsgemäß geladen war. Eine ordnungsgemäße Ladung setzt eine schriftliche oder mündliche Ladungsanordnung voraus, die den Ort und die Zeit der Vernehmung sowie den

Hinweis auf die gesetzlichen Folgen des Ausbleibens nach § 48 Abs. 2 Var. 3 StPO enthält. Eine Ladungsfrist muss nicht eingehalten werden.

Maßnahmen nach § 51 StPO gegen den Zeugen sind darüber hinaus nur zulässig, wenn der Zeuge sein Nichterscheinen nicht rechtzeitig und nicht mit genügenden Gründen entschuldigt hat. Eine Entschuldigung erfolgt nur rechtzeitig, wenn sie so frühzeitig eingeht, dass eine Terminverlegung und eine Abladung weiterer Zeugen noch im gewöhnlichen Geschäftsbetrieb möglich ist. Eine Entschuldigung ist genügend, wenn das Gericht keinen Anlass sieht, an den Entschuldigungsgründen zu zweifeln. Eine volle Überzeugung für die Richtigkeit ist nicht erforderlich. Ein Zeuge ist auch dann genügend entschuldigt, wenn er unverschuldet keine Kenntnis von einer Ladung erlangt hat.

Keine ausreichende Entschuldigung stellen i.d.R. ärztliche Atteste über die Arbeitsunfähigkeit dar, da sich deren Voraussetzungen von denen der nach § 51 StPO zu bestimmenden Verhandlungs- oder Reiseunfähigkeit unterscheiden. Hinsichtlich der insoweit bestehenden Aufklärungsmöglichkeiten im Freibeweisverfahren gelten die Ausführungen zum ausgebliebenen Angeklagten analog (vgl. **Skript Teil L.II.2** [S. 220]). Unzureichend sind beispielsweise auch: Angst vor Nachteilen durch die Aussage; Verschlafen; private oder berufliche Pflichten, die ohne unverhältnismäßige Nachteile zurückgestellt werden können; Urlaub; Irrtum über die Pflicht zum Erscheinen (etwa wegen Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten).

Ist der Zeuge trotz ordnungsgemäßer Ladung unentschuldigt nicht erschienen, kommt es in Betracht, ihm die Kosten des Ausbleibens aufzuerlegen (§ 51 Abs. 1 S. 1 StPO), Ordnungsmittel festzusetzen (§ 51 Abs. 1 S. 2 StPO) und die Vorführung anzuordnen (§ 51 Abs. 1 S. 3 StPO).

Die Auferlegung der Kosten des Ausbleibens ist zwingend vorgeschrieben. Zu tragen hat der Zeuge diejenigen Kosten, die er durch sein Ausbleiben verursacht hat, ohne dass deren Höhe im Kostenausspruch des Gerichtes im Rahmen von § 51 StPO zu beziffern wäre. Sind mehrere Zeugen unentschuldigt nicht erschienen, tragen sie die Kosten als Gesamtschuldner.

Die Festsetzung von Ordnungsmitteln, die nur gegen schuldfähige Zeugen möglich ist, tritt neben die Auferlegung der Kosten. Entsprechend § 51 Abs. 1 S. 2 StPO ist Ordnungsgeld, ersatzweise Ordnungshaft festzusetzen. Das Mindestmaß des Ordnungsgeldes beträgt fünf, das Höchstmaß tausend Euro (Art. 6 Abs. 1 EGStGB). Das Mindestmaß der nach Tagen zu bemessenden Ordnungshaft beträgt einen Tag, das Höchstmaß sechs Wochen (Art. 6 Abs. 2 EGStGB). Bei der Beantragung der Ordnungsmittel ist zunächst die Höhe des Ordnungsgeldes pro Ordnungstag festzulegen (i.d.R. ca. 50,- Euro) und dies mit der für angemessen gehaltenen Ordnungshaftdauer zu multiplizieren (i.d.R. 2 (bis 3) Tage).

Die Verhängung von Ordnungsmitteln kann unterbleiben, wenn das Verschulden des Zeugen nur gering ist (analog § 153 StPO, § 47 Abs. 2 OWiG). Ein solch geringes Verschulden wird insbesondere anzunehmen sein, wenn es letztlich auf den Zeugen für den Tatnachweis nicht ankam, etwa weil der Angeklagte sich geständig gezeigt hat oder der Angeklagte aus Gründen freizusprechen ist, die unabhängig von der Zeugenvernehmung feststehen. Wird auf die Einvernahme des Zeugen verzichtet, dürfte die – an sich zulässige – Verhängung von Ordnungsmitteln in der Regel wegen geringen Verschuldens des Zeugen nicht erforderlich sein.

Sollte ohne den nicht erschienenen Zeugen das Verfahren nicht beendet werden können, wird die Vorführung des Zeugen anzuordnen sein, die neben der Verhängung von Ordnungsmitteln möglich ist (§ 51 Abs. 1 S. 3 StPO).

Ein typischer Antrag gegen den ordnungsgemäß geladenen, unentschuldigt nicht erschienenen Zeugen, ohne den nicht innerhalb der Unterbrechungsfrist (vgl. **Skript Teil L.II.11.b**) [S. 242]) verhandelt werden kann, könnte etwa lauten: „Es wird beantragt, gegen den nicht erschienenen Zeugen XY ein Ordnungsgeld von 150,- Euro, ersatzweise drei Tage Ordnungshaft zu verhängen, die Hauptverhandlung auszusetzen, neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen und den Zeugen XY zu diesem Termin vorführen zu lassen und ihm die Kosten des Ausbleibens aufzuerlegen.“ Kommt eine Unterbrechung der Hauptverhandlung in Betracht, kann der Aussetzungsantrag natürlich unterbleiben und neben den Ordnungsmitteln die Vorführung zum nächsten Termin beantragt werden.

9. Vernehmung von Zeugen

Nach der Vernehmung des Angeklagten folgt die Beweisaufnahme (§ 244 Abs. 1 StPO). Das Gericht hat zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sind (§ 244 Abs. 2 StPO). Zentraler Bestandteil der Beweisaufnahme ist die Vernehmung von Zeugen. Da die Verhandlungsleitung dem Vorsitzenden übertragen ist (§ 238 Abs. 1 StPO), steht diesem auch die Anordnungscompetenz zur zeitlichen Abfolge der Beweisaufnahme, insbesondere die Reihenfolge der Vernehmung von Zeugen, zu.

Die Vernehmung beginnt damit, dass der Zeuge über Vorname, Nachname, Geburtsname, Alter, Beruf und Wohnort befragt wird. Zeugen, welche die maßgeblichen Wahrnehmungen in amtlicher Eigenschaft gemacht haben – wie beispielsweise Polizeibeamte – können statt des Wohnortes den Dienstort angeben (§ 68 Abs. 1 StPO). Ist der Zeuge gefährdet, können aus Zeugenschutzgründen bestimmte Angaben zur Person auch eingeschränkt oder gar nicht erhoben werden (vgl. § 68 Abs. 2 bis Abs. 5 StPO).

Die Zeugen werden gem. § 57 StPO vom Vorsitzenden belehrt. Im Falle von Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrechten sind die einschlägigen Belehrungsvorschriften zu beachten (bspw.: § 52 Abs. 3, § 55 Abs. 2 StPO).

Zeugen sind grundsätzlich mündlich zu vernehmen (zu Ausnahmen vgl. § 186 GVG). Für eine mündliche Vernehmung genügt es nicht, wenn der Zeuge nur eine Erklärung verliest oder auf ein von ihm oder seinem Beistand (§ 68b StPO) verfasstes Schriftstück verweist. Allerdings darf der Zeuge schriftliche Unterlagen, etwa selbst erstellte Ermittlungsberichte oder Vermerke über Ermittlungshandlungen, als Erinnerungstütze benutzen.

Im Normalfall ist dem Zeugen, bevor Fragen an ihn gerichtet werden, Gelegenheit zu geben, sein Wissen selbst im Zusammenhang zu berichten, d.h. unbeeinflusst von Fragen und Vorhalten auszusagen (§ 69 Abs. 1 StPO). Zwischenfragen oder Unterbrechungen sind zu vermeiden und ggf. vom Vorsitzenden zurückzuweisen bzw. zu unterbinden. Allerdings darf der Vorsitzende lenkend eingreifen, wenn der Zeuge nichts zur Sache berichtet, zu weit abschweift oder offensichtlich unwahre Angaben macht, wobei im letzten Fall mit Blick auf eine mögliche Befangenheitsrüge Zurückhaltung geboten sein dürfte. Zur Aufklärung und zur Vervollständigung der Aussage sowie zur Erforschung des Grundes, auf dem das Wissen des Zeugen beruht, sind nötigenfalls nach dem Sachbericht weitere Fragen zu stellen (§ 69 Abs. 2 S. 1 StPO). Von der Vorschrift des § 239 StPO (Kreuzverhör) wird in der Praxis kein Gebrauch gemacht.

Im gerichtlichen Alltag findet nicht selten ein bloßes Abprüfen früherer Aussageprotokolle statt, wodurch die Erforschung der materiellen Wahrheit als zentralem Anliegen der Hauptverhandlung aus aussagepsychologischer Sicht häufig erschwert wird, weil wertvolles Beurteilungsmaterial verloren geht. Zuweilen wird die staatsanwaltschaftliche Befragung durch den Verteidiger mit den Beanstandungen unterbrochen, einzelne Fragen seien ungeeignet, gehörten nicht zur Sache oder seien vom Zeugen bereits beantwortet worden. Gerne werden Fragen auch als „suggestiv“ beanstandet. Eine Zurückweisung von Fragen durch den Vorsitzenden nach § 241 Abs. 2 StPO ist nur berechtigt, wenn die Beantwortung der Frage weder unmittelbar noch mittelbar zur Sachaufklärung beitragen kann. Lassen Sie sich nicht aus dem Konzept bringen. Sollte der Verteidiger Ihre Befragung nur Ihnen gegenüber monieren, bitten Sie ihn, seine Beanstandung förmlich gegenüber dem Gericht zu äußern, damit jenes über die Zulässigkeit Ihrer Frage entscheiden kann (§ 242 StPO) und bitten Sie ihn weiter, Sie im Übrigen nicht mehr zu unterbrechen. Inhaltlich werden die Grenzen der Befragung durch § 68a StPO markiert (lesen!). Suggestivfragen sind beispielsweise nicht grundsätzlich unzulässig, solange sie den Bereich der Täuschung (§§ 69 Abs. 3, 136a StPO) nicht berühren – allerdings ist ihr Beweiswert kritisch zu hinterfragen. Ungeeignet im Sinne des § 241 Abs. 2 StPO sind Wiederholungsfragen. Dies gilt allerdings nur, wenn die Beweisperson die Frage bereits thematisch vollständig beantwortet hat. Soll durch die Frage geklärt werden, ob sich eine Zeugenaussage allgemeinen Inhalts auch auf ein bestimmtes Einzelvorkommnis bezieht, so darf die Frage nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, sie sei schon beantwortet. Erst wenn ohne jede neue Nuance Fragen wiederholt werden, darf eine Begründung verlangt und die Frage ggf. nach den vorhandenen Ausschlussgründen zurückgewiesen werden.

Der Vernehmende muss sich mit seiner Vernehmungs- und Fragetechnik an den Zeugen anpassen, nicht umgekehrt. Der Vernehmende muss versuchen, einen positiven, konstruktiven Kontakt zum Zeugen aufzubauen. Übertriebene Freundlichkeit ist dabei genauso hinderlich, wie ein kühles, distanzierendes oder gar aggressives Auftreten. Eine ruhige, sachliche Befragung insbesondere zu Beginn schließt später eine „härtere“ Befragung nicht aus und kann die Auskunftsbereitschaft auch in diesen Situationen begünstigen. Vorhalte, die den Zeugen bloßstellen, z.B. durch Ironie, Ausspielen von Überlegenheit oder gar Lügenbeziehung verschließen den Zeugen. Geduld, Interesse und Selbstöffnung können hingegen eine dialogähnliche Bereitschaft generieren. Verständliche und eindeutige Fragen verhelfen zu besseren Antworten. Zeugen besitzen oft nur ein beschränktes Ausdrucksvermögen. Fremdwörter, „Juristensprache“ oder komplizierter Satzbau können sie verwirren, verunsichern und überfordern. Fragehäufungen beeinträchtigen die Gedächtnisleistung, weil die Auskunftsperson nicht weiß, welche Frage sie zuerst beantworten soll, und die noch unbeantworteten Fragen beim Sprechen erinnern muss.

Taktisch kann der Zeuge über das tatsächliche Ziel der Befragung soweit wie möglich im Unklaren gelassen werden, damit er seine Angaben nicht an Erwartungen ausrichtet. Die Auskunftsfreudigkeit kann durch stetiges Einstreuen neuer Informationen gesteigert werden. Filterfragen, z.B. ob der Zeuge ein Ereignis wirklich selbst beobachtet hat, dienen zur Prüfung der Aussagefähigkeit des Zeugen. Offene Fragen, z.B. „Was haben Sie gesehen?“, beschränken die Antwortmöglichkeiten des Zeugen nicht und sind daher in jedem Falle vorzugswürdig. Offene Fragen sind meist solche, die mit Fragewörtern eingeleitet werden, die mit „w“ beginnen, z.B.: wer, wo, wann, was, womit, usw. Offene Fragen regen zu freiem Redefluss an. Zu ihnen zählen auch Auswahlfragen, bei denen Antwortalternativen aufgezeigt werden, ohne die zutreffende Antwort vorzugeben. Durch geschlossene Fragen, wie z.B. Alternativfragen oder Ja/Nein-Fragen, kann eine präzise Festlegung des Zeugen angestrebt werden. Sie können allerdings Fehler produzieren, wenn der Zeuge z.B. die richtige, aber nicht vorgegebene Antwort übersieht.

Zulässig ist es auch, dem Zeugen Vorhalte zu machen, d.h. das Gericht und die Verfahrensbeteiligten dürfen den Zeugen als Vernehmungsbehelf mit eigenem Wissen, früheren Aussagen des Zeugen, dienstlichen Äußerungen, Bekundungen anderer Zeugen, Urkunden oder dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme konfrontieren. Dies ändert jedoch nichts daran, dass das Gericht selbst feststellen muss, was der Zeuge ohne diese Erinnerungshilfe bekunden kann. Verwertbar ist in diesen Fällen jeweils nur die Antwort auf den Vorhalt (vgl. auch **Skript Teil D.II.2** [S. 42]).

Zeugen, die durch die Straftat verletzt sind, ist Gelegenheit zu geben, sich zu den Auswirkungen, die die Tat auf sie hatte, zu äußern (§ 69 Abs. 2 S. 2 StPO). Vor dem Hintergrund dieser Norm wird deutlich, dass die Befragung des Opfers als Zeuge regelmäßig unabdingbar ist. Daran ändert selbst ein Geständnis des Angeklagten grundsätzlich nichts, zumal sich jenes nicht zu den Tatfolgen und deren Einzelheiten verhalten wird bzw. kann. Insbesondere wenn die Einstellung des Verfahrens gem. §§ 153, 153a StPO im Raum steht, sollten Sie daher eine etwa beabsichtigte Zustimmung zunächst zurückstellen und auf die Vernehmung des Opferzeugen nicht verzichten, jedenfalls wenn dem Zeugen durch die Aussage keine (psychischen) Nachteile (bspw.: durch die Konfrontation mit dem Angeklagten) drohen. Allerdings besteht keine Vernehmungspflicht bezüglich Opferzeugen. Ergibt sich aus der Aktenlage, dass der Verletzte an einer Strafverfolgung kein Interesse mehr hat, oder hat er ausdrücklich darum gebeten, nicht als Zeuge erscheinen zu müssen, kann – sofern die Aufklärungspflicht nicht entgegensteht – auf die Vernehmung des Opferzeugen verzichtet werden.

Zeugen unter 18 Jahren sind nur von dem Vorsitzenden zu befragen (§ 241a Abs. 1 StPO). Haben die Frageberechtigten Fragen, können diese verlangen, dass der Vorsitzende den Zeugen weitere Fragen stellt (§ 241a Abs. 2 S. 1 StPO), wobei diese i.d.R. schriftlich ausformuliert und dem Gericht mit der Bitte, diese an den Zeugen zu richten, vorgelegt werden. Der Vorsitzende kann den Frageberechtigten eine unmittelbare Befragung der Zeugen aber auch gestatten, wenn ein Nachteil für das Wohl der Zeugen nicht zu befürchten ist (§ 241a Abs. 2 S. 2 StPO).

Die Folgen unberechtigter Zeugnisverweigerung sind in § 70 StPO näher geregelt. Erforderlichenfalls sind entsprechende Maßnahmen zu beantragen.

10. Hauptverhandlung i.Ü.

a) Ausgewählte Rechte & Pflichten des Sitzungsvertreters

Der Sitzungsvertreter hat alles zu vermeiden, was auch nur den Schein einer unzulässigen Einflussnahme auf das Gericht erwecken könnte. Deshalb sollten Sie den Sitzungssaal, wenn möglich, nicht gemeinsam mit dem Gericht betreten oder verlassen, dürfen sich auf keinen Fall in das Beratungszimmer begeben und sollten Gespräche mit dem Gericht während der Verhandlungspausen auf offensichtlichen „small talk“ beschränken (vgl. Nr. 123 RiStBV). Pflicht des Sitzungsvertreters ist es, schon vor Erscheinen des Gerichtes seinen Platz im Sitzungssaal einzunehmen. Beim Eintritt des Gerichts zu Beginn der Sitzung, bei der Vereidigung von Zeugen und Sachverständigen und bei der Verkündung der Urteilsformel haben Sie sich von Ihrem Platz zu erheben (Nr. 124 Abs. 2 RiStBV). Sie nehmen, vorbehaltlich einer abweichenden Bitte durch den Justizwachtmeister (Nr. 125 RiStBV) oder durch das Gericht – gewöhnlich an der Fensterseite des Sitzungssaales Platz. Sind ausnahmsweise keine Fenster vorhanden, ist der Platz der Staatsanwaltschaft üblicherweise an der der Eingangsseite gegenüberliegenden Seite, hilfsweise auf der vom Gericht aus gesehen linken Seite des Saals.

Der Sitzungsvertreter wirkt darauf hin, dass das Gesetz beachtet wird. Er sorgt durch geeignete Anträge, Fragen oder Anregungen dafür, dass nicht nur die Tat in ihren Einzelheiten erörtert wird, sondern auch die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Angeklagten und alle Umstände, die für die Strafbemessung, die Strafaussetzung zur Bewährung, die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59ff. StGB), das Absehen von Strafe (§ 60 StGB), die Nebenstrafe (§ 44 StGB) und Nebenfolgen oder die Anordnung von Maßregeln der Besserung und Sicherung, der Einziehung oder sonstiger Maßnahmen (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB) bedeutsam sein können (Nr. 127 Abs. 1 RiStBV). Der Sitzungsvertreter soll darauf hinwirken, dass ungeeignete oder nicht zur Sache gehörende Fragen zurückgewiesen werden. Dies gilt namentlich dann, wenn sie lediglich auf eine Ausforschung von Privat-, Geschäfts- oder Dienstgeheimnissen hinzielen (Nr. 127 Abs. 2 RiStBV).

Der Sitzungsvertreter wirkt ebenfalls darauf hin, dass die Hauptverhandlung geordnet abläuft. Obwohl ihm kein förmliches Recht, Ordnungsmittel zu beantragen, zusteht, ist er nicht gehindert, unter Umständen sogar verpflichtet, eine Ungebühr zu rügen und ein Ordnungsmittel anzuregen. Eine bestimmte Maßnahme soll der Sitzungsvertreter aber grundsätzlich nicht anregen. (Nr. 128 Abs. 1 RiStBV; §§ 176, 178 GVG).

Auf Vorgänge, welche die Erforschung der Wahrheit vereiteln oder erschweren können, hat der Sitzungsvertreter das Gericht unverzüglich hinzuweisen, z.B. wenn ein Zuhörer Aufzeichnungen macht und der Verdacht besteht, dass er sie verwenden will, um einen noch nicht vernommenen Zeugen über den Verlauf der Verhandlung zu unterrichten. (Nr. 128 Abs. 2 RiStBV).

Der Sitzungsvertreter wirkt schließlich darauf hin, dass Zeugen und Sachverständige, die zu einem späteren Zeitpunkt vorgeladen worden sind, in angemessener und wirkungsvoller Form belehrt werden (Nr. 130 Hs. 2 RiStBV).

Soweit Zeugen besonderen Schutzes bedürfen, etwa weil die dringende Gefahr eines schwerwiegenden Nachteils für das Wohl der Zeugen besteht, wenn diese in Gegenwart der in der Hauptverhandlung Anwesenden vernommen werden, oder wenn Anlass zur Besorgnis besteht, dass Zeugen oder andere Personen durch die Angabe des Wohn- oder Aufenthaltsortes gefährdet werden oder eine Gefährdung des Lebens, des Leibes oder der Freiheit eines Zeugen oder einer anderen Person zu besorgen ist oder die Voraussetzungen des § 255a StPO vorliegen, sind zum Schutz der Zeugen nach Maßgabe der Nr. 130a RiStBV Anregungen zu geben bzw. Anträge zu stellen. Bei der Vernehmung des Verletzten als Zeugen, die für diesen mit einer erheblichen psychischen Belastung verbunden sein kann, wirkt der Sitzungsvertreter durch Anregungen und Antragstellungen auf eine Durchführung der Vernehmung unter Berücksichtigung von §§ 68a, 68b StPO und ggf. § 406f Abs. 2 StPO hin und achtet insbesondere darauf, dass der Verletzte durch Fragen und Erklärungen des Angeklagten und seines Verteidigers nicht größeren Belastungen ausgesetzt wird, als im Interesse der Wahrheitsfindung hingenommen werden muss (Nr. 19a Abs. 1 bis 3 RiStBV).

Unabhängig vom Gericht hat auch der Sitzungsvertreter zu prüfen, ob es geboten ist, die Öffentlichkeit für die ganze Hauptverhandlung oder für einen Teil auszuschließen und ggf. einen zu begründenden Antrag zu stellen (Nr. 131, 131a, 132 RiStBV; §§ 171a, 171b, 172 GVG). Insbesondere dann, wenn sich die Erörterung nicht allgemeinkundiger Mittel und Wege, mit welchen die Polizei Täter überführt, nicht vermeiden oder genügend einschränken lässt oder Einzelheiten über neue oder eigenartige Begehungsformen von Straftaten oder Bauweisen, Einrichtungen, Belegungen und Sicherheitssysteme einer Vollzugsanstalt in öffentlicher Hauptverhandlung erörtert werden müssen, beantragt der Sitzungsvertreter, für diese Teile der Hauptverhandlung die Öffentlichkeit auszuschließen (Nr. 133 RiStBV).

Die Feststellung von Vorstrafen des Angeklagten durch Verlesung des Bundeszentralregisterauszugs soll nur insoweit erfolgen, als diese für die Entscheidung von Bedeutung sind. Wann sie festgestellt werden, bestimmt der Vorsitzende (§ 243 Abs. 5 S. 5 und S. 6 StPO). Hält der Sitzungsvertreter abweichend von der Ansicht des Vorsitzenden die Feststellung von Eintragungen für geboten, so bleibt es ihm unbenommen, hierüber eine Entscheidung des Gerichtes herbeizuführen (§ 238 Abs. 2 StPO analog; Nr. 134 S. 2 RiStBV). Da es der Feststellung etwaiger Eintragungen in der Regel dann nicht bedarf, wenn eine Verurteilung des Angeklagten nicht zu erwarten ist, kann es angebracht sein, den Antrag bis zum Ende der Beweisaufnahme aufzuschieben (Nr. 134 S. 3 RiStBV).

Darauf, dass über das Erforderliche hinausgehende Begegnungen von (Opfer-)Zeugen mit dem Angeklagten vermieden werden, nicht mehr benötigte Zeugen nach ihrer Vernehmung entlassen und Kinder sowie Jugendliche möglichst vor anderen Zeugen vernommen werden, soll der Sitzungsvertreter ebenfalls hinwirken (Nr. 135 RiStBV).

Die Staatsanwaltschaft ist berechtigt, Beweisanträge zu stellen (vgl. **Skript Teil L.II.10.d** [S. 234] und **Skript Teil K** [S. 209]). Von diesem Recht macht die Staatsanwaltschaft höchst selten Gebrauch. Meist ist dies auch nicht erforderlich, da der Amtsaufklärungsgrundsatz (§ 244 Abs. 2 StPO) das Gericht ohnehin zur Erhebung der erforderlichen Beweise „zwingt“. Soweit das Gericht bestimmten, sich aufdrängenden Beweiserhebungen also nicht ohnehin vom Amts wegen nachgeht, genügt häufig, eine Beweisanregung i.w.S. zu geben bzw. ein Beweiserbieten zu unterbreiten (vgl. **Skript Teil K.VII** [S. 214]).

Auf Verlangen ist der Staatsanwaltschaft nach der Vernehmung des Angeklagten und nach jeder einzelnen Beweiserhebung Gelegenheit zu geben, sich dazu zu erklären (§ 257 Abs. 2 StPO). Die Erklärungen dürfen den Schlussvortrag nicht vorwegnehmen (§ 257 Abs. 3 StPO). Dieses Erklärungsrecht wird in der Regel nur in Groß- bzw. Umfangsverfahren genutzt. Es erstreckt sich auf eine Analyse der Tatsachen und auf eine rechtliche Bewertung. Wegen § 257 Abs. 3 StPO sollte sich die Argumentation inhaltlich auf den Beweiswert, das Beweisergebnis oder die Relevanz des Beweisergebnisses beziehen. Soweit Verteidigererklärungen nach § 257 Abs. 2 StPO dem Sitzungsvertreter Anlass geben, „seine Sicht der Dinge“ darzulegen, sollte er von seinem Erklärungsrecht Gebrauch machen.

Der Staatsanwaltschaft steht gem. § 240 Abs. 2 StPO ein Fragerecht in Bezug auf den Angeklagten, die Zeugen und die Sachverständigen zu. Allerdings bestimmt der Vorsitzende, wann jenes ausgeübt werden kann. Die Gesetze der Logik gebieten es, dass Sie spätestens im Zeitpunkt Ihrer Anhörung zur Entlassung eines Zeugen (§ 248 S. 2 StPO) darauf achten, dass Ihnen Gelegenheit gegeben wurde, von Ihrem Fragerecht Gebrauch zu machen. Ist ein Zeuge entlassen und begehrt ein Verfahrensbeteiligter danach weitere Fragen zu stellen, muss er i.d.R. einen Beweisantrag stellen. Es kommt vor, dass Sie während Ihrer Befragung durch das Gericht oder die Verteidigung unterbrochen werden, weil diese Zwischenfragen stellen. Mit Blick darauf, dass dem Vorsitzenden die Verhandlungsleitung obliegt (§ 238 Abs. 1 StPO) und er die Reihenfolge der Ausübung des Fragerechtes bestimmt (§ 240 StPO), sollten Sie Zwischenfragen des Gerichtes (er)dulden und sich nicht aus dem Konzept bringen lassen. Zwischenfragen der Verteidigung sind hingegen nicht widerstandslos hinzunehmen. Weisen Sie die Verteidigung in solchen Fällen darauf hin, dass Ihnen vom Vorsitzenden das Fragerecht eingeräumt worden ist und Sie dieses ungestört ausüben wollen. Sie können – um das Klima zu entspannen – im „Gegenzug“ zusichern, die Verteidigung auch bei der Ausübung ihres Fragerechtes nicht zu unterbrechen. Um das klarzustellen: Unzulässige Fragen dürfen Sie natürlich jederzeit – natürlich taktisch sinnvoll, bevor der Zeuge antwortet – beanstanden und im Zweifel eine Entscheidung des Gerichtes herbeiführen (§§ 241 Abs. 2, 242 StPO). Sie sollten Ihre Auffassung zur Unzulässigkeit der Frage dann allerdings begründen können.

b) „Neue“ Straftaten im Laufe der Beweisaufnahme

Es ist möglich, dass sich in der Hauptverhandlung zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für verfolgbare Straftaten ergeben, die nicht Gegenstand der angeklagten prozessualen Tat sind, also vom Gericht nicht abgeurteilt werden können.

Dies können einerseits solche Straftaten sein, die erst in der Hauptverhandlung begangen werden, wie Beleidigungen oder Aussagedelikte (bspw. § 153 StGB). In solchen Fällen sollten Sie eine Protokollierung der Vorgänge, bei Aussagedelikten insbesondere eine wörtliche Protokollierung (der wesentlichen Angaben), gem. **§ 183 GVG**, § 273 Abs. 3 S. 1 StPO beantragen. Über die Feststellungen ist ein ausführlicher Sitzungsvermerk für die Handakten zu erstellen, welchen Sie ihrem Stationsausbilder mit der Anregung vorlegen, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten.

Möglich ist aber auch, dass zureichende tatsächliche Anhaltspunkte für andere prozessuale Taten bekannt werden, die außerhalb der Hauptverhandlung begangen worden sind, wie etwa weitere Straftaten des Angeklagten, falsche Verdächtigungen durch den Anzeigenersteller, Bekanntwerden weiterer bisher unbekannt gewesener Mittäter oder Ähnliches. In diesem Fällen greift § 183 GVG grundsätzlich nicht, da es sich nicht um Straftaten in der Sitzung handelt. Es kommt aber eine vollständige Protokollierung der Aussage oder Äußerung oder der relevanten Vorgänge gem. **§ 273 Abs. 3 S. 1 StPO** in Betracht, da die Voraussetzung des „Ankommens auf die Feststellung“ nicht nur dann erfüllt ist, wenn eine Relevanz für das gegenwärtige Verfahren besteht, sondern auch dann, wenn ein Feststellungsbedürfnis für andere, ggf. erst künftige Verfahren besteht. Erforderlich ist aber auch insoweit, dass der genaue Wortlaut der Aussage und Äußerungen entscheidend ist, und es nicht bloß auf den Inhalt ankommt. Bei zentralen Angaben – wie etwa der Name des bisher unbekanntes Mittäters bzw. Teilnehmers – sollten Sie eine wörtliche Protokollierung beantragen.

c) Antragsdelikte

Hinsichtlich der Begrifflichkeiten wird zunächst auf die Ausführungen im **Skript Teil C.I** [S. 33] Bezug genommen.

Schwierigkeiten können in der Hauptverhandlung im Hinblick auf Antragsdelikte dann entstehen, wenn die Antragsbefugten gestellte Strafanträge in der Hauptverhandlung zurücknehmen (§ 77d StGB). Die Rücknahme ist an keine besondere Form gebunden. Es reicht daher aus, wenn die Antragsbefugten/Rücknahmeberechtigten erklären, an der Verfolgung oder Bestrafung nicht mehr interessiert zu sein.

Bei absoluten Antragsdelikten ist der Strafantrag eine Prozessvoraussetzung. Seine Rücknahme bewirkt daher ein Verfahrenshindernis (vgl. **Skript Teil C** [S. 33]). Da bei absoluten Antragsdelikten die fehlende Prozessvoraussetzung nicht durch die Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses ersetzt werden kann, ist das Verfahren insoweit durch Prozessurteil gem. **§ 260 Abs. 3 StPO** einzustellen. Die Kosten des Verfahrens hat in diesen Fällen regelmäßig der Antragsteller zu tragen (§ 470 StPO). Wegen des Entstehens des Verfahrenshindernisses ist es empfehlenswert, die (ggf. wörtliche) Protokollierung der Rücknahmeerklärung anzuregen bzw. zu beantragen (§ 273 Abs. 3 StPO). Ist das absolute Antragsdelikt das einzige Delikt, über welches verhandelt wird, kann mit der Rücknahmeerklärung die Beweisaufnahme geschlossen und plädiert werden. Der Schlussantrag lautet dann sinngemäß dahingehend, das Verfahren durch Urteil (gem. § 260 Abs. 3 StPO) einzustellen. Allerdings ist es möglich, dass das absolute Antragsdelikt in Tateinheit mit einem Offizialdelikt steht. Da der Strafantrag tatbestandsbezogen ist, bleibt das tateinheitliche Offizialdelikt verfolgbar. Für eine Teileinstellung (gem. § 260 Abs. 3 StPO) oder einen Teilfreispruch hinsichtlich des absoluten Antragsdeliktes ist dann kein Raum. Vielmehr scheidet das so betroffene Delikt ohne förmliche Einstellung – und ohne dass dies im Tenor ausgesprochen wird – aus dem Verfahren aus. Stehen Offizialdelikte und absolute Antragsdelikte in Tateinheit, kommt eine (Teil-)Einstellung hinsichtlich des Antragsdeliktes im Urteilstenor hingegen in Betracht (bspw.: „Der Angeklagte wird wegen verurteilt. Im Übrigen wird das Verfahren eingestellt.“).

Bei relativen Antragsdelikten ist der Strafantrag zwar auch eine Prozessvoraussetzung – seine Rücknahme bewirkt aber nicht ohne Weiteres ein Verfahrenshindernis. Merkmal der relativen Antragsdelikte ist vielmehr gerade, dass das Fehlen eines Strafantrages durch die Annahme eines besonderen öffentlichen Interesses ersetzt werden kann. Häufig wird sich bei relativen Antragsdelikten in der Anklageschrift im Anschluss an die Paragraphenkette ein Hinweis auf die Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses befinden (Nr. 110 Abs. 2 lit. d RiStBV). Es kann sich – um Missverständnisse zu vermeiden – in solchen Fällen anbieten, nach der Rücknahmeerklärung durch die Rücknahmeberechtigten eine Erklärung gem. § 257 Abs. 2 StPO mit dem Inhalt abzugeben, dass das besondere öffentliche Interesse bereits in der Anklageschrift bejaht wurde.

Ist ein besonderes öffentliches Interesse in der Anklageschrift hingegen nicht erklärt worden, besteht Handlungsbedarf. Die Erklärung des besonderen öffentlichen Interesses, die keiner besonderen Form bedarf, ist nämlich auch in der Hauptverhandlung möglich. Nimmt also der Rücknahmeberechtigte seinen Strafantrag zurück, ist abzuwägen, ob ein besonderes öffentliches Interesse besteht. Als Maßstab können hierfür beispielsweise Nr. 86 und 234 RiStBV herangezogen werden, wobei inhaltlich zu beachten ist, dass sich Nr. 86 RiStBV nicht auf relative Antragsdelikte bezieht, daher allenfalls analog angewendet werden kann.

Kommt der Sitzungsvertreter zu der Entscheidung, dass ein besonderes öffentliches Interesse besteht, sollte er um das Wort für die Abgabe einer Erklärung bitten und sodann erklären: „An der Strafverfolgung hinsichtlich ... besteht ein besonderes öffentliches Interesse“. Die Gründe für diese Entscheidung sind gerichtlich nicht überprüfbar. Die Entscheidung ist auch nicht anfechtbar. Sie müssen daher – auch auf Befragen – keinerlei Ausführungen zu den Gründen Ihrer Entscheidung machen und sollten es auch nicht tun. Üblicherweise protokolliert das Gericht Ihre Erklärung. Sie können insoweit ggf. auch einen Antrag gem. § 273 Abs. 3 StPO stellen. Grundsätzlich scheint es empfehlenswert, wenn Sie das Fehlen einer Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses in der Anklageschrift bei relativen Antragsdelikten vorab mit Ihrem Stationsausbilder erörtern und dessen Meinung einholen, denn die Strafantragstellung schließt die Bejahung eines besonderen öffentlichen Interesses (in der Anklageschrift) nicht aus, weshalb es Gründe für das Fehlen des entsprechenden Zusatzes geben kann. Möglich ist beispielsweise, dass das besondere öffentliche Interesse bereits vom Anklageverfasser verneint, aber trotzdem Anklage erhoben wurde, weil ein Strafantrag vorliegt (zu dem dann ein Hinweis in der Anklageschrift enthalten sein sollte). An diese Entscheidung sind Sie zwar nicht gebunden, denn bis zur verfahrensabschließenden Entscheidung des Gerichtes kann die Erklärung jederzeit (sogar mehrfach) abgegeben und zurückgenommen werden – widersprüchliches Verhalten sollte jedoch unter allen Umständen vermieden werden. Fehlt bei einem relativen Antragsdelikt in der Anklageschrift jeder Hinweis auf die Prozessvoraussetzungen wird vertreten, dass bereits durch die Anklageerhebung das besondere öffentliche Interesse konkludent bejaht worden sei. Dies wird aber nur dann gelten können, wenn die Anklageschrift ausschließlich relative Antragsdelikte zum Gegenstand hat.

Handlungsbedarf kann auch entstehen, wenn sich infolge der Beweisaufnahme ergibt, dass Gegenstand der prozessualen Tat, über die das Gericht zu befinden hat, in Abweichung von der Anklageschrift ein relatives Antragsdelikt ist. Ein typischer Fall ist beispielsweise die Anklageerhebung wegen gefährlicher Körperverletzung (§§ 223, 224 StGB), die kein relatives Antragsdelikt ist (vgl. § 230 StGB). Sollte – obwohl dies nicht erforderlich wäre – in der Anklageschrift ausgeführt sein, dass ein Strafantrag gestellt ist und / oder ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht, haben Sie „kein Problem“, wenn sich die Tat nach der Beweisaufnahme rechtlich „nur noch“ als „einfache“ oder fahrlässige Körperverletzung (Antragsdelikte vgl. § 230 StGB) darstellt. Sie können dann ggf. eine klarstellende Erklärung abgeben. Sind diese (aus Sicht des Anklageverfassers zu Recht überflüssigen) Hinweise hingegen nicht in der Anklageschrift enthalten, müssen Sie jedenfalls dann handeln, wenn das Gericht einen Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO gegeben hat, wonach eine Verurteilung wegen „einfacher“ bzw. „fahrlässiger“ Körperverletzung in Betracht kommt. Vielleicht wird dieser Hinweis mit der an Sie gerichteten Frage verbunden sein, ob für den Fall des Vorliegens eines Antragsdeliktes das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht werden soll oder einfach nur, ob Sie eine Erklärung abgeben möchten. Schweigen Sie auf solche Fragen, haben Sie das besondere öffentliche Interesse verneint („quasi beredetes Schweigen“). Aber auch ohne Nachfrage sollten Sie entsprechend der vorbeschriebenen Grundsätze die Abgabe einer Erklärung zum besonderen öffentlichen Interesse prüfen und dies ggf. tun. Selbst wenn Sie die Auffassung des Gerichtes nicht teilen, also weiterhin davon

ausgehen, dass es sich bei der abzuurteilenden Tat um kein relatives Antragsdelikt handelt, sollten Sie „auf Nummer sicher gehen“ und das besondere öffentliche Interesse bejahen – dies können Sie auch noch im Schlussantrag etwa so: „Es wird daher beantragt, den Angeklagten wegen ... zu ... zu verurteilen. Für den Fall, dass das Gericht davon ausgeht, dass der Angeklagte nur wegen ... – mithin wegen eines relativen Antragsdelikts – zu verurteilt ist, wird das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht“. Plädieren Sie selbst im Schlussantrag „nur“ auf Verurteilung wegen eines relativen Antragsdeliktes, obschon ein Offizialdelikt Gegenstand der Anklageschrift war, kann darin ausnahmsweise eine konkludente Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gesehen werden.

d) Beweisanregungen / Beweisanträge

Auf die erläuternden Ausführungen zu den Grundlagen des Beweisantragsrechts (**Skript Teil K** [S. 209]) wird Bezug genommen.

Es kann durchaus vorkommen, dass der Referendar als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft mit der Situation konfrontiert wird, dass der Angeklagte bzw. sein Verteidiger einen Beweisantrag stellen. Dem Sitzungsvertreter wird dann Gelegenheit gegeben, zu dem Antrag Stellung zu nehmen. In solchen Situationen erweist es sich als hilfreich, die Grundzüge des Beweisantragsrechts verinnerlicht zu haben.

Für die Stellungnahme ist zunächst zu beachten, dass das, was ein Antrag beinhaltet, sich nicht nur aus seinem Wortlaut, sondern aus allen Umständen ergibt, die bei einer nach Sinn und Zweck fragenden Auslegung zu berücksichtigen sind. Stellt der Antragsteller einen konkreten Tatsachenkern unter Beweis, liegt die Annahme eines Beweisantrages nahe. Bei unklaren Anträgen ist ihr Sinn ggf. durch Befragung des Antragstellers zu klären. Das Gericht ist dabei berechtigt und verpflichtet, einen gestellten Antrag auszulegen, um das wahre Begehren des Antragstellers zu ermitteln. Selbst wenn wesentliche Bestandteile eines Beweisantrages fehlen, ändert dies an der Qualität als Beweisantrag dann nichts, wenn die Auslegung unzweifelhaft ergibt, was der Antragsteller gemeint hat. Darüber hinaus gebietet es die Fürsorgepflicht des Gerichtes, auf die Stellung sachgerechter Anträge hinzuwirken, den Antragsteller ggf. zu unterstützen und auf bestehende Missverständnisse oder offenbare und leicht behebbare Mängel hinzuweisen.

Gilt in der konkreten Verfahrensart das Beweisablehnungsrecht, ist zunächst zu prüfen, ob die Merkmale des Beweisantrages vorliegen – mithin das Verlangen über eine bestimmte, die Schuld- oder Rechtsfolgenfrage betreffende, Beweistatsache mit einem konkreten, „konnexen“ Beweismittel Beweis zu erheben.

Fehlen einem Antrag die wesentlichen Inhalte (oder gilt das Beweisablehnungsrecht in der konkreten Verfahrensart nicht), richtet sich der Umgang mit dem Antrag nicht nach den förmlichen Ablehnungsgründen der §§ 244, 245 StPO. Häufig bildet Grundlage für die weitere Entscheidung dann allein § 244 Abs. 2 StPO. Zu den Details vgl. **Skript Teil K.VII** [S. 214]. Sie sind dann in Ihren Ausführungen relativ frei. Ob wegen der Amtsaufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) ein Beweis erhoben werden muss, hängt davon ab, ob bei verständiger Würdigung der Sachlage durch Verwendung einer / der beantragten Aufklärungsmöglichkeit der Schuldvorwurf sich möglicherweise erweisen, in Frage gestellt oder widerlegt werden könnte. Bei der Abwägung ist insbesondere zu berücksichtigen, wie sicher das bisherige Beweisergebnis erscheint, wie gewichtig eventuell vorhandene Unsicherheitsfaktoren sind und ob und ggf. in welchem Umfang Widersprüche bei der bisherigen Beweiserhebung zutage getreten sind. Das Gericht darf dabei die Beweiserhebung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der durchzuführenden Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese Ergebnisse zu würdigen wären. Das Verbot der Beweisantizipation gilt insoweit nicht.

Handelt es sich hingegen um einen Beweisantrag, sind die Ablehnungsgründe nach § 244 Abs. 3 StPO gedanklich „abzuklopfen“ (vgl. **Skript Teil K.VIII** [S. 215]). Bei Zeugen, die im Ausland zu laden wären, sind zusätzlich § 244 Abs. 5 S. 2 i.V.m. S. 1 StPO; bei Sachverständigen zusätzlich § 244 Abs. 4 StPO; bei Anträgen auf Inaugenscheinnahme zusätzlich § 244 Abs. 5 S. 1 StPO zu beachten.

Hinsichtlich der Beweisanträge, die sich auf präsenzte Beweismittel beziehen – insbesondere vom Angeklagten vorgeladene und auch erschienene Zeugen – gilt ausschließlich § 245 Abs. 2

S. 2 und S. 3 StPO. Insbesondere der in § 245 Abs. 2 S. 3 Var. 3 StPO genannte Ablehnungsgrund des Fehlens eines Zusammenhangs zwischen Beweistatsache und Gegenstand der Urteilsfindung ist enger zu verstehen, als der Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit nach § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 2 StPO und ersetzt diesen. Er liegt vor, wenn eine Sachbezogenheit zwischen der unter Beweis gestellten Tatsache und dem Gegenstand der Urteilsfindung objektiv fehlt. Im Unterschied zum Ablehnungsgrund der Bedeutungslosigkeit reicht es daher nicht aus, dass zwar ein Sachzusammenhang besteht, die Beweistatsache aber dennoch die Entscheidung in keiner Weise beeinflussen kann. Bei Vorliegen nur von Bedeutungslosigkeit (vgl. **Skript Teil K.VIII.3** [S. 215]) aber bestehendem Sachzusammenhang wird man sich – ein Beweisantrag vorausgesetzt – der Vernehmung eines präsenten Zeugen nicht verschließen können.

Ergibt sich bei der Prüfung der Ablehnungsgründe, dass ein Beweisantrag abgelehnt werden muss oder kann (§ 244 Abs. 3 S. 2 und S. 3 StPO), sollten Sie die entsprechenden Gründe in Ihrer Stellungnahme skizzieren und beantragen, den Beweisantrag durch Gerichtsbeschluss abzulehnen (§ 244 Abs. 6 S. 1 StPO).

e) Abweichungen von der Anklageschrift

Nicht sehr selten stellt sich der Sachverhalt in der Beweisaufnahme anders dar, als er in der Anklageschrift beschrieben wurde. Sie sollten in der Lage sein, auf erhebliche Veränderungen zu reagieren.

Ob eine Abweichung erheblich ist, richtet sich nach dem prozessualen Tatbegriff (**Skript Teil C.III.2** [S. 37]).

Innerhalb desselben einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgangs (dessen Aufspaltung und getrennte Aburteilung unnatürlich erschiene), welcher in die Kognitionspflicht des Gerichtes gestellt ist, sind kleine tatsächliche Abweichungen, die zu keiner rechtlich abweichenden Beurteilung führen, in der Regel irrelevant. Beinhaltet die Anklageschrift wegen „einfacher“ Körperverletzung beispielsweise den Vorwurf, der Angeklagte habe das Opfer mit der rechten Faust ins Gesicht geschlagen, ergibt sich aber in der Beweisaufnahme, dass es die linke Faust gewesen sein muss, besteht kein Anlass auf die geänderte Sachlage durch Hinweise o.ä. zu reagieren. An dem „Kernvorwurf“ (Schlag ins Gesicht mit der Faust) ändert sich nichts. Ergibt die Beweisaufnahme in diesem Beispiel, dass es kein Schlag mit der Faust, sondern eine mit der flachen Hand ausgeführten „Ohrfeige“ war, ist zwar möglicherweise der Schuldgehalt geringer, so dass die zu beantragende Rechtsfolge geringer (als angedacht) ausfallen könnte, eine wesentliche Abweichung vom Tatbild ist hingegen nicht gegeben, so dass es ausreichend ist, die veränderte Sachlage im Schlussplädoyer (bei der Schilderung des festgestellten Sachverhaltes und der Beweiswürdigung) kurz zu erwähnen.

Verändert sich die Sachlage innerhalb derselben prozessualen Tat in einem für die Verteidigung wesentlichen Punkt, ist ein Hinweis nach § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO geboten. Erforderlich ist hierfür aber eine wesentliche Abweichung vom Tatbild im Verhältnis zur Anklage. Die Frage, wann eine solche wesentliche Abweichung vorliegt, ist nicht leicht zu beantworten und einzelfallabhängig. Fest steht jedenfalls, dass nicht sämtliche sich neu ergebende Tatsachen zum Gegenstand eines Hinweises gemacht werden können, da andernfalls die Gefahr einer Lähmung der Hauptverhandlung besteht. Die Erforderlichkeit eines Hinweises für die sachgemäße Verteidigung ergibt sich aber zumindest dann, wenn sich die Änderungen auf Umgrenzungsmerkmale der Tat beziehen, wie beispielsweise die Tatzeit, den Tatort, andere Tathandlungen (die die rechtliche Beurteilung aber unangetastet lassen), die Mitwirkung weiterer Tatbeteiligter, die Auswechslung des Tatopfers oder sonst wesentliche Faktoren des Kerngeschehens. Zu beachten ist hierbei, dass sich durch die Änderungen die prozessuale Tat als solche nicht verändern darf. Gerade bei den Umgrenzungsmerkmalen ist dies nicht immer der Fall. Zu beachten ist auch, dass sich die geänderten Tatsachen naturgemäß aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung ergeben und daher für alle Verfahrensbeteiligten im Allgemeinen ohne weiteres wahrnehmbar sind, weshalb gerade bei Indiztatsachen ein Hinweis regelmäßig überflüssig ist, wenn deren Bedeutsamkeit das Ergebnis einer Beweiswürdigung ist, welche das Gericht nicht – auch nicht nach § 265 StPO – vor Urteilsberatung offenlegen muss.

Ergibt sich in der Beweisaufnahme, dass die angeklagte prozessuale Tat rechtlich anders zu werten ist als in der Anklageschrift, ist eine Verurteilung des Angeklagten aufgrund einer anderen

Strafnorm nicht ohne vorherigen Hinweis gem. § 265 Abs. 1 StPO möglich. Hinzuweisen ist auf den „neuen“ Straftatbestand und seinen Wortlaut einschließlich der einschlägigen Tatbestandsalternativen. Dies gilt auch für Normen des allgemeinen Teils des StGB (Fahrlässigkeit statt Vorsatz; Versuch statt Vollendung; Unterlassen statt aktiven Handelns; Beihilfe statt Anstiftung; Teilnahme statt Täterschaft; andere Art der Täterschaft; Tateinheit statt Tatmehrheit; oder jeweils umgekehrt). Ob die neu in Betracht gezogene Norm schwerer wiegt, als die bisher in den Raum gestellte Vorschrift, ist unerheblich. Der bloße Wegfall einer Qualifikation der in der zugelassenen Anklageschrift genannten Strafnorm macht im Allgemeinen aber keinen Hinweis gegenüber einem verteidigten Anklagten auf die verbleibende Möglichkeit der Verurteilung aufgrund des Grundtatbestandes erforderlich.

Für Umstände, die strafbarkeitserhöhend wirken oder maßregelrelevant sind oder für eine Nebenstrafe bzw. Nebenfolge maßgeblich sind, gilt die Hinweispflicht gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO: Besondere Umstände, welche die Strafbarkeit erhöhen, sind vor allem solche, die Qualifikationen ausfüllen. Gleiches gilt für Regelbeispiele. Kommt aufgrund von Umständen, die erst in der Hauptverhandlung hervorgetreten sind oder aufgrund einer neuen Bewertung des (im Verhältnis zur Anklageschrift unveränderten) Sachverhaltes die Anordnung einer Maßnahme in Betracht, die in der Anklageschrift nicht erwähnt ist, muss ebenfalls ein Hinweis gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO gegeben werden. Maßnahmen sind in § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB legaldefiniert. Dazu gehören u.a. jede Maßregel der Besserung und Sicherung (d.h. insbesondere die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 61 Nr. 5, §§ 69, 69a StGB) und jede Form der Einziehung (d.h. insbesondere nach §§ 73ff. StGB; §§ 74ff. StGB)). Gleiches gilt für Nebenstrafen (§ 44 StGB Fahrverbot) und Nebenfolgen (§§ 45ff. StGB).

Bitte beachten Sie, dass entsprechend der Entscheidung des Großen Senates des BGH vom 22.10.2020 (GSSt 1/20) ein Hinweis gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auch dann erforderlich ist, wenn die der Maßnahme zu Grunde liegenden Anknüpfungstatsachen bereits in der zugelassenen Anklageschrift enthalten sind. Zwar ergeben sich bei Feststellung der bereits in der Anklageschrift geschilderten, die Maßnahme rechtfertigenden Umstände keine „neuen Umstände“ in der Hauptverhandlung im Sinne der Vorschrift – dem Angeklagten ist aber stets ein förmlicher Hinweis zu erteilen, wenn die Anklageschrift keinen Hinweis auf eine Rechtsfolge im Sinne des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO enthält. Kommt also beispielsweise bereits nach dem Inhalt des Konkretums die Wertersatzentziehung gem. §§ 73, 73c StGB in Betracht, sind jene Vorschriften aber in der Vorschriftenliste nicht genannt und wird in der Anklageschrift nicht explizit auf die Möglichkeit der Anordnung der Wertersatzentziehung hingewiesen, bedarf es eines gerichtlichen Hinweises (vgl. zum Inhalt der Anklageschrift **Skript Teil I.III.10.k**) [S. 199]).

Stellen Sie Sachverhaltsveränderungen oder sonstige Umstände fest, die eine rechtlich abweichende Beurteilung des Sachverhaltes zur Folge haben, sollten Sie vor Ihrem Schlussvortrag einen Hinweis des Gerichtes gem. § 265 Abs. 1 StPO (mit entsprechender Begründung) anregen und in Ihrem Schlussvortrag den Sachverhalt entsprechend der geänderten Lage rechtlich würdigen.

Ergeht ein Hinweis, hat der Angeklagte die Möglichkeit, unter den Bedingungen des § 265 Abs. 3 StPO die Aussetzung der Hauptverhandlung zu beantragen. Der Aussetzungsgrund ist aber nur bei neuen Tatsachen gegeben, d.h. solche Erkenntnisse, die nicht bereits der Anklage (und dem Eröffnungsbeschluss) zu entnehmen sind. Keine neuen Tatsachen sind lediglich neue Wertungen des Gerichts aufgrund bereits bekannter Tatsachen. Auch in sonstigen Fällen kann das Gericht aber von Amts wegen oder auf Antrag die Aussetzung der Hauptverhandlung beschließen, wenn dies zur Vorbereitung der Anklage oder der Verteidigung angezeigt ist (§ 265 Abs. 4 StPO).

Sind Hinweise nach § 265 StPO nicht möglich, weil sich die neuen Umstände in der Hauptverhandlung als selbständige prozessuale Tat erweisen, kann gem. § 266 StPO eine Nachtragsanklage (auch mündlich) erhoben werden. Im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis des Angeklagten (§ 266 Abs. 1 S. 1 a.E. StPO) hat dies jedoch kaum praktische Relevanz. Der Referendar als Sitzungsvertreter sollte eine Nachtragsanklage auf keinen Fall ohne vorherige Rücksprache mit dem Einzelausbilder erheben. Eine Verpflichtung zur Erhebung der Nachtragsanklage besteht ohnehin nicht. Allerdings gilt das Legalitätsprinzip, weshalb so zu verfahren ist, wie unter **Skript Teil L.II.10.b**) [S. 232] geschildert.

Ist nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme die sachliche Zuständigkeit des erkennenden Gerichts nicht mehr gegeben, erfolgt die Verweisung an das Gericht höherer Ordnung gem. § 270 StPO. Eine Besonderheit gilt im Zuständigkeitsbereich des Strafrichters. Dieser kann nach Eröffnung des Hauptverfahrens jede in die Strafgewalt des Amtsgerichts fallende Strafe verhängen. Es kommt daher eine Verweisung vom Strafrichter an das Schöffengericht nicht in Betracht, wenn der Strafrichter eine höhere Strafe als von zwei Jahren Freiheitsstrafe verhängen will (§§ 25 Nr. 2, 24 Abs. 2 GVG). Stellt sich die Tat, die vor dem Strafrichter verhandelt wird, in der Hauptverhandlung allerdings als Verbrechen dar, ist nach § 270 StPO zu verfahren, jedoch erst, wenn der Schuldspruch feststeht – bloße Vermutungen genügen nicht. Es wird daher in der Regel „zu Ende“ zu verhandeln sein, bevor seitens der Staatsanwaltschaft ein Antrag auf Verweisung gem. § 270 StPO veranlasst ist.

f) Sicherstellungsgegenstände

Es kommt vor, dass im Ermittlungsverfahren Gegenstände sichergestellt oder beschlagnahmt worden sind. Handelt es sich dabei ausschließlich um Beweismittel, ist in der Hauptverhandlung in der Regel nichts zu veranlassen. Zur Sicherstellung / Beschlagnahme von Beweismitteln vgl. **Skript Teil E.II** [S. 69].

Möglich ist aber auch, dass sichergestellte oder beschlagnahmte Gegenstände der Einziehung unterliegen. Die Anklageschrift sollte im Normalfall dazu Hinweise im Konkretum enthalten (vgl. **Skript Teil H.VII.2** [S. 131]). Diese Hinweise geben Anlass, die Schlussanträge entsprechend zu gestalten (vgl. **Skript Teil L.III.7.h**) [S. 268]).

Wird das Strafverfahren allerdings nach den Opportunitätsvorschriften eingestellt (vgl. **Skript Teil A.V** [S. 15]), ist für eine förmliche Einziehungsanordnung im Urteil naturgemäß kein Raum. In solchen Fällen sollte darauf geachtet werden, dass vor einer Zustimmung bzw. einem Antrag auf Einstellung eine Erklärung des Angeklagten zu Protokoll genommen wird, durch welche er sich mit der formlosen außergerichtlichen Einziehung einverstanden erklärt. Entgegen weit verbreiteter Meinung ist diese nämlich auch nach Inkrafttreten der Neuregelungen der §§ 73ff. StGB möglich, sollte jedoch auf eindeutige, einfach gelagerte Fälle beschränkt bleiben (BGH Beschl. v. 11.12.2018 – 5 StR 198/18, BeckRS 2018, 36656). Für die außergerichtliche Einziehung bzw. den Verzicht des Angeklagten auf Rückgabe bestimmter Gegenstände gelten die Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Der Verzicht des Angeklagten stellt eine Willenserklärung – genauer ein Angebot auf Übertragung des Eigentums – dar, die der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft – auch stillschweigend – innerhalb ihm eingeräumter Vertretungsmacht für den Justizfiskus annehmen kann.

Eine außergerichtliche Einziehung ist aber auch dann möglich, wenn der Angeklagte verurteilt wird. In Fällen, in denen sich der Angeklagte mit einer außergerichtlichen Einziehung einverstanden erklärt, es gleichwohl aber zu einem Urteil kommt, dürfte nach Auffassung des BGH (aaO) durch den Sitzungsvertreter wohl zu erklären sein, ob die angebotene Leistung an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) oder erfüllungshalber angenommen wird. Wird auf die Herausgabe sichergestellten Bargeldes verzichtet, welches zur Sicherung der Einziehung von Wertersatz beschlagnahmt ist (§§ 73, 73c StGB; §§ 111b od. § 111e jeweils i.V.m. §§ 111j und 111k StPO), ist zu beachten, dass der staatliche Zahlungsanspruch nach § 73c StGB in Höhe des jeweiligen Betrages erloschen und die Einziehung des Wertes des Tatertrages insoweit ausgeschlossen ist.

In den Fällen, in denen es zu einer Verurteilung kommt, erweist sich die außergerichtliche Einziehung nicht stets als „prozessökonomisch“. Zwar mag man sich in der konkreten Verhandlungssituation Ausführungen im Plädoyer und Tenorierung im Urteil ersparen. Es können aber in diesen Fällen Probleme bei der Verwertung der Einziehungsgegenstände entstehen. Mangels Einziehungsanordnung geht das Eigentum nicht gemäß § 75 StGB auf den Staat über und die Staatsanwaltschaft wird nicht Vollstreckungsbehörde gem. §§ 451, 495g, 459 StPO. Auch findet das Entschädigungsverfahren zugunsten der Geschädigten gem. §§ 459h, 459i StPO nicht statt, welches nach der Vorstellung des Gesetzgebers den Geschädigten „einfach und unbürokratisch“ zu ihren Ansprüchen verhelfen soll. Eine Insolvenzantragstellung kommt in Ermangelung einer Einziehungsentscheidung ebenfalls nicht in Betracht (§§ 459h Abs. 2 S. 2, 111i Abs. 2 StPO). Ist bereits ein Insolvenzverfahren eröffnet, fehlt es zudem regelmäßig gem. §§ 80, 81 InsO an der Verfügungsbefugnis desjenigen, gegen den sich die Einziehung richten würde, weshalb seine Verzichtserklärung unwirksam sind. Generell setzt ein

Wirksamer Verzicht voraus, dass der Verzichtende Eigentümer oder Rechtsinhaber des Gegenstandes oder der Forderung ist, weshalb entsprechende Feststellungen im Rahmen der Hauptverhandlung erforderlich erscheinen, will man eine Verzichtserklärung annehmen.

Dies alles zeigt, dass dem Hinweis des BGH (aaO) Rechnung zu tragen sein wird und die außergerichtliche Einziehung nur in einfach gelagerten Fällen in Betracht kommen dürfte.

Insbesondere dann, wenn eine Einziehung und eine Einstellung in Betracht kommen, sollten Sie die Einzelheiten vorab mit Ihrem Einzelausbilder erörtern.

Geklärt werden kann in der Hauptverhandlung aber nicht nur, ob der Angeklagte sich mit der außergerichtlichen Einziehung einverstanden erklärt, sondern beispielsweise auch, ob er mit der Rückgabe der Sicherstellungsgegenstände an den Verletzten einverstanden ist.

Sollte hinsichtlich der Sicherstellungsgegenstände in der Hauptverhandlung keine Einigung erzielt werden, ist – soweit die rechtlichen Voraussetzungen vorliegen – die Einziehung im Plädoyer zu beantragen. Etwaig erzielte Einigungen sind zu protokollieren, um Rechtssicherheit zu erreichen. Eine Verzichtserklärung hinsichtlich körperlicher Gegenstände könnte beispielsweise wie folgt protokolliert werden:

„Der Angeklagte erklärt: Den sichergestellten [genau bezeichneten Sicherstellungsgegenstand] übereigene ich gemäß § 929 BGB an das Land Brandenburg, vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt in Potsdam, dieser vertreten durch den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft Potsdam, [Ihr Dienstgrad & Ihr Name] (§ 144 GVG). Der Sitzungsvertreter erklärt: Ich nehme das Übereignungsangebot für das Land Brandenburg an.“

Eine Verzichtserklärung hinsichtlich Forderungen könnte so protokolliert werden:

„Der Angeklagte erklärt: Hinsichtlich des gepfändeten Guthabens in Höhe von [Betrag] Euro auf dem Konto [Kontonummer] bei der [Bank], trete ich meine Forderungen gegenüber der Bank an das Land Brandenburg, vertreten durch den Leitenden Oberstaatsanwalt in Potsdam ab. Der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft Potsdam erklärt: Ich nehme die Abtretung für das Land Brandenburg an.“

Nach der Verfügungslage im Land Brandenburg wird dringend davon abgeraten, Verzichtserklärungen entgegenzunehmen, wenn ein Vermögensarrest (§ 111e StPO; vgl. auch **Skript Teil H.VII.2.c**) [S. 133]) im Ermittlungsverfahren angeordnet und vollzogen wurde, wenn das Taterlangte aus einem Vermögensdelikt stammt und es mehrere Tatverletzte gibt und wenn Grundstücke eingezogen werden sollen. In diesen Fällen ist es ohnehin einfacher, auf eine Einziehungsanordnung durch Urteil hinzuwirken und die nicht selten komplizierten rechtlichen Folgen dem Vollstreckungsverfahren zu überlassen, welches jedenfalls durch die Anordnung der Einziehung auf eine für diese Fälle geschaffene Normenstruktur zurückgreifen kann.

g) Einstellungen

Sollte sich der Sachverhalt im Zeitpunkt der Hauptverhandlung nicht wesentlich anders darstellen, als zum Zeitpunkt der Anklageerhebung, stellt sich vor einer Zustimmung zu einer durch das Gericht beabsichtigten Einstellung gem. §§ 153, 153a, 154a StPO oder einem Antrag auf Einstellung gem. § 154 StPO die Frage, warum es einer Anklageerhebung (in der vorliegenden Form) überhaupt bedurfte (vgl. **Skript Teil A.V** [S. 15]). Da der Anklageverfasser die maßgeblichen Opportunitätserwägungen mit den gleichen Voraussetzungen vorgenommen und sich gleichwohl für eine Anklageerhebung entschieden hat, dürfte nur in Ausnahmefällen Raum für eine entsprechende Entscheidung in der Hauptverhandlung sein. Sollten jedoch neu hervorgetretene Umstände, die der Anklageverfasser (noch) nicht berücksichtigen konnte, Anlass geben, die Frage einer Einstellung anders zu beurteilen, müssen Sie etwaige Zustimmungen und Anträge mit Ihrem Einzelausbilder abstimmen. Ist ihr Ausbilder nicht erreichbar, sollten Sie zunächst den Anklageverfasser und notfalls den Bereitschaftsstaatsanwalt kontaktieren und diesem den Sachverhalt und insbesondere die neu hervorgetretenen Umstände klar und übersichtlich schildern und mit einer Begründung um dessen Zustimmung zur beabsichtigten Vorgehensweise bitten. Die von Ihnen in der Hauptverhandlung abgegebene Erklärung ist unwiderruflich.

Dies alles gilt natürlich nur, wenn Sie selbst nach eigener Prüfung zu der Überzeugung gelangt sind, dass die beabsichtigte Vorgehensweise sachgerecht ist. Lassen Sie sich nicht zu einer Rücksprache drängen. Ihr „Nein“ ist ein „Nein“ der Staatsanwaltschaft. Keine taugliche Begründung (gegenüber dem Ausbilder / Anklageverfasser / Bereitschaftsstaatsanwalt) ist übrigens, dass das Gericht „gern einstellen möchte“. Wenn Sie das Gefühl haben, auf die kritische Rückfrage des von Ihnen Kontaktierten dahingehend, aus welchen Gründen Sie eine Einstellung befürworten, keine hinreichende Antwort geben zu können, ersparen Sie sich (und dem Einzelausbilder / Anklageverfasser / Bereitschaftsstaatsanwalt) das Gespräch und verweigern Sie eine Zustimmung zur Einstellung.

h) Keine Absprachen (Deals)

Eine Verständigung zwischen Gericht und den Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung ist gem. § 257c StPO grundsätzlich möglich. Die Amtsaufklärungspflicht bleibt hiervon unberührt. Diese Vorschrift zum „Deal“ hat in allgemeinen Verfahren vor dem Strafrichter beim Amtsgericht – soweit erkennbar – keine praktische Bedeutung und wird daher auch für Referendare als Sitzungsvertreter eher nicht relevant. Auf vertiefende Ausführungen soll daher verzichtet werden.

Sie sollten sich Verständigungen im Zweifel verweigern, insbesondere dann, wenn Einstellungen Gegenstand der Absprache sein sollen. Ohne Rücksprache mit dem Einzelausbilder oder dem Anklageverfasser dürfen Sie in diesen Fällen nämlich ohnehin keinerlei Erklärungen abgeben.

Die Einstellung gem. § 154 StPO (vgl. **Skript Teil A.V.c**) [S. 18] ist übrigens einer Verfahrensabsprache nach § 257c StPO nicht zugänglich, wenn sie Taten betreffen würde, hinsichtlich derer Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) in Betracht kommen (§ 257c Abs. 2 S. 3 StPO).

Von Verständigungen zu trennen sind allgemeine Rechtsgespräche. Diese dürfen jederzeit durchgeführt werden (§ 257b StPO). Allerdings hat das BVerfG klargestellt, dass die Vorschriften zur Verständigung (vgl. §§ 160b, 202a, 212, 243 Abs. 4, (257b), 257c StPO) abschließend sind. Gespräche, die als Gegenstand eine nach § 257c StPO mögliche Verfahrensabsprache beinhalten, sind daher als solche zu behandeln. Für informelle Absprachen außerhalb des Anwendungsbereiches des § 257c StPO mit dem gleichen Ziel (oder Ergebnis) ist daher kein Raum. Mit anderen Worten: Entweder ein Deal entsprechend der StPO oder eine „streitige“ (jedenfalls verständigungslose) Verhandlung.

i) Besonderheiten beim Strafbefehl

Auf die Ausführungen unter **Skript Teil L.II.2.e**) [S. 222] und **L.II.5.b**) [S. 225] wird Bezug genommen.

Wird auf einen Einspruch hin eine Beweisaufnahme durchgeführt, ist das Gericht an den im Strafbefehl enthaltenen Ausspruch nicht gebunden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn ein unbeschränkter Einspruch eingelegt ist (§ 411 Abs. 4 StPO). Das Verschlechterungsverbot im Sinne der §§ 331, 358 Abs. 2 StPO gilt nicht. Allerdings soll das Gericht gehalten sein, vor einer Verböserung aus Gründen des fairen Verfahrens dem Angeklagten einen rechtlichen Hinweis zu erteilen, um ihm Gelegenheit zu geben, seinen Einspruch zurückzunehmen. Insoweit besteht auch für die Staatsanwaltschaft eine Einflussmöglichkeit. Stellen Sie beispielsweise fest, dass im Ergebnis der Beweisaufnahme die im Strafbefehl enthaltene Rechtsfolge unter Berücksichtigung der Strafzumessungserwägungen niedriger ausgefallen ist, als Sie diese nunmehr beantragen würden, sich aber grundsätzlich noch im Rahmen des Tat- und Schuldangemessenen bewegt, können Sie bei geeigneter Gelegenheit um das Wort bitten. Sie können dann entsprechende Ausführungen dazu machen und dabei andeuten, welchen Antrag Sie stellen würden, erwiese sich die Tat so, wie es die bisherige Beweisaufnahme ergeben hat, bzw. so, wie sie im Strafbefehl zum Ausdruck gekommen ist. Anschließend können Sie die Anregung geben, den Einspruch zurückzunehmen. Die Rücknahme des Einspruchs und eine Beschränkung des Einspruchs auf bestimmte Beschwerdepunkte (als Teilrücknahme § 410 Abs. 2 StPO; beispielsweise „vertikal“ = hinsichtlich einzelner von mehreren Taten; oder „horizontal“ = hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs bei Anerkennung des Schuldspruchs)

bedarf **in** der Hauptverhandlung (nach Aufruf der Sache) der Zustimmung der Staatsanwaltschaft (§ 411 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 303 S. 2 StPO).

Gemäß § 411 Abs. 2 S. 2 StPO findet auf die Hauptverhandlung nach Einspruch gegen einen Strafbefehl die vereinfachte Beweisaufnahme des beschleunigten Verfahrens nach § 420 StPO Anwendung. Es gelten daher insoweit die Ausführungen unter **Skript Teil L.II.10.j)** [S. 240].

Wurde ein Einspruch gegen einen Strafbefehl eingelegt und erweist sich der Strafbefehlsvorwurf nach der Beweisaufnahme als zutreffend und sind die dort beantragten Rechtsfolgen identisch mit jenen, welche Sie beantragen würden, ist nicht etwa zu beantragen, den Einspruch zu verwerfen – Sie müssen ein „normales“ Plädoyer unter Einschluss sämtlicher Anträge halten.

Wurde der Einspruch vor oder während der Hauptverhandlung (mit Ihrer Zustimmung) auf die Rechtsfolgen beschränkt (§§ 410 Abs. 2, 411 Abs. 3 S. 2, 303 S. 2 StPO), können Sie in Ihrem Plädoyer die Schilderung des Sachverhaltes (vgl. **Skript Teil L.III.3** [S. 243]) auf die Bemerkung beschränken, dass der Sachverhalt – so wie im Strafbefehl geschildert – aufgrund der „Teiltrücknahme des Einspruchs“ als feststehend zu behandeln ist.

i) Besonderheiten im beschleunigten Verfahren

Findet eine Beweisaufnahme im beschleunigten Verfahren statt, können gem. § 420 Abs. 1 StPO Protokolle über früheren Vernehmungen von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten sowie Urkunden, die eine von ihnen erstellte Äußerung enthalten, verlesen werden, und zwar über den Regelungsgehalt des § 251 StPO hinaus (vgl. hierzu auch **Skript Teil D.II.2** [S. 42]). Das Verfahren bedarf u.a. der Zustimmung des Angeklagten (§ 420 Abs. 3 StPO). Hierin besteht auch der wesentliche Unterschied zu § 251 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 3 StPO, welche die konsensuale Verlesungsmöglichkeit nur beim verteidigten Angeklagten einräumt. Durch die Neufassung des § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO dürfte aber kaum ein praktisches Bedürfnis für die Anwendung des § 420 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 StPO bestehen, denn beschleunigte Verfahren gegen nicht geständige Angeklagte sind eher die Ausnahme.

Ob nach § 420 Abs. 1 StPO auch Niederschriften über Vernehmung zeugnisverweigerungsberechtigter Personen verlesen werden dürfen, mithin § 252 StPO im beschleunigten Verfahren nicht gilt, erscheint zweifelhaft (zu § 252 StPO vgl. **Skript Teil D.V.4** [S. 60]). Angesichts des erheblichen Stellenwertes des Zeugnisverweigerungsrechts und vor dem Hintergrund, dass eine Verlesung gem. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO trotz Zustimmung aller Beteiligten ausgeschlossen wäre, wenn § 252 StPO greift, dürfte dies aber zu verneinen sein.

Im Übrigen können bei beschleunigten Verfahren vor dem Strafrichter Beweisangebote ohne Bindung an § 244 Abs. 3 bis Abs. 5 StPO und § 245 Abs. 2 StPO abgelehnt werden, denn der Strafrichter bestimmt den Umfang der Beweisaufnahme nach Maßgabe der Amtsaufklärungspflicht (§§ 420 Abs. 4, 244 Abs. 2 StPO). Beweisangebote, die zu stellen den Verfahrensbeteiligten natürlich unbenommen ist, verkümmern nach § 420 Abs. 4 StPO quasi zu bloßen Beweis Anregungen (vgl. auch **Skript Teil K** [S. 209] und **Skript Teil L.II.10.d)** [S. 234]).

Im Übrigen ist es im beschleunigten Verfahren von entscheidender Bedeutung, nicht „über das Ziel hinaus zu schießen“. Gemäß **§ 419 Abs. 1 S. 2 StPO** darf eine höhere **Freiheitsstrafe als ein Jahr** oder eine Maßregel der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) mit Ausnahme der Entziehung der Fahrerlaubnis (§§ 419 Abs. 1 S. 3 StPO, 61 Nr. 5, 69ff StGB) nicht verhängt bzw. angeordnet werden. Diese **Strafobergrenze** gilt auch für die Bildung einer Gesamtstrafe und zwar auch bei Einbeziehung einer rechtskräftigen Vorverurteilung (vgl. **Skript Teil L.III.7.c)** [S. 255]).

Darüber hinaus ist **§ 418 Abs. 4 StPO** zu beachten. Bei einer **Straferwartung von sechs Monaten** (Gesamt-)Freiheitsstrafe oder mehr ist dem Angeklagten ein **Verteidiger** zu bestellen. Stellt sich dies erst während der Hauptverhandlung heraus, ist die Hauptverhandlung auszusetzen und der Antrag auf Entscheidung im beschleunigten Verfahren abzulehnen, denn eine Nachholung der Beiordnung und eine Wiederholung der bisherigen Verhandlungsteile nach Unterbrechung der Verhandlung dürfte dem Sinn des beschleunigten Verfahrens widersprechen. Mithin kommt ein Antrag auf Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten oder mehr nur in Betracht, wenn der Angeklagte bereits verteidigt ist – sei es durch einen Wahlverteidiger oder einen vor der Hauptverhandlung gem. § 418 Abs. 4 StPO bestellten Pflichtverteidiger.

Stellt sich während der Beweisaufnahme heraus, dass weitere Beweismittel nötig sind – etwa weil sich der Angeklagte nicht geständig zur Tat einlässt und eine „vereinfachte“ Beweisaufnahme nach § 420 StPO nicht in Betracht kommt – sollte beantragt werden, die Entscheidung im beschleunigten Verfahren durch Beschluss abzulehnen (§ 419 Abs. 2 S. 1 StPO), die Eröffnung des Hauptverfahrens zu beschließen (§ 419 Abs. 3 S. 1 Hs. 1 StPO) und neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen. Es kann aber auch sein, dass das Gericht zwar das beschleunigte Verfahren ablehnt, das Hauptverfahren aber zugleich eröffnet und dann unmittelbar im „ordentlichen“ Verfahren weiter verhandelt. In diesem Fall sind die vorskizzierten Besonderheiten des beschleunigten Verfahrens nicht mehr zu beachten.

Insbesondere bei einem erheblichen Zeitablauf (ab ca. 6 Monaten) zwischen Antrag auf Entscheidung im Beschleunigten Verfahren und Hauptverhandlungstermin lehnen die Gerichte unmittelbar nach Verlesung des Anklagesatzes die Entscheidung im beschleunigten Verfahren ab und eröffnen das Hauptverfahren. Dies erscheint mit Blick auf Sinn und Zweck des beschleunigten Verfahrens regelmäßig gut vertretbar. Auch insoweit gilt lediglich, dass Sie sich ab diesem Zeitpunkt in einem „normalen“ Strafverfahren befinden.

Wird die Entscheidung im beschleunigten Verfahren zu verhandeln abgelehnt, sollte dies im Sitzungsbericht vermerkt werden. Dadurch werden Missverständnisse vermieden, die etwa dadurch entstehen, dass Sie einen Antrag gestellt haben, der sich nicht im Rahmen des § 419 Abs. 1 S. 2 StPO bewegt bzw. der mit § 418 Abs. 4 StPO unvereinbar wäre.

11. Aussetzung ./ Unterbrechung

Kann die Hauptverhandlung nicht zu Ende geführt werden, weil z.B. ein Zeuge fehlt oder die Beweisaufnahme die Ladung weiterer Zeugen erfordert, sollte der Sitzungsvertreter anregen, die Hauptverhandlung zu unterbrechen (§ 229 StPO).

Die Begrifflichkeiten Aussetzung und Unterbrechung sind wegen ihrer Wirkungen streng voneinander zu trennen. Auf keinen Fall dürfen auf dem Sitzungsbericht Verwechslungen auftreten. Den Terminus „Vertagung“ kennt die StPO nicht.

a) Aussetzung

Aussetzung ist jeder Abbruch der Verhandlung mit der Folge, dass diese neu begonnen und damit die in der ausgesetzten Hauptverhandlung bereits durchgeführte Beweisaufnahme vollständig wiederholt werden muss. Ob ein Verfahren ausgesetzt oder lediglich unterbrochen wird, entscheidet grundsätzlich der Vorsitzende (§ 228 Abs. 1 StPO). Etwaige Unklarheiten sollte der Referendar durch Nachfrage umgehend beheben.

