

## Strafprozessrecht für das erste juristische Staatsexamen

### A. Grundsätzliches

StPO-Problematiken treten im 1. Examen relativ häufig als Zusatzfragen auf und bieten so die Möglichkeit die Klausur noch abzurufen bzw. Wissen zu demonstrieren. Strafprozessuale Einkleidungen sind selten, jedoch nicht unmöglich (bspw. Haftbefehl). In der mündlichen Prüfung hat die StPO häufig große Bedeutung, da Praktiker prüfen. Im 2. Examen sind Kenntnisse in der StPO von elementarer Bedeutung.

#### Wichtige Begriffe:

##### (1) Tat im prozessualen Sinn § 264 StPO :

**Definition:** Einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Beschuldigte einen Straftatbestand verwirklicht hat oder haben soll. Es wäre geradezu unnatürlich, den einheitlichen Vorgang getrennt abzuurteilen.

**Faustformel:** Wenn ein Laie sagen würde, dass es „eine Geschichte“ ist, also wenn die Beteiligten identisch bleiben und der Sachverhalt aufeinander aufbaut, dann liegt auch eine strafprozessuale Tat vor.

**Die strafprozessuale Tat ist im materiellen Gutachten maßgeblich für die Einteilung in die Tatkomplexe.** Die Tatkomplexe werden ausschließlich nach strafprozessualen Taten gebildet. Von dem strafprozessualen Tatbegriff ist zwingend die Handlungslehre der Konkurrenzen zu unterscheiden. Der strafprozessuale Tatbegriff ist viel weitergehender. Während ein Vorsatzwechsel dessen Täters regelmäßig die natürliche Handlungseinheit (wichtigste Fallgruppe „derselben Handlung“ im Sinne des § 52 StGB) durchbricht und zu mehreren Handlungen im Sinne des § 53 StGB führt, liegt bei einem solchen regelmäßig noch eine strafprozessuale Tat vor. Die strafprozessuale Tat ist sehr viel weiter zu verstehen als dieselbe Handlung. So führt eine zeitliche Zäsur, eine örtliche Zäsur oder auch ein Vorsatzwechsel zwar zu „mehreren Handlungen“, dennoch kann unproblematisch noch dieselbe strafprozessuale Tat vorliegen.

**Merke:** Liegt Tateinheit vor, ist auch immer eine prozessuale Tat gegeben. Bei Tatmehrheit hingegen liegen häufig - aber nicht immer (!) - zwei prozessuale Taten vor. Die klassische Ausnahme ist der Vorsatzwechsel innerhalb einer strafprozessualen Tat (Bsp.: die Trunkenheitsfahrt mit Unterbrechung durch einen Unfall und anschließender Fahrerflucht: Aufgrund des erneuten Willensentschlusses „zu fliehen“ liegt Tatmehrheit vor, aber aufgrund des einheitlichen Lebenssachverhaltes eine prozessuale Tat).

Die strafprozessuale Tat hat vor allem Bedeutung für die Einstellungen und die Anklage. Besonders examensrelevant ist dabei die Abgrenzung von § 265 zu § 266 StPO: Wird die gleiche prozessuale Tat nur rechtlich anders gewürdigt, so bedarf es nur eines Hinweises des entscheidenden Gerichts (§ 265 StPO); soll hingegen eine andere prozessuale Tat in das Verfahren einbezogen werden, so bedarf es einer sog. Nachtragsanklage (§ 266 StPO) (siehe Hemmer StPO Fall 2).

##### (2) Anfangsverdacht:

auch „einfacher Tatverdacht“ genannt = konkrete bzw. tatsächliche Anhaltspunkte für Vorliegen einer Straftat. Konkrete Tatsachen lassen es als möglich erscheinen, dass eine verfolgbare Straftat vorliegt -> Voraussetzungen für Einleitung des Ermittlungsverfahrens

### **(3) Hinreichender Tatverdacht:**

erfordert eine Wahrscheinlichkeit der Verurteilung, d.h. konkrete Anhaltspunkte bzw. Verdacht für eine strafbare Handlung, und die Beweisbarkeit mit dem (zulässigen) Mittel der StPO (Tatverdacht im engeren Sinne).