Aussetzungsgründe sind vereinzelt und nicht abschließend in der StPO geregelt (u.a. §§ 145 Abs. 2 und 3, 217 Abs. 2, 218 S. 2, 265 Abs. 3 und 4 StPO). Zulässig sind auch "Teilaussetzungen" hinsichtlich selbständiger prozessualer Taten bzw. einzelner (beispielsweise nicht erschießener) Angeklagter. Die Verfahren werden insoweit abzutrennen sein („echte Trennung“ vgl. **Skript Teil H.VIII.2** [S. 137]).

Das Ausbleiben des Verteidigers gibt dem Angeklagten grundsätzlich kein Aussetzungsrecht (§ 228 Abs. 2 StPO). Im Falle der notwendigen Verteidigung kann das Gericht, wenn der bestellte Verteidiger nicht erscheint, das Verfahren aussetzen, muss es aber nicht. Setzt es nicht aus, hat es dem Angeklagten sogleich einen anderen Verteidiger zu bestellen. Das Nähere regelt § 145 StPO.

Manchmal wird sofort mit dem Aussetzungsbeschluss ein Termin für die neue Hauptverhandlung anberaumt und bekannt gegeben. Verbunden mit einer Belehrung über die Folgen des Ausbleibens kann so die schriftliche Ladung der Zeugen und Sachverständigen ersetzt werden. Der Angeklagte und - sofern er nicht darauf verzichtet - auch der Verteidiger sind schriftlich zu laden (Nr. 137 Abs. 2 RiStBV). Als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft ist es unerlässlich, den genannten Termin einschließlich Uhrzeit und Verhandlungsort (Saal) auf dem Sitzungsbericht zu vermerken.

b) Unterbrechung

Unterbrechung ist der verhandlungsfreie Zeitraum einer zusammenhängenden Verhandlung innerhalb der zeitlichen Grenzen des § 229 StPO mit der Folge der Fortgeltung der bisherigen Prozesshandlungen. Nach der Unterbrechung wird (ein und dieselbe) Hauptverhandlung fortgesetzt.

Fortsetzungstermine werden regelmäßig seitens der Staatsanwaltschaft vom selben Sitzungsvertreter wahrgenommen. Ist dies ausnahmsweise nicht möglich, gebietet es der kollegiale Anstand, einen möglichst detailreichen Sitzungsbericht zu den Handakten zu geben. Darin sollten die offenen (also vom Gericht noch nicht beschiedenen) Anträge und der Gang der bisherigen Beweisaufnahme so wiedergegeben werden, dass der nachfolgende Sitzungsvertreter in die Lage versetzt wird, die bisherige Beweisaufnahme sachgerecht zu würdigen. Die vom Vorsitzenden mitgeteilten (Nr. 137 Abs. 1 RiStBV) Fortsetzungstermine sind auf dem Sitzungsberichtsformblatt zu vermerken und der Ausbilder sowie die für die Sitzungseinteilung zuständige Verwaltungsgeschäftsstelle zu informieren.

Gesetzlich vorgesehen ist die Unterbrechung lediglich in den in §§ 222a Abs. 2, 231a Abs. 3 S. 4 und 266 Abs. 3 StPO genannten Fällen. Sie liegt im Übrigen im pflichtgemäßen Ermessen des Vorsitzenden (bzw. i.F. des § 229 Abs. 2 StPO des Gerichtes) (§ 228 Abs. 1 StPO).

Die Unterbrechung darf einen Zeitraum von drei Wochen nicht überschreiten (§ 229 Abs. 1 StPO). Hat die Hauptverhandlung an mindestens zehn Tagen ununterbrochen stattgefunden, darf sie auch bis zu einem Monat unterbrochen werden (§ 229 Abs. 2 StPO). Ist die Fortsetzung der Hauptverhandlung nicht spätestens am Tag nach Ablauf der Unterbrechungsfrist möglich, muss sie vollständig neu begonnen werden (§ 229 Abs. 4 S. 1 StPO).

III. Plädoyer

Nach dem Schluss der Beweisaufnahme erhält der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft gem. § 258 Abs. 1 StPO zu seinen Ausführungen und Anträgen das Wort (vgl. auch Nr. 138 und 139 RiStBV). Gemeinhin wird der Schlussvortrag von Referendaren als besondere Herausforderung empfunden. Zwar kann man das Gericht um eine kurze Unterbrechung zur Vorbereitung des Schlussvortrages bitten, allerdings wird dies nur bei umfangreichen und schwierigen Sachen tunlich erscheinen. Verhandeln Sie beispielsweise mehrere „Trunkenheitsfahrten“ mit jeweils vollgeständigen Angeklagten, dürfte es befremdlich anmuten, vor jedem Plädoyer eine Pause einzulegen.

Der Schlussvortrag sollte in freier Rede und anhand der in der Hauptverhandlung gefertigten Notizen in einfachen und klaren Sätzen gehalten werden. Aufgrund der prozessualen Stellung gilt die Staatsanwaltschaft als zum Plädieren verpflichtet. Verweigert die Sitzungsververtretung der Staatsanwaltschaft das Plädoyer vollständig, soll die Verhandlung zur Durchführung dienstaufsichtsrechtlicher Maßnahmen zu unterbrechen sein (OLG Stuttgart, Ur. v. 18.10.1991 – 1 Ss 488 / 91, NSTZ 1992, 98f.).

In Ihrem Plädoyer erörtern Sie das Gesamtergebnis der Hauptverhandlung und würdigen dies tatsächlich und rechtlich. Diese tatsächlichen und rechtlichen Erörterungen im Schlussvortrag dienen letztlich der Einleitung der von Ihnen zu stellenden (Schluss-)Anträge. Dabei gilt: Je klarer die Beweislage und je näher das Ergebnis der Beweisaufnahme am Anklagevorwurf ist, desto kürzer können die Darstellungen ausfallen, da Ihr Schlussantrag zur Schuldfrage (Freispruch oder Verurteilung) für niemanden überraschend kommen dürfte. Natürlich kann und darf sich Ihr Schlussvortrag nur auf solche Tatsachen und Beweisergebnisse beziehen, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren. War die Öffentlichkeit zeitweise ausgeschlossen, darf der mit dem Ausschluss verfolgte Zweck nicht ohne besonderen Grund im Schlussvortrag unterlaufen werden.

Sie sind bei Ihren Schlussanträgen, auf die Sie durch Ihren Schlussvortrag hinführen, frei von Weisungen und nur an das Gesetz und Ihre eigene Überzeugung gebunden. Auf keinen Fall ist es Ihre Aufgabe, den Anklagevorwurf „irgendwie zu halten“. Würden Sie als Richter den Angeklagten freisprechen, dann ist auch als Sitzungsvertreter kein Raum für ein auf Verurteilung ausgerichtetes Plädoyer. Sie müssen objektiv und unparteiisch sein, obschon Sie die Anklagebehörde vertreten, und daher sämtliche Umstände – auch die entlastenden – in Ihre

Überlegungen einbeziehen. Der staatsanwaltschaftliche Antrag auf Freispruch ist kein Eingeständnis einer Niederlage, sondern Folge und Ausdruck der Rechtsstaatlichkeit des prozessordnungsgemäßen Verfahrens.

1. Schluss der Beweisaufnahme

Das Gesetz sieht keine Förmlichkeiten für die Feststellung vor, dass der Schluss der Beweisaufnahme erreicht ist. In der Regel stellt dies der Vorsitzende ausdrücklich fest. Ein Gerichtsbeschluss ist nicht erforderlich. Das Gericht wird zu erkennen geben, wenn es keine Beweise mehr zu erheben beabsichtigt und Sie um Ihr Plädoyer bitten. Zu beachten ist, dass das Gericht bis zum Beginn der Urteilsverkündung jederzeit ohne förmlichen Beschluss oder ausdrückliche Anordnung erneut in die Beweisaufnahme eintreten kann. In diesen Fällen muss die Worterteilung nach § 258 Abs. 1 StPO als ein Akt der Gewährung rechtlichen Gehörs wiederholt werden, d.h. Sie müssen neu plädieren. Ändern sich nach Ihrem Plädoyer infolge eines kurzen und inhaltlich unbedeutenden Wiedereintritts in die Beweisaufnahme Ihre Schlussanträge nicht, dürfte es kaum zu beanstanden sein, wenn Sie statt eines neuen, ausführlichen Plädoyers auf Ihre zuvor gestellten Ausführungen und Anträge Bezug nehmen und diese aufrechterhalten.

2. Anrede

Adressat des Plädoyers ist das Gericht. Diesem sollen Sie Ihre Sichtweise im Hinblick auf die Entscheidungsfindung in einer Art gutachterlichen Beurteilung der Hauptverhandlung mitteilen. Sie sprechen daher in der Anrede zunächst das Gericht an. Beginnen Sie dabei grundsätzlich mit dem Vorsitzenden:

„Herr Vorsitzender / Frau Vorsitzende,“

Der Zusatz „sehr geehrte(r)“ ist nicht erforderlich. Handelt es sich um ein Kollegialgericht, sind die übrigen Gerichtsmitglieder nicht individuell anzureden. Es reicht aus, das Gericht in seiner Gesamtheit als

„Hohes Gericht,“

anzusprechen. Diese Formulierung dürfen Sie auch verwenden, wenn Sie „nur“ vor einem Einzelrichter verhandeln. Danach werden die anderen Anwesenden abgehandelt. Direkt anzusprechen ist jedenfalls der Verteidiger

„Herr Verteidiger / Frau Verteidigerin,“

Ebenfalls sind sonstige Prozessbeteiligte, soweit Ihnen das Recht zum Schlussvortrag zukommt, einzubeziehen, wobei dies allgemein durch die Formulierung

„werte Anwesende!“

geschehen kann. Dieser Zusatz bietet sich auch an, wenn die „Öffentlichkeit anwesend“ ist.

Ich rate davon ab, den Angeklagten direkt anzusprechen. Auch wenn der Angeklagte niemals bloßes Objekt des Strafverfahrens sein kann, ist die tatsächliche und rechtliche Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme kein Vorgang, der sich an den Angeklagten richtet. Den Regeln der Höflichkeit haben Sie ausreichend Rechnung getragen, wenn Sie die übrigen Anwesenden (wozu faktisch auch der Angeklagte gehört) mit der vorbezeichneten Formel einbezogen haben.

Auf weitere Einleitungsfloskeln kann in aller Regel verzichtet werden.

3. Schilderung des Sachverhaltes

Grundsätzlich nicht empfehlenswert ist die Wiederholung dessen, was Anklagevorwurf war. Alle Beteiligten sollten den Anklagevorwurf kennen und ihn auch während der Verhandlung nicht vergessen haben. Die (auch zusammenfassende) Wiederholung des Tatvorwurfs aus der Anklageschrift erweist sich daher meist als überflüssig und kann zudem zur Verwirrung führen, denn in der Praxis wird – jedenfalls bei Strafrichtersachen – erwartet, dass Sie ihr Plädoyer mit der Darstellung dessen beginnen, was Sie für erwiesen bzw. nicht erwiesen halten.

In unproblematischen einfach gelagerten Fällen, in denen sich der Angeklagte beispielsweise vollumfänglich zum Tatvorwurf geständig eingelassen hat, kann sich Ihre Schilderung zu dem aus Ihrer Sicht erwiesenen Sachverhalt in einer einfachen Bezugnahme auf den konkreten Anklagesatz erschöpfen, etwa so:

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich der Anklagevorwurf vollumfänglich bestätigt.“

Denkbar sind auch Formulierungen wie: „Im Ergebnis der Hauptverhandlung steht zur Überzeugung der Staatsanwaltschaft fest, dass sich der Sachverhalt wie in der Anklageschrift beschrieben, zugetragen hat“ oder „Nach Abschluss der Beweisaufnahme ist festzustellen, dass der Tatvorwurf der Anklageschrift in tatsächlicher Hinsicht der materiellen Wahrheit entspricht“.

Zulässig ist es auch, den ursprünglichen (einfach gelagerten) Tatvorwurf auszugsweise in das Resümee des Beweisergebnisses mit aufzunehmen, insbesondere dann, wenn der Angeklagte nicht vollumfänglich geständig war.

„Nach meiner Überzeugung steht im Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass der Angeklagte den Zeugen XY mit der flachen Hand ins Gesicht geschlagen hat, und zwar nicht versehentlich, sondern bewusst und gewollt und mit dem Ziel, dem Zeugen Schmerzen zuzufügen.“

Kommen Sie hingegen zu der Überzeugung, dass eine Verurteilung des Angeklagten aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist, muss natürlich auf Freispruch plädiert werden. Ihr Resümee könnte dann beispielsweise wie folgt beginnen:

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich der Anklagevorwurf aus Sicht der Staatsanwaltschaft nicht mit einer die Verurteilung tragenden Sicherheit belegen lassen.“

Denkbar sind auch Eingangs-Formulierungen wie: „Der dem Angeklagten zur Last gelegte Tatvorwurf hat durch die Hauptverhandlung keine hinreichende Bestätigung gefunden“ oder (noch deutlicher) „Nach meiner Überzeugung steht fest, dass der Angeklagte die ihm zur Last gelegte Tat nicht begangen hat“. Dabei kann die konkrete Formulierung den Gegebenheiten angepasst werden, je nachdem, ob Sie von der Unschuld des Angeklagten restlos überzeugt sind, oder es lediglich für wahrscheinlich halten, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, sich aber ein Nachweis der Tat nicht so hat führen lassen, dass er taugliche Grundlage für eine Verurteilung wäre.

Nicht selten kommt es vor, dass der tatsächlich feststellbare Sachverhalt von dem Inhalt der Anklageschrift abweicht. Auch hierauf sollten Sie im Resümee bereits vorab zusammenfassend eingehen. Wurde dem Angeklagten beispielsweise eine gefährliche Körperverletzung durch Verwendung eines gefährlichen Werkzeugs zur Last gelegt, ist die Verwendung eines solchen aber nicht nachweisbar, könnte der Beginn Ihres Resümees wie folgt lauten:

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme ist aus Sicht der Staatsanwaltschaft zwar erwiesen, dass der Anklagte den Zeugen XY geschlagen und dieser dadurch multiple Hämatome davongetragen hat, dass der Angeklagte hierbei aber – wie in der Anklageschrift geschildert – einen Baseballschläger

oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet hat, ließ sich nach meiner Überzeugung nicht sicher feststellen.“

Es kommt – gerade bei „Trunkenheitsfahrten“ – auch nicht selten vor, dass zwar eine vorsätzliche Tat angeklagt, jedoch lediglich eine Fahrlässigkeitstat feststellbar ist. Auch hier sollte eine kurze Anpassung der Einleitung des Resümees erfolgen:

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich der Anklagevorwurf – allerdings nur in seiner fahrlässigen Begehungsweise – bestätigt.“

Kleinere Abweichungen, die das Tatbild faktisch unverändert lassen, könnten auch durch den Hinweis, dass sich der Anklagevorwurf „im Wesentlichen bestätigt“ hat, aufgenommen werden.

Bei mehreren Anklagevorwürfen mit unterschiedlichen Beweisergebnissen ist die Einleitung der Sachverhaltszusammenfassung entsprechend der vorstehenden Grundsätze zu kombinieren. Dabei sollten Sie allerdings konkret benennen, auf welche Taten Sie jeweils Bezug nehmen. Beispiel:

„Nach Überzeugung der Staatsanwaltschaft haben sich die Vorwürfe zu den Taten 1, 2 und 4 der Anklageschrift durch die Beweisaufnahme so bestätigt, wie dort beschrieben, hingegen ließ sich hinsichtlich der Tat zu 3 ein Tatnachweis nicht führen und bezüglich der Tat zu 5 hat sich der Anklagevorwurf nur in fahrlässiger Begehungsweise bestätigt.“

Entstammen die Vorwürfe aus mehreren nach § 4 StPO oder § 237 StPO verbundenen Sachen, mithin aus mehreren Anklageschriften, sollte die vorbezeichnete Zusammenfassung natürlich auf die jeweilige Anklageschrift Bezug nehmen und zur Verbesserung des Verständnisses die Tat näher umschreiben werden, etwa so:

„Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich der Anklagevorwurf zu Ziffer 1 der Anklageschrift vom 24.11.2018 – der Trunkenheitsfahrt vom 01.09.2018 – nicht bestätigt, hingegen haben sich die Sachverhalte wie zu Ziffer 2 jener Anklageschrift betreffend den Diebstahl am 02.10.2018 und wie betreffend die beiden Beleidigungsvorwürfe in der Anklageschrift vom 01.12.2018 beschrieben, tatsächlich so zugetragen.“

An den vorstehenden Formulierungsvorschlägen können Sie erkennen, dass sich diese je nach Ausführungstiefe in der Regel nur als Einleitungssätze eignen, da der geneigte Zuhörer wissen wollen wird, welchen konkreten Sachverhalt Sie nun Ihren Anträgen zugrunde legen wollen, wenn das aus Ihrer Sicht Festgestellte eben nicht „vollumfänglich“ der Anklageschrift entspricht. Darüber hinaus ist auch bei komplexeren Sachverhalten oder bei qualifiziert bestreitenden Angeklagten der Sachverhalt, so wie Sie ihn für erwiesen halten, inhaltlich detailliert zu schildern. Sie können diese Schilderung dann beispielsweise wie folgt einleiten:

„Die Staatsanwaltschaft hält nach der durchgeführten Beweisaufnahme folgenden Sachverhalt für erwiesen:“

oder: „Aus Sicht der Staatsanwaltschaft steht im Ergebnis der Beweisaufnahme fest, dass ...“.

Für die Sachverhaltsschilderung im Schlussvortrag gelten die gleichen Grundsätze wie für die Sachverhaltsschilderung in der Anklageschrift (und im Strafurteil). Die Tat ist so zu beschreiben, wie sie – nach Ihrer aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung gewonnen Überzeugung – tatsächlich abgelaufen ist. Dabei sind auch die subjektiven Tatbestandsmerkmale zu erwähnen. Beweggründe und Ziele sind daher zu beschreiben. Es genügt insoweit nicht, nur den Wortlaut des Gesetzes zu referieren – vielmehr sind alle Tatbestandsmerkmale derjenigen Strafvorschriften, die auf den konkret festgestellten Sachverhalt angewendet werden sollen,

inhaltlich „mit Leben zu erfüllen“. Zweckmäßig dürfte es regelmäßig sein, einen chronologischen Aufbau zu wählen.

4. Beweiswürdigung

Nach der Darstellung des erwiesenen Sachverhaltes muss den Zuhörern mitgeteilt werden, woraus sich diese tatsächlichen Feststellungen ergeben. Sie müssen mithin die erhobenen Beweise inhaltlich würdigen und in Beziehung zueinander stellen und dabei herausstellen, warum die Sachverhaltsfeststellungen so wie von Ihnen geschildert (und nicht anders) zu treffen sind. Auf Beweisverwertungsprobleme ist im Rahmen der Beweiswürdigung ebenfalls einzugehen.

Im einfachsten Fall kann auf die vollumfänglich geständige Einlassung des Angeklagten abgestellt werden. Allerdings können Geständnisse nicht alleinige Grundlage einer Verurteilung sein, denn die Untersuchungsmaxime und die damit verbundene Objektivitätspflicht gebietet die Aufklärung, ob das Geständnis der materiellen Wahrheit entspricht. Es genügt für das Plädoyer jedoch eine kurze Ausführung dazu, ob das Geständnis glaubhaft erscheint.

„Der / Dieser Sachverhalt steht aufgrund der geständigen Einlassung des Anklagten, an deren Glaubhaftigkeit kein Zweifel besteht, fest.“

oder

„Der Angeklagte hat den Tatvorwurf eingeräumt. Sein Geständnis ist glaubhaft, weil es sich mit den Angaben des Zeugen XY, der das Vorgehen des Angeklagten beobachtet hat, in vollem Umfang deckt.“

Macht der Angeklagte keine Angaben zur Sache, ist dies ebenfalls darzustellen:

„Zwar hat der Angeklagte sich nicht eingelassen – der Sachverhalt steht aber aufgrund der Angaben der Zeugen X und Y sowie Z fest. Diese haben im Kern übereinstimmend bekundet, den Angeklagten dabei beobachtet zu haben, wie ...“

In diesen Fällen sind auch Einleitung wie: „Der Angeklagte hat sich zu dem Tatvorwurf nicht geäußert.“; „Der Angeklagte hat von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht“ usw. möglich. Sie müssen jedoch bei der Formulierung unter allen Umständen den Eindruck vermeiden, dass Sie aus dem Schweigen des Angeklagten negative Schlüsse zu ziehen beabsichtigen.

Bestreitet der Angeklagte pauschal, d.h. ohne vertiefende Ausführungen dazu zu machen, wie sich der Sachverhalt zugetragen haben soll, kann die Beweiswürdigung wie folgt beginnen:

„Zwar hat der Angeklagte abgestritten, die Tat begangen zu haben, er ist aber durch die Beweisaufnahme im Sinne der Anklage überführt, denn der Zeuge XY hat ...“

Bestreitet der Angeklagte qualifiziert, d.h. macht er Angaben zu Tatsachen, die sich im Laufe der Beweisaufnahme prüfen (und widerlegen) lassen, lässt er sich also spezifisch zu den Vorwürfen ein, kann die Beweiswürdigung etwa so begonnen werden:

„Der Sachverhalt beruht auf der Einlassung des Angeklagten, soweit ihr gefolgt werden konnte. Zwar hat der Angeklagte eingeräumt, den Zeugen XY geschlagen zu haben – er habe dabei aber nur in Notwehr gehandelt, weil Soweit er den Schlag einräumt, ist das Geständnis des Angeklagten glaubhaft. Eine Notwehrsituation lag aber entgegen der Einlassung des

Angeklagten nicht vor. Insoweit ist die Einlassung des Angeklagten widerlegt durch die Angaben des Zeugen XY, der hier widerspruchsfrei und plausibel bekundet hat, er habe ...“

oder etwa

„Der Angeklagte hat hier zwar eingeräumt, er habe die Kaugummis an sich genommen, sich im Übrigen jedoch dahingehend eingelassen, diese nur versehentlich eingesteckt zu haben, weil er im Kassenbereich durch einen Anruf auf seinem Mobiltelefon abgelenkt gewesen sei. In keinem Fall habe er von Anfang an beabsichtigt, diese nicht zu bezahlen. Die Einlassung konnte jedoch durch die Angaben der Zeugen X und Y widerlegt werden. Diese haben nämlich übereinstimmen und glaubhaft ausgesagt, ...“

oder

„Der Angeklagte streitet die Tat ab und hat sich dahingehend eingelassen, zur Tatzeit zu Hause mit seiner Ehefrau, der Zeugen X gewesen zu sein. Die Einlassung und die sinngemäßen Behauptungen der Zeugin X sind jedoch bereits in sich nicht schlüssig, denn ... Außerdem wird der Angeklagte überführt durch die Aussage der unmittelbaren Tatzeugen, nämlich der Zeugen Y und Z, die den Angeklagten eindeutig wiedererkannt haben und frei von Belastungstendenzen geschildert haben, dass ...“

Lässt sich ein Tatnachweis nicht führen, kann die Beweiswürdigung beispielsweise so ausfallen:

„Der Angeklagte hat den Tatvorwurf in Abrede gestellt und angegeben, das Fahrzeug nicht geführt zu haben. Er hat behauptet, zum Tatzeitpunkt bei seinem Freund, dem Zeugen X gewesen zu sein. Da die befragten Zeugen sich im Wesentlichen, auch auf Vorhalt, nicht an die Tat erinnern konnten und weitere Beweismittel nicht vorliegen und die Einlassung des Angeklagten gestützt wird durch die Bekundungen des Zeugen X, ist ein Tatnachweis mit der erforderlichen Sicherheit nicht zu führen.“

Bei den Ausführungen zur Beweiswürdigung sollte der Inhalt der Zeugenaussagen nicht vollständig wiederholt werden. In der Regel genügt die Wiedergabe des wesentlichen Kerns der jeweiligen Bekundungen. Der Schwerpunkt sollte in der Darstellung der Gründe liegen, warum Sie den Zeugen glauben oder eben nicht glauben und welche Bedeutung die Aussage im Gesamtkontext der Beweisführung hat. Kommt es auf spezielle Einzelheiten der konkreten Bekundungen an, können diese vertiefend mitgeteilt werden, wobei dann bei den Erläuterungen auch besonderes Augenmerk auf die würdigenden Elemente zu legen sein wird.

Bei der Beweiswürdigung kann auch der Beweiswert der Beweismittel im Allgemeinen eine Rolle spielen. Objektiven Beweismitteln wie dem Augenscheinsbeweis, dem Urkundsbeweis und dem Sachverständigenbeweis kommt regelmäßig ein hoher Beweiswert zu, da es sich unmittelbar um durch die Verfahrensbeteiligten wahrnehmbare Beweismittel handelt, während die Schilderungen von Geschehnissen durch die Zeugen bzw. den Angeklagten mit diversen Unwägbarkeiten verbunden sind, da Wahrnehmungen personengebunden sind und daher nie frei sei können von individuellen Besonderheiten. Auch sind die Wahrnehmungsbereitschaft und die Wahrnehmungsfähigkeit von subjektiven Beweismitteln stets einzelfallabhängig. Die Erinnerungsleistungen und die Wiedergabe von Erinnerungen sind zudem häufig überlagert durch Interpretationsvorgänge, die im Ergebnis zu Aussagen führen können, die mit dem tatsächlichen Geschehen nichts gemein haben. Dies gilt ganz unabhängig davon, ob die aussagende Person gewillt und bemüht ist, wahrheitsgemäße Angaben zu machen. Nicht die Lüge ist der schlimmste Feind der Wahrheit, sondern der Irrtum. Die Schilderung eines Zeugen

muss daher (ggf. nur gedanklich) mindestens unter Berücksichtigung der Umstände der Wahrnehmungssituation, der Aussagemotivation und den Begleitumständen der Bekundung gewürdigt werden, während Ton- und Bildaufzeichnungen, der Inhalt von Urkunden oder die Beschaffenheit von Gegenständen solchen Bewertungs-Imponderabilien regelmäßig nicht unterliegen.

a) Realkennzeichen

Ob eine Aussage glaubhaft ist und daher wohl der Wahrheit entspricht, lässt sich meist an sog. Realkennzeichen bzw. die Unwahrheit an dem Vorhandensein von Lügensignalen festmachen. Als Realkennzeichen werden in der Aussagepsychologie beispielsweise folgende Merkmale angesehen:

- logische Konsistenz,
- ungeordnete und sprunghafte Darstellung,
- quantitativer Detailreichtum,
- raum-zeitliche Verknüpfungen,
- Interaktionsschilderungen,
- Wiedergabe von Gesprächen,
- Schilderungen von Komplikationen im Handlungsablauf,
- Schilderung ausgefallener Einzelheiten,
- Schilderung nebensächlicher Einzelheiten,
- Schilderung unverständener Handlungselemente,
- indirekt handlungsbezogene Schilderungen (Assoziationen mit ähnlichen Situationen),
- Schilderung eigener innerpsychischer Vorgänge,
- Schilderung psychischer Vorgänge des Angeklagten anhand äußerer Kriterien,
- spontane Verbesserung der eigenen Aussage,
- Eingeständnis von Erinnerungslücken,
- Einwände gegen die Richtigkeit der eigenen Aussage,
- Selbstbelastungen,
- Entlastung des Angeklagten,
- im Wesentlichen konstantes Aussageverhalten in verschiedenen Vernehmungen.

Es liegt auf der Hand, dass diese Elemente – jedes für sich genommen – im Einzelfall nur einen groben Deutungsrahmen vorgeben, dessen Ausfüllung vom Betrachter individuell nach seiner subjektiven Einschätzung erfolgt. Dabei darf man sich aber nicht nur vom „Bauchgefühl“ leiten lassen. Gerade die ungeordnete und sprunghafte Darstellung eines Geschehens durch einen Zeugen wirkt zuweilen ärgerlich, da die Verfahrensbeteiligten üblicherweise „chronologisch denken“ und sich das Aussageverhalten nur mit Mühe in das eigene Vorstellungsbild von der Tat nach dem bisherigen Beweisergebnis „einpassen“ lässt. Einige Gerichte neigen auch dazu, Zeugen, die sprunghaft und verworren zu schildern scheinen, frühzeitig zu unterbrechen und mittels Einzelfragen zu versuchen, den Zeugen zu einer chronologischen Wiedergabe zu bewegen, um die Aussage „besser verstehen zu können“. Eine wahre Erzählung klingt normalerweise jedoch chaotischer und ungeordneter als eine Lüge, denn bei ausgedachten Erlebnissen wird eher ein linearer Verlauf konstruiert, der chronologisch von Anfang zu Ende erzählt werden kann. Man wertet die unstrukturierte Wiedergabe als ein Zeichen für Wahrheit, wenn die logische Konsistenz erhalten bleibt. Auch kann eine detailreiche Schilderung leicht als Ausschmückung einer Erfindung missverstanden werden. Bei echten Erlebnissen nehmen Menschen Informationen jedoch mit allen Sinnen auf. Dieser erhöhte Informationsgehalt spiegelt sich auch in den Berichten wider.

b) Lügensignale

Als Kriterien, die gegen die Annahme sprechen, dass das Wiedergegebene tatsächlich dem Erlebten entspricht, können beispielsweise herangezogen werden:

- einseitige Be- oder Entlastungstendenzen,
- Überbetonung der Richtigkeit der eigenen Beobachtung,
- Mitteilung von Wertungen statt Tatsachen,
- Schilderung eines nahezu komplikationsfreien Geschehensablaufs,
- abstrakte detailarme Schilderung des Kernsachverhaltes,
- wiederholte Verwendung gleichartiger Floskeln zum Kerngeschehen,

- mangelnde Fähigkeit das Randgeschehen zu schildern,
- Nervosität, Aggressivität, Ablehnung der Vernehmungsperson jeweils ohne erkennbaren Grund,
- besondere Dreistigkeit oder devotes Verhalten gegenüber der Vernehmungsperson,
- Ausweichbemühungen oder Verweigerungshaltung.

Hinsichtlich der Belastbarkeit dieser Signale gelten im Wesentlichen die Ausführungen zu den Realkennzeichen.

c) Fehlerquellen

Die Anwendung der vorbeschriebenen Kriterien darf keinesfalls schematisch erfolgen. Beispielsweise ist nicht jede detailreiche Schilderung wahr und nicht jede detailarme unwahr. Es gibt auch keine Mindestanzahl an Kriterien, die im Sinne eines Schwellenwertes erfüllt sein müssten, um die Qualität einer Aussage beurteilen zu können. Stets sind die konkrete Aussagetüchtigkeit, die Wahrnehmungsfähigkeit, die Wahrnehmungsbereitschaft und die Aussagemotivation ebenso im Blick zu halten, wie die Intelligenz, sprachliche Ausdrucksfähigkeit, das Alter, die Persönlichkeitsstruktur, die kognitiven Fähigkeiten des Zeugen, seine Anti- oder Sympathien in Bezug auf den Angeklagten, sein Näheverhältnis zum Angeklagten und sein Interesse am Ausgang des Verfahrens. Auch können sich Fehler bei der Entstehung der Aussage durch (bewusste und unbewusste) Einflussnahmen Dritter auf die Aussagesperson und Beeinflussungen durch die Fragetechnik einschleichen.

Das methodische Grundprinzip bei einer Aussageanalyse besteht darin, einen zu überprüfenden Sachverhalt (Glaubhaftigkeit der spezifischen Aussage) so lange zu negieren, bis diese Negation mit den gesammelten Fakten nicht mehr vereinbar ist. Zunächst muss man dabei annehmen, dass die Aussage unwahr ist (sog. Nullhypothese). Zur Prüfung dieser Annahme hat man weitere Hypothesen zu bilden, die eine Erklärung für die Unwahrheit bieten können. Ergibt sich dabei, dass die Nullhypothese mit den erhobenen Fakten nicht mehr in Übereinstimmung stehen kann, so wird sie verworfen und es gilt die Alternativhypothese, dass es sich um eine wahre Aussage handelt.

In der Praxis wird man diesem methodischen Anspruch im Rahmen eines Plädoyers kaum entsprechen können. Es dürfte in Anlehnung an die „Nullhypothesen-Methode“ ausreichend sein, die Glaubhaftigkeit der Aussage positiv zu prüfen, d.h. darzulegen, welche konkreten Realkennzeichen für die Annahme sprechen, dass es sich um eine wahre Aussage handelt. Die einzelnen Realkennzeichen sind – jedes für sich genommen – dabei aber nicht derart valide, dass sie zwingend eine tragfähige Beurteilungsgrundlage für eine Verurteilung liefern könnten. Dies gilt zumindest dann, wenn sich auch Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Nullhypothese oder eine sonstige Alternativhypothese als ebenso wahrscheinlich bewertet werden kann wie der Tatverdacht. Erst die Gesamtschau aller Umstände ergibt ein halbwegs aussagekräftiges Bild.

Eingedenk des Umstandes, dass die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen grundsätzlich Aufgabe des Tatgerichtes ist, ist regelmäßig davon auszugehen, dass Berufsrichter über diejenige Sachkunde bei der Anwendung aussagepsychologischer Glaubhaftigkeitskriterien verfügen, die für die Beurteilung von Aussagen auch bei schwieriger Beweislage erforderlich ist. Als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sollten Sie sich in jedem Falle entscheiden, wem und was Sie glauben wollen und wem bzw. was nicht und dies im Plädoyer in Grundzügen begründen können.

5. Rechtliche Würdigung

Zu Beginn der rechtlichen Würdigung des von Ihnen dargestellten Sachverhaltes sollten Sie zusammenfassend sagen, wie sich der Angeklagte schuldig gemacht hat. Beispiel:

„Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes hat sich der Angeklagte eines Diebstahls sowie einer vorsätzlichen Trunkenheit im Verkehr in Tateinheit mit unerlaubtem Entfernen vom Unfallort gem. §§ 242 Abs. 1, 316 Abs. 1, 142 Abs. 1 Nr. 1, 52, 53 StGB schuldig gemacht.“

In einfach gelagerten und unproblematischen Fällen kann es damit sein Bewenden haben. Niemand wird bei einem „Ladendiebstahl von Kaugummi“ von Ihnen erwarten, dass Sie die Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB definieren und subsumieren. Anders kann dies liegen, wenn bei einem an sich einfach gelagerten Fall ein Tatbestandsmerkmal problematisch ist, etwa weil der Angeklagte subjektive Tatbestandsmerkmale bestritten hat. Hier dürfte es sich anbieten, das fragliche Merkmal kurz zu definieren und das Problem kurz einer Lösung zuzuführen. Etwa so:

„Hinsichtlich des Diebstahls hat der Angeklagte auch mit Zueignungsabsicht gehandelt, da er den Eigentümer der Kaugummis dauerhaft enteignen und sich diese zumindest vorübergehenden aneignen wollte.“

In rechtlich schwierigeren Fällen können bei der rechtlichen Würdigung eines dann im Detail darzustellenden Tatbestandsmerkmals auch Elemente der Beweiswürdigung vertiefend aufgegriffen werden, wobei Wiederholungen zu vermeiden sind.

Selbstverständlichkeiten sollten nicht ausgebreitet werden. Bei einem Diebstahl, bei dem beispielsweise die Fremdheit der beweglichen Sache unproblematisch ist, wären Ausführungen hierzu (oder gar die rechtliche Erörterung der Sacheigenschaft an sich unter Rückgriff auf § 90 BGB) unangebracht.

Immer dann, wenn Sie den Sachverhalt in Abweichung von der Anklageschrift rechtlich würdigen oder der Sachverhalt im Ergebnis der Beweisaufnahme anders als in der Anklageschrift geschildert abgelaufen ist und dadurch eine abweichende rechtliche Bewertung erforderlich wird sowie dann, wenn Sie bemerken, dass das Gericht einer von Ihrer Auffassung abweichenden rechtlichen Beurteilung zuneigt, sollten Sie die rechtliche Würdigung ausführlicher gestalten. Deutliche Indizien für eine Erörterungsbedürftigkeit sind rechtliche Hinweise gem. § 265 StPO (vgl. **Skript Teil L.II.10.e**) [S. 235]) oder Rechtsausführungen der Verteidigung während der Hauptverhandlung, die darauf schließen lassen, dass ein Tatbestandsmerkmal in rechtlicher Hinsicht „strittig“ werden könnte. Im letzteren Fall können Sie die zu erwartenden Ausführungen der Verteidigung in Ihrem Schlussvortrag bereits antizipatorisch erörtern und „rechtlich widerlegen“. Beispiel:

„Entgegen der augenscheinlichen Auffassung der Verteidigung stellt das Verhalten des Angeklagten auch eine Anstiftung zum Diebstahl dar, denn er hat eben nicht nur den gesondert Verfolgten in dessen bereits vorhandenen Tatentschluss bestärkt und damit psychische Beihilfe geleistet, sondern vielmehr den Tatentschluss erst hervorgerufen, denn ...“

Wollen Sie einen Freispruch beantragen, weil Sie beispielsweise zu der Auffassung gekommen sind, dass das tatsächliche Geschehen keinen Straftatbestand erfüllt, ergibt sich die Notwendigkeit der entsprechenden Darstellung der rechtlichen Würdigung aus der Tatsache, dass Sie insoweit von der rechtlichen Beurteilung in der Anklageschrift (und dem Eröffnungsbeschluss) abweichen. Lediglich dann, wenn der Sachverhalt – im Kern die Täterschaft / Teilnahme des Angeklagten – aus tatsächlichen Gründen keine hinreichende Bestätigung gefunden hat, kann auf Rechtsausführungen in der Regel verzichtet werden. Erörterungsbedarf besteht aber in jedem Falle, wenn die „Nichterweislichkeit“ ihren Ursprung in der Anwendung des Beweisrechtes hat (Unverwertbarkeit des einzigen Beweismittels bspw.).

6. Strafzumessung

Zur Systematik und den Grundzügen der Straf- und Maßregelzumessung lesen Sie bitte **Skript Teil G** [S. 107]. Die dortigen Ausführungen werden an dieser Stelle als „bekannt“ vorausgesetzt!

Am Ende eines jeden mit dem Ziel der Verurteilung gehaltenen Plädoyers stellt sich die Frage, wie der Angeklagte zu bestrafen ist. Ihre Aufgabe besteht darin, dem Gericht eine klare und nachvollziehbare Antwort mit befriedigender Begründung zu liefern (Nr. 138 Abs. 2 RiStBV). Die

in jeder Hinsicht und auch für die übrigen Verfahrensbeteiligten spannende Fragestellung kann sogar als Einleitung der Ausführungen zu den Strafzumessungen verwendet werden:

„[Es] stellt sich die Frage, wie der Angeklagte zu bestrafen ist.“

a) Strafrahmen

Wesentlich für die konkrete Strafzumessung ist die Bestimmung des anzuwendenden Strafrahmens und zwar für jedes Delikt gesondert. Etwaige Strafrahmenverschiebungen sind dabei zu beachten. Sie beginnen Ihre Ausführungen daher mit den jeweils anzuwendenden Strafrahmen und erörtern dabei – soweit erforderlich – Verschiebungsaspekte:

„Der Strafrahmen der einfachen Körperverletzung reicht von Geldstrafe bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe. Vorliegend war die Körperverletzung – wie ausgeführt – jedoch nicht vollendet. Es liegt nur ein Versuch vor. Gemäß § 23 Abs. 2 StGB kann der Strafrahmen daher gem. § 49 Abs. 1 StGB gemildert werden. Angesichts der Gesamtumstände, insbesondere des erheblich provokativen Verhaltens des angegriffenen Tatopfers im unmittelbaren Vorfeld der Tat, halte ich die Strafrahmenverschiebung für angemessen. Der anzuwendende gemilderte Strafrahmen reicht daher von Geldstrafe bis zu 3 Jahren und 9 Monaten Freiheitsstrafe.“

Ähnlich kann bei minderschweren Fällen verfahren werden, wobei dann vertiefende Ausführungen dazu zu machen sind, warum das Tatbild vom Üblichen derart abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint. Werden bei diesen Ausführungen vertypete Milderungsgründe verbraucht, ist darauf gesondert hinzuweisen.

Hinsichtlich der Anwendung des § 21 StGB wird zunächst auf die Ausführungen unter **Skript Teil H.III.2.b)** [S. 120] Bezug genommen. Häufig behaupten Angeklagte, ganz erheblich alkoholisiert gewesen zu sein. Bestehen hierfür im Ergebnis der Beweisaufnahme keinerlei Anhaltspunkte, kann die (behauptete) Alkoholisierung zwar im Rahmen der eigentlichen Strafzumessung berücksichtigt werden (wobei auch das nicht zwingend ist!), eine Anwendung des § 21 StGB dürfte aber ausscheiden. Meist können Sie der Anwendung des § 21 StGB schon durch Darstellung der festgestellten psychodiagnostischen Leistungsmerkmale entgegentreten.

Ist ein Eingangsmerkmal im Sinne des § 21 StGB jedoch erfüllt, ist für das Plädoyer zu beachten, dass es sich eben auch „nur“ um einen fakultativen Strafmilderungsgrund handelt. Niemand zwingt Sie oder das Gericht, bei Alkoholisierung stets den Strafrahmen zu verschieben. Eine Verschiebung dürfte insbesondere dann ausscheiden, wenn der Angeklagte sich in gefahrenrächtigen Situationen betrinkt oder weiß, dass er im betrunkenen Zustand zur Begehung von Straftaten neigt. Auch insoweit sind die Umstände des Einzelfalls maßgeblich. Besondere Berücksichtigung kann dabei die Entscheidung des Großen Senates vom 24.07.2017 finden (BGH GSSt 3 / 17, NJW 2018, 1180ff.). Danach kann im Rahmen der bei der tatgerichtlichen Ermessensentscheidung über die Strafrahmenverschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gebotenen Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände eine selbstverschuldete Trunkenheit die Versagung der Strafrahmenmilderung nämlich selbst dann tragen, wenn eine vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund der persönlichen oder situativen Verhältnisse des Einzelfalls nicht feststellbar ist.

Sie könnten in solchen Fällen beispielsweise wie folgt zur möglichen Strafrahmenverschiebung plädieren:

„Zu beachten ist, dass der Angeklagte erklärt hat, er habe bei der Tatbegehung erheblich unter dem Einfluss von Alkohol gestanden. Anhaltspunkte für eine verminderte Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB bestehen nach meiner Auffassung aber nicht. Der Angeklagte war sehr wohl

in der Lage, die zwei Meter hohe Leiter zum Geschäft hinaufzuklettern, in luftiger Höhe das Fenster zu öffnen, in den Verkaufsraum einzusteigen und nach der Wegnahme der Kaugummi denselben Weg unbeschadet zurück zu nehmen. Aufgrund des so dokumentierten auch feinmotorischen Leistungsverhaltens kann nicht davon ausgegangen werden, dass die möglicherweise bestehende Alkoholintoxikation derart erheblich war, dass diese zu einer Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit geführt hätte. Sollte das Gericht dies anders sehen, wird es zu berücksichtigen haben, dass der Angeklagte sich nach eigenen Angaben unmittelbar vor der Tat selbstverantwortlich betrunken haben will. Dies stellt nach neuerer Rechtsprechung einen schulderhöhenden Umstand dar, der im Rahmen der Ermessensausübung gem. § 21 StGB vorliegend zu beachten ist und die Verminderung des Schuldgehaltes hinreichend zu kompensieren vermag. Eine Strafrahmenverschiebung kommt daher nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht in Betracht.“

b) Strafzumessung i.e.S.

Haben Sie die anzuwendenden Strafrahmen herausgearbeitet, ist die konkrete Strafhöhe zu bestimmen (vgl. **Skript Teil G.IV** [S. 110]). Dabei sind die für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände nach Maßgabe des § 46 StGB zu erörtern und gegeneinander abzuwägen.

Aspekte, die zugunsten des Angeklagten sprechen, könnten beispielsweise sein:

- geständige, reuige, von Unrechtseinsicht geprägte Einlassung
- ungünstige Entwicklung infolge unverschuldeter sozialer Umstände
- geringes oder hohes Alter
- Anlass und Beweggründe der Tat (z.B. unverschuldete Notlage; Provokation)
- schwere psychische Belastungen (z.B. andauernde zerrüttete Familienverhältnisse)
- ungünstige, tatfördernde Einflüsse Dritter („Mitläufereffekt“)
- Mitverschulden anderer
- geringe kriminelle Energie, geringer Tatbeitrag
- eingetretener Zeitablauf zwischen Tat und Verurteilung (Verfahrensdauer)
- Einmaligkeit der Tat
- geringer Schaden
- erheblicher Eigenschaden (Verlust der Arbeit; dienstrechtliche Nachteile)
- Schadenswiedergutmachung / Entschuldigung
- Strafempfindlichkeit
- Einwirkungen durch U-Haft

Aspekte, die zulasten des Angeklagten sprechen, könnten beispielsweise sein:

- bereits (erheblich), (einschlägig) strafrechtlich in Erscheinung getreten
- hohe Rückfallgeschwindigkeit
- Bewährungsversagen
- besondere Rücksichtslosigkeit, Ausnutzung von Vertrauensverhältnissen
- hohe kriminelle Energie (sorgfältige Planung, Nachhaltigkeit, Auswahl schutzloser Opfer)
- verwerfliches Motiv
- hoher Schaden, Vielzahl an Geschädigten, Serientat, Tatdauer, Aggressivität
- Verstoß gegen mehrere Straftatbestände bei ungleichartiger Tateinheit; Erfüllung mehrerer Qualifikationsmerkmale / Regelbeispiele
- Haupttäter, maßgebliche Beteiligung an der Tatplanung und/oder Tatausführung, Verleitung anderer zur Tat
- Uneinsichtigkeit
- Anstiftung zu Falschaussagen, Bedrohung von Zeugen, Prahlen mit Tat, Verheimlichung der Tatbeute

Die Aufstellung ist nicht abschließend. Entscheidend ist der Einzelfall. Bei der Darstellung der Gesichtspunkte ist darauf zu achten, nicht schematisch zu Übertreibungen zu neigen. Nicht jede Körperverletzung ist niederträchtig oder brutal oder von besonderer Aggressivität geprägt. Nicht jeder Betrüger ist rücksichtslos, habgierig oder geht besonders dreist vor.

Eingeleitet werden können die Strafzumessungsaspekte beispielsweise so:

„Bei der Strafzumessung ist zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen, dass Zu seinen Lasten muss jedoch berücksichtigt werden, dass“

c) Konkrete Strafhöhe

Nach den Ausführungen zu den Strafzumessungsgesichtspunkten beginnt der Antragsteil des Plädoyers. Für jede materiellrechtlich selbständige Tat ist eine konkrete Strafe zu beantragen. Dabei kann es erforderlich werden, die konkrete Strafwahl gesondert zu begründen, insbesondere dann, wenn Sie sich im Bereich zwischen einem Monat und einem Jahr Freiheitsstrafe bewegen, weil insoweit auch Geldstrafe in Betracht kommt (vgl. nochmals ausdrücklich **Skript Teil G.IV** [S. 110] und **Skript Teil L.III.7.e**) [S. 262]).

In der Vielzahl der Fälle werden vor dem Strafrichter Geldstrafen zu beantragen sein. Dabei kann die folgende Aufstellung als Orientierungshilfe (bei Ersttätern!) dienen. Eine schematische Anwendung verbietet sich.

- | | |
|---|-------------------------|
| - Ladendiebstahl geringwertiger Sachen: | 15 – 30 Tagessätze (TS) |
| - Diebstahl / Unterschlagung / Untreue / Betrug | |
| (Schaden bis 500,- Euro): | 20 – 30 TS |
| (Schaden bis 1000,- Euro): | 30 – 50 TS |
| (Schaden bis 3000,- Euro): | 50 – 80 TS |
| (Schaden bis 5000,- Euro): | 80 – 120 TS |
| - „einfache“ Körperverletzung: | 30 – 50 TS |
| - einfacher Widerstand: | 30 – 40 TS |
| - Hausfriedensbruch / Beleidigung: | 20 – 40 TS |
| - erstmalige Trunkenheit im Verkehr: | 30 – 40 TS |
| - unerlaubtes Entfernen vom Unfallort: | 20 – 40 TS |
| bei Sachschäden ab 1.300 Euro: | 30 – 60 TS |
| bei Personenschäden (je nach Grad): | ab 40 TS |
| - Fahren ohne Fahrerlaubnis: | 20 – 30 TS |

Eine gewisse „Schmerzgrenze“ liegt (für Ersttäter) bei 90 Tagessätzen bzw. drei Monaten Freiheitsstrafe. Strafen, welche diese überschreiten, werden in ein Führungszeugnis aufgenommen (vgl. § 32 Abs. 2 Nr. 5 BZRG). Liegen die Strafen darunter, darf sich der Verurteilte als unbestraft bezeichnen und braucht den der Verurteilung zugrunde liegenden Sachverhalt nicht zu offenbaren (§ 53 Abs. 1 BZRG). Dies gilt allerdings nicht gegenüber Gerichten und Behörden, die ein uneingeschränktes Auskunftsrecht haben.

Die Höhe des einzelnen Tagessatzes ist ebenfalls zu beantragen und bestimmt sich unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters, wobei regelmäßig das tägliche Nettoeinkommen, also der Betrag, den der Angeklagte durchschnittlich an einem Tag hat oder haben könnte, zugrunde zu legen ist (§ 40 Abs. 2 StGB). Zur Berechnung dividieren Sie das monatliche (ggf. geschätzte (vgl. § 40 Abs. 3 StGB)) Einkommen des Angeklagten durch 30.

Bei der Bestimmung des monatlichen Einkommens sind Unterhaltsverpflichtungen, denen der Angeklagte tatsächlich nachkommt, angemessen zu berücksichtigen. Sind die konkreten Zahlbeträge nicht bekannt, kann ein pauschaler (prozentualer) Abzug erfolgen (ca. 15% für jedes unterhaltene Kind, ca. 25% für den nicht berufstätigen Ehepartner, insgesamt nicht mehr als 50%; oder (m.E. besser) 150,- Euro pro Kind und 200,- Euro für den Ehepartner). Bei einkommensschwachen Personen (Sozialhilfeempfänger, Schülern, Studenten, Arbeitslosen, Asylbewerbern usw.) werden in der Regel 10 bis 15 Euro pro Tagessatz in Ansatz zu bringen sein.

Die nach den vorstehenden Grundsätzen bestimmte Tagessatzhöhe bleibt auch bei mehreren Taten immer gleich. Lediglich die Anzahl der Tagessätze variiert.

7. Anträge

a) Sanktionen

Nach den Vorüberlegungen sind die Anträge auszuformulieren:

„Unter Berücksichtigung dieser Umstände erscheint eine Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 15,- Euro tat- und schuldangemessen, die ich hiermit beantrage.“

Dieser Antrag „funktioniert“ nur im einfachsten Fall – also nur eine Tat angeklagt, nur eine Tat zu verurteilen und keinerlei Nebenanträge, auf die noch eingegangen wird. Etwas komplexer ist es schon, wenn Sie mehrere Einzelstrafen beantragen müssen:

b) Gesamtstrafenbildung

„Unter Abwägung dieser Strafzumessungsaspekte erscheint für den Diebstahl eine Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen und für die Beleidigung eine solche in Höhe von 15 Tagessätzen tat- und schuldangemessen.“

Wie Sie wissen, sind bei mehreren Straftaten, die gleichzeitig abgeurteilt werden, die Regeln über die Bildung der Gesamtstrafe anzuwenden (vgl. **Skript Teil G.V.2** [S. 112]). Es gilt das in den §§ 53, 54 StGB näher beschriebene Asperationsprinzip. Durch den vorstehenden Antrag haben Sie die konkret verwirkten Einzelstrafen bereits bestimmt. Als Einsatzstrafe, also die Strafe, die zur Bildung der Gesamtstrafe angemessen zu erhöhen ist, ist im obigen Beispiel die für den Diebstahl beantragte Einzelstrafe heranzuziehen (30 Tagessätze). Die Grenzen von § 54 Abs. 2 StGB sind zu beachten.

Bei der Erhöhung verbietet sich jeder schematische Vorgang. Maßgeblich sind die allgemeinen Strafzumessungsgrundsätze (vgl. auch § 54 Abs. 1 S. 3 StGB). Von der üblicherweise vorgeschlagenen Berechnungsmethode, zu der Einsatzstrafe jeweils die Hälfte der übrigen Einzelstrafen zu addieren, rate ich daher ab. Es kann nämlich wegen der Besonderheiten des Falles einerseits auch eine ganz leichte Erhöhung angemessen sein und andererseits bis nah an die Grenze der Summe der Einzelstrafen heran erhöht werden. Die bei der Gesamtstrafenbildung vorzunehmende Würdigung kann sich – da Sie die Strafzumessungsgesichtspunkte bereits vorab umfassend dargestellt haben – in einem Satz erschöpfen, wenn keine Besonderheiten bestehen.

Allerdings muss die Höhe der Tagessätze jedenfalls jetzt mitgeteilt werden, denn andernfalls wäre Ihr Antrag unvollständig.

Im vorstehenden Beispiel könnte das etwa so aussehen:

„Unter nochmaliger Berücksichtigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände wird daher beantragt, den Angeklagten zu einer Gesamtgeldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen zu je 15,- Euro zu verurteilen.“

Wird aus Geld- und Freiheitsstrafen eine Gesamtstrafe gebildet, kann die Gesamtstrafe nur eine Freiheitsstrafe sein. Bei der Bestimmung der Summe der Einzelstrafen (als Grenzwert im Sinne des § 54 Abs. 2 StGB) entspricht ein Tagessatz einem Tag Freiheitsstrafe (§ 54 Abs. 3 StGB).
Beispiel:

„Unter Abwägung dieser Strafzumessungsaspekte erscheint für den Diebstahl eine Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen, für die Beleidigung eine solche in Höhe von 15 Tagessätzen zu je 15,- Euro und für die gefährliche Körperverletzung eine Freiheitsstrafe von 7 Monaten tat- und schuldangemessen. Unter nochmaliger Gesamtwürdigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände ist daraus nach Auffassung der Staatsanwaltschaft eine Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von 8 Monaten zu bilden.“

c) Nachträgliche Gesamtstrafe

Möglich ist auch, dass Sie gem. § 55 StGB eine nachträgliche Gesamtstrafe bilden müssen. Die Antragstellung ist in diesen Fällen etwas komplexer.

Voraussetzung einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung in der Hauptverhandlung ist, dass der Angeklagte nach der Begehung der angeklagten Tat wegen einer anderen Tat rechtskräftig verurteilt worden ist und die dabei ausgesprochene Strafe im Zeitpunkt „Ihrer“ Verhandlung noch nicht verjährt, vollständig vollstreckt oder erlassen worden ist. Da in diesen Fällen das „ursprüngliche Gericht“ auch hätte über die jetzt zu verhandelnde Tat urteilen können (wenn diese angeklagt gewesen wäre; darauf, ob Sie bekannt war, kommt es nicht an!), ist der Angeklagte jetzt so zu stellen, als ob dies geschehen wäre, da die Anwendung der §§ 53, 54 StGB zwingend ist. Weitere prozessuale Voraussetzung ist auch, dass das frühere Urteil dem Gericht vorliegt und zum Gegenstand der Hauptverhandlung im Wege des Urkundenbeweises gemacht worden ist.

Liegen die Voraussetzungen für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung vor, ist diese zu beantragen. Dazu folgendes Beispiel:

(01) Mit Einzelstrafen

Der Angeklagte wurde am 01.04.2019 wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen zu je 15,- Euro verurteilt. Das Urteil wurde durch Verlesung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und festgestellt, dass die Strafe weder verjährt, verbüßt noch erlassen ist. Sie verhandeln wegen einer gefährlichen Körperverletzung, die der Angeklagte bereits am 01.02.2019 begangen hat und wollen hierfür eine Freiheitsstrafe von 10 Monaten beantragen. Zunächst plädieren Sie „ganz normal“ bis zur konkreten Sanktion, die Sie für die gefährliche Körperverletzung beantragen wollen und erörtern dann die nachträglich zu bildende Gesamtstrafe, für deren Höhe die vorstehenden Grundsätze (§§ 53, 54 StGB) entsprechend gelten. Etwa so:

„...wegen der gefährlichen Körperverletzung ist daher tat- und schuldangemessen auf eine Freiheitsstrafe in Höhe von 10 Monaten zu erkennen.

Darüber hinaus ist der Angeklagte bereits am 01.04.2019 vom Amtsgericht Zossen rechtskräftig zu einer Geldstrafe von 60 Tagessätzen verurteilt worden. Die Strafe ist noch nicht verjährt, vollständig verbüßt oder erlassen und die Tat, die Gegenstand der heutigen Hauptverhandlung war, ist am 01.02.2019, mithin vor jenem Urteil begangen worden, so dass die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe gem. § 55 StGB vorliegen. Unter nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände beantrage ich daher, den Angeklagten unter Einbeziehung der durch Urteil des Amtsgerichts Zossen vom 01.04.2019 verhängten Strafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von 11 Monaten zu verurteilen.“

(02) Mit Gesamtstrafen

Etwas schwieriger ist es, wenn das einbeziehungsfähige Urteil seinerseits eine Gesamtstrafe enthält. Diese Gesamtstrafe fasst naturgemäß mehrere Einzelstrafen „zusammen“. Einbeziehungsfähig im Sinne des § 55 StGB sind jedoch nur Einzelstrafen. Die Gesamtstrafe muss daher aufgelöst und die Einzelstrafen müssen einbezogen werden, wobei Einsatzstrafe die dann höchste Einzelstrafe (die auch aus dem früheren Urteil stammen kann) für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist.

Beispiel: Der Angeklagte wurde am 01.04.2019 wegen gefährlicher Körperverletzung und Sachbeschädigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt. Das Urteil wurde durch Verlesung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und festgestellt, dass die Strafe weder verjährt, verbüßt noch erlassen ist. Festgestellt wurde auch, dass die in dem Urteil festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe sich aus Einzelstrafen von 9 Monaten (für die gefährliche Körperverletzung) und 60 Tagessätzen zu je 30,- Euro (für die Sachbeschädigung) zusammensetzt. Sie verhandeln wegen einer Beleidigung, die der Angeklagte bereits am 01.02.2019 begangen hat und wollen hierfür eine Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 30,- Euro beantragen. Zunächst plädieren Sie „ganz normal“ bis zur konkreten Sanktion, die Sie für die Beleidigung beantragen wollen und erörtern dann die nachträglich zu bildende Gesamtstrafe. Etwa so:

„...wegen der Beleidigung ist nach Auffassung der Staatsanwaltschaft eine Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 30,- Euro tat- und schuldangemessen.

Darüber hinaus ist der Angeklagte bereits am 01.04.2019 vom Amtsgericht Zossen rechtskräftig zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt worden, wobei die Einzelstrafen 9 Monate wegen gefährlicher Körperverletzung und 60 Tagessätze wegen Diebstahls betragen haben. Die Strafe ist noch nicht verjährt, vollständig vollstreckt oder erlassen und die hiesige Tat vom 01.02.2019 ist vor jenem Urteil begangen worden, so dass die Voraussetzungen für die nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe gem. § 55 StGB vorliegen. Unter nochmaliger Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände beantrage ich daher, den Angeklagten unter Auflösung der im Urteil des Amtsgerichts Zossen vom 01.04.2019 gebildeten Gesamtstrafe und Einbeziehung der dort verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von 11 Monaten zu verurteilen.“

Das vorstehende Beispiel ist eher theoretischer Natur, denn angesichts des geringen Gewichts der Beleidigung im Verhältnis zu den übrigen Einzelstrafen dürfte in der Praxis regelmäßig eine Einstellung gem. § 154 StPO erfolgen (vgl. **Skript Teil A.V.c**) [S. 18]).

(03) Zäsurwirkung

Komplizierter wird es, wenn Sie Taten zu verhandeln haben, von denen nur ein Teil vor einer anderen rechtskräftigen Verurteilung liegt.

Beispiel: Der Angeklagte wurde am 01.04.2019 wegen gefährlicher Körperverletzung und Sachbeschädigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt. Das Urteil wurde durch Verlesung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und festgestellt, dass die Strafe weder verjährt, verbüßt noch erlassen ist. Festgestellt wurde auch, dass die in dem Urteil festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe sich aus Einzelstrafen von 9 Monaten (für die gefährliche Körperverletzung) und 60 Tagessätzen zu je 30,- Euro (für die Sachbeschädigung) zusammensetzt. Sie verhandeln wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte und Trunkenheit im Verkehr. Der Widerstand ist am 01.02.2019 begangen worden, hingegen wurde

die Trunkenheitsfahrt erst am 01.06.2019 begangen. Sie wollen für den Widerstand eine Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen und für die Trunkenheitsfahrt eine solche in Höhe von 30 Tagessätzen beantragen. Zunächst plädieren Sie „ganz normal“ bis zu den konkreten Sanktionen (Einzelstrafen!), die Sie für den Widerstand und die Trunkenheit im Verkehr beantragen wollen. Hinsichtlich des Widerstandes liegen die Voraussetzungen für § 55 StGB vor, hinsichtlich der Trunkenheitsfahrt nicht. Da das Gericht, welches das Urteil vom 01.04.2019 gesprochen hat, nur den Widerstand hätte mitaburteilen können, weil die Trunkenheitsfahrt zum damaligen Zeitpunkt noch nicht begangen war, hätte das Gericht nur aus den Einzelstrafen für den Widerstand, die gefährliche Körperverletzung und die Sachbeschädigung eine Gesamtstrafe bilden können. Der Angeklagte ist bei Anwendung des § 55 StGB in „Ihrer“ jetzigen Hauptverhandlung so zu stellen, wie er stehen würde, hätte das „ursprüngliche“ Gericht am 01.04.2019 alle bis dahin begangene Taten abgeurteilt. Sie müssen daher eine Gesamtstrafe (gebildet aus den Einzelstrafen für die gefährliche Körperverletzung, Sachbeschädigung und den Widerstand) beantragen und zusätzlich eine weitere Strafe (für die Trunkenheitsfahrt). Aus diesen beiden Strafen können Sie jedoch keine „weitere“ Gesamtstrafe bilden, denn das ursprüngliche Urteil hat Zäsurwirkung. Ihr Plädoyer könnte daher wie folgt aufgebaut sein:

„... gegen den Angeklagten ist nach meinem Dafürhalten eine Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen zu je 30,- Euro für den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte und für die Trunkenheit im Verkehr eine solche in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 30,- Euro festzusetzen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte vor dem Urteil des Amtsgerichts Zossen vom 01.04.2019 begangen worden ist, mit welchem der Angeklagte zu einer bisher nicht verjährten, vollstreckten oder erlassenen Gesamtfreiheitsstrafe von 10 Monaten verurteilt wurde, welche sich aus Einzelstrafen in Höhe von 9 Monaten Freiheitsstrafe und Geldstrafe in Höhe von 60 Tagessätzen zusammensetzt. Insoweit liegen die Voraussetzungen für die Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe gem. § 55 StGB vor.

Ich beantrage daher, den Angeklagten unter Auflösung der im Urteil des Amtsgerichts Zossen gebildeten Gesamtstrafe und Einbeziehung der dortigen Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von 11 Monaten und zu einer weiteren Geldstrafe für die Trunkenheit im Verkehr in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 30,- Euro zu verurteilen.“

(04) Härteausgleich

Ist die Strafe aus dem früheren Urteil bereits vollstreckt, kommt eine Gesamtstrafenbildung nicht mehr in Betracht. In diesen Fällen kann ein sog. „Härteausgleich“ zu gewähren sein, der erkennbar in den Urteilsgründen darzulegen ist. Wie dieser zu gewähren ist, hat der BGH bisher offen gelassen (vgl. Fischer, 66. Aufl. 2019 StGB, § 55 Rn. 22). Am einfachsten (und zulässig) dürfte es sein, den Nachteil bei der Festsetzung der neuen Strafe unmittelbar zu berücksichtigen.

(05) Einziehungsmaßnahmen

Beachten Sie bitte, dass **Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen** (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB), auf die in der früheren und einbezogenen Entscheidung erkannt wurde, grundsätzlich **aufrechtzuerhalten** sind, soweit sie nicht durch die neue Entscheidung gegenstandslos werden oder aus tatsächlichen Gründen bereits gegenstandslos sind. Dies sollten Sie in Ihrem Antrag ebenfalls berücksichtigen, etwa so:

„Ich beantrage daher, den Angeklagten unter Auflösung der im Urteil des Amtsgerichts Rathenow vom 30.11.2019 gebildeten Gesamtstrafe und Einbeziehung der dortigen Einzelstrafen unter Aufrechterhaltung der dort

angeordneten Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 5.000.- Euro zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten zu verurteilen.“

Theoretisch könnten Sie den Aufrechterhaltungsantrag auch ohne Nennung eines Betrages stellen („...unter Aufrechterhaltung der dort angeordneten Wertersatzeinziehung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe...“). Würde ein solcher Antrag allerdings unmittelbar Urteilstenor, könnte der Rechtspfleger der Staatsanwaltschaft die Wertersatzeinziehung nicht vollstrecken, da der Tenor keinen konkreten Betrag nennt. Auf den Tenor des ursprünglichen Urteils, kann der Rechtspfleger nicht – auch nicht hilfsweise – zurückgreifen, da jenes Urteil in Folge der Einbeziehung gegenstandslos geworden ist. Aus diesem Grunde ist der Wertersatzeinziehung unterliegende Betrag konkret zu bezeichnen.

Beachten Sie bitte, dass bei der Einziehung von Taterträgen (§ 73 StGB) der Staat regelmäßig mit Rechtskraft der Entscheidung das Eigentum an dem eingezogenen Gegenstand erwirbt (§ 75 Abs. 1 StGB). In derartigen Fällen ist das Aufrechterhalten einer Einziehungsentscheidung bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung nach § 55 Abs. 2 StGB entbehrlich, da die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für Anordnung entfallen sind.

Trotz des auf Aufrechterhaltung der früheren Entscheidung gerichteten Wortlautes des § 55 Abs. 2 StGB besteht eine Besonderheit, wenn in der ursprünglichen Entscheidung die Einziehung des Wertes von Taterträgen angeordnet wurde und die neue Entscheidung ebenfalls eine Wertersatzeinziehung zur Folge hat. In diesen Fällen ist eine auf einen bestimmten Betrag lautende (neue) Einziehungsanordnung zu treffen. Dabei sind die Beträge aus der ursprünglichen Entscheidung zu den Beträgen aus der aktuellen Entscheidung zu addieren. Durch das Zusammenzählen der Beträge aus der früheren und der aktuellen Entscheidung wird die Einziehungsanordnung in dem früheren Urteil gegenstandslos im Sinne des § 55 Abs. 2 StGB und bedarf keiner Aufrechterhaltung (BGH Beschl. v. 27.7.2021 – 3 StR 203/21, NStZ-RR 2021, 303; BGH Beschl. v. 1.8.2019 – 4 StR 477/18, NStZ-RR 2020, 8). War beispielsweise in der früheren Entscheidung eine Wertersatzeinziehung in Höhe von 2.000 Euro angeordnet und ist durch das neue Urteil eine solche in Höhe von 3.000 Euro veranlasst, könnte der Antrag etwa so lauten:

„Es wird daher beantragt, den Angeklagten unter Auflösung der im Urteil des Amtsgerichts Potsdam vom 30.11.2021 gebildeten Gesamtstrafe und Einbeziehung der dortigen Einzelstrafen zu einer Gesamtgeldstrafe in Höhe von 210 Tagessätzen zu je 30.- Euro zu verurteilen und die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 5.000.- Euro anzuordnen.“

(06) Fahrerlaubnismaßnahmen

Wenn Sie eine nachträgliche Gesamtstrafe bilden müssen und in der früheren Verurteilung auf die Entziehung der Fahrerlaubnis, die Einziehung des Führerscheins und eine Sperrfrist erkannt wurde (vgl. hierzu **Skript Teil L.III.7.j**) [S. 271]), ist zu berücksichtigen, dass mit Rechtskraft des ursprünglichen Urteils die Fahrerlaubnis erlischt (§ 69 Abs. 3 S. 1 StGB) und die Einziehung des Führerscheins wirksam wird (§ 69 Abs. 3 S. 2 StGB). Zwar spricht der Wortlaut des § 55 Abs. 2 StGB dafür, dass ein Ausspruch über die Aufrechterhaltung im früheren Urteil angeordneter Maßnahmen stets zu erfolgen hat, soweit diese nicht ausnahmsweise „durch die neue Entscheidung“ gegenstandslos werden. Allerdings sind nach Auffassung der Rechtsprechung auch Umstände zu berücksichtigen, durch welche die Maßnahmen zwar nicht „durch die neue Entscheidung“, aber auf andere Weise ihre Erledigung gefunden haben. Die Regelung des § 55 Abs. 2 StGB soll dem Umstand Rechnung tragen, dass mit der nachträglichen Gesamtstrafenentscheidung diese die alleinige Vollstreckungsgrundlage bildet. Ist aber eine im früheren Urteil angeordnete Maßnahme – aus welchen Gründen auch immer – erledigt, so fehlt es an der Notwendigkeit, gleichwohl über ihre Aufrechterhaltung zu befinden. Da die Entziehung der Fahrerlaubnis und die Einziehung des Führerscheins unmittelbar mit Rechtskraft der ursprünglichen Entscheidung wirksam werden, bedarf es insoweit keiner weiteren Vollstreckung mehr. Diese Maßnahmen sind im Sinne des § 55 Abs. 2 StGB erledigt. Eine Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis und der Einziehung des Führerscheins im Urteilstenor und

damit auch ein entsprechender Antrag ist daher nicht erforderlich (BGH Ur. v. 11.2.2003 – 4 StR 398/03, NStZ-RR 2004, 247f.). Gleichwohl ist eine solche Aufrechterhaltung unschädlich und ein entsprechender Antrag wird zuweilen vor dem Hintergrund des Wortlautes des § 55 Abs. 2 StGB jedenfalls dann erwartet, wenn eine im früheren Urteil angeordnete Sperrfrist § 69a StGB noch nicht abgelaufen ist.

In jedem Fall ist hinsichtlich einer noch nicht abgelaufenen Sperrfrist nach § 69a StGB eine Aufrechterhaltung nach § 55 Abs. 2 StGB erforderlich und zu beantragen. Die Sperrfrist beginnt durch diese Aufrechterhaltung nicht neu. Durch die Aufrechterhaltung wird nur die „Vollstreckungsgrundlage“ i.w.S. beibehalten. Ein solcher Antrag könnte beispielsweise so lauten:

„Ich beantrage daher, die Angeklagte unter Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Zossen vom 10.09.2021 zu einer Gesamtgeldstrafe von 90 Tagessätzen zu je 15.- Euro zu verurteilen und die in dem Urteil vom 10.09.2021 angeordnete Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis aufrechtzuerhalten.“

Ist die früher angeordnete Sperrfrist i.S.d. § 69a StGB demgegenüber im Zeitpunkt der nachträglichen Gesamtstrafenbildung bereits abgelaufen, kommt eine Aufrechterhaltung der Sperrfrist nicht mehr in Betracht. M.a.W.: Wurde in dem früheren Urteil die Fahrerlaubnis entzogen, der Führerschein eingezogen und eine Sperre verhängt und ist letztere bereits abgelaufen, sind keine Anträge zur Aufrechterhaltung dieser Maßnahmen zu stellen (vollständige Erledigung auf andere Weise). Beachten Sie bitte, dass die Standard-Kommentierung insoweit der hier vertretenen Auffassung widerspricht (vgl. Fischer, 67. Aufl. 2020, § 55 Rn. 33 a.E.). Danach soll, wenn die Sperrfrist abgelaufen ist, nur die Entziehung der Fahrerlaubnis aufrechtzuerhalten sein. Diese Kommentierung stützt sich auf mehrere (ältere) Entscheidungen des BGH (vgl. BGH Beschl. v. 15.05.1996 – 1 StR 197/96, NStZ 1996, 433; BGH Beschl. v. 14.02.2008 – 1 StR 542/07, BeckRS 2008, 3409; BGH Beschl. v. 19.2.2002 – 1 StR 5/02, NJW 2002, 1813f.). Es erscheint aber widersprüchlich, eine Entziehung der Fahrerlaubnis, die mit Rechtskraft des ursprünglichen Urteils wirksam geworden ist und keiner Vollstreckungsgrundlage mehr bedarf (vgl. hierzu BGH Ur. v. 11.2.2003 – 4 StR 398/03, NStZ-RR 2004, 247f.), aufrecht zu erhalten, obschon die diese Entziehung „absichernde“ Sperrfrist bereits abgelaufen ist, weshalb die Neuerteilung der Fahrerlaubnis „nicht mehr zu verhindern wäre“. Die Widersprüchlichkeit tritt insbesondere zu Tage, wenn der Angeklagte beispielsweise nach Ablauf der ursprünglichen Sperrfrist, aber vor der Entscheidung, die zu der nachträglichen Gesamtstrafenbildung führt, eine neue Fahrerlaubnis erlangt hat. Die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Entziehung der Fahrerlaubnis bewirkt jedenfalls nicht, dass dem Angeklagten die zwischenzeitlich erlangte Fahrerlaubnis zu entziehen wäre. Sinn und Zweck der rein deklaratorischen Aufrechterhaltung im Urteil erschließt sich in diesen Fällen jedenfalls nicht. Die hier vertretene Auffassung wird im Übrigen von der „neueren“ Rechtsprechung gestützt: BGH Beschl. v. 18.11.2015 – 4 StR 442/15, BeckRS 2015, 20786; BGH Beschl. v. 28.10.2009 – 2 StR 351/09, NStZ-RR 2010, 58.

Rechtfertigt eine von Ihnen verhandelte Tat, mit der eine Gesamtstrafe unter Einbeziehung einer früheren Verurteilung, in denen die Maßregel nach §§ 69, 69a StGB ebenfalls angeordnet wurde, gebildet werden muss, die Entziehung der Fahrerlaubnis, ist die voraussichtliche Dauer der künftigen Ungeeignetheit des Angeklagten im Zeitpunkt des Hauptverhandlungstermins zu prognostizieren und entsprechend über die Dauer einer neuen, einheitlichen Sperrfrist zu entscheiden. Die Höchstfrist des § 69a Abs. 1 S. 1 StGB von fünf Jahren darf dabei grundsätzlich nicht überschritten werden (Ausnahme vgl. § 69a Abs. 1 S. 2 StGB). Zu beachten ist, dass die Sperrfrist mit der Rechtskraft der früheren Entscheidung beginnt. Zwar ist die frühere Entscheidung zur Dauer der Sperrfrist durch die Festsetzung einer neuen einheitlichen Sperre insoweit sachlich überholt, nach dem Regelungsgefüge des § 55 StGB ist der Angeklagte jedoch so zu stellen, als hätte das ursprüngliche Gericht über alle bis zum Entscheidungszeitpunkt begangenen Taten auch hinsichtlich der Maßregelanordnung entschieden. Da sowohl die ursprüngliche als auch die neue Entscheidung die Entziehung der Fahrerlaubnis und die Einziehung des Führerscheins rechtfertigen, die neu festgesetzte Sperrfrist sich faktisch jedoch wie eine Verlängerung der im ursprünglichen Urteil festgelegten Sperrfrist auswirkt, dürfte aus Gründen der Klarstellung die Aufrechterhaltung der ursprünglichen Entziehung und Einziehung

im Urteilstenor (trotz Erledigung auf andere Weise) gerechtfertigt sein. Sie könnten als beispielsweise wie folgt beantragen:

„Unter Berücksichtigung der vorbezeichneten Strafzumessungsgründe hält die Staatsanwaltschaft wegen der vorsätzlichen Trunkenheit im Verkehr vom 1. August 2021 eine Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen für tat- und schuldangemessen. Durch die Tat hat sich der Angeklagte zudem als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen.

Zu berücksichtigen ist, dass der Angeklagte bereits am 1. September 2021 wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr durch das Amtsgericht Neuruppin zu einer Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen verurteilt worden ist. Hinsichtlich dieses Urteils liegen die Voraussetzungen für eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung vor. Zudem hat das Amtsgericht Neuruppin dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, seinen Führerschein eingezogen und eine Sperre für die Erteilung der Fahrerlaubnis von 8 Monaten verhängt. Die Sperrfrist ist noch nicht abgelaufen. Dieser Maßregelauspruch ist im Rahmen der Gesamtstrafenbildung nach Maßgabe des § 55 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen und eine einheitliche Sperrfrist, die mit der Rechtskraft der Entscheidung des Amtsgerichts Neuruppin beginnt, zu bestimmen.

Ich beantrage daher, den Angeklagten unter Einbeziehung der Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuruppin vom 1. September 2021 und nochmaliger Berücksichtigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen zu je 15.- Euro zu verurteilen, die Entziehung der Fahrerlaubnis und die Einziehung des Führerscheins aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuruppin aufrechtzuerhalten und die Verwaltungsbehörde anzuweisen, dem Angeklagten nicht vor Ablauf von einem Jahr beginnend ab Rechtskraft der einbezogenen Entscheidung eine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.“

d) Besonderheiten bei Geldstrafen

(01) Verwarnung mit Strafvorbehalt

Häufig ist zu beobachten, dass Gerichte statt einer vom Referendar als Sitzungsvertreter beantragten Geldstrafe eine Verwarnung mit Strafvorbehalt ausurteilen, wenn zuvor eine Zustimmung zu einer Einstellung gem. §§ 153, 153a StPO durch den Referendar nicht erteilt worden war. Nur um etwaigen „Überraschungen“ in diesen Fällen vorzubeugen, soll auf das Regelungsgefüge der §§ 59 – 59c StGB überblicksartig eingegangen werden. Die dogmatische Einordnung der Verwarnung mit Strafvorbehalt ist nicht abschließend geklärt. Überwiegend wird sie als Sanktionsart sui generis begriffen, die selbständig neben den Strafen und Maßregeln der Besserung und Sicherung steht.

Die Besonderheit der Verwarnung mit Strafvorbehalt besteht darin, dass der Täter (zunächst) nicht bestraft wird. Er wird schuldig gesprochen und verwarnet. Die spätere Verurteilung zu einer bereits im Urteil festzulegenden Geldstrafe wird vorbehalten und kommt nur in Betracht, wenn der Täter sich innerhalb einer Bewährungszeit von mindestens einem Jahr, höchstens zwei Jahren (§ 59a Abs. 1 StGB) nicht wohl verhält. Die Voraussetzungen und das Verfahren sind denen der Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zu Bewährung ähnlich.

Voraussetzung einer Verwarnung mit Strafvorbehalt ist, dass der Täter lediglich eine (Gesamt-)Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen verwirkt hat (§ 59 Abs. 1 S. 1 StGB), die konkret zu

bestimmen ist. Ist eine Maßregel der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) verwirkt, ist die Verwarnung mit Strafvorbehalt nicht zulässig (§ 59 Abs. 2 S. 2 StGB). Durch eine gebotene Entziehung der Fahrerlaubnis beispielsweise, (§§ 61 Nr. 5, 69, 69a StGB) wird die Möglichkeit einer Verwarnung ausgeschlossen.

Darüber hinaus ist eine günstige Sozialprognose erforderlich (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, S. 2 i.V.m. § 56 Abs. 1 S. 2 StGB). Rechtfertigt eine Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens, seiner Lebensverhältnisse und der Umstände der Tat die Annahme, dass der Angeklagte in Zukunft ein straffreies Leben führt, ist die Sozialprognose positiv.

Darüber hinaus müssen besondere Umstände vorliegen, welche die zu beurteilende Tat von den Durchschnittsfällen so deutlich abheben, dass eine Bestrafung nicht geboten erscheint. Wegen der erforderlichen Gesamtwirkung können sich die besonderen Umstände aus der Tat oder der Täterpersönlichkeit ergeben (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB).

Schließlich darf die Verteidigung der Rechtsordnung die Verurteilung zu Strafe nicht gebieten (§ 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StGB; zur Begrifflichkeit vgl. **Skript Teil L.III.7.e)(01)** [S. 262]).

Durch Beschluss (§ 268a StPO) ist eine Bewährungszeit zu bestimmen (§ 59a Abs. 1 StGB; 1 – 2 Jahre). In dem Beschluss können Auflagen und Weisungen nach Maßgabe des § 59a Abs. 2 StGB festgelegt werden. Begeht der Verwarnte innerhalb der Bewährungszeit eine Straftat oder verstößt er gegen eine Auflage oder Weisung, kann er zur vorbehaltenen Strafe verurteilt werden (§ 59b Abs. 1 StGB). Aus diesem Grund sollten die Auflagen und Weisungen stets konkret und eindeutig formuliert werden, um Zweifeln an einem Verstoß und damit der Grundlage für die spätere Verurteilung entgegenzuwirken.

Entscheidungen nach § 59 StGB sind berufungs- und revisionsfähig. Obschon die Verwarnung mit Strafvorbehalt einer Opportunitätsentscheidung im Ergebnis nicht unähnlich ist, bedürfen Sie daher keiner Zustimmung für einen entsprechenden Antrag im Plädoyer. Beträgt die bei einer Verwarnung vorbehaltene Geldstrafe nicht mehr als 15 Tagessätze, gelten allerdings die Regeln über die Annahmoberufung (§ 313 Abs. 1 S. 1 StPO). Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Verwarnung als Sanktion eigener Art betrachtet wird, die in Rechtswirklichkeit nur äußerst selten zur Anwendung kommt, dürfte es sich regelmäßig anbieten, etwaige Antragstellungen im Sinne der Vorschriften gesondert mit dem Einzelausbilder vor dem Sitzungsdienst eingehend zu erörtern, sollten Sie der Meinung sein, dass sich Ihr Verfahren für eine Verwarnung eignet.

(02) § 47 Abs. 2 StGB

Droht das Gesetz nur eine im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafe an, kann gleichwohl eine Geldstrafe verhängt werden, wenn die Voraussetzungen der Strafrahmenerweiterung nach § 47 Abs. 2 StGB vorliegen (vgl. zur Systematik und Abgrenzung zu Art. 12 Abs. 1 EGStGB **Skript Teil G.IV** [S. 110]).

Entsprechend des Regelungsgehaltes der Vorschrift ist für die praktische Anwendung bei erhöhtem Mindestmaß einer ausschließlich angedrohten Freiheitsstrafe zunächst die Strafe insoweit zuzumessen, als zu entscheiden ist, ob eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten in Betracht kommt. Ist dies der Fall, so ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob die Freiheitsstrafe unerlässlich ist. Ist sie unerlässlich, ist wie zu § 47 Abs. 1 StGB ausgeführt auf die „kurze“ Freiheitsstrafe zu plädieren (vgl. **Skript Teil L.III.7.e)(01)** [S. 262]).

Andernfalls müsste kurz ausgeführt werden, warum die Freiheitsstrafe nicht unerlässlich ist. Da es aber zum einen einer Festlegung im Urteil auf die konkrete Höhe der in Betracht kommenden kurzen Freiheitsstrafe nicht bedarf und zum anderen § 47 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 StGB die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe nur als Ausnahmefall vorsieht und der Ausnahmefall mangels Unerlässlichkeit der Verhängung der Freiheitsstrafe gerade nicht vorliegt, hält sich der Begründungsaufwand naturgemäß in Grenzen und kann sich beispielsweise in der folgenden Formulierung (für § 153 StGB) erschöpfen:

„Zwar hat der Gesetzgeber für die falsche uneidliche Aussage einen nur Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren umfassenden

Strafrahmen vorgesehen. Nach Maßgabe des § 47 Abs. 2 StGB kommt jedoch eine Strafrahmenerweiterung in Betracht. Da die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe weder aufgrund besonderer Umstände noch zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich erscheint, kann vorliegend auch zu einer Geldstrafe verurteilt werden, die ich in Höhe von 100 Tagessätzen zu je 30.- Euro für tat- und schuldangemessen halte und hiermit beantrage.“

Bitte beachten Sie, dass die vorstehende Formulierung aufgrund der Systematik nach den Ausführungen zu den strafzumessungsrelevanten Faktoren erfolgen sollte (**Skript Teil L.III.6.b**) [S. 252]). Dies ist durch die Herangehensweise (Kommt Freiheitsstrafe unter 6 Monaten in Betracht (Strafzumessung i.e.S.)? Ist diese unerlässlich?) bedingt. Inhaltlich wird in dem Formulierungsbeispiel durch die Schilderung der Strafrahmenerweiterung jedoch auch auf Aspekte des Strafrahmens eingegangen (**Skript Teil L.III.6.a**) [S. 251]). Um eine Verwirrung der Zuhörer zu vermeiden, dürfte es im Falle der Anwendung des § 47 Abs. 2 StGB regelmäßig angezeigt sein, zunächst bei den Ausführungen zum Strafrahmen (nur) den Regelstrafrahmen des Gesetzes zu nennen, sodann zu den Strafzumessungserwägungen i.e.S. auszuführen und im Anschluss (wie im Formulierungsbeispiel) die Strafrahmenerweiterung anzusprechen und die konkrete Geldstrafe zu beantragen. Vergessen Sie bei alledem bitte nicht, dass gem. § 47 Abs. 2 S. 2 StGB das Mindestmaß der Geldstrafe dem umgerechneten Mindestmaß der im anzuwendenden Gesetz angedrohten Freiheitsstrafe entsprechen muss und das Höchstmaß der Geldstrafe unter 180 Tagessätzen liegen sollte.

e) Besonderheiten bei Freiheitsstrafen

(01) § 47 Abs. 1 StGB

In Ergänzung der Ausführungen im **Skript Teil G.IV** [S. 110] beachten Sie bitte im Falle der Beantragung von kurzen Freiheitsstrafen folgende Grundsätze für Ihr Schlussplädoyer.

Freiheitsstrafen unter sechs Monaten wird das Gericht nur verhängen, wenn besondere Umstände in der Tat oder Täterpersönlichkeit vorliegen und diese besonderen Umstände die Verhängung **zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich** machen (§ 47 Abs. 1 StGB). Sie müssen dem Gericht daher immer dann, wenn Sie eine „kurze Freiheitsstrafe“ beantragen, den **Ausnahmefall begründen** also darlegen, aus welchen Gründen die Verhängung einer Geldstrafe nicht ausreicht und deshalb eine Freiheitsstrafe unerlässlich ist (Nr. 138 Abs. 4 RiStBV). Die Begründung muss sich auf die Umstände der Tat oder die Persönlichkeit des Täters einerseits und auf den Einwirkungsbedarf oder die Verteidigung der Rechtsordnung andererseits beziehen.

Hinsichtlich der **Umstände der Tat** können beispielsweise folgende Gesichtspunkte eine Rolle spielen: Art des verletzten Rechtsguts; ganz erhebliche Schwere der Verletzung / Höhe der Schäden; Art der Ausführung / Tatplanung besonders raffiniert; Ausmaß der verschuldeten Tatfolgen ungewöhnlich hoch; sehr hohe kriminelle Energie; erhebliche Gefährdung Dritter; Tatserien.

Umstände, die in **der Persönlichkeit des Täters** liegen, können beispielsweise sein: kriminelle Neigungen; mangelnde Warnfunktion (einschlägiger) Vorstrafen; extreme Rückfallgeschwindigkeit; rechtsfeindliche Gesinnung; vollkommen gleichgültige Haltung.

Besonders im Sinne des § 47 Abs. 1 StGB sind diese Umstände dann, wenn sie sich aus dem Durchschnitt üblicherweise abzuurteilender Fälle herausheben.

Die vom Tatbestand erforderte **Unerlässlichkeit der Einwirkung** auf den Täter hat spezialpräventive Gründe und bezieht sich nicht auf die Abgrenzung zu längeren Freiheitsstrafen, sondern zu Geldstrafen. Kurze Freiheitsstrafen sind „ultima ratio“ im Verhältnis zur sonst zu verhängenden Geldstrafe. Unerlässlich meint mehr als „geboten“ oder „erforderlich“. Sie liegt nur vor, wenn die Geldstrafe den Strafzweck nicht mehr erfüllen kann. Es ist daher immer zu prüfen, ob eine deutliche Geldstrafe nicht ausreicht, um dieselben Wirkungen zu erzielen. Wegen der spezialpräventiven Wirkung kommt es dabei im Wesentlichen darauf an, ob die vom Täter ausgehende Gefahr neuer Straftaten gegeben ist und diese nicht anders gebannt

werden kann, als durch die Verhängung einer Freiheitsstrafe. Die Freiheitsstrafe muss quasi unverzichtbar erscheinen. Darauf, ob die kurze Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt werden kann, kommt es dabei aber nicht an.

Die Verhängung der kurzen Freiheitsstrafe kann auch zur **Verteidigung der Rechtsordnung** unerlässlich sein. Insoweit sind zwei generalpräventive Aspekte relevant. Strafe hat einerseits die Aufgabe, die durch die Tat verletzte Ordnung des Rechts gegenüber dem Täter durchzusetzen und künftigen Verletzungen durch andere vorzubeugen. Zum anderen ist aber auch die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen. Erschiene es aufgrund der schwerwiegenden Besonderheiten des Einzelfalls für das allgemeine Rechtsempfinden schlechthin unverständlich, wenn das Gericht eine Geldstrafe verhängen würde, dürfte die Freiheitsstrafe unter dem Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich sein.

Ausführungen zu § 47 Abs. 1 StGB sind sowohl bei „kurzen Einzelfreiheitsstrafen“ als auch bei „kurzen Gesamtfreiheitsstrafen“ erforderlich. Sie könnten wie folgt aussehen:

„Bei der Strafzumessung ist einerseits zu berücksichtigen, dass nur Sachen von geringem Wert gestohlen und damit ein sehr geringer Erfolgsunwert vorliegt, andererseits ist der Angeklagte innerhalb der letzten vier Wochen bereits dreimal im beschleunigten Verfahren wegen Diebstahls geringwertiger Sachen zu Geldstrafen verurteilt wurden und jeweils in der unmittelbaren Folge erneut wegen desselben Deliktes in Erscheinung getreten. Der Angeklagte hat sich insoweit als unbelehrbarer und besonders hartnäckiger Rechtsbrecher erwiesen, der durch die Verhängung von Geldstrafen von weiteren Taten nicht abgehalten werden kann. Zur Einwirkung auf den Angeklagten scheint eine weitere Geldstrafe mithin völlig ungeeignet und auch die Verteidigung der Rechtsordnung gebietet es, eine kurze Freiheitsstrafe zu verhängen, denn es ist mit dem allgemeinen Rechtsempfinden schlechthin unvereinbar, würde angesichts des von Gleichgültigkeit und demonstrativer Rechtsfeindlichkeit geprägten – ja fast schon provokativen – Verhaltens des Angeklagten die Rechtsordnung zurückweichen und erneut nur eine Geldstrafe verhängen.

Ich beantrage daher, den Angeklagten wegen Diebstahls geringwertiger Sachen zu einer Freiheitsstrafe in Höhe von 3 Monaten zu verurteilen.“

(02) Bewährung

In Ergänzung der Ausführungen im **Skript Teil G.VI** [S. 113] beachten Sie bitte im Falle der Beantragung von Freiheitsstrafen folgende Grundsätze für Ihr Schlussplädoyer.

Beantragen Sie im Ergebnis eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe, die zwei Jahre nicht überschreitet, haben Sie sich zur Frage der Bewährungsaussetzung zu verhalten (Nr. 138 Abs. 5 S. 1 RiStBV). Die Tiefe der Ausführungen ist davon abhängig, welches Ziel Sie zu erreichen beabsichtigen. Immer dann, wenn Sie gegen den gesetzlichen „Regelfall“ beantragen wollen, müssen Sie argumentativ tätig werden.

„Regelfall“ ist bei der Verurteilung zu **Freiheitsstrafen von unter 6 Monaten** die Aussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 1 StGB), denn der Vollzug würde voraussetzen, dass der Verurteilte sich die Verurteilung nicht zur Warnung dienen lässt und künftig ohne Einwirkung des Strafvollzugs weitere Straftaten begeht (negative Legalprognose). Liegen keine Anhaltspunkte für eine negative Prognose vor, könnten Sie „analog“ des Gesetzeswortlautes plädieren:

„Die beantragte kurze Freiheitsstrafe kann natürlich noch zur Bewährung ausgesetzt werden, denn es ist zu erwarten, dass der Angeklagte, der bisher

nur zu Geldstrafen verurteilt wurde, sich die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe zur Warnung dienen lässt und auch künftig ohne Einwirkung des Strafvollzugs keine Straftaten mehr begeht.

Die negative Legalprognose ist hingegen besonders zu begründen. Dabei haben die in § 56 Abs. 1 S. 2 StGB genannten Umstände indizielle Funktion. Gegen die Erwartung, dass der Verurteilte eine ausreichende Warnfunktion zukommt und der Angeklagte sich ohne Einwirkung des Strafvollzugs künftig straffrei verhält, könnte beispielsweise sprechen, dass der Angeklagte mit erheblicher verbrecherischer Intensität vorgegangen ist; ein hartnäckiges rechtsverachtendes oder besonders gleichgültiges Verhalten an den Tag gelegt hat; bei der Tatbegehung auf die Aussetzung spekuliert hat; mehrfach einschlägig in Erscheinung getreten ist; Bewährungschancen in anderen Sachen nicht genutzt hat; die Tat während laufender Bewährung begangen wurde; die Tat von hoher Rückfallgeschwindigkeit geprägt ist. Beispiel:

„Die Freiheitsstrafe kann nach Auffassung der Staatsanwaltschaft nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden. Gegen den Angeklagten wurden bereits früher Freiheitsstrafen verhängt, deren jeweilige Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde, jedoch hat der Angeklagte mehrfach innerhalb der Bewährungszeiten Straftaten begangen, so dass die Strafaussetzungen widerrufen werden mussten. Bedenkt man weiter, dass auch die vorliegende Tat innerhalb einer laufenden Bewährung mit hoher Rückfallgeschwindigkeit begangen wurde und der Angeklagte daher als beharrlicher und unbelehrbar Rechtsbrecher bezeichnet werden muss, ist die Erwartung nicht mehr gerechtfertigt, dass durch die Verurteilung eine Warnwirkung bei dem Angeklagten erzielt werden kann und er eine erneute Bewährungschance nutzen und künftig ohne die Einwirkung des Strafvollzugs keine weitere Straftaten mehr begehen wird.“

Bei einer Verurteilung zu einer **Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu einem Jahr** gelten bei negativer Legalprognose keine Besonderheiten. Sie legen die maßgeblichen Umstände dar, aus denen Sie herzuleiten beabsichtigen, dass eine Aussetzung zur Bewährung nicht mehr in Betracht kommt. Allerdings kann **ausnahmsweise trotz** einer **positiven Prognose** (!) die **Verteidigung der Rechtsordnung** die **Vollstreckung** der Freiheitsstrafe **gebieten**. Diesen Ausnahmefall müssten Sie dann gesondert begründen. Dabei ist die generalpräventive Funktion des Strafrechts ausschlaggebend. Auf die Schwere der Schuld, die Genugtuungsfunktion, Sühnegedanken, Belange des Verletzten usw. kommt es daher nicht an. Inhaltlich entspricht das Merkmal der Verteidigung der Rechtsordnung in § 56 Abs. 3 StGB jenem in § 47 Abs. 1 StGB. Geboten ist die Vollstreckung zur Verteidigung der Rechtsordnung, wenn diese ein solches Übergewicht besitzt, dass ein unabweisbares Vollstreckungsbedürfnis besteht und daher die wegen der günstigen Legalprognose eigentlich angezeigte Strafaussetzung ausnahmsweise zu versagen ist. Der Ausnahmecharakter der Versagung wird umso bedeutsamer, je näher die verhängte Strafe an der 6 Monatsgrenze liegt.

Bei einer Verurteilung zu einer **Freiheitsstrafe von 1 Jahr bis zu 2 Jahren** bestehen bei negativer Legalprognose keine Besonderheiten. Liegt eine **positive Prognose** vor, dann reicht dies allein für die Aussetzung zur Bewährung aber grundsätzlich nicht aus. Nach der Regelungssystematik des § 56 Abs. 2 StGB besteht nämlich bei positiver Prognose im Sinne des § 56 Abs. 1 StGB der zu begründende **Ausnahmefall** faktisch darin, die Vollstreckung zur Bewährung auszusetzen. Denn eine **Aussetzung** kommt nur in Betracht, wenn nach der Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten besondere Umstände vorliegen. Selbst wenn aber solche besonderen Umstände vorliegen und eine Aussetzung daher möglich wäre, kann die **Verteidigung der Rechtsordnung** die Vollstreckung trotzdem gebieten (§ 56 Abs. 3 StGB). Zur Verdeutlichung der Systematik folgendes Beispiel:

„Ich beantrage daher, den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten zu verurteilen.“

Die Vollstreckung dieser Freiheitsstrafe kann nach meiner Ansicht zur Bewährung ausgesetzt werden, da die Sozialprognose des Angeklagten günstig ist. Der Angeklagte ist bisher nur mit Bagatelldelinquenz in Erscheinung getreten und zu Geldstrafen verurteilt worden. Die beantragte Freiheitsstrafe dürfte auf den Angeklagten daher eine ausreichende Warnwirkung haben und zu erwarten sein, dass er künftig ohne Einwirkung des Strafvollzugs keine weiteren Straftaten mehr begehen wird.

Es liegen auch besondere Umstände in der Persönlichkeit des Angeklagten vor, denn dieser hat sich hier geständig und aufrichtig reuig gezeigt und sich bemüht, den durch die Tat verursachten Schaden wiedergutzumachen. Auch hat er sich von sich aus entschieden, an einem Anti-Aggressions-Training teilzunehmen und aus autonomen Motiven sein bisher ungünstiges, die Begehung von Straftaten förderndes soziales Umfeld verlassen.

Auch gebietet die Verteidigung der Rechtsordnung nicht die Vollstreckung der Freiheitsstrafe, denn die Straftaten des Angeklagten weisen keine schwerwiegenden Besonderheiten auf, sodass eine Strafaussetzung für das allgemeine Rechtsempfinden nicht unverständlich und als Zurückweichen des Rechts vor dem Unrecht erscheinen müsste.“

(03) Fahrverbot & Freiheitsstrafe (& Bewährung)

Insbesondere bei kurzen Freiheitsstrafen und im Rahmen der Entscheidung, ob eine Freiheitsstrafe noch zur Bewährung ausgesetzt werden kann, ist stets ein Blick auf das Fahrverbot gem. § 44 StGB zu richten. Ursache für diese systematisch überraschende Berücksichtigung einer Nebenstrafe im Rahmen der Hauptstrafe ist die gesetzgeberische Entscheidung, die in § 44 Abs. 1 S. 2 StGB ihren Niederschlag gefunden hat. Danach kommt die Anordnung eines Fahrverbots nicht nur dann in Betracht, wenn die Straftat, wegen der eine Verurteilung erfolgen soll, nicht bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen wurde, und die Nebenstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung erforderlich erscheint, sondern auch dann, wenn durch die Anordnung eines Fahrverbotes die Verhängung einer Freiheitsstrafe oder deren Vollstreckung vermieden werden kann. Zwischen der Hauptstrafe und der Nebenstrafe des Fahrverbots besteht mithin eine Wechselwirkung. Die Vorschrift hat daher den Charakter einer Strafzumessungsregel, die im Bereich der kurzen Freiheitsstrafen besonders relevant werden kann.

Lassen die unter **Skript Teil L.III.7.e)(01)** [S. 262] erläuterten Erwägungen eine kurze Freiheitsstrafe zu, sind nach § 44 Abs. 1 S. 2 StGB die Freiheitsstrafe und das mögliche Fahrverbot (1 Monat bis 6 Monate) gedanklich zu einem „Gesamtübel“ zu addieren. Ergibt sich bei einer Gesamtbetrachtung des so bemessenen „Gesamtübels“, dass statt der eigentlich unerlässlichen kurzen Freiheitsstrafe auch eine Geldstrafe und ein Fahrverbot hinreichende Sanktionswirkung auf den Angeklagten entfalten, ist wegen des Vorrangsprinzips, welches sich aus dem Ziel der Vermeidung von Freiheitsstrafe ergibt, auf Geldstrafe zu erkennen und ein angemessenes Fahrverbot anzuordnen. Trotz des Vorrangsprinzips wird dem **Strafzumessungscharakter** der Vorschrift in der Praxis nur selten Rechnung getragen. Fühlen Sie sich bitte aufgefordert, immer dann, wenn Ihr Einzelausbilder im Rahmen der Vorbesprechung des Sitzungsdienstes eine kurze Freiheitsstrafe als möglichen Antragsinhalt zum Gegenstand der Erörterung macht, etwaige Erwägungen nach den vorskizzierten Grundsätzen zu artikulieren.

Hinsichtlich der Vermeidung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe gelten die obigen Ausführungen und meine Aufforderung entsprechend. Wenn eine (Gesamt-)Freiheitsstrafe beantragt wird, die im aussetzungsfähigen Bereich liegt (≤ 2 Jahre), ist zu prüfen, ob die

voraussichtlichen Wirkungen eines Fahrverbotes allein oder in Verbindung mit Bewährungsauflagen eine positive Prognose im Sinne des § 56 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StGB rechtfertigen. Auch insoweit gilt das Vorrangsprinzip (Vermeidung der Vollstreckung).

(04) Bewährungszeit & Auflagen & Weisungen

Wenn Sie „Bewährung“ beantragen, wird sich der Angeklagte immer fragen: „Und nun?“. Zu einem Antrag auf Aussetzung zur Bewährung gehört stets, die Bewährungszeit zu benennen und zu Auflagen und/oder Weisungen Stellung zu nehmen.

Die Bewährungszeit liegt gem. § 56a Abs. 1 StGB **zwischen zwei und fünf Jahren**. Meist wird bei einer erstmaligen Verurteilung zur Freiheitsstrafe die Mindestfrist von zwei Jahren gewählt. Es kann aber auch eine längere Frist gewählt werden, wobei es unüblich ist, diese nach Bruchteilen von Jahren festzusetzen.

Als Bewährungsauflagen kommen die in § 56b Abs. 2 StGB genannten regelmäßig vor. Sie sollten entsprechende Anträge im Plädoyer stellen, wobei die Auflagen so genau zu fassen sind, dass deren Nichteinhaltung, die zum Widerruf der Strafaussetzung führen kann (vgl. § 56f StGB), objektiv prüfbar bleibt. Wenn die Auflagen nicht mit einer Frist verbunden werden, können diese bis zum Ende der Bewährungszeit erfüllt werden. Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (§ 56b Abs. 1 S. 2 StGB). Die nach § 56b Abs. 2 Nr. 3 StGB mögliche Arbeitsaufgabe, die gegenüber voll Berufstätigen nicht in Betracht kommen dürfte, wird in Stunden beantragt und verhängt, wobei sechs Stunden einem Arbeitstag entsprechen (180 Stunden entsprechen also 30 Tagen).

Weisungen nach § 56c Abs. 2 StGB sind mit Ausnahme von Nr. 2 (Meldepflicht, die als Regelfall betrachtet werden kann) eher selten.

Die immer noch häufig gewählte Anordnung, „sich straffrei zu führen“, ist weder eine Auflage im Sinne von § 56b StGB noch eine Weisung im Sinne des § 56c StGB. Für eine solche Anordnung mangelt es daher an einer gesetzlichen Grundlage (OLG Brandenburg, Beschl. v. 15.01.2019 – 1 Ws 192 / 18 – nicht veröffentlicht). Auch hinsichtlich § 56c Abs. 2 Nr. 2 StGB (Meldepflicht) besteht eine Besonderheit. Dient die Verpflichtung, jeden Wohnsitzwechsel anzuzeigen, nicht der Einwirkung auf die Lebensführung des Verurteilten mit dem Ziel seiner Resozialisierung, sondern – wie in der Regel – nur der Erleichterung der behördlichen Aufgabenerfüllung, nämlich der behördlichen Bewährungsüberwachung, ist die Weisung unzulässig (OLG Brandenburg, aaO). Sie ist also nur zulässig, sofern damit mehr erstrebt wird, als eine reine Überwachung. Es ist daher gesondert zu begründen, weshalb eine Weisung nach § 56c Abs. 2 Nr. 2 StGB der Einflussnahme auf die künftige Lebensführung dient. Wird der Wohnsitzwechsel an die Mitwirkung des Bewährungshelfers geknüpft (bspw.: „... wird aufgegeben, seinen Wohnsitz nicht ohne vorherige Rücksprache mit dem Bewährungshelfer zu wechseln...“), ist diese Anordnung gesetzeswidrig. Ein Mitbestimmungsrecht des Bewährungshelfers sieht das Gesetz nicht vor (OLG Brandenburg, aaO). Die Weisung, sich um die Aufnahme eines Arbeitsverhältnisses zu bemühen, verstößt gegen Art. 12 GG. Ein Verurteilter kann grundsätzlich nur angewiesen werden, sich im Falle der Erwerbslosigkeit bei der zuständigen Agentur für Arbeit oder einer anderen zur Arbeitsvermittlung zugelassenen Stelle zu melden (OLG Brandenburg, aaO). Zwar kann das Gericht gem. § 56c Abs. 2 Nr. 1 StGB dem Verurteilten Weisungen erteilen, die sich auf Arbeit beziehen, diese Vorschrift ermöglicht es dem Gericht aber nur, zu vermittelnde Arbeit als Präventionsmaßnahme für einen ansonsten mittellosen und deshalb kriminell gefährdeten Verurteilten darzustellen. Die (drohende) Erwerbslosigkeit muss mithin ein kriminogener Faktor sein (OLG Brandenburg, aaO).

Ob ein Bewährungshelfer gem. § 56d StGB bestellt werden soll, steht im Ermessen des Gerichtes. Für die Anordnung sprechen ungünstige äußere Lebensbedingungen des Verurteilten, Drogenabhängigkeit, Gewalttätigkeit, Labilität, psychische Störungen und der Wunsch des Verurteilten nach Hilfeleistung. Wird eine Freiheitsstrafe von mehr als neun Monaten zur Bewährung ausgesetzt und ist die verurteilte Person noch nicht 27 Jahre alt, soll in der Regel ein Bewährungshelfer bestellt werden (§ 56d Abs. 2 StGB).

Ausführungen zu den Auflagen und Weisungen sollten Sie unmittelbar nach den Ausführungen zur Aussetzung zur Bewährung machen. Diese könnten wie folgt lauten:

„Die Dauer der Bewährungszeit sollte zwei Jahre betragen. Zudem sollten dem Angeklagten aufgegeben werden, binnen 6 Monaten ab Rechtskraft des Urteils 120 Stunden gemeinnützige Leistungen zu erbringen. Darüber hinaus sollte der Angeklagte für die gesamte Dauer der Bewährungszeit der Aufsicht und Leistung eines Bewährungshelfers unterstellt werden. Diese Weisung ist angezeigt, da er offensichtlich bei der Stabilisierung seiner Lebensbedingungen Hilfe bedarf.“

f) Freispruch

Wollen Sie einen Freispruch beantragen, sollten Sie das wie folgt formulieren:

„Es wird daher beantragt, den Angeklagten freizusprechen.“

Zusätze wie „aus Rechtsgründen“, „mangels Beweises“, „wegen erwiesener Unschuld“ oder „aus tatsächlichen Gründen“ usw. haben in diesem Antrag nichts zu suchen.

g) StrEG - Anträge

Wird ein Angeklagter freigesprochen, so wird er, soweit ihm durch Strafverfolgungsmaßnahmen oder Untersuchungshaft ein Schaden entstanden ist, aus der Staatskasse entschädigt (§ 2 Abs. 1 StrEG). Zu den in Betracht kommenden Strafverfolgungsmaßnahmen, die schadensursächlich sein könnten, zählen insbesondere die Durchsuchung (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG) und die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 2 Abs. 2 Nr. 5 StrEG). Im Rahmen der Hauptverhandlung wird sich regelmäßig nicht feststellen lassen, ob durch solche Maßnahmen ein Schaden tatsächlich eingetreten ist. Dies ist indes auch nicht erforderlich. Das Gericht entscheidet gem. § 8 Abs. 1 StrEG über die Verpflichtung zur Entschädigung in dem freisprechenden Urteil und hat dabei die Art und den Zeitraum der Strafverfolgungsmaßnahme anzugeben, für die Entschädigung zugesprochen wird (§ 8 Abs. 2 StrEG). Dabei handelt es sich allerdings nur um eine Grundentscheidung, bei der lediglich die Ausschlussgründe nach §§ 5, 6 StrEG zu beachten sind. Vor dem Strafgericht wird, liegt ein Ausschlussgrund nicht vor, nur festgestellt, ob eine Entschädigungspflicht der Staatskasse dem Grunde nach besteht. Über die Höhe des Entschädigungsanspruchs wird in einem nachgelagerten Betragsverfahren entschieden. Die Frage, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist, ist für die Grundentscheidung mithin ohne Relevanz (str.).

Wenn anhand der (Hand-)Aktenlage oder infolge der Erörterungen in der Hauptverhandlung Anlass für eine Entscheidung über eine Entschädigungspflicht besteht, sind Sie gehalten, neben Ihrem auf Freispruch gerichteten Antrag einen Antrag zur Entscheidung gem. § 8 StrEG zu stellen. Da allerdings auch die Versagung der Entschädigung gem. §§ 5, 6 StrEG in einem Urteil ausgesprochen und zu begründen ist, sind auch insoweit Anträge durch den Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft zu stellen.

Da es sich lediglich um eine Grundentscheidung handelt könnte ein entsprechender Antrag, sollte die Entschädigungspflicht vorliegen, etwa wie folgt lauten:

„Es wird daher beantragt, den Angeklagten freizusprechen und festzustellen, dass der Angeklagte für ihm im Rahmen der Durchsuchungsmaßnahme an seinem Wohnort vom 21.11.2021 entstanden Schäden zu entschädigen ist.“

Ist die Entschädigungspflicht gem. §§ 5, 6 StGB ausgeschlossen, sollte der entsprechende Antrag zusätzlich begründet werden:

„Es wird daher beantragt, den Angeklagten freizusprechen und die Entschädigung für die vorläufige Festnahme am 20.11.2021 bis zu seiner Freilassung am 21.11.2021 zu versagen, da der Angeklagte diese Maßnahme

im Sinne des § 5 Abs. 2 Strafrechtsentschädigungsgesetz zumindest grob fahrlässig selbst verursacht hat, weil ...“

Beachten Sie bitte, dass eine Entscheidung gem. § 8 StrEG auch veranlasst ist, wenn das Verfahren eingestellt wird (§ 2 Abs. 1 StrEG). Trotz bestehenden Streitens hinsichtlich der Wirksamkeit, Zulässigkeit und Umfangs eines Verzichtes auf den Entschädigungsanspruch in den Einzelheiten ist zu empfehlen, vor der Zustimmung zu einer Einstellung durch das Gericht nach einer Opportunitätsvorschrift darauf hinzuwirken, dass der Angeklagte auf einen Entschädigungsanspruch verzichtet. Druck sollten Sie insoweit allerdings in keinem Fall aufbauen. Da die Entscheidung nach § 8 StrEG von Amts wegen ergeht, können Sie – sollten Ihre Bemühungen nicht von Erfolg gekrönt sein – in diesen Fällen Ihre Zustimmung erteilen und auf eine ausdrückliche Beantragung im Sinne des § 8 StrEG verzichten. Die Ausführungen unter **Skript Teil L.II.10.g)** [S. 238] sind in jedem Fall zu berücksichtigen.

h) Einziehung

Auf die Ausführungen im **Skript Teil H.VII.2** [S. 131] wird Bezug genommen. Vertiefte Ausführungen zur Rechtslage bezüglich der Einziehungsvoraussetzungen sollten Sie ihm Rahmen der rechtlichen Würdigung im Plädoyer machen. Liegen die Voraussetzungen jedoch auf der Hand, können die Ausführungen auch im Rahmen des entsprechenden Antrages erfolgen. Bei Diebstahl eines Ringes beispielsweise:

„Da der Angeklagte durch die Tat den sichergestellten Ring erlangt hat, ist die Einziehung des Rings gem. § 73 Abs. 1 StGB anzuordnen.“

Konnte der Ring nicht aufgefunden werden, wird Einziehung von Wertersatz angeordnet:

„Der Angeklagte hat durch die Tat einen Ring im Wert von 1.500,- Euro als Tatertrag erlangt. Wo der Ring verblieben ist, ließ sich zwar nicht aufklären – es steht aber fest, dass der Anspruch auf Rückgewähr des Ringes oder eines entsprechenden Ersatzwertes, der dem Geschädigten durch die Tat des Angeklagten erwachsen ist, noch nicht erloschen ist. Es wird daher beantragt, die Einziehung des Wertes des Tatertrages in Höhe von 1.500,- Euro gem. §§ 73 Abs. 1, 73c StGB anzuordnen.“

Besteht das Erlangte in Bargeld, welches in aller Regel nicht individualisierbar ist (Seriennummer der einzelnen Geldscheine?), oder in „Kontoguthaben“ (durch Überweisungen), kommt die Einziehung eines konkreten Gegenstandes von vornherein nicht in Betracht. Ist die Einziehung eines konkreten Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten aber nicht möglich, können Sie gleich auf Wertersatzeinziehung abstellen, ohne dies besonders begründen zu müssen:

„Hinsichtlich der durch die Tat des Angeklagten von ihm erlangten 5.000,- Euro wird die Wertersatzeinziehung gem. §§ 73 Abs. 1, 73c StGB beantragt.“

Mit der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung im Jahr 2017 hat der Gesetzgeber das Konzept der Opferentschädigung neu gefasst. Die Anwendung der entsprechenden Verfahrensregelungen der § 459h ff. StPO obliegen der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde und werden durch Rechtspfleger umgesetzt. Grundlage der Vollstreckung sind die strafgerichtlichen Urteile. Bei der Urteilsabfassung sind Darstellungen der Details der einzelnen rückabzuwickelnden vermögensrechtlichen Auswirkungen der Tat häufig kein Schwerpunkt, weshalb sich Oberflächlichkeiten einschleichen, die zwar den Bestand des Urteils nicht berühren, das Entschädigungsverfahren aber um unnötige Herausforderungen bereichert. Wird kein Rechtsmittel eingelegt, kann das Gericht das Urteil zudem gem. § 267 Abs. 4 StPO abkürzen. Die für das Entschädigungsverfahren erforderlichen Angaben müssten sich dann aus der Anklageschrift entnehmen lassen. Insbesondere wird bei mehreren Geschädigten im Entschädigungsverfahren relevant, für welchen Verletzten welcher konkrete

Betrag eingezogen worden ist. Mit Blick hierauf ist auch die mündliche Urteilsbegründung zu verfolgen. Sollten insoweit Unklarheiten erkennbar werden, wäre im Zweifel ein Rechtsmittel zu empfehlen. Unklarheiten und sich durch Verweise auf die Anklageschrift ergebende Unzulänglichkeiten können vermieden werden, wenn Sie im Rahmen der Antragstellung auf die Fassung eines entsprechenden Tenors hinwirken. Etwa so:

„Durch die Tat hat der Angeklagte einen Betrag in Höhe von insgesamt 10.000,- Euro erlangt. In dieser Höhe beantrage ich die Einziehung des Wertes des Tatertrages, wovon 7.500,- Euro auf den Verletzten A und 2.500 Euro auf den Verletzten B entfallen.“

Schwierigkeiten bei der Umsetzung von Einziehungsanordnung bestehen auch dann, wenn die Einziehung gegen mehrere Angeklagte angeordnet wird und diese – ggf. nur teilweise – als Gesamtschuldner haften. Ein konkretisierender Antrag könnte dann beispielsweise wie folgt lauten:

„Durch seine Taten hat der Angeklagte A einen Betrag in Höhe von insgesamt 5.000,- Euro erlangt. Der Angeklagte B hat einen Betrag in Höhe von insgesamt 8.000,- Euro erlangt. Zu beachten ist, dass die Angeklagten die Tat zum Nachteil des Zeugen C gemeinschaftlich begangen haben und die Beweisaufnahme auch ergeben hat, dass beide Angeklagten [zu einem bestimmten Zeitpunkt des Tatablaufs] faktische Verfügungsgewalt über die den Tatertrag in Höhe von 3.000,- Euro hatten. Es wird daher beantragt, die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 5.000,- Euro gegen den Angeklagten A und in Höhe von 8.000,- Euro gegen den Angeklagten B anzuordnen und anzuordnen, dass die Angeklagten in Höhe von 3.000,- Euro als Gesamtschuldner haften. Von der Einziehung entfallen bezüglich des Angeklagten A 2.000,- Euro auf den Verletzten X und bezüglich des Angeklagten B 5.000,- Euro auf den Verletzten Y und im Übrigen, d.h. in Höhe der gesamtschuldnerischen Haftung erfolgt die Einziehung zugunsten des Verletzten C.

Erscheint Ihnen das vorstehende Beispiel kompliziert, stellen Sie sich bitte vor, wie ungleich schwerer sich das Erkennen der Rechtslage für den Rechtspfleger darstellt, würde der Urteilstenor nur lauten „Gegen den Angeklagten A wird die Einziehung von 5.000,- Euro, gegen den Angeklagten B in Höhe von 8.000,- Euro angeordnet. In Höhe von 2.000,- haften die Angeklagten gesamtschuldnerisch“ und der Verletzte Y würde „seinen Schaden“ in Höhe von 5.000,- Euro im Entschädigungsverfahren anmelden (§§ 459h Abs. 2, 459k StPO). Auch wenn Sie das vorstehende Antragsbeispiel nicht vor einem „kurzen“ Tenor schützt, ist durch die Art und Weise der Antragstellung jedenfalls gewährleistet, dass das Gericht im Rahmen der Urteilsbegründung spezifiziert, welchem Verletzten welcher Schaden durch welche konkrete Tat entstanden ist, um dem Rechtspfleger die „Suche“ zu erleichtern. Ergeben sich die Anspruchsberechtigung eines Antragstellers im Entschädigungsverfahren und die Anspruchshöhe nicht ohne weiteres aus der Einziehungsanordnung und den ihr zugrunde liegenden Feststellungen, bedarf es übrigens der Zulassung durch das Gericht (§ 459k Abs. 2 S. 2 StPO). Spätestens dann wird sich das Gericht des ersten Rechtszugs (§ 462a Abs. 2 S. 1 StPO) nochmals mit seiner bestenfalls interpretierbaren Einziehungsanordnung befassen müssen und das Verfahren gem. § 459k Abs. 3 StPO zu beachten haben. Ein Mehraufwand, der durch einen klaren, wenn auch ausführlichen Tenor erspart werden kann. Schon deshalb sollte Ihnen das Gericht für einen ausführlichen, ausdifferenzierten Einziehungsantrag in komplexen Fallgestaltungen dankbar sein.

Handelt es sich um Tatprodukte oder Tatmittel, können diese eingezogen werden (§ 74 Abs. 1 StGB). In gesetzlich gesondert geregelten Fällen ist zudem die Einziehung von Tatobjekten (Beziehungsgegenständen) möglich (vgl. § 74 Abs. 2 StGB). Sie sollten die Einziehung von

Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten beantragen, wenn in der Anklageschrift entsprechende Hinweise auf die Einziehung enthalten sind:

„Hinsichtlich des bei der gefährlichen Körperverletzung verwendeten und im Eigentum des Angeklagten stehenden Baseballschlägers wird die Einziehung als Tatmittel gem. § 74 Abs. 1 StGB beantragt.“

i) § 421 StPO (Absehen von der Einziehung)

Auf die einleitenden Ausführungen zu § 421 StPO im **Skript Teil H.VII.2.d)** [S. 134] wird Bezug genommen.

Das Gericht kann in der Hauptverhandlung mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft unter den übrigen Voraussetzungen des § 421 Abs. 1 StPO von der Einziehung absehen.

Eine Zustimmung zum Absehen gem. § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO kommt nach der Verfügungslage im Land Brandenburg in Betracht, wenn das Erlangte einen geringen Wert hat, wobei als Höchststrichwert 250 Euro zugrunde zu legen ist.

Bei der Einziehung von Taterträgen (§ 73 StGB) bzw. entsprechenden Wertersatzes (§ 73c StGB), kommt eine Zustimmung gem. § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO nach neuer Gesetzeslage nicht mehr in Betracht. Es kann daher nur noch von einer Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln oder Tatobjekten abgesehen werden, wenn diese neben der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung nicht beträchtlich ins Gewicht fällt.

Die Anordnung der Einziehung (von Wertersatz) ist, wenn durch oder für die Tat etwas erlangt worden ist, obligatorisch (§§ 73 Abs. 1, 73c StGB). Da der Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft sich in seinen Schlussanträgen stets auch zu den Nebenfolgen der Tat zu verhalten hat (Nr. 138 Abs. 2 S. 1 RiStBV), beantragt er die Anordnung der Einziehung, wenn deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen. Von einem derartigen Antrag darf nur abgesehen werden, wenn das Gericht bereits vor den Schlussanträgen mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach § 421 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 3 StPO ein Absehen von der Einziehung ausdrücklich beschlossen hat oder der Sitzungsvertreter seine Zustimmung im Schlussplädoyer erteilt, was zu begründen ist.

Die Vorschrift des § 421 Abs. 1 StPO stellt eine Ausnahmebestimmung dar, bei deren Anwendung Zurückhaltung geboten ist. Dass die Feststellung der Höhe des Taterlangten noch weiterer Beweiserhebungen bedarf, stellt regelmäßig keinen Grund für die Anwendung von § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO dar, denn zum einen wird die Höhe des Taterlangten – etwa bei Betrugsstraftaten – oft mit der Schadenssumme zusammenfallen, die als Strafzumessungskriterium ohnehin im Urteil festzustellen ist. Zum anderen kann die Höhe des Taterlangten nach § 73d Abs. 2 StGB geschätzt werden. Ergibt sich ausnahmsweise dennoch das Bedürfnis, bei im Übrigen abgeschlossener Beweisaufnahme die Hauptverhandlung durch den Verzicht auf weitere Feststellungen zur Höhe des Taterlangten abzukürzen, so ist, wenn nicht im Einzelfall gewichtige Gründe entgegenstehen, ein Antrag auf Abtrennung gem. §§ 422 f. StPO zu stellen.

Auch dass der Angeklagte – oder ein anderer Einziehungsbetroffener – nach Erkenntnislage zum Zeitpunkt der Schlussanträge vermögenslos ist, gibt regelmäßig keinen Anlass, die Zustimmung zum Absehen von der Einziehung nach § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu erteilen. Nach der Entscheidung des Gesetzgebers wird eine mögliche Vermögenslosigkeit erst im Vollstreckungsverfahren relevant (§ 459g StPO). Allerdings kann nach der Verfügungslage im Land Brandenburg der Sitzungsvertreter in Fällen offensichtlicher und aller Voraussicht nach auch dauerhafter Vermögenslosigkeit des von der Einziehung Betroffenen eine Zustimmung zum Absehen von der Einziehung nach § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO erteilen. Die Vermögenslosigkeit muss dabei aber anhand konkreter Indizien positiv festgestellt werden. Bei der Beurteilung der Dauerhaftigkeit besteht naturgemäß ein gewisser Beurteilungsspielraum. Insbesondere bei langjährigen Beziehern von ALG II ohne Erwerbsaussichten oder in Fällen von EU-Rentnern, die im Übrigen vermögenslos sind, dürften sich die Lebensumstände in Zukunft (d.h. vor Eintritt der Vollstreckungsverjährung (§ 76b StGB)) häufig mit an Sicherheit grenzender

Wahrscheinlichkeit nicht bessern, weshalb Sie Ihre Zustimmung zu einem Absehen gem. § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO nicht verweigern sollten.

Überlegungen dahingehend, dass der Verletzte über ausreichend eigene Möglichkeiten zur Durchsetzung seiner Vermögensinteressen verfügt, geben zwar grundsätzlich keinen Anlass, die Zustimmung nach § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu erteilen. Sie finden jedenfalls im Gesetzeswortlaut keinerlei Stütze. Auch würde so die vom Gesetzgeber gewollte erleichterte Möglichkeit der Anspruchsdurchsetzung nach § 459k Abs. 1 StPO im Vollstreckungsverfahren unterlaufen. Gleichwohl soll nach der Verfügungslage im Land Brandenburg beschränkt auf die Fälle, in denen der Geschädigte eigene Vollstreckungsmöglichkeiten besitzt und diese auch durchsetzen kann oder eine Rückzahlungsvereinbarung bereits besteht und auch gelebt wird und zusätzlich jeweils der Geschädigte (bzw. deren Vertreter, etwa ein Mitarbeiter eines Job-Centers) auf Befragen es für sachgemäß erachtet, auf Einziehungsmaßnahmen zu verzichten, um die Rückzahlungsvereinbarung nicht zu gefährden, die Möglichkeit eröffnet sein, von § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO Gebrauch zu machen.

Insbesondere Behörden der Arbeitsverwaltung, Finanzverwaltung oder Krankenkassen, die jeweils über eigene ausreichende Möglichkeiten verfügen, ihre Ansprüche durchzusetzen (Selbstexekutionsbefugnis), haben als Verletzte teilweise kein Interesse daran, dass ihre Forderungen (auch) im Rahmen der Strafvollstreckung durchgesetzt werden. Es besteht dann nämlich eine Konkurrenz der Einziehungsanordnung mit Vollstreckungstiteln anderer Behörden oder Institutionen, aus der sich in der Umsetzung rechtliche und tatsächliche Probleme und parallele zusätzliche Arbeitsaufwände ergeben, beispielsweise wenn der Angeklagte bereits fortlaufend Rückzahlungen auf die von ihm herbeigeführten Vermögensschäden vornimmt bzw. Aufrechnungslagen bestehen. Diese Probleme entstehen häufig bei Leistungsbetrügereien zu Lasten der Jobcenter, beim Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt zu Lasten von Krankenkassen aber auch in Fällen von Verstößen gegen § 370 AO (Steuerhinterziehung). Selbst wenn man in der Hauptverhandlung den genauen Umfang der zu diesem Zeitpunkt bereits geleisteter Rückzahlungen ermittelt und entsprechend berücksichtigt (§ 73e StGB), so kann es vorkommen, dass die Vollstreckung des Urteils zeitversetzt erfolgt (etwa aufgrund eines Rechtsmittels), die Rückzahlungsvereinbarung aber weiterläuft und auch bedient wird. Die Schwierigkeiten der Feststellung bereits erbrachter Leistungen werden in solchen Fällen auf das Vollstreckungsverfahren „verschoben“ (§ 459g Abs. 4 StPO). Der Rechtspfleger muss sich fortlaufend ins Benehmen mit der parallel arbeitenden weiteren Vollstreckungsbehörde setzen. Der hierbei entstehende Arbeitsaufwand ist als unangemessen zu betrachten. Da das Vollstreckungsverfahren, soweit es die Einziehung betrifft, (nach zutreffender Auffassung) auch als Teil des Verfahrens zu betrachten ist, welches von § 421 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 StPO in Bezug genommen wird, ist eine Zustimmung zum Absehen von der Einziehung nach jener Vorschrift in diesen Fällen sachgerecht.

i) Fahrerlaubnis & Co.

Bei Verkehrsdelikten ist die Maßregel der Besserung und Sicherung der Entziehung der Fahrerlaubnis zu beachten. Diese spielt in der Praxis bei Strafrichtersachen eine bedeutende Rolle. Auf die Ausführungen im **Skript Teil H.VI.2** [S. 129] wird hingewiesen.

Wenn sich aus einer Tat, hinsichtlich derer Sie eine Verurteilung beantragen, ergibt, dass der Angeklagte **zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet** ist, dann ist ihm gem. § 69 Abs. 1 S. 1 StGB die **Fahrerlaubnis zu entziehen**. Als ungeeignet ist er insbesondere dann anzusehen, wenn ein „**Regelbeispiel**“ im Sinne des **§ 69 Abs. 2 StGB** erfüllt ist. Der Begründungsaufwand hält sich dann in Grenzen. Lediglich hinsichtlich § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB ist zu beachten, dass der bedeutende Schaden bei 1.300 Euro beginnt und Schäden an mehreren Sachen zusammenzuzählen sind, mit Ausnahme der Schäden an dem vom Täter selbst berechtigt geführten Fahrzeug.

Ob die Schäden am „Täterfahrzeug“ auch dann außer Betracht bleiben können, wenn das Fahrzeug für den Täter fremd ist, wird unter Zugrundelegung eines wirtschaftlichen Eigentums-/Fremdheits-Begriffs teilweise bejaht (vgl. Fischer, 66. Aufl. 2019 StGB, § 69 Rn. 27; a.A.: MüKoStGB, 3. Aufl. 2016 StGB, § 69 Rn. 70; Lackner/Kühl/Heger, 29. Aufl. 2018 StGB, § 69 Rn. 7). Einigkeit scheint insoweit nur dahingehend zu bestehen, dass Schäden an einem geleasteten Kraftfahrzeug unberücksichtigt bleiben sollen, wenn der Leasingnehmer nach den vertraglichen Verhältnissen (wie regelmäßig) das Risiko einer Schädigung zu tragen und er das Fahrzeug

selbst geführt hat. Entstehen bei einer solchen vertraglichen Regelung die Schäden ausschließlich an dem vom Leasingnehmer geführten Fahrzeug, dürfte der Tatbestand des § 142 StGB aber ohnehin ausgeschlossen sein (Fischer, 66. Aufl. 2019 StGB, § 142 Rn. 12).

Wird dem Angeklagten die Fahrerlaubnis entzogen, so bestimmt das Gericht zugleich, dass ihm innerhalb einer bestimmten Frist (6 Monate bis 5 Jahre; ausnahmsweise für immer) keine neue Fahrerlaubnis erteilt werden darf (§ 69a Abs. 1 StGB; **Sperre**). Die **Sperrfrist** ist ebenfalls zu beantragen. Das Mindestmaß der Sperre beträgt ein Jahr, wenn gegen den Angeklagten in den letzten drei Jahren vor der Tat bereits einmal eine Sperre angeordnet worden ist (§ 69a Abs. 3 StGB).

Bei der Berechnung der Sperrfrist gibt es eine zu beachtende Besonderheit, wenn dem Angeklagten die Fahrerlaubnis bereits vorläufig gem. § 111a StPO entzogen wurde (vgl. auch **Skript Teil H.VI** [S. 129]). Das Mindestmaß der Sperre verkürzt sich dann um die Zeit, in der die vorläufige Entziehung wirksam war, darf aber drei Monate nicht unterschreiten (§ 69a Abs. 4 StGB). Der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis stehen die Sicherstellung und Beschlagnahme des Führerscheins gleich (§ 69a Abs. 6 StGB). Die Regelung des § 69a Abs. 4 StGB verpflichtet den Tatrichter jedoch nicht zur „Anrechnung“ im technischen Sinne. Sie erweitert lediglich den Rahmen nach unten, der ihm für die Bemessung einer zeitlich begrenzten Sperre zur Verfügung steht. Da es für den Eignungsmangel auf die Zeit der gerichtlichen Entscheidung ankommt, kann der Zweck der Maßregel aber durch die **vorläufige Maßnahme**, welche den Angeklagten von der Verkehrsteilnahme ausgeschlossen hat, bereits teilweise erreicht sein. Dieser **teilweisen Zweckerreichung** kann durch eine Herabsenkung der Sperrfrist, die unmittelbar nach der Tat zu verhängen wäre, erreicht werden. Angenommen Sie halten eine Sperre von einem Jahr für erforderlich. Die Fahrerlaubnis ist dem Angeklagten aber bereits seit 4 Monaten entzogen. Eine ausgesprochene Sperre von einem Jahr würde im Ergebnis dazu führen, dass der Angeklagte für einen Zeitraum von 1 Jahr und 4 Monaten keine Fahrzeuge führen darf und in dieser Zeit auch keine Chance hat, eine neue Fahrerlaubnis zu erwerben. Wenn Sie dies vermeiden und die von Ihnen beabsichtigte Sperrfrist (1 Jahr) erreichen wollen, ziehen Sie von dieser die vier Monate ab und beantragen entsprechend acht Monate Sperre. Eine Sperrfrist von unter drei Monaten dürfen Sie aber nie beantragen (§ 69a Abs. 4 S. 2 StGB).

Mit Rechtskraft des Urteils erlischt die Fahrerlaubnis. Ein von einer deutschen Behörde ausgestellter **Führerschein wird im Urteil eingezogen** (§ 69 Abs. 3 StGB). Letzteres ist im Plädoyer ebenfalls zu beantragen.

Hat der Angeklagte keine Fahrerlaubnis, kann ihm naturgemäß diese nicht entzogen werden. Gleichwohl kommt gem. § 69a Abs. 1 S. 3 StGB eine Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis in Betracht (sog. **isolierte Sperre**).

Anträge in Bezug auf §§ 69, 69a StGB könnten beispielsweise wie folgt lauten:

„Durch die Tat hat sich der Angeklagte als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen.

Die gesetzliche Regelvermutung des § 69 Abs. 2 Nr. 1a StGB, dass die Teilnahme desjenigen, der verbotene Kraftfahrzeugrennen durchführt, am Kraftfahrzeugverkehr zu einer nicht hinnehmbaren Gefährdung der Verkehrssicherheit führen wird, ist vorliegend auch nicht durch besondere Umstände widerlegt.

Es wird daher beantragt, dem Angeklagten die Fahrerlaubnis zu entziehen, den Führerschein einzuziehen und unter Berücksichtigung des Zeitraums der vorläufigen Entziehung von nunmehr fast 3 Monaten die Verwaltungsbehörde anzuweisen, dem Angeklagten nicht vor Ablauf von noch 9 Monaten eine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.“

In Fällen, in denen die Widerlegung der Regelvermutung des § 69 Abs. 2 StGB fernliegend ist, müssen Sie sich nicht zwingend hierzu verhalten. Beispiel Trunkenheitsfahrten mit Kraftfahrzeugen:

„Da sich der Angeklagte durch die Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat, ist ihm gem. § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Fahrerlaubnis zu entziehen. Sein Führerschein ist einzuziehen und die Verwaltungsbehörde anzuweisen, nicht vor Ablauf von [noch] 10 Monaten eine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.“

Schwieriger wird die Begründung, wenn es sich nicht um eine verkehrsspezifische Anlasst handelt. Maßstab für die Entscheidung über die Entziehung der Fahrerlaubnis gem. § 69 Abs. 1 StGB ist allein eine Prognose über die Gefährlichkeit des Angeklagten für den allgemeinen Straßenverkehr (**Gefahrprognose**). Es kommen hierfür körperliche, geistige und charakterliche Mängel gleichermaßen in Betracht. Lassen die Taten des Angeklagten den Rückschluss zu, dass er bereit ist, die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterzuordnen und besteht diese Gefahr im Zeitpunkt Ihrer Entscheidung auch künftig, ist die Entziehung der Fahrerlaubnis, die Einziehung des Führerscheins und eine angemessen hohe Sperre zu beantragen.

Umstände nach der Tat können zu der Überzeugung führen, dass eine Entziehung der Fahrerlaubnis nicht erforderlich ist. Die Ungeeignetheit des Täters muss sich aus der Tat ergeben, aber nach allgemeinen Grundsätzen zur Zeit der letzten tatrichterlichen Aburteilung bestehen. Daher sind bei der Beurteilung auch Vorgänge aus der Zeit zwischen Tatbegehung und Aburteilung zu berücksichtigen. Konkret bedeutet dies, dass das Gericht sich auch damit zu beschäftigen hat, ob bzw. dass der Angeklagte mangels vorläufiger Entziehung der Fahrerlaubnis längerfristig beanstandungsfrei am Straßenverkehr teilgenommen hat. Dies kann sogar zum Entfallen der Regelvermutung des § 69 Abs. 2 StGB führen. Starre Grenzen, wann von einer solchen „längerfristigen und beanstandungsfreien“ Teilnahme am Straßenverkehr auszugehen ist, gibt es nicht. Liegt in solchen Fällen ein Zeitraum von mehr als sechs Monaten zwischen Tat und Urteil, dürfte aber Anlass bestehen, die Ungeeignetheit kritisch zu betrachten.

Wird die Ungeeignetheit im Sinne des § 69 StGB verneint, kommt ein **Fahrverbot gem. § 44 StGB** in Betracht (vgl. § 44 Abs. 1 S. 3 StGB). Es handelt sich um eine Nebenstrafe, die nur gemeinsam mit einer Hauptstrafe verhängt werden darf. Sie dient – anders als die Entziehung der Fahrerlaubnis – nicht der präventiven Gefahrenabwehr. Das Fahrverbot ist grundsätzlich als sog. Denkkzettel für nachlässige und leichtsinnige Kraftfahrer vorgesehen, um den Täter vor einem Rückfall zu warnen und ihm ein Gefühl für den zeitweiligen Verlust des Führerscheins und den Verzicht auf die aktive Teilnahme am Straßenverkehr zu vermitteln. Diese Warnungs- und Besinnungsfunktion kann das Fahrverbot – auch im Hinblick auf seinen Strafcharakter – aber nur dann erfüllen, wenn es sich in einem angemessen zeitlichen Abstand zur Tat auf den Täter auswirkt. Liegen zwischen der Tat und dem Urteil, in dem die Nebenstrafe verhängt werden könnte, mehr als zwei Jahre, dürfte diesem Erziehungsgedanken der Nebenstrafe nur noch schwerlich zum Durchbruch verholfen werden können. Das Fahrverbot kann für die Dauer von einem Monat bis zu sechs Monaten ausgesprochen werden.

Verfügt der Angeklagte über eine **im Ausland erteilte Fahrerlaubnis**, sind die sich aus § 69b StGB ergebenden Besonderheiten zu beachten. Im Gegensatz zur Entziehung einer deutschen Fahrerlaubnis, kann die Entziehung einer ausländischen Fahrerlaubnis nicht deren Erlöschen bewirken, weil das als Eingriff in fremde Hoheitsrechte rechtlich unzulässig wäre. Um dennoch zumindest die dem § 69 Abs. 3 StGB entsprechende Folgen erzielen zu können, ist für das Verfahren und damit die Antragstellung maßgeblich, ob über die ausländische Fahrerlaubnis hinaus ein ausländischer Führerschein von einer Behörde eines Mitgliedstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des EWR-Abkommen ausgestellt worden ist und ob der Inhaber seinen ordentlichen Wohnsitz im Inland hat. Im Einzelnen:

Ist dem Angeklagten (nur) von einer zuständigen ausländischen Behörde eine Erlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen erteilt worden und liegen die Entziehungsvoraussetzungen des § 69 StGB vor, so ist die Entziehung der Fahrerlaubnis (nach den allgemeinen, oben dargestellten Grundsätzen) zu beantragen. Dass diese Entziehung gem. § 69b Abs. 1 StGB die Wirkung einer

Aberkennung des Rechts hat, von der Fahrerlaubnis im Inland Gebrauch zu machen, ist im Tenor nicht zum Ausdruck zu bringen (gesetzliche Folge) und muss daher auch im Plädoyer nicht erwähnt werden (vgl. BGH, Urt. v. 22.8.1996 – 4 StR 217/96, NZV 1996, 500/502). Die Entziehung der Fahrerlaubnis hängt aber auch nicht davon ab, ob die ausländische Erlaubnis den Inhaber zum Führen von Kraftfahrzeugen im Inland tatsächlich berechtigt, oder nicht. Der Wortlaut des § 69b StGB gebietet eine solche Interpretation nicht. Zwar regelt § 69b Abs. 1 StGB die Wirkung der Entziehung einer ausländischen Fahrerlaubnis bei Tätern, die berechtigterweise am inländischen Kraftverkehr teilnehmen. Bei denen, die diese Berechtigung aufgrund der ausländischen Fahrerlaubnis nicht haben, bedarf es einer solchen Regelung aber auch nicht. Gleichwohl soll gemäß § 69b Abs. 2 S. 2 StPO in ausländischen Führerscheinen die Entziehung der Fahrerlaubnis (und die Sperre) vermerkt werden können. Dass dies nur für die Führerscheine von Fahrzeugführern gelten soll, die mit der ausländischen Fahrerlaubnis im Inland Kraftfahrzeuge führen dürfen, lässt sich dem Wortlaut des Gesetzes nicht entnehmen. Die Entziehung der Fahrerlaubnis ist daher auch zulässig, wenn der Täter eine ausländische Fahrerlaubnis hat, mit der er am innerdeutschen Kraftfahrzeugverkehr nicht teilnehmen darf (BGH Beschl. v. 3.9.1998 – 4 StR 243/98, NJW 1999, 228/229).

Soll eine Sperre/Sperrfrist beantragt werden, ist die Formulierung des Antrages dem Umstand anzupassen, dass es sich um eine ausländische Fahrerlaubnis handelt, die entzogen werden soll. Dabei ist zu beachten, dass Möglichkeiten bestehen, dass Inhabern ausländischer Fahrerlizenzen von einer deutschen Verwaltungsbehörde gestattet wird, von diesen im Inland Gebrauch zu machen bzw. aufgrund der ausländischen Fahrerlaubnis eine deutsche Fahrerlaubnis erteilt wird. Beide Varianten müssen im Rahmen der Sperranordnung der deutschen Verwaltungsbehörde untersagt werden, um für Rechtssicherheit zu sorgen. Die im Tenor zum Ausdruck kommende Anweisung gegenüber der Verwaltungsbehörde sollte mithin unmissverständlich sein und § 69b Abs. 1 S. 3 StGB abdecken, gleich ob die ausländische Fahrerlaubnis zum Führen von Kraftfahrzeugen im Inland berechtigt (§ 69a Abs. 1 S. 1 und S. 2 StGB „unmittelbar“), oder nicht (§ 69a Abs. 1 S. 3 StGB). Sie könnten dies etwa so beantragen:

„Da sich der Angeklagte durch die Tat als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen erwiesen hat, ist ihm gem. § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB die Fahrerlaubnis zu entziehen. Die Verwaltungsbehörde ist anzuweisen, dem Angeklagten vor Ablauf von 10 Monaten weder das Recht, von der ausländischen Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen, noch eine inländische Fahrerlaubnis zu erteilen.“

Damit sind nämlich auch die Fälle abgedeckt, in denen die ausländische Fahrerlaubnis (noch) nicht zum Führen von Kraftfahrzeugen im Inland berechtigt, die diesbezüglichen Voraussetzungen (z.B. Verlegung des Wohnsitzes o.ä.) vom Angeklagten aber geschaffen werden könnten.

Ist der ausländische Führerschein von einer Behörde eines Mitgliedsstaates der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum ausgestellt worden und hat der Inhaber seinen ordentlichen Wohnsitz im Inland, so wird der Führerschein im Urteil eingezogen und an die ausstellende Behörde zurückgesandt (§ 69b Abs. 2 S. 1 StGB). Ob ein ordentlicher Wohnsitz im Sinne des Gesetzes besteht, richtet sich nach § 7 FeV. Die in § 69b Abs. 2 S. 1 StGB enthaltenen prozessualen Regeln sollten bei Vorliegen der Voraussetzungen mit beantragt werden. Das kann etwa so erfolgen:

„Durch die Tat hat sich der Anklagte, der über eine Fahrerlaubnis eines Mitgliedstaates der Europäischen Union verfügt und seinen festen Wohnsitz in Deutschland hat, als ungeeignet zum Führen von Kraftfahrzeugen im Sinne des § 69 Abs. 2 Nr. 3 StGB erwiesen, weil er wusste, dass bei dem Unfall ein Mensch nicht nur unerheblich verletzt worden ist und daher die Annahme gerechtfertigt ist, dass er auch künftig die Sicherheit des Straßenverkehrs seinen eigenen kriminellen Interessen unterordnen wird. Die gesetzliche Regelvermutung wird vorliegend auch nicht durch besondere Umstände widerlegt. Dem Angeklagten ist daher die Fahrerlaubnis zu

entziehen. Der niederländische Führerschein ist einzuziehen und an die ausstellende Behörde zurückzusenden. Die Verwaltungsbehörde soll angewiesen werden, dem Angeklagten vor Ablauf von 12 Monaten weder das Recht, von der ausländischen Fahrerlaubnis Gebrauch zu machen, noch eine inländische Fahrerlaubnis zu erteilen.“

k) U-Haft

Das Gericht hat bei der Urteilsfällung durch Beschluss über die Fortdauer der Untersuchungshaft zu entscheiden und den Beschluss mit dem Urteil zu verkünden (§ 268b StPO). Voraussetzung für eine solche Entscheidung ist, dass ein Untersuchungs-Haftbefehl gem. §§ 112ff. StPO in derjenigen Sache vorliegt, die Sie verhandeln (vgl. **Skript Teil E.VIII** [S. 97]). Nicht entscheidend ist (nach zutreffender Auffassung), ob der Haftbefehl tatsächlich noch vollzogen wird, oder außer Vollzug gesetzt ist (§ 116 StPO).

Befindet sich der Angeklagte (in „Ihrer“ Sache) in Untersuchungshaft und liegen die Voraussetzungen für die Untersuchungshaft weiterhin vor (vgl. **Skript Teil H.IV** [S.121]), dann haben Sie dies darzustellen und die Anordnung der Haftfortdauer zu beantragen. Ergeben sich infolge Ihrer rechtlichen oder tatsächlichen Bewertung der angeklagten Taten Abweichungen vom Inhalt des Haftbefehls, ist die Anordnung der Haftfortdauer nach Maßgabe Ihres Plädoyers zu beantragen. Besonderes Augenmerk sollten Sie bei Ihren Ausführungen zur Haftfortdauer stets auf die Umstände legen, aus denen Sie schließen, dass ein Haftgrund fortbesteht. Möglich ist insoweit auch, dass eine Außervollzugsetzung des (fortdauernden) Haftbefehls gem. § 116 StPO in Betracht kommt. Sie beantragen dann die Anordnung der Haftfortdauer und die Außervollzugsetzung des Haftbefehls und benennen hierfür konkrete Auflagen / Weisungen. Dies könnte wie folgt aussehen:

„Ich beantrage weiterhin, den Haftbefehl des Amtsgerichts Zossen vom 22.01.2019 aufrechtzuerhalten, da der Haftgrund der Fluchtgefahr nach wie vor besteht, denn Allerdings kann der Vollzug des Haftbefehls ausgesetzt werden, wenn dem Angeklagten zugleich die Weisung gegeben wird, dass er sich einmal wöchentlich bei der Polizeiinspektion Potsdam meldet.“

Liegen keine Haftgründe mehr vor, so ist die Aufhebung des Haftbefehls zu beantragen. Dasselbe gilt, wenn der Haftbefehl unverhältnismäßig erscheint (§ 120 Abs. 1 StPO).

Wird der Angeklagte von der Untersuchungshaft gem. § 116 StPO verschont und liegen die Voraussetzungen der Untersuchungshaft nicht mehr vor, sind die Aufhebung des Haftbefehls und die Aufhebung des Außervollzugsbeschlusses zu beantragen.

Wird der Angeklagte von der Untersuchungshaft gem. § 116 StPO verschont und liegen die Voraussetzungen der Untersuchungshaft weiterhin vor, kommt es darauf an, ob die Außervollzugsetzung weiterhin (ggf. unter Abänderung etwaiger Auflagen / Weisungen) gerechtfertigt ist. Ist dies der Fall, beantragen Sie die Aufrechterhaltung des Haftbefehls (nach Maßgabe Ihres Plädoyers) und die Aufrechterhaltung des Außervollzugsbeschlusses (ggf. unter Änderung der Auflagen / Weisungen). Ist die Außervollzugsetzung aber bei Vorliegen der Voraussetzungen der Untersuchungshaft nicht mehr gerechtfertigt, beantragen Sie die Aufrechterhaltung des Haftbefehls und die Anordnung seiner Vollziehung. Sie können in letzterem Fall auch die Aufrechterhaltung des Haftbefehls und die Aufhebung des Außervollzugsbeschlusses beantragen – dies hat faktisch dieselbe Wirkung.

Ist gegen den Angeklagten bisher kein Haftbefehl (in „Ihrer“ Sache) ergangen, liegen die Voraussetzungen für einen Haftbefehl aber vor, sollte der Erlass eines Haftbefehls beantragt werden. Natürlich kann zusätzlich auch ein Antrag auf Außervollzugsetzung gem. § 116 StPO gestellt werden, wenn geeignete Auflagen und Weisungen in Betracht kommen.

Im Falle eines Freispruchs liegen die Voraussetzungen für einen Haftbefehl naturgemäß nicht vor. Bestehende Haftbefehle nach § 112 StPO sind daher (einschließlich etwaiger Haftverschonungsbeschlüsse) aufzuheben. Darüber hinaus sollen Sie gem. Nr. 139 Abs. 3

RiStBV darauf hinwirken, dass das Gericht gemäß §§ 2 und 8 StrEG unter Berücksichtigung der §§ 3 bis 6 StrEG eine Entscheidung über die Verpflichtung zur Entschädigung für die erlittene Untersuchungshaft fällt. Dies könnte etwa wie folgt aussehen:

„Ich beantrage daher, den Angeklagten freizusprechen, den Haftbefehl des Amtsgerichts Zossen vom 01.01.2019 aufzuheben und festzustellen, dass der Angeklagte für die erlittene Untersuchungshaft zu entschädigen ist.“

Haftbefehle nach § 127b Abs. 2 StPO oder § 230 StPO werden mit Fristablauf bzw. mit Ende der Hauptverhandlung gegenstandslos. Etwaige Anträge auf deren Aufhebung haben daher nur deklaratorische Bedeutung.

8. Teilfreispruch

Hinsichtlich eines jeden tatmehrheitlich begangenen (§ 53 StGB) Deliktes, welches nicht vorab anderweitig erledigt worden ist (§§ 154, 154a StPO) und bezüglich dessen Sie keine Verurteilung beantragen, muss der Angeklagte freigesprochen werden.

Ein Schlussantrag könnte dann beispielsweise lauten:

„Es wird daher beantragt, den Angeklagten wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe in Höhe von 40 Tagessätzen zu je 30,- Euro zu verurteilen und im Übrigen freizusprechen.“

Ein solcher Teilfreispruch kommt bei tateinheitlich begangenen Delikten (§ 52 StGB), von denen nur einige, aber nicht alle nicht nachgewiesen werden konnten, hingegen nicht in Betracht. Wurde der Angeklagte beispielsweise wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung angeklagt und ließ sich nur die Urkundenfälschung nicht belegen, dann führen Sie dies in Ihrer rechtlichen Würdigung zwar aus, beantragen aber nicht etwa Verurteilung wegen des Betruges und Freispruch im Übrigen, sondern nur Verurteilung wegen Betruges. Man kann nicht wegen ein und derselben (materiellrechtlichen) Tat verurteilt und gleichzeitig freigesprochen werden.

9. Plädoyer der Verteidigung

Nach Ihrem Plädoyer sollten Sie sich kurz bedanken. Immerhin haben Ihnen die Verfahrensbeteiligten Ihre Aufmerksamkeit geschenkt. Jetzt ist es an Ihnen, dem Schlussvortrag der Verteidigung zuzuhören. Sie müssen nicht verwundert sein, wenn die Verteidigung alles ganz anders sieht, als Sie. Das liegt in der Natur der Sache. Fällt Ihnen bei dem Schlussvortrag der Verteidigung aber etwas auf, was Sie in Ihrem Plädoyer zwingend hätten beantragen müssen oder wollen Sie groben rechtlichen Fehleinschätzungen der Verteidigung argumentativ begegnen, steht Ihnen gem. § 258 Abs. 2 StPO das Recht zur Erwiderung zu (sog. Replik). Nur höchst ausnahmsweise wird hiervon Gebrauch gemacht, denn ein „guter“ Schlussvortrag der Staatsanwaltschaft zeichnet sich dadurch aus, dass alle wesentlichen Aspekte bereits abgehandelt wurden. Dass das Gericht mit zwei sich diametral gegenüberstehenden Plädoyers konfrontiert wird, ist jedenfalls kein Grund, dass Gericht um die Erteilung des Wortes für eine Replik zu bitten und dann nichts Neues beizutragen, zumal der Verteidigung – wenn Sie replizieren – ebenfalls ein Recht zur Erwiderung zusteht (sog. Duplik).

Der Angeklagte ist, auch wenn ein Verteidiger für ihn gesprochen hat, gem. § 258 Abs. 3 StPO zu befragen, ob er selbst noch etwas zu seiner Verteidigung beizutragen hat. Meist schließen sich verteidigte Angeklagte aber den Ausführungen ihrer Verteidigung an.

10. Letztes Wort

Dem Angeklagten gebührt gem. § 258 Abs. 2 Hs. 2 StPO stets das letzte Wort vor der Urteilsberatung und -verkündung. Ihm soll Gelegenheit gegeben werden, seinen Standpunkt darzulegen, auch wenn er bis dahin geschwiegen hat. Das Wort muss dem Angeklagten von Amts wegen ausdrücklich erteilt werden. Was er dabei ausführt, gehört zum Inbegriff der Hauptverhandlung und ist – soweit erheblich – bei der Urteilsfindung zu berücksichtigen. Alle

Bemerkungen anderer Verfahrensbeteiligter mit einer anderen Prozessrolle, außer denjenigen von Mitangeklagten, nach dem letzten Wort des Angeklagten führen dazu, dass jenem das letzte Wort erneut zu erteilen ist. Inhaltlich besteht eine weitgehende Verteidigungsfreiheit. Er kann auch Anträge stellen oder ein Geständnis ablegen, welches ggf. strafmildernd zu berücksichtigen sein kann. Nur dann, wenn der Angeklagte sein Äußerungsrecht missbraucht, kann ihm nach vorheriger Abmahnung ausnahmsweise das Wort entzogen werden. Zur Erleichterung oder Beschleunigung des Verfahrens darf ihm das (letzte) Wort jedoch keinesfalls entzogen werden.

11. Urteilsverkündung

Während der Verkündung der Urteilsformel haben sich sämtliche Anwesende von ihren Plätzen zu erheben (Nr. 124 Abs. 2 S. 2 RiStBV). Sie notieren sich als Sitzungsvertreter der Staatsanwaltschaft den konkreten Urteilsausspruch, sowie sämtliche aus der sich anschließenden mündlichen Urteilsbegründung zu entnehmenden Einzelstrafen (wenn eine Gesamtstrafe gebildet wurde) und den wesentlichen Inhalt etwaiger verkündeter Beschlüsse.

12. Kein Rechtsmittelverzicht

Einen Verzicht auf Rechtsmittel darf der Referendar grundsätzlich nicht erklären! Wenn Sie gleichwohl danach gefragt werden, antworten Sie schlicht, dass Sie keine Erklärung abgeben. Warum und weshalb müssen Sie nicht erläutern.

IV. Nachbesprechung

Im Anschluss an die Wahrnehmung der Sitzungsvertretung haben Sie einen Terminsvermerk / Sitzungsbericht zu fertigen. Dies geschieht häufig durch Ausfüllen eines formularmäßigen Vordrucks. Besprechen Sie mit Ihrem Einzelausbilder, ob Sie den Vordruck selbst (ggf. zunächst mit Bleistift) ausfüllen sollen, oder er dies mit Ihnen gemeinsam anhand Ihrer Aufzeichnungen zu Ihren Anträgen und dem Urteilsausspruch erledigen möchte. Weicht das Urteil erheblich von Ihren Anträgen ab, so sollten Sie für sich prüfen, ob Sie die Gründe des Gerichtes für überzeugend halten oder ob Sie die Einlegung von Rechtsmitteln empfehlen wollen – Ihr Einzelausbilder wird Sie in diesen Fällen mit Sicherheit danach fragen.