Ferner dürfen keine Prozess- oder Verfahrenshindernisse entgegenstehen (Tatverdacht im weiteren Sinne)  
-> entscheidend für Erhebung der Anklage

### **(4) Dringender Tatverdacht:**

erfordert eine hohe Wahrscheinlichkeit der späteren Verurteilung und ist damit mehr als der hinreichende Tatverdacht. Einen dringender Tatverdacht ist Voraussetzung für den Erlass eines Haftbefehls (siehe auch § 127 II StPO).

### **(5) Überzeugung von der Täterschaft (keine vernünftigen Zweifel)**

Voraussetzung für Verurteilung bzw. für Antrag auf Verurteilung in der Hauptverhandlung. Nur hier gilt hinsichtlich des Sachverhalts der Grundsatz in dubio pro reo. Sofern das Tatgericht (Strafrichter, Schöffengericht, Kammer), also das Tatsachengericht (in der Regel in der ersten Instanz; ggf. das Berufungsgericht), das über die Sach- und Rechtslage zu entscheiden hat, vernünftige Zweifel an einem strafrechtlich relevanten Verhalten des Angeklagten hat, darf nicht verurteilt werden.

## **B. Maximen des Strafrechts:**

**(1) Oficialprinzip, § 152 I:** Strafverfolgung obliegt dem Staat (vertreten durch StA).

→ Einschränkung bei relativen (der fehlende Antrag des Betroffenen kann durch bes. öffentlichen Interesse ersetzt werden) und Durchbrechung bei absoluten *Antragsdelikten* (ohne Antrag des Betroffenen keine Strafverfolgung möglich)

→ Durchbrechung bei *Privatklagedelikten*, §§ 374 ff (beachte § 376!)

**(2) Legalitätsprinzip, § 152 II:** Die Staatsanwaltschaft (StA) muss bei *Anfangsverdacht* ermitteln und verfolgen (§ 160) und Klage erheben, wenn genügender Anlass zur Erhebung der öff. Klage besteht (§ 170 I), d.h. wenn

- (a) sog. *hinreichender Tatverdacht* vorliegt
- (b) kein Verfahrens- oder Prozesshindernis besteht und
- (c) keine Einstellung gem. §§ 153f. StPO (*Opportunitätsprinzip*) erfolgt

Das Legalitätsprinzip gibt der Staatsanwaltschaft verbunden mit dem Akkusationsprinzip eine gravierende Macht. Daher wird das Legalitätsprinzip durch das *Klageerzwingungsverfahren* (§§ 172 f. StPO) abgesichert.

**(P) muss STA auch ermitteln, wenn er privat Kenntnisse von Straftat erlangt?**

hM: zumindest bei Straftaten von erheblicher Bedeutung (+) (**siehe Hemmer StPO Fall 1**)

**(3) Akkusationsprinzip, § 151:** Eröffnung einer gerichtlichen Untersuchung ist durch die Erhebung einer Klage bedingt („wo kein Kläger, da kein Richter“)

**(4) Untersuchungsgrundsatz:** SV wird von Amts wegen ermittelt, vgl. §§ 160, 163, 244 II StPO (-> Unterschied zur Dispositionsmaxime im Zivilrecht)

**(5) Beschleunigungsgebot:** aus Art. 20 III GG, §§ 228, 229 StPO

**(6) Freie richterliche Beweiswürdigung, § 261 StPO**

**(7) Mündlichkeitsprinzip:** Gegenstände der HV sind mündlich vorzutragen

**(8) Unmittelbarkeit:** Vorrang des originären Beweismittels §§ 261, 250 StPO

**(9) Öffentlichkeitsgrundsatz § 169 S. 1 GVG**

**(10) In dubio pro reo**

## **(11) Rechtsstaatsprinzip/ Grundrechte:**

- Fair-trial, (Art. 1,) 20 III GG
- Anspruch auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 S. 2 GG
- Anspruch auf rechtliches Gehör Art. 103 III GG, gilt nur innerhalb der Gerichtsbarkeit der BRD und betrifft nicht zusätzliche Disziplinarmaßnahmen
- Bestimmtheitsgrundsatz: Art. 103 II GG, insbesondere Verbot strafbegründender/strafschärfender Analogie zu Lasten des Täters
- Staatlicher Strafanspruch; Art. 20 III GG