Der formularmäßige Sitzungsbericht / Sitzungsvermerk / Terminsvermerk hat in Potsdam derzeit folgenden Aufbau:

Sitzungsbericht

Entscheidung verkündet am: 452 Js 21319/19

durch

Vorsitzende/r: _____

Haftsache: _____

Sitzungsvertreter/in: _____
 (bei Ref. ist Ausbilder ebenfalls anzugeben)

Antrag:	Entscheidung: *	MESTA Kennziffer und Entsch.-Tenor
1. Angeklagte/r:		

Angewandte Vorschrift §§

Kein RM - Verzicht bei StrEG - Entscheidungen!

Rechtskraft bzgl. Angeklagte/rn _____

Rechtsmittelverzicht des/der Angeklagten _____

Rechtsmitteleinlegung wird nicht empfohlen empfohlen

Bemerkungen: (ggf. Rückseite benutzen)

<p>Vfg.</p> <p>1. LCStA / AL1</p> <p>2. AL _____</p> <p>3. GS <input type="checkbox"/> Entscheidung eintr. s.o. <input type="checkbox"/> Änderungen in MESTA gemäß Vfg. Rückseite</p> <p>4. o.D. **</p> <p>Datum _____</p> <hr/> <p>Handzeichen: (bei Ref. auch des Ausbilders)</p>

D IV 3 (06/17) Sitzungsbericht

* ggf. auch angeben: Haftfortdauer, -entlassung (Haftliste ergänzen lassen!); Bew.- Frist und -Aufgaben, Vermögensbeschöpfung, FS Rückgabe; Assenswertenentscheidungen; StrEG

** Beachte:

Falls das Gericht die Unterbringung nach § 63 oder § 64 StGB angeordnet hat, ist sofort nach Urteilsverkündung (ggf. also vor der Rechtskraft) dem MdJEV auf dem Dienstweg zu berichten

- Vermögensabschöpfung war nicht veranlasst, da
- durch die Tat nichts erlangt/kein Fall der Vermögensabschöpfung
 - geringer Wert, § 421 Abs. 1 Nr. 1 StPO
 - Anspruch des Verletzten ist erloschen, § 73e Abs. 1 StGB
 - Vermögensabschöpfung fällt nicht ins Gewicht, § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO
(nur für die Einziehungen nach §§ 74 ff. StGB)
 - unangemessener Aufwand, § 421 Abs. 1 Nr. 3 StPO

Folgende Änderungen bzw. Ergänzungen sind in MESTA zu veranlassen

- neue Anschrift des Beschuldigten

_____ (Bl. HA)

- richtiger Name des Beschuldigten lautet

_____ (Bl. HA)

- zu diesem Verfahren wurden folgende Verfahren hinzuverbunden:

Hiesiges Verfahren führt

- Durch das Gericht wurde das Verfahren bzgl. des Angeklagten

_____ abgetrennt

Das neue Aktenzeichen des Gerichts lautet:

(Unterschrift)

IV 3 (06/17) Sitzungsbericht

* ggf. auch angeben: Haftortdauer, -erlebenszeit (Haftliste ergänzen lassen!); Bew.- Frist und -Auflagen; Vermögensabschöpfung;
FS Rückgabe; Asservatenentscheidungen; StGB

** Beachte:

Falls das Gericht eine Unterbringung nach § 63 oder § 64 StGB angeordnet hat, ist sofort nach Urteilsverkündung (ggf. also vor der Rechtskraft) dem MdJ/EV auf dem Dienstweg zu berichten

V. Sitzungsrennen

Zur Vorbereitung und Wahrnehmung des Sitzungsdienstes kann Ihnen möglicherweise der folgende „Sitzungsrennen“ behilflich sein:

Aktenzeichen:			Gericht:
Angeklagte(r):		Einkommen:	
Tatzeit(en) / Tatort(e):			
Vorwurf / Vorwürfe:			
Angeklagte(r) nicht erschienen?			
Einspruch gegen Strafbefehl? ¹	→ Verteidiger(in) anwesend? ² → ohne Angeklagte(n) verhandeln! → ordnungsgemäße Ladung? → falls nein: Aussetzungsantrag ³ → unentschuldigt nicht erschienen? → falls ja: Verwerfungsantrag⁴		
Übergang ins Strafbefehlsverfahren:	→ ordnungsgemäße Ladung? ⁵ → falls nein: Aussetzungsantrag ⁶ → Rechtsfolgen i.S.d. § 407 StPO? ⁷ → falls nein: Aussetzungsantrag ⁸ → Strafbefehlsantrag⁹ gem. § 408a StPO ¹⁰		
Vorführung / Haftbefehl § 230 StPO	→ ordnungsgemäße Ladung? ¹¹ → falls nein: Aussetzungsantrag ¹² → unentschuldigt? ¹³ → falls ausreichend entschuldigt: Aussetzungsantrag ¹⁴ → Aussetzungs- und Vorführungsantrag¹⁵ oder ¹⁶ → Aussetzungs- und Haftbefehlsantrag¹⁷		
Einlassung der/des Angeklagten ¹⁸ :			
Zeugen nicht erschienen?	→ ordnungsgemäß geladen? → falls nein : Verzicht möglich? ¹⁹ → falls nein: Unterbrechungs ²⁰ - od. Aussetzungsantrag + Ladungsantrag ²¹ → unentschuldigt? → falls nein: Verzicht möglich? → falls ja: Kosten des Ausbleibens²² → falls nein: → Kosten des Ausbleibens + Ordnungsgeld/Ordnungshaft + Aussetzung (od. Unterbrechung) + Vorführung²³		
Zeuge ²⁴ :			

BZR / VZR verlesen? ²⁵			
Sonstige Urkunden verlesen / Inaugenscheinnahmen? ²⁶			
Plädoyer (Verurteilung)			
Anrede	„Hohes Gericht, sehr geehrte(r) Frau/Herr Vorsitzende, Herr/Frau Verteidiger/in), werte Anwesende,		
Sachverhaltsdarstellung ²⁷			
wie Anklageschrift:	„Im Ergebnis der Beweisaufnahme hat sich der Anklagevorwurf aus Sicht der Staatsanwaltschaft vollumfänglich bestätigt.“		
kleinere Abweichungen ²⁸ :	„Aus Sicht der Staatsanwaltschaft hat sich der Anklagevorwurf - allerdings nur in fahrlässiger Begehungsweise - bestätigt.“ oder „Aufgrund der in der heutigen Hauptverhandlung durchgeführten Beweisaufnahme hält die Staatsanwaltschaft den in der Anklageschrift niedergelegten Sachverhalt im Wesentlichen für erwiesen.“		
Abweichungen:	„Die Staatsanwaltschaft hält aufgrund der Beweisaufnahme folgenden Sachverhalt für erwiesen: [...]“ ²⁹		
Beweiswürdigung: ³⁰	„Dieser Sachverhalt steht fest aufgrund...“ ...der Einlassung ³¹ der/des Angeklagten ³² (soweit ihr gefolgt werden kann) ³³ . Sie/Er hat sich dahingehend eingelassen, sie/er sei... ³⁴ ...der Aussagen des Zeugen/der Zeugin ³⁵ ...		

	Diese(r) hat bekundet,		
	Für die Wahrhaftigkeit der Angaben des Zeugen/der Zeugin spricht,		
	[Realkennzeichen:] ³⁶		
	[] logisch / plausibel	[..] widerspruchsfrei	[]
	Soweit der Zeuge/die Zeugin angegeben hat,		
			[Lügensignale:] ³⁷
	...der verlesenen Urkunden, der in Augenschein genommenen Lichtbilder (usw.)...		
Rechtliche Würdigung: ³⁸	„Aufgrund des festgestellten Sachverhaltes hat sich die/der Angeklagte schuldig gemacht des/der gemäß §§ ...		

¹ § 411 Abs. 1 S. 2 StPO

² Der Verteidiger bedarf einer schriftlichen Verhandlungsvollmacht und muss verhandlungsbereit sein.

³ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und neuen Termin zu bestimmen.“

⁴ „Es wird beantragt, den Einspruch gegen den Strafbefehl ohne Verhandlung zur Sache zu verwerfen.“

⁵ Ob der/die Angeklagte entschuldigt oder unentschuldigt nicht erschienen ist, ist irrelevant.

⁶ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und neuen Termin zu bestimmen.“

⁷ Bspw. Geldstrafe, Entziehung der Fahrerlaubnis (Sperrzeit ≤ 2 Jahre); Einziehung; Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr darf nur beantragt werden, wenn Angeklagte(r) verteidigt ist – ggf. ist ein Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 408b StPO)

⁸ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und neuen Termin zu bestimmen.“

⁹ Nutzen Sie hierfür das vom Gericht ausgehändigte Formular.

¹⁰ Der Antrag kann gem. § 418 Abs. 3 S. 3 StPO auch im beschleunigten Verfahren gestellt werden.

¹¹ In der Ladung muss auf die Folgen des Ausbleibens hingewiesen worden sein. Bei Ausländern mit festem Wohnsitz im Ausland kommt eine Vorführung nicht in Betracht!

¹² „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und neuen Termin zu bestimmen.“

¹³ Arbeitsunfähigkeit begründet nicht ohne Weiteres Verhandlungsunfähigkeit.

¹⁴ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und neuen Termin zu bestimmen.“

¹⁵ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen, neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen und zu diesem den Angeklagten / die Angeklagte vorführen zu lassen.“

¹⁶ Es gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Haftbefehl daher i.d.R. nur dann, wenn bereits erfolglos versucht worden ist, das Erscheinen des Angeklagten mittels Vorführung zu erreichen oder Vorführung keine Aussicht auf Erfolg verspricht.

¹⁷ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen und Haftbefehl gemäß § 230 Abs. 2 StPO gegen die/den Angeklagte(n) zu erlassen.“

¹⁸ Achten Sie darauf, dass der Angeklagte gem. §§ 243 Abs. 5 S. 1, 136 Abs. 2 StPO belehrt wird.

¹⁹ Ein Verzicht auf die Vernehmung des Zeugen ist möglich, wenn der Sachverhalt auch ohne ihn hinreichend aufgeklärt werden kann. Die Verzichtserklärung sollte daher zurückgestellt werden, bis sämtliche übrigen Beweise erhoben worden sind.

²⁰ Höchstfrist der Unterbrechung § 229 StPO (Abs. 1: drei Wochen; Abs. 2: ein Monat, wenn bereits mind. zehn Hauptverhandlungstermine)

²¹ „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung zu unterbrechen und den Zeugen XY zum nächsten Termin zu laden.“ / „Es wird beantragt, die Hauptverhandlung auszusetzen, neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen und die erschienenen Zeugen erneut sowie den Zeugen XY zu diesem Termin zu laden.“

²² Die Auferlegung der Kosten des Ausbleibens ist zwingend. Es ist aber denkbar, dass wegen des Verzichtes keine Kosten durch das Ausbleiben entstanden sind. Sie können daher nach ihrem Verzicht wie folgt formulieren: „Es wird beantragt, dem ordnungsgemäß geladenen und unentschuldigt nicht erschienenen Zeugen XY die Kosten des Ausbleibens aufzuerlegen, soweit diese entstanden sind.“

²³ „Es wird beantragt, dem nicht erschienen und ordnungsgemäß geladenen Zeugen XY die Kosten des Ausbleibens aufzuerlegen, gegen ihn ein Ordnungsgeld in Höhe von 150.- Euro, ersatzweise drei Tage Ordnungshaft zu verhängen, die Hauptverhandlung auszusetzen, neuen Termin von Amts wegen zu bestimmen und den Zeugen XY zu diesem Termin vorführen zu lassen.“

²⁴ Name, Vorname, Alter, Wohnort; Achten Sie auf die Belehrung gem. § 57 StPO (Wahrheitspflicht), falls nicht bereits zu Beginn der Sitzung erfolgt; Achten Sie auf die Frage nach Angehörigenverhältnis im Sinne des § 52 StPO und ggf. die erforderliche Belehrung (§ 52 Abs. 3 StPO). Wesentliche Angaben der Zeugen sollten Sie ihrem Sinn nach aufnotieren, um diese im Plädoyer rekapitulieren zu können.

²⁵ Sollten sich aktuellere Registerauszüge in Ihrer Handakte befinden als diejenigen, die das Gericht zu verlesen beabsichtigt, sollten Sie das Gericht freundlich darauf aufmerksam machen.

²⁶ Soweit möglich sollten Sie Blattzahlen (Fundstelle in der Akte) notieren, wenn Sie im Plädoyer darauf Bezug nehmen wollen.

²⁷ Darzustellen ist grundsätzlich der Sachverhalt, wie er sich im Ergebnis der Beweisaufnahme (aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung) darstellt.

²⁸ Bei kleineren Abweichungen, die den Tatvorwurf nur unwesentlich ändern (beispielsweise Höhe der Tatbeute; Fahrlässigkeit statt Vorsatz; Schlag mit linker statt mit – wie angeklagt – rechter Faust usw.), sollten Sie die geringfügige Änderung m.E. kurz in der Beweiswürdigung näher spezifizieren.

²⁹ Es folgt die chronologische Darstellung des Sachverhaltes, wie er sich aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung ergeben hat. Der Sachverhalt sollte in jedem Fall als feststehend – so wie in einem Konkretum – formuliert werden und sich auf die wesentlichen Umstände beschränken, welche die rechtliche Subsumtion ermöglichen. Die Darstellung von Sachverhalts Umständen, die sich straf erhöhend od. strafmildernd auswirken, sollten den Ausführungen zur Strafzumessung vorbehalten bleiben.

³⁰ Es folgt die Darstellung derjenigen Beweisergebnisse, aus denen sich der Sachverhalt ergibt. Die Beweise sind möglichst umfassend zu würdigen und in Beziehung zueinander zu stellen. Beweiswert, Beweisverwertungsprobleme und die zu ziehenden Rückschlüsse sollten angesprochen werden.

³¹ Liegt keine Einlassung vor, kann beispielsweise so formuliert werden: „Zwar hat sich die Angeklagte nicht eingelassen, sie wird aber überführt durch...“

³² Liegt eine vollgeständige Einlassung (Geständnis) vor, sollte dies kurz erwähnt werden und klargestellt werden, dass (und ggf. warum) das Geständnis glaubhaft ist.

³³ Der Klammerzusatz bietet sich insbesondere dann an, wenn die/der Angeklagte teilweise bestreitet.

³⁴ Die Einlassung sollten in wesentlichen Grundzügen kurz wiederholt werden. Augenmerk sollte dabei auf die bestreitenden Anteile gelegt werden, um dann auf die übrigen Beweismittel überzuleiten, mit denen die bestreitende Einlassung widerlegt werden kann.

³⁵ Darzustellen ist der wesentliche Kern der Angaben. Wörtliche Wiederholungen der Aussage sollten vermieden werden. Fragen der Glaubwürdigkeit der Person / Glaubhaftigkeit der Aussagen sollten – soweit erforderlich – erörtert werden.

³⁶ Stichwortartige Argumentationshilfe für Glaubhaftigkeit

³⁷ Stichwortartige Argumentationshilfe, falls Sie den Angaben eines Zeugen für unzutreffend halten

³⁸ Je nach Komplexität des Falles und dem Ausmaß der Abweichungen vom Anklagevorwurf sind die erfüllten Tatbestände (mit der gesetzlichen Überschrift) zu bezeichnen und soweit problematisch zu subsumieren.

M. Grundzüge des Rechtsmittelrechts

Das dritte Buch der StPO enthält die wesentlichen Vorschriften zu den strafprozessualen Rechtsmitteln. Es unterfällt in einen **allgemeinen Teil** (erster Abschnitt = §§ 296 – 303 StPO), sowie in die **Beschwerde** (zweiter Abschnitt = §§ 304 – 311a StPO), die **Berufung** (dritter Abschnitt = §§ 312 – 332 StPO), und die **Revision** (vierter Abschnitt = §§ 333 – 358 StPO) betreffende Teile.

Daneben existieren förmliche Rechtsbehelfe, die keine Rechtsmittel sind, wie die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§§ 44, 235, 329 Abs. 7, 412 StPO), Anträge auf Entscheidungen des Rechtsmittelgerichtes (§§ 319 Abs. 2, 346 Abs. 2 StPO), die Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359 ff. StPO), der Einspruch gegen den Strafbefehl (§§ 410ff. StPO) sowie sonstige Anträge auf gerichtliche Entscheidungen beispielsweise gegen Entscheidungen der Staatsanwaltschaft oder der Polizei (Bsp.: §§ 161a Abs. 3 S. 1, § 163 Abs. 5 S. 1 StPO). Formlose Rechtsbehelfe sind die Dienstaufsichtsbeschwerde und die Gegenvorstellung.

Rechtsmittel haben einen Devolutiveffekt, d.h. sie verlagern die Überprüfung einer gerichtlichen Entscheidung grundsätzlich vor ein Gericht höherer Ordnung. Außerdem hemmen sie grundsätzlich die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung (Suspensiveffekt) – mit Ausnahme der Beschwerde (vgl. § 307 Abs. 1 StPO) – „automatisch“.

Vorsorgliche Rechtsmittel gegen nur erwartete, aber noch nicht ergangene Entscheidungen sind ebenso unzulässig wie solche, die unter eine Bedingung gestellt werden. Die grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit bezieht sich allerdings nur auf Tatsachenbedingungen. Demgegenüber sind Bedingungen, die das Rechtsmittel von dem Eintritt bzw. dem Vorliegen bestimmter rechtlicher Voraussetzungen abhängig machen, als sogenannte Rechtsbedingungen zulässig. Zweifel bei der Auslegung der Bedingungsart gehen zu Lasten des Rechtsmittelführers.

I. allgemeiner Teil

1. Beschwer

Rechtsmittelberechtigte sind grundsätzlich die Staatsanwaltschaft und der Beschuldigte (§ 296 Abs. 1 StPO).

Rechtsmittel gegen gerichtliche Entscheidungen, die den Rechtsmittelführer nicht beschweren, sind unzulässig. Die Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer ist zwar gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt, im Grundsatz als Ausprägung des Rechtsschutzbedürfnisses jedoch allgemein anerkannt. Einigkeit besteht auch insoweit, als dass die Begründung einer gerichtlichen Entscheidung nicht beschweren kann. So sind der Entscheidungsausspruch (Tenor) oder dessen Nichtergehen zwar grundsätzlich mit Rechtsmitteln anfechtbar, ein mit dem Ziel der Herbeiführung einer anderen Begründung eingelegtes Rechtsmittel ist indes unzulässig.

Hinsichtlich der Staatsanwaltschaft besteht die Besonderheit, dass eine unmittelbare Beeinträchtigung ihrer Rechte oder ihrer schutzwürdigen Interessen durch eine gerichtliche Entscheidung (**Beschwer**) in der Regel nicht vorliegt. Es ist jedoch anerkannt, dass die Staatsanwaltschaft als zur Wahrung des Rechts berufene und verpflichtete Behörde allgemeinen Aufgaben der staatlichen Rechtspflege wahrzunehmen hat. Ist eine gerichtliche Entscheidung rechtswidrig oder unangemessen, kann es daher auf eine unmittelbare Beschwer der Staatsanwaltschaft nicht ankommen. Vielmehr wird sie in solchen Fällen entweder als von der Zulässigkeitsvoraussetzung der Beschwer befreit oder als grundsätzlich beschwert angesehen, wenn (nach ihrer Ansicht) ein Rechtsfehler vorliegt. Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Die Nr. 147ff. RiStBV geben dabei gewissen „Spielregeln“ vor. Eine Entscheidung, die der Sachlage entspricht, soll beispielsweise unangefochten bleiben, selbst wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist (Nr. 147 Abs. 1 RiStBV).

Macht die Staatsanwaltschaft von Ihrem Anfechtungsrecht zugunsten des Beschuldigten Gebrauch (§ 296 Abs. 2 StPO) muss dieser allerdings, wie bei der Einlegung des eigenen Rechtsmittels, beschwert sein. Ein solches Rechtsmittel soll eingelegt werden, wenn der

Angeklagte durch einen Verfahrensverstoß oder durch einen offensichtlichen Irrtum des Gerichtes benachteiligt worden ist oder wenn die Strafe unter Würdigung aller Umstände des Falles unangemessen hoch erscheint (Nr. 147 Abs. 3 RiStBV).

Gehen von grundsätzlich angreifbaren Entscheidungen keine nachteiligen Wirkungen mehr aus, beispielsweise weil richterliche Anordnungen bereits vollstreckt und dadurch „verbraucht“ sind, tritt sogenannte **prozessuale Überholung** ein, die die Beschwer entfallen lässt. Nachträglicher Rechtsschutz durch Einlegung eines Rechtsmittels mit dem Ziel der Feststellung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens ist in der Regel nur zulässig, wenn Wiederholungsgefahr besteht; ein tiefgreifender Grundrechtseingriff vorliegt; der Eingriff nach seinem gewöhnlichen Verlauf beendet ist, bevor der vorgesehene Rechtsschutz erlangt werden kann oder sonst ein besonderes Feststellungsinteresse nach dem Umständen des Einzelfalles erkennbar ist. Bei Zulässigkeit eines solchen Rechtsmittels wird im Fall der Begründetheit festgestellt, dass das angegriffene Verhalten rechtswidrig war, andernfalls wird das Rechtsmittel als unbegründet verworfen. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme im Ermittlungsverfahren nach diesen Grundsätzen bewirkt nicht zugleich die Unverwertbarkeit der durch oder aufgrund der Maßnahme gewonnenen Beweismittel in einer Hauptverhandlung. Es gelten vielmehr die allgemeinen Regeln zu den Beweisverwertungsverböten.

Dem (Wahl- oder Pflicht-) **Verteidiger** steht gemäß § 297 StPO die Befugnis zu, für den Beschuldigten (Angeschuldigten / Angeklagten - § 157 StPO) Rechtsmittel einzulegen, wobei die Gesetzesformulierung die (widerlegbare) Vermutung begründet, dass der Verteidiger entsprechend bevollmächtigt ist. Die Grenze findet die Einlegungsbefugnis des Verteidigers in dem erklärten entgegenstehenden Willen des Beschuldigten. Unbeschadet der Tatsache, dass der Verteidiger gem. § 297 StPO aus eigenem Recht und in eigenem Namen tätig wird, handelt es sich bei dem eingelegten **Rechtsmittel** stets um ein solches **des Beschuldigten**. Aus diesem Grundsatz entstehen u.a. die folgenden Konsequenzen: für die Rücknahme des Rechtsmittels durch den Verteidiger bedarf dieser der ausdrücklichen Ermächtigung des Beschuldigten (§ 302 Abs. 2 StPO); demgegenüber gilt die vom Beschuldigten erklärte Rücknahme eines Rechtsmittels auch für das vom Verteidiger eingelegte; die Rechtsmitteleinlegung durch den Verteidiger ist ausgeschlossen, wenn der Beschuldigte kein Rechtsmittel mehr einlegen kann, etwa weil er darauf verzichtet hat oder die Rechtsmittelfrist, die durch Zustellung an den Beschuldigten in Lauf gesetzt wird, abgelaufen ist.

Der **gesetzliche Vertreter** des Beschuldigten ist (innerhalb der für den Beschuldigten laufenden Fristen) selbständig rechtsmittelbefugt und – anders als der Verteidiger – in Bezug auf das von ihm eingelegte Rechtsmittel **unabhängig vom Willen des Beschuldigten** (§ 298 StPO), d.h. seine Befugnis und die des Beschuldigten aus § 296 StPO stehen selbständig nebeneinander. Für das Jugendstrafverfahren enthält § 67 JGG Sondervorschriften. Nach allgemeiner Ansicht soll die Selbständigkeit des Rechtsmittels des gesetzlichen Vertreters nicht für dessen Rücknahme gelten. Insoweit wird aus dem Rechtsgedanken des § 302 Abs. 1 S. 3 StPO ein Zustimmungserfordernis des Beschuldigten hergeleitet. Dies scheint mit Blick auf § 55 Abs. 3 JGG, wonach im Jugendstrafverfahren der gesetzliche Vertreter das von ihm eingelegte Rechtsmittel nur mit Zustimmung des Angeklagten zurücknehmen kann, zutreffend.

2. „falsa demonstratio non nocet“

Das durch Art. 19 Abs. 4 statuierte vorbehaltlos zu gewährende Grundrecht auf möglichst effektiven Rechtsschutz findet in **§ 300 StPO** (s)einen Niederschlag. Obschon sich der Wortlaut der Norm und die Systematik nur auf Rechtsmittel in Strafverfahren bezieht, wird dieser ein umfassender Anwendungsbereich beigemessen und ihr der allgemeine Grundsatz entnommen, dass sämtliche Anträge, Erklärungen und sonstige Handlungen mit Erklärungswert von Verfahrensbeteiligten unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstand auslegungsfähig sind und jenseits des Wortlauts jeweils auf das tatsächlich Gewollte abzustellen ist. Die Vorschrift gilt auch für Erklärungen der Staatsanwaltschaft. Soweit dem Erklärungsverhalten – ggf. auf Nachfrage – ein Anfechtungswille des Erklärenden entnommen werden kann, soll dieser keine Nachteile daraus erleiden, dass er sein Rechtsmittel nicht richtig oder gar nicht bezeichnet. Bei mehreren möglichen Rechtsmitteln kommt es bei der Auslegung darauf an, welches konkrete Ziel der Erklärende verfolgt.

3. Verböserungsverbot und „Verbesserungsgebot“

Bei der Berufung und der Revision gilt der Grundsatz *reformatio in peius* gem. §§ 331, 358 Abs. 2 StPO. Legt die Staatsanwaltschaft ein Rechtsmittel zugunsten des Anklagten ein (§ 296 Abs. 2 StPO) gilt das Verböserungsgebot ebenfalls. Legt die Staatsanwaltschaft indes zuungunsten des Angeklagten ein Rechtsmittel ein, ist die Wirkung Ihres Rechtsmittels nicht auf das Ziel der „Verschlechterung“ beschränkbar. Gemäß **§ 301 StPO** wirkt das Rechtsmittel auch zugunsten des Angeklagten und führt zu einer vollen Überprüfung der angefochtenen Entscheidung. Auch aufgrund dieser Doppelwirkung hat Staatsanwaltschaft gem. Nr. 147 Abs. 3 S. 2 RiStBV klarzustellen, ob Sie das Rechtsmittel nur zugunsten des Anklagten (dann Verböserungsverbot), oder zu seinen Ungunsten (dann (auch) Verbesserungsgebot) einlegt. Für Rechtsmittel der Nebenklage (vgl. §§ 395 Abs. 4 S. 2, 401 Abs. 1 S. 1, 400 StPO) gilt § 301 StPO entsprechend.

4. Rücknahme und Verzicht

Der Rechtsmittelberechtigte kann auf die Einlegung eines ihm zustehenden Rechtsmittels ganz oder teilweise verzichten. Ein Verzicht ist allerdings ausgeschlossen, wenn dem Urteil eine Verständigung (§ 257c StPO) vorausging – vgl. § 302 Abs. 1 S. 3 StPO. Der Verzicht führt zum Verlust des Rechtsmittels.

Eine Erklärung, ein Rechtsmittel nicht (oder nicht mehr im vollen Umfang (Beschränkung)) weiterführen zu wollen, ist eine Rücknahme im Sinne der §§ 302, 303 StPO, und führt (im Umfang der Rücknahme) ebenfalls zum Verlust des Rechtsmittels, denn in jeder Rücknahme liegt zugleich ein Verzicht. Die Rücknahmeerklärung ist eine bedingungsfeindliche Prozesshandlung, die den für die Einlegung des jeweiligen Rechtsmittels geltenden Formanforderungen entsprechen muss und zu der derjenige berechtigt ist, der das Rechtsmittel eingelegt hat, wobei die zugunsten des Beschuldigten in §§ 302 Abs. 1 S. 3, 303 StPO normierten Zustimmungserfordernisse zu beachten sind.

Dabei ist im Hinblick auf § 303 StPO erwähnenswert, dass der Rechtsmittelführer mit dem Aufruf der ersten auf sein Rechtsmittel hin veranlassten Hauptverhandlung die alleinige Verfügungsbefugnis über sein Rechtsmittel verliert und zu seiner Rücknahme der Zustimmung des Gegners bedarf. Aussetzung oder Neubeginn nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht ändern an der durch (ersten) Aufruf der Sache eintretenden Wirkungen des § 303 StPO nichts. Im Strafbefehlsverfahren findet die Vorschrift gem. § 411 Abs. 2 S. 3 StPO entsprechende Anwendung.

II. Beschwerde (§ 304 ff. StPO)

Die Beschwerde ist grundsätzlich gegen die richterlichen Entscheidungen und Maßnahmen im ersten Rechtszug oder im Berufungsverfahren statthaft, welche nicht mit der Berufung oder Revision anfechtbar sind und hinsichtlich derer die Anfechtbarkeit nicht gesetzlich ausgeschlossen ist (§ 304 Abs. 1 StPO). Den § 304 ff. StPO sind faktisch der „allgemeine Teil“ für Beschwerden, denn insbesondere die Zulässigkeitsvoraussetzungen und bestimmte Verfahrensvorschriften können – je nach Beschwerdegegenstand – in Sondervorschriften modifiziert sein (vgl. bspw. §§ 177 Abs. 2, 118 Abs. 2 StPO).

Beschwerdeberechtigt sind neben den in **Skript Teil M.I.1** [S. 285] genannten Verfahrensbeteiligten („Rechtsmittel AT“) gem. § 304 Abs. 2 StPO neben Zeugen und Sachverständigen alle natürlichen (und juristischen) Personen, die durch eine richterliche Entscheidung / Maßnahme (auch mittelbar) in ihren Rechten betroffen sind. Mithin sind beispielsweise die von einer Dursuchung betroffenen Dritte (§§ 103, 105 StPO), der Eigentümer beschlagnahmter Sachen (§§ 94, 98 StPO) und gemäß § 100a Abs. 4 StPO verpflichtete Dienstleister grundsätzlich beschwerdeberechtigt.

Das Gesetz unterscheidet zwischen **einfacher** Beschwerde, **sofortiger** Beschwerde (§ 311 StPO) und **weitere** Beschwerde (§ 310 StPO) und entzieht bestimmte Entscheidungen generell der Beschwerde (§ 305 StPO).

1. § 305 StPO

Entscheidungen erkennender Gerichte, die eng mit der Vorbereitung und dem Fällen eines Urteils verbunden sind, sollen u.a. aus verfahrensökonomischen Gründen erst mit dem Urteil anfechtbar sein. Sie sind daher gemäß § 305 S. 1 StPO der (isolierten) Anfechtung entzogen. Ihre Überprüfung erfolgt im Rahmen derjenigen des Urteils auf die Berufung bzw. Revision hin.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des § 305 StPO ist die Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO). Das für die Eröffnungsentscheidung zuständige Gericht (§ 199 StPO) trifft im Zwischenverfahren keine Entscheidungen „des erkennenden Gerichtes“ im Sinne des § 305 StPO, da das Zwischenverfahren (noch) nicht auf Urteilsfällung ausgerichtet ist (zum Zwischenverfahren vgl. **Skript Teil H** [S. 115]) – demgegenüber sind alle mit der Eröffnungsentscheidung verbundenen Verfügungen und Maßnahmen des Gerichtes, bei dem das Hauptverfahren anhängig ist, Entscheidungen „des erkennenden Gerichtes“. Die nach einem Urteil ergangenen Entscheidungen des Gerichtes, welches ein (anfechtbares) Urteil gesprochen hat, sind denotwendig keine solchen, die der Urteilsfällung vorausgehen.

Mit dieser auf den Entscheidungszeitpunkt (vor oder nach Eröffnung / vor oder nach Urteil) abstellenden Orientierung ist die Anwendbarkeit der Vorschrift indes zu weit gefasst. Nach ihrem Sinn und Zweck können nur solche Entscheidungen (und Verfügungen des Vorsitzenden) erfasst sein, die in einem untrennbaren inneren Zusammenhang mit dem Urteil stehen und durch deren nachträgliche Überprüfung den Verfahrensbeteiligten kein (über das Urteil hinausgehender Verfahrens-) Nachteil entsteht. Die Abgrenzung ist im Einzelnen schwierig. Angesichts der umfangreichen Einzelfallkasuistik soll hier auf den Versuch einer näheren Systematisierung verzichtet werden.

Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang die Vorschrift des § 238 Abs. 2 StPO, die ein – sich aus den Tatbestandsvoraussetzungen konkludent ergebendes – Beanstandungsrecht der Verfahrensbeteiligten in der Hauptverhandlung im Hinblick auf die Sachleitung betreffende Anordnungen des Vorsitzenden begründet. Dieser Zwischenrechtsbehelf ermöglicht unmittelbaren Rechtsschutz innerhalb der Hauptverhandlung auch und gerade hinsichtlich solcher Entscheidungen, die wegen ihres inneren Zusammenhangs mit der Urteilsfällung (im Rahmen der Hauptverhandlung) wegen § 305 S. 1 StPO nicht mit einer (isolierten) Beschwerde anfechtbar wären.

Neben den in § 305 S. 2 StPO genannten sonstigen Ausnahmen (Verhaftung / einstweilige Unterbringung / Beschlagnahme / vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis usw.) sind Entscheidungen, durch welche Dritte betroffen werden, nicht der Anfechtung entzogen.

2. § 306ff. StPO „einfache Beschwerde“

Neben der Bestimmung der Zuständigkeit für die Einlegung der Beschwerde (**iudex a quo**), und der Form (schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle) (§ 306 Abs. 1 StPO) regelt die Vorschrift für die einfache Beschwerde ein vorgeschaltetes **Abhilfeverfahren** (§ 306 Abs. 2 StPO). Hiermit sollen überflüssige Vorlagen an das Beschwerdegericht vermieden und das Verfahren beschleunigt werden. Geht die Beschwerde beim Beschwerdegericht ein, ist dieses gehalten, die Beschwerde an das zuständige Gericht weiterzuleiten, wo sie mit dessen Eingang wirksam wird.

Die einfache Beschwerde ist nicht fristgebunden. Längeres zuwarten kann aber zur prozessualen Überholung einerseits (vgl. **Skript Teil M.I.1** [S. 285]) oder (in Ausnahmefällen) zur Verwirkung (Wegfall eines Rechtsschutzinteresses) andererseits führen.

Die Beschwerde bedarf keiner Begründung.

[... wird fortgesetzt ...]

N. Übungsbeispiele

I. Beispiele

1. Beispiel 1: „Haben Sie etwa(s) getrunken?!“

Der Polizeibeamte A befindet sich in seinem Dienstfahrzeug auf dem Weg zu seiner Polizeiwache. Vor ihm stellt er ein Fahrzeug fest, welches in „Schlangenlinien“ fahrend mehrfach auf die Gegenseite gerät. Er entschließt sich, das Fahrzeug anzuhalten und den Fahrer einer Kontrolle zu unterziehen. Beim Herantreten an die Fahrertür, deren Fenster geöffnet ist, stellt der Polizeibeamte deutlichen Alkoholgeruch fest. Außer dem Fahrer befindet sich niemand im Fahrzeug. A fragt sich, ob er den Fahrer belehren sollte, bevor er ihn fragt, ob dieser Alkohol getrunken hat. Zu welchem Ergebnis wird er kommen? [S. 299]

2. Beispiel 2: „Freunde kann man sich aussuchen“

Beim Abendessen unterhält sich A mit seiner Ehefrau über das Ergebnis seiner Überlegungen im Beispielfall 1. Seine Ehefrau erzählt ihm dabei, dass die gemeinsame gute Freundin B ihr per WhatsApp „gestanden“ habe, dass sie, obschon sie nicht im Besitz einer Fahrerlaubnis sei, vor drei Tagen mit einem Auto einkaufen gefahren sei. A überlegt, ob er ein Ermittlungsverfahren gegen B einleiten muss. [S. 299]

3. Beispiel 3: „Nicht ohne meine IT!“

Geschäftsführer G ärgert sich darüber, dass aufgrund eines richterlichen Durchsuchungsbeschlusses Computer aus dem Büro seiner Gesellschaft sichergestellt wurden. Er meint, der zuständige Staatsanwalt O leide unter „Verfolgungswahn“ und schreibt erkennbar erbost an die zuständige Staatsanwaltschaft, dass er davon ausgehe, dass der Durchsuchungsbeschluss grob rechtswidrig sei. Er verlangt, dass O wegen Diebstahls bestraft werde. Da G sein Schreiben mit dem Aktenzeichen des Verfahrens versehen hat, landet es auf dem Tisch des O. Was tut O? [S. 300]

4. Beispiel 4: „Was lange währt...“

Großmutter U hat angesichts der Finanzkrise vor langer Zeit ihr Vertrauen in die Banken verloren und bewahrt seither ihr Ersparnis in einer Keksdose in ihrer Küche auf. Als sie beschließt, eine Kreuzfahrt zu machen, stellt sie fest, dass die Keksdose leer ist. Sie stellt ihren Enkel E telefonisch zur Rede, da die alleinlebende U nur diesem gegenüber den Keksdosenzweck offenbart hatte. E räumt in dem Telefonat am 01.01.2017 gegenüber seiner Großmutter ein, aus Geldnot bereits im Jahr 2011 das Geld an sich genommen zu haben und verspricht, es zurückzuzahlen. Nachdem U bis zum 01.05.2017 noch immer kein Geld von E erhalten hat, schildert sie den Sachverhalt schriftlich gegenüber der Staatsanwaltschaft und stellt ausdrücklich Strafantrag gegen E, weil ein bekannter Rechtsanwalt ihr dazu geraten hat. Ordnet die Staatsanwaltschaft die Vernehmung des E an? [S. 301]

5. Beispiel 5: „Rundumschlag“

Staatsanwalt R erhält dienstlich einen Telefonanruf. Der Gesprächspartner will seinen Namen nicht nennen, gibt aber an, dass ihm bekannt sei, dass der B in der X Straße Nr. Y in Potsdam regelmäßig und auch gerade Drogen konsumiere und oft verkaufe. Was wird R tun? [S. 302]

6. Beispiel 6: „Pusten sie mal!“

Wie Beispiel 1, aber ohne Alkoholgeruch und ohne „Schlangenlinien“ (unauffällige Fahrt / allgemeine Verkehrskontrolle). A fragt den Fahrer, ob dieser sich freiwillig einem Atemalkoholtest unterziehen würde. Der Fahrer sagt: „Nö!“ und verweigert den Test. Besteht ein Anfangsverdacht wegen einer Straftat? [S. 302]

7. Beispiel 7: „Es war sicherlich falsch, aber legal.“

Das BKA hat in einem Verfahren gegen die Verantwortlichen einer in Kanada ansässigen Internetplattform, über die weltweit Bild- und Videomaterial mit überwiegend oder vollständig unbekleideten vorpubertären Jungen, teilweise mit kinder- oder jugendpornografischem Inhalt, als Download oder über Zusendung physischer Datenträger vertrieben wurde, Erkenntnisse zum Kundenkreis gewonnen. Mithilfe der Kundendatenbank wurden dem E, gegen den bereits in der Vergangenheit wegen sexueller Nötigung und sexuellen Missbrauchs von Kindern ermittelt, das Verfahren aber gem. § 153a Abs. 1 StPO eingestellt worden war, Bestellungen von 31 Produkten zugeordnet. Das BKA stufte das Material als „strafrechtlich nicht relevant“ ein. Das

zuständige Amtsgericht ordnete auf Antrag der Staatsanwaltschaft die Durchsuchung der Wohnung des E an, da zu vermuten sei, dass die Durchsuchung zur Auffindung von näher bezeichneten Beweismitteln führen werde. Auf Grund der dem E zugeordneten kostenpflichtigen Film- und Fotosets mit Nacktaufnahmen von Minderjährigen sei ein Anfangsverdacht dafür gegeben, dass der E sich wegen Besitzes kinderpornografischer Schriften strafbar gemacht haben könnte. Das Material sei aus Sicht des Gerichtes in einem von tatsächlichen Wertungen (u.a. Alter der Kinder) abhängigen Grenzbereich zwischen strafrechtlich relevantem und irrelevantem Material einzuordnen. Aufgrund des sexualisierten Charakters der Aufnahmen sei zu erwarten, der E habe sich „auch“ aus anderen Quellen kinderpornografisches Material verschafft. Der E vertritt die Auffassung, der erforderliche Anfangsverdacht habe nicht bestanden. Von einem straflosen Verhalten könne nicht auf ein strafbares Handeln geschlossen werden. Er hält die Durchsuchungsanordnung für rechtswidrig und begehrt eine entsprechende gerichtliche Feststellung. Mit Erfolg? [S. 303]

8. Beispiel 8: „Inkognito“

A wird von dem Amtsgericht Potsdam wegen Diebstahls, bei dem er auf frischer Tat betroffen worden war, rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt. Wie sich später herausstellt, hatte A sich schon gegenüber den Polizeibeamten mit den Personalpapieren eines ihm sehr ähnlich sehenden, bereits vor der Tat verstorbenen, Angehörigen ausgewiesen und unter falschem Namen an der Hauptverhandlung teilgenommen. Kann gegen A erneut Anklage mit den richtigen Personalien erhoben werden? [S. 303]

9. Beispiel 9: „Keine Haupttat?“

A wird wegen Beihilfe zum Diebstahl rechtskräftig verurteilt. In den Urteilsgründen führt das Amtsgericht aus, der A habe dem gesondert verfolgten B bei dessen Tat Hilfe geleistet. Gegen B kann, da das zunächst gegen beide gemeinsam geführte Verfahren abgetrennt und gem. § 205 StPO vorläufig eingestellt war, erst später verhandelt werden. Im Rahmen der Verhandlung gegen B sagt A als Zeuge wahrheitsgemäß aus und erklärt, nicht B, sondern er (A) habe den Diebstahl begangen; B habe ihn dazu jedoch angestiftet. Kann B wegen Anstiftung des A zum Diebstahl verurteilt werden? [S. 304]

10. Beispiel 10: „Doppelmord?“

A wird (irrtümlich) wegen Totschlags an ihrem Ehemann E rechtskräftig zu einer langjährigen Freiheitsstrafe verurteilt. Wieder auf freiem Fuß trifft A zufällig auf E, der untergetaucht war. Aus Wut über die erlittene Haft sticht A den E nieder, auch weil sie meint, nicht zweimal wegen derselben Tat verurteilt werden zu können. Kann gegen A Anklage wegen „der zweiten Tat“ erhoben werden? [S. 305]

11. Beispiel 11: „Ein Ring sie zu knechten“

Das Amtsgericht – Schöffengericht – verurteilt den mehrfach einschlägig vorbestraften A rechtskräftig wegen Betruges zum Nachteil des D, da A dem D einen dem X gehörenden Ring verkaufte und sich dabei wahrheitswidrig als Eigentümer ausgab. Später stellt sich heraus, dass A zuvor an einem Raub beteiligt war, bei dem der Ring erbeutet wurde. Kann A wegen des Raubes angeklagt werden? [S. 306]

12. Beispiel 12: „Ein Ring sie alle zu finden“

Die Staatsanwaltschaft klagt den A an, am 01.01.2017 dem D einen Ring veräußert zu haben, wobei A wahrheitswidrig behauptete, Eigentümer des Rings, bei dem es sich um ein Unikat handelt, zu sein. In der Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass nicht D den Ring erwarb, sondern B. Ist A freizusprechen? [S. 307]

13. Beispiel 13: „Stirb langsam I“

Vor dem Landgericht wird gegen A wegen gefährlicher Körperverletzung verhandelt, weil dieser dem B anlässlich einer tätlichen Auseinandersetzung einen Messerstich in die Brust versetzt haben soll. Während der Hauptverhandlung stirbt B an den Folgen seiner Verletzung. Muss die Staatsanwaltschaft Nachtragsanklage (§ 266 StPO) wegen § 227 StGB erheben? Kann A erneut angeklagt werden, wenn B nach rechtskräftigem Urteil (wegen gefährlicher Körperverletzung) verstirbt? Angenommen, gegen den verteidigten A wäre ein vom Amtsgericht erlassener Strafbefehl wegen gefährlicher Körperverletzung (Freiheitsstrafe 1 Jahr, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt worden ist) rechtskräftig geworden, bevor B stirbt. Kann noch (mal) gegen A vorgegangen werden? [S. 308]

14. Beispiel 14: „Ein Ring sie ins Dunkel zu treiben“

A wird vom Amtsgericht wegen Betruges zum Nachteil des D zu einer Freiheitsstrafe von 8 Monaten verurteilt, da A dem D einen dem X gehörenden Ring verkaufte und sich dabei wahrheitswidrig als Eigentümer ausgab. A legt gegen das Urteil Berufung ein. In der Berufungsverhandlung stellt sich heraus, dass A an einem Raub beteiligt war, bei dem der Ring erbeutet wurde. Die Staatsanwaltschaft bittet um eine kurze Unterbrechung, da sie eine Nachtragsanklage vorbereiten möchte. Der Vorsitzende teilt daraufhin mit, dass die Einbeziehung einer eventuellen Nachtragsanklage wohl abzulehnen wäre. Warum? [S. 309]

15. Beispiel 15: „Is‘ nich‘ so schlimm!“

A fährt in alkoholbedingt fahruntüchtigem Zustand und rammt infolge alkoholbedingter Unachtsamkeit einen abgestellten PKW. Er steigt aus, betrachtet den Fremdschaden (der 2.000,- Euro beträgt) und beschließt, weiterzufahren. Ca. 500m weiter wird er von der Polizei kontrolliert und im beschleunigten Verfahren wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr (§ 316 StGB) rechtskräftig zu einer Geldstrafe verurteilt. Erst später wird der Sachverhalt in Zusammenhang mit dem Unfall bekannt, den der A freimütig gegenüber der Polizei einräumt. Kann Anklage wegen Gefährdung des Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 a, (Abs. 3) StGB) und / oder § 142 StGB erhoben werden? [S. 309]

16. Beispiel 16: „Ein Ring sie ewig zu binden“

Der A wird wegen tateinheitlich begangenen unerlaubten Besizes und Führens einer halbautomatischen Schusswaffe rechtskräftig verurteilt. Später stellt sich heraus, dass er vor der Verurteilung einen schweren Raub begangen hatte, bei dem er diese Waffe bei sich führte und einen Ring erbeutete. Kann A wegen des schweren Raubes angeklagt werden? [S. 310]

17. Beispiel 17: „Stirb langsam II“

Angenommen, die Staatsanwaltschaft hätte im Beispielsfall 13 das Verfahren gegen A gem. § 153a Abs. 1 StPO gegen Zahlung von 2.000,- Euro zugunsten der Staatskasse endgültig eingestellt, nachdem dieser die Auflage erfüllt hatte, und B verstirbt sodann an den Folgen seiner Verletzung. Kann die Staatsanwaltschaft nunmehr Anklage wegen Körperverletzung mit Todesfolge erheben? [S. 313]

18. Beispiele 18: „Ene, mene, muh – und raus bist du!“

a)

Hat die Staatsanwaltschaft bei einem Verkehrsunfall mit anschließender Unfallflucht die Unfallflucht irrtümlich nach § 154 Abs. 1 StPO eingestellt, obwohl § 154a Abs. 1 StPO anzuwenden gewesen wäre, bindet eine solche Einstellungsverfügung das Gericht nicht, da Tatidentität im Sinne von § 264 StPO besteht, so dass es nach § 154a Abs. 3 S. 1 StPO die Unfallflucht (nach Hinweis § 265 StPO) ohne neue Anklage in die Verurteilung wieder einbeziehen und wegen tatmehrheitlicher Unfallflucht verurteilen kann. Einer eigenständigen Anklage vor einem anderen Gericht stünde das Verfahrenshindernis der anderweitigen Rechtshängigkeit entgegen. Würde das Gericht (auch ohne Einbeziehung) rechtskräftig freisprechen, tritt Strafklageverbrauch auch für die Unfallflucht ein.

b)

Hat die Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung auf eine von zwei zeitlich getrennten Sachbeschädigungen irrtümlich nach § 154a Abs. 1 StPO beschränkt statt nach § 154 Abs. 1 StPO einzustellen, so kommt eine Wiedereinbeziehung nach § 154a Abs. 3 StPO nicht in Betracht. Erforderlich ist vielmehr eine Nachtragsanklage (§ 266 StPO).

c)

Hat das Gericht irrtümlich eine Tat nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, statt nach § 154a Abs. 2 StPO zu beschränken, so erfolgt mit Rechtskraft Strafklageverbrauch. Eine Wiedereinbeziehung nach § 154a Abs. 3 StPO kommt nicht mehr in Betracht, da das Verfahren abgeschlossen ist. Der Wiederaufnahme nach § 154 Abs. 3 bis 5 steht das Verfahrenshindernis der Rechtskraft entgegen.

d)

Eine irrtümlich vom Gericht nach § 154a Abs. 2 StPO erfolgte Beschränkung einer in Wahrheit prozessual selbständigen Tat (§ 154 StPO) kann nach Rechtskraft des Bezugsverfahrens nach

§ 154 Abs. 3 bis 5 StPO wiederaufgenommen werden, soweit dem nicht die 3-Monatsfrist des § 154 Abs. 4 StPO entgegensteht.

19. Beispiel 19: „So war das nicht!“

Der Verteidiger des Angeklagten, der sich in der Hauptverhandlung nicht eingelassen hat, widerspricht der Verwertung der Aussage des Polizeibeamten, der den Angeklagten im Ermittlungsverfahren als Beschuldigten vernommen und vor Gericht dazu als Zeuge ausgesagt hatte, mit der Begründung, der Polizeibeamte habe den Angeklagten nicht gem. §§ 136, 163a Abs. 4 StPO belehrt. Das Vernehmungsprotokoll, welches der Polizeibeamte im Ermittlungsverfahren angefertigt hatte, enthält keine Dokumentation nach § 168b Abs. 3 StPO. Der Vorsitzende überlegt, ob er hierzu eine dienstliche Stellungnahme des Polizeibeamten einholen kann, den Zeugen neu laden muss oder mangels Dokumentation ein Verwertungsverbot anzunehmen hat. Zu welchem Ergebnis wird er kommen? [S. 313]

20. Beispiel 20: „Wenn es da so steht...“

Der Polizeibeamte B fertigt in dem Verfahren gegen A ein Protokoll über die von ihm durchgeführte Vernehmung des Zeugen Z. Z verstirbt vor der Hauptverhandlung gegen A.

- Kann das Gericht den B über die Vernehmung des Z vernehmen?
- B erklärt – auch auf Vorhalt des von ihm gefertigten Vernehmungsprotokolls – sich nicht an den Inhalt der Äußerungen des Z erinnern zu können, aber „Wenn es da so steht, wird Z es wohl auch so gesagt haben“, da B immer nur das protokollierte, was die Zeugen ihm gegenüber bekunden. Können die Äußerungen des Z auf dieser Grundlage vom Gericht verwertet werden?
- B erklärt, sich an den A belastende Teile der Aussagen des Z nicht erinnern zu können. Kann der Vorsitzende nach § 253 StPO verfahren?
- Kann das Protokoll über die Vernehmung des Z durch Verlesung zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden? [S. 314]

21. Beispiel 21: „Jetzt nicht“

Im Ermittlungsverfahren der Staatsanwaltschaft sind A und B als Beschuldigte eines gemeinschaftlichen Diebstahls durch den Polizeibeamten Z vernommen worden. Die Staatsanwaltschaft trennt das Verfahren gegen A ab, stellt es vorläufig gem. § 154 Abs. 1 StPO ein und erhebt gegen B Anklage. In der Hauptverhandlung (gegen B) erklärt der als Zeuge geladene A, er mache von seinem Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO Gebrauch und schweigt.

- Kann das Protokoll über die frühere Vernehmung des A verlesen werden, wenn der Verteidiger des B damit nicht einverstanden ist?
- Kann der Inhalt der Angaben des A im Ermittlungsverfahren durch die Vernehmung des Z zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden? [S. 316]

22. Beispiel 22: „So nicht?“

In dem gegen die verteidigten A und B gemeinsam geführten Ermittlungsverfahren wegen gemeinschaftlichen Diebstahls ist A als Beschuldiger in Anwesenheit seines Verteidigers richterlich vernommen worden. Der B und sein Verteidiger erhielten hiervon keine Kenntnis. A starb bevor Anklage gegen B erhoben wurde.

- Kann das richterliche Protokoll über die Vernehmung des A in der Hauptverhandlung verlesen und verwertet werden, wenn der Verteidiger des B damit nicht einverstanden ist und der Verwertung unter Hinweis auf § 168c StPO widerspricht?
- Wie wäre zu entscheiden, wenn auch der Verteidiger des A nicht von dessen Vernehmung in Kenntnis gesetzt wurde?
- Kann der Ermittlungsrichter als Zeuge über die Vernehmung des A vernommen werden? [S. 318]

23. Beispiel 23: „Störe meine Kreise nicht!“

A und B sind Mitangeklagte eines gemeinschaftlichen Raubes. A wurde im Ermittlungsverfahren von dem Polizeibeamten Z vernommen, jedoch versehentlich nicht gem. § 136 Abs. 1 StPO belehrt. Obschon er den B in seiner polizeilichen Vernehmung schwer belastet hatte, schweigt der verteidigte A in der Hauptverhandlung. Der Verwertung der Vernehmung des Z widerspricht nur der Verteidiger des B unter Hinweis auf die fehlende Belehrung des A. Mit Erfolg? [S. 321]

24. Beispiel 24: „Zu-, mit- und abhören“

Die G erstattet Anzeige gegen F unter anderem wegen räuberischer Erpressung. Der Vernehmungsbeamte bittet die G nach deren Vernehmung, den F anzurufen und auf den angezeigten Fall anzusprechen, während er das Gespräch über Lautsprecher am Telefon mithört, ohne dass dies dem F gegenüber offenbart wurde. F räumt der G gegenüber die Tat vollumfänglich im Rahmen des Telefongesprächs ein. Kann der Vernehmungsbeamte über den Inhalt des Gespräches als Zeuge vor Gericht vernommen werden? [S. 323]

25. Beispiel 25: „Melden macht frei!“

Der mehrfach einschlägig vorbestrafte A ist ohne festen Wohnsitz und hat ausschließlich soziale und familiäre Bindungen ins polnische Ausland. Er ist eines – unter laufender Bewährung (Freiheitsstrafe 2 Jahre) – begangenen, schweren Raubes dringend verdächtig. Im Rahmen der polizeilichen Vernehmung macht der wegen Fluchtgefahr vorläufig festgenommene A (§ 127 Abs. 2 StPO) seine Äußerung davon abhängig, dass gegen ihn kein Haftbefehl beantragt werde. Der Vernehmungsbeamte Z erklärt nach Rücksprache mit dem zuständigen Staatsanwalt dem A, er könne einer Untersuchungshaft entgehen, wenn er sich jetzt geständig einlasse. A räumt daraufhin die Tat ein. Ein Haftbefehlsantrag wird nicht gestellt. In der Hauptverhandlung schweigt A. Können die Bekundungen des Z über den Inhalt der Vernehmung des A verwertet werden? [S. 325]

26. Beispiel 26: „Es ist alles gesagt.“

A ist dringend verdächtig, seine Ehefrau getötet zu haben. Die Polizei will ihn vernehmen und läutet an seiner Wohnungstür. A öffnet und erklärt: „Ich hab sie umgebracht!“. Selbst erschrocken über seine eigene Beherztheit kommen dem A Bedenken hinsichtlich der Konsequenzen und er ergreift die Flucht. Die körperlich überlegenen Beamten holen ihn ein und erklären ihm (lediglich), dass er wegen Mordverdachts vorläufig festgenommen sei. Auf dem Weg zur Polizeiwache im Polizeifahrzeug schildert A die Details des Tötungsvorgangs, ohne danach gefragt worden zu sein. Einer der Polizeibeamten macht sich dabei (von A unerkant) Notizen. A erwähnt dabei den B, der ihm bei der Tat behilflich gewesen sei. In der Folge wird der A in Anwesenheit seines Verteidigers richterlich vernommen und nach Maßgabe des § 136 StPO belehrt. Eine weitergehende Belehrung erfolgt nicht. Er wiederholt gegenüber dem Ermittlungsrichter im Wesentlichen seine Angaben im Polizeifahrzeug und ergänzt diese um Details hinsichtlich seiner finanziellen Motive für die Tat sowie der Beteiligung des B an der Tat. Gegen A und B als Mitangeklagte wird wegen gemeinschaftlichen Mordes verhandelt. Beide machen von ihrem Schweigerecht Gebrauch. Die Verteidiger von A und B widersprechen in der Hauptverhandlung sämtlichen Verlesungen früherer Angaben und der Verwertung etwaiger Angaben der Vernehmungspersonen.

- Sind die Angaben des A an der Haustür verwertbar und wie können sie zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden?
- Sind die Angaben des A im Polizeifahrzeug verwertbar und wie können sie zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden?
- Sind die Angaben des A gegenüber dem Ermittlungsrichter verwertbar und wie können sie zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden? [S. 326]

27. Beispiel 27: „Mein Name ist Hase...“

In dem Ermittlungsverfahren gegen A wird der nicht verdächtige B polizeilich als Zeuge vernommen und lediglich auf seine Rechte aus § 55 StPO und seine Pflichten aus § 57 StPO hingewiesen. Später stellt sich aufgrund einer Durchsuchung bei A heraus, dass A und B gemeinschaftlich gehandelt haben. Im weiteren Verlauf des Ermittlungsverfahrens und im Hauptverfahren gegen A und B machen beide von ihrem Schweigerecht Gebrauch. Das Gericht fragt im Rahmen einer Beratung den zu Ausbildungszwecken anwesenden Referendar R, ob und wie die protokollierten Angaben des B zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden können.

- Was wird R antworten?
- Was wäre zu antworten, wenn B Bruder des A ist und auch gem. § 52 StPO im Ermittlungsverfahren belehrt worden war? [S. 330]

28. Beispiel 28: „Wer schreibt, der bleibt.“

B ist die Schwester des Angeklagten A und im Ermittlungsverfahren nach Ladung durch die Polizei als Beschuldigte eines von A und B gemeinsam begangenen Betruges polizeilich vernommen worden. Ordnungsgemäß gem. § 136 Abs. 1 belehrt machte sie von ihrem

Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Der Vernehmungsbeamte äußerte daraufhin ihr gegenüber, dass sie, falls sie es sich noch anders überlege, auch eine schriftliche Stellungnahme einreichen könne. Eine Woche später ging bei der Polizei ein Schreiben der B ein, welches in seiner Überschrift auf die Ladung der Polizei Bezug nahm und in dem die B den A schwer belastete. Die Staatsanwaltschaft stellte das Verfahren gegen B nach Aufgabenerfüllung gem. § 153a Abs. 1 StPO endgültig ein.

- a) In der Hauptverhandlung gegen A macht B von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) Gebrauch. Kann die schriftliche Erklärung der B zu Beweis Zwecken verlesen werden?
- b) Wäre das Schreiben verlesbar, wenn B vor der Verhandlung stirbt und A erklärt, B hätte von ihrem ZVR in der Hauptverhandlung Gebrauch gemacht, wenn sie „vernehmbar“ wäre?
- c) Angenommen, das Schreiben enthielte entlastende Angaben und der A, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft stimmen einer Verlesung des Schreibens zu, nachdem B in der Hauptverhandlung von ihrem ZVR Gebrauch gemacht hatte – kann das Schreiben verlesen werden? [S. 332]

29. Beispiel 29: „Alles oder nichts.“

W erstattete Anzeige gegen A wegen Vergewaltigung in Tateinheit mit Körperverletzung. In ihrer polizeilichen Vernehmung erklärte die W, dass sie mit A nicht verlobt sei, und beschrieb die Einzelheiten der Tat. In ihrer anschließenden richterlichen Vernehmung wiederholte sie ihre Angaben und erklärte ergänzend, dass sie bis zur Tat mit dem A zusammen gewesen sei, mit ihm in einer Wohnung gewohnt habe und verneinte wiederum die Frage, ob sie mit dem A „verlobt, verheiratet, verwandt oder verschwägert“ sei. Nach Anklageerhebung legte der Verteidiger des A eine schriftliche Erklärung der W vor, in der diese ankündigte, ab sofort als Verlobte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO Gebrauch zu machen. In der Hauptverhandlung verweigerte die A bei ihrer ersten Vernehmung als Verlobte des A die Aussage. Das Gericht kam nach Anhörung der W über die Umstände und den Zeitpunkt des Verlöbnisses zu der Überzeugung, dass die W bereits vor der Anzeigenerstattung mit A verlobt war und seither ist. Das Gericht vernahm den Ermittlungsrichter über die Bekundungen der W bei ihrer richterlichen Vernehmung. Der Verteidiger widersprach der Verwertung der Vernehmung des Ermittlungsrichters und beantragte die erneute Vernehmung der W, weil diese sich nunmehr zur Sache äußern wolle, wobei sich ergeben werde, dass die W den A zu Unrecht belastet habe, weil sie diesen habe loswerden wollen, und fügte dem Antrag eine Erklärung der W bei, in der es unter anderem hieß, dass die Angaben bei ihren Vernehmungen durch die Polizei und durch den Ermittlungsrichter zu großen Teilen unrichtig seien. In der Hauptverhandlung erneut vernommen widerrief die W ihre früheren Angaben und macht entsprechend dieser Erklärung entlastende Angaben. Kann das Gericht die Angaben der W gegenüber dem Ermittlungsrichter verwerten? Kann der Vernehmungsbeamte der Polizei als Zeuge über die Angaben der W vernommen werden? [S. 333]

30. Beispiel 30: „Klassiker“

In dem Ermittlungsverfahren gegen A wegen Raubes wird Z, die Mutter des A, vom Ermittlungsrichter als Zeugin vernommen und ordnungsgemäß über ihr Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 StPO belehrt. § 168c Abs. 2 und Abs. 5 wurden eingehalten. Sie sagt aus, dass A ihr gegenüber den Raub in einem Gespräch und einem Brief gestanden habe, und übergibt dazu einen Brief des A, in welchem dieser sich gegenüber seiner Mutter für die Tat entschuldigt. In der Hauptverhandlung macht Z von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht (§ 52 StPO) Gebrauch und schweigt.

- a) Kann das Vernehmungsprotokoll in der Hauptverhandlung verlesen werden?
- b) Kann der Brief des A an die Z verlesen werden?
- c) Kann der Ermittlungsrichter über die Angaben der Z (zu dem Briefinhalt) vernommen werden?
- d) Angenommen, die Z wäre „lediglich“ polizeilich vernommen worden und hätte vor der Hauptverhandlung in einem Schreiben an das Gericht erklärt, dass sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird, aber mit der Verwertung ihrer bisherigen Angaben einverstanden ist. Könnte das Vernehmungsprotokoll verlesen und der Vernehmungsbeamte über die Angaben der Z in der Hauptverhandlung vernommen werden? [S. 336]

31. Beispiel 31: „Sedlmayr“

Um einen Mord aufzuklären, verpflichtet die Polizei den K als V-Mann, der das Vertrauen der Verlobten des Beschuldigten gewinnt. Die Verlobte erklärt dem K gegenüber, dass ein in der Zeitung abgebildeter Tathammer dem Beschuldigten gehöre. In der Hauptverhandlung beruft

sich die Verlobte auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht. Kann das Schwurgericht den K über die Angaben der Verlobten des Angeklagten vernehmen und dessen Aussage zulasten des Angeklagten im Urteil verwerten? [S. 339]

32. Beispiel 32: „Zeugenauflauf“

In dem Ermittlungsverfahren gegen G werden seine Schwestern A, B und C von dem Polizeibeamten P polizeilich vernommen. Diese verzichten auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht und machen belastende Angaben. A wird allerdings versehentlich nicht gem. § 52 StPO belehrt und verstirbt vor der Hauptverhandlung. B, die ordnungsgemäß belehrt wurde, „verschwindet“ vor der Hauptverhandlung und ist unbekanntes Aufenthalts. Über den Verlust ihrer Schwestern entsetzt, erklärt die C in einem Schreiben an die Staatsanwaltschaft, dass sie entsprechend ihrer bereits erfolgten Belehrung in der Hauptverhandlung die Aussage verweigern werde, und stirbt danach ebenfalls. Können die Angaben der A, B und C durch die Verlesung der Vernehmungprotokolle zum Gegenstand der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung gegen G gemacht werden? [S. 341]

33. Beispiel 33: „Flusssäure“

A ist angeklagt, seiner Ehefrau eine farblose, stechend riechende, hochgiftige, stark ätzende Flüssigkeit ins Gesicht geschüttet und sie dadurch erheblich verletzt zu haben. In der Hauptverhandlung macht die Ehefrau als Zeugin von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Die Staatsanwaltschaft regt unter Hinweis auf deutlich sichtbare Verätzungen im Gesicht der Zeugin an, diese in Augenschein zu nehmen und diesen Vorgang sowie die dabei getroffenen Feststellungen in das Protokoll aufzunehmen. Die Verteidigung tritt der Anregung unter Hinweis auf §§ 252, 52 StPO empört entgegen. Wie wird das Gericht entscheiden? [S. 342]

34. Beispiel 34: „Es kam so über mich!“

Der A ist wegen schweren Raubes angeklagt. Er bestreitet die Tat. Das Gericht beauftragt den Sachverständigen S mit der Erstellung eines Gutachtens zur Schuldfähigkeit des A. Im Rahmen seines Gutachtens führt S aus: „Der Angeklagte berichtete mir von sich aus, dass er nicht vorgehabt habe, die Zeugin zu schlagen und deren Handtasche zu entwenden. Es sei aber über ihn gekommen und es sei ihm egal gewesen, was mit der Zeugin passiere. Er habe der Zeugin daher einen Faustschlag ins Gesicht versetzt und ihr dabei die Handtasche entrissen.“ Sind diese Angaben des Sachverständigen verwertbar? [S. 344]

35. Beispiel 35: „Opferschilderung“

Die zur Zeugnisverweigerung berechtigte Zeugin und mutmaßlich Geschädigte G ist nach richterlicher Belehrung durch einen Sachverständigen aussagepsychologisch exploriert worden. Dabei äußerte sie sich zu dem – den Angeklagten zur Last gelegten – Tatgeschehen. In der Hauptverhandlung macht G von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch. Können die Angaben der G gegenüber dem Sachverständigen verwertet werden? [S. 345]

36. Beispiel 36: „Höhere Sphären“

In dem gegen M wegen versuchten Mordes an der F geführten Ermittlungsverfahren wird im Rahmen einer Durchsuchung ein Tagebuch des M aufgefunden, in dem dieser Tötungsphantasien bezüglich F detailliert beschreibt und seinem Wunsch Ausdruck verleiht, sie möge alsbald vom Blitz getroffen werden, da er ansonsten nicht umhinkomme, dass Leben der F selbst zu beenden, um schnellstmöglich „an das Geld aus F's Lebensversicherung“ zu kommen. Staatsanwalt P fragt seine zu Ausbildungszwecken zugewiesene Referendarin, ob der Inhalt des Tagebuchs durch Verlesung zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden könnte. Was wird die Referendarin antworten? [S. 347]

37. Beispiel 37: „Nicht ohne meine Akte“

Die wegen Diebstahls in ein Einkaufszentrum ermittelnden Polizeibeamten, bei dem – wie sich aus Zeugenangaben und der Spurenlage ergibt – mindestens zwei Täter mit einem PKW die verschlossene Eingangstür zerstört haben und in diesem Fahrzeug mit der Beute geflüchtet sind, nehmen eine Stunde nach der Tat im Rahmen einer Nahbereichsfahndung auf einem mit einem Bungalow bebauten Grundstück einen PKW wahr, welcher der Beschreibung entspricht und Beschädigungen aufweist. In dem Bungalow halten sich offensichtlich mehrere Personen auf. Der kontaktierte Bereitschaftsdienst der Staatsanwaltschaft schildert den Sachverhalt dem Eildienstrichter und stellt mündlich einen Antrag auf Anordnung der Durchsuchung. Der Eildienstrichter teilt mit, dass er sich ohne Vorlage von Akten, die eine Sachverhaltsschilderung

und den Antrag enthalten, nicht im Stande sehe, eine entsprechende Anordnung zu treffen. Kann die StA wegen Gefahr im Verzug die Maßnahme selbst anordnen? [S. 349]

38. Beispiel 38: „Abwarten...“

Im November 2016 wurden aufgrund eines anonymen telefonischen Hinweises Ermittlungen gegen B aufgenommen. Im Januar 2017 folgten Erkenntnisse aus der Vernehmung einer Vertrauensperson. Auf richterliche Anordnung wurde ab Januar 2017 die Telekommunikation des B überwacht. In der ersten Februarhälfte ergaben mitgeschnittene Telefonate Anhaltspunkte dafür, dass der B am 11. Februar 2017 zwecks Beschaffung von Betäubungsmitteln in die Niederlande fuhr und dort eine Anzahlung geleistet hatte, die ihm angebotenen Betäubungsmittel aber wegen ihrer schlechten Qualität nicht in die Bundesrepublik Deutschland einführte. Am Mittag des 17. Februar 2017 ergab die Überwachung der Telekommunikation, dass der B noch an diesem Tag erneut in die Niederlande mit dem Ziel der Beschaffung von Betäubungsmitteln fahren werde. Ab dem frühen Abend hielten sich Einsatzkräfte der Polizei für eine spätere Wohnungsdurchsuchung bereit und observierten den B, der nach der Wiedereinreise kurz nach 22.00 Uhr desselben Tages vorläufig festgenommen wurde. Der sachbearbeitende Polizeibeamte kontaktierte zwischen 22.00 Uhr und 23.00 Uhr die diensthabende Staatsanwältin, die die Durchsuchung der Wohnung des vorläufig Festgenommenen wegen Gefahr im Verzug anordnete. Die Anordnung wurde in unmittelbarem Zusammenhang mit ihrem Erlass nicht schriftlich dokumentiert. Der sachbearbeitende Polizeibeamte hatte sich vor dem Ende des richterlichen Bereitschaftsdienstes bei dem Amtsgericht um 21.00 Uhr nicht um den Erlass von Durchsuchungsbeschlüssen durch den Ermittlungsrichter bemüht, weil er die bis zum Nachmittag des 17. Februar 2017 erlangten Erkenntnisse für zu vage hielt, im Verlauf des 17. Februar 2017 mit sonstigen Dingen befasst war und die Erfahrung gemacht hatte, dass Durchsuchungsbeschlüsse aufgrund von Erkenntnissen aus der Telekommunikationsüberwachung nicht "auf Halde produziert" werden. Können die bei der Durchsuchung beschlagnahmten Beweismittel gegen B verwertet werden? [S. 351]

39. Beispiel 39: „Bei Anruf – Pizza.“

Der bei Fahrradfahrer B im Rahmen einer Polizeikontrolle um 20 Uhr durchgeführte, freiwillige Atemalkoholtest hat einen Wert von 1,65 ‰ ergeben. Mit einer Blutprobenentnahme ist der B, der Angst vor Spritzen hat, allerdings nicht einverstanden. Der die Atemalkoholkontrolle durchführende Polizeibeamte versucht daraufhin Kontakt mit dem Bereitschaftsdienst der Staatsanwaltschaft aufzunehmen. Wegen eines Versehens bei der Einrichtung der Rufumleitung erreicht er beim Wählen der Eildienstnummer der Staatsanwaltschaft jedoch lediglich eine nahe gelegene Pizzeria. Der Polizeibeamte überlegt, ob er die Entnahme der Blutprobe wegen Gefahr im Verzug anordnen kann. Was wäre ihm zu empfehlen? [S. 353]

40. Beispiel 40: „Breachreiz“

K wurde von Polizeibeamten in Zivil gegen 1 Uhr nachts mindestens zweimal dabei beobachtet, wie er kleine Plastikbeutel aus seinem Mund nahm und anderen Personen gegen Geld übergab. Die Polizeibeamten hegten den Verdacht, dass die Beutel Betäubungsmittel enthielten und näherten sich dem K, der daraufhin einen Beutel verschluckte, den er noch in der Mundhöhle aufbewahrt hatte. Gegen den massiven tätlichen Widerstand des K verabreichte ihm ein Arzt auf Anordnung der Staatsanwaltschaft und mithilfe von vier Polizeibeamten mittels einer Nasen-Magen-Sonde verschiedene Brechmittel. K erbrach daraufhin einen Beutel mit 0,2g Kokain, welcher sichergestellt wurde. Kann das sichergestellte Kokain zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht und zulasten des K im Urteil verwertet werden? [S. 355]

41. Beispiel 41: „Ich fühlte mich fit!“

Dem B wird um 5 Uhr eine Blutprobe mit einer später festgestellten BAK von 0,9‰ abgenommen. Das feststellbare Trinkende lag um 01 Uhr. Der Tatzeitpunkt (§ 316 StGB) war 03 Uhr. Wie hoch war die BAK zur Tatzeit? Wie wäre zu berechnen, wenn ein Trinkende nicht festgestellt werden kann? [S. 356]

42. Beispiel 42: „Ich war total dicht!“

Dem B wird um 5 Uhr eine Blutprobe mit einer später festgestellten BAK von 2,4‰ abgenommen. Der Tatzeitpunkt war um 02:30 Uhr. Das Trinkende lag um 2 Uhr. Wie hoch war die BAK zur Tatzeit? [S. 357]

43. Beispiel 43: „Spannungsfrei“

Gegen Y war durch ermittelungsrichterlichen Beschluss wegen des Verdachts einer Katalogtat die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation mit einem von ihm regelmäßig benutzten Mobiltelefon für die Dauer von drei Monaten angeordnet worden. Y rief von seinem PKW aus mit Wissen seiner beiden Fahrzeuginsassen den K an, der das Gespräch aber nicht annahm, so dass sich die Mailbox des K einschaltete und die übliche Ansage erfolgte, der Anrufer könne eine Nachricht zur Aufzeichnung hinterlassen. Dies wollte Y nicht, weshalb er den Ein-Aus-Schalter seines Mobiltelefons betätigte, wodurch aber lediglich der Bildschirm des Mobiltelefons deaktiviert wurde, die Sprechverbindung aber erhalten blieb. Daher wurde für die Dauer von sieben Minuten bis zum automatischen Ende der Mailbox-Aufzeichnungen das in dem Fahrzeug geführte Gespräch zwischen den Insassen übertragen und von der Polizei aufgezeichnet. Die gleichzeitige Aufzeichnung auf der Mailbox des K wurde später automatisch gelöscht. Aus den Aufzeichnungen ergeben sich gravierende Indizien für die Schuld des Y und der Beteiligung der Insassen an den Katalogtaten. Sind die Aufzeichnungen gegen diese verwertbar? [S. 357]

44. Beispiel 44: „Nordische Kombination“

Das Gericht kommt zu der Überzeugung, dass der Angeklagte wegen versuchten Mordes in Tateinheit mit besonders schweren Raub (§§ 249, 250 Abs. 2 StGB) zu verurteilen ist. Es kommt weiter zu der Auffassung, dass hinsichtlich des versuchten Mordes die Voraussetzungen für eine Strafrahmenschiebung nach §§ 23 Abs. 2, 49 StGB vorliegen. Einen minderschweren Fall bezüglich des Raubes will das Gericht nicht annehmen (§ 250 Abs. 3 StGB). Welchem Kombinationsstrafrahmen ist die Strafe zu entnehmen?

II. Lösungen

1. Lösung 1: „Haben Sie etwa(s) getrunken?!“ [S. 290]

A dürfte zu dem Ergebnis kommen, den Fahrer gem. §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehren zu müssen. Maßgeblich ist dabei, dass unter Berücksichtigung der Gesamtumstände zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, welche nach kriminalistischer Erfahrung die Annahme rechtfertigen, dass der Fahrer eine verfolgbare Straftat (§ 316 StGB) begangen hat. In dem Moment der beabsichtigten Fragestellung hat der Fahrer mithin bereits den Status eines Beschuldigten erlangt.

Der § 136 StPO zu Grunde liegenden Beschuldigtenbegriff vereinigt subjektive und objektive Elemente. Die Beschuldigteneigenschaft setzt – subjektiv – den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörden voraus, der sich – objektiv – in einem Willensakt manifestiert. Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Andernfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt. Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen, die nur gegenüber Beschuldigten zulässig sind, sind Handlungen, die ohne Weiteres auf den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde schließen lassen. Aber auch Eingriffsmaßnahmen, die an einen Tatverdacht anknüpfen, begründen grundsätzlich die Beschuldigteneigenschaft des von der Maßnahme betroffenen Verdächtigen, weil sie regelmäßig darauf abzielen, gegen diesen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen.

Anders liegt es bei Vernehmungen. Bereits aus §§ 50, 60 Nr. 2 StPO ergibt sich, dass im Strafverfahren auch ein Verdächtiger im Einzelfall als Zeuge vernommen werden darf, ohne dass er über die Beschuldigtenrechte belehrt werden muss. Der Vernehmende darf dabei auch die Verdachtslage weiter abklären. Er ist dabei nicht gehindert, den Vernommenen mit dem Tatverdacht zu konfrontieren, weshalb hierauf zielende Vorhalte und Fragen nicht zwingend ein hinreichender Beleg dafür sind, dass der Vernehmende dem Vernommenen als Beschuldigten gegenübertritt. Der Verfolgungswille kann sich jedoch aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung ergeben.

Ergibt sich die Beschuldigteneigenschaft nicht aus einem Willensakt der Strafverfolgungsbehörden, kann – abhängig von der objektiven Stärke des Tatverdachts – unter dem Gesichtspunkt der Umgehung der Beschuldigtenrechte gleichwohl ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO vorliegen. Ob die Strafverfolgungsbehörde einen solchen Grad des Verdachts auf eine strafbare Handlung für gegeben hält, dass sie einen Verdächtigen als Beschuldigten vernimmt, unterliegt zwar ihrer pflichtgemäßen Beurteilung (Beurteilungsspielraum) – die insoweit gebotene Abwägung aller Umstände des Einzelfalls erweist sich jedoch als verfahrensfehlerhaft, wenn der Tatverdacht so stark ist, dass die Strafverfolgungsbehörde willkürlich die Grenzen ihres Beurteilungsspielraums überschreitet, wenn sie nicht zur Beschuldigtenvernehmung übergeht.

Die Fahrzeugbewegungen („Schlangenlinien“), der Alkoholgeruch und der Umstand, dass sich außer dem Fahrer keine weitere Person in dem Fahrzeug befand, sind bei einer Gesamtbetrachtung objektiv geeignet, einen Anfangsverdacht zu begründen. Anders als bei einer anlasslosen allgemeinen Verkehrskontrolle dient die Nachfrage nach einem etwaigen Alkoholkonsum des Fahrers bei objektiver Betrachtung (und aus Sicht des Betroffenen) daher nicht mehr der bloßen Verdachtsabklärung, sondern bereits der Erhebung von Beweisen. Sie ist mithin eine objektive Maßnahme, in der sich ein Verfolgungswille manifestiert (Inkulpationsakt). Vor dem Hintergrund der Stärke des Tatverdachts dürfte es darüber hinaus verfahrensfehlerhaft sein, den Fahrer nicht als Beschuldigten zu behandeln.

2. Lösung 2: „Freunde kann man sich aussuchen“ [S. 290]

Grundsätzlich zwingt das in § 152 Abs. 2 StPO formulierte Legalitätsprinzip die Staatsanwaltschaft und über § 163 StPO auch die Polizei zur Verfolgung, wenn zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Insoweit dürfte aufgrund der Angaben der Ehefrau des A die Annahme eines Anfangsverdachts wegen einer Straftat (§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG) gegen B gerechtfertigt sein. Jedem Beamten, der berufsmäßig mit der Strafverfolgung befasst ist, ist aber im Rahmen seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 und 2 GG) ein geschützter Bereich menschlicher Beziehungen zuzubilligen, der durch Berufspflichten jedenfalls nur begrenzt

eingeschränkt werden kann. Insoweit dürfte eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem privaten Interesse des Beamten A am Schutz seiner Privatsphäre erforderlich sein. Bei schwerwiegenden (etwa unter den Katalog des § 138 StGB) fallenden Straftaten, ggf. auch bei Verbrechen oder dann, wenn Belange der Öffentlichkeit in besonderem Maße nachhaltig berührt werden, dürfte regelmäßig das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung überwiegen und ein Ermittlungszwang trotz außerdienstlicher Kenntniserlangung bestehen. Diese Voraussetzungen dürften bei § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG indes nicht vorliegen.

3. Lösung 3: „Nicht ohne meine IT!“ [S. 290]

Die Staatsanwaltschaft ist wegen des in § 152 Abs. 2 StPO verankerten Legalitätsprinzips gleichsam zur Absicherung des Offizialprinzips verpflichtet, wegen aller verfolgbarer Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Anfangsverdachts besteht ein Beurteilungsspielraum. Ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde, ist auf der Basis einer Gesamtschau aller hierfür wesentlichen be- und entlastenden Umstände abzuwägen (BGH NStZ 1988, 511). Das Ergebnis hängt maßgeblich davon ab, welche Umstände für wesentlich gehalten werden und welches Gewicht den in die Abwägung einfließenden Sachverhaltselementen beigemessen wird. Da auch subjektive Wertungen in diese Abwägung einfließen, können verschiedene Betrachter zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ohne pflichtwidrig zu handeln. Wird dieser Beurteilungsspielraum aber missbräuchlich genutzt, kann dies den Grundsatz des fairen Verfahrens verletzen. An die Annahme des Anfangsverdachts dürfen keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, weil die Erforschung des Sachverhalts gerade die Aufgabe des Ermittlungsverfahrens ist. So braucht der Anfangsverdacht weder dringend, noch hinreichend zu sein (vgl. OLG München NStZ 1985, 550). Andererseits hat der Bürger aber einen Anspruch darauf, dass aus der Luft gegriffene Vorwürfe nicht schon zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens führen, sondern der Staatsanwalt in diesen Fällen bereits einen Anfangsverdacht verneint. Bloße Vermutungen oder kriminalistische Hypothesen reichen daher nicht aus, ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Vielmehr muss der Anfangsverdacht auf konkreten Tatsachen beruhen (vgl. OLG Hamburg GA 1984, 289 f.).

Die Sachverhaltsschilderung des Anzeigenerstatters G beinhaltet keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte für verfolgbare Straftaten. Soweit der G dem O einen Diebstahl vorwirft, mangelt es bereits an Anhaltspunkten für die Absicht rechtswidriger (Dritt-)Zueignung. Die Sicherung potentieller Beweismittel (§§ 94, 98 StPO) und vorläufige Sicherung potentieller Einziehungsgegenstände (§§ 111b, 111j StPO) ist die originäre Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden. Während Sicherstellungsgegenstände, die für die Zwecke des Strafverfahrens nicht mehr benötigt werden, ohnehin grundsätzlich an den letzten Gewahrsamsinhaber herauszugeben sind (§§ 111n, 111o StPO), können Einziehungsgegenstände zwar grundsätzlich in das Vermögen des Staates übergehen (§ 75 Abs. 1 StGB). Aufgrund der richterlichen Anordnung der Maßnahmen (§ 98 Abs. 1 StPO; §§ 111b, 111j StPO; §§ 102, 103, 105 StPO) erscheint es nach kriminalistischer Erfahrung aber eher ausgeschlossen, dass der ermittlungsführende Staatsanwalt entsprechende Anträge bei dem Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) mit dem Ziel der unrechtmäßigen Erlangung der Gegenstände gestellt haben könnte. Infolge der richterlichen Anordnung dürfte überdies die in dem Vollzug der Beschlagnahmeanordnung möglicherweise liegende Wegnahmehandlung im Sinne des Diebstahls gerechtfertigt sein. Der Sachvortrag des G bietet im Übrigen keinen Anlass für die Annahme eines Anfangsverdachts wegen Verfolgung Unschuldiger (§ 344 StGB) gegen den O.

Allerdings dürfte es dem O verwehrt sein, die Prüfung des Anfangsverdachts selbst vorzunehmen. Zwar gibt es keinen Anspruch auf einen gesetzlichen Staatsanwalt und auch die Ablehnungsvorschriften der §§ 22ff. StPO gelten weder unmittelbar noch analog (BeckOG, 16. Ed., § 145 GVG, Rn. 13). Die Pflicht, die Aufnahme von Ermittlungen gegen sich selbst zu prüfen und ggf. ein Ermittlungsverfahren einzuleiten, dürfte jedoch gegen die Selbstbelastungsfreiheit verstoßen und keine Gewähr für die Einhaltung der Objektivitätspflicht (§ 160 StPO) bieten. Der O wird daher die Prüfung der gegen ihn gerichteten Strafanzeige entsprechend dem Organisationsplan seiner Behörde einem anderen (zuständigen) Dezernenten überlassen müssen und zu diesem Zweck einen sogenannten AR-Vorgang anlegen, in dem der Anfangsverdacht geprüft werden kann. Wird der Anfangsverdacht durch die Staatsanwaltschaft

verneint, ist aktenkundig zu machen, dass von der Einleitung eines Ermittlungsverfahrens mangels zureichender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine verfolgbare Straftat abgesehen wird (§ 152 Abs. 2 i.V.m. § 170 Abs. 2 StPO). Der Anzeigenerstatter müsste dann nach Maßgabe der §§ 171, 172 StPO beschieden und ggf. belehrt werden.

In dem Verfahren gegen G wird der O überdies die von G vertretene Auffassung, der Durchsuchungsbeschluss sei „grob rechtswidrig“, als Rechtsmittel gegen den Durchsuchungsbeschluss auslegen können, welches gem. §§ 304, 306 StPO als einfache Beschwerde zu behandeln und zunächst dem Ermittlungsrichter wegen dessen Abhilfebefugnis zur Entscheidung vorzulegen sein dürfte.

4. Lösung 4: „Was lange währt...“ [S. 290]

Die Staatsanwaltschaft ist wegen des in § 152 Abs. 2 StPO verankerten Legalitätsprinzips gleichsam zur Absicherung des Offizialprinzips verpflichtet, wegen aller verfolgbarer Straftaten einzuschreiten, sofern zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen. Bei der Entscheidung über das Vorliegen eines Anfangsverdachts besteht zwar ein Beurteilungsspielraum. Der Beurteilungsspielraum bezieht sich jedoch nur auf die Frage, ob die Anhaltspunkte „zureichend“ sind. Im Hinblick auf Rechtsfragen ist – soweit der unterbreitete Sachverhalt deren abschließende Prüfung ermöglicht – jedoch stets zu berücksichtigen, dass die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu unterbleiben hat, wenn ein Element der „Verfolgbarkeit“ der Straftat offensichtlich fehlt.

Die Anordnung einer Beschuldigtenvernehmung im Sinne des § 136 StPO setzt voraus, dass gegen E ein Anfangsverdacht wegen einer Straftat begründet werden kann. Zwar hat die U zureichende Tatsachen vorgetragen, wonach sich ihr Enkel wegen Diebstahls (§ 242 StGB) verdächtig gemacht haben könnte. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Diebstahl, durch den ein Angehöriger verletzt wurde, nur auf Antrag verfolgt wird (§ 247 StGB). Angehörige im Sinne des § 247 StGB sind u.a. Verwandte in gerade Linie (§ 11 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB) – mithin Großmutter und Enkel. Der sog. „Haus- und Familiendiebstahl“ wird daher als absolutes Antragsdelikt nur dann strafrechtlich verfolgt, wenn die Antragsberechtigte Großmutter (§ 77 Abs. 1 StGB) innerhalb der Antragsfrist (§ 77b Abs. 1 StGB) einen formwirksamen (§ 158 Abs. 2 StPO) Strafantrag stellt und diesen nicht zurücknimmt (§ 77d StGB). Wenn der Antragsberechtigte es unterlässt, den Strafantrag bis zum Ablauf einer Frist von drei Monaten zu stellen, kann ein Anfangsverdacht mithin nicht begründet werden. Die Frist beginnt mit Ablauf des Tages, an dem der Antragsberechtigte von der Tat und der Person des Täters Kenntnis erlangt (§ 77b Abs. 2 StGB). Spätestens am 01.01.2017 hatte die U Kenntnis von den maßgeblichen Umständen, die einen Anfangsverdacht wegen Diebstahls begründen hätten können. Fristablauf war mithin am 01.04.2017. Sie hat den Antrag jedoch erst nach dem 01.05.2017 gestellt. Wegen Verfristung des Strafantrages ist die Tat nicht mehr verfolgbar. Es besteht ein Verfahrenshindernis, welches der Annahme eines Anfangsverdachts entgegen steht.

Darüber hinaus steht das Strafverfolgungshindernis der Verjährung der Annahme eines Anfangsverdachts entgegen. Die Verjährungsfrist für den (einfachen) Diebstahl beträgt fünf Jahre (§ 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB), da der Diebstahl im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis fünf Jahren bedroht ist. Die Verjährungsfrist beginnt im Sinne des § 78a StGB mit Abschluss des tatbestandlichen Gesamtgeschehens, d.h. vorliegend mit Beendigung der Tat, die in der Beutesicherung liegen dürfte. Unter Berücksichtigung der Angabe des E, das Geld bereits im Jahr 2011 an sich genommen zu haben, ist die Ahndung der Tat wegen Verjährung ausgeschlossen (§ 78 Abs. 1 StGB).

Soweit man in Betracht zieht, dass das von E erklärte Versprechen, das Geld zurückzahlen zu wollen, als Täuschung über eine innere Tatsache (Zahlungswilligkeit) zu werten sein könnte, liegt ein Anfangsverdacht wegen Betruges (§ 263 StGB) nicht vor. Zwar steht einem solchen nicht entgegen, dass es sich um eine mitbestrafte Nachtat handeln könnte, da deren Strafbarkeit wiederauflebt, wenn die Vortat (Diebstahl) nicht mehr verfolgt werden kann (Verjährung). Auch wäre der gemäß § 263 Abs. 4 i.V.m. § 247 StGB insoweit ebenfalls erforderliche Strafantrag wohl noch rechtzeitig. Allerdings fehlen Anhaltspunkte dafür, dass sich durch das ggf. täuschungsbedingte Verhalten der U (Unterlassen einer zivilrechtlichen Geltendmachung des Rückzahlungsanspruchs) die Vollstreckungsaussichten hinsichtlich des unverändert bestehenden Rückzahlungsanspruchs verschlechtert haben könnten (analog zur Fallgruppe des „Stundungsbetrugs“). Eine unmittelbar vermögensmindernde Verfügung durch zeitweiliges Unterlassen der zivilrechtlichen Inanspruchnahme des Enkels liegt daher nicht vor. Dem ggf.

ebenfalls täuschungsbedingtem Unterlassen einer rechtzeitigen Strafantragstellung bezüglich des Diebstahls kommt keine vermögensrechtliche Bedeutung zu, welche das Vermögen der U unmittelbar mindern könnte.

Die Staatsanwaltschaft wird nach alledem keine Vernehmung des E anordnen, sondern das Verfahren mangels Anfangsverdachts gem. §§ 170 Abs. 2, 152 Abs. 2 StPO einstellen und die U nach Maßgabe der §§ 171, 172 StPO bescheiden und entsprechend befehlen.

Hinsichtlich der Verfolgung von Antragsdelikten vgl. auch: Nr. 6 RiStBV.

5. Lösung 5: „Rundumschlag“ [S. 290]

Bei der Beantwortung der Frage, ob zureichende tatsächliche Anhaltspunkte bestehen, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde, besteht ein Beurteilungsspielraum. Wegen des Legalitätsprinzips muss auch bei namenlosen Anzeigen geprüft werden, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist. Allerdings „kann sich empfehlen, den Beschuldigten erst dann zu vernehmen, wenn der Verdacht durch andere Ermittlungen eine gewisse Bestätigung gefunden hat“, wie Nr. 8 S. 2 RiStBV klarstellt. Aus der Formulierung der Richtlinie lässt sich ableiten, dass die Prüfung des Anfangsverdachts bei anonymen Anzeigen besonders sorgfältig durchzuführen ist. Namenlose Anzeigen, die nur pauschale Vorwürfe und keine detaillierten, plausiblen Anhaltspunkte enthalten, sind nicht nur wegen der Gefahr des „Swattings“, bei dem durch Vorspiegelung falscher Tatsachen Noteinsätze von Strafverfolgungsbehörden oder Rettungsdiensten mit dem Ziel der Belästigung Dritter verursacht werden, in der Regel ungeeignet, einen Anfangsverdacht zu begründen. Vielmehr bedarf jede hoheitliche Maßnahme, durch die zum Zwecke der Strafverfolgung in die Grundrechte der Bürger eingegriffen wird, einer hinreichenden Legitimation. Enthält die Strafanzeige hingegen Details und konkrete ggf. sogar nachprüfbar Angaben, ist die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens jedoch geboten. Die Ausgestaltung des Ermittlungsverfahrens obliegt der Staatsanwaltschaft (Sachleitungsbefugnis), die bei der Wahl der geeigneten und zweckmäßigen Mittel zur Sachverhaltserforschung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hat. Vor diesem Hintergrund könnte R zunächst durch „Umfeld-Ermittlungen“ die Plausibilität der Angaben des Anonymus prüfen, wie etwa die Feststellung des Meldestatus des Angezeigten und die Abfrage bereits vorliegender polizeilicher Erkenntnis zur Person und zum angegebenen Tatort. Eingedenk des Umstandes, dass die konkreten Wahrnehmungen des Anzeigenerstatters nicht hinterfragt und ihrerseits gewürdigt werden könnten, weil dieser für eine weitergehende informatorische Befragung nicht zur Verfügung steht, dürfte jedenfalls allein aufgrund seiner Äußerung kein zureichender tatsächlicher Anlass für exekutive repressive Maßnahmen bestehen, die mit erheblichen Grundrechtseingriffen verbunden sind, wie etwa eine Durchsuchung (§§ 102, 105 StPO). Aus demselben Grunde dürfte auch eine längerfristige Observation nach § 163f Abs. 1 StPO ausscheiden. Die Anregung gegenüber der Polizei eine kurzfristige Observation zur Gefahrenabwehr im Sinne des § 32 Abs. 4 BbgPolG in eigener Zuständigkeit zu prüfen, dürfte demgegenüber erwogen werden können.

6. Lösung 6: „Pusten Sie mal!“ [S. 290]

Es existiert kein allgemeiner Erfahrungssatz dahingehend, dass derjenige, der von seinem Recht Gebrauch macht, sich nicht selbst belasten zu müssen, eine Straftat begangen hat. Die Teilnahme an einem Atemalkoholtest kann im Gegensatz zur Blutprobe nicht erzwungen werden. Aus der Verweigerung der Atemalkoholkontrolle als mithin legalem Verhalten, wie auch sonst aus jedem prozessualen Verhalten, dem nicht in zulässiger Weise mit Zwang begegnet werden könnte, dürfen nachteilige Schlüsse nicht gezogen werden. Erwägungen, die darauf hinauslaufen, tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat daraus abzuleiten, dass eine Person nicht aktiv an dem Versuch des Nachweises ihrer Unschuld mitwirkt, sind unzulässig. Wenn – wie im Beispielfall – keine anderen verdachtsbegründender Kriterien angeführt werden können, verstößt die Annahme eines Anfangsverdachts gegen rechtsstaatliche Grundsätze. Demnach scheidet auch die Anordnung einer Blutprobe gem. § 81a StPO aus, denn jene setzt einen Anfangsverdacht wegen einer Straftat voraus, der gerade nicht etwa deshalb bestehen kann, weil bei einem „reinen Gewissen“ eine freiwillige Mitwirkung an der Atemalkoholkontrolle zu erwarten gewesen wäre.

(vgl. auch zur verweigerten Mitwirkung bei einer Speichelprobe und Indizwirkung eines erlogenen Alibis BGH, Urt. v. 21.1.2004 – 1 StR 364/03, NSTz 2004, 392ff.)

7. Lösung 7: „Es war sicherlich falsch, aber legal.“ [S. 290]

Zur Rechtfertigung eines Eingriffs in die Unverletzlichkeit der Wohnung zum Zwecke der Strafverfolgung (Art. 13 Abs. 1 GG) ist der Verdacht erforderlich, dass eine Straftat begangen wurde. Richterliche Durchsuchungsanordnungen, welche diesem Anspruch nicht gerecht werden, erweisen sich als rechtswidrig. Eine entsprechende Feststellung kann im Beschwerdeverfahren (§§ 304, 306 StPO) getroffen werden. Das gilt auch, wenn sich die Durchsuchungsanordnung mit ihrem Vollzug erledigt hat oder das Ermittlungsverfahren gegen den Beschuldigten eingestellt worden ist. Wegen des Gewichts des Eingriffs in das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG besteht ein Rechtsschutzinteresse des Betroffenen für eine nachträgliche Beschwerdeentscheidung, dem der Gesichtspunkt der prozessualen Überholung nicht entgegengehalten werden kann. Prüfungsmaßstab ist im Beschwerdeverfahren die Sach- und Rechtslage zur Zeit des Erlasses des Durchsuchungsbeschlusses.

Die Annahme eines Anfangsverdachts setzt zureichende tatsächliche Anhaltspunkte voraus, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass eine verfolgbare Straftat begangen wurde. Allerdings kann ein Anfangsverdacht für die Begehung einer Straftat auch durch ein an sich legales Verhalten begründet werden, wenn weitere Anhaltspunkte hinzutreten. Dabei wird es für zulässig gehalten, wenn von einem kriminalistischen Erfahrungssatz ausgegangen wird, dass die Grenze zur strafbaren Kinderpornografie bei dem Bezug als strafrechtlich relevant einschätzbarer Medien über das Internet nicht zielsicher eingehalten werden kann. Dies soll jedenfalls für den Bezug von solchen Anbietern gelten, die auch eindeutig strafbares Material anbieten. Im Rahmen der Anfangsverdachtsprüfung soll sogar berücksichtigt werden können, dass bei Menschen mit pädophiler Neigung unter anderem ein Hang zum Sammeln und Aufbewahren einmal erworbenen Materials vorliegt, um das Material stets zur Verfügung zu haben und es mit Gleichgesinnten auszutauschen. Vor diesem Hintergrund soll von der Möglichkeit des Bezugs weiterer kinderpornografischer Schriften ausgegangen werden können. Die zu den tatsächlichen Anhaltspunkten hinzutretenden kriminalistischen Erfahrungssätze dürfen dem Beschluss im Zeitpunkt seines Erlasses zu Grunde gelegt werden.

Folgt man der vorbezeichneten, insbesondere vom Bundesverfassungsgericht vertretenen, Auffassung zur Zulässigkeit eines solchen kriminalistischen Erfahrungssatzes, dürfte die Beschwerde des E keine Aussicht auf Erfolg haben. Obschon im Zeitpunkt der Anordnung der Durchsuchung das (nachweisbar) bezogene Material nicht eindeutig strafrechtlich relevant war, dürfte einerseits aufgrund des Umstandes, dass der Anbieter auch Material strafbaren Inhalts vertreibt und unter Berücksichtigung der bisherigen Erkenntnisse pädophile Neigungen des E jedenfalls nicht ausgeschlossen werden können, weshalb die Sammlung strafrechtlich relevanten Medien nahelag, ein Anfangsverdacht bestanden haben und die Anordnung rechtmäßig gewesen sein.

(frei nach BVerfG, Beschl. v. 15.8.2014 – 2 BvR 969/14, NJW 2014, 3085ff. und BVerfG, Beschl. v. 1.8.2014 – 2 BvR 200 / 14, NJW 2015, 851ff.)

8. Lösung 8: „Inkognito“ [S. 291]

Einer erneuten Anklage gegen A steht das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs entgegen (Art. 103 Abs. 3 GG). Das Verbot der Doppelbestrafung (ne bis in idem) verbietet grundsätzlich jede erneute Strafverfolgung wegen derselben Tat gegen denselben Täter. Der Verbrauch der Strafklage ist die wichtigste Wirkung der materiellen Rechtskraft einer gerichtlichen Sachentscheidung. Sie tritt ein, wenn das Verfahren wegen der Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist, formell rechtskräftig ist. Die Rechtswirksamkeit eines Strafurteils wird aber nicht dadurch berührt, dass der richtige Angeklagte unter falschem Namen an der Hauptverhandlung teilgenommen hat. Betroffen von einer strafrechtlichen Erkenntnis ist nämlich nur diejenige Person, gegen die Anklage erhoben war und die tatsächlich vor Gericht stand, selbst wenn die von ihr angegebenen Personalien unrichtig waren.

Allerdings dürfte das Urteil durch Berichtigungsbeschluss im Rubrum, Tenor und den Urteilsgründen zu korrigieren sein. Eine ausdrückliche Regelung hierzu findet sich in der StPO zwar nicht, die Zulässigkeit einer Berichtigung ist jedoch in Anlehnung an § 319 ZPO allgemein anerkannt, wenn ein Verkündungsversehen vorliegt oder ein sonstiges Versehen wie Schreibfehler, Rechnungsfehler oder ähnliche Unrichtigkeiten, die für alle Verfahrensbeteiligten offenkundig sind. Es muss jedoch der Verdacht, dass sich hinter der Berichtigung in Wahrheit die sachliche Änderung eines inhaltlich anders beschlossenen Urteils verbirgt, in jedem Fall ausgeschlossen sein. Durch die Klarstellung der Identität derjenigen Person, gegen die sich das

Verfahren tatsächlich gerichtet hat, wird der sachliche Gehalt des Urteils aber nicht verändert. Vielmehr wird dieser Umstand nur klargestellt und wirksam dokumentiert. Eine Berichtigung von falsch angegebenen Personalien hat mithin nur Formalcharakter. Die Rechtstellung des tatsächlich Verurteilten wird hierdurch in keiner Weise beeinträchtigt.

(vgl. BGH Beschl. v. 9.8.1995 – 2 StR 385/95, NStZ-RR 1996, 9f.; vgl. KG Beschl. v. 23.3.2004 – 5 Ws 100/04, NStZ-RR 2004, 240ff.; OLG Stuttgart, Beschl. v. 19.11.2020 – 6 Rb 24 Ss 734/20, NZV 2021, 276; BVerfG, Beschl. v. 10.9.2010 – 2 BvR 22242/09, BeckRS 2010, 54625)

9. Lösung 9: „Keine Haupttat?“ [S. 291]

Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt (§ 264 StPO). Das Gericht hat den Prozessstoff, der durch die Anklage und dem Eröffnungsbeschluss hinsichtlich des Lebenssachverhalts umgrenzt wird, von Amts wegen aufzuklären. Auf die gesamte Tat im prozessualen Sinn erstreckt sich die Rechtskraftwirkung des Urteils in der Form des Strafklageverbrauchs. Das erkennende Gericht hat mithin über den ihr mit der Anklageerhebung unterbreiteten Lebensvorgang einschließlich aller damit zusammenhängender und darauf bezüglicher Vorkommnisse und tatsächlicher Umstände, insbesondere das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklageschrift bezeichneten Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet, dessen Aufspaltung und getrennte Aburteilung unnatürlich erschiene, erschöpfend zu entscheiden.

Die Untersuchungs- und Entscheidungspflicht (Kognitionspflicht) erstreckt sich also (nur) auf die in der Anklageschrift bezeichnete prozessuale Tat und auf die durch die Anklageschrift beschuldigten Personen (§ 155 Abs. 1 StPO). Durch die Betrachtung der Verhaltensweisen der Person des Angeklagten erhält der verfahrensrechtliche Tatbegriff eine subjektiv-personale Komponente. Nicht angeklagte Personen werden durch die gerichtliche Entscheidung nicht erfasst, auch wenn sie Mittäter oder Teilnehmer der Tat des Angeklagten waren. Zwar kann ihr Verhalten vom Gericht festgestellt werden, allerdings nur soweit dies zur Beurteilung der Tat des Angeklagten erforderlich ist. Eine Aburteilung nicht angeklagter Personen wäre rechtsfehlerhaft, da ihr mangels Anklage ein Prozesshindernis aus § 151 StPO entgegensteht (Akkusationsprinzip).

Die Abtrennung anhängiger (§ 156 StPO), zusammenhängender Strafsachen (§ 3 Var. 3 StPO (sachlicher Zusammenhang)) durch Gerichtsbeschluss ist zulässig, wenn dafür Gründe der Zweckmäßigkeit sprechen (§§ 4, 2 Abs. 2 StPO). Dies ist in der Regel der Fall, wenn gegen einzelne in einer gemeinsamen Anklage zusammengefasste Angeklagte (vgl. Nr. 114 RiStBV) wegen deren Abwesenheit nicht verhandelt werden kann (§ 230 Abs. 1 StPO) und hierdurch die Aufklärung der Tat erheblich verzögert würde. Durch die Abtrennung entstehen zwei selbständige, voneinander unabhängige Strafsachen, die fortan getrennt in die Kognitionspflicht des Gerichtes gestellt sind. Das Gericht hat in jedem dieser getrennt geführten Verfahren nach dem jeweiligen Inbegriff der Hauptverhandlung (§ 261 StPO) über die jeweilige prozessuale Tat (§ 264 StPO) gegen den jeweiligen Angeklagten (§§ 151, 155 StPO) zu entscheiden. Dabei ist es dem Gericht verwehrt, sein Urteil auf frühere Feststellungen in anderen Verfahren zu stützen, die in dem laufenden Verfahren nicht mit den Mitteln der Prozessordnung (neu) festgestellt werden können.

Der B kann daher wegen Anstiftung zum Diebstahl (des A) verurteilt werden, obschon das Gericht in dem Verfahren gegen A eine inhaltlich widersprechende Feststellung getroffen hatte. Zwar ist das sich aus einer Gesamtbetrachtung der Urteile ergebende Ergebnis einer „doppelten Teilnehmerschaft ohne Haupttäter“ materiell-rechtlich ausgeschlossen. Das Gericht ist aber an eigene Feststellungen in anderen Strafsachen nicht gebunden. Divergierende Entscheidungen sind mithin möglich. Darauf, dass eines der beiden Urteile die materielle Wahrheit nicht hinreichend abbilden dürfte, kommt es nicht an. Vom Strafklageverbrauch des Urteils gegen A ist nur A, nicht aber der B, gegen den das Verfahren im Zeitpunkt der Urteilsfindung gegen A bereits abgetrennt war, betroffen. In dem Verfahren gegen B hat A die Stellung eines Zeugen, dem möglicherweise ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht (§ 55 StPO), macht er hiervon aber keinen Gebrauch und sagt entsprechend seiner gesetzlichen Verpflichtung wahrheitsgemäß aus (§ 57 StPO), können darauf gestützte Feststellungen eine Verurteilung gegen B tragen, die in einem gemeinsam gegen A und B geführten Verfahren ohne augenfällige Widersprüchlichkeiten nicht vorstellbar wären. Auch die Verlesung des früheren Urteils nach § 249 Abs. 1 StPO schließt die Verurteilung des B wegen Anstiftung zum Diebstahl nicht aus, denn

durch die Verlesung würde allenfalls der Inhalt der früheren gerichtlichen Entscheidung (Urteilstext) zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht. Selbst wenn dadurch als erwiesen ansehen können wird, welche früheren Feststellungen das Gericht getroffen hat, entbindet dies das Gericht nicht von der Aufgabe, in dem nunmehr zur Entscheidung anstehenden Verfahren eigene tatsächliche Feststellungen zu treffen und über die Schuld- und Rechtsfolgenfrage zu urteilen, selbst wenn es sich um denselben Lebenssachverhalt handelt, der sich denkllogisch nur entweder auf die eine oder die andere Weise zugetragen haben kann.

Sollte das erkennende Gericht in dem Verfahren gegen B personell identisch mit jenem in dem Verfahren gegen A sein, ergibt sich allein aus der Vorbefassung mit demselben Lebenssachverhalt noch keine Besorgnis der Befangenheit, denn dies stellt grundsätzlich keinen Umstand dar, der Zweifel an der Unparteilichkeit des Richters begründen könnte (vgl. § 24 Abs. 2 StPO). Das deutsche Verfahrensrecht wird von der Auffassung beherrscht, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantritt, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet hat. Der Gesetzgeber hat abschließend in § 22 Nr. 4, Nr. 5, § 23 und § 148a Abs. 2 S. 1 StPO den Ausschluss für einige Arten einer Vorbefassung geregelt. Diese liegen nicht schon dann vor, wenn die Schilderung des Tatgeschehens bspw. in einem Urteil gegen Mittäter auch Handlungen des jetzigen Angeklagten umfasst. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn besondere Umstände hinzutreten, die die Besorgnis rechtfertigen, der Richter sei nicht bereit, sich von seiner bei der Vorentscheidung gefassten Meinung zu lösen, etwa wenn er unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über den jetzigen Angeklagten geäußert hat oder in dem früheren Urteil Feststellung zur Beteiligung des jetzigen Angeklagten getroffen hat, die dort rechtlich nicht geboten waren, also zur Beschreibung des strafrechtlich relevanten Handelns des früheren Angeklagten, zu dessen rechtlicher Einordnung und für die Rechtsfolgenentscheidung nicht erforderlich waren (BGH, Beschl. v. 18.5.2022 – 3 StR 181/21, BeckRS 2022, 23386).

Darüber hinaus dürfte eine Wiederaufnahme des Verfahrens gegen A nicht in Betracht kommen. Zwar hat er nach dem Sachverhalt in dem Verfahren gegen B nunmehr wahrheitsgemäß erklärt, er habe die Tat, hinsichtlich derer er nur wegen Beihilfe (als Teilnehmer) verurteilt wurde, selbst (als Alleintäter) begangen. Auch wäre die Wiederaufnahme nicht bereits nach § 363 Abs. 1 StPO unzulässig, da es sich bei einer Verurteilung wegen Beihilfe statt wegen Täterschaft um andere Strafgesetze im Sinne der Vorschrift handeln dürfte, bei deren Vorliegen oder Nichtvorliegen die Strafbarkeit erhöht bzw. vermindert wird (vgl. § 27 Abs. 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB). Ein Wiederaufnahmegrund zuungunsten des A im Sinne des § 362 StPO oder § 373a Abs. 1 StPO dürfte jedoch nicht vorliegen. Der im Beispielfall in Betracht kommende Wiederaufnahmegrund nach § 362 Nr. 4 StPO setzt nämlich ein Geständnis eines Freigesprochenen voraus, weshalb eine Wiederaufnahme mit dem Ziel ausscheidet, bei einem nunmehr geständigen Verurteilten eine höhere Bestrafung in Anwendung eines schärferen Strafgesetzes zu erwirken.

10. Lösung 10: „Doppelmord?“ [S. 291]

Einer Anklageerhebung wegen eines Tötungsdeliktes könnte das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs (Art. 103 Abs. 3 GG) entgegenstehen. Dies setzt voraus, dass die Tat, welche den Gegenstand des Anklagevorwurfs bildet, bereits in einem anderen Verfahren von der Rechtskraft einer strafgerichtlichen Entscheidung erfasst war. Auf die Frage, ob jene Entscheidung der materiellen Wahrheit entspricht, kommt es grundsätzlich nicht an. Maßgeblich ist allein der prozessuale Tatbegriff (§ 264 StPO). Entscheidungserheblich ist mithin die Frage, ob die (irrtümliche) Verurteilung der A und das spätere tatsächliche Geschehen einen einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgang bilden, dessen Aufspaltung und getrennte Aburteilung unnatürlich erschiene.

Unerheblich ist zunächst, dass es sich um materiell-rechtlich selbständige Taten im Sinne des § 53 StGB (Tatmehrheit) handelnd dürfte, denn der materiell-rechtliche und der prozessuale Tatbegriff sind voneinander unabhängig. Es kommt für den prozessualen Tatbegriff vielmehr darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann. Als taugliche Abgrenzungsfaktoren zwischen prozessualen Taten unter anderem die Zeit und Ort der Begehung der Tat, die Beteiligten, die Angriffsrichtung, die Identität des angegriffenen Rechtsgutsträgers und des angegriffenen Rechtsguts. Den einzelnen Faktoren kommt dabei nach den Umständen des Einzelfalls ein unterschiedliches Gewicht zu. So besteht hinsichtlich der Tötung des E durch A bei einem Vergleich zwischen der

rechtskräftigen Verurteilung und dem ggf. neu zu erhebenden Vorwurf hinsichtlich der Tatbeteiligten, der Angriffsrichtung, des Rechtsgutes und dessen Träger Deckungsgleichheit. Allerdings ist kein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang erkennbar. Zwar wurde die A bereits wegen eines Tötungsdeliktes zum Nachteil des E rechtskräftig verurteilt und eine solche Feststellung schließt denotwendig die erneute Tötung desselben Menschen aus. Weder aber wäre das Gericht in einem (neuen) Verfahren gegen A an frühere Feststellungen gebunden, noch kann die prozessuale Tatidentität allein dadurch begründet werden, dass gerichtliche Feststellungen in unterschiedlichen Verfahren einander widersprechen würden. Bei der maßgeblichen natürlichen Betrachtung der unterschiedlichen Vorwürfe durch einen objektiven, allwissenden Beobachter lassen sich der Unrechts- und Schuldgehalt der Vorwürfe vielmehr getrennt voneinander beurteilen. Eine Anklageerhebung gegen A ist mangels Erstreckung der Rechtskraft des bereits ergangenen Urteils auf den neuen Vorwurf mithin nicht ausgeschlossen.

Der Irrtum der A über ein Verfahrenshindernis steht einer Verurteilung nicht entgegen. Der Vorsatz des Täters muss sich nicht auf Prozessvoraussetzungen beziehen. Bei diesen handelt es sich gerade nicht um Tatbestandsmerkmale, hinsichtlich derer Irrtümer nach Maßgabe des § 16 StGB Berücksichtigung finden müssten. Die nicht den tatsächlichen Bereich, sondern die rechtliche Vorstellung betreffende, vorsatzirrelevante Irrtumslage der A dürfte auch nicht als Verbotsirrtum im Sinne des § 17 S. 1 StGB eingeordnet werden können. Zwar kann der Irrtum über das Verbotensein auch auf rechtlichen Fehlvorstellungen beruhen. Dass die A aber irrtümlich angenommen hat, ihr Verhalten sei ausnahmsweise erlaubt (indirekter Verbotsirrtum / Erlaubnisirrtum), erscheint fraglich, weil ihre Fehlvorstellung nicht die Existenz eines (rechtlich nicht anerkannten) Rechtfertigungsgrundes betrifft, sondern lediglich die Verfolgbarkeit der von ihr hinsichtlich des von den Tötungsdelikten beschriebenen, strafwürdigen Unrechtsgehalts voll erfassten Tat.

Bezüglich der irrtümlichen Verurteilung dürfte für die Staatsanwaltschaft Veranlassung bestehen, die Wiederaufnahme des durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens zugunsten der A nach Maßgabe der §§ 359 Nr. 5, 365, 366, 296 Abs. 2 StPO mit dem Ziel eines Freispruchs zu beantragen.

11. Lösung 11: „Ein Ring sie zu knechten“ [S. 291]

Einer Anklage wegen des Vorwurfs des Raubes stünde das Verfahrenshindernis des Strafklageverbrauchs (Art. 103 Abs. 3 GG) entgegen, wenn die rechtskräftige gerichtliche Entscheidung die Beteiligung des A an dem Raub umfassen würde. Maßgeblich ist insoweit der prozessuale Tatbegriff (§ 264 StPO), der die Reichweite und damit den Umfang der materiellen Rechtskraft des Urteils markiert. Entscheidungserheblich ist mithin, ob der Raub, der zur Erlangung des Tatobjektes (Ring) geführt hat und dessen anschließende Verwertung durch Betrug einen einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgang bilden, dessen Aufspaltung und getrennte Aburteilung unnatürlich erschiene, weil sich der Unrechts- und Schuldgehalt der Handlungen bei natürlicher Betrachtung nur einheitlich beurteilen lassen. Insoweit ist eine objektive Betrachtung geboten, weshalb es auf die Kenntnis der Strafverfolgungsbehörden von den tatsächlichen Umständen im Zeitpunkt der Verurteilung nicht ankommt.

Für die Bestimmung der Einheitlichkeit eines Lebensvorgangs im Sinne des prozessualen Tatbegriffs können verschiedene Kriterien herangezogen werden, denen je nach Einzelfall ein unterschiedliches Gewicht beigemessen werden kann. Ein zeitlich-örtlicher Zusammenhang zwischen der Erlangung des Ringes und dessen Verwertung dürfte nicht bestehen. Auch unterscheiden sich die geschädigten Rechtsgutsträger. Zwar handelt es sich beim Raub und beim Betrug jeweils um Vermögensdelikte im weiteren Sinne. Allerdings bestehen Unterschiede in der Angriffsrichtung, denn der Raub als Fremdschädigungsdelikt setzt die Einwirkung auf das Opfer mit qualifizierten Nötigungsmitteln (Gewalt oder Drohung mit Gewalt) voraus, während beim Betrug als Selbstschädigungsdelikt lediglich die intellektuelle Einwirkung auf das Vorstellungsbild des Verfügenden erforderlich ist. Schließlich dürfte kein innerer Zusammenhang zwischen den tatsächlichen Umständen der Erlangung und der Verwertung bestehen, der eine allumfassende Kognitionspflicht des Gerichtes in dem bereits durchgeführten Verfahren gegen A bedingen hätten können. Die hinsichtlich der fehlenden Eigentümereigenschaft des A bei dem Verkauf des Ringes erforderlichen Feststellungen können für die Unrechts- und Schuldbeurteilung der Tat zum Nachteil des Käufers getroffen werden, ohne dass eine strafrechtliche Beurteilung des Raubes erforderlich wäre, denn maßgeblich für den Betrug ist lediglich der Umstand, dass der A seine Eigentümerstellung wahrheitswidrig vorspiegelt, nicht aber, ob er auf strafrechtlich relevante Weise in Besitz des Ringes gekommen ist.

Einer Anklageerhebung wegen Raubes dürfte die Verurteilung des A wegen Betruges zum Nachteil des D mithin nicht entgegenstehen.

12. Lösung 12: „Ein Ring sie alle zu finden“ [S. 291]

Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt (§ 264 Abs. 1 StPO). Die Kognitionspflicht des Gerichtes erstreckt sich dabei auf den einheitlichen historischen Geschehensablauf, dessen Grenzen durch die Beschreibung in der Anklageschrift (§§ 151, 200 StPO) gezogen werden. Das Tatgericht darf keine andere Tat aburteilen, als sie von Anklage und Eröffnungsbeschluss genannt wird. Es ist aber nicht gehindert, dieselbe prozessuale Tat tatsächlich und rechtlich in Abweichung von der Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss aufgrund der Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zu bewerten.

Vor diesem Hintergrund muss der Inhalt der Anklageschrift das Tatsachengeschehen, das Inhalt der Hauptverhandlung sein soll, so genau beschreiben, dass dies für jedermann unmissverständlich erkennbar ist (Informationsfunktion) und eine Abgrenzung von anderen, gleichartigen Handlungen desselben Täters ermöglichen und damit eine Verwechslung ausschließen (Umgrenzungsfunktion). Es muss klar sein, über welchen Sachverhalt das Gericht nach dem Willen der Staatsanwaltschaft urteilen soll. Der Angeklagte muss dadurch in die Lage versetzt sein, sich gegen den konkreten Vorwurf zu verteidigen.

Die Anklageschrift hat daher zur Wahrung der Umgrenzungsfunktion alle individualisierenden Merkmale des vorgeworfenen Fehlverhaltens derart zu beschreiben, dass nach dem allgemeinen Regeln der Lebenserfahrung eine Mehrfacherfüllung der Tatbeschreibung praktisch ausgeschlossen und als bloß denktheoretische Möglichkeit vernachlässigt werden kann. Erforderlich sind hierfür in aller Regel Angaben zu Tatort, Tatzeit und Tatobjekt sowie die Bestimmung der Art des vorgeworfenen Verhaltens und dessen konkreter Angriffsrichtung. Mängel der Anklageschrift, welche die Umgrenzungsfunktion betreffen, können zur Unwirksamkeit der Anklage führen.

Die Informationsfunktion der Anklageschrift ist nur erfüllt, wenn sie das zur Last gelegte Fehlverhalten derart bezeichnet, dass jedes objektive und subjektive Merkmal sowie jede Variante des angewendeten Strafgesetzes mit einem tatsächlichen Zustand oder Vorgang beschrieben und hierdurch belegt wird. Mängel in diesem Bereich können durch den Eröffnungsbeschluss oder Hinweise in der Hauptverhandlung im Rahmen des § 265 StPO geheilt werden.

Ob eine Verurteilung des A wegen Betruges zum Nachteil des B anstatt des A in Betracht kommt oder er vom Vorwurf des Betruges zum Nachteil des D freizusprechen ist, hängt mithin davon ab, ob die Benennung des falschen Tatopfers im konkreten Anklagesatz die Umgrenzungsfunktion betrifft. Wird nämlich durch die Konkretisierung des D als Käufer des Rings das historische Geschehen so beschrieben, dass nur unter Rückgriff auf diesen Umstand eine Abgrenzung zu anderen möglichen Taten des Angeklagten in Betracht kommt, dann erstreckt sich die Kognitionspflicht des Gerichtes nur auf dieses prozessuale Tatgeschehen, nicht aber auf die dann selbständige prozessuale Tat zum Nachteil des B. Je größer die Möglichkeit ist, dass der Angeklagte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt haben könnte, desto konkreter muss die Schilderung sein. Lässt sich aber anhand anderer Umstände, die ebenfalls in der Anklageschrift geschildert sind, trotz Fehlerhaftigkeit einzelner tatsächlicher Tatbeschreibungen eine hinreichende Individualisierbarkeit des Verfahrensgegenstandes gewährleisten und ist damit der Anklagevorwurf und letztlich die Reichweite der gerichtlichen Entscheidung sichergestellt, kommt der Nennung des konkreten Tatopfers keine tatindividualisierende, sondern lediglich eine tatbeschreibende Funktion zu. Der deskriptive Charakter der Ausführungen zum Tatopfer im Konkretum kann sich insbesondere daraus ergeben, dass sämtliche sonstige Angaben wie Tatzeit, Tatort, Tathandlung, Tatmodalitäten und Tatmittel die prozessuale Tat hinreichend kennzeichnen und von anderen Taten unterscheidbar machen. Eine ausdrückliche und namentliche Benennung des Tatopfers wird jedenfalls dann entbehrlich sein, wenn die Tat von anderen durch die Umstände ihrer Begehung abgrenzbar ist. Die Prägnanz eines einzelnen Tatumstandes vermag in diesem Zusammenhang sogar fehlende oder unscharfe Beschreibungen anderer Tatumstände zu kompensieren. Vor diesem Hintergrund dürfte ein Freispruch allein mit der Begründung, dass nicht D, sondern B den Ring erwarb, nicht zu rechtfertigen sein. Treffen sämtliche sonstige Angaben in der Anklageschrift auf den in der Hauptverhandlung festgestellten Sachverhalt zu, dürfte sich unter Berücksichtigung

des Umstandes, dass keine höchstpersönlichen Rechtsgüter betroffen sind und kein weiteres, gleichartiges Tatmittel (Ring) existiert, die Abweichung zwischen den Ergebnissen der Hauptverhandlung und den Beschreibungen in der Anklageschrift im Rahmen derjenigen prozessualen Tat bewegen, über die das Gericht zu entscheiden hat. Ein Hinweis im Sinne des § 265 StPO (analog) dürfte erforderlich, aber auch ausreichend sein.

13. Lösung 13: „Stirb langsam I“ [S. 291]

Eine Nachtragsanklage nach § 266 StPO würde voraussetzen, dass zwischen dem in der Anklageschrift geschilderten Lebenssachverhalt und demjenigen, der dem Vorwurf der Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) zugrunde liegen würde, eine prozessuale Tatidentität nicht besteht. Für den Straftatenbegriff des § 266 Abs. 1 StPO ist mithin der prozessuale Tatbegriff maßgeblich (§§ 264, 155 StPO). Eine Nachtragsanklage kommt daher nicht in Betracht, wenn der Umstand, dass B noch während der Hauptverhandlung an den Folgen seiner Verletzung verstorben ist, von dem bisherigen Anklagevorwurf umfasst ist und damit in die Kognitionspflicht des Gerichtes fällt. Dabei kommt es nicht darauf an, dass der Anklagesatz keine deskriptive Darstellung des Todes des Opfers enthält. Maßgeblich ist allein, ob sich das durch die Anklageschrift umgrenzte Geschehen und die neu hinzugetretene Folge der im Anklagesatz beschriebenen Handlungen des Angeklagten innerlich als derart miteinander verknüpft darstellen, dass von einem einheitlichen geschichtlichen Lebensvorgang, dessen Aufspaltung unnatürlich erschiene, ausgegangen werden muss. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass der eingetretene Erfolg nicht isoliert von der Tathandlung betrachtet werden kann und dieser den Unrechts- und Schuldgehalt der Handlung maßgeblich bestimmt, der nur einheitlich gewürdigt werden kann, dürfte von prozessualer Tatidentität auszugehen sein. Es liegt in der Natur des dynamischen, von Amtsaufklärungsgrundsatz und Kognitionspflicht geprägten Geschehens einer Hauptverhandlung, dass sich der Sachverhalt der Tat nach Durchführung der Beweisaufnahme anders darstellen kann, als im Anklagesatz beschrieben und behauptet. Zwar nimmt die angeklagte Tat durch den Tod des Opfers eine andere Gestalt an. Durch die insoweit erforderliche „Umgestaltung der Strafklage“ wird jedoch nicht die Identität der Straftat berührt. Den durch den Wechsel des materiell-rechtlichen Vorwurfs tangierten Verteidigungsinteressen kann vielmehr im Rahmen von § 265 StPO entsprochen werden. Einer Nachtragsanklage im Sinne des § 266 StPO bedarf es daher nicht. Es besteht auch kein Erfordernis die Sache infolge der Änderung der Sachlage gem. § 270 Abs. 1 StPO durch Beschluss von der großen Strafkammer an das Schwurgericht zu verweisen, denn es besteht keine Höherrangigkeit des Schwurgerichts (BGH Ur. v. 12.1.1977 – 2 StR 662/76, NJW 1977, 1070). Der gleichwohl kraft Gesetzes (§ 74 Abs. 2 Nr. 7 GVG) zu beachtende Zuständigkeitswechsel ist jedoch durch die Strafkammer in der Hauptverhandlung ausdrücklich – wenn auch nur deklaratorisch – festzustellen (BGH aaO).

Art. 103 Abs. 3 GG verbietet die mehrfache Bestrafung wegen derselben Tat aufgrund der allgemeinen Strafgesetze. Die Vorschrift beinhaltet ein Prozessgrundrecht, welches dem Bürger die Garantie gibt, nach einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung in derselben Sache nicht erneut strafrechtlich belangt werden zu können. Dieses Recht auf Einmaligkeit der Strafverfolgung begründet bei Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung ein verfassungsrechtlich garantiertes Prozesshindernis. Gegenstand der Urteilsfindung ist die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Das Gericht muss seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden, solange dadurch nicht das der Anklage zugrundeliegende Geschehen durch ein anderes ersetzt wird. Für das Tatbild bestimmend sind in der Regel Ort und Zeit des Geschehens, das Tatopfer, das Täterverhalten sowie die ihm innenwohnende Angriffsrichtung. Zwar war im Zeitpunkt der Urteilsfindung gegen A der B in der zweiten Fallfrage noch nicht verstorben. Wenn aber – wie dargestellt – die Tathandlung und der durch diese bewirkte Taterfolg einem Lebensvorgang entspringen, der maßgeblich durch das Täterverhalten geprägt wird und daher einer isolierten prozessualen Betrachtung nicht zugänglich sind, dann erfasst das Urteil die Tat insgesamt und verbraucht die Strafklage durch Eintritt der Rechtskraft. Allein die durch Änderung der Sachlage entstehende materielle „Unrichtigkeit“ des Urteils vermag die Rechtskraft der Entscheidung, die einer erneuten Anklageerhebung als Verfahrenshindernis entgegensteht, nicht zu durchbrechen.

Der wegen gefährlicher Körperverletzung ergangene Strafbefehl in der dritten Fallfrage steht einem rechtskräftigen Urteil gleich (§ 410 Abs. 3 StPO). Auch durch diesen wird daher die Strafklage verbraucht. Allerdings stellt sich die Tat bei materiell-rechtlicher Betrachtung infolge des Eintritts des Todes des Opfers nunmehr als Verbrechen dar (§§ 227, 12, 18 StGB). Eine

Entscheidung durch Strafbefehl kommt gem. § 407 Abs. 1 S. 1 StPO jedoch nur bei Vergehen in Betracht. Diesem systematischen Widerspruch hat der Gesetzgeber durch § 373a Abs. 1 StPO Rechnung getragen. Danach ist die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten neben den in § 362 StPO genannten Gründen zulässig, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Neu im Sinne der Vorschrift sind nicht nur solche Tatsachen, die bereits bei Strafbefehlserlass vorgelegen haben, dem Gericht aber bisher unbekannt gewesen sind, sondern auch solche Tatsachen, die nachträglich eintreten und zur Einstufung als Verbrechen führen.

14. Lösung 14: „Ein Ring sie ins Dunkel zu treiben“ [S. 292]

Die Einbeziehung einer Nachtragsanklage wegen einer Tat im prozessualen Sinn, die nicht Gegenstand der bereits erhobenen öffentlichen Klage ist, über die bereits verhandelt wird, setzt neben dem Vorliegen der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen und eines hinreichenden Tatverdachts voraus, dass der Angeklagte zustimmt und das Gericht, bei dem sie nach pflichtgemäßem Ermessen der Staatsanwaltschaft erhoben wird, zuständig ist (§ 266 Abs. 1 StPO).

Das erkennende Gericht in der für die Hauptverhandlung vorgesehenen Besetzung hat über die Einbeziehung der Nachtragsanklage in das laufende Verfahren zu entscheiden und prüft in diesem Rahmen seine örtliche und sachliche Zuständigkeit. Mit Blick auf § 13 Abs. 1 StPO dürfte die örtliche Zuständigkeit generell zu bejahen sein. Auch könnte die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts dem Grunde nach gegeben sein, wenn die Straferwartung über vier Jahren Freiheitsstrafe liegt (vgl. § 74 Abs. 1 i.V.m. § 24 Abs. 1 Nr. 2 GVG).

Zu beachten ist jedoch, dass im Berufungsverfahren die Strafkammern für die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel gegen Urteile des Strafrichters und des Schöffengerichts als kleine Strafkammern (besetzt mit einem Berufsrichter und zwei Schöffen) zweitinstanzlich tätig sind (§§ 74 Abs. 3, 76 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GVG). Die Berufungskammer ist mithin kein Gericht, das auch erstinstanzlich zuständig sein kann. Auf eine eventuelle Zustimmung des Angeklagten kommt es dabei nicht an. Es liegt nicht in seiner Kompetenz, die Zuständigkeit eines nach dem Gerichtsverfassungsgesetz funktional unzuständigen Spruchkörpers gesetzeswidrig herzustellen.

Weil es dem Berufungsgericht an der funktionalen Zuständigkeit für ein erstinstanzliches Verfahren fehlt, kommt auch eine Einbeziehung mit dem Ziel gem. § 270 Abs. 1 StPO an die große Strafkammer zu verweisen, nicht in Betracht. Eine Verweisung nach dieser Vorschrift setzt den Beginn einer Hauptverhandlung voraus. Zwar dürfte die große Strafkammer (§ 76 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GVG) als höherrangig im Sinne des § 270 StPO im Verhältnis zur kleinen Strafkammer zu betrachten sein. Steht aber der Einbeziehung der Nachtragsanklage das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit der Berufungskammer entgegen, kann eine Hauptverhandlung, in der über die Nachtragsanklage entschieden werden und ggf. eine Verweisung erfolgen könnte, vor der Berufungskammer nicht durchgeführt werden. Eine Verweisung nach § 328 Abs. 2 StPO scheidet in Ermangelung eines erstinstanzlichen Urteils über die prozessuale Tat – die Gegenstand der Nachtragsanklage werden soll – aus. Mangels sachlicher (funktionaler) Zuständigkeit wäre die Einbeziehung der beabsichtigten Nachtragsanklage daher unabhängig vom Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen abzulehnen.

15. Lösung 15: „Is‘ nich‘ so schlimm!“ [S. 292]

Eine Anklageerhebung setzt u.a. voraus, dass dieser nicht das Prozesshindernis des Strafklageverbrauchs entgegensteht (Art. 103 Abs. 3 GG). Problematisch ist insoweit, inwieweit der Lebenssachverhalt von dem durch die materielle Rechtskraft der Verurteilung wegen vorsätzlicher Trunkenheit eingetretenen Strafklageverbrauch umfasst ist. Sind das Verhalten des A, welches zu dem Unfallgeschehen geführt hat einerseits und die sich dem anschließende Fahrt (vom Unfallort) andererseits bei natürlicher Betrachtung derselbe untrennbare Lebenssachverhalt, hätte sich die Kognitionspflicht des Gerichtes im Rahmen in dem beschleunigten Verfahren auf all diese Umstände erstreckt, gleichviel ob sie in der Anklageschrift erwähnt oder dem Gericht bekannt waren oder nicht. Durch die Verurteilung wegen Trunkenheit im Verkehr (§ 316 Abs. 1 StGB) wäre bei prozessualer Tatidentität (§ 264 StPO) eine erneute Strafverfolgung mit dem Ziel einer Verurteilung auch wegen vorsätzlicher Gefährdung des

Straßenverkehrs (§ 315c Abs. 1 Nr. 1 lit. a, (Abs. 3 Nr. 1) StGB) und unerlaubten Entfernens vom Unfallort (§ 142 StGB) nach dem ne bis in idem Grundsatz ausgeschlossen.

Dabei ist unerheblich, dass die Gefährdung des Straßenverkehrs (die Fahrt bis einschließlich des Unfalls) zu der sich anschließenden Fahrt wegen der Zäsurwirkung des Unfalls, der tatsächlichen Unterbrechung der Fahrt durch den A und dem mithin erforderlichen neuen Tatentschluss in Tatmehrheit zur Weiterfahrt stehen dürfte (§ 53 StGB). Der prozessuale Tatbegriff ist mit dem materiell-rechtlichen Tatbegriff nicht deckungsgleich. Daher können auch sachlich-rechtlich selbständige Taten (§ 53 StGB) prozessual eine Tat sein. Es kommt insoweit darauf an, ob die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern auch innerlich derart unmittelbar miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden kann und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung in verschiedenen Verfahren einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde.

Die ununterbrochene Abfolge mehrerer Handlungen oder deren kausale Verbindung führt nicht notwendig zu einer die Aufspaltung des Lebenssachverhaltes ausschließenden inneren Verknüpfung. Auch kommt der (nahezu gegebenen) Identität hinsichtlich des Tatortes, der Tatzeit, des Tatmittels und der Tathandlung (Führen eines Fahrzeugs im fahruntüchtigen Zustand) in der gebotenen Einzelfallbetrachtung nur eine indizielle Bedeutung zu. Die prozessuale Tat umfasst allerdings den nach der Anklageschrift und Eröffnungsbeschluss betroffenen Vorgang einschließlich aller damit zusammenhängenden und darauf bezüglichen Vorkommnisse und tatsächlichen Umstände, die geeignet sind, das in diesen Bereich fallende Tun des Angeklagten unter irgendeinem rechtlichen Gesichtspunkt als strafbar erscheinen zu lassen. Bedenkt man, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der Fahrt, mit der sich der A vom Unfallort entfernt hat, nicht ohne Berücksichtigung der Umstände gewürdigt werden kann, unter denen es zu dem Unfall gekommen ist, weil nur dadurch die schuldrelevante Einordnung als unerlaubtes Entfernen vom Unfallort ermöglicht wird (§ 142 StGB), dürfte eine getrennte Aburteilung der beiden Sachverhaltselemente allerdings unnatürlich erscheinen.

Dass der A sein Fahrzeug anhält, um sich vom tatsächlichen Vorliegen eines Unfalls i.S. des § 142 StGB zu überzeugen, unterbricht bzw. beendet zwar in materiell-rechtlicher Hinsicht die Trunkenheitsfahrt, weil die vom Unfallort wegführende Trunkenheitsfahrt auf einem neuen Fahr- und damit neuen Tatentschluss beruht, der von dem Fahr- und Tatentschluss, der die zum Unfall führende Trunkenheitsfahrt bestimmt hat, inhaltlich abweicht. Die bei Erkennen der Unfallfolgen neue Zweckbestimmung der (Weiter-)Fahrt, nämlich (auch) der Entziehung der den A treffenden Warte- und Feststellungspflicht betrifft allerdings nur die Willensrichtung der Handlungen des A, ohne dass hierdurch zwei isoliert bewertbare, jeweils aus sich selbst heraus einer erschöpfenden strafrechtlichen Bewertung zugängliche Sachverhalte entstehen. Die lediglich kurzfristige Unterbrechung der Fahrt dürfte daher der Annahme einer prozessualen Tatidentität nicht entgegenstehen. Schließt man sich dieser Betrachtung an, ist durch die rechtskräftige Verurteilung wegen vorsätzlicher Trunkenheit im Verkehr Strafklageverbrauch auch hinsichtlich der Straßenverkehrsgefährdung und der Unfallflucht eingetreten. Eine erneute Anklage käme nicht mehr in Betracht.

Spricht man demgegenüber dem unfallbedingten Halt nicht nur in materiell-rechtlicher Hinsicht, sondern auch bei der prozessualen Betrachtung eine Zäsurwirkung zu, wäre lediglich die Anklageerhebung wegen des unerlaubten Entfernens vom Unfallort ausgeschlossen, denn wegen des in unmittelbarer Nähe zum Unfallort erfolgten Aufgriffs dürfte das unerlaubte Entfernen noch nicht beendet gewesen sein und sämtliche tatsächlichen Vorkommnisse, welche das Entfernen umgrenzen, bei natürlicher Betrachtung von der Kognitionspflicht des Gerichtes umfasst gewesen sein, da sich die Ausführungshandlungen des Entfernens und der Trunkenheitsfahrt in nichts unterscheiden.

(vgl. BGH, Urt. v. 5.11.1969 – 4 StR 519/68, NJW 1970, 255ff.)

16. Lösung 16: „Ein Ring sie ewig zu binden“ [S. 292]

Eine Anklageerhebung setzt u.a. voraus, dass dieser nicht das Prozesshindernis der Rechtskraft entgegensteht (Art. 103 Abs. 3 GG). Dies wäre der Fall, wenn durch die Aburteilung des unerlaubten Besitzes und Führens der halbautomatischen Schusswaffe nach § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG Strafklageverbrauch auch hinsichtlich des Raubvorwurfes eingetreten ist. Bilden der Raub und die Umstände, die den Vorwurf des Besitzes und Führens der Schusswaffe

rechtfertigen, eine Tat im prozessualen Sinn, scheidet eine (erneute) Verurteilung wegen des Verbots der Doppelbestrafung aus. Eine Verurteilungswahrscheinlichkeit ließe sich mithin nicht begründen (§§ 170 Abs. 1, 203 StPO). Ein gleichwohl gestellter Antrag auf Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 199 Abs. 2 StPO) wäre wegen des Fehlens einer Verfahrensvoraussetzung durch das Gericht im Wege eines auf Rechtsgründen beruhenden Nichteröffnungsbeschlusses zu beugen (§ 204 Abs. 1 StPO).

Zwischen dem Erwerb (Erlangung der tatsächlichen Gewalt), dem Besitz (Ausüben der tatsächlichen Gewalt) und dem Führen (Ausüben der tatsächlichen Gewalt außerhalb der Wohnung etc.) einer Schusswaffe besteht nach der Rechtsprechung Tateinheit, da sich die entsprechenden Ausführungshandlungen überschneiden. Rein tatsächlich betrachtet überschneiden sich aber auch die Ausführungshandlungen der Tatbestände des schweren Raubes (§§ 249, 250 Abs. 1 Nr. 1 a StGB), bei dem der Täter diese Waffe bei sich führt mit denen des unerlaubten Besitzes und Führens der Schusswaffe im Sinne des § 52 Abs. 1 Nr. 1 WaffG, weshalb zwischen dem schweren Raub und dem Verstoß gegen das Waffengesetz Tateinheit im Sinne des § 52 StGB bestehen dürfte.

Ob verschiedene Urteile dieselbe Tat im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG / § 264 StPO betreffen, ist aber unabhängig von dem Begriff der Tateinheit (§ 52 StGB) zu beurteilen, weil die Rechtsfiguren der Tateinheit (§ 52 StGB) und Tatidentität (Art. 103 Abs. 3 GG) verschiedene Zwecke verfolgen. Ein durch den Rechtsbegriff der Tateinheit (§ 52 StGB) zusammengefasster Sachverhalt wird jedoch in der Regel auch verfahrensrechtlich eine einheitliche prozessuale Tat darstellen. Umgekehrt bilden mehrere im Sinne von § 53 StGB sachlich-rechtlich selbständige Handlungen grundsätzlich nur dann eine einheitliche prozessuale Tat, wenn die einzelnen Handlungen nicht nur äußerlich ineinander übergehen, sondern wegen der ihnen zu Grunde liegenden Vorkommnisse unter Berücksichtigung ihrer strafrechtlichen Bedeutung auch innerlich derart miteinander verknüpft sind, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der Handlung nicht ohne die Umstände, die zu der anderen Handlung geführt haben, richtig gewürdigt werden können und ihre getrennte Würdigung und Aburteilung als unnatürliche Aufspaltung eines einheitlichen Lebensvorgangs empfunden würde. Als maßgeblich für das Vorliegen einer als einheitlicher geschichtlicher Vorgang verstandenen einheitlichen prozessualen Tat erweist sich damit die innere Verknüpfung zwischen den tatsächlichen Geschehnissen, die den entsprechenden Lebensvorgang konstituieren.

Obwohl der prozessuale Tatbegriff grundsätzlich unabhängig von der materiell-rechtlichen Bewertung der Tat zu bestimmen ist, wird zur Prüfung des Bestehens einer inneren Verknüpfung und damit eines einheitlichen Lebenssachverhaltes als Indiz für prozessuale Tateinheit oder Tatverschiedenheit regelmäßig das materielle Konkurrenzverhältnis herangezogen. Die beiden Tatbegriffe stehen daher nicht völlig beziehungslos nebeneinander. Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass die anerkannte Unabhängigkeit der Tatbegriffe des materiellen und prozessualen Rechts vor dem Hintergrund der ebenso anerkannten Bedeutsamkeit der indiziellen Wirkung des materiell-rechtlichen Tatbegriffs für die Bestimmung des Umfangs des Strafklageverbrauchs in Einzelfällen zirkelschlüssig anmutende Argumentationsstrukturen bedingt. Besonders problematisch erweist sich in diesem Zusammenhang die Feststellung der Reichweite des prozessualen Tatbegriffs bei Dauerdelikten (wie dem Verstoß gegen § 52 WaffG). Aufgrund ihrer tatbestandlichen Struktur umfassen sie naturgemäß längere Zeiträume. Sie sind anders als Zustandsdelikte nicht auf ein bestimmtes Ereignis festgelegt und weiten die historische Tat als Verfahrensgegenstand zeitlich und örtlich aus. Überschneidungen mit anderen Straftaten können vorkommen, ohne dass diese zum Zeitpunkt der Anklage bekannt sind und als Tat bezeichnet werden. Insbesondere dann, wenn die während eines Dauerdeliktes begangenen (zunächst unbekannt gebliebenen) weiteren Straftaten sich vom Unrechtsgehalt deutlich von dem Dauerdelikt abheben, sind Bestrebungen erkennbar, durch Gerechtigkeitsabwägungen ein vom Strafklageverbrauch abweichendes Ergebnis zu finden. Im Bereich der Organisationsdelikte wie der Mitgliedschaft in einer kriminellen bzw. terroristischen Vereinigung (§ 129 bzw. § 129a StGB) als Unterfälle der Dauerdelikte wird neben dem besonderen Charakter des Organisationsdelikts besonders deutlich auf das Gebot der materiellen Gerechtigkeit hingewiesen. Gleichwohl wird allgemein eine Anwendung der zu den Organisationsdelikten entwickelten Grundsätze auf andere Dauerdelikte für untunlich gehalten, weil jenen der besondere Charakter der Organisationsdelikte gerade fehle. Das Gebot der materiellen Gerechtigkeit, soweit man dem eine Bedeutung für die Lösung prozessualer Problemstellungen zusprechen will, gilt aber uneingeschränkt und dürfte daher stets in die Überlegungen einbezogen werden können.

Zu den sich im Rahmen der Dauerdelikte stellenden Fragen zur Reichweite des prozessualen Tatbegriffs können daher verschiedene Lösungswege verfolgt werden:

Nach der Rechtsprechung des BGH soll das Dauerdelikt des unerlaubten Besitzes einer Waffe materiell-rechtlich eine Zäsur darstellen, wenn der Waffenbesitzer später einen neuen Entschluss zur Begehung eines Verbrechens mit dieser Waffe fasst. Das Dauerdelikt vor und nach dieser Tat ist jeweils selbständig zu beurteilen. Das Verbrechen selbst steht in Tateinheit mit dem Dauerdelikt des Vergehens nach dem Waffengesetz. Diese „materiell-rechtlichen“ Lösung spricht im Ergebnis dem sachlich-rechtlichen Tatbegriff eine maßgebliche Indizwirkung für den prozessualen Tatbegriff nicht ab, vermeidet aber die sich daraus ergebenden Konsequenzen, indem der Umstand, dass das Verbrechen auf Grund eines neuen Willensentschlusses begangen wird und dieser Tatbestand nach seinem Unrechtsgehalt schwerer wiegt, als die Rechtsgutsverletzung durch das Dauerdelikt zur Begründung zweier Handlungen im materiellen Sinne (§ 53 StGB) herangezogen wird. Nach dem allgemeinen Grundsatz (materiellrechtliche Tatmehrheit in der Regel prozessuale Tatmehrheit) steht eine Verurteilung wegen des Dauerdeliktes einer weiteren Verurteilung wegen des Verbrechens daher nicht entgegen.

Ein anderer Ansatz könnte darin bestehen, die materiell-rechtliche Tatidentität „unangetastet“ zu lassen, die Unabhängigkeit Tatbegriffe aber besonders hervorzuheben. Häufig werden sich zwar die vom materiellen Strafrecht gebildeten Handlungseinheiten mit denen des Prozessrechts decken. Dem daraus abgeleitete Grundsatz der prozessualen Tatidentität bei Tateinheit im Sinne des § 52 StGB kommt aber lediglich der Charakter einer Regel zu, die unter besonderen Umständen einer Ausnahme zugänglich ist. Sind Dauerdelikte und Zustandsdelikte über ihre bloße Zeitgleichheit hinaus nicht tatsächlich miteinander verknüpft, stehen diese insbesondere in keinem inneren Beziehungs- oder Bedingungs Zusammenhang dergestalt, dass (nach der Zwecksetzung durch den Täter) das Dauerdelikt dem Zustandsdelikt dient und jenes fördert oder umgekehrt, dürften insbesondere dann, wenn das Zustandsdelikt von einem ganz erheblich erhöhten Unwertgehalt geprägt wird, der soziale Sinngehalt der geschichtlichen Vorgänge nach Maßgabe des jeweils verwirklichten Unrechts und der individuellen Schuld des Täters beurteilt werden können, ohne dass zugleich auf andere Umstände zurückgegriffen werden müsste. Die Annahme mehrerer selbständiger prozessualer Taten trotz Tateinheit im Sinne des § 52 StGB wäre mithin möglich und eine Verfolgung nicht ausgeschlossen. Um aber nicht – wie es das Bundesverfassungsgericht formuliert – in die Gefahr unauflösbarer Wertungswidersprüche infolge einer Vermengung der Begriffe des materiellen Rechts und des Prozessrechts zu geraten – dürfte es in diesen Fällen erforderlich sein, den Angeklagten im Hinblick auf die Rechtsfolge so zu stellen, als sei er nur einmal verurteilt worden, etwa durch eine Einbeziehung der Strafe aus dem früheren Urteil oder – wenn dies nicht möglich ist – durch einen Härteausgleich im Rahmen der Strafzumessung.

Angesichts des Umstandes, dass im Bereich der Dauerdelikte eine Einzelfallbetrachtung geboten ist, um den Umfang und die Reichweite des Strafklageverbrauchs zu bestimmen, könnte die Fallfrage im Beispielfalls auch dahingehend beantwortet werden, dass einer erneuten Verurteilung das Verbot der Doppelbestrafung entgegensteht. Dies könnte wäre beispielsweise damit begründbar, dass der Entschluss des Täters zur Begehung des Verbrechens bereits bei der Erlangung des Besitzes an der Waffe vorgelegen haben könnte. Die Zäsurwirkung wäre dann in Frage zu stellen. Denkbar wäre auch, einen die prozessuale Tatidentität begründenden Bedingungs Zusammenhang zwischen waffenrechtlichem Verstoß und § 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB darin zu erblicken, dass die Qualifikation im konkreten Beispiel in Wegfall geraten würde, wenn der Besitz und das Führen der Waffe hinweggedacht werden. Gleich welchem Ansatz gefolgt werden soll – in der Klausursituation dürfte Wert auf eine nachvollziehbare und belastbare Argumentationsstruktur zu legen sein.

(vgl. BGH Beschl. v. 20.10.2015 – 4 StR 343/15, NStZ 2016, 159ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 9.9.1985 – 1 Ws 83/85, NStZ 1986, 278f.; KG Beschl. v. 27.7.2007 – (4) 1 Ss 496/06 (249/06), NStZ-RR 2008, 48ff.; OLG Celle, Urt. v. 13.4.2010 – 32 Ss 7/10, NStZ-RR 2010, 248ff.; BGH Beschl. v. 5.3.2009 – 3 StR 566/08, NStZ 2009, 705ff.; BGH Urt. v. 11.6.1980 – 3 StR 9/80, NJW 1980, 2718ff.; BVerfG Beschl. v. 8.1.1981 – 2 BvR 873/80, NJW 1981, 1433ff.)

17. Lösung 17: „Stirb langsam II“ [S. 292]

Das Absehen von der Verfolgung unter Auflagen und Weisungen gem. § 153a Abs. 1 StPO kommt nur bei Vergehen in Betracht (§ 153a Abs. 1 S. 1 StPO). Wäre der B vor der staatsanwaltschaftlichen Entscheidung bereits verstorben gewesen, hätte eine Opportunitätsentscheidung daher nicht ergehen dürfen. Grundsätzlich bewirkt eine staatsanwaltschaftliche Einstellungsentscheidung jedoch keinen Strafklageverbrauch im Sinne des Art. 103 Abs. 3 GG. Dieser setzt eine gerichtliche Sachentscheidung voraus. Die ggf. gem. § 153a Abs. 1 S. 1 StPO erteilte Zustimmung des Gerichtes zur staatsanwaltschaftlichen Einstellung des Verfahrens gegen eine Auflage wird diesem Anspruch indes nicht gerecht. Weder die gerichtliche Zustimmung, noch die staatsanwaltschaftliche Einstellungsentscheidung können in Rechtskraft erwachsen. Allerdings bewirkt die Einstellung des Verfahrens gemäß § 153a StPO einen sogenannten „beschränkten Strafklageverbrauch“, wenn der Beschuldigte die ihm erteilten Auflagen und Weisungen erfüllt. Dies ergibt sich aus § 153a Abs. 1 S. 5 und S. 6 StPO. Danach kann die Tat im prozessualen Sinn nicht mehr als Vergehen verfolgt werden, wenn der Beschuldigte die an ihn gerichteten Forderungen erfüllt. Ändert sich jedoch die rechtliche Bewertung der der Einstellungsentscheidung zugrundeliegenden Tat – wie im Beispielfall – hin zu einem Verbrechen, steht die Aufлагenerfüllung einer Wiederaufnahme des Verfahrens und Anklageerhebung durch die Staatsanwaltschaft nicht entgegen.

18. Lösung 18: „Ene, mene, muh – und raus bist du!“ [S. 292]

19. Lösung 19: „So war das nicht!“ [S. 293]

Das Unterlassen der nach Maßgabe des § 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gebotenen und möglichen Belehrung des Beschuldigten über sein Aussageverweigerungsrecht führt regelmäßig zur Unverwertbarkeit seiner Angaben. Zwar gilt hinsichtlich des Belehrungsmangels grundsätzlich die Abwägungslösung. Wegen der überragenden Stellung der Selbstbelastungsfreiheit als zentralem Grundprinzip des Strafverfahrensrechts wirken sich Mängel in diesem Bereich aber nur dann ausnahmsweise nicht zugunsten des Beschuldigten aus, wenn sicher feststeht, dass er sein Schweigerecht kannte und auch bei ordnungsgemäßer Belehrung ausgesagt hätte. Das Unterlassen des Hinweises auf die Aussagefreiheit begründet mithin grundsätzlich ein Verwertungsverbot.

Spätestens aufgrund des Widerspruchs des Verteidigers des Angeklagten gegen die Verwertung der Angaben, die sein Mandant gegenüber der Polizei gemacht haben soll, ist das Tatgericht gehalten, sich mit der Frage des Vorliegens einer ordnungsgemäßen Belehrung zu befassen. Ob die belehrungsspezifischen Umstände der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung durch die Einholung einer dienstlichen Stellungnahme des Vernehmungsbeamten prozessordnungsgemäß aufgeklärt werden können oder dessen zeugenschaftliche Vernehmung durch das Tatgericht erforderlich ist, richtet sich danach, ob die Beweiserhebung insoweit der Feststellung einer schuld- und rechtsfolgenrelevanten Tatsache dient. In diesem Falle käme eine Beweiserhebung nur nach den Regeln des Strengbeweisverfahrens (§§ 244 – 257 StPO) und ausschließlich mit den dort genannten Beweismitteln in Frage. Die Prozessmaximen der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit würden die Vernehmung des Vernehmungsbeamten vor dem erkennenden Gericht im Rahmen der Hauptverhandlung bedingen. Würde die diesbezügliche Beweiserhebung jedoch nicht den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch betreffen, könnte die Beweiserhebung im Freibeweisverfahren innerhalb und außerhalb der Hauptverhandlung erfolgen. Da im Freibeweisverfahren alle verfügbaren Erkenntnisquellen herangezogen werden können, käme auch die dienstliche Erklärung des Vernehmungsbeamten zur Aufklärung in Betracht. Das Gericht wäre überdies befugt, Auskunftspersonen formlos, ggf. auch fernmündlich oder schriftlich zu befragen und Akteninhalte / Urkunden und sonstige schriftliche Erklärungen zu beachten, ohne an § 250 StPO gebunden zu sein. Ausreichend, aber auch erforderlich wäre dann, das Ergebnis des Freibeweisverfahrens – beispielsweise durch Mitteilung des wesentlichen Inhalts einer dienstlichen Erklärung oder deren Verlesung durch den Vorsitzenden – zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen, um dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) zu genügen.

Ob eine Tatsache für den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch relevant ist, bestimmt sich nach formellen Abgrenzungskriterien. Zwar wirkt sich die Verwertbarkeit eines Beweismittels in der Regel mittelbar auf die Sachentscheidung des Gerichtes zur Schuldfrage aus. Bei den Voraussetzungen der Unverwertbarkeit handelt es sich aber um die Feststellung

prozesserheblicher Tatsachen. Die gerichtliche Untersuchung, ob ein Belehrungsmangel im Rahmen der Beschuldigtenvernehmung vorliegt, betrifft bei formaler Betrachtung nicht den Inhalt der für die Schuldfrage möglicherweise bedeutsamen Erklärungen des Beschuldigten, sondern lediglich die Art deren Zustandekommens im Hinblick auf mögliche Verfahrensfehler. Ob sich das Gericht zur Aufklärung dem demnach zulässigen Mittel der Einholung einer dienstlichen Stellungnahme bedient oder den Vernehmungsbeamten im Strengbeweisverfahren als Zeugen (erneut) hört, ist seinem pflichtgemäßen Ermessen überlassen. Die Zulässigkeit des Freibeweisverfahrens schließt die Beweiserhebung im Strengbeweisverfahren nicht aus. Die Einholung einer dienstlichen Stellungnahme und die zeugenschaftliche Vernehmung einer Auskunftsperson stehen sich zur Aufklärung allein prozessualer Umstände gleichberechtigt gegenüber.

Der Umstand, dass das Vernehmungsprotokoll eine Dokumentation nach § 168b Abs. 3 StPO nicht enthält, schließt die Beweiserhebung (im Frei- oder Strengbeweisverfahren) über die Belehrungsumstände weder aus, noch macht es diese entbehrlich. Das Protokoll entfaltet insoweit keine „negative Beweiskraft“, durch welche das Gericht gebunden und gehindert wäre, abweichende Feststellungen zu treffen. Ein etwaiger Verstoß gegen die Dokumentationspflicht des § 168b Abs. 3 StPO dürfte allerdings dann zu einem Verwertungsverbot führen, wenn sich das Erteilen der Belehrung mit anderen Beweismitteln nicht hinreichend nachweisen lässt. Zwar wird gemeinhin ausgeführt, dass der Zweifelsgrundsatz im Rahmen der Feststellung von Verfahrenstatsachen nicht gilt, was zur Folge hätte, dass eine Unmöglichkeit der Sachaufklärung grundsätzlich zu Lasten des Beschuldigten ginge. Dies soll jedoch dann nicht gelten, wenn der Verfahrens-Sachverhalt nur deshalb nicht aufgeklärt werden kann, weil die ermittelungsbehördliche Maßnahme wegen Fehlern der Ermittler mangelhaft dokumentiert wurde. Bei den Dokumentationspflichten bezüglich der Ermittlungsvorgänge handelt es sich nicht lediglich um Ordnungsvorschriften, sondern um wesentliche Elemente des vorbeugenden Grundrechtsschutzes im Hinblick auf den Anspruch auf ein faires Verfahren. Bestehen nach Einholung der dienstlichen Stellungnahme / der zeugenschaftlichen Vernehmung des Vernehmungsbeamten und nach den sonstigen im Freibeweis zu berücksichtigenden Umständen („Aktenlage“) keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine erfolgte Belehrung und kommt hinzu, dass die vorgeschriebene Dokumentation nicht gefertigt wurde, dürfen die Äußerungen, die der Beschuldigte in seiner Vernehmung gemacht hatte, nicht verwertet werden.

(vgl. BGH Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91, NJW 1992, 1463ff.; BGH Beschl. v. 8.11.2006 – 1 StR 454/06, NStZ-RR 2007, 80f.; BVerfG Beschl. v. 2.7.2009 – 2 BvR 1691 / 07, BeckRS 2009, 36276).

20. Lösung 20: „Wenn es da so steht...“ [S. 293]

Zur Frage a):

Beruhet der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen (§ 250 S. 1 StPO – Unmittelbarkeitsgrundsatz). Eine Ersetzung der Vernehmung durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung erstellten Protokolls oder einer zu Beweis Zwecken erstellten Erklärung der Person, deren Wahrnehmungen für den Beweis einer Tatsache erheblich sind, ist ausgeschlossen (§ 250 S. 2 StPO).

Verstirbt die Beweisperson, bevor sie durch das Gericht in der Hauptverhandlung vernommen werden kann, stellt sich in Ansehung des Grundsatzes der persönlichen Vernehmung regelmäßig die Frage, wie die Inhalte ihrer früheren Vernehmungen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden können. Obschon der Unmittelbarkeitsgrundsatz es dem Gericht ermöglichen soll, sich einen persönlichen Eindruck von dem Zeugen zu verschaffen und das Fragerecht des Angeklagten absichert, gebietet es die Vorschrift des § 250 StPO nicht, stets das sachnächste Beweismittel heranzuziehen. Insbesondere schließt sie die Vernehmung des sogenannten Zeugen vom Hörensagen nicht aus. Dabei handelt es sich um Auskunftspersonen, welche die beweiserheblichen Tatsachen zwar nicht unmittelbar selbst, wohl aber Äußerung des Zeugen, die sich auf die beweiserheblichen Tatsachen beziehen, wahrgenommen haben. Das Unmittelbarkeitsprinzip steht einer Feststellung der Wahrnehmungen des Zeugen in Form des mittelbaren Beweises nicht entgegen.

Innerhalb des Zeugenbeweises besteht kein Rangverhältnis. Der unmittelbare Zeuge und der Zeuge vom Hörensagen sind nach § 250 StPO gleichberechtigt. Allerdings wird wegen des Amtsaufklärungsgrundsatzes regelmäßig eine Vernehmung des unmittelbaren Zeugen

vorzugswürdig erscheinen und das Gericht berücksichtigen müssen, dass der Beweiswert der Angaben des Zeugen vom Hörensagen durch Wahrnehmungs- und Reproduktionsdefizite gemindert sein könnte. Die dem Zeugenbeweis ohnehin anhaftenden Fehlerrisiken verstärken sich im Fall der Vermittlung von Wissen „aus zweiter Hand“. Je höher die Zahl der Glieder zwischen dem unmittelbaren Zeugen und dem in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen vom Hörensagen ist, desto sorgfältiger und kritischer ist die Aussage zu werten. Darüber hinaus muss bedacht werden, dass weder das Gericht, noch die anderen Verfahrensbeteiligten zu einer Prüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben des unmittelbaren Zeugen in der Lage sind, da sie diesem keine diesbezüglichen Rückfragen stellen können. Insbesondere bei belastenden Angaben eines in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung stehenden Tatzeugen dürfte die Verurteilung regelmäßig nur dann in Betracht kommen, wenn die durch die mittelbare Beweiserhebung reproduzierten Angaben des Belastungszeugen durch andere feststellbare Umstände / wichtige Beweisanzeichen hinreichend bestätigt werden.

Eine Vernehmung des B (als Zeuge vom Hörensagen) über die Angaben des Z ist mithin möglich und wird vom Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO) nicht ausgeschlossen.

Zur Frage b):

Bei der Vernehmung eines polizeilichen Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen bekundet der Zeuge über eigene Wahrnehmungen, die er im Rahmen der Vernehmung des unmittelbaren Tatzeugen gemacht hat. Er kann daher grundsätzlich nur schildern, welche Angaben der von ihm vernommene Zeuge gemacht hatte. Protokolliert er das von ihm im Rahmen der Vernehmung Wahrgenommene, beinhaltet das Vernehmungsprotokoll die Bekundungen des Zeugen, so wie sie der Vernehmungsbeamte verstanden hat. Kann sich der Vernehmungsbeamte im Rahmen der Hauptverhandlung als Zeuge vom Hörensagen nicht an seine eigenen Wahrnehmungen, also die Inhalte der früheren Aussage des unmittelbaren Tatzeugen erinnern, ist die Beweiserhebung insoweit unergiebig. Der Vorhalt des Vernehmungsprotokolls bewirkt als Vernehmungsbehelf nicht, dass die Inhalte des Protokolls zum Gegenstand der Hauptverhandlung werden. Der Vernehmungsbehelf dient lediglich dem Versuch, die Erinnerungsdefizite des Zeugen zu beheben. Wird dieser Zweck nicht erreicht, weil sich der Zeuge auch auf den Vorhalt hin nicht daran erinnern kann, ob er entsprechende Wahrnehmungen gemacht hat, verbleibt es bei der Unergiebigkeit, denn Urteilsgrundlage können nur die Äußerungen des in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen sein. Aufgrund der Erklärung des B davon überzeugt zu sein, dass seine Aufzeichnungen über die Vernehmung des Z das wiedergeben, was ihm der Zeuge bekundet hatte, weil dies der von ihm geübten Praxis entspricht, wird allenfalls eben jene innere Überzeugung des B durch das Gericht einer Feststellung zugänglich sein. Eine die konkreten Inhalte der früheren Vernehmung reproduzierende mittelbare Beweiserhebung kann darin mangels inhaltsbezogener Äußerungen des Zeugen vom Hörensagen über eigene Wahrnehmungen jedoch nicht erblickt werden.

Die Äußerungen des Z können mithin nicht verwertet werden, wenn die mittelbare Beweiserhebung über deren Inhalte keinen Aufschluss gibt.

Zur Frage c):

Die Vorschrift des § 253 StPO ermöglicht eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes in der Hauptverhandlung. Zwar erfasst § 253 Abs. 1 StPO seinem Wortlaut nach nur die Verlesung „zur Unterstützung des Gedächtnisses“ des Zeugen. Dies spricht dafür, der Norm lediglich eine Gestattung eines Vorhaltes in Form der Verlesung zu entnehmen. Der Regelungscharakter wird jedoch von der Rechtsprechung durchgängig als Ausnahmenvorschrift zu § 250 S. 2 StPO interpretiert, da Vorhalte aus früheren Vernehmungsniederschriften ohnehin erlaubt und von § 250 S. 2 StPO nicht erfasst sind, weshalb eine Normierung der Zulässigkeit des Vorhalts durch Verlesung nur deklaratorischen Charakter hätte. Im Übrigen wird durch den Ausschluss des Selbstleseverfahrens als besondere Form des Urkundenbeweises nach § 249 Abs. 2 StPO für die Fälle des § 253 StPO deutlich, dass § 253 StPO auch vom Gesetzgeber als Befugnisnorm für einen Urkundenbeweis verstanden wird. Durch die Verlesung nach § 253 StPO wird mithin im Wege des Urkundenbeweises über die Inhalte einer früheren Vernehmung unmittelbar Beweis erhoben.

Eine Verlesung nach § 253 StPO setzt jedoch voraus, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung anwesend und dort bereits vernommen worden ist, denn nur dann ist vorstellbar, dass der Zeuge erklärt, sich an eine Tatsache nicht erinnern zu können (§ 253 Abs. 1 StPO) oder Widersprüche zwischen seiner früheren Vernehmung und den Bekundungen in der Hauptverhandlung

aufzutreten (§ 253 Abs. 2 StPO). Die Verlesung muss überdies in Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung erfolgen und ihm ist Gelegenheit zu geben, sich zu dem Protokoll zu äußern. Im Übrigen muss zunächst versucht werden, die Erinnerungen des Zeugen aufzufrischen und etwaige Widersprüche durch den Zeugen selbst klären zu lassen.

Daran gemessen kommt eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls im Beispielfall nach § 253 StPO nicht in Betracht. Die Bezugsperson im Sinne des § 250 S. 2 StPO, deren Vernehmung in der Hauptverhandlung durch die Protokollverlesung nicht ersetzt werden kann und damit auch der diesbezüglichen Ausnahmenvorschriften (§§ 251, 253 StPO) ist stets die früher vernommene Person. Zwar dokumentiert jedes Vernehmungsprotokoll mit den darin enthaltenen Angaben nicht nur die Äußerungen der vernommenen Person, sondern insofern auch die Wahrnehmungen der Verhörsperson. Die Verlesung eines Protokolls über „seine frühere Vernehmung“ im Sinne des § 253 Abs. 1 StPO würde aber voraussetzen, dass die nunmehr in Hauptverhandlung als Zeuge tatsächlich anwesende Beweisperson Erinnerungsmängel bezüglich solcher Umstände aufweist, über welche sie bereits in einem früheren Verfahrensabschnitt im Rahmen einer Vernehmung selbst Angaben gemacht hat. Die Vorschrift bezweckt insoweit die Beschleunigung und Vereinfachung der Beweisaufnahme, da Erinnerungsmängel des bereits früher vernommenen Zeugen stets durch die Einvernahme des früheren Vernehmungsbeamten zu den Inhalten der früheren Aussage ausgeglichen werden könnten, eine solche Befragung des Vernehmungsbeamten jedoch häufig entbehrlich wird, wenn im Wege des Urkundenbeweises die früheren Bekundungen des Zeugen hinsichtlich der den Erinnerungsmangel betreffenden Teile verlesen werden können und damit zum vollwertigen Inhalt der Hauptverhandlung werden. Ersetzt werden kann durch § 253 StPO mithin nur die Vernehmung des Vernehmungsbeamten zu dem Inhalt der früheren Vernehmung.

Wird aber der Vernehmungsbeamte vom Gericht in der Hauptverhandlung selbst als Zeuge zu der von ihm durchgeführten Vernehmung befragt, existiert regelmäßig kein Protokoll über eine frühere Aussage des Vernehmungsbeamten als Zeuge vom Hörensagen, welches dessen Erinnerungsmängel beheben könnte. Das von ihm selbst erstellte Protokoll bei der Vernehmung eines unmittelbaren Zeugen ist kein Protokoll über die frühere Vernehmung des Vernehmungsbeamten als mittelbaren Zeugen.

Zur Frage d):

Der Tod der Beweisperson, auf deren Wahrnehmungen es zum Beweis einer Tatsache ankommt, führt gemäß § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO regelmäßig zur Verlesbarkeit des Protokolls über deren frühere Vernehmung. Liegen keine Beweisverwertungsverbote vor, können die im Wege des Urkundenbeweises in die Hauptverhandlung eingeführten früheren Bekundungen des Z auch zur Urteilsgrundlage gemacht werden.

21. Lösung 21: „Jetzt nicht“ [S. 293]

Zur Frage a):

Nach dem Unmittelbarkeitsgrundsatz darf die Vernehmung eines Zeugen in der Hauptverhandlung zu Wahrnehmungen über beweisrelevante Tatsachen nicht durch die Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls ersetzt werden (§ 250 S. 2 StPO). Erscheint der Zeuge in der Hauptverhandlung und macht er dort unter Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO keine Angaben, so stellt jede Verlesung einer Niederschrift über seine frühere Vernehmung eine unzulässige Ersetzung der zur Sache nicht erfolgten Vernehmung dar.

Eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls kommt daher nur in Betracht, wenn ein Ausnahmetatbestand greift. Insbesondere § 251 StPO gestattet eine Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes durch Verlesung von Protokollen unter bestimmten Voraussetzungen über frühere Vernehmungen und Erklärungen von Zeugen. Handelt es sich um polizeiliche Vernehmungsprotokolle ist die Zulässigkeit deren Verlesung an § 251 Abs. 1 StPO zu messen. Die nach Maßgabe des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO erforderliche Zustimmung des Verteidigers des Angeklagten liegt nicht vor. Allerdings könnte das Auskunftsverweigerungsrecht des A im Sinne von § 55 StPO als Grund angesehen werden, der einer gerichtlichen Vernehmung des A in absehbarer Zeit entgegensteht und eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls im Sinne des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO gestattet, ohne dass es hierfür der Zustimmung der Verfahrensbeteiligten bedürfte.

Das Auskunftsverweigerungsrecht des A besteht solange, wie die Beantwortung der an ihn gerichteten Fragen die Gefahr in sich bergen kann, sich selbst der Gefahr der Strafverfolgung auszusetzen (§ 55 Abs. 1 Var. 1 StPO). Eine solche ist zweifellos ausgeschlossen, wenn nicht behebbar Verfolgungshindernisse, wie Verjährung, Verfristung eines Strafantrages bei absoluten Antragsdelikten oder Strafklageverbrauch im Hinblick auf die zu offenbarende Tat deren Verfolgung entgegenstehen. Die vorläufige Einstellung des Verfahrens durch die Staatsanwaltschaft gemäß § 154 Abs. 1 StPO bewirkt ein solches Verfahrenshindernis jedoch grundsätzlich nicht. Vielmehr kann die Staatsanwaltschaft das Verfahren jederzeit bei Vorliegen eines sachlich einleuchtenden, dem Gebot des fairen Verfahrens entsprechenden Grundes wiederaufnehmen, solange kein sonstiges Verfahrenshindernis besteht. Sie ist dabei – anders als im Falle einer gerichtlichen Einstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO – nicht an die Fristenregelung des § 154 Abs. 4 StPO oder die Voraussetzungen des § 154 Abs. 3 StPO gebunden. Die Staatsanwaltschaft ist darüber hinaus zur Wiederaufnahme aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet, wenn die Voraussetzungen des § 154 StPO entfallen sind, etwa weil sich die mit der vorläufigen Einstellung gem. § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO verbundene Erwartung an die Rechtsfolgen im Bezugsverfahren nicht bestätigt hat.

Besteht die Gefahr, dass der Zeuge sich durch die Beantwortung von Fragen der Strafverfolgung aussetzen würde und führt dieser Umstand dazu, dass er vom Gericht in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann, begründet dies jedoch kein die Verlesung der Vernehmungsprotokolle rechtfertigendes Vernehmungshindernis im Sinne des § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO. Maßgeblich ist dabei, dass ein Vergleich mit dem ebenfalls in dieser Vorschrift gleichrangig genannten Tod des Zeugen ergibt, dass nur tatsächliche Vernehmungshindernisse die Ausnahme vom Unmittelbarkeitsgrundsatz begründen können sollen. Rein rechtliche Hindernisse, die einer Sachverhaltsermittlung durch die Vernehmung einer Beweisperson in der Hauptverhandlung entgegenstehen, sind demgegenüber irrelevant. Sämtliche Zeugnis- und Auskunftsverweigerungsrechte, von denen die Auskunftsperson berechtigterweise Gebrauch macht und die eine Befragung einer erschienenen Auskunftsperson untersagen, eröffnen mithin keine Verlesungsmöglichkeit nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO.

Die Verlesung des Vernehmungsprotokolls nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO kommt ebenfalls nicht in Betracht, denn es hat eine Vernehmung im Sinne der Vorschrift zum Gegenstand.

Eine Verlesung nach § 254 StPO verbietet sich schon deshalb, weil diese Vorschrift nur für frühere Vernehmungen des jetzigen Angeklagten gilt. Entscheidend ist – wie auch sonst – die verfahrensrechtliche Stellung der Person, deren Einvernahme das Gericht in der Hauptverhandlung beabsichtigt. Der A kann in dem Verfahren gegen B infolge der Abtrennung nur als Zeuge vernommen werden. Darauf, dass es sich ohnehin nicht – wie § 254 StPO voraussetzen würde – um ein richterliches Protokoll handelt, kommt es nicht an.

Die Verlesung des Vernehmungsprotokolls ist mithin nicht möglich.

Würden die Verfahrensbeteiligten der Verlesung zustimmen, wäre die Verlesung des Protokolls gem. § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO zulässig. Das Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO des Zeugen steht der Verlesung auch derjenigen Teile seiner früheren Aussage nicht entgegen, auf die sich im Falle seiner Vernehmung sein Verweigerungsrecht erstrecken würde. Diese ausschließlich den Zeugen und seine (nicht verfolgten) Angehörigen schützende Vorschrift verbietet insbesondere nicht, die Verwertung der früheren Angaben des Zeugen zum Nachteil des Angeklagten, der nicht Angehöriger im Sinne von § 55 StPO des Zeugen ist, zu verwerten. Bei der Beweiswürdigung sind die verlesenen Angaben allerdings als die eines Mitbeschuldigten zu werten.

Zur Frage b):

Beruft sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung zulässig auf sein Auskunftsverweigerungsrecht gem. § 55 StPO und macht keine Angaben, schließt dies eine mittelbare Beweiserhebung über seine früheren Angaben nicht aus. Insbesondere kann der Vernehmungsbeamte als Zeuge vom Hörensagen in der Hauptverhandlung über die Inhalte der früheren Erklärungen der Beweisperson als solcher vernommen werden. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 StPO) steht dem nicht entgegen, da die Vernehmungsperson über eigene Wahrnehmungen, die sie im Rahmen der Vernehmung des Zeugen gemacht hat, berichtet. Dies gilt auch, wenn eine Verlesung des Protokolls der Vernehmung des Zeugen, der sich auf § 55 StPO beruft, nach § 251 StPO nicht in Betracht kommt (vgl. dazu Lösung zur Frage a), denn der prozessuale

Ausschluss der Erhebung des Beweises über frühere Angaben eines Zeugen im Wege der Urkundenverlesung betrifft nur diese Beweisform (Urkundenbeweis), nicht aber den Personalbeweis (Zeugenvernehmung).

Einer Vernehmung des Vernehmungsbeamten steht auch § 252 StPO nicht entgegen. Das aus jener Vorschrift hergeleitete Verbot der mittelbaren Verwertung von Angaben früher vernommener Zeugen gilt nur, soweit sich der Zeuge in der Hauptverhandlung zulässigerweise auf ein Zeugnisverweigerungsrecht (insbes. § 52 StPO) beruft. Bei der Weigerung nach § 55 StPO handelt es sich jedoch um ein Auskunftsverweigerungsrecht, welches bereits nach deren Wortlaut von der Norm des § 252 StPO nicht erfasst ist. Es kommt auch keine analoge Anwendung des § 252 StPO in Betracht, da es an einer planwidrigen Regelungslücke fehlt und der Schutzzweck des § 252 StPO nur betroffen wäre, wenn der jetzige Angeklagte ein Angehöriger des verweigerungsberechtigten Zeugen wäre. Dies ist im Rahmen von § 55 StPO aber gerade nicht der Fall – andernfalls stünde dem Zeugen ein Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO zur Seite.

Ein Beweisverwertungserbot bezüglich der durch mittelbare Beweiserhebung zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemachten Angaben des Auskunftsverweigerungsberechtigten ergibt sich auch nicht daraus, dass der Zeuge im Ermittlungsverfahren als (Mit-)Beschuldigter vernommen worden war. Zwar wurde der jetzige Zeuge im Zeitpunkt seiner früheren Vernehmung nach Maßgabe des § 136 StPO belehrt, weil er in diesem Zeitpunkt Beschuldigter war. Darin liegt aber kein Belehrungsmangel, der sich auf die mittelbare Verwertung seiner Angaben in der Hauptverhandlung auswirken könnte, denn eine andere Form der Belehrung, insbesondere nach § 55 StPO wie sie in der Hauptverhandlung erforderlich ist, kam prozessrechtlich nicht in Betracht. Im Übrigen überschneiden sich hinsichtlich der Hinweise auf die Selbstbelastungsfreiheit die nach § 136 StPO und nach § 55 StPO zu gebenden Belehrungen. In beiden Fällen wird demjenigen, der gegenüber der Polizei Angaben macht, vor Augen geführt, dass er sich nicht selbst belasten muss. Selbst das Unterlassen einer gebotenen Belehrung nach § 55 StPO würde nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen, da diese Vorschrift nur den Zeugen vor dem Irrtum schützen soll, wegen der Wahrheitspflicht (§ 57 StPO) sich selbst oder Angehörige, gegen die sich das Verfahren nicht richtet, belasten zu müssen. Der Beschuldigte / Angeklagte, der mangels Angehörigeneigenschaft nicht zu dem von § 55 StPO erfassten Personenkreis gehört, kann sich auf den von § 55 StPO bezweckten Schutz des Zeugen mithin nicht berufen (Rechtskreistheorie / Schutzzwecktheorie). Wenn aber das Fehlen der Belehrung nach § 55 StPO ohne Auswirkungen auf die Verwertung der Angaben eines Zeugen im Rahmen einer Hauptverhandlung gegen einen Angeklagten (der nicht Angehöriger des Zeugen ist) bleibt, dann kann in den Fällen, in denen eine Belehrung nach § 55 StPO nicht zulässig war, weil eine Beschuldigtenvernehmung durchgeführt wurde, nichts Anderes gelten. Ein Verstoß gegen § 55 StPO (im Ermittlungsverfahren) wäre mithin nur relevant, wenn sich das Verfahren in der Hauptverhandlung nunmehr gegen den unzureichend belehrten Zeugen oder dessen Angehörigen richten würde. Diese Voraussetzungen liegen im Beispiel aber nicht vor.

Der Vernehmungsbeamte Z kann daher zu den Angaben des A vernommen und diese für die Urteilsfindung verwertet werden.

22. Lösung 22: „So nicht?“ [S. 293]

Zur Frage a):

Die Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten darf gemäß § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO durch die Verlesung des Protokolls über seine frühere richterliche Vernehmung ersetzt werden, wenn dem Erscheinen der Beweisperson in der Hauptverhandlung für eine längere oder ungewisse Zeit Krankheit, Gebrechlichkeit oder andere nicht zu beseitigende Hindernisse entgegenstehen. Der Tod einer Beweisperson gehört zu diesen nicht behebbaren Hindernissen. Die Verlesung nach dieser Vorschrift setzt die Zustimmung der Verfahrensbeteiligten nicht voraus, der Widerspruch des Verteidigers des B ist mithin hinsichtlich der Art der Beweiserhebung unbeachtlich.

Der Verlesung nach § 251 Abs. 2 StPO steht nicht entgegen, dass sich das Verfahren im Zeitpunkt der richterlichen Vernehmung des A (auch) gegen diesen richtete. Für die Frage, welche prozessualen Vorschriften für die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls Anwendung finden, kommt es auf die prozessrechtliche Stellung an, welche die früher vernommene Person in derjenigen Hauptverhandlung hat, in der die Beweiserhebung über ihre früheren Angaben stattfinden soll. Da A nicht Angeklagter in dem Verfahren gegen B ist (und sein kann), ist für die

Verlesung eines Protokolls über seine früheren Vernehmungen nicht § 254 StPO, der die Angeklagteneigenschaft des A voraussetzen würde, einschlägig. Im Übrigen spricht § 251 StPO ausdrücklich von der Vernehmung eines Mitbeschuldigten, die durch Verlesung ersetzt werden kann. Mitbeschuldigte können in der Hauptverhandlung jedoch nur diejenigen Zeugen sein, gegen die (zu irgendeinem Zeitpunkt) wegen der Taten, die Gegenstand der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten sind, ermittelt worden war. Für „Mitangeklagte“, d.h. diejenigen, die von der Urteilsfindung betroffen wären, kommt eine Beweiserhebung nach Maßgabe der §§ 250, 251, 253 StPO über deren frühere Vernehmungen in der Hauptverhandlung demgegenüber nicht in Betracht. Für Mitangeklagte greift ausschließlich § 254 StPO.

Eine Verlesung der richterlichen Protokolle nach § 251 Abs. 2 StPO setzt jedoch voraus, dass die Protokolle prozessordnungsgemäß, insbesondere unter Einhaltung sämtlicher Formvorschriften und sonstigen prozessualen Anforderungen erstellt worden sind. Problematisch ist insoweit, ob ein Beweiserhebungsmangel in Form eines Verstoßes gegen § 168c Abs. 5 S. 1 StPO vorliegt, der sich auf die Verlesbarkeit des Protokolls und ggf. auf die Verwertung dessen Inhalts auswirken könnte. Nach § 168c Abs. 5 S. 1 StPO sind von den Terminen einer richterlichen Vernehmung die zur Anwesenheit an diesen Terminen Berechtigten vorher zu benachrichtigen. Wer zu dem Kreis der Anwesenheitsberechtigten gehört, richtet sich danach, ob die richterliche Vernehmung eines Beschuldigten (§ 168c Abs. 1 StPO) oder eines Zeugen (§ 168c Abs. 2 StPO) beabsichtigt ist. Während bei der richterlichen Vernehmung eines Beschuldigten der Staatsanwaltschaft und dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet ist, ist bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und dem Verteidiger die Anwesenheit gestattet.

Wird das Verfahren gegen mehrere Beschuldigte geführt und wird nur einer der Beschuldigten richterlich als Beschuldigter vernommen, richtet sich dessen Vernehmung nach § 168c Abs. 1 StPO. Zur Anwesenheit befugt sind in diesen Fällen nur der Verteidiger des vernommenen Beschuldigten und die Staatsanwaltschaft. Ein Anwesenheitsrecht des Verteidigers eines anderen Beschuldigten sieht die Vorschrift für den Fall der Beschuldigtenvernehmung nicht vor. Insbesondere ergibt sich ein Anwesenheitsrecht des anderen Beschuldigten oder dessen Verteidiger nicht aus § 168c Abs. 2 StPO, denn jene Vorschrift setzt die Vernehmung eines Zeugen voraus. Der Verteidiger eines Mitbeschuldigten ist mithin nicht gem. § 168c Abs. 5 StPO über den Termin einer richterlichen Vernehmung eines anderen Mitbeschuldigten zu unterrichten. Überlegungen der Literatur hinsichtlich einer analogen Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO auf die Fälle der Mitbeschuldigtenvernehmung tritt die Rechtsprechung konsequent entgegen. Die Gesetzesfassung des § 168c StPO sei Ausdruck einer klaren gesetzgeberischen Entscheidung. Eine Regelungslücke bestehe – wie sich aus den Gesetzesmaterialien ergebe – nicht. Eine analoge Anwendung sei zudem nach dem Telos der Regelung nicht veranlasst. Die Regelung des § 168c Abs. 2 StPO diene dem Interesse des Beschuldigten an einer effektiven Verteidigung durch Unterrichtung über den Verfahrensstand und die Beweislage. Dieses Rechte können nach Maßgabe der § 168c Abs. 3 und Abs. 5 S. 2 StPO eingeschränkt werden, wenn die Anwesenheit des Beschuldigten den Untersuchungszweck und damit das Interesse der Allgemeinheit an der Wahrheitsfindung und effektiven Strafrechtspflege gefährden würde. Dies sei aber bei zur wahrheitsgemäßen Aussage verpflichteten Zeugen nur ausnahmsweise der Fall, weshalb das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten die Regel und seine Ausschließung von der Vernehmung die Ausnahme ist. Bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten aber bestünden typischerweise Konfliktsituationen und die Gefahr der Beeinträchtigung, Verfälschung und Abstimmung von Aussagen, weshalb § 168c Abs. 2 StPO den Mitbeschuldigten nicht in den Personenkreis einbezieht, bei dessen Vernehmung einem anderen Mitbeschuldigten grundsätzlich die Anwesenheit gestattet ist.

Der Verwertbarkeit steht auch nicht entgegen, dass der A in dem Hauptverfahren gegen B prozessrechtlich als Zeuge in Erscheinung treten würde. Zwar wäre dem Verteidiger des B und dem B selbst die Teilnahme an der früheren richterlichen Vernehmung des A grundsätzlich zu gestatten gewesen, wenn jener als Zeuge vernommen worden wäre. Der bezüglich A eingetretene „Rollentausch“ (vom Beschuldigten im Ermittlungsverfahren zum Zeugen im Hauptverfahren gegen einen Mitbeschuldigten) ist vorliegend aber nicht etwa durch eine Gestaltung des Verfahrens durch die Verfolgungsbehörden mit dem Ziel der Umgehung von prozessualen Rechten herbeigeführt worden, sondern Folge der nicht im Einflussbereich der Verfolgungsbehörde liegenden tatsächlichen Umstände. Welche Vernehmungsart im Rahmen des Ermittlungsverfahrens vorliegt, hängt von der Prozessrolle ab, die der Vernommene nach seiner objektiven Behandlung tatsächlich innehat. Ausschlaggebend ist eine formale

Verfahrensgestaltung, wonach eine Zeugenvernehmung zur Voraussetzung hat, dass gegen die betreffende Person zum fraglichen Zeitpunkt in einem getrennten Verfahren ermittelt wird. Liegt demgegenüber – wie im Beispielfall – eine gemeinsame Verfahrensführung vor, handelt es sich um eine (Mit-)Beschuldigtenvernehmung im Sinne des § 168c Abs. 1 StPO, bei der Teilnahmerechte und damit Unterrichtungspflichten nach § 168c Abs. 5 StPO anderer Beschuldigter nicht prozessordnungskonform mit der Erwägung begründet werden können, dass die Beschuldigteneigenschaft des Vernommenen später in Wegfall geraten könnte.

Zur Frage b):

Die Verletzung einer Benachrichtigungspflicht nach § 168c Abs. 5 S. 1 StPO könnte hinsichtlich des auf diese Weise gewonnenen Beweisergebnisses ein Verwertungsverbot zur Folge haben, welches – jedenfalls bei Widerspruch in der Hauptverhandlung als zwischenprozessualer Rechtsbehelf (Widerspruchslösung) – die Revision begründen kann, falls nicht auszuschließen ist, dass das Urteil auf dem Verstoß gegen das Verwertungsverbot beruht. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, die unter Abwägung aller widerstreitenden Interessen zu berücksichtigen sind (Abwägungslehre). So muss etwa der Fehler bei der Benachrichtigung der Justiz zuzurechnen sein, allerdings unabhängig davon, ob die erforderliche Benachrichtigung absichtlich, versehentlich oder unter Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen unterblieben ist. Auch sind die Art und der Schutzzweck des etwaigen Beweiserhebungsverbotes sowie das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes bedeutsam, die maßgeblich von der Bedeutung der im Einzelfall betroffenen Rechtsgüter bestimmt werden. Dabei ist in Blick zu nehmen, dass die Annahme eines Verwertungsverbotes ein wesentliches Prinzip des Strafverfahrensrechts – den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind – einschränkt. Aus diesem Grund stellt ein Beweisverwertungsverbot eine Ausnahme dar, die nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist.

Trotz des Verstoßes gegen die Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO dürfte die Verwertung einer Beschuldigtenvernehmung zu Gunsten und zu Lasten von (Mit-)Angeklagten zulässig sein. Die Vorschrift des § 168c Abs. 5 S. 1 StPO dient in Verbindung mit § 168c Abs. 1 StPO allein dem Schutz des im Ermittlungsverfahren richterlich vernommenen Beschuldigten. Sie soll verhindern, dass im Ermittlungsverfahren unter Verletzung des Anspruchs des Beschuldigten auf rechtliches Gehört (Art. 103 Abs. 1 GG) ein für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens möglicherweise entscheidendes Beweisergebnis herbeigeführt werden kann, ohne dass der vernommene Beschuldigte und sein Verteidiger Gelegenheit hatten, hierauf Einfluss zu nehmen. Demgegenüber fehlt es bei der Benachrichtigungspflicht aus § 168c Abs. 5 i.V.m. § 168c Abs. 1 StPO an einer Interessenlage, die es gebieten würde, Mitbeschuldigte, die in Bezug auf ihre eigene Person nicht von einem Verstoß gegen die Benachrichtigungspflicht betroffen sind und keine Anwesenheitsrechte bei der Vernehmung eines Mitbeschuldigten haben, durch die Annahme eines Verwertungsverbot zu schützen. Der Rechtskreis des B ist durch die Verletzung der Benachrichtigungspflicht bezüglich des Verteidigers des A mithin nicht berührt. Das Protokoll kann daher trotz Widerspruchs gem. § 251 Abs. 2 Nr. 1 StPO verlesen und dessen Inhalt im Urteil rechtsfehlerfrei verwertet werden.

Zur Frage c):

Die Vernehmung des Ermittlungsrichters über den Inhalt der richterlichen Vernehmung wird durch die Verlesungsmöglichkeit nach § 251 Abs. 2 StPO nicht ausgeschlossen. Die Norm dient der Beschleunigung des Verfahrens, indem sie eine Ausnahme des aus dem Unmittelbarkeitsprinzip resultierenden Verlesungsverbot nach § 250 S. 2 StPO statuiert. Darüber hinaus bleibt die Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen grundsätzlich möglich. Sie verstößt auch nicht gegen das Unmittelbarkeitsprinzip, weil die Vernehmungsperson über eigene Wahrnehmungen berichtet.

Zu einem anderen Ergebnis wird man jedoch kommen müssen, wenn man hinsichtlich der Fallfrage a) und der Fallfrage b) die hier vertretene Auffassung nicht teilt. Nimmt man beispielsweise an, dass eine analoge Anwendung des § 168c Abs. 2 StPO im Falle der Mitbeschuldigtenvernehmung geboten ist oder spricht dem Verstoß gegen § 168c Abs. 5 i.V.m. Abs. 1 StPO eine Drittwirkung zugunsten nicht-vernommener Beschuldigter zu, würde die Beweiserhebung unter einem Mangel leiden, der zu einer Unverwertbarkeit der Beweisergebnisse führen dürfte. Jedenfalls aber wäre die richterliche Vernehmung nicht formal

ordnungsgemäß durchgeführt worden und das Protokoll aus diesem Grunde einer Verlesung nach § 251 Abs. 2 StPO nicht zugänglich. In diesen Fällen soll nach der Rechtsprechung die Vernehmung des Ermittlungsrichters grundsätzlich ausgeschlossen sein, weil diese – jedenfalls im Rahmen von § 251 Abs. 2 StPO – der Verlesung des Protokolls gleichstünde.

Das so gefundene Ergebnis wäre aber in zweierlei Hinsicht bemerkenswert. Zum einen ist anerkannt, dass formal fehlerhafte oder fehlerhaft zustande gekommene richterliche Vernehmungsprotokolle grundsätzlich als nichtrichterliche Vernehmungsniederschriften behandelt und damit unter den Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 (hier Nr. 3) StPO verlesen werden können. Es sei nämlich kein legitimer Grund dafür ersichtlich, ein Protokoll, das verlesbar wäre, wenn die Vernehmungsperson ein Polizeibeamter gewesen wäre, nur deshalb für nicht verlesbar zu halten, weil ein Richter die Vernehmung durchgeführt hat. Allerdings sei hinsichtlich des „Umstellens“ von § 251 Abs. 2 auf § 251 Abs. 1 StPO ein richterlicher Hinweis entsprechend § 265 Abs. 1 StPO an die Verfahrensbeteiligten erforderlich, dass das fehlerhafte Protokoll als nichtrichterliches verwertet werden soll und in den Urteilsgründen deutlich zu machen, dass sich das Gericht des geminderten Beweiswerts der verlesenen Niederschrift bewusst war. Im Ergebnis wäre daher die Vernehmung des Ermittlungsrichters ausgeschlossen, weil sie einer Verlesung des Protokolls gleichstehe, die Verlesung des von ihm erstellten Protokolls als nichtrichterliches Protokoll nach § 251 Abs. 1 StPO jedoch nicht unzulässig. Zum anderen wird im Bereich des § 254 StPO, der im Umkehrschluss die Verlesung nicht-richterlicher Protokolle über frühere Vernehmungen des Angeklagten untersagt, vertreten, dass eine Vernehmung der Vernehmungsperson nicht ausgeschlossen wird, weil diese einer Verlesung des (nicht-richterlichen) Protokolls nicht entsprechen würde.

(BGH Urt. v. 20.2.1997 – 4 StR 598/96, NJW 1997, 1790ff.; BGH Urt. v. 9.7.1997 – 5 StR 234/96, NStZ 1998, 312ff.; OLG München, Beschl. v. 16.4.2014 – 2 Ws 352/14, NStZ 2015, 300ff.; BGH Beschl. v. 23.9.1988 – 2 StR 409/88, NStZ 1989, 282f.; BGH Beschl. v. 17.2.2009 – 1 StR 691/08, NStZ 2009, 345f.)

23. Lösung 23: „Störe meine Kreise nicht!“ [S. 293]

Der Beschuldigte ist bei Beginn der polizeilichen Vernehmung u.a. darauf hinzuweisen, dass es ihm freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 StPO). Die Strafprozessordnung trifft für den Fall des Unterlassens dieser Belehrung keine ausdrückliche Regelung. Die Entscheidung für oder gegen ein Verwertungsverbot ist aufgrund einer umfassenden Abwägung zu treffen. Bei ihr fällt das Gewicht des Verfahrensverstößes sowie seine Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen ebenso ins Gewicht, wie die Erwägung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden muss. Andererseits ist zu bedenken, dass die Verwertungsverbote die Möglichkeit der Wahrheitserforschung beeinträchtigen und die Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege gewährleistet bleiben muss. Verwertungsverbote stellen mithin eine Ausnahme dar. Allerdings liegt wegen des Rechtsstaatsprinzips die Begründungslast bei demjenigen, der sich auf die Unbeachtlichkeit eines Verfahrensverstößes berufen will.

Dient die Verfahrensvorschrift, die verletzt worden ist, nicht oder nicht in erster Linie dem Schutz des Beschuldigten, so liegt ein Verwertungsverbot eher fern. Andererseits liegt ein Verwertungsverbot nahe, wenn die verletzte Verfahrensvorschrift dazu bestimmt ist, die Grundlagen der verfahrensrechtlichen Stellung des Beschuldigten oder Angeklagten im Strafverfahren zu sichern. Der Grundsatz, dass niemand im Strafverfahren an seiner eigenen Überführung mitzuwirken, insbesondere nicht gegen sich selbst auszusagen braucht, also ein Schweigerecht hat, gehört zu den anerkannten Prinzipien des Strafprozessrechts (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Die Vorschriften der §§ 163a Abs. 4 S. 2 und 136 Abs. 1 S. 2 StPO bezwecken, den Beschuldigten in der Vernehmungssituation vor einem diesbezüglichen Irrtum zu schützen und anzunehmen, gegenüber der Polizei einer Wahrheitspflicht zu unterliegen. Zudem soll die möglicherweise infolge einer Verkennung der Unschuldsvermutung bestehende Fehlvorstellung vermieden werden, zu seiner Entlastung durch Angaben beitragen zu müssen. Der Polizeibeamte hat die Pflicht, einen Hinweis nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO zu geben, unabhängig davon, ob der Beschuldigte seine Rechte kennt oder nicht. Im Gesetz sind keine Ausnahmen von der Hinweispflicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund und angesichts der Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit wird ein Belehrungsmangel im Sinne des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO regelmäßig die Unverwertbarkeit der Angaben des unbelehrten Beschuldigten zur Folge haben. Dabei ist unerheblich, ob der Beschuldigte bei ordnungsgemäßer Belehrung nicht ausgesagt hätte. Wer bei Beginn der Vernehmung auch ohne Belehrung gewusst hat, dass er

nicht auszusagen braucht, ist allerdings nicht im gleichen Maße schutzbedürftig, wie derjenige, der sein Schweigerecht nicht kannte. Er muss zwar auch nach Maßgabe des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt werden. Jedoch gilt das Verwertungsverbot ausnahmsweise nicht. Es existiert allerdings kein allgemeiner Erfahrungssatz, dass das Schweigerecht bestimmten Personengruppen, etwa Vorbestraften, ohnehin bekannt ist. Für die Annahme einer Ausnahme vom Verwertungsverbot wird daher die Feststellung von tatsächlichen Umständen erforderlich sein, welche die Kenntnis vom Schweigerecht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit belegen. Verbleiben Zweifel über die Kenntnis, ist entsprechend der vom Gesetzgeber mit der Einführung der Hinweispflicht getroffenen Grundentscheidung davon auszugehen, dass es dem Beschuldigten an dieser Kenntnis gefehlt hat.

Der Belehrungsmangel im Sinne des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO schließt mithin die Verwertung der vom Beschuldigten im Rahmen der polizeilichen Vernehmung gemachten Angaben regelmäßig aus. Die Vernehmung des Vernehmungsbeamten als Zeuge vom Hörensagen bleibt zwar dem Grunde nach zulässig – ein Beweiserhebungsverbot in der Hauptverhandlung besteht nicht. Allerdings dürfen die Angaben des Beschuldigten nicht zur Urteilsgrundlage gemacht werden (Beweisverwertungsverbot).

Die Rechtsprechung knüpft das Verwertungsverbot bei einem verteidigten Angeklagten jedoch daran, dass dieser bzw. sein Verteidiger der Verwertung der Aussage rechtzeitig, ausdrücklich und unter eindeutiger Benennung des Verfahrensverstößes in der Hauptverhandlung widersprochen hat (Widerspruchslösung). Dem verteidigten Angeklagten steht ein Angeklagter gleich, der vom Vorsitzenden über die Möglichkeit des Widerspruchs unterrichtet worden ist. Noch nicht abschließend geklärt ist und auch innerhalb der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt wird, welche Wirkung der Widerspruch hat. In der jüngeren Rechtsprechung wird hervorgehoben, dass Beweisverwertungsverbote bereits durch den Gesetzesverstoß selbst und nicht erst durch einen erhobenen Widerspruch begründet werden. Ein unterlassener Widerspruch in der Hauptverhandlung führt danach lediglich zur Rügepräklusion in der Revision, weshalb dem Widerspruch die Funktion einer Art prozessualen Zwischenrechtsbehelf im Sinne des § 238 Abs. 2 StPO zukäme. Diese Sichtweise ist aber keinesfalls gefestigt. Es existieren zahlreiche Entscheidungen, wonach der ausgeübte Widerspruch als konstitutiv für das Erwasen eines Beweisverwertungsverbotes sein soll. Der Widerspruch wäre danach ein prozessuales Gestaltungsrecht, seine Erhebung eine Entstehungsvoraussetzung des Verwertungsverbots.

Die Unterscheidung hinsichtlich der Bedeutung des Widerspruches in der Hauptverhandlung ist jedoch – nicht nur im Beispielfall – nicht nur theoretischer Natur. Würde der Widerspruch allein als Rügevoraussetzung für eine Verfahrensbeanstandung in der Revisionsbegründung verstanden, dann wäre das aus dem Unterlassen der Belehrung nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO resultierende Beweisverwertungsverbot in der Tatsacheninstanz von Amts wegen zu berücksichtigen. Die ohne Widerspruch erfolgte Verwertung wäre rechtsfehlerhaft, allein einer entsprechenden Rüge in der Revisionsinstanz wäre der Erfolg versagt. Hätte der Widerspruch demgegenüber konstitutiven Charakter, dürfte das Gericht den Mangel der Beweiserhebung nur berücksichtigen, wenn der Widerspruch in der Hauptverhandlung erhoben wird. Die Existenz der Widerspruchslösung wird zudem u.a. damit begründet, dass – jedenfalls bei relativen Beweisverwertungsverböten – dem Angeklagten eine Dispositionsmacht über die fehlerhaft erhobenen Beweise zusteht. Die Widerspruchslösung soll dem Angeklagten mithin die Möglichkeit geben, über das „Ob“ der Beweisverwertung durch das Gericht entscheiden zu können.

Als besonders problematisch erweist sich die Unterscheidung mit Blick auf den Umstand, dass Verwertungsverböte nur in Ausnahmefällen Drittwirkung entfalten können. Das aus einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 S. 2 StPO hergeleitete Verwertungsverbot gilt grundsätzlich nur im jeweiligen Verfahren und nur bezüglich des nicht belehrten Beschuldigten. Nur dessen Rechtskreis ist durch die unterlassene Belehrung betroffen, selbst wenn im Rahmen seiner Aussage belastende Angaben zu einem Mitbeschuldigten gemacht werden. Die Vorschrift des § 136 StPO dient nämlich ausschließlich dem Schutz des Vernommenen, nicht aber Dritten. Dass ein Mitbeschuldigter nicht belehrt worden ist, hindert die Verwertung gegen einen anderen Beschuldigten – auch im selben Verfahren – daher grundsätzlich nicht (Rechtskrestheorie / Schutzzwecktheorie). Wird – wie im Beispielfall – in einem Verfahren gegen mehrere Angeklagte die fehlerhaft erfolgte, frühere Vernehmung eines Angeklagten zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht, von diesem oder dessen Verteidiger aber kein Widerspruch

erhoben, scheint eine Festlegung hinsichtlich der Natur der Widerspruchslösung zwingend geboten.

Wäre der Widerspruch als Tatbestandsvoraussetzung eines Verwertungsverbotes einzuordnen, würde das Unterlassen seiner Erhebung durch den allein von dem Rechtsfehler Betroffenen einer Verwertung nicht entgegenstehen. Die Angaben des A wären dann – auch zum Nachteil des B – verwertbar. Dessen tatsächlich erhobener Widerspruch wäre – für das Tatgericht – unbeachtlich, weil er sich nicht auf die Verletzung prozessualer Vorschriften, die seinem Schutz zu dienen nicht bestimmt sind, stützen kann. Der Angeklagte B wäre zudem nicht schlechter gestellt, als wenn der A in der Hauptverhandlung seine früheren belastenden Angaben wiederholt oder einer Verwertung ausdrücklich zugestimmt hätte. Das in dem Unterlassen des Widerspruchs liegende, prozessuale Gestaltungsrecht des A gibt diesem die Möglichkeit zu entscheiden, ob seine belastenden Angaben zur Urteilsgrundlage werden sollen – auf welche Weise dies erfolgt (Aussage in der Hauptverhandlung / Zustimmung zur Verwertung / Unterlassen des Widerspruchs) liegt allein in seinem Ermessen. Dessen Ausübung birgt zwar ein „Belastungsrisiko“ für den B – ein solches besteht aber stets, wenn der Täter gemeinsam mit anderen eine Tat begeht.

Versteht man den Widerspruch demgegenüber lediglich als prozessualen Zwischenrechtsbehelf, sein Unterlassen daher nur als für die Revisionsinstanz erheblich, hätte das Tatgericht das Verwertungsverbot von Amts wegen zu berücksichtigen und könnte die Angaben des A nicht verwerten. Dies dürfte auch im Hinblick auf den B gelten, denn innerhalb desselben Verfahrens ist eine einheitliche Feststellung geboten. Die Verwertbarkeitsfrage dürfte einer angeklagtenbezogenen, sich widersprechenden Beantwortung nicht zugänglich sein.

Nach der hier vertretenen Auffassung dürfte eine Verwertung der Angaben des A zu Lasten des B möglich sein. Dabei ist zu beachten, dass im Falle der Abtrennung des Verfahrens eine Verwertung zum Nachteil des B möglich wäre, selbst wenn A „widersprechen“ würde. Infolge der Abtrennung hätte der A in dem Verfahren gegen B die Stellung eines Zeugen inne, dem ein Widerspruchsrecht nicht zusteht. Die früheren Angaben des A könnten im Wege der Vernehmung der Vernehmungsperson in die Hauptverhandlung (gegen B) eingeführt werden, ohne dass sich der B auf die unterlassene Belehrung des A (als Beschuldigter) berufen könnte (Rechtskreistheorie / Schutzzwecktheorie). Solange dieser „Rollentausch“ nicht bewusst zur Umgehung prozessrechtlicher Folgen durch eine entsprechende Gestaltung des Verfahrens (Abtrennung um getrennt verhandeln zu können) herbeigeführt wird, wäre hiergegen prozessual nichts zu erinnern. Weder A, noch B könnten die Verwertung der Angaben des A zulasten des B in diesem Fall unterbinden. Dies spricht dafür, in einem gegen A und B gemeinsam geführten Verfahren dem A eine Dispositionsmacht über die Verwertbarkeit seiner fehlerhaft entstandenen Aussage einzuräumen und den Widerspruch als konstitutiv zu betrachten. Macht der A von dieser Dispositionsmöglichkeit derart Gebrauch, dass er die Verwertung ermöglicht, verwirklicht sich lediglich das allgemeine Risiko von Mitangeklagten, durch andere Mitangeklagte belastet zu werden. Eine strafprozessuale Norm oder ein strafprozessuales Grundprinzip, welches die Angeklagten vor einer solchen Belastung schützen würde, existiert nicht.

(BGH Beschl. v. 27.2.1992 – 5 StR 190/91 – NJW 1992, 1463ff. StPO; Paul, „Unselbständige Beweisverwertungsverbote in der Rechtsprechung“, NStZ 2013, 489ff.; BGH Beschl. v. 9.11.2005 – 1 StR 477/05, NJW 2006, 707ff.; BGH Beschl. v. 17.6.1997 – 4 StR 243/97, BeckRS 1997, 5302; BGH Beschl. v. 6.6.2019 – StB 14/19, NStZ 2019, 539ff. mAnm Kulhanek; Mosbacher, „Aktuelles Strafprozessrecht“, JuS 2019, 129ff.)

24. Lösung 24: „Zu-, mit- und abhören“ [S. 294]

Veranlassen die Ermittlungsbehörden eine Privatperson, mit einem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch zu führen, könnte darin ein Verstoß gegen die Vorschriften der Strafprozessordnung liegen, der ein Beweisverwertungsverbot zur Folge haben könnte.

Ein Verstoß gegen § 136 StPO besteht nicht. Die Vorschrift ist schon nicht unmittelbar anwendbar, weil sie sich ausschließlich auf Vernehmungen bezieht. Eine Vernehmung liegt nicht hinsichtlich aller Äußerungen einer Person vor, die von den Strafverfolgungsorganen direkt oder indirekt herbeigeführt werden (funktionaler Vernehmungsbegriff). Eine Vernehmung setzt vielmehr voraus, dass ein Angehöriger der Ermittlungsbehörden einer Auskunftsperson

(Beschuldigter / Zeuge / Sachverständiger) in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihr Auskunft verlangt.

Die Vorschriften der §§ 163a, 136 StPO sind auch nicht entsprechend anzuwenden. Sinn und Zweck der danach gebotenen Belehrung ist es, sicherzustellen, dass der Beschuldigte vor der irrtümlichen Annahme einer Aussagepflicht bewahrt wird, zu der er sich möglicherweise durch die Konfrontation mit dem amtlichen Auskunftsverlangen veranlasst sehen könnte. In einer Situation, in der der Beschuldigte – wenn auch irrtümlich – glaubt, mit einer Privatperson zu sprechen, ist aber ausgeschlossen, dass er sich durch eine amtliche Autorität des Befragenden zu einer Selbstbelastung veranlasst sehen kann. Vielmehr weiß er, dass er sich – wie auch sonst gegenüber beliebigen Dritten – nicht zu äußern braucht. In dieser Situation bedarf es keiner Belehrung zur effektiven Gewährleistung der Schweigebefugnis.

Die Veranlassung einer Privatperson zu einem das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Gespräch mit dem Tatverdächtigen verstößt auch nicht gegen das Täuschungsverbot nach §§ 163a Abs. 4 S. 2, 136a Abs. 1 StPO. Eine Täuschung im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO liegt vor, wenn diese den anderen in § 136a Abs. 1 StPO genannten Methoden, nämlich der Beeinträchtigung der Willensentschießungs- und Willensbetätigungsfreiheit durch Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln, Quälerei oder Hypnose gleichgestellt werden könnte. Die Freiheit der Willensentschießung und Willensbetätigung wird jedoch nicht dadurch tangiert, dass der Tatverdächtige durch eine Privatperson befragt wird, die in diesem Rahmen ein eigenes oder fremdes Interesse an der Aufklärung der Tat nicht offenbart. Der grundsätzlichen Ausgestaltung der Vernehmung nach der Strafprozessordnung als eine offene Ermittlungsmaßnahme lässt sich kein allgemeiner Verfahrensgrundsatz dahingehend entnehmen, dass der Ermittlungszweck einer Maßnahme stets offengelegt werden müsste und die Nichtoffenbarung des Zwecks einer Irreführung gleichzustellen wäre. Vielmehr sind die Ermittlungsbehörden bei der Wahl der ihnen zur Verfügung stehenden Ermittlungsmethoden grundsätzlich frei. Das verdeckte Vorgehen gegenüber Tatverdächtigen ist einer Vielzahl von Eingriffsmaßnahmen, deren Erfolg bei einer Offenlegung gefährdet wäre, immanent. Die Heimlichkeit eines polizeilichen Vorgehens ist mithin kein Umstand, der nach der Strafprozessordnung für sich allein schon die Unzulässigkeit der ergriffenen Maßnahme begründet. Die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Schranken der Eingriffe in die Rechte von Betroffenen sind in den jeweiligen Vorschriften für die Eingriffsermächtigungen gesondert geregelt. Diese bestätigen aber die prinzipielle Zulässigkeit auch heimlicher Ermittlungsmaßnahmen, die auf die Feststellung von Handlungen abzielen, durch die sich der Tatverdächtige selbst belastet. Dazu gehören auch auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtete Gespräche, die den Ermittlungscharakter nicht offenlegen. In der Verheimlichung des Ermittlungsinteresses allein liegt demnach keine nach § 136a StPO verbotene Täuschung.

Das Vorgehen des Vernehmungsbeamten verstößt auch nicht gegen den Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, sich selbst zu belasten (*nemo tenetur se ipsum accusare*). Das Prinzip der Selbstbelastungsfreiheit, das durch § 136 StPO nicht normiert, sondern von jener Vorschrift vorausgesetzt wird, besagt, dass im Strafverfahren niemand gezwungen werden darf, sich selbst einer Straftat zu bezichtigen und an seiner eigenen Überführung aktiv mitzuwirken. Das Verbot des Selbstbezichtigungszwangs ist aber nicht betroffen, wenn der Tatverdächtige in einem Gespräch mit einem von den Ermittlungsbehörden eingeschalteten Helfer zum Untersuchungsgegenstand Stellung nimmt. Er äußert sich dann nicht aufgrund eines tatsächlichen oder vorgetäuschten Zwangs. Zu einer Äußerung kann er sich nicht verpflichtet fühlen und Zweifel hinsichtlich der Freiwilligkeit seines Tuns können bei ihm nicht aufkommen. Der F konnte in dem Gespräch mit der G frei darüber befinden, ob und in welchem Umfang er sich in dem Gespräch offenbaren wollte. Zwar irrte er darüber, welches der Grund des Anrufs und seine Folgen waren, letztlich also darüber, dass er sich selbst belastete. Die Freiheit von Irrtum fällt indes nicht in den Anwendungsbereich des *nemo-tenetur* Grundsatzes. Die Motive des Tatverdächtigen zur Äußerung sind nicht Gegenstand der Selbstbelastungsfreiheit und auch nicht zu erforschen. Er wird mithin nicht vor jeder Form der Selbstbelastungsprovokation geschützt. Insbesondere hat er selbst das Risiko zu tragen, dass seine freiwilligen Äußerungen gegenüber Dritten den Strafverfolgungsbehörden zugetragen und dann im Strafverfahren gegen ihn verwendet werden. Der Schutz der Selbstbelastungsfreiheit beginnt erst dort, wo das Selbstbelastungsrisiko des Tatverdächtigen durch die Ermittlungsbehörden durch Mittel erhöht wird, die gegen das Prinzip des fairen Verfahrens, wie Zwang, psychischem Druck und das Ausnutzen einer nicht von den Ermittlungsbehörden geschaffenen Zwangslage, verstoßen. Die

Nichtaufklärung über die Identität des „faktischen“ Gesprächspartners belässt dem Tatverdächtigen die eigene Verantwortung über den Umfang seiner Äußerungen. Wer sich aus autonom gesetzten Motiven ohne jede Beeinflussung Dritten gegenüber offenbart, kann sich später nicht auf „nemo-tenetur“ berufen.

Das Fernmeldegeheimnis, welches durch § 100a ff. StPO besonderen strafprozessualen Schutz genießt, wurde ebenfalls nicht verletzt. Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG wird durch den Herrschaftsbereich des Betreibers des Fernmeldenetzes umgrenzt. Erfasst sind Nachrichten während des konkreten technischen Übermittlungsvorgangs. Über diese rein technische Betrachtung hinaus gehört zur geschützten Kommunikation zwar auch diejenige, die sich – ohne übertragen zu werden – ausschließlich im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsanbieters befindet (Speicherung von E-Mails bspw.). Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses endet allerdings mit Abschluss der Übermittlung der Nachricht an den Empfänger. Hinsichtlich dessen Herrschaftsbereich bleibt Art. 10 Abs. 1 GG ohne Bedeutung. Die Möglichkeit zum Mithören, die G dem Vernehmungsbeamten gegeben hat, beruht auf deren eigener Entscheidung, hingegen nicht auf einem Eingriff in dem vom Netzbetreiber zu gewährleistenden und zu verantwortenden Übermittlungsvorgang. Aus diesem Grund ist auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht tangiert. Aufgrund der technischen Verhältnisse muss grundsätzlich jedermann damit rechnen, dass sein Telefongespräch durch den Gesprächspartner Dritten unmittelbar zugänglich gemacht werden kann. Das Mithören ist deshalb kein Eindringen in den geschützten Bereich des Privaten.

Allerdings kann sich aus der Art und dem Gewicht der Beteiligung der Ermittlungsbehörden, die von einer bloßen Anregung oder Bitte ein Gespräch zum Untersuchungsgegenstand zu führen bis hin zur Veranlassung einer durch die Polizei eng geführten und erheblich unterstützten Befragung reichen kann, bei wertender Betrachtung ein erheblicher, sich auf die Verwertbarkeit auswirkender Verstoß gegen strafprozessuale Grundsätze ergeben. Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn die Ermittlungsbehörden die Privatperson gezielt einsetzen, um die Rechte des Beschuldigten, von denen er jenen gegenüber bereits Gebrauch gemacht hat, zu umgehen und sich der Privatperson als ein nicht an die Vorschriften der StPO gebundenes Mittel bewusst bedienen, um vernehmungähnliche Situationen zu schaffen, die mit einem psychischen Druck verbunden sind. Die Verwertbarkeit könnte dann davon abhängen, ob der Einsatz strafprozessualer Mittel, die mit der konkret geschaffenen Situation vergleichbar wären, zulässig wäre, wie beispielsweise der Einsatz von verdeckten Ermittlern (§ 110a StPO; „hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff“). Anhaltspunkte für solche Umstände lassen sich nicht bereits aus der Bitte des Vernehmungsbeamten herleiten. Der Vernehmungsbeamte wird daher als Zeuge über seine Wahrnehmungen im Rahmen des Mithörens berichten und seine Angaben verwertet werden können.

(BGH Beschl. v. 13.5.1996 – GSSt 1/96, NJW 1996, 2940ff.; BGH Urt. v. 24.2.1994 – 4 StR 317/93, NJW 1994, 1807ff.; Kasiske, „Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafprozess“, JuS 2014, 15ff.)

25. Lösung 25: „Melden macht frei!“ [S. 294]

Der Verwertung der Angaben des Zeugen Z über die Inhalte der Vernehmung des Angeklagten A könnte ein Beweisverwertungsverbot entgegenstehen. Gemäß § 136a Abs. 3 S. 2 StPO sind Aussagen, die unter Verletzung der Verbote der Absätze 1 und 2 dieser Vorschrift zustande gekommen sind, unverwertbar, selbst wenn der Angeklagte der Verwertung zustimmt. Es handelt sich dabei um ein normiertes, unselbständiges, abwägungsfestes, absolutes Beweisverwertungsverbot. Unselbständig ist es, weil es an einen Verstoß gegen eine Verfahrensvorschrift anknüpft (§ 136a Abs. 1 oder Abs. 2 StPO). Abwägungsfest meint in diesem Zusammenhang, dass die Abwägungslehre wegen der ausdrücklichen Regelung keine Anwendung findet. Ein absolutes Beweisverwertungsverbot liegt vor, weil die in § 136a Abs. 3 S. 2 StPO geregelte Zustimmungssperre einerseits und die in § 136a Abs. 3 S. 1 StPO geregelte Einwilligungssperre andererseits in ihrem Zusammenspiel die Verwertbarkeit des Beweismittels der Disposition des Angeklagten entziehen und der zu relativen Beweisverwertungsverböten entwickelten Widerspruchslösung damit die Grundlage nehmen.

Die Verbote des § 136a Abs. 1 und Abs. 2 StPO, die bei jeder Vernehmung zu berücksichtigen sind (§ 163a Abs. 4 S. 2 und Abs. 3 S. 2 StPO; § 163 Abs. 3 S. 2 und § 161a Abs. 1 S. 2 StPO jeweils i.V.m. § 69 Abs. 3 StPO; § 72 StPO), schützen die Aussagefreiheit des Vernommenen und dienen damit der Wahrung dessen Subjektsstellung zur Sicherung der Rechtsstaatlichkeit

des Strafverfahrens. Geschützt wird insbesondere die Willensbildungs- und Willensbetätigungsfreiheit, d.h. die Möglichkeit einer selbstbestimmten Entscheidung gegen die aktive Teilnahme an der Mitwirkung im Ermittlungsverfahren und die Umsetzung dieser Entscheidung. Die Vorschrift ist nicht abschließend. Vielmehr ist jede Beeinträchtigung, die die Mitwirkungsfreiheit in gleicher Weise bedroht, wie die in der Vorschrift aufgezählten, als verbotene Vernehmungsmethode einzuordnen und unterliegt dem Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 StPO.

Verboten ist gemäß § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 StPO das Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils. Dies besteht darin, dass der Vernehmende als Gegenleistung für eine Aussage oder ihren besonderen Inhalt eine bindende Zusage auf die Gewährung ungerechtfertigter Vorteile abgibt, auf deren Einhaltung der Vernommene vertrauen kann. Gesetzlich nicht vorgesehen sind Vorteile, welche das Straf- und Strafprozessrecht überhaupt nicht gewährt oder die nicht aufgrund desjenigen Verhaltens gewährt werden könnten, zu dem sich der Vernommene durch die Zusage veranlasst sehen kann. Das Versprechen von verfahrensbezogenen Vorteilen ist grundsätzlich zulässig, wenn es nur Hinweise darauf enthält, welche Änderungen der Verfahrenslage durch die Aussage eintreten würden. So wäre ein bloßer Hinweis darauf, dass sich ein Geständnis für eine Haftentlassung oder die Strafzumessung günstig auswirken könnte, nicht zu beanstanden. Wird aber ein Vorteil in Aussicht gestellt, den das Verfahrensrecht in der konkreten Situation nicht als ermessensfehlerfreie Entscheidung vorsieht oder hat der Zusagende tatsächlich die entsprechende „Veranlassungskompetenz“ nicht, liegt ein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 S. 3 Alt. 2 StPO vor, wenn das Versprechen an die Mitwirkungshandlung des Vernommenen geknüpft wird.

Daran gemessen dürfte die geständige Einlassung des A wegen eines Verstoßes gegen § 136a Abs. 1 StPO gemäß § 136a Abs. 3 StPO unverwertbar sein. Maßgeblich ist dabei, dass der Haftgrund der Fluchtgefahr durch das Einlassungsverhalten des Beschuldigten nicht ausgeräumt werden kann. Die Strafwartung (vgl. § 250 Abs. 1 StGB) bietet (auch bei einem Geständnis) einen erheblichen Fluchtanreiz. Es kommt hinzu, dass im Falle einer Verurteilung der Widerruf der Bewährung in dem anderen Verfahren droht (§ 56f StGB), wodurch sich das drohende Vollstreckungsübel vergrößert. Auch verfügt der A weder über familiäre oder soziale Bindungen im Inland, noch über einen festen Wohnsitz. Es ist daher wahrscheinlicher, dass sich der A dem Verfahren entziehen und ins Ausland absetzen wird, als sich dem Verfahren zu stellen. Schließlich entfällt durch eine geständige Einlassung der dringende Tatverdacht nicht. Anhaltspunkte für eine Unverhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft bestehen ebenso wenig. Kann aber der danach gegebene Haftgrund der Fluchtgefahr (§§ 112 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 StPO), der bereits bei der vorläufigen Festnahme vorlag (§ 127 Abs. 2 StPO), nicht durch das Einlassungsverhalten des A ausgeräumt werden, war die „Nichtinhaftierung“ in der konkreten Verfahrenssituation unzulässigerweise als „Gegenleistung“ für eine geständige Einlassung in Aussicht gestellt worden. Darauf, dass tatsächlich kein Haftantrag gestellt worden ist, kommt es nicht an. Es spielt auch keine Rolle, ob die Verknüpfung zwischen Vorteil und Vernehmungsverhalten von den Ermittlungsbeamten oder zunächst durch den Vernommenen selbst hergestellt worden ist. Entscheidend ist, dass der Vernehmungsbeamte Z in Absprache mit der Staatsanwaltschaft diese Verknüpfung aufgegriff und quasi zum Inhalt einer Vereinbarung mit dem A gemacht hat. Die Veranlassungskompetenz der Staatsanwaltschaft steht jedenfalls außer Frage. Bei seiner Entschließung darüber, ob und inwieweit er seine Tatbeteiligung gegenüber den Ermittlungsbehörden zugeben soll, stand der A mithin unter dem unsachlichen Zwang der Zusage, dass ein Haftbefehl nicht beantragt werden wird. Diese Situation unterscheidet sich nicht von derjenigen, in der eine Entlassung aus der bereits angeordneten und vollzogenen Untersuchungshaft wegen Fluchtgefahr durch die Staatsanwaltschaft im Gegenzug zu einer geständigen Einlassung in Aussicht gestellt wird (vgl. zur Bindungswirkung entsprechender Anträge im Ermittlungsverfahren § 120 Abs. 3 StPO). Der A war mithin durch die Inaussichtstellung eines ermessenfehlerhaften Unterlassens einer prozessual zulässigen Zwangsmaßnahme im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO beeinträchtigt.

(BGH, Urt. v. 14.9.1965 – 5 StR 307/65, BeckRS 1965, 105856; OLG Köln, Beschl. v. 24.6.2013 – 2 Ws 264/13, NSTz 2014, 172ff.)

26. Lösung 26: „Es ist alles gesagt.“ [S. 294]

Der Verwertung der Angaben des A an der Haustür („Ich habe sie umgebracht“) könnte ein Verwertungsverbot entgegenstehen, weil der Beschuldigte vor seiner Äußerung nicht nach Maßgabe des § 163a Abs. 4 S. 2 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO belehrt wurde. Nach dieser Vorschrift

ist der Beschuldigte zu Beginn seiner Vernehmung insbesondere über sein Schweigerecht zu belehren (§ 136 Abs. 1 S. 2 StPO). Die Beschuldigteneigenschaft entsteht nicht mit einer formellen Bezeichnung durch die Strafverfolgungsbehörden, sondern dadurch, dass sich ihr Verfolgungswille in faktisch ergriffenen Maßnahmen auf der Grundlage eines objektiv zu beurteilenden Anfangsverdachts manifestiert. Im Zeitpunkt des Erscheinens der Polizeibeamten an der Wohnungstür des A war dieser bereits Beschuldigter im Sinne des § 136 StPO, zumal seine Vernehmung in dieser Eigenschaft durch die Polizeibeamten auch tatsächlich beabsichtigt war.

Eine Belehrungsmangel würde jedoch voraussetzen, dass eine Belehrung überhaupt möglich war. Es besteht kein Anlass, ein Verwertungsverbot für eine Äußerung anzunehmen, die ein Beschuldigter ohne Zutun der Polizei von sich aus vor einer Belehrung gemacht hat, solange keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Belehrungspflicht gezielt umgangen wurde oder mit verbotenen Mitteln auf die Willensentschießungs- oder Willensbetätigungsfreiheit des Beschuldigten eingewirkt wurde, um diesen zu einer Selbstbelastung zu verleiten. Unabhängig davon, ob eine Beschuldigtenvernehmung beabsichtigt ist, können Angaben des Beschuldigten, die jener vor dem Beginn einer Vernehmung aus freien Stücken gemacht hat, daher als sogenannte Spontanäußerungen grundsätzlich verwertet werden. Eine Vernehmung beginnt, sobald die Mitteilung nicht mehr einseitig ist, sondern eine Interaktion mit dem offiziellen Funktionsträger stattfindet. Der hohe Rang der Selbstbelastungsfreiheit gebietet es allerdings, dass Spontanäußerungen nicht zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen genommen werden, solange nicht geklärt ist, ob der Beschuldigte von seinem Schweigerecht Gebrauch machen will. Im Beispielsfall war eine Belehrung des A an der Haustür nicht möglich. Die von A abgegebene Spontanäußerung ist mithin verwertbar. Sie kann durch die Vernehmung der Polizeibeamten in die Hauptverhandlung eingeführt werden.

Hinsichtlich der Angaben des A im Polizeifahrzeug lässt sich eine Belehrungspflicht nicht unmittelbar aus § 136 Abs. 1 StPO herleiten. Auch in dieser Phase hatten die Vernehmungsbeamten mit einer Vernehmung im Sinne der Vorschrift noch nicht begonnen. Allerdings ergibt sich eine Belehrungspflicht über die Selbstbelastungsfreiheit aufgrund des Umstandes, dass der Beschuldigte vorläufig festgenommen wurde. Der nach § 127 Abs. 2 StPO vorläufig Festgenommene ist nach Maßgabe des § 127 Abs. 4 i.V.m. § 114b Abs. 1 S. 1 StPO unverzüglich über seine Rechte zu belehren. Ist eine schriftliche Belehrung nicht möglich, hat eine mündliche Belehrung zu erfolgen (§ 114b Abs. 1 S. 3 und S. 2 StPO). Die Belehrung muss mithin ohne schuldhaftes Zögern ergehen. Ein Zuwarten mit der Belehrung bis zur Verbringung auf das Polizeirevier oder gar bis zum Beginn einer Vernehmung ist damit ausgeschlossen. Lediglich Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden, können eine kurzfristige Suspendierung der Belehrungspflicht zur Folge haben. In der Belehrung ist der vorläufig Festgenommene u.a. darauf hinzuweisen, dass er das Recht hat, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen (§ 114b Abs. 2 Nr. 2 StPO). Die Belehrung der Polizeibeamten enthielt jedoch keinen solchen Hinweis, obschon dies möglich war, wie sich bereits daraus ergibt, dass dem A der Tatvorwurf eröffnet werden konnte (§§ 127 Abs. 4 i.V.m. § 114a S. 2 StPO). Die unterlassene Belehrung stellt sich mithin als verfahrensfehlerhaft dar. Vor dem Hintergrund der überragenden Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahrensrecht dürfte sich daraus ein Verwertungsverbot ergeben. Die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO soll den Beschuldigten davor schützen, aufgrund der Vernehmungssituation, in der er sich einem Auskunftsverlangen durch Strafverfolgungsbehörden ausgesetzt ist, irrtümlich davon auszugehen, sich durch wahrheitsgemäße Angaben selbst belasten zu müssen. Zwar wurde der Beschuldigte im Rahmen der „Polizeifahrt“ nicht mit einem Auskunftsverlangen konfrontiert – es ist aber kein Grund ersichtlich, warum der vorläufig Festgenommene, der sich durch die Freiheitsentziehung dem Einfluss staatlicher Verfolgungsorgane nicht entziehen kann, weniger schutzwürdig sein sollte, als der „lediglich“ Vernommene. Angesichts der Wertigkeit des Schweigerechts dürfte der Belehrungsmangel nach §§ 127 Abs. 4, 114b Abs. 2 Nr. 2 StPO dem nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO daher gleichstehen. Eine Verwertung der Angaben kommt mithin nicht in Betracht.

Dies gilt unabhängig davon, wie die Angaben des A im Polizeifahrzeug zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden. Eine Verlesung der Aufzeichnungen des Polizeibeamten nach § 249 Abs. 1 StPO wäre nicht zulässig. Zwar handelt es sich dabei um eine Urkunde im Sinne der Vorschrift, weil die Aufzeichnungen einen „lesbaren“ gedanklichen Inhalt verkörpern. Auch sind schriftliche Erklärungen eines Angeklagten, selbst wenn diese zu Beweis Zwecken erstellt worden sind, grundsätzlich verlesbar, weil der Unmittelbarkeitsgrundsatz nach § 250 S.

2 StPO nur auf Zeugen anwendbar ist und § 254 StPO die Verlesung von schriftlichen Erklärungen der Angeklagten nicht ausschließt. Selbst wenn aber die schriftlichen Notizen des Polizeibeamten die Erklärungen des A wortgetreu in der Art eines Diktats wiedergeben würden, muss sich der A die Verschriftung seiner Angaben nicht als eigene schriftliche Erklärung zurechnen lassen, da sie ohne sein Wissen und ohne sein Einverständnis gefertigt wurden. Bei den Notizen handelt es sich vielmehr um protokollähnliche Aufzeichnungen, die nicht den Anforderungen an ein richterliches Protokoll im Sinne des § 254 StPO entsprechen und daher nicht verlesen werden können. Im Übrigen wären auch die einem Protokoll vorgeschalteten Notizen über Äußerungen zu einem Beweisthema am Maßstab des § 254 StPO zu messen. Selbst wenn also der Polizeibeamte die Aufzeichnungen nur zur Stützung seines Gedächtnisses gefertigt hätte, wäre eine Verlesung nach § 254 StPO ausgeschlossen. Eine Verlesung käme auch nicht nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO in Betracht, obschon die Angaben in dem Polizeifahrzeug nicht im Rahmen einer Vernehmung erfolgt sind. Der Vernehmungsbegriff im Sinne jener Vorschrift ist grundsätzlich weit zu interpretieren. Andernfalls könnten die Vorschriften der §§ 250, 251 StPO einerseits und des § 254 StPO andererseits leerlaufen. Protokollähnliche Aufzeichnungen, die den Inhalt von Äußerungen wiedergeben, welche der Polizeibeamte im Rahmen von Ermittlungshandlungen wahrgenommen hat, dürften nicht mehr als Erklärung der Strafverfolgungsbehörden über Ermittlungshandlungen im Sinne des § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO, deren Verlesung lediglich anstelle der Vernehmung der durchführenden Beamten zum Zwecke der Verfahrensbeschleunigung und -vereinfachung ermöglicht sein soll, zu qualifizieren sein. In Betracht käme mithin lediglich eine Vernehmung der Polizeibeamten als Zeugen vom Hörensagen, die auch von § 254 StPO nicht ausgeschlossen werden würde. Wegen des aus dem Verstoß gegen §§ 114b Abs. 2 Nr. 2, 127 Abs. 4 StPO herzuleitenden Verwertungsverbot wären Angaben der Polizeibeamten über die Angaben des A jedoch unverwertbar. Der Verstoß gegen die Belehrung über die Selbstbelastungsfreiheit begründet ein umfassendes Beweisverwertungsverbot, gleichviel auf welche Weise Beweis über die Äußerungen des Nicht-Belehrten erhoben werden könnte.

Im Rahmen der richterlichen Vernehmung wurde der A gemäß § 136 StPO ordnungsgemäß belehrt. Die Vorgaben des § 168c Abs. 1 und 5 StPO wurden eingehalten. Der Verteidiger des Mitbeschuldigten hat im Rahmen der Vernehmung eines anderen Mitbeschuldigten kein Anwesenheitsrecht, weshalb es nicht darauf ankommt, ob der B im Zeitpunkt der Vernehmung des A bereits als Mitbeschuldigter aufgrund der unverwertbaren Angaben des A im Polizeifahrzeug anzusehen wäre. Allerdings leidet die Vernehmung im Polizeifahrzeug unter dem oben beschriebenen Belehrungsmangel (§§ 114b Abs. 1, 2 Nr. 2, 127 Abs. 2, 4 StPO). Dieser Mangel könnte sich auf die richterliche Vernehmung auswirken. Der Strafprozessordnung lässt sich eine ausdrückliche Regelung einer solchen Fortwirkung zwar nicht entnehmen. Im Rahmen von Vernehmungen ist jedoch anerkannt, dass die Fehlerhaftigkeit der Beweiserhebung im Ermittlungsverfahren sich derart schwerwiegend auf die Willensbildungsfreiheit des Beschuldigten auswirken kann, dass das Gebot des fairen Verfahrens eine Aufklärung des Vernommenen dahingehend, dass die bereits erhobenen Beweise unverwertbar sind, erfordert. Ursächlich hierfür ist die Annahme, dass der Beschuldigte dem Irrtum unterliegen könnte, sein Aussageverhalten dem Ergebnis der bisherigen Beweiserhebung anpassen zu müssen. Insbesondere dann, wenn die Fehlerhaftigkeit der Beweiserhebung eine frühere Aussage des Beschuldigten betrifft, könnte der Beschuldigte irrtümlich der Auffassung sein, sich von den bereits gemachten Angaben nicht mehr lossagen zu können und diese gegen sich gelten lassen zu müssen. Dies würde die Entscheidungsfreiheit des Beschuldigten darüber, ob er sich redend oder schweigend verteidigen will, berühren. Deshalb ist der Beschuldigte in diesen Fällen nach der Rechtsprechung zu Beginn einer späteren Vernehmung durch eine „qualifizierte Belehrung“ auf die Unverwertbarkeit seiner früheren Aussage hinzuweisen.

Eine danach im Beispielfall erforderliche „qualifizierte Belehrung“ wurde dem A im Rahmen seiner richterlichen Vernehmung jedoch nicht erteilt. Aus dem Unterbleiben der gebotenen „qualifizierten Belehrung“ folgt allerdings nicht zugleich die Unverwertbarkeit der Angaben des A. Ein allgemeiner Grundsatz, wonach jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich zieht, ist dem Strafverfahrensrecht fremd. Ob ein solches eingreift, richtet sich vielmehr nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach der Art des Verbots und dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen. Dabei ist zu beachten, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle

Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Deshalb handelt es sich bei einem Beweisverwertungsverbot um eine Ausnahme, die nur nach – hier fehlender – ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen ist. Maßgeblich beeinflusst wird das Ergebnis der danach vorzunehmenden Abwägung (Abwägungslehre) einerseits durch das Ausmaß des staatlichen Aufklärungsinteresses, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Andererseits ist das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes von Belang, das sich vor allem danach bemisst, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde. Schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, verlangen von Verfassungen wegen die Unverwertbarkeit dadurch gewonnener Informationen.

Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist zu berücksichtigen, dass dem Verstoß gegen die Pflicht zur „qualifizierten Belehrung“ nicht dasselbe Gewicht zukommen kann, wie einer Beeinträchtigung der Selbstbelastungsfreiheit durch einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht nach § 136 Abs. 1 S. 2 StPO. Da der Beschuldigte im Rahmen der richterlichen Vernehmung jedenfalls nach Maßgabe des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO belehrt worden war, konnten jedenfalls Zweifel an seinem Schweigerecht nicht bestehen. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine willkürliche, planmäßige oder systematische Außerachtlassung des von der Rechtsprechung entwickelten Gebots zur „qualifizierten Belehrung“. Demgegenüber ist das staatliche Interesse an der Aufklärung des Sachverhaltes vor dem Hintergrund der Schwere des Tatvorwurfs besonders groß. Angesichts dessen relativiert sich auch das Ausmaß des konkreten Belehrungsmangels, weil keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der A im Rahmen der richterlichen Vernehmung davon ausgegangen sein könnte, von seinen vor der richterlichen Vernehmung gemachten Angaben nicht mehr abrücken zu können. Solche bestünden nur, wenn der A im Rahmen der richterlichen Vernehmung lediglich seine bisherigen Angaben wiederholt hätte oder darauf lediglich Bezug genommen hätte. Vielmehr belastet er sich durch die Angaben zur Motivlage in erheblichen Maße zusätzlich selbst und ergänzt seine Ausführungen um Details der Beteiligung des B, welche zur Annahme einer mittäterschaftlichen Begehung, mithin einem bewussten und gewollten Zusammenwirken aufgrund eines gemeinsamen Tatplans, geführt haben. Werden solche über die bisherige Vernehmungslage hinausgehenden Erklärungen im Rahmen einer Beschuldigtenvernehmung abgegeben, bei der dem Vernommenen nach Belehrung gem. § 136 StPO bewusst sein muss, zu einer Selbstbelastung nicht verpflichtet zu sein, dürfte die Annahme fernliegen, dass der Beschuldigte in seiner Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ und das „Wie“ seiner Aussage unfrei war und der ursprüngliche Belehrungsverstoß fortwirkte. Die erstmals weiteren selbstbelastenden Angaben sprechen dagegen, dass der A in Kenntnis seines Schweigerechts davon ausgegangen sein könnte, dass ihm ein Schweigen nichts nütze, weil ohnehin bereits alles gesagt sei. Die Angaben gegenüber dem Ermittlungsrichter dürften mithin verwertbar sein.

Die Angaben des A gegenüber dem Ermittlungsrichter können gemäß § 254 Abs. 1 StPO durch Verlesung des Vernehmungsprotokolls in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Die Inhalte des Protokolls können auch gegen den Mitangeklagten B verwertet werden, soweit sich die in dem Protokoll enthaltenen Angaben des A auf Vorgänge beziehen, die auch den gegen den Mitangeklagten B erhobenen Anklagevorwurf betreffen. Die Anklageerhebung wegen gemeinschaftlich begangenen Mordes lässt in diesem Zusammenhang erkennen, dass zwischen dem Angeklagten und dem Mitangeklagten nur eine einheitliche Tatsachenfeststellung denkbar sein dürfte. Aus diesem Grunde wäre im Übrigen die Verwertung der Angaben des A in dem Polizeifahrzeug nur zu Lasten des B wohl nicht möglich, selbst wenn sich der B grundsätzlich nicht auf das Unterlassen der Belehrung des A gem. §§ 114b, 127 Abs. 4 StPO berufen können dürfte (Rechtskreistheorie / Schutzzwecktheorie). Dass die Vorschrift des § 254 StPO den „Mit“-Angeklagten nicht ausdrücklich nennt, steht dem nicht entgegen. Die Vorschrift erlaubt ganz generell die Verlesung von richterlichen Protokollen zum Zwecke der Beweisaufnahme über „ein“, nicht aber etwa über „sein“ Geständnis. Unerheblich für die Verlesbarkeit ist zudem, ob und wie sich die Angeklagten in der Hauptverhandlung eingelassen haben. Eine Beschränkung der Verwertbarkeit eines nach § 254 StPO verlesbaren richterlichen Protokolls nur bezüglich eines von mehreren in demselben Verfahren Angeklagten würde zudem zu einer „gespaltenen“ Beweisverwertung des Tatgerichts innerhalb desselben Verfahrens führen, ohne dass der Strafprozessordnung Anhaltspunkte für die Möglichkeit oder das Erfordernis einer solchen Überzeugungsbildung zu entnehmen sind. Eine solche käme jedenfalls

nicht in Betracht, wenn der Ermittlungsrichter als Zeuge vom Hörensagen durch das Gericht persönlich vernommen würde. Diese Möglichkeit will § 254 StPO aber gerade nicht ausschließen, sondern die Beweisaufnahme dadurch erleichtern, dass auf dessen Vernehmung verzichtet werden kann, weil davon auszugehen ist, dass das richterliche Vernehmungsprotokoll aufgrund der bei seiner Entstehung einzuhaltenden Förmlichkeiten und der Vernehmungskompetenz des Ermittlungsrichters keinen wesentlich geringeren Beweiswert als die persönliche Vernehmung des Richters hätte. Die Angaben des A können daher auch (zu Lasten des B verwertbar) durch die Vernehmung des Ermittlungsrichters zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden.

(BGH Urt. v. 27.9.1989 – 3 StR 188/89, NJW 1990, 461; BGH Beschl. v. 9.6.2009 – 4 StR 170/09, NSTz 2009, 702f.; BGH Urt. v. 27.6.2013 – 3 StR 435/12, NSTz 2013, 604ff.; BGH Urt. v. 3.5.2018 – 3 StR 390/17, NSTz 2019, 227ff. mAnm Arnoldi; BVerfG Beschl. v. 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02, NJW 2005, 1917ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 7.5.2009 – 3 Ss 85/08, NSTz-RR 2009, 283ff.; BGH Urt. v. 18.12.2008 – 4 StR 455/08, NSTz 2009, 281ff.; BGH Urt. v. 14.5.1969 – 4 StR 85/69, NJW 1969, 1445f.)

27. Lösung 27: „Mein Name ist Hase...“ [S. 294]

Als Beweismittel kommen die Vernehmung des polizeilichen Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen und die Verlesung der polizeilichen Vernehmungsprotokolle in Betracht.

Einer Verlesung des Protokolls steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz nicht entgegen. Zwar ist die vernehmungsersetzende Verlesung eines Vernehmungsprotokolls gemäß § 250 StPO ausgeschlossen, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht. Maßgeblich für die Anwendbarkeit jener Vorschrift ist jedoch die prozessrechtliche Stellung derjenigen Person, deren Vernehmungsprotokoll in die Hauptverhandlung durch Verlesung eingeführt werden könnte. Da Angeklagte und deren Einlassungen in der Hauptverhandlung kein förmliches Beweismittel im Strengbeweisverfahren sind, kann der Beweis einer Tatsache im Sinne des § 250 StPO nicht auf deren Angaben beruhen. Dem steht nicht entgegen, dass Sacheinlassungen des Angeklagten zum Inbegriff der Hauptverhandlung gehören (§ 261 StPO) und das Gericht diese zu überprüfen und im Urteil zu würdigen hat, wobei methodisch die gleichen Anforderungen zu stellen sind, wie an die Beurteilung von Beweismitteln. Das Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO als Ausnahme von § 249 Abs. 1 StPO, der die grundsätzliche Verlesbarkeit von Urkunden statuiert, greift aber nur dann, wenn die Person, deren frühere Angaben durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden sollen, in dem konkreten Verfahren vor dem erkennenden Gericht den Status einer Auskunftsperson im Sinne eines förmlichen Beweismittels innehatte. Aus diesem Grund kommt es auch auf etwaige Ausnahmen nach § 251 StPO nicht an, denn jene betreffen ihrerseits nur das Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO. Die hinsichtlich der Verlesbarkeit von früheren Angaben der Angeklagten einschlägige Vorschrift ist § 254 StPO. Bei deren Anwendung ist zwar unerheblich, in welcher Eigenschaft der jetzige Angeklagte die protokollierten Angaben gemacht hat, denn auch insoweit ist allein die prozessrechtliche Lage in der Hauptverhandlung maßgeblich. Allerdings schließt § 254 StPO im Umkehrschluss die Verlesung von Protokollen unterhalb des richterlichen Protokolls aus. Unabhängig davon, dass die Sperrwirkung des § 254 StPO jede Form von nichtrichterlichen Protokollen und denen gleichstehende Aufzeichnungen betrifft, liegt eine Ausnahme nach § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO schon deshalb nicht vor, weil das polizeiliche Protokoll eine Vernehmung zum Gegenstand hat. Eine Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolls ist mithin ausgeschlossen.

Der sich aus § 254 StPO ergebenden Unverlesbarkeit des Vernehmungsprotokolls steht eine andere Form der Beweiserhebung jedoch nicht entgegen. Insbesondere bleibt die Vernehmung der Vernehmungsbeamten (Zeugenbeweis) prozessrechtlich möglich. Problematisch könnte in diesem Zusammenhang jedoch sein, dass der B im Rahmen der polizeilichen Vernehmung nur gemäß § 55 StPO belehrt und auf seine Pflichten aus § 57 StPO hingewiesen worden war. Berücksichtigt man seine prozessrechtliche Stellung in der Hauptverhandlung als Angeklagter, ist er dort nach Maßgabe des § 244 Abs. 5 S. 1 StPO über sein Schweigerecht zu belehren. Diese Belehrung steht derjenigen aus § 136 Abs. 1 S. 2 StPO gleich. Eine Belehrung nach § 136 StPO ist dem B im Rahmen der polizeilichen zeugenschaftlichen Vernehmung, deren Inhalte durch die Vernehmung der Vernehmungsbeamten zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden könnten, jedoch nicht erteilt worden. Der „Rollentausch“ könnte daher im Ergebnis zu einem Belehrungsmangel führen, der sich auf die Verwertbarkeit der Angaben des B auswirken könnte. Ein solcher würde jedoch voraussetzen, dass eine Belehrung nach

Maßgabe des § 136 StPO durch die Polizei (§ 163a Abs. 4 StPO) möglich und geboten gewesen wäre. Die Gebotenheit setzt voraus, dass der Vernommene bei objektiver Betrachtung im Zeitpunkt seiner Vernehmung als Beschuldigter zu behandeln gewesen wäre. Im Zeitpunkt der Vernehmung des B war dieser jedoch nicht verdächtig, d.h. es bestanden keine zureichenden tatsächlichen Anhaltspunkte, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen ließen, dass durch B eine verfolgbare Straftat begangen wurde. Mangels gegen B gerichteten Anfangsverdachts kam eine Belehrung nach § 136 StPO daher nicht in Betracht. Auch bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Polizeibeamten einen objektiv bestehenden Anfangsverdacht bewusst ignorierten und die Belehrung nach § 136 StPO unterließen, um prozessuale Rechte zu entkräften. Solange gegen den Zeugen zur Recht nicht ermittelt wird, ist der zulässig als Zeuge belehrte Nichtverdächtige vielmehr nach Maßgabe des § 55 StPO zu belehren, wobei diese Belehrung einen Hinweis auf das Schweigerecht enthält. Die Selbstbelastungsfreiheit verdeutlichende Belehrung nach § 55 StPO schützt den Zeugen, gegen den ein Anfangsverdacht (auch bei objektiver Betrachtung) nicht besteht, ausreichend. Macht der Zeuge Angaben, kann er sich später hinsichtlich der Verwertbarkeit nicht auf ein Fehlen der (nicht zulässigen) Belehrung nach § 136 StPO berufen. Anhaltspunkte dafür, dass sich der B im Rahmen der polizeilichen Vernehmung trotz Belehrung gem. § 55 StPO derart schwer selbst belastet hätte, dass ein Anfangsverdacht zu begründen war und nach dem Gebot des fairen Verfahrens die zeugenschaftliche Vernehmung möglicherweise abgebrochen und in eine Beschuldigtenvernehmung übergegangen hätte werden müssen, bestehen nicht. Der Verwertung der Vernehmung des Vernehmungsbeamten steht daher kein zu einem Beweisverwertungsverbot erstarkter Beweiserhebungsmangel in Form eines Belehrungsmangels entgegen.

An diesem Ergebnis ändert sich nichts, wenn der B der Bruder des A ist. Zwar ist er aus diesem Grunde gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO als Verwandter zweiten Grades in der Seitenlinie des Beschuldigten über das Recht zu belehren, das Zeugnis zu verweigern. Eine solche Belehrung ist jedoch erfolgt, weshalb ein Belehrungsmangel nicht vorliegt. Problematisch könnte aber sein, dass der B, würde er in der Hauptverhandlung als Zeuge vernommen, sich auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen könnte (§ 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO). Diese Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht würde nach § 252 StPO nicht nur ein Verbot der Verlesung früherer Vernehmungsprotokolle zur Folge haben. Über das dort ausdrücklich normierte Verlesungsverbot hinaus, welches sich bereits aus § 250 S. 2 StPO ergibt, ist nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 252 StPO, die einem umfassenden Schutz des Familienfriedens zu dienen bestimmt ist, deren Regelungsgehalt dahingehend zu interpretieren, dass jede Form der Beweiserhebung über frühere Angaben des Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, ausgeschlossen sein soll. Insbesondere kommt eine mittelbare Verwertung früherer Angaben durch Vernehmung der Vernehmungspersonen als Zeugen vom Hörensagen nicht in Betracht, gleichviel ob das Zeugnisverweigerungsrecht im Zeitpunkt der früheren Vernehmung schon bestand und ob der Zeuge sich in seiner früheren Vernehmung darauf berufen hatte. Allerdings ist für eine Anwendung des § 252 StPO maßgeblich, welche prozessuale Rolle die Auskunftsperson hat, die von den in § 252 StPO genannten Rechten Gebrauch macht. Sie gilt daher nur für Zeugen, nicht aber für die Personen, gegen die sich das Verfahren in der gerichtlichen Hauptverhandlung richtet, mithin nicht für frühere Angaben von Angeklagten. Das zwischen Mitangeklagten bestehende nahe Verwandtschafts- oder Schwägerschaftsverhältnis gibt diesen kein Zeugnisverweigerungsrecht. Mit der Stellung als Angeklagter ist es unvereinbar, wenn dieser bald als Angeklagter, bald als Zeuge innerhalb der Hauptverhandlung auftritt. Der Grundsatz der Unvereinbarkeit der beiden Rollen verbietet es, dass zwei Personen, die (ggf. nach Verbindung ihrer Strafsachen) zu gleichzeitiger Verhandlung in demselben Verfahren die Stellung von Mitangeklagten zueinander einnehmen, je nach dem Gegenstand ihrer Aussage in der Hauptverhandlung mal als Zeuge mal als Angeklagter behandelt werden. Wegen der Unteilbarkeit seiner prozessrechtlichen Stellung kann hinsichtlich der früheren Angaben des B daher nicht zugunsten des A eine aus § 252 StPO herzuleitende Unverwertbarkeit angenommen werden.

R dürfte daher antworten können, dass die Angaben des B im Ermittlungsverfahren nur durch die Vernehmung der Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht und auf dieser Basis gegen beide Angeklagten verwertet werden können.

(BGH Urt. v. 14.2.1995 – 1 StR 725/94, BeckRS 1995, 2020)

28. Lösung 28: „Wer schreibt, der bleibt.“ [S. 294]

Zur Frage a):

Die Verlesbarkeit der Erklärung der B richtet sich nach §§ 249, 250, 251 StPO. Für die Anwendung von § 254 StPO ist kein Raum, weil die B in der Hauptverhandlung nicht die von jener Vorschrift vorausgesetzte prozessrechtliche Stellung einer Angeklagten, sondern einer Zeugin innehat. Grundsätzlich können Urkunden im Sinne des § 249 Abs. 1 StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden. Einer Verlesung des Schreibens der B könnte jedoch das aus dem Unmittelbarkeitsprinzip resultierende Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO entgegenstehen. Danach darf die Vernehmung nicht durch die Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht. Als Erklärung im Sinne der Vorschrift sind schriftliche oder elektronische Dokumente zu verstehen, die sich zu dem für das Verfahren wesentlichen Beweisthema verhalten und zu Beweis Zwecken erstellt worden sind. Hierzu gehören z.B. auch Strafanzeigen und Skizzen oder Pläne, soweit es auf ihren gedanklichen Inhalt ankommt. Eingeschlossen sind auch solche schriftlichen Äußerungen, die in Zusammenhang mit einer Vernehmung entstanden sind. Vor dem Hintergrund, dass die B in ihrem Schreiben auf die Ladung der Polizei Bezug nahm, dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, dass die Erklärung der B auf die motivationsveranlassende Äußerung des Vernehmungsbeamten zurückzuführen ist. Es dürfte sich daher nicht um eine „aus freien Stücken“ und nicht im Bewusstsein ihrer späteren Verwendungsmöglichkeit im Verfahren abgegebene Erklärung handeln, der die B keine Beweisrelevanz zumaß. Die in dem Schreiben erfolgte Belastung des A in dem gegen diesen und die Urheberin gemeinsam geführten Verfahren lässt vielmehr einen Zusammenhang mit der Vernehmungssituation erkennen, welcher der Erklärung die Eigenschaft eines unselbständigen Teils der Vernehmung der B vermitteln dürfte. Eine Verlesung kommt auch nicht ausnahmsweise nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht, da das Ausüben eines Zeugnisverweigerungsrechts nur ein rechtliches, aber kein nach der Vorschrift erforderliches tatsächliches Hindernis ist, welches der Vernehmung entgegensteht. Das Schreiben dürfte daher nach Maßgabe des § 250 S. 2 StPO nicht verlesbar sein.

Zur Frage b):

Infolge des Todes der B könnten ihre Erklärung als unselbständiger Teil ihrer Vernehmung grundsätzlich nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO verlesen werden. Einer Verwertung stünde nicht entgegen, dass die B im Ermittlungsverfahren nur als Beschuldigte, nicht aber als Zeugin nach Maßgabe der §§ 55, 57, 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO belehrt worden war. Die Vernehmung als Zeugin war durch ihre Beschuldigteneigenschaft in dem Verfahren, das sich auch gegen einen Angehörigen der A richtete, weder zulässig noch geboten. Im Übrigen würde ein hypothetischer Belehrungsmangel (§ 52 Abs. 3 StPO) die Verwertbarkeit nicht hindern. Verstirbt der Zeuge zwischen seiner nichtrichterlichen Vernehmung und der Hauptverhandlung, entfällt grundsätzlich das Erfordernis, auf die Belange des Zeugen Rücksicht zu nehmen. Das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO trägt der für den Zeugen entstehenden Zwangslage Rechnung, entweder den mit ihm verwandten bzw. verschwägerten Beschuldigten belasten oder die Unwahrheit sagen zu müssen. Außerdem besteht ein allgemeines Interesse daran, dass der an sich aussagepflichtige Zeuge ohne seine bewusste Zustimmung nicht zur Aussage gegen einen Angehörigen gezwungen wird. Durch die tatsächlichen Umstände (Tod der Zeugin) kann das Angehörigenverhältnis zum Angeklagten den Zeugen aber nicht mehr in den Pflichtenwiderstreit, den das Gesetz ihm ersparen will, führen. Mangels Schutzbedürftigkeit des verstorbenen Zeugen besteht mithin kein Bedürfnis für die Annahme eines sich aus dem (hier nur hypothetischen) Belehrungsmangel ergebenden Verwertungsverbots.

Ein solches kann sich auch nicht aus § 252 StPO ergeben. Zwar ist die Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck zugunsten eines umfassenden Schutzes des Zeugen vor der vorbeschriebenen Konfliktsituation zwischen „Familienfrieden“ einerseits und Wahrheitspflicht (§ 57 StPO) andererseits über ihren Wortlaut (Verlesungsverbot) hinaus als umfassendes Verwertungsverbot auszulegen. Allerdings setzt § 252 StPO nach seinem Wortlaut voraus, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht. Zwar ist es nicht erforderlich, dass der Zeuge zu diesem Zweck geladen wird, denn die Frage, ob die Voraussetzungen des § 252 StPO vorliegen, ist im Freibeweisverfahren zu prüfen und für die Feststellung der insoweit maßgeblichen Prozesstaten gilt der Amtsermittlungsgrundsatz entsprechend des Rechtsgedankens des § 244 Abs. 2 StPO. Schriftliche oder sonstige Erklärungen der B, welche die Annahme im Freibeweisverfahren belastbar rechtfertigen könnten, sie würde in der Hauptverhandlung von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch

machen, liegen aber nicht vor. Die Behauptung des Angeklagten A, die Zeugin hätte – würde sie noch leben – in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, ist demgegenüber unbeachtlich. Bei dem Zeugnisverweigerungsrecht handelt es sich um ein höchstpersönliches Recht, dessen Ausübung nur zur Disposition des Berechtigten steht. Die Mitteilung eines Dritten über die mangelnde Aussagebereitschaft der B im hypothetischen Fall ihrer Vernehmung ist mithin unbeachtlich.

Frage c):

Die Erklärung der B darf auch dann nicht verlesen werden, wenn der Angeklagte, sein Verteidiger und die Staatsanwaltschaft zustimmen. Zwar könnte durch deren Zustimmungen eine Ausnahme nach § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO vorliegen, welche die Verlesung eines Protokolls und diesem gleichstehender Erklärungen zulässt (vgl. Fallfrage a). Die Vorschrift des § 252 StPO steht dem jedoch entgegen. Diese dient der umfassenden Sicherung des mit dem Zeugnisverweigerungsrecht verfolgten Zwecks und enthält nicht nur ein Verlesungsverbot, sondern nach ständiger Rechtsprechung auch ein Verwertungsverbot. Die Ergebnisse früherer Vernehmungen eines in der Hauptverhandlung berechtigt die Aussage verweigernden Zeugen dürfen daher weder durch Verlesen des Vernehmungsprotokolls oder eines früheren Urteils, noch durch Vernehmung der Vernehmungsperson, noch durch Vorhalt an den Angeklagten oder andere Zeugen, noch durch Vernehmung solcher Personen, die bei der früheren Vernehmung lediglich anwesend waren, in die Hauptverhandlung eingeführt werden (Verbot der mittelbaren Verwertung). Die Norm des § 251 StPO lässt zwar eine Durchbrechung des Grundsatzes der Unmittelbarkeit zu. Sinn und Zweck des § 252 StPO betrifft das Unmittelbarkeitsprinzip jedoch nicht, denn dieser setzt gerade die Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung voraus. § 252 StPO greift vielmehr immer dann, wenn der anwesende Zeuge in der Hauptverhandlung berechtigterweise die Aussage verweigert und trägt dieser Entscheidung durch ein Verlesungs- und Verwertungsverbot Rechnung. Dieses gesetzliche Verbot kann nicht durch das Einverständnis der Verfahrensbeteiligten umgangen werden. Andernfalls würde die Dispositionsbefugnis des Zeugnisverweigerungsberechtigten im Ergebnis eingeschränkt, da seine Entscheidung über das „Ob“ der Verwertung seiner früheren Angaben nicht abschließend bliebe. Mit dem Charakter eines höchstpersönlichen Rechts wäre dies unvereinbar. Unerheblich ist dabei, ob die Angaben in dem Schreiben tätergünstig sind oder sich eher zu Lasten des Angehörigen auswirken können. Ebenso wenig, wie die Motive für die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts hinterfragt oder gar ihr Sinnzusammenhang mit dem geschützten „Familienfrieden“ geprüft werden dürften, kann die konkrete Auswirkung der Entscheidung des Zeugnisverweigerungsberechtigten maßgeblich für die Annahme eines Verwertungsverbots sein. Der Schutz des § 52 StPO, den § 252 StPO prozessual flankiert, besteht nicht nur dann, wenn der Zeuge nur belastende Angaben machen könnte, sondern ist umfassend. Zwar mag eine Zwangslage zwischen Familienfrieden und Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage in den Fällen der ausschließlichen Entlastungsmöglichkeit tatsächlich nicht bestehen. Ob der Zeuge die Zwangslage tatsächlich selbst empfindet oder der Familienfrieden von ihm tatsächlich gelebt wird, kommt es für § 52 StPO aber generell nicht an. Die Entscheidung für das Zeugnisverweigerungsrecht durch den Zeugen ist von allen Verfahrensbeteiligten zu respektieren. Stimmt der Zeuge trotz Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht der Verwertung seiner früheren Angaben nicht zu und wurde er nicht zulässig bereits als Zeuge im Ermittlungsverfahren richterlich vernommen, greifen keine Ausnahmen, die einen Rückgriff auf die frühere Erklärung gegen den Willen des Zeugen ermöglichen. Die Erklärung der B ist nicht verlesbar.

(BGH Urt. v. 14.6.2005 – 1 StR 338/04, NStZ-RR 2005, 268f.; BGH Urt. v. 5.1.1968 – 4 StR 425/67, NJW 1968, 559; BGH Urt. v. 19.12.1995 – 1 StR 606/95, NStZ 1996, 295; BGH Urt. v. 24.7.1979 – 1 StR 157/79, BeckRS 1979, 298; BGH Beschl. V. 19.9.1967 – 5 StR 456/67, NJW 1967, 22273; BGH Beschl. v. 31.3.1998 – 5 StR 13/98, NStZ-RR 1998, 367; BGH Urt. v. 12.7.1956 – 4 StR 236/56, NJW 1956, 1528; BVerfG Beschl. v. 25.9.2003 – 2 BvR 1337/03, NStZ-RR 2004, 18ff.)

29. Lösung 29: „Alles oder nichts.“ [S. 295]

Beruft sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung auf ein ihm zustehendes Zeugnisverweigerungsrecht und verweigert die Aussage, so ergibt sich aus § 252 StPO ein umfassendes Verwertungsverbot hinsichtlich dessen früherer Angaben. Jede Form der Beweiserhebung bzw. Beweisverwertung über frühere Angaben ist danach ausgeschlossen (umfassendes selbständiges Verwertungsverbot). Dies gilt auch dann, wenn das Zeugnisverweigerungsrecht im Zeitpunkt der ursprünglichen Vernehmung noch nicht bestand.

Das Bestehen des Zeugnisverweigerungsrechts kann das Gericht im Freibeweisverfahren prüfen. Die Tatsache, auf die der Zeuge die Verweigerung seines Zeugnisses stützt, ist auf Verlangen glaubhaft zu machen (§ 56 S. 1 StPO).

Die Rechtsprechung hat zu dem umfassenden Verwertungsverbot aus § 252 StPO zwei Ausnahmen entwickelt. Zum einen ist anerkannt, dass der Zeuge in der Hauptverhandlung, obschon er sich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, auf den Schutz der §§ 252, 52 StPO verzichten und damit die Verwertung seiner früheren Angaben zulassen kann, in dem er deren Verwertung zustimmt. Dann kann nach den allgemeinen Regeln über die Inhalte der früheren Vernehmung Beweis erhoben werden, sofern der Zeuge in der Hauptverhandlung über diese folgen „qualifiziert“ belehrt wird. Einer solchen Belehrung bedarf es nur dann ausnahmsweise nicht, wenn die Initiative zum „Verzicht“ auf den Zeugen selbst zurückzuführen ist, denn dann muss der Zeuge sich der grundsätzlichen Unverwertbarkeit seiner früheren Angaben bewusst gewesen sein.

Zum anderen soll im Falle einer früheren richterlichen Vernehmung die Vernehmung des Richters möglich sein – obschon sich der Zeuge auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft. Dies soll aber nur gelten, wenn der Zeuge durch den Richter zeugenschaftlich vernommen worden war, wenn ihm in diesem (früheren) Zeitpunkt bereits das Zeugnisverweigerungsrecht zustand, der Zeuge über das Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß belehrt wurde und die Vernehmung im Übrigen ordnungsgemäß durchgeführt wurde (insbesondere § 168c Abs. 2 und Abs. 5 StPO). Einer zusätzlichen, qualifizierten Belehrung des Zeugen im Rahmen der richterlichen Vernehmung über die Möglichkeit der Verwertung trotz späteren Berufens auf sein Zeugnisverweigerungsrecht bedarf es nicht. Liegen die Voraussetzungen vor, so soll die Vernehmung des Ermittlungsrichters möglich sein. Eine Verlesung des richterlichen Protokolls kommt demgegenüber nicht in Betracht. Begründet wird diese Ausnahme im Wesentlichen damit, dass im Falle des bewussten Verzichts auf die Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts in der besonderen Situation einer richterlichen Vernehmung, die bei Einhaltung aller Formvorschriften einer Art „vorweggenommene Hauptverhandlung“ gleichkommt, das öffentliche Interesse an einer effektiven Strafrechtspflege von größerer Bedeutung ist, als das Interesse des Zeugen, sich über das Ausüben seines Zeugnisverweigerungsrechts bis zur späteren Hauptverhandlung entscheiden zu können.

Im Beispielsfall hat die Zeugin W augenscheinlich nicht auf den ihr durch §§ 252, 52 StPO vermittelten Schutz verzichtet. Sie will – anhand ihres Widerrufs erkennbar – gerade nicht, dass ihre früheren Angaben gegen ihren Verlobten verwertet werden.

Der Verwertung ihrer früheren Angaben gegenüber dem Ermittlungsrichter könnte entgegenstehen, dass sie im Rahmen der richterlichen Vernehmung über das ihr bereits in diesem Zeitpunkt zustehende Zeugnisverweigerungsrecht entgegen § 52 Abs. 3 StPO nicht belehrt worden war. Grundsätzlich ist für die Belehrungsgebote der StPO die Kenntnislage des Zeugen und der Vernehmungsperson ohne Bedeutung. Wird ein Zeugnisverweigerungsrecht demgegenüber bewusst verschwiegen, ist zu berücksichtigen, dass dann das Unterlassen der nach der Sachlage gebotenen Belehrung gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 StPO nicht auf ein Versäumnis des Ermittlungsrichters zurückzuführen ist. Die Interessen der Allgemeinheit verlangen es in diesen Fällen, dass dem Einfluss eines Zeugen auf ein Strafverfahren dort Grenzen gezogen werden, wo seine eigenen schutzwürdigen Interessen dies nicht mehr zwingend gebieten. Insbesondere in Fällen der unlauteren Manipulationen gebührt dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutz der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbaren Beweismittel fordert, Vorrang vor den Interessen des Zeugen, der sich durch sein Verhalten zum „Herrn des Verfahrens“ zu machen sucht. Der Belehrungsmangel wäre dann unbeachtlich. Dies dürfte aber nur gelten, wenn der Zeuge sich der Reichweite des ihm zustehenden Zeugnisverweigerungsrechtes tatsächlich bewusst ist und zu manipulativen Zwecken unrichtige Angaben zu den tatsächlichen, die Rechtslage determinierenden Umständen macht. Insbesondere das Verlöbnis ist jedoch nicht gesetzlich geregelt und nicht an eine bestimmte Form gebunden. Ein ernstliches Eheversprechen, d.h. die wechselseitige – auch konkludent denkbare – Zusage, einander zu einem Zeitpunkt in der Zukunft zu heiraten, ist ausreichend. Das auf wechselseitiges Eheversprechen gerichtete, zivilrechtliche Verhältnis des Verlöbnisses kann dabei jederzeit aufgelöst werden – sogar dann, wenn nur einer der Beteiligten einseitig den Heiratswillen aufgibt, ohne dass der andere Teil davon Kenntnis hat. Anders als in den Fällen eines kraft Gesetzes bestehenden Rechtsverhältnisses im Sinne des § 52 StPO

(Verwandtschaft, Schwägerschaft), können daher tatsächliche Unsicherheiten über das Entstehen und die Dauer eines das Zeugnisverweigerungsrecht auslösende Rechtsverhältnis des „Verlöbnis“ bestehen. Nicht in jeder Erklärung eines Zeugen, nicht verlobt zu sein, liegt daher zwingend eine auf Täuschung gerichtete Fehlinformation zum Zwecke der Manipulation.

Ob die W manipulativ in dem vorgenannten Sinn handelt und der Belehrungsmangel daher ohne Bedeutung wäre oder nicht, kann aber offen bleiben. Das Zeugnisverweigerungsrecht soll nur gewährleisten, dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte Aussage verwertet werden darf. Er hat deshalb das Recht, in der Hauptverhandlung das Zeugnis zu verweigern sowie seine frühere Entscheidung zu ändern, nicht aber die Befugnis zu einer weitergehenden Einflussnahme auf das Verfahren. Da das auf einem Verstoß gegen § 52 Abs. 3 StPO beruhende Beweisverwertungsverbot allein der Sicherung des mit der Gewährung des Rechts zur Zeugnisverweigerung verfolgten Zwecks dient, kann der Zeuge auch nur in diesem Rahmen darüber verfügen. Er kann daher nur entscheiden, ob er sich als Beweismittel zur Verfügung stellen will oder nicht. Darüber hinaus hat er, jedenfalls dann, wenn er sich zur Aussage in der Hauptverhandlung entschließt, keine Möglichkeit, den Umfang der Verwertbarkeit seiner Aussage zu bestimmen. Macht er nach Belehrung in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch, muss er die Folgen seines Entschlusses hinnehmen, auch wenn er sie sich anders vorgestellt hat.

Die W hat sich mithin in Kenntnis ihres Rechtes durch den Verzicht auf das Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung als Beweismittel selbst zur Verfügung gestellt, da sie nur die Möglichkeit hatte, die Aussage insgesamt zu verweigern oder Angaben zu machen. Durch die im Widerruf ihrer früheren Erklärung liegende Bezugnahme auf die früheren Vernehmungen, muss das Gericht die früheren Angaben der W zum Gegenstand der Erörterung in der Hauptverhandlung machen. Dem Anliegen der W, ihre früheren Angaben zu widerrufen, kann das Gericht nur gerecht werden, wenn die Zeugin die Umstände der Anzeige offenbart und auch den Inhalt ihrer früheren Bekundungen, ihre Motive dafür, sowie die Gründe für ihren Aussagewechsel darlegt. Ohne diese Inhalte wäre ihre Vernehmung unvollständig und unverständlich. Auch die gebotene Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung kann das Gericht nicht isoliert und ohne Einbeziehung der früheren – belastenden – Aussage vornehmen. Das Gericht ist insoweit auch nicht gehindert, die Erklärungen der Zeugin zu den Inhalten der richterlichen Vernehmung durch eine entsprechende Beweiserhebung zu verifizieren. Insbesondere kann das Gericht daher die Angaben des Ermittlungsrichters zu der richterlichen Vernehmung zu Beweis Zwecken verwerten. Die Vorschrift des § 252 StPO gibt dem Zeugnisverweigerungsberechtigten gerade nicht das Recht zu entscheiden, welche seiner im Laufe des Verfahrens abgegebenen Erklärungen, auf die er selbst im Rahmen der Vernehmung in der Hauptverhandlung Bezug nimmt, dem Verwertungsverbot des § 252 StPO unterliegen sollen und welche nicht.

Würde ein auf ein bewusst manipulatives Verhalten der Zeugin zurückzuführendes Unterbleiben der Belehrung zur Unverwertbarkeit ihrer früheren Angaben führen, während ihre sonstigen Angaben der Beweiswürdigung zu Grunde gelegt werden müssten, läge es in der Hand der Zeugin, dem Gericht bestimmte Beweise vorzuenthalten, während sie ihm andere „aufnötigen“ könnte. Der Zeugin im Falle ihrer Aussage in der Hauptverhandlung ein ähnliches Wahlrecht nur deshalb einzuräumen, weil der Belehrungsmangel nicht durch sie verursacht worden ist, dürfte prozessual nicht zu rechtfertigen sein: Ist der W ihr Verlöbnis bekannt gewesen, hat sie es aber verschwiegen, kann sie sich auf den Belehrungsmangel nicht berufen. War ihr die Rechtslage unbekannt und wurde deshalb nicht belehrt, kann sie sich demgegenüber in der Hauptverhandlung auf § 252 StPO berufen, das Zeugnis verweigern und damit die Unverwertbarkeit ihrer früheren Aussage herbeiführen. Macht sie hiervon bewusst keinen Gebrauch, kann die Verwertbarkeit ihrer früheren Angaben nicht davon abhängen, ob sie bei diesen bleibt (und weiterhin belastet) oder von jenen inhaltlich abrücken will und sich deshalb entschließt, trotz ihres Zeugnisverweigerungsrechts auszusagen und Erklärungen zu den früheren Aussagen abzugeben. Die Angaben der W gegenüber dem Ermittlungsrichter dürften mithin verwertbar sein, soweit die Beurteilung der Angaben der Zeugin in der Hauptverhandlung zu den Inhalten dieser früheren richterlichen Vernehmung in Rede steht.

Aus demselben Grunde dürften auch die Erklärungen der W gegenüber den Polizeibeamten verwertbar sein. Durch die Bezugnahme der Zeugin auf ihre früheren Bekundungen im Rahmen der Vernehmung in der Hauptverhandlung, gebietet der Amtsaufklärungsgrundsatz, diese

früheren Bekundungen zum Gegenstand der Beweisaufnahme zu machen. Nur so lassen sich Widersprüche aufklären und das Aussageverhalten der Zeugin umfassend würdigen. Es handelt sich mithin nicht um eine Ausnahme von § 252 StPO, die eine Vernehmung der polizeilichen Vernehmungsbeamten nur bei Einverständnis der Zeugin mit der Verwertung ihrer früheren polizeilichen Angaben zulassen würde, sondern um eine Bewertung der Angaben der Zeugin selbst, die gerade nicht von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung Gebrauch gemacht hat. Möglich wäre auch, die Bezugnahme auf frühere Angaben im Rahmen der Vernehmung vor dem erkennenden Gericht als konkludenten Verzicht zu verstehen.

(BGH Urt. v. 28.5.2003 – 2 StR 445/02, NJW 2003, 2619ff.; BGH Urt. v. 8.12.1999 – 5 StR 32/99, NJW 2000, 1274ff.; Herold, „Die Bedeutung der Verlobung aus strafprozessualer Sicht“, JA 2014, 374ff. und JA 2014, 454ff.; BGH Beschl. v. 20.12.2011 – 1 StR 547/11, NStZ 2012, 281ff. mAnm Geppert; BGH Beschl. v. 15.7.2016 – GSSt 1/16, NJW 2017, 94ff.; BGH Beschl. v. 25.8.2020 – 2 StR 202/20, BeckRS 2020, 27285; BGH Urt. v. 11.8.2021 – 6 StR 84/21, BeckRS 2021, 24120)

30. Lösung 30: „Klassiker“ [S. 295]

Zur Frage a):

Das Vernehmungsprotokoll kann nicht verlesen werden. Grundsätzlich können Urkunden gemäß § 249 Abs. 1. StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden. Unter den – mit dem des materiellen Strafrechts nicht identischen – Urkundenbegriff im Sinne des § 249 StPO sind zwar auch richterliche Vernehmungsprotokolle zu fassen. Die Verlesung von Vernehmungsprotokollen wird jedoch von § 250 StPO ausgeschlossen, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer der vernommenen Person beruht (Unmittelbarkeitsgrundsatz). Eine Ausnahme von dem Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO kann nicht vorliegen. Insbesondere können die Verfahrensbeteiligten der Verlesung des Vernehmungsprotokolls nicht gemäß § 251 Abs. 2 Nr. 3 StPO zustimmen, da die Zeugin sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht berufen hat. Das in ständiger Rechtsprechung in diesen Fällen aus § 252 StPO hergeleitete Verwertungsverbot ist umfassend und schließt grundsätzlich jede Form der Beweiserhebung über die früheren Vernehmungen der Zeugin aus (Ersetzungsverbot). Allerdings wurden durch die Rechtsprechung Ausnahmen von dem Verwertungsverbot entwickelt. So kann ein Zeuge auf den Schutz des § 252 StPO verzichten und sich mit der Verwertung früherer Erklärungen trotz Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht einverstanden erklären. Die früheren Erklärungen wären dann verwertbar, soweit der Zeuge in der Hauptverhandlung hierüber „qualifiziert“ belehrt wird. Eine vom Einverständnis des Zeugen unabhängige weitere Ausnahme besteht in den Fällen, in denen der Zeuge in einem früheren Verfahrensabschnitt richterlich als Zeuge vernommen worden war. Stand dem Zeugen zu diesem Zeitpunkt bereits das Zeugnisverweigerungsrecht zu, wurde er hierüber ordnungsgemäß belehrt und wurden sämtliche Verfahrensvorschriften eingehalten, soll die Verwertung der früheren Angaben gegenüber dem (Ermittlungs-)Richter möglich sein. Zwar liegen diese Voraussetzungen im Beispielfall vor, die Ausnahme von § 252 StPO im Falle der richterlichen Vernehmung betrifft jedoch nur die Frage der Verwertbarkeit der früheren Angaben, mithin das „Ob“ der Verwertung. Über das „Wie“ der Beweiserhebung über die früheren Angaben gibt die Ausnahme indes keinen unmittelbaren Aufschluss. Unter Berücksichtigung des fortgeltenden Unmittelbarkeitsgrundsatz (§ 250 S. 2 StPO) und dem ausdrücklichen, uneingeschränkten und bedingungslosen Verlesungsverbot des § 252 StPO geht die ständige Rechtsprechung davon aus, dass im Ausnahmefall der früheren richterlichen Vernehmung ausschließlich die Vernehmung des Vernehmungsrichters als Zeuge vom Hörensagen über die früheren Angaben des Zeugen möglich ist. Eine andere Form der Beweiserhebung – insbesondere die Verlesung des richterlichen Vernehmungsprotokolls – bleibt demgegenüber ausgeschlossen.

Zur Frage b):

Der Brief des Angeklagten ist eine Urkunde im Sinne des § 249 Abs. 1 StPO. Ihrer Verlesung stünde § 254 StPO nicht entgegen, da es sich bei dem Brief nicht um ein Vernehmungsprotokoll handelt. Im Übrigen wären Schriftstücke des Angeklagten auch dann verlesbar, wenn sie zu Beweis Zwecken erstellt worden sind, denn die diesbezüglichen Einschränkungen des § 250 StPO gelten für Erklärungen des Angeklagten gerade nicht. Unerheblich wäre mithin auch, in welcher Eigenschaft der Angeklagte die schriftliche Erklärung abgegeben hat. Ohne Bedeutung bliebe überdies grundsätzlich, dass das Schriftstück des Angeklagten im Rahmen einer Zeugenvernehmung (einer Dritten) in amtlichen Gewahrsam gelangt ist, denn der Angeklagte hat keinen Anspruch darauf, dass von ihm an Dritte gerichtete Erklärungen von jenen nicht an

die Ermittlungsbehörden weitergereicht werden. Problematisch ist insoweit jedoch, dass der Brief des A an seine Mutter Z gerichtet ist, der ein Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO als Angehörige zusteht. Beruft sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung nämlich auf sein Zeugnisverweigerungsrecht, dürfen Schriftstücke, die ein Zeuge bei seiner Vernehmung überreicht und zum Gegenstand seiner Aussage macht, nach Maßgabe des § 252 StPO nicht verlesen werden. Diese Schriftstücke werden unselbständiger Bestandteil der Aussage. Die Sachlage ist nicht anders, als wenn der Zeuge den Inhalt des Schriftstücks lediglich mündlich wiedergegeben hätte und darüber ein Protokoll gefertigt worden wäre. Unerheblich dürfte dabei sein, dass der Brief nicht von der Zeugin verfasst worden ist. Es ist kein Grund ersichtlich, warum zwar das Protokoll über die Bekundungen der Zeugin zu dem ihr gegenüber erklärtem Geständnis des Angeklagten wegen des Verweigerungsrechts der Zeugin nicht verlesen werden kann, das ihr in schriftlicher Form überreichte Geständnis, über welches sie ebenfalls berichtet, jedoch verlesen werden können soll. So wie eine eigene Aufzeichnung der Z über den Inhalt des mündlichen Geständnisses ihres Sohnes im Falle der Übergabe und Bezugnahme im Rahmen der richterlichen Vernehmung als deren unselbständiger Teil unverwertbar wäre, dürfte auch der Brief, auf den sich die Zeugin beruft, einer Verlesbarkeit nicht zugänglich sein.

Würde man im Gegensatz dazu von einer Selbständigkeit des Briefes ausgehen, dürfte der Brief ebenfalls nicht verlesbar sein. Maßgeblich ist hierfür, dass gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO schriftliche Mitteilungen zwischen dem Beschuldigten und Personen, die nach § 52 StPO das Zeugnis verweigern dürfen, der Beschlagnahme nicht unterliegen, soweit diese sich im Gewahrsam der zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten befinden (§ 97 Abs. 2 S. 1 StPO). Der Zweck und der Inhalt solcher Mitteilungen sind dabei ohne Bedeutung. Bei einem Verstoß gegen § 97 Abs. 1 Nr. 1 StPO, d.h. bei verbotener Beschlagnahme beschlagnahmefreier Gegenstände, entsteht ein Verwertungsverbot. Zwar kann der Zeugnisverweigerungsberechtigte den an sich beschlagnahmefreien Gegenstand an die Strafverfolgungsorgane freiwillig herausgeben. Weil das Verbot des § 97 StPO eine Folge des Zeugnisverweigerungsrechts ist, über dessen Ausübung der Berechtigte selbst entscheiden kann, könnte in der freiwilligen Herausgabe auch ein Verzicht auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot liegen. Zum einen setzt die Freiwilligkeit jedoch die Kenntnis des Beschlagnahmeverbotes durch den Zeugnisverweigerungsberechtigten voraus, weshalb erforderlich sein dürfte, dass der Zeuge darüber belehrt wird, dass die Sache nicht zwangsweise in amtliche Verwahrung genommen werden könnte, selbst wenn der Zeuge die Sache „spontan“, d.h. ohne vorheriges Herausgabeverlangen übergibt. Zum anderen kann der Verzicht des Zeugnisverweigerungsberechtigten auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot jederzeit analog § 52 Abs. 3 S. 2 StPO widerrufen werden mit der Folge, dass das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot ex nunc wieder auflebt und die beschlagnahmten Beweismittel zurückzugeben sind. Berücksichtigt man, dass nach dem Beispielsfall keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Z über die grundsätzliche Beschlagnahmefreiheit des Briefes belehrt worden war und sie in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht mit der Folge, dass zu ihrem Schutz frühere Angaben grundsätzlich unverwertbar, jedenfalls aber nicht verlesbar werden (§ 252 StPO), dürfte die infolge einer Verlesung vorgenommene Verwertung des Inhaltes des an sie gerichteten Briefes des Angeklagten einen nicht mit § 252 StPO in Einklang zu bringenden Eingriff in ihr Zeugnisverweigerungsrecht, welches durch § 97 Abs. 1 StPO gerade flankiert werden soll, darstellen. Selbst wenn man in der Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechtes keinen Widerruf eines Verzichts auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot erblicken will, dürfte der vorherige, diesbezügliche Belehrungsmangel es erfordern, die Zeugin zu befragen (und wohl insoweit auch „qualifiziert zu belehren“), ob sie mit einer Verwertung des von ihr übergebenen Briefes einverstanden ist. Allein durch den Umstand, dass die Übergabe im Rahmen einer richterlichen Vernehmung erfolgte, dürfte mit Blick auf den Belehrungsmangel die Schutzwürdigkeit der Zeugin bezüglich § 97 StPO nicht entkräften.

Zur Frage c):

Über den Inhalt einer Aussage, die ein in der Hauptverhandlung das Zeugnis verweigernder Zeuge bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, kann durch Vernehmung des Richters Beweis erhoben werden. Diese in ständiger Rechtsprechung angenommene Ausnahme von § 252 StPO rechtfertigt sich aus dem Gedanken des Ausgleichs zwischen dem durch Art. 6 GG geschützten Angehörigenverhältnis und dem Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen Strafrechtspflege. Darüber hinaus bringt das Gesetz richterlichen Vernehmungen ganz allgemein ein höheres Vertrauen entgegen und misst diesen eine besondere Bedeutung zu, wie sich beispielsweise aus der Differenzierung von § 251 Abs. 1 StPO einerseits und § 251 Abs. 2

StPO andererseits ergibt. Der höhere Stellenwert der richterlichen Vernehmung ergibt sich zudem aus § 168c Abs. 2 und Abs. 5 StPO. Danach ist bei der richterlichen Vernehmung eines Zeugen der Staatsanwaltschaft, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Anwesenheit grundsätzlich gestattet. Hieraus resultieren auch entsprechende Fragerechte, welche der richterlichen Vernehmung den Charakter einer „vorweggenommenen Hauptverhandlung“ verleihen. Zudem ist nur der Richter befugt, eine eidliche Vernehmung vorzunehmen (§ 161a Abs. 1 S. 3 StPO). Wegen der für den Zeugen erkennbaren und regelmäßig auch von ihm empfundenen Bedeutung einer richterlichen Vernehmung für das Strafverfahren, ist den Zeugen deutlicher als bei einer polizeilichen Vernehmung bewusst, dass – falls sie trotz Belehrung aussagen – ihre Angaben vor einem Richter nicht ohne weiteres wieder aus der Welt geschafft werden können. Das Bewusstsein dieser Bedeutsamkeit setzt allerdings voraus, dass das Zeugnisverweigerungsrecht im Zeitpunkt der Vernehmung bereits besteht und der Zeuge durch den Richter über sein Zeugnisverweigerungsrecht ordnungsgemäß nach § 52 Abs. 3 S. 1 StPO belehrt wird. Fehlt eine solche Belehrung, ist eine Verwertung entsprechend § 252 StPO ausgeschlossen. Einer weitergehenden Belehrung, welche dem Zeugen die Verwertbarkeit ausdrücklich vor Augen führt, bedarf es indes nicht. Ausdrückliche Belehrungen über die Möglichkeit, Angaben von Verfahrensbeteiligten im weiteren Verfahren zu verwerten, sind dem deutschen Strafprozessrecht fremd. Beispielsweise ist trotz des hohen Rangs und des großen Gewichts des Grundsatzes der Selbstbelastungsfreiheit ein Beschuldigter nicht darauf hinzuweisen, dass die nach Belehrung über sein Schweigerecht erfolgten Angaben verwertbar bleiben, selbst wenn er sich zu einem späteren Zeitpunkt entscheiden sollte, sich auf sein Schweigerecht zu berufen. Eine über die gesetzlichen Anforderungen hinausgehende Belehrung des Zeugen lässt sich auch nicht durch einen Vergleich mit der zur qualifizierten Belehrung von Beschuldigten ergangenen Rechtsprechung begründen. Sie betreffen Sachverhalte, bei denen zunächst ein Verstoß gegen die Belehrungspflicht gegeben ist, der Beschuldigte erneut vernommen wird und die Gefahr bestehen kann, dass seine Entscheidung, an dem Verfahren mitzuwirken oder nicht, durch eine Fehlvorstellung über die Verwertbarkeit früherer Angaben beeinflusst sein könnte. Um eine solche Fortwirkung eines Beweiserhebungsmangels auszuschließen, ist der Hinweis erforderlich, dass die früheren Angaben unverwertbar sind. Im Rahmen der richterlichen Vernehmung eines Zeugen liegt aber kein Beweiserhebungsmangel vor, der korrigiert werden müsste. Auch steht nicht die Verwertbarkeit früherer Angaben in Rede, sondern die Verwertbarkeit der Angaben, die der Zeuge in Kenntnis seines Weigerungsrechts macht. Die Konstellationen sind mithin nicht vergleichbar.

Der Ermittlungsrichter kann daher zu den Bekundungen der Z vernommen werden. Dies gilt auch, soweit die Zeugin Angaben zu dem Inhalt des an sie gerichteten Briefes des Angeklagten gemacht hat.

Zur Frage d):

Der Verlesung des polizeilichen Vernehmungsprotokolls steht der Unmittelbarkeitsgrundsatz entgegen (§ 250 S. 2 StPO). Allerdings könnte das Protokoll möglicherweise verlesen werden, wenn die in § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO Genannten der Verlesung zustimmen würden. Problematisch ist insoweit, ob das Zeugnisverweigerungsrecht, von dem die Zeugin offensichtlich Gebrauch machen will, einer Verlesung gleichwohl entgegensteht. Maßgeblich ist insoweit die Reichweite des § 252 StPO. Diese Vorschrift ist – über ihren Wortlaut hinaus – nicht nur als Verlesungs-, sondern als Verwertungsverbot aufzufassen, dass auch jede andere Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage ausschließt. Die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts hindert die Zeugin jedoch grundsätzlich nicht, die Verwertung ihrer bei der nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten und damit auf das in § 252 StPO enthaltene Verwertungsverbot zu verzichten. Ein solcher Verzicht ist mit der gleichzeitigen Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts vereinbar. Verweigert der Zeuge unter Berufung auf § 52 StPO die Aussage, schließt dies nicht aus, dass er in anderer Weise zur Sachaufklärung beiträgt. Beispielsweise kann er schweigen, sich aber trotz eines entsprechenden Weigerungsrechts zur Erforschung der Wahrheit auf Spuren oder Folgen einer Straftat untersuchen lassen (§ 81c Abs. 1, Abs. 3 S. 1, S. 2 Hs. 2 StPO). Die Ergebnisse der Untersuchung sind dann verwertbar, sofern der Zeuge ordnungsgemäß über sein Untersuchungsverweigerungsrecht belehrt worden war. Eine solche Mitwirkung steht auch nicht im Widerspruch zu seinem Aussageverhalten in der Hauptverhandlung, denn es ist denkbar, dass der Zeuge zwar seine Vernehmung in der Hauptverhandlung vermeiden möchte, jedoch grundsätzlich bereit ist, sich als Beweismittel zur Verfügung zu stellen. Der Sinn und Zweck der §§ 252, 52 StPO besteht darin, den Zeugen vor Konflikten zu schützen, die aus den Besonderheiten der Vernehmungssituation entstehen, insbesondere einerseits durch die

Wahrheitspflicht bei der Zeugenvernehmung und andererseits durch die sozialen Pflichten, die aus der familiären Bindung gegenüber dem Angeklagten erwachsen. Die Vorschrift des § 252 StPO ist demgegenüber nicht im Interesse der Wahrheitsfindung geschaffen und bezweckt nicht den Schutz des Angeklagten vor der Verwertung von Angaben. Sie soll nur sicherstellen, dass der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere Aussage verwertet werden darf. Macht ein Zeuge sein Recht geltend und vermeidet damit die Zwangslage in der Hauptverhandlung, bedarf er des daran anknüpfenden Schutzes des § 252 StPO indes nicht, wenn er sich nach Belehrung über die Folgen des Verzichts auf das sonst bestehende Verwertungsverbot entschieden hat, die Verwertung seiner bei einer nichtrichterlichen Aussage gemachten Angaben zu gestatten. Es ist daher mit dem Zweck des § 252 StPO vereinbar und im Hinblick auf den Grundsatz der Erforschung der materiellen Wahrheit auch sachgerecht, einen solchen isolierten Verzicht auf das Beweisverwertungsverbot zuzulassen.

Die Erklärung der Z in dem Schreiben an das Gericht kann, da sie die dem Freibeweisverfahren zugängliche Feststellung des Bestehens eines Verwertungsverbots betrifft, dem Gericht daher Anlass geben, auf die Ladung der Zeugin zu verzichten. Nur in den Fällen, in denen nicht feststellbar ist, ob der Zeuge auf sein Zeugnisverweigerungsrecht und ggf. auf ein Beweisverwertungsverbot verzichtet, ist die Ladung des Zeugen und Vernehmung zu der Frage eines Berufens auf das Zeugnisverweigerungsrecht erforderlich, soweit dies tatsächlich umsetzbar ist. Hier aber steht (freibeweislich) sowohl fest, dass die Zeugin von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen wird, als auch auf das Beweisverwertungsverbot verzichtet. Vor diesem Hintergrund bedarf es auch keiner gesonderten, in der Hauptverhandlung vorzunehmenden Belehrung über die Folgen des Verzichts, denn zum einen geht die Initiative zu dieser prozessualen Vorgehensweise von der Zeugin selbst aus, zum anderen wird durch die ausdrückliche Gestattung der Verwertung früherer Angaben deutlich, dass sich die Zeugin der grundsätzlichen Unverwertbarkeit bewusst ist.

Das Berufen der Zeugin auf das Zeugnisverweigerungsrecht steht mithin der Beweiserhebung über ihre Angaben gegenüber der Polizei wegen des ausdrücklich erklärten Verzichts nicht entgegen. Eine Verlesung des Protokolls kann mithin nach Maßgabe des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO erfolgen (Zustimmung der Verfahrensbeteiligten). Daneben bleibt wegen des Verzichts auf das Beweisverwertungsverbot die Möglichkeit der Vernehmung der Vernehmungsbeamten, die nicht von einer Zustimmung der Verfahrensbeteiligten abhängig ist, als Zeugen vom Hörensagen, denn der Unmittelbarkeitsgrundsatz wird durch diese Form der Beweiserhebung eingehalten und bedarf keiner ausnahmsweisen Durchbrechung.

(BGH Beschl. v. 30.7.1968 – 2 StR 136/68, NJW 1968, 2018f.; BGH Beschl. v. 28.8.2000 – 5 StR 300/00, NSTZ-RR 2001, 171ff.; Meyer-Mews, „Beweisverwertungsverbote im Strafverfahren“, JuS 2004, S. 39ff. und S. 126ff. und S. 208ff.; BGH Beschl. v. 29.11.1995 – 5 StR 531/95, NSTZ-RR 1996, 106f.; BGH Beschl. v. 23.10.2012 – 1 StR 137/12, NSTZ-RR 2013, 247ff.; BGH Urt. v. 23.1.1963 – 2 StR 534/62, NJW 1963, 870f.; BGH Urt. v. 23.9.1999 – 4 StR 189/99, NJW 2000, 596ff.; BGH Beschl. v. 15.7.2016 – GSSt 1/16, NJW 2017, 94ff.)

31. Lösung 31: „Sedlmayr“ [S. 295]

Als V-Männer, V-Personen oder V-Leute wird ein nicht fest abgegrenzter Kreis von Personen bezeichnet, die im Einzelfall bereit sind, gegen Zusicherung der Vertraulichkeit den Strafverfolgungsbehörden Informationen zu geben (Informant) bzw. bereit sind, ohne den Strafverfolgungsbehörden anzugehören, diese bei der Aufklärung von Straftaten auf längere Zeit vertraulich zu unterstützen und deren Identität grundsätzlich geheim gehalten wird (V-Person i.e.S.). Von V-Männern abzugrenzen sind verdeckte Ermittler (§ 110a ff. StPO), welche Beamte des Polizeidienstes sind und unter einer Legende dauerhaft am Rechtsverkehr zum Zwecke der Ermittlung teilnehmen. Der Einsatz von V-Personen ist verfassungsrechtlich zulässig und zur Bekämpfung besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität regelmäßig notwendig. Der Einsatz von V-Personen und Informanten unterliegt den allgemeinen Beschränkungen der §§ 161, 163 StPO, ohne dass die Regelungen der § 110a ff. StPO Anwendung findet. Einzelheiten zur Zusicherung der Vertraulichkeit und dem Einsatz von V-Personen und Informanten ergeben sich aus der Anlage D zur RiStBV (gemeinsame Richtlinien der Justizminister der Länder). Bei dem Einsatz von V-Personen sind rechtsstaatliche Grenzen zu beachten. Diese sind jedenfalls dann nicht überschritten, wenn es sich bei der den Gegenstand der Ermittlungen bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger Erfolg versprechend oder

wesentlich erschwert wäre. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung ist in diesem Sinne stets gegeben, wenn wegen einer der in den Katalogen der §§ 98a, 100a, 110a StPO genannten Delikte oder auch ähnlich schwerer Straftaten ermittelt wird.

Die V-Personen treffen die üblichen Zeugenpflichten. Die Pflicht, Zeugnis zu geben, ist eine allgemeine Staatsbürgerpflicht, die in § 48 Abs. 1 StPO ausdrücklich verankert ist. Soweit der V-Person kein Zeugnis- oder Auskunftsverweigerungsrecht zusteht (§§ 52, 55 StPO), ist sie mithin verpflichtet, über ihre Wahrnehmungen wahrheitsgemäß (§ 57 StPO) zu bekunden. Dazu gehören grundsätzlich auch die Äußerungen der Verlobten des Angeklagten, die der K im Beispielfall selbst wahrgenommen hat. Problematisch ist allerdings, ob sich das aus § 252 StPO in ständiger Rechtsprechung hergeleitete umfassende Verwertungsverbot hinsichtlich früherer Angaben eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf sein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, auf Angaben des Zeugen gegenüber V-Personen erstreckt und damit eine Verwertung ausgeschlossen wäre.

Eine solche Erstreckung des Verwertungsverbots dürfte nicht angenommen werden können. Das Zeugnisverweigerungsrecht soll den Angehörigen vor Konflikten schützen, die sich aus der besonderen Vernehmungssituation, insbesondere durch die Wahrheitspflicht bei einer Zeugenvernehmung einerseits und die sozialen Pflichten, die aus seiner familiären Bindung gegenüber dem Angeklagten andererseits, erwachsen. Dieser Widerstreit der Pflichten, auf den das Gesetz in den §§ 52, 252 StPO Rücksicht nimmt, besteht aber nicht, soweit jemand außerhalb einer Vernehmung anderen gegenüber sich aus freien Stücken äußert. Die V-Personen treten den Auskunftspersonen nicht in amtlicher Funktion gegenüber. Sie unterstützen lediglich die Strafverfolgungsbehörden bei der Aufklärung von Straftaten, führen aber keine Vernehmungen im Sinne der StPO durch. Was der V-Mann im Umfeld des Beschuldigten von dessen Angehörigen erfährt, fällt somit nicht in den Anwendungsbereich des § 252 StPO, selbst dann nicht, wenn er im Rahmen solcher Gespräche nachfragt. Bei wertender Betrachtung ist die Situation keine andere, als wenn sich die Angehörigen einem Freund, Bekannten oder sonstigen Dritten, denen sie ihr Vertrauen schenken, in der irrigen Annahme offenbaren, dieser werde die belastenden Informationen für sich behalten und nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben.

Auch wird durch das Vorgehen der Polizei das Zeugnisverweigerungsrecht der Verlobten nicht unterlaufen. In der das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Vorgehensweise liegt kein Verstoß gegen die Regelung des § 136a Abs. 1 StPO. Das ergibt sich aus einer systematischen, die anderen in § 136a Abs. 1 StPO aufgeführten verbotenen Mittel berücksichtigenden, Betrachtung. Mit der Beeinträchtigung der Willensentschlussfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich die verdeckte Auskunftseinholung nicht vergleichen. Bloß heimliches Vorgehen stellt keine Täuschung im Sinne des § 136a Abs. 1 StPO dar. Aus diesem Grund liegt auch auf der Hand, dass ein Belehrungsmangel im Sinne des § 52 Abs. 3 StPO nicht bestehen kann. Weder führt der K eine Vernehmung durch, noch wäre eine solche Belehrungspflicht mit dem zulässigen, auf Verdeckung des Ermittlungsziels gerichteten Vorgehen vereinbar.

Verfahrensrechtlich unzulässig wäre wohl nur der Einsatz der V-Person, wenn die Verlobte sich bereits vor deren Einsatz dazu entschlossen hätte, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen und dies gegenüber den Ermittlungsbehörden auch bekannt gegeben hätte. Erklärt der Zeugnisverweigerungsrechtberechtigte in einem Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden schweigen zu wollen, so dürfte der sich über § 52 StPO vermittelte Schutz des Angehörigenverhältnisses in der Weise verdichten, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung über das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben.

Eine Unzulässigkeit der Maßnahme könnte sich möglicherweise auch aus der Art und Weise der Tätigkeit der V-Person ergeben. Die Verwertbarkeit stünde zwar nicht in Frage, wenn die Verlobte des Angeklagten aufgrund des geschaffenen Vertrauensverhältnisses von sich aus Angaben macht. Würde die V-Person aber beispielsweise ein derart enges Vertrauensverhältnis zur Zeugin aufbauen, dass die Gespräche zwischen ihr und der V-Person zum Kernbereich privater Lebensgestaltung gehören und die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses für die Verlobte von so maßgeblicher Bedeutung sein, dass durch die Art und Umstände der Befragung eine zwangsähnliche Situation für die Zeugin entstünde, die dem Pflichtenwiderstreit im Rahmen förmlichen Vernehmung ähnlich wäre, könnte eine dem § 252 StPO vergleichbare,

vernehmungähnliche Situation vorliegen, die eine Unverwertbarkeit der Angaben zur Folge haben könnte. Der Aufbau einer (seitens der V-Person fingierten) Liebesbeziehung beispielsweise, mit deren Beendigung im Falle der Nichtbeantwortung bestimmter Nachfragen gedroht würde, dürfte den von §§ 252, 52 StPO verfahrensrechtlich bezweckten Schutz des Angehörigen unterlaufen. Anhaltspunkte für ein solches Vorgehen liegen im Beispielsfall jedoch nicht vor.

Der Einsatz von privaten Kontaktpersonen mit dem Ziel für die Aufklärung eines Mordes Beweise zu gewinnen, verstößt auch nicht gegen das Gebot des fairen Verfahrens (Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK). In diesen Fällen wäre bereits der Einsatz von verdeckten Ermittlern möglich (§§ 110a Abs. 1 S. 4, 110b StPO). Könnte aber ein Polizeibeamter, der unter einer Legende dauerhaft am Rechtsverkehr teilnimmt, auf die Zeugin „angesetzt“ werden, kann der Einsatz von Privatpersonen nicht als Verfahrensverstöß zur Unverwertbarkeit führen.

Die Angaben der Verlobten des Angeklagten gegenüber K können daher durch das Schwurgericht durch Vernehmung des K zum Gegenstand der Beweisaufnahme und Urteilsgrundlage gemacht werden.

(BGH Urt. v. 21.7.1994 – 1 StR 83/94, NJW 1994, 2904ff.; BVerfG Beschl. v. 1.3.2000 – 2 BvR 2017 u. 2039/94, NStZ 2000, 489ff. mAnm Rogall; Mosbacher, „Aktuelles Strafprozessrecht“, JuS 2009, 696/699f.; BGH Urt. v. 26.7.2007 – 3 StR 104/07, NJW 2007, 3138ff. mAnm Meyer-Mews)

32. Lösung 32: „Zeugenauflauf“ [S. 296]

Die Verlesung von Vernehmungsprotokollen kommt gemäß § 250 S. 2 StPO grundsätzlich nicht in Betracht, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person beruht (Unmittelbarkeitsprinzip). Hinsichtlich des in jener Vorschrift ausdrücklich normierten Verlesungsverbots sind jedoch Ausnahmen möglich. Insbesondere lässt § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO die Ersetzung der Vernehmung eines Zeugen durch Verlesung eines Protokolls über eine Vernehmung zu, wenn der Zeuge verstorben ist oder aus einem anderen Grunde in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden kann.

Der Verlesung und Verwertung des polizeilichen Vernehmungsprotokolls bezüglich der verstorbenen A könnte jedoch ein Belehrungsmangel nach § 52 Abs. 3 StPO entgegenstehen. Als Angehöriger des Angeklagten stand der A bereits im Zeitpunkt ihrer polizeilichen Vernehmung ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Maßgabe des § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO zu. Das Unterlassen der Belehrung erweist sich daher als Beweiserhebungsmangel. In ständiger Rechtsprechung führt dieser Mangel zu einer Unverwertbarkeit der Angaben des Zeugen im selben Umfang wie bei § 252 StPO, wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Zeuge seine Rechte gekannt hat und auch nach Belehrung ausgesagt hätte. Für eine solche Kenntnis der Verstorbenen A bestehen hier jedoch keine Anhaltspunkte. Allerdings trägt das Zeugnisverweigerungsrecht des § 52 StPO der für den Zeugen entstehenden Zwangslage Rechnung, entweder seinen Angehörigen belasten oder die Wahrheit sagen zu müssen. Für ein aus einem Verstoß gegen das Belehrungsgebot resultierendes Beweisverwertungsverbot besteht daher kein Anlass mehr, wenn der Zeuge verstirbt. Das Angehörigenverhältnis zum Angeklagten kann in diesem Fall nicht mehr zu einem Pflichtenwiderstreit führen. Zwar wäre es möglich, dass die A, wenn sie vorschriftsmäßig belehrt worden wäre, von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hätte. Nachdem sie verstorben ist, kommt es jedoch darauf nicht mehr an. Daraus, dass bei ihr ein Pflichtenwiderstreit vorhanden gewesen und gegen die Belehrung verstoßen worden ist, kann der G keine Rechte herleiten, wenn der Zeuge selbst des Schutzes der Schutzbestimmungen, die allein seine Interessenlage im Auge haben, nicht mehr bedarf.

Eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls bezüglich der B kommt ebenfalls nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht. Die Zeugin ist unbekanntes Aufenthalts und dürfte dementsprechend in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden können. Dem steht nicht entgegen, dass sie über ein Zeugnisverweigerungsrecht nach Maßgabe des § 52 Abs. 1 Nr. 3 StPO verfügt. Das in § 252 StPO ausdrückliche Verlesungsverbot setzt nämlich voraus, dass die Zeugin in der Hauptverhandlung von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen würde. Das Zeugnisverweigerungsrecht zwingt jedoch das Gericht nicht, das Verfahren auszusetzen, bis der Aufenthaltsort der B ermittelt und geklärt werden kann, ob sie von ihrem Recht Gebrauch machen wolle oder nicht. Zwar hat der BGH wiederholt entschieden, dass wegen des in

ständiger Rechtsprechung aus § 252 StPO abgeleiteten umfassenden Verwertungsverbots eine andere Form der Beweiserhebung über die Aussagen eines Zeugen nur in Betracht kommt, wenn Gewissheit darüber besteht, dass der Zeugnisverweigerungsberechtigte Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Recht keinen Gebrauch macht. Eine solche Möglichkeit besteht jedoch nicht, wenn der Aufenthalt des Zeugen nicht ermittelt werden kann und der Zeuge dem Gericht auch nicht schriftlich seine Entscheidung über sein Zeugnisverweigerungsrecht mitteilt. Ist der Zeuge im Sinne des § 244 Abs. 3 S. 3 Nr. 5 StPO unerreichbar und führen die Bemühungen des Gerichts zu seiner Beibringung, deren Art und Umfang sich je nach Einzelfall unter Abwägung des Gewichts der Strafsache und der Bedeutung des Beweismittels bestimmen müssen, nicht zum Erfolg, würde der unerreichbare Zeuge zum „Herrn des Verfahrens“, müsste man allein deshalb ein Verlesungs- und Verwertungsverbot im Sinne des § 252 StPO annehmen. In den Fällen der Unerreichbarkeit gebührt der Vorrang mithin dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutze der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbarer Beweismittel fordert. Einer Verlesung nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO steht § 252 StPO daher grundsätzlich nicht entgegen, wenn der Zeuge unerreichbar ist.

Eine Verlesung des Vernehmungsprotokolls bezüglich der C kommt grundsätzlich nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 StPO in Betracht. Die Zeugin ist verstorben. Anders als die A im Beispielfall hat die Zeugin jedoch in einem Schriftsatz an die Staatsanwaltschaft erklärt, künftig von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machen und nicht mehr in der Hauptverhandlung aussagen zu wollen. Ob daher der Verlesung des Protokolls nach § 251 Abs. 1 Nr. 3 ein sich aus § 252 StPO ergebendes Verwertungsverbot entgegensteht, erscheint fraglich. Die Zeugin bedarf jedenfalls des Schutzes, den ihr §§ 252, 52 StPO vermitteln, nicht mehr. Das Zeugnisverweigerungsrecht soll dem Zeugen einen Wissenskonflikt ersparen und Belastungen des Familienlebens vermeiden. Die Rücksichtnahme auf die persönliche Beziehung geht jedoch nicht so weit, dass auch noch ein etwa nach dem Tod des Zeugen bestehendes Band der Erinnerung und der Pietät vor einer Lockerung gewahrt werden müsste. Allerdings folgt aus Art. 1 GG, dass die Achtung vor der Würde des Menschen es gebietet, seinen rechtmäßig zum Ausdruck gebrachten Willen zur Zeugnisverweigerung auch über seinen Tod hinaus zu respektieren. Die C hat als zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigte nach dem Gesetz zu ihren Lebzeiten kundgetan, dass sie nicht (mehr) in der Sache aussagen will. Soweit diesem Willen und der freien Entscheidung der Zeugin zu ihren Lebzeiten über §§ 252, 52 StPO umfassend Rechnung zu tragen war, dürfte sich die Rechtsordnung nach ihrem Tod nicht darüber hinwegsetzen können. Die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung der C dürfte daher mit dem grundrechtlich gewährleisteten postmortalen Persönlichkeitsschutz unvereinbar sein.

(BGH Urt. v. 5.1.1968 – 4 StR 425/67, NJW 1968, 559 = BeckRS 1968, 105176; BGH Urt. v. 11.4.1973 – 2 StR 42/73, NJW 1973, 1139 = BeckRS 1973, 107225; OLG Celle, Urt. v. 28.9.1967 – 1 Ss 291/67, NJW 1968, 415f.; BGH Urt. v. 10.2.2021 – 6 StR 326/20, NStZ-RR 2021, 142ff.; BGH Beschl. v. 1.3.2004 – 5 StR 53/03, NStZ-RR 2004, 212f.)

33. Lösung 33: „Flusssäure“ [S. 296]

Der Augenschein ist jede sinnliche Wahrnehmung durch Sehen, Hören, Riechen, Schmecken oder Fühlen, welche sich auf Sachen, Zustände, Vorgänge oder Personen bezieht. Um einen richterlichen Augenschein handelt es sich, wenn das erkennende Gericht das Augenscheinobjekt sinnlich wahrnimmt. Einer Protokollierung der Ergebnisse einer richterlichen Augenscheinseinnahme in der Hauptverhandlung bedarf es grundsätzlich nicht, da die Vorschrift des § 86 StPO nur für die Augenscheinseinnahme außerhalb der Hauptverhandlung gilt und den sachlichen Inhalt des Protokolls regelt, während §§ 168, 168a StPO die formellen Anforderungen normiert. In der Sitzungsniederschrift zur Hauptverhandlung ist nur die Tatsache der Augenscheinseinnahme als wesentliche Förmlichkeit nach Maßgabe des § 273 Abs. 1 S. 1 StPO aufzunehmen, nicht aber deren Inhalt oder Ergebnis.

Eine Inaugenscheinnahme kommt nicht in Betracht, wenn die von der Staatsanwaltschaft begehrten Feststellungen nur durch eine Untersuchung der Zeugin im Sinne von § 81c Abs. 1 StPO getroffen werden könnten. Relevant ist dabei, dass der Zeugin ein Untersuchungsverweigerungsrecht nach Maßgabe des § 81c Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 52 Abs. 1 Nr. 2 StPO als Ehefrau des Angeklagten zusteht, über welches sie gemäß § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 i.V.m. § 52 Abs. 3 StPO zu belehren wäre und angesichts der Aussageverweigerung auch eine Untersuchungsverweigerung zu erwarten sein dürfte. Die Vorschrift des § 81c Abs. 1 StPO

schützt die persönliche Freiheit von Nichtbeschuldigten, vor allem die körperliche Unversehrtheit und regelt abschließend eine Duldungspflicht für diese Personen hinsichtlich zumutbarer Untersuchungen zur Auffindung von Spuren oder Tatfolgen. Mit der Regelung des Untersuchungsverweigerungsrechts des § 81c Abs. 3 StPO stellt der Gesetzgeber sicher, dass Betroffene nicht gezwungen werden können, aktiv durch die Zurverfügungstellung für eine Untersuchung dazu beitragen zu müssen, einen der in § 52 Abs. 1 StPO aufgeführten Angehörigen einer Straftat zu überführen. Untersuchungen im Sinne des § 81c Abs. 1 StPO setzen jedoch mindestens eine nähere Betrachtung des Körpers der zu untersuchenden Person voraus, der über den „auf den ersten Blick“ zu gewinnenden äußeren Anschein hinausgeht. Die Wahrnehmung der äußeren Gestalt eines Menschen, die jedermann ohne Schwierigkeiten im Rahmen eines üblichen sozialen Kontakts möglich ist, ist jedoch keine Untersuchung, die der Hinzuziehung eines Arztes bedürfte (vgl. § 81c Abs. 2 S. 2 StPO). Die Zulässigkeit, einen Menschen richterlich in Augenschein zu nehmen, wird durch § 81c StPO mithin nicht eingeschränkt. Das Untersuchungsverweigerungsrecht kann mangels Untersuchung beim Betrachten eines Zeugen der Inaugenscheinnahme daher nicht entgegenstehen. Durch das bloße Ansehen der Zeugin wäre diese im Übrigen nicht verpflichtet, aktiv zur Aufklärung des Sachverhaltes und ggf. zur Überführung des Angeklagten beizutragen, sodass die Zwangslage, die durch das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO bzw. Untersuchungsverweigerungsrecht nach § 81c Abs. 3 StPO vermieden werden soll, nicht eintreten kann.

Eine Anordnung der Inaugenscheinnahme scheint gleichwohl nicht erforderlich. Maßgeblich hierfür ist, dass das Tatgericht nach § 261 StPO bei der Überzeugungsbildung alles verwerten darf und muss, was Gegenstand der Hauptverhandlung ist. Hierzu gehören auch äußere Erscheinung, Mimik, Gestik, Auftreten und Sprachverhalten von Angeklagten und Zeugen. Dies gilt auch, wenn der Zeuge das Zeugnis berechtigterweise verweigert, weil sich diese Verweigerungshaltung nur auf seine Bekundungsbereitschaft bezüglich wahrgenommener Tatsachen, nicht aber auf seine äußere Erscheinung beziehen kann. Die Betrachtung eines Zeugen im Rahmen einer Vernehmung ist, soweit sich die wahrgenommenen Umstände offen darbieten, kein Teil einer verfahrensrechtlichen Inaugenscheinnahme. Verwertet das Gericht für jeden Verfahrensbeteiligten sichtbare visuelle Eindrücke nach § 261 StPO muss es die Verfahrensbeteiligten nicht ausdrücklich darauf hinweisen, denn das Tatgericht ist grundsätzlich nicht verpflichtet, sich zum Inhalt oder Ergebnis von Beweiserhebungen ausdrücklich zu erklären.

Einer Verwertung nach § 261 StPO steht der Umstand, dass die Zeugin von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat, nicht entgegen. Die Zeugin ist gemäß § 68 Abs. 1 StPO zunächst zur Person zu vernehmen. Die Feststellung der Personalien steht am Beginn jeder Zeugenvernehmung, für die das Zeugnisverweigerungsrecht nicht gilt. Verweigert ein Zeuge die Angaben zur Person, können die Personenangaben zwar nicht mit den Zwangsmitteln des § 70 StPO erzwungen werden, weil Gegenstand des Zeugenbeweises die vom Zeugen wahrgenommenen Tatsachen sind und er hinsichtlich seiner Angaben zur Sache aufgrund eigener Wahrnehmungen grundsätzlich ein unvertretbares Beweismittel ist, während seine Personalien und seine Identität auch auf andere Weise festgestellt werden können. Die Weigerungshaltung zu Angaben zur Person kann aber gemäß § 111 OWiG als Ordnungswidrigkeit geahndet werden, selbst wenn es sich bei dem Zeugen um einen Zeugnisverweigerungsberechtigten handelt. Die Vernehmung zur Person vor dem erkennenden Gericht gehört aber denkbareweise zum Inbegriff der Hauptverhandlung. Berücksichtigt man, dass das Gericht – trotz Zeugnisverweigerung der A – jederzeit zur Feststellung des äußeren Erscheinungsbildes der A auf andere Beweismittel zurückgreifen, sich etwa das für jedermann Offenliegende durch einen anderen Zeugen, der die A „angesehen“ hat, als dessen Wahrnehmung berichten lassen und entsprechend verwerten könnte, ist kein Grund ersichtlich, warum entsprechende Wahrnehmungen des Gerichtes im Rahmen der Vernehmung zur Person nicht Berücksichtigung finden können sollten, wenn sich die A hinsichtlich der Angaben zur Sache (§ 69 StPO) auf § 52 StPO beruft.

Das Gericht wäre aber trotz der Möglichkeit, das Erscheinungsbild der Zeugin im Rahmen von § 261 StPO zur Überzeugungsbildung heranzuziehen, nicht gehindert, eine Inaugenscheinnahme anzuordnen. Verweigert der Zeuge die Aussage, so verliert er auf Grund seiner Weigerung lediglich die Fähigkeit, durch eine Aussage bei der Beweisaufnahme mitzuwirken, ohne dem Verfahren als Beweisgegenstand vollständig entzogen zu sein. Die sinnliche Wahrnehmung der äußeren Erscheinung der Zeugin im Wege des

Augenscheinsbeweises bleibt – wie dargelegt – grundsätzlich weiterhin zulässig, soweit sich dies auf eine „passive Entgegennahme“ der Erscheinung selbst bezieht. Das ergibt sich auch daraus, dass das Zeugnisverweigerungsrecht der Zeugin einer Gegenüberstellung (§ 58 StPO) nicht entgegenstünde, der sich die Zeugin zu unterziehen hätte. Das Gericht könnte daher die Inaugenscheinnahme anordnen. Es wäre auch nicht gehindert – ggf. auf sich der Inaugenscheinnahme anschließenden Antrag hin – nicht nur den Vorgang der Inaugenscheinnahme als solchen, sondern auch entsprechend § 86 StPO die wesentlichen Ergebnisse nach Maßgabe des § 273 Abs. 3 StPO zu protokollieren.

Ob das Gericht die Anregung der Staatsanwaltschaft aufgreift oder nach § 261 StPO vorgeht, dürfte von der Bedeutung der Feststellungen für das Verfahren abhängen. Je bedeutsamer die Wahrnehmungen für die Urteilsfindung erscheinen, desto eher dürfte sich mit Blick auf den Grundsatz des fairen Verfahrens und zur Vermeidung einer Beeinträchtigung der Verteidigungsmöglichkeiten mittels eines „kommunikativen Akts der Protokollierung des objektiv gerichtlich Wahrgenommenen“ die Anordnung der Inaugenscheinnahme anbieten.

(BGH Beschl. v. 18.8.2020 – 5 StR 175/20, BeckRS 2020, 21303; BGH Urt. v. 8.7.1964 – 2 StR 238/64, BeckRS 1964, 105127; Metz, „Verwertbarkeit von tätereigenen Tatvideos“, NSTz 2020, 9ff.; OLG Bremen, Beschl. v. 25.7.1980 – Ss (Z) 106/80, NJW 1981, 2827; BGH Beschl. v. 1.8.2018 – 1 BGs 324/18, NSTz 2018, 319; BGH Urt. v. 28.11.1973 – 3 StR 183/73, BeckRS 1973, 120; OLG Hamm, Beschl. v. 25.7.1974 – 3 Ss OWi 586/74, BeckRS 1974, 106562; OLG Hamburg, Beschl. v. 8.2.2002 – 2 Ws 32/02, BeckRS 2002, 30238858)

34. Lösung 34: „Es kam so über mich!“ [S. 296]

Der Verwertung der Angaben des Angeklagten gegenüber dem Sachverständigen könnte ein aus einem Belehrungsmangel resultierendes Beweisverwertungsverbot entgegenstehen. Insbesondere könnte gegen das Gebot der Belehrung über die Selbstbelastungsfreiheit nach Maßgabe des § 136 Abs. 1 StPO verstoßen worden sein. Die Vorschrift des § 136 StPO betrifft alle Vernehmungen des Beschuldigten / Angeklagten vor und außerhalb der Hauptverhandlung. Für das Hauptverfahren enthält § 243 StPO eine eigene Regelung.

Der Sachverständige ist grundsätzlich „Helfer des Gerichts“, nicht aber Ermittlungsorgan. Dem Sachverständigen kann auf sein Verlangen zur Vorbereitung des Gutachtens durch Vernehmung von Zeugen oder des Beschuldigten weitere Aufklärung verschafft werden, wobei ihm gestattet werden kann, an diesen Vernehmungen teilzunehmen und selbst unmittelbar Fragen zu stellen (§ 80 StPO). Das Gesetz geht mithin davon aus, dass das Gericht, die Staatsanwaltschaft oder die Polizei die notwendigen Vernehmungen durchführen. Ein eigenes Vernehmungsrecht hat der Sachverständige nicht. Informatorische Befragungen, Anhörungen oder Explorationsgespräche durch Sachverständige sind indes keine Vernehmungen, da sie keine ermittelnde Zielrichtung haben. Sachverständige sind daher zur Belehrung eines Angeklagten nicht verpflichtet. Dies gilt auch, wenn der Sachverständige zur Vorbereitung des Gutachtens den Angeklagten über das Tatgeschehen befragt. Solche Fragen werden für zulässig gehalten, denn gerade bei der Begutachtung über den Geisteszustand eines Angeklagten wird es von Bedeutung sein, zu hören, was der Angeklagte selbst über seinen körperlichen und geistigen Zustand und auch über die ihm vorgeworfene Tat, den Anlass dazu und dergleichen zu sagen hat. Deswegen kann es dem Sachverständigen nicht verwehrt sein, darauf hinzielende Fragen an den Beschuldigten zu richten. Mangels Vernehmung im Rechtssinne besteht in diesen Situationen eine Belehrungspflicht im Sinne des § 136 StPO indes nicht. Der Sachverständige ist aber nicht gehindert, wenn auch nicht verpflichtet, eine dem § 136 StPO entsprechende Belehrung zu erteilen.

Berücksichtigt man den Umstand, dass bei einer Exploration durch ärztliche Sachverständige die Probanden annehmen könnten, der Sachverständige unterliege als Arzt der allgemein bekannten Schweigepflicht und werde daher dem Gericht allenfalls den ärztlichen Gesamtbefund mitteilen, nicht aber die ihm „anvertrauten“ Tatsachen, dürfte der Sachverständige gehalten sein, alles zu unterlassen, was eine diesbezügliche Fehlvorstellung der Auskunftsperson hervorrufen könnte. Die ärztliche Tätigkeit dient im Rahmen der Begutachtung im gerichtlichen Auftrag allein der Unterstützung der Strafverfolgungsbehörden bei der Durchsetzung des staatlichen Strafverfolgungsanspruchs. Anhaltspunkte für einen Irrtum des Angeklagten dahingehend, es bestünde zwischen ihm und dem Gutachter ein Arzt/Patienten- oder Patienten/Therapeuten-Verhältnis, welche den Sachverständigen

möglicherweise veranlassen hätten müssen, den Angeklagten darüber zu belehren, dass keine ärztliche Schweigepflicht besteht, liegen im Beispielsfall jedoch nicht vor.

Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Sachverständige über seinen Gutachtenauftrag hinaus bewusst Befragungen durchgeführt hat, die der Sache nach eine Vernehmung darstellen, weil sie zur Erhebung von Tatsachen führen sollten, die für die Gutachtenerstellung ohne Relevanz waren. Würde eine solche vernehmungähnliche Situation vom Sachverständigen herbeigeführt, könnte eine Belehrungspflicht im Sinne des § 136 StPO bestehen. Letztlich kann dies aber offenbleiben, denn verwertbar ist grundsätzlich alles, was der Angeklagte aus freien Stücken von sich aus dem Sachverständigen in Zusammenhang mit dem fraglichen Sachverhalt schildert. Stellt der Sachverständige insoweit keine Fragen, wofür die Formulierung „berichtete mir von sich aus“ in dem Gutachten spricht, bedurfte es mithin keines Anstoßes durch den Sachverständigen, sondern war es eher ein inneres Bedürfnis des Angeklagten, sich die Tat quasi „von der Seele zu reden“, welches handlungsmotivierend war, liegt eine auch sonst verwertbare Spontanäußerung vor. Hinzu kommt, dass der Angeklagte im Rahmen der Hauptverhandlung bereits gem. § 243 Abs. 5 S. 1 StPO über sein Schweigerecht belehrt worden war, bevor die Anordnung zur gutachterlichen Untersuchung erfolgte. Diese gerichtliche Belehrung dürfte vor dem Hintergrund der fehlenden Belehrungspflicht des Sachverständigen ausreichen, um den Angeklagten vor dem Irrtum zu schützen, sich selbst belasten zu müssen.

Die Angaben des Angeklagten dürften daher verwertbar sein. Da es sich bei den Wahrnehmungen des Sachverständigen zu dem Inhalt der Äußerungen um sogenannte Zusatztatsachen handelt, weil sie ihrem Gehalt nach durch jeden beliebigen Zeugen auch ohne entsprechende Fachkenntnis, mithin auch durch das Gericht selbst, hätten festgestellt werden können, dürfte der Sachverständige als Zeuge über die Angaben zu vernehmen sein. Nur Befundtatsachen, d.h. Tatsachen, die der Sachverständige aufgrund seiner Sachkunde selbst festgestellt hat, vermittelt er dem Gericht als Teil seines Gutachtens und wäre ggf. insoweit als Sachverständiger zu vernehmen.

(BGH Beschl. v. 20.7.1995 – 1 StR 338/95, NJW 1998, 838f.; BGH Urt. v. 6.9.1968 – 4 StR 339/68, NJW 1968, 2297f.)

35. Lösung 35: „Opferschilderung“ [S. 296]

Von der abschließenden Sonderregelung des § 81c StPO sind aussagepsychologische Begutachtungen und die damit ggf. einhergehende (psychiatrische) Beurteilung der Aussagetüchtigkeit nicht erfasst. Derartige Untersuchungen sind deshalb nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig. Wegen der vergleichbaren Interessenlagen ist jedenfalls eine zeugnisverweigerungsberechtigte Person analog § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 i.V.m. § 52 Abs. 3 S. 1 StPO über ihr Untersuchungsverweigerungsrecht zu belehren. Darüber hinaus ist eine zusätzliche Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht erforderlich. Zwar wird die Exploration nicht als Vernehmung zur Sache im rechtlichen Sinn angesehen, jedoch umfasst sie im Zusammenhang mit der Inhalts- und Konstanzanalyse auch den Tatvorwurf. Anhaltspunkte für ein Verwertungsverbot, welches seinen Ursprung in einem Belehrungsmangel im Sinne von § 81c Abs. 3 S. 2 Hs. 2 StPO bzw. § 52 Abs. 3 StPO haben könnte, bestehen angesichts der erfolgten richterlichen Belehrung nicht.

Einer Verwertung der Angaben der G gegenüber dem Sachverständigen könnte jedoch ein Verwertungsverbot nach § 252 StPO entgegenstehen. Über seinen Wortlaut hinaus verbietet die Vorschrift nicht nur die Verlesung der früheren Aussagen eines Zeugen, der sich in der Hauptverhandlung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht beruft, sondern auch die Verwertung früherer Angaben. Ob die Angaben der G gegenüber dem Sachverständigen von der Reichweite des sich nach ständiger Rechtsprechung aus dem Regelungsgehalt des § 252 StPO ergebenden Verwertungsverbots erfasst sind, erscheint fraglich.

Der Sachverständige vermittelt dem Gericht die erforderliche Sachkunde, um Beweisfragen beurteilen und entscheiden zu können, die ein außerjuristisches Spezialwissen voraussetzen. Neben abstrakten Ausführungen, welche das Gericht in die Lage versetzen, die ihm so vermittelten relevanten wissenschaftlichen Erkenntnisse (Erfahrungssätze) auf den zu beurteilenden Sachverhalt selbst anzuwenden, kommt auch die Anwendung des Spezialwissens durch den Sachverständigen auf den Verfahrensgegenstand selbst in Betracht und stellt den Regelfall dar. Voraussetzung hierfür sind Anknüpfungstatsachen, auch solche, die der

Sachverständige erst aufgrund seiner Expertise gewonnen hat. Derartige Befundtatsachen blieben nicht sachkundigen Personen verschlossen. Kein Element des Sachverständigenbeweises sind demgegenüber Umstände, die der Sachverständige darüber hinaus nur bei Gelegenheit seiner Begutachtung erfährt. Derartige Zusatztatsachen sind Bestandteil des Zeugenbeweises, da sie der Wahrnehmung von Personen ohne besondere Sachkunde zugänglich sind.

Die Vorschrift des § 252 StPO bezieht sich grundsätzlich auf Aussagen vor der Hauptverhandlung im Rahmen förmlicher Vernehmungen und diesen insoweit gleichstehenden informatorischen Befragungen. Nicht erfasst sind Bekundungen eines zeugnisverweigerungsberechtigten Zeugen, die er außerhalb einer Vernehmung oder einer für seine Konfliktlage vergleichbaren Situation von sich aus („spontan“), nicht auf Anhörung bzw. Befragung durch ein Staatsorgan in amtlicher Eigenschaft zu dem Gegenstand des Ermittlungsverfahrens gemacht hat. Der Sachverständige ist zwar grundsätzlich „Helfer des Gerichts“, nicht aber Ermittlungsorgan. Soweit für die Erstellung eines Gutachtens förmliche Vernehmungen durchzuführen sind, geht das Gesetz ausweislich § 80 StPO davon aus, dass diese durch das Gericht, die Staatsanwaltschaft oder die Polizei durchgeführt werden, an denen der Sachverständige teilnehmen und ggf. eigene Fragen stellen kann. Explorationsgespräche durch Sachverständige sind demgegenüber nicht als Vernehmungen einzuordnen.

Mangels Vernehmungssituation einerseits und mangels Erkennbarkeit des Erfordernisses einer besonderen Sachkunde zu deren Wahrnehmung andererseits könnte man die Angaben der G im Rahmen des Explorationsgesprächs als Zusatztatsachen in einem von § 252 StPO nicht erfassten Bereich einordnen. Ihre Angaben wären in diesem Sinne durch Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge verwertbar, nicht anders, als hätte die Zeugin G das Tatgeschehen gegenüber einem beliebigen Dritten geäußert. Durch die besondere Verfahrenssituation, die im Wesentlichen darin besteht, die Glaubwürdigkeit der Zeugin und die Glaubhaftigkeit ihrer Angaben durch einen „Gerichtshelfer“ zu beurteilen, um die entsprechenden Erkenntnisse gerichtlich verwerten zu können, besteht jedoch eine dem Schutzbereich des § 252 StPO vergleichbare Konfliktlage des Zeugen, dem über § 252 StPO die Möglichkeit gegeben werden soll, seine Entscheidung zu revidieren und eigene Angaben zur Sache der Verwertbarkeit zu entziehen. Die Rechtsprechung trägt der Vergleichbarkeit der Situationen Rechnung und stellt jede Mitteilung eines gemäß § 52 StPO zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigten Zeugen gegenüber einem Sachverständigen über Zusatztatsachen, zu denen regelmäßig auch die Tatschilderungen eines auf seine Glaubwürdigkeit zu begutachtenden Zeugen gehören, einer Aussage im Sinne des § 252 StPO gleich. Gleichzeitig könne die Befragung durch Sachverständige einer richterlichen Vernehmung nicht gleichgesetzt werden, weshalb die zu § 252 StPO entwickelte Ausnahme im Falle der richterlichen Vernehmung, welche die Vernehmung des Richters als Zeuge vom Hörensagen ermöglicht, keine Anwendung finde. Berufte sich der Zeuge später auf sein Zeugnisverweigerungsrecht, dürfen Mitteilungen über Zusatztatsachen nach der Rechtsprechung weder durch das Sachverständigengutachten, noch durch die Vernehmung des Sachverständigen als Zeuge in die Hauptverhandlung eingeführt und bei der richterlichen Überzeugungsbildung verwertet werden. Befundtatsachen bleiben demgegenüber verwertbar.

Allerdings neigt der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs in einer jüngeren Entscheidung dazu, die im Rahmen der Exploration für ein aussagepsychologisches Gutachten erhobenen Tatsachen grundsätzlich als Befundtatsachen anzusehen, zu denen der Sachverständige in dieser Funktion vernommen werden kann. Zwar könne auch das nicht fachkundige Gericht einen Zeugen über bestimmte Umstände der Tat befragen. Zieht es jedoch im konkreten Fall einen aussagepsychologischen Sachverständigen hinzu, so nehme es gerade dessen besondere Sachkunde zur Erhebung und Bewertung der Zeugenaussage in Anspruch. Die Bekundungen eines Sachverständigen über Zeugenangaben im Rahmen der Exploration stünden in unmittelbarem Zusammenhang mit seinem Auftrag der Glaubhaftigkeitsbeurteilung. Die Exploration zur Sache sei dabei weder in der Zielsetzung, noch in der Methodik mit einer Vernehmung gleichzusetzen, denn im Vordergrund stünde nicht die Rekonstruktion des infrage stehenden Geschehens, sondern die Gewinnung von Indikatoren für die Einschätzung innerpsychischer Vorgänge beim Zeugen (z.B. Erlebnisbezug, Suggestion oder Lüge als Grundlage der Sachverhaltsdarstellung). Die Exploration diene somit der Gewinnung von Material für die aussagepsychologische Qualitätsanalyse und demnach grundsätzlich der Erhebung von Befundtatsachen. Auf Befundtatsachen ist § 252 StPO allerdings nicht anwendbar. Folgt man dem 6. Strafsenat, wären Opferschilderungen im Rahmen

aussagepsychologischer Begutachtungen trotz Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechts des untersuchten Zeugen in der Hauptverhandlung verwertbar und im Wege des Sachverständigenbeweises zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen.

Die Ansicht des 6. Strafsenats vermag nicht in jeder Hinsicht zu überzeugen. Die Erforschung der materiellen Wahrheit ist Aufgabe des Gerichtes (§ 244 Abs. 2 StPO). Dazu gehört auch, dass Angaben von Zeugen, die zur Rekonstruktion eines Geschehens beitragen, hinsichtlich ihrer Glaubhaftigkeit und die Zeugen selbst hinsichtlich ihrer Glaubwürdigkeit zu beurteilen sind. Die Wahrnehmung der Bekundungen eines Zeugen bildet zwar die Voraussetzung für eine solche Beurteilung, ist aber an eine besondere Sachkunde nicht gebunden. Zwar mögen die aus der Schilderung – in Zusammenschau mit weiteren Feststellungen des Sachverständigen – zu ziehenden Schlussfolgerungen, d.h. deren aussagepsychologische Einordnung voneinander abweichen und letztere im Einzelfall eine besondere Sachkunde erfordern. Die Situationen, in denen das Gericht zur Wahrnehmung der ihm obliegenden Aufgabe zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit und Glaubhaftigkeit kraft eigener Sachkenntnis nicht hinreichend in der Lage ist, sind jedoch eher die Ausnahme. Die Anwendungsfälle, in denen eine Befunderhebung durch Sachverständige erforderlich ist, wie etwa sachkundige Feststellungen über Intelligenz, den Wortschatz, abfragbare biologische Grundkenntnisse und die Suggestionsfestigkeit, die (vom Sachverständigen) losgelöst von den konkreten Vorfällen ermittelt und beurteilt werden können und (dem Gericht) Rückschlüsse auf Glaubhaftigkeit der Aussage und Glaubwürdigkeit des Zeugen gestatten, dürften auf Situationen, wie ein sehr geringes Alter, psychische Auffälligkeiten oder Reifedefizite der Auskunftsperson beschränkt sein. Nur in diesem Rahmen geht die gutachterliche Tätigkeit bei aussagepsychologischer Begutachtung über die Sachverhaltsrekonstruktion durch Würdigung von Zeugenaussagen, die zur ureigenen Aufgabe des Tatgerichts gehört, hinaus. Der Umstand, dass der Zeuge bestimmte Angaben gemacht hat, dürfte indes kein Befund, sondern eine Tatsache sein, die ohne Sachverständigen festgestellt werden kann, gleichviel wem gegenüber die Angabe erfolgte. Angesichts des von § 252 StPO bezweckten, möglichst umfassenden Schutzes des Zeugnisverweigerungsrechts dürfte daher mit der gefestigten Rechtsprechung eine Beweiserhebung und Beweisverwertung über die Angaben der G gemäß § 252 StPO ausscheiden.

(BGH Beschl. v. 27.10.2006 – 2 StR 334/06, NStZ 2007, 353f.; BGH Beschl. v. 23.2.2021 – 6 StR 431/20, NStZ 2021, 690ff. mabIAnm Habetha; BGH Beschl. v. 23.8.1995 – 3 StR 163/95, NJW 1996, 206f.; BGH Urt. v. 13.2.1959 – 4 StR 470/58, NJW 1959, 828f.)

36. Lösung 36: „Höhere Sphären“ [S. 296]

Grundsätzlich kommt die Verlesung des Tagebuchs als Urkunde im Sinne des § 249 Abs. 1 StPO in Betracht. Dies gilt unabhängig davon, ob der Beschuldigte sich im Rahmen der Hauptverhandlung zu dem gegen ihn ggf. erhobenen Tatvorwurf einlassen wird oder nicht.

Allerdings könnte dem ein selbständiges Beweisverwertungsverbot entgegenstehen, wodurch die Verlesung, jedenfalls aber die Verwertung der Inhalte des Tagebuches, im Rahmen der Urteilsfindung ausgeschlossen wäre. Ursächlich hierfür ist der Umstand, dass die Verlesung von privaten Tagebuchaufzeichnungen und persönlichen Notizen in der Hauptverhandlung die Grundrechte des Angeklagten tangieren könnte. Private Aufzeichnungen haben naturgemäß einen höchstpersönlichen Charakter und die Verlesung greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Dies gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden.

Dies gilt allerdings nicht schrankenlos. Einschränkungen können im überwiegenden Allgemeininteresse insbesondere dann erforderlich sein, wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt. Aufgrund der Garantie des Wesensgehaltes der Grundrechte muss jedoch vor dem Hintergrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde und damit des Kerns der Persönlichkeit ein letzter unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung verbleiben, der der staatlichen Gewalt schlechthin entzogen ist. Dieser Schutz ist sowohl während der Erhebungs- als auch in der Auswertungsphase sicherzustellen.

Zur Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung gehört die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen oder darauf zugreifen. Dieser Schutz darf nicht durch Abwägung mit den Strafverfolgungsinteressen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes relativiert werden.

Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen ist, kann nicht abstrakt generell bestimmt werden, sondern hängt nach den Besonderheiten des Einzelfalls davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist, also auch in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt.

Es kommt dabei zunächst darauf an, ob der Betroffene einen Lebenssachverhalt geheim halten will. Dort wo kein Geheimhaltungswille besteht, ist der Kernbereich privater Lebensgestaltung in aller Regel nicht berührt. Für einen Geheimhaltungswillen im Beispielfall spricht die Art und Weise der Manifestation der menschlichen Gefühls- und Gedankenwelt des Beschuldigten, denn Tagebücher sollen in der Regel Dritten gegenüber nicht offenbart werden. Die Aufnahme in ein Tagebuch entzieht die Information jedoch nicht gleichsam automatisch dem staatlichen Zugriff. Vielmehr hängt die Verwertbarkeit von Charakter und Bedeutung des Inhaltes ab. Enthalten solche Aufzeichnungen etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten, stehen sie also in einem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen, so gehören sie dem unantastbaren Bereich privater Lebensgestaltung nicht an.

Der Inhalt der Tagebuchaufzeichnungen des M befasst sich zwar nicht mit der konkreten Planung oder mit der Schilderung einer Straftat. Allerdings lässt sich diesem ein Drang zur Begehung eines Tötungsdeliktes zum Nachteil der F und eine diesbezügliche Motivlage entnehmen. Durch die Schilderung der Phantasien zur Tötung und der Hoffnung auf ein baldiges (natürliches) Ableben der F zur Vermeidung eigener, auf Habgier fußender Tötungshandlungen dürften die Aufzeichnungen in einen engen Zusammenhang zu der Straftat, derer M beschuldigt wird, gerückt sein, da sie die „Wurzel der Tat selbst“ bloßlegen dürften. Damit befassen sie sich mit einem Sachverhalt der inneren Gefühlswelt, der die Vorgeschichte der Straftat, ihre wesentlichen Ursachen und auch ihre Auslösung erklären und damit den Schlüssel zum Verständnis des eigentlichen Tatgeschehens liefern dürfte. Der rechtsstaatliche Auftrag zur möglichst umfassenden Wahrheitsermittlung im Strafverfahren bezieht sich nicht nur auf die Aufklärung des äußeren Tatgeschehens, sondern erfasst wegen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Schuldprinzips alle Merkmale, die für die Beurteilung der strafrechtlichen Schuld und für die Strafzumessung von Bedeutung sind. Im Interesse gerechter Urteilsfindung muss mithin auch die Persönlichkeit des Tatverdächtigen, sein Vorleben und sein Verhalten nach der Tat zum Gegenstand strafrechtlicher Untersuchung und Erörterung werden. Wenn die Auswertung privater Schriftstücke Aufschluss über Ursachen und Hintergründe der Straftat geben kann, also die für ein rechtsstaatliches Strafverfahren unerlässlichen Untersuchungen in dem Umfang ermöglicht, dass die Grundlagen für eine gerechte Bewertung des Tatgeschehens geschaffen werden, dürfte der Kernbereich der Menschenwürde durch deren Verlesung und Verwertung nicht verletzt sein.

Gehören die Aufzeichnungen danach nicht zum Kernbereich privater Lebensgestaltung, folgt daraus allerdings noch nicht, dass ohne weiteres auf sie zugegriffen werden könnte. Die Verlesung und Verwertung des Tagebuchs enthält einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und ist deshalb nur zulässig, wenn Allgemeinwohlinteressen überwiegen und den Eingriff rechtfertigen können. Im Rahmen der danach erforderlichen Einzelfallprüfung ist mithin zu klären, ob die Verwertung der Aufzeichnungen für die Aufklärung der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat geeignet und erforderlich ist sowie, ob der dadurch bedingte Eingriff in die Privatsphäre des Beschuldigten zum strafrechtlichen Aufklärungsziel – insbesondere zu der Schwere der dem Beschuldigten zur Last gelegten Straftat – nicht außer Verhältnis steht. Berücksichtigt man, dass mit dem Vorwurf des versuchten Mordes eine außerordentlich schwerwiegende strafbare Handlung Gegenstand des gerichtlichen Erkenntnisverfahrens sein wird, erscheint es jedenfalls nicht unvertretbar, ein unabweisbares Bedürfnis einer wirksamen Strafverfolgung und Verbrechensbekämpfung anzuerkennen und der Verlesung und Verwertung Vorrang vor dem mit Blick auf intimen Charakter der Aufzeichnungen erforderlichen Schutz zu geben. Das Erfordernis könnte sich jedoch dadurch relativieren, dass andere Beweismittel zur Verfügung stehen, die insbesondere die in Rede stehenden Feststellungen zur Motivlage des Beschuldigten einer hinreichenden

Aufklärung durch das Tatgericht zugänglich machen. Ist die gebotene, dem Schuldgehalt der Tat gerecht werdende Tatsachenfeststellung durch weniger belastende Beweiserhebung möglich, dürfte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vor dem Hintergrund der Menschenwürde des Beschuldigten einer Verlesung entgegenstehen.

Die Verlesung und Verwertung der Tagebuchaufzeichnungen dürften daher nicht von vornherein unzulässig sein. Ob eine Verlesung in der Hauptverhandlung im Interesse der Wahrheitsfindung erforderlich und verhältnismäßig im engeren Sinn ist, dürfte jedoch nicht unmaßgeblich davon abhängen, ob und mit welchen sonstigen, weniger in das allgemeine Persönlichkeitsrecht eingreifenden Beweismitteln eine Aufklärung der Ursachen und Hintergründe der Tat im Rahmen der Beweisaufnahme möglich erscheint.

(BVerfG Beschl. v. 14.9.1989 – 2 BvR 1062/87, NJW 1990, 563ff.; BVerfG Urt. v. 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98 u. 1 BvR 1084/99, NJW 2004, 999ff.; BerlVerfGH Beschl. v. 24.1.2003 – VerfGH 39/99, NJW 2004, 593f.; BGH Beschl. v. 30.3.1994 – StB 2/94, NStZ 1994, 350)

37. Lösung 37: „Nicht ohne meine Akte“ [S. 296]

Die Voraussetzungen für eine Durchsuchungsanordnung dürften vorliegen. Gemäß § 102 StPO kann eine Durchsuchung der Wohnung und anderer Räume sowie der Person und der ihr gehörenden Sachen u.a. dann angeordnet werden, wenn zu vermuten ist, dass die Durchsuchung zur Auffindung von Beweismitteln führen werde.

Die Anordnung richtet sich gegen den Verdächtigen im Sinne des § 102 StPO, mithin die Person, bei der aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte angenommen werden kann, dass sie als Täter oder Teilnehmer einer Straftat in Betracht kommt. Sowohl die örtlichen als auch zeitlichen Zusammenhänge zwischen Tatbegehung und Feststellungen der Polizeibeamten und die augenscheinliche Identität zwischen dem zu der Tat genutzten und festgestellten PKW dürften die Annahme rechtfertigen, dass sich in dem potentiellen Durchsuchungsobjekt (Bungalow) die bislang unbekanntes Täter befinden.

Der Durchsuchungsbetroffene muss (noch) nicht in einem Ermittlungsverfahren förmlich beschuldigt sein, da die Beschuldigteneigenschaft eines Tatverdächtigen grundsätzlich erst durch einen Willensakt der Strafverfolgungsbehörde begründet wird, die dies nach der Stärke des Tatverdachts zu beurteilen hat. Zielt die Durchsuchung erkennbar darauf ab, gegen den Verdächtigen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen, ist eine Beschuldigteneigenschaft des Verdächtigen begründender Verfolgungswille der Strafverfolgungsbehörde zu bejahen. Ist der Beschuldigte noch nicht identifiziert, kann aber das Durchsuchungsobjekt dem Tatverdächtigen zugeordnet werden, kann die Durchsuchungsanordnung auf § 102 StPO gestützt werden.

Zweck der Ermittlungsdurchsuchung ist das Auffinden von Beweismitteln. Die von der Polizei geschilderten Umstände dürften die Vermutung rechtfertigen, dass der Zweck der Durchsuchung erreicht werden kann. Die tatsächlichen Umstände legen es nach kriminalistischer Erfahrung nahe, dass die mutmaßlichen Täter des Einbruchdiebstahls die Tatbeute zum Zwecke der Beutesicherung in den Bungalow verbracht haben. Insoweit dürfte eine begründete Auffindevermutung bestehen. Die Durchsuchung wäre im Übrigen auch zur Beschlagnahme der Tatbeute nach Maßgabe der §§ 114b Abs. 4, 102 StPO gerechtfertigt, da die Annahme begründet sein dürfte, dass die Voraussetzungen der Einziehung von Taterträgen (§ 73 Abs. 1 StGB) vorliegen und sich aus dem tatsächlichen Verhalten der Täter ein Sicherheitsbedürfnis bezüglich der Vollstreckung ergibt.

Ob es sich bei dem Bungalow um eine Wohnung der Tatverdächtigen oder sonstigen Raum handelt, kann dahinstehen. Wohnungen sind Räumlichkeiten, in denen sich der Verdächtige aufhält oder die er benutzt, wobei die tatsächliche Situation maßgeblich ist und daher unerheblich, ob der Verdächtige die Wohnung befugt benutzt, ob ihm das Hausrecht zusteht und ob die Räumlichkeiten im Allein- oder Mitbesitz des Verdächtigen stehen. Der Begriff der Wohnung im Sinne des § 102 StPO ist zum Schutz der Betroffenen weit auszulegen und erfasst auch zeitweise genutzte Unterkünfte. Selbst wenn eine nach außen erkennbare Zweckbestimmung des Nutzungsberechtigten als räumliche Privatsphäre bezüglich des Bungalows nicht vorliegen würde, handelt es sich bei dem Bungalow offensichtlich um Räumlichkeiten, welche die Verdächtigen in anderer Form als zum Darin-Leben nutzen und damit um andere Räume im Sinne des § 102 StPO.

Schließlich dürften angesichts des Tatvorwurfs (§§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB) Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der beabsichtigten Maßnahme nicht bestehen.

Durchsuchungen nach § 102 StPO dürfen gemäß § 105 Abs. 1 S. 1 StPO nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzug auch durch die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen angeordnet werden. Die Ausgestaltung der Anordnungs-kompetenzverteilung in Form eines relativen Richtervorbehaltes ist verfassungsrechtlich gesichert (vgl. Art. 13 Abs. 2 GG). Die Begrifflichkeit der Gefahr im Verzug ist eng auszulegen, um die verfassungsrechtlichen Richtervorbehalt nicht leer laufen zu lassen. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der uneingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. Gefahr im Verzug liegt in der Regel vor, wenn die richterliche Anordnung nicht eingeholt werden kann, ohne dass der Zweck der Maßnahme gefährdet wird. Grundsätzlich muss zunächst versucht werden, eine richterliche Anordnung zu erhalten, wobei eine telefonische Kontaktaufnahme genügt. Ergeben sich aus den tatsächlichen Umständen konkrete Hinweise darauf, dass schon der Versuch der Befassung eines Richters mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden wäre, die zu einem Beweismittelverlust führen könnte, besteht die Eilanordnungs-kompetenz der Staatsanwaltschaft bzw. der Polizei.

Im Beispielsfall wurde der Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) bereits kontaktiert. Allerdings könnte die Weigerungshaltung des Ermittlungsrichters zu einer Verzögerung führen, welche den Zweck der Maßnahme vereiteln könnte. Regelmäßig existieren insbesondere in von Dynamik geprägten Eilfällen im Bereich des „ersten Zugriffs“ durch die Polizei unmittelbar nach begangenen Straftaten noch keine Ermittlungsakten oder sonstige Aufzeichnungen, welche den bisherigen Ermittlungsverlauf und dessen Ermittlungsergebnis in schriftlicher Form darstellen könnten. Die Erstellung solcher Dokumentationen nimmt naturgemäß eine gewisse Zeit in Anspruch. Unabhängig davon, dass eine Verschriftlichung der Erkenntnisse der Beamten vor Ort durch diese selbst weder praktikabel noch den Umständen nach ermittlungstaktisch zweckmäßig erscheint, müssten die ggf. erstellte Akten zudem zunächst der Staatsanwaltschaft vorgelegt und mit einem staatsanwaltschaftlichen Durchsuchungsantrag versehen und schließlich dem Ermittlungsrichter vorgelegt werden. Die Erstellung und Übermittlung von Akten dürfte daher mit einem Zeitablauf verbunden sein, bei dem im Beispielsfall Beweismittelverlust drohen könnte.

Die Gefahr des Beweismittelverlustes bei Umsetzung des vom kontaktierten Richter geforderten Vorgehens führt jedoch nicht dazu, dass die Staatsanwaltschaft wegen Gefahr im Verzug eine Durchsuchungsanordnung treffen kann. Mit der Befassung des zuständigen Ermittlungs- oder Eildienststrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung und der dadurch eröffneten Möglichkeit präventiven Grundrechtsschutzes durch den Richter endet die Eilkompetenz der Ermittlungsbehörden. Sie kann nur dann neu begründet werden, wenn nach der Befassung des Richters tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die sich nicht aus dem Prozess der Prüfung und Entscheidung über den bereits gestellten Antrag ergeben. Wird durch diese neuen Tatsachen die Gefahr eines Beweismittelverlustes in einer Weise begründet, die der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegensteht, lebt die Anordnungsbefugnis des § 105 Abs. 1 StPO insgesamt wieder auf und könnte die Anordnung wegen Gefahr im Verzug rechtfertigen (überholende Kausalität).

Hat demgegenüber die Staatsanwaltschaft den Antrag bei dem zuständigen Richter unterbreitet, so dass dieser in eine erste Sachprüfung eintreten kann, entfällt das Bedürfnis für eine Eilanordnung der Strafverfolgungsbehörde, da es nunmehr Sache des zuständigen Richters ist, über die Voraussetzungen der Eilbedürftigkeit eines Eingriffs in das Grundrecht im Lichte des verfassungsrechtlichen Gebots effektiver Strafverfolgung zu entscheiden. Ausreichend unterbreitet in diesem Sinne ist der Sachverhalt bereits durch die mündliche Schilderung des bisherigen Geschehens und durch die mündliche Antragstellung ist der Richter damit befasst, denn eine bestimmte Form ist insoweit gesetzlich nicht vorgeschrieben.

Unerheblich ist, wann der Richter mit der sachlichen Prüfung tatsächlich beginnt oder wann er seine Entscheidung fällt. Mit der Bedeutung des Richtervorbehalts und dessen grundrechtssichernden Schutzfunktion wäre es nicht vereinbar, den zuständigen Richter durch die Bestimmung des Zeitpunktes des Eintritts in die Sachprüfung letztendlich über seine Zuständigkeit disponieren zu lassen. Zwar steht dem Richter auf Grund seiner durch Art. 97 Abs. 1 GG gewährleisteten Unabhängigkeit frei, insbesondere darüber zu befinden, auf welcher tatsächlichen Grundlage er sich in der Lage sieht, über eine beantragte Ermittlungsmaßnahme

zu entscheiden. Die richterliche Unabhängigkeit stellt allerdings nicht auch dessen Entscheidungszuständigkeit zu dessen Disposition. Er hat eigenständig darüber zu befinden, wie lange er den Antrag prüft, ob es vor seiner Entscheidung weiterer Sachaufklärung bedarf und auch in welcher Form ihm die Entscheidungsgrundlagen vermittelt werden sollen. An diese Verfahrensgestaltung und die sich daraus ergebenden Konsequenzen sind die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen ebenso gebunden, wie an eine abschließende Entscheidung über den Antrag. Zwar mag die konkrete Verfahrensgestaltung durch den bereits befassten Richter im Beispielfall zu Verzögerungen führen. Daraus allein lässt sich Gefahr im Verzug jedoch nicht herleiten.

Selbst wenn der durch die Antragstellung befasste Richter „mutwillig“ nicht entscheiden wollen würde, liegt keine die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft neu begründende überholende Kausalität aufgrund neuer tatsächlicher Umstände vor, die noch nicht Gegenstand der richterlichen Entscheidungsfindung sein hätten können. Der befasste Richter ist vielmehr an das aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Gebot der Funktionstüchtigkeit der Strafrechtspflege und das Gebot effektiver Strafverfolgung (Art. 20 Abs. 3 GG) gebunden. Er darf nicht durch den Verzicht auf eine Sachentscheidung unter Hinweis auf unzureichende Übermittlung von ihm für entscheidungserheblich gehaltener Sachverhaltsdarstellung über die Gewährung präventiven Grundrechtsschutzes disponieren.

Die Staatsanwaltschaft kann die Durchsuchungsmaßnahme mithin nicht wegen Gefahr im Verzug selbst anordnen.

(BVerfG Beschl. v. 16.6.2015 – 2 BvR 2718/10, 2 BvR 1849/11, 2 BvR 2808/11, NJW 2015, 2787ff. mAnm Bittmann; LG Hamburg, Beschl. v. 13.11.2017 – 630 Qs 13/17, BeckRS 2017, 135201; BGH Urst. v. 15.10.1985 – 5 StR 338/85, NStZ 1985, 84f.; BVerfG Urst. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, NStZ 2001, 382ff.; BGH Urst. v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NStZ 2007, 601ff.; BVerfG Beschl. v. 27.2.2003 – 2 BvR 1120/02, NVwZ-RR 2003, 495f.)

38. Lösung 38: „Abwarten...“ [S. 297]

Die Annahme eines Beweisverwertungsverbotes könnte aufgrund eines Beweiserhebungsmangels gerechtfertigt sein. Allerdings zieht nicht jeder Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften ein strafprozessuales Verwertungsverbot nach sich. Rechtsverstöße bei der Anordnung und Durchführung der Durchsuchung machen aufgefundene Beweismittel daher nicht ohne Weiteres unverwertbar. Beweisverwertungsverbote stellen eine Ausnahme dar, die nur aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift oder aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzelfall anzuerkennen sind. Ob ein Verwertungsverbot eingreift, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere nach dem Gewicht des Verstoßes unter Abwägung der widerstreitenden Interessen. Dabei ist zu beachten, dass die Annahme eines Verwertungsverbots eines der wesentlichen Prinzipien des Strafverfahrensrechts einschränkt, nämlich den Grundsatz, dass das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die von Bedeutung sind. Maßgeblich beeinflusst wird das Ergebnis der danach vorzunehmenden Abwägung (Abwägungslehre) einerseits durch das Ausmaß des staatlichen Aufklärungsinteresses, dessen Gewicht vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Andererseits ist das Gewicht des in Rede stehenden Verfahrensverstößes von Belang, das sich vor allem danach bemisst, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde. Schwerwiegende, bewusste oder willkürliche Verfahrensverstöße, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen werden, verlangen von Verfassungen wegen die Unverwertbarkeit dadurch gewonnener Informationen. Gegen eine Unverwertbarkeit der bei einer Durchsuchung sichergestellten Gegenstände infolge mangelhafter oder fehlender Durchsuchungsanordnung könnte aber sprechen, dass dem Erlass einer (ordnungsgemäßen) Durchsuchungsanordnung keine rechtlichen Hindernisse entgegenstanden hätten und die tatsächlich sichergestellten Beweismittel als solche der Verwertung als Beweismittel rechtlich zugänglich gewesen wären (hypothetisch rechtmäßiger Ersatzeingriff).

Problematisch ist im Beispielfall, dass eine gemäß §§ 102, 105 StPO und Art. 13 Abs. 2 GG grundsätzlich erforderliche richterliche Anordnung der Durchsuchung nicht vorlag. Vielmehr wurde die Anordnung durch die diensthabende Staatsanwältin vorgenommen. Die Rechtmäßigkeit dieser Anordnung hängt davon ab, ob der Staatsanwaltschaft wegen Gefahr im

Verzug die Anordnungscompetenz zukam. Zwar darf Gefahr im Verzug angenommen werden, falls die vorherige Einholung der richterlichen Anordnung den Erfolg der Durchsuchung gefährdet. Jedoch dürfen die Strafverfolgungsbehörden mit einer Antragstellung nicht zuwarten, bis die Gefahr eines Beweismittelverlustes tatsächlich eingetreten ist. Andernfalls würde die von Verfassungswegen vorgesehene Regelzuständigkeit des Richters unterlaufen. Für die Frage, ob die Ermittlungsbehörden eine richterliche Entscheidung rechtzeitig erreichen können, kommt es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Staatsanwaltschaft oder ihre Hilfsbeamten die Durchsuchung für erforderlich halten.

Im Beispielsfall war spätestens mit Beginn der Observation nach kriminalistischer Erfahrung damit zu rechnen, dass im Anschluss an die Beschaffung eine Durchsuchung erfolgen würde, zumal die Einsatzkräfte der Polizei sich bereithielten und aufgrund der Telekommunikationsüberwachung das Erfordernis einer Durchsuchung auf der Hand lag. Schon deshalb beruhte die Inanspruchnahme der Eilkompetenz durch die Staatsanwaltschaft nicht mehr auf einer überraschenden Verfahrenssituation, welche eine Ausnahme von der richterlichen Anordnungscompetenz hätte rechtfertigen können. Unerheblich ist insoweit, dass der Polizeibeamte die Erkenntnisse aus der Überwachungsmaßnahme für zu vage hielt. Bereits der Umstand, dass ab Januar 2017 hinreichende Erkenntnisse für eine Telekommunikationsüberwachung vorlagen, macht die Erwägung, dass trotz weiterer Verdichtung des Tatverdachts eine Anordnung einer Durchsuchung nicht ergehen würde, nicht nachvollziehbar. Seine dienstliche Überlastung hinderte den Polizeibeamten darüber hinaus offensichtlich nicht daran, die Gesetzmäßigkeit seines Vorgehens zu prüfen, da er sich Gedanken um die Einholung eines richterlichen Beschlusses gemacht hatte. Über welche Erfahrungswerte der Polizeibeamte zu verfügen meinte, spielt ebenfalls keine Rolle, denn solche vermögen die Entscheidung des Ermittlungsrichters nicht zu beeinflussen und die Anforderungen an die Gesetzmäßigkeit des Handelns der Strafverfolgungsbehörden nicht zu senken. Dem Aspekt eines möglichen hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs kann vor diesem Hintergrund keine Bedeutung zukommen. Der Richtervorbehalt wurde vorliegend vielmehr grob verkannt. Würde das Hinausschieben der Einholung einer richterlichen Anordnung trotz offensichtlicher Erforderlichkeit einer Durchsuchung prozessrechtlich geduldet, entstünde ein Ansporn, die Ermittlungen ohne Einschaltung des Ermittlungsrichters einfacher und möglicherweise erfolgversprechender zu gestalten. Damit würde das wesentliche Erfordernis eines rechtsstaatlichen Ermittlungsverfahrens aufgegeben, dass Beweise nicht unter bewusstem Rechtsbruch oder gleichgewichtiger Rechtsmissachtung erlangt werden dürfen. Die Anordnung der Durchsuchung erweist sich daher als grob rechtswidrig und dürfte im Beispielsfall eine Unverwertbarkeit der Beweismittel bedingen.

Ob sich eine Unverwertbarkeit der Beweismittel auch daraus ableiten lässt, dass die staatsanwaltschaftliche Anordnung im unmittelbaren Zusammenhang mit ihrem Erlass nicht schriftlich dokumentiert worden ist, erscheint diskutabel. Nach den Anforderungen des BVerfG haben die handelnden Beamten die Bezeichnung des Tatverdachts und der gesuchten Beweismittel und die tatsächlichen Umstände, auf die die Gefahr des Beweismittelverlustes gestützt wird, sowie die Bemühungen, einen Ermittlungsrichter zu erreichen, in einem vor der Durchsuchung oder unverzüglich danach gefertigten Vermerk vollständig aktenkundig zu machen. Nur auf diese Weise kann die nachträgliche Prüfung der Annahme von Gefahr im Verzug gewährleistet werden. Allerdings ist im Rahmen der gerichtlichen Prüfung zur Frage der Verwertbarkeit der gesamte Akteninhalt heranzuziehen. Eine gesonderte Darlegung der Gefahr im Verzug begründenden Umstände in einem gesonderten Vermerk kann mithin entbehrlich sein, wenn sich bereits aus den übrigen, sich aus dem Akteninhalt ergebenden Umständen die Voraussetzungen für eine Eilkompetenz im Zeitpunkt der Anordnung entnehmen lassen. Der Tatrichter hat von Amts wegen unter Heranziehung der gesamten Aktenlage im Wege des Freibeweises die Voraussetzungen für ein Verwertungsverbot zu prüfen, d.h. insbesondere zu untersuchen, ob die dem eine Durchsuchung Anordnenden unterbreitete Verdachts- und Beweislage eine Anordnung der Maßnahme vertretbar erscheinen ließ. Dabei ist der Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der Entscheidung zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Vertretbarkeit der Anordnung zu untersuchen. Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs gebietet dem Tatgericht zudem, die insoweit im Wege des Freibeweises festgestellten Tatsachen den Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu bringen. Berücksichtigt man, dass anerkannt ist, dass die irrtümliche Verkennung der Voraussetzungen von Gefahr im Verzug bei zutreffend erfassten tatsächlichen Sachverhalt (Subsumtionsirrtum) in der Regel zu einem Beweisverwertungsverbot führt, kann umgekehrt der fehlenden Dokumentation der Erwägungsgründe für eine Anordnung keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen, wenn

sich die Maßnahme im Zeitpunkt der Anordnung aufgrund aller zu diesem Zeitpunkt tatsächlich bekannten Umstände als rechtmäßig erweist. Zwar ist die Dokumentation im Lichte des erforderlichen präventiven Grundrechtsschutzes kein bloßer Verstoß gegen eine Ordnungsvorschrift. Lässt sich aber die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme ohne eine solche gesonderte Dokumentation feststellen, dürfte ihr Fehlen ein Beweisverwertungsverbot nicht bedingen.

(BGH Beschl. v. 30.8.2011 – 3 StR 210/11, NStZ 2012, 104f.; BGH Urt. v. 18.4.2007 – 5 StR 546/06, NStZ 2007, 601ff.; BVerfG Urt. v. 20.2.2001 – 2 BvR 1444/00, NJW 2001, 1121ff.; BVerfG Beschl. v. 28.9.2006 – 2 BvR 876/06, NJW 2007, 1444; BGH Beschl. v. 1.8.2002 – 3 StR 122/02, NStZ 2003, 215ff.; BVerfG Beschl. v. 4.2.2005 – 2 BvR 308/04, NJW 2005, 1637ff.)

39. Lösung 39: „Bein Anruf – Pizza.“ [S. 297]

Gemäß § 165 StPO kann der Richter erforderliche Untersuchungshandlungen als sogenannter „Notstaatsanwalt“ unabhängig von einem Antrag der Staatsanwaltschaft (§ 162 Abs. 1 StPO) vornehmen. Zu diesem Zweck kann die Polizei die Akten unmittelbar dem Gericht vorlegen (§ 163 Abs. 2 S. 2 StPO) und – mangels eigener Antragsbefugnis – eine richterliche Handlung nach § 165 StPO anregen. Zulässig wäre auch, dass die Polizei im Auftrag der Staatsanwaltschaft in deren Namen unter Vorlage der Akten einen Antrag stellt – dies würde aber die Erreichbarkeit der Staatsanwaltschaft und eine entsprechende Beauftragung voraussetzen.

Der Staatsanwalt ist im Sinne des § 165 StPO unerreichbar, wenn er nicht derart rechtzeitig und umfassend unterrichtet werden kann, dass es ihm möglich wäre, Anträge nach § 162 StPO zu stellen. Zwar würde nicht ausreichen, wenn nur der nach der Geschäftsverteilung der Staatsanwaltschaft zuständige Staatsanwalt nicht erreichbar ist, solange ein Vertreter oder der Bereitschaftsstaatsanwalt kontaktiert werden kann. Die Unzulänglichkeiten bei der Einrichtung der technischen Umsetzung der Kontaktmöglichkeiten dürften vor dem Hintergrund der vorgerückten Stunde eine Erreichbarkeit der Staatsanwaltschaft im Beispielsfall jedoch objektiv ausschließen. Die Anordnung einer Maßnahme durch den Richter als Notstaatsanwalt setzt zusätzlich Gefahr im Verzug voraus. Diese liegt vor, wenn mit der erforderliche Untersuchungshandlung nicht bis zur Erreichbarkeit des Staatsanwaltes abgewartet werden kann, ohne dass dadurch ihre Durchführung vereitelt oder der mit ihr verfolgte Zweck beeinträchtigt werden würde. Die Gefährdung des Untersuchungserfolgs muss mit einzelfallbezogenen Tatsachen begründbar sein und in den Ermittlungsakten dokumentiert werden, sofern die Dringlichkeit nicht evident ist.

Bei Straßenverkehrsdelikten, bei denen es auf die Überschreitung eines bestimmten Blutalkoholkonzentrationswertes (BAK-Wert) ankommt, dürfte eine evidente Dringlichkeit häufig gegeben sein. Meist ist eine exakte messtechnische Bestimmung des BAK-Wertes zum Tatzeitpunkt wesentlich für die Feststellung der Strafbarkeit. Zwar lässt sich der Wert der BAK zum Tatzeitpunkt auch durch Rückrechnung ermitteln. Allerdings erfolgt diese Rückrechnung auf Grund bestimmter statistischer Mindestwerte zum Alkoholabbau im Körper. Die tatsächlichen Abbauwerte weichen im Allgemeinen davon ab, so dass sich mit zunehmendem Zeitablauf zwischen Tat und Blutprobenentnahme auch die Abweichungen zwischen einem zeitnah gemessenen tatsächlichen BAK-Wert und einem durch Rückrechnung ermittelten ergeben. Die Möglichkeit der Rückrechnung schließt mithin die Gefahr eines Beweismittelverlustes nicht aus. Gegen die Inanspruchnahme einer Eilkompetenz wird allerdings regelmäßig sprechen, dass Entscheidungen zu einer Blutprobenanordnung mündlich und – jedenfalls bei wenig komplexen Sachverhalten – binnen weniger Minuten auf dem prozessual vorgesehenen Weg getroffen werden können. Wird aber eine Atemalkoholmessung durchgeführt und deutet diese nur auf eine geringfügige oder mäßige Überschreitung der die Strafbarkeit begründenden Grenzwerte bei Verkehrsdelikten hin, wird man eine Eilkompetenz eher bejahen müssen, denn in solchen Situationen kommt es wegen der nur knappen Grenzwertüberschreitung auf ein möglichst genaues Ergebnis an. Danach dürfte im Beispielsfall grundsätzlich die Annahme von Gefahr im Verzug im Sinne des § 165 StPO begründet sein, denn die Atemalkoholmessung ergab einen Wert, der nur äußerst geringfügig oberhalb des bei Fahrradfahrern maßgeblichen Grenzwertes der absoluten Fahruntüchtigkeit von 1,6 ‰ lag. Jeder weitere Versuch einer Kontaktaufnahme mit der Staatsanwaltschaft dürfte in dieser Konstellation die mit der Blutprobenentnahme verbundene Beweismittelsicherung gefährden.

Im Beispielsfall wäre dem Polizeibeamten gleichwohl nicht zu empfehlen, den Ermittlungsrichter direkt mit einer Anregung auf Anordnung einer Blutprobenentnahme zu kontaktieren. Zwar darf die Anordnung einer Blutprobe gem. § 81a Abs. 1 StPO erfolgen, wenn dies zur Feststellung von Tatsachen erforderlich ist. Die Entnahme einer Blutprobe bedarf abweichend von dem grundsätzlichen (relativen) Richtervorbehalt nach § 81a Abs. 2 S. 1 StPO jedoch keiner richterlichen Anordnung, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass eine Straftat u.a. nach § 316 StGB begangen worden ist. Ausreichend ist insoweit ein Anfangsverdacht. Aufgrund der Ergebnisse der Atemalkoholmessung liegen zureichende tatsächliche Anhaltspunkte vor, die es nach kriminalistischer Erfahrung als möglich erscheinen lassen, dass der B eine verfolgbare Straftat der Trunkenheit im Verkehr begangen hat, indem er in alkoholbedingt fahruntüchtigen Zustand ein Fahrrad fuhr. Die Normvoraussetzungen liegen auch dann vor, wenn die Kontrollsituation ursprünglich nicht darauf ausgerichtet gewesen ist, einem bereits bestehenden Verdacht der Begehung einer der in § 81a Abs. 2 S. 2 StPO genannten Straftaten nachzugehen, etwa – wie im Beispielsfall – im Rahmen einer allgemeinen Verkehrskontrolle.

Bedarf die Anordnung der Maßnahme keiner richterlichen Entscheidung, so besteht – wenn eine spezielle Regelung nicht getroffen wurde – grundsätzlich eine Anordnungscompetenz der Polizei und der Staatsanwaltschaft (§§ 161, 163 StPO). Es besteht bei dieser zweigliedrigen Anordnungsbefugnis kein Stufenverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft und Polizei. Ein solches ergibt sich auch nicht aus der der Staatsanwaltschaft zustehenden Sachleitungsbefugnis. Die Anordnung der Entnahme einer Blutprobe durch die Staatsanwaltschaft hat keinen Vorrang vor der polizeilichen Anordnung. Die Anordnungscompetenzen sind vielmehr gleichrangig ausgestaltet. Nach § 163 Abs. 1 StPO handelt die Polizei ohne vorherige Weisung der Staatsanwaltschaft als deren „verlängerter Arm“. Zwar können die gleichrangigen Anordnungscompetenzen durch (generelle) Anordnungen seitens der Staatsanwaltschaft eingeschränkt werden und auch konkrete Einzelfallweisungen zur Art und Durchführung einzelner Ermittlungshandlungen der Staatsanwaltschaft gegenüber der Polizei sind für letztere bindend. Ein generelles Erfordernis der Kontaktaufnahme mit einem Staatsanwalt zur Anordnung solcher Maßnahmen, für welche der Polizei eine eigenen Anordnungscompetenz zukommt, lässt sich aus dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft „Herrin des Verfahrens“ ist, jedoch nicht ableiten.

Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, ob die Voraussetzungen für Gefahr im Verzug im Sinne des § 81a Abs. 2 S. 1 StPO vorliegen. Die in § 81a Abs. 2 S. 2 StPO geregelte originäre gleichrangige Anordnungscompetenz der Staatsanwaltschaft und der Polizei ist keine gesonderte Form der Eilkompetenz, welche die Gefahr eines Beweismittelverlustes voraussetzen würde. Entscheidend ist lediglich, ob ein Anfangsverdacht wegen einer Verkehrsstraftat im Sinne des § 81a Abs. 2 S. 2 StPO besteht und die sonstigen Voraussetzungen des § 81a StPO für eine Anordnung vorliegen. Insbesondere darf nicht zu befürchten sein, dass mit der Entnahme von Blutproben ein Nachteil für die Gesundheit des B verbunden ist (§ 81a Abs. 1 S. 2 StPO). Ausreichend sind hierfür nur erhebliche über die Untersuchungsdauer fortwirkende Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens. Schmerzen und andere vorübergehende Unannehmlichkeiten sind ebenso wenig ein „Nachteil“ wie Angstzustände und seelische Belastungen. Die Angst des B vor Spritzen macht die Maßnahme auch nicht sonst unverhältnismäßig. Seinen Befindlichkeiten kann insoweit im Rahmen der konkreten Ausgestaltung der Entnahme durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst hinreichend Rechnung getragen werden. Die Blutentnahme durch einen Arzt gilt als harmloser, ungefährlicher, vergleichsweise unbedeutender Eingriff. Anhaltspunkte dafür, dass durch die Blutprobenentnahme ein dauerhafter schwerer seelischer Schaden zu befürchten steht, welcher unter Umständen als Nachteil im Sinne des § 81a Abs. 1 S. 2 StPO eingeordnet werden und möglicherweise die Befragung eines Sachverständigen erforderlich machen könnte, bestehen im Beispielsfall nicht.

Dem Polizeibeamten dürfte daher empfohlen werden können, die Entnahme einer Blutprobe selbst anzuordnen.

(OLG Hamm, Beschl. v. 25.8.2008 – 3 Ss 318/08, NJW 2009, 242ff. mAnm Zopfs; OLG Stuttgart, Beschl. v. 26.11.2007 – 1 Ss 532/07, NStZ 2008, 238f.; OLG Köln, Urt. v. 17.12.1985 – 1 Ss 318/15, NStZ 1986, 234ff.)

40. Lösung 40: „Breachreiz“ [S. 297]

Für die Verwertbarkeit der Sicherstellungsgegenstände im Wege des Augenscheins bzw. im Wege des Sachverständigenbeweises (zur Frage des Wirkstoffs und dessen Menge) dürfte maßgeblich sein, ob die Beweiserhebung an einem beachtlichen Mangel leidet.

Es erscheint schon fraglich, welche strafprozessuale Ermächtigungsgrundlage für den Einsatz der Brechmittel herangezogen werden kann. Das Entfernen von Fremdkörpern aus natürlichen Körperöffnungen wird als Durchsuchung der Person grundsätzlich von § 102 StPO gedeckt. Da die konkrete Maßnahme augenscheinlich dem Ziel der Beweismittelsicherung diene, die körperliche Beschaffenheit des Beschuldigten K aufzuklären demgegenüber nicht zur Sachverhaltserforschung erforderlich und bezweckt war, müsste sich die Brechmittelvergabe an § 102 StPO messen lassen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Vergabe von Brechmitteln durch einen Arzt einen Eingriff in die Körperfunktionen darstellt, der auf die Erforschung des Körperinneren gerichtet ist. Die Suche nach und das Zutagefördern von Gegenständen im bzw. aus dem Körperinneren, die ohne ärztliche Hilfe und Fachkenntnis nicht erfolversprechend umgesetzt werden könnten, weil anzuwendende Mittel wie ein bloßes Betrachten oder ein „Erfühlen“ / „Ergreifen“ ungeeignet wären, dürften eher einem körperlichen Eingriff im Sinne des § 81a StPO vergleichbar sein. Diese Vorschrift deckt auch die Beweismittelsicherung ab, denn diese dient zur Feststellung von Tatsachen, die für das Verfahren von Bedeutung sind.

Ob das zwangsweise Verabreichen von Brechmitteln eines Brechmittels durch § 81a StPO gerechtfertigt ist, wenn ein Anfangsverdacht besteht, verfahrenserhebliche Tatsachen festgestellt werden sollen und der körperliche Eingriff, von dem keine Gefahren für die Gesundheit ausgehen, nach den Regeln der Kunst durch einen Arzt durchgeführt wird, wird entscheidend davon abhängen, ob das allgemeine Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt ist.

Ohne Bedeutung ist dabei, ob es auch im Interesse des K gewesen sein könnte, die verschluckten Plastikbeutel aus seinem Körper zu entfernen. Die strafprozessualen Maßnahmen dienen nämlich nicht dem Zweck, Straftäter durch eine Zwangsbehandlung vor Gefahren zu schützen, in welche diese sich eigenverantwortlich begeben haben. Ihre Rechtmäßigkeit kann sich daher nicht daraus ableiten, ob durch sich durch ihr Unterlassen ein vom Täter selbst geschaffenes Risiko verwirklichen würde.

Körperliche Untersuchungen und Eingriffe im Sinne des § 81a StPO tangieren die durch Art. 2 Abs. 2 GG gewährleistete körperliche Unversehrtheit. Ihre Verhältnismäßigkeit hängt davon ab, ob sie zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sind. Zwar ist die Brechmittelvergabe, wie sich bereits an dem Ergebnis im Beispielfall zeigt, grundsätzlich geeignet, verschluckte Plastikbeutel herauf zu befördern und damit den Nachweis eines Betäubungsmitteldelikt zu erleichtern. Erforderlich ist die Maßnahme aber nur, wenn kein gleich geeignetes milderer Mittel zur Verfügung stünde. Insbesondere könnte auf ein natürliches Ausscheiden der gesuchten Beweismittel zugewartet werden. Regelmäßig nimmt dies jedoch geraume Zeit in Anspruch, weshalb ein Beweismittelverlust drohen könnte, wenn man nicht gleichzeitig unter Annahme von Verdunkelungsgefahr dem Beschuldigten die Freiheit entzieht um zur rechten Zeit, eine nicht wesentlich weniger entwürdigende Prozedur zur Beweismittelsicherung anzuwenden. Die sog. „Stuhlhaft“ dürfte als gravierender Eingriff in die Freiheitsrechte des K mithin kein gleich geeignetes, weniger belastendes Mittel darstellen.

Die Angemessenheit der Maßnahme erscheint jedoch problematisch. Grundsätzlich ist eine Maßnahme angemessen, wenn die Beeinträchtigung der Grundrechte des Beschuldigten durch den beabsichtigten Eingriff noch im Verhältnis zur Schwere der vorgeworfenen Tat und zur Stärke des Tatverdacht steht. Die zwangsweise Verabreichung von Brechmitteln dürfte gegen die Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) verstoßen. Sie stellt regelmäßig – zumal im Beispielfall augenscheinlich nur unter willensbrechender Gewaltanwendung durchgeführt – einen ganz erheblichen Eingriff in das physische und psychische Wohlbefinden des Betroffenen dar. Die Menschenwürde verpflichtet den Staat, Menschen vor Erniedrigung, Brandmarkung oder Ächtung zu schützen. Eine solche Erniedrigung dürfte vorliegen, wenn der Beschuldigte mittels einer Nasen-Magen-Sonde unter Inkaufnahme innerer Verletzungen zum Erbrechen seines Mageninhaltes gezwungen wird. Die Behandlung degradiert den Beschuldigten in menschenunwürdiger Weise zum Objekt des Strafverfahrens. Das Vorgehen dürfte zudem gegen die Selbstbelastungsfreiheit und das Gebot des fairen Verfahrens (Art. 20 Abs. 3 GG / Art. 6 Abs. 1 EMRK) verstoßen. Danach darf der Beschuldigte nicht dazu gezwungen werden, aktiv an seiner Überführung

mitzuwirken. Zwar hat er Maßnahmen zu dulden. Das Auslösen einer Körperreaktion verstößt aber gegen den Grundsatz der Passivität, wenn – wie der Brechreiz – eine „abnormale“ Körperfunktion zwangsweise aktiviert wird. Es handelt sich dabei gerade nicht um einen Vorgang, den der Beschuldigte im Sinne einer unbeherrschbaren Körperaktivität ohnehin nicht unterbinden könnte, wie etwas das Hinterlassen von DNA-Material, Fingerabdrücken, das Verlieren von Haaren oder das Ausscheiden von Atemluft. Vielmehr wird er durch eine gezielte Manipulation des Körperinneren zu einem Beweismittel gegen sich selbst, indem ein Reiz ausgelöst wird, welcher der natürlichen, vom Willen unbeherrschbaren Selbsterhaltung (Entgiftung) dient, der – je nach Intensität – pathologischen Charakter trägt. Die zwangsweise Brechmittelvergabe dürfte zudem gegen Art. 3 EMRK verstoßen, der ein Verbot der Folter oder erniedrigender Strafe oder Behandlung statuiert. Dies dürfte jedenfalls dann gelten, wenn die mit dem Eingriff verbundenen Gesundheitsgefahren und physische und psychische Beeinträchtigungen außer Verhältnis zur Straferwartung stehen und dem Grunde nach ein Zuwarten auf eine natürliche Körperreaktion zur Beweismittelerlangung – wenn auch weniger erfolgversprechend – möglich wäre.

Vor diesem Hintergrund dürfte die Maßnahme rechtswidrig gewesen sein. Ob die Anordnungsprozessregelung des § 81a Abs. 2 StPO eingehalten wurde, kann daher dahinstehen, wobei in Anbetracht der Uhrzeit, zu der die Anordnung erfolgt sein dürfte, davon ausgegangen werden dürfte, dass ein Ermittlungsrichter nicht erreichbar war und damit eine Eilkompetenz der Staatsanwaltschaft bestand. Angesichts des erheblichen Eingriffs in die Menschenwürde und der – hier in Betracht kommenden – eher geringen Strafandrohung des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG dürften im Sinne der Abwägungslehre die Strafverfolgungsinteressen die Interessen des Beschuldigten an der Einhaltung der seinen Rechtskreis zuzuordnen Schutzvorschrift des § 81a StPO überwiegen und ein Verwertungsverbot naheliegen.

(EGMR Ur. v. 11.7.2006 – 54810/00 Jalloh/Deutschland, NJW 2006, 3117ff.; BVerfG Beschl. v. 15.9.1999 – 2 BvR 2360/95, NStZ 2000, 96 mAnm Rixen NStZ 2000, 381ff.; BGH Ur. v. 29.4.2010 – 5 StR 18/10, NJW 2010, 2595ff.; OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 11.10.1996 – 1 Ss 28/96, NJW 1997, 1647ff.; KG Ur. v. 28.3.2000 – 1 Ss 87/88, NStZ-RR 2001, 204f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 7.5.2004 – 2 Ws 77/04, NStZ 2005, 399f.)

41. Lösung 41: „Ich fühlte mich fit!“ [S. 297]

In Zusammenhang mit Straftaten, die unter Alkoholeinfluss begangen werden, kommt es für die Berechnung des Alkoholisierungsgrades zum allein maßgeblichen Tatzeitpunkt darauf an, welche Funktion der aus einer Blutprobe rückrechenbaren Blutalkoholkonzentration (BAK) zukommt. Hat die BAK wie im Beispielsfall strafbegründende Wirkung, weil die Strafbarkeit nach § 316 StGB maßgeblich von der Frage abhängt, ob der Täter infolge des Genusses alkoholischer Getränke nicht in der Lage war, sein Fahrzeug sicher im Straßenverkehr zu führen, ist eine möglichst geringe BAK zum Tatzeitpunkt „tätergünstig“. In diesem Sinne alkoholbedingt fahrtüchtig ist, wer nicht fähig ist, ein Fahrzeug eine längere Strecke so zu steuern, dass er den Anforderungen des Straßenverkehrs, und zwar auch beim plötzlichen Auftreten schwieriger Verkehrslagen, so gewachsen ist, wie es von einem durchschnittlichen Fahrzeugführer zu erwarten wäre. Eine BAK von 1,1 ‰ oder mehr begründet die Unwiderleglichkeit des Indizwertes der BAK für eine Fahruntüchtigkeit eines Kraftfahrzeugführers. Liegt absolute Fahruntüchtigkeit nach dieser prozessualen Beweisregel vor, ist ein Gegenbeweis, dass der Täter noch fahrtüchtig gewesen ist, unzulässig. Insbesondere kommt es nicht auf das konkrete Fahrverhalten an.

Bei strafbegründender Wirkung wird ein Wert von 0,1 ‰ Alkoholabbau pro Stunde zugrunde gelegt. Die ersten zwei Stunden nach Trinken dürften bei er Rückrechnung wegen der Möglichkeit einer längeren Resorptionsphase nicht berücksichtigt werden.

Das Trinkende fällt im Beispielsfall auf 1 Uhr. Die „anrechnungsfreie“ Zeitspanne von 2 Stunden endet mithin um 3 Uhr. Zwischen der Blutprobe (5 Uhr) und der Tatzeit (3 Uhr) liegen mithin zwei Stunden, die in voller Höhe in die Rückrechnung einbezogen werden können, weil sie sich nicht mit der „anrechnungsfreie“ Zeitspanne überlappen. Die BAK zur Tatzeit betrug mithin: 2 (Stunden) * 0,1 ‰ (stündlicher Abbauwert) = 0,2 ‰ zuzüglich der Blutproben BAK von 0,9 ‰ = 1,1 ‰ (= 0,2 ‰ + 0,9 ‰).

Ist das Trinkende nicht feststellbar, ist das Trinkende mit dem Tatzeitpunkt als für den Täter günstigster Zeitpunkt gleichzusetzen. Bei einer Tatzeit von 3 Uhr und einer Blutprobe um 5 Uhr bleibt bei strafbegründender Wirkung der BAK die Zeit zwischen 3 und 5 Uhr anrechnungsfrei.

Im Beispielsfall beträgt die BAK zur Tatzeit mithin 0,9 ‰, wenn das Trinkende nicht festgestellt werden kann und zwischen Tat und Blutprobenentnahme nur 2 Stunden liegen.

42. Lösung 42: „Ich war total dicht!“ [S. 297]

In Zusammenhang mit Straftaten, die unter Alkoholeinfluss begangen werden, kommt es für die Berechnung des Alkoholisierungsgrades zum allein maßgeblichen Tatzeitpunkt darauf an, welche Funktion der aus einer Blutprobe rückrechenbaren Blutalkoholkonzentration (BAK) zukommt. Hat die BAK wie im Beispielsfall – mangels gegenteiliger Angaben – offensichtlich strafhemmende Wirkung, weil Grenzwerte erreicht sein könnten, die eine Anlass geben könnten, die Frage der Schuldfähigkeit näher aufzuklären, ist eine möglichst hohe BAK zur Tatzeit tätergünstig.

Die krankhafte seelische Störung infolge einer Intoxikationspsychose durch Trunkenheit kann Eingangmerkmal im Sinne der §§ 20, 21 StGB sein. Bei der Rückrechnung wird daher tätergünstig ein Wert von 0,2‰ Alkoholabbau pro Stunde zugrunde gelegt. Dem Täter kommt ein einmaliger Sicherheitszuschlag von 0,2‰ zugute.

Im Beispielsfall liegt zwischen der Blutprobenentnahme und dem Tatzeitpunkt ein Zeitraum von 2,5 Stunden. Der Alkoholabbau in dieser Zeit berechnet sich demnach wie folgt: $2,5\text{h} * 0,2\text{‰/h} = 0,5\text{‰}$. Zuzüglich der BAK bei der Blutprobenentnahme (+ 2,4 ‰) und einem einmaligen Sicherheitszuschlag von 0,2 ‰ ergibt sich eine BAK zur Tatzeit von: $0,5\text{‰} + 2,4\text{‰} + 0,2\text{‰} = 3,1\text{‰}$. Auf das Trinkende kommt es bei strafhemmender Wirkung nicht an.

43. Lösung 43: „Spannungsfrei“ [S. 298]