**Beachte: Gerade im Rahmen der Abwägung von unselbständigen Beweisverwertungsverböten geht es darum, die (Grund-)Rechte des Beschuldigten mit dem staatlichen Strafanspruch (Art. 20 III GG) abzuwägen!**

## **C. Erkenntnisverfahren**

Im Rahmen des strafprozessualen Verfahrens ist insbesondere das Erkenntnisverfahren von Bedeutung, dass sich im Wesentlichen in drei Teile teilt:

- 1. Vorverfahren = Ermittlungsverfahren**
- 2. Zwischenverfahren**
- 3. Hauptverfahren**

Außerhalb des Erkenntnisverfahrens gibt es das Vollstreckungsverfahren (§§ 449f. StPO) und den Strafvollzug (StVollzG). Beides dürfte für das erste Examen kaum Bedeutung haben.

## **I. Vorverfahren = Ermittlungsverfahren, §§ 151 ff. StPO**

### **Ablauf der Ermittlungen**

#### **1) Ingangsetzung:**

##### **a) Strafanzeige oder Strafantrag gem. § 158 I StPO / Strafantrag gem. § 158 II**

Wichtig: Die Strafanzeige meint nur die rein informatorische Anzeige einer Straftat und ist damit von einem schlichten Strafantrag im Sinne des § 158 I StPO zu unterscheiden. Dieser Antrag, mit dem der Anzeigende seinen persönlichen Wunsch nach Verfolgung der Tat zum Ausdruck bringt und der eine wichtige Rolle bei einem Einstellungsbescheid spielt, hat nichts mit dem Antrag gem. § 158 II zu tun! Selbstverständlich reicht jedoch auch der Strafantrag im Sinne der Antragsdelikte gem. § 158 II StPO zur Einleitung eines Strafverfahrens aus.

##### **b) Amtliche Wahrnehmung, §§ 163, 160 StPO**

#### **2) Rechte und Pflichten des Beschuldigten:**

##### **a) Begriff des Beschuldigten:**

Grundsätzlich wird die „Beschuldigteneigenschaft“ durch einen Willensakt der Behörde begründet. Für die Feststellung des erforderlichen Verfolgungswillens ist jedoch Raum für die Berücksichtigung obj. Kriterien. Erklärt die StA einen Verdächtigen nicht ausdrücklich zum Beschuldigten, ergreift sie aber faktisch Maßnahmen gegen ihn, die erkennbar darauf abzielen, gegen ihn wegen einer Straftat vorzugehen, ist der erforderliche Verfolgungswille anzunehmen.

##### **Beachte in diesem Zusammenhang die Bezeichnung des Beschuldigten:**

- > mit Beginn der Ermittlungen ist die Bezeichnung **Verdächtiger** zutreffend
- > soweit er verantwortlich vernommen wird, wird er zum **Beschuldigten**
- > Die Bezeichnung **Beschuldigter** wird teilweise für das gesamte weitere Verfahren verwendet, teilweise wird auch noch weitergehend differenziert:
- > **Angeschuldigter** im Zwischenverfahren und
- > **Angeklagter** im Hauptverfahren

### **b) Rechte des Beschuldigten:**

->Recht, jede Aussage zur Sache zu verweigern, §§ 136 I 2 iVm 163a III 2 (bei Vernehmungen durch die Staatsanwaltschaft), IV 2 (bei Vernehmungen durch die Polizei)

-> **Anspruch auf rechtliches Gehör, Art. 103 I GG, §§ 136 I, 163a I.**

-> **Recht auf Verteidigung, § 137.**

Der Verteidiger hat bei richterlicher und bei staatanwaltlicher Vernehmung des Beschuldigten und eines Zeugen ein AnwesenheitsR (§ 168c evtl. iVm § 163a III 2).

-> **AnwesenheitsR, § 168c II (BGH: nicht analog anwendbar bei der Vernehmung von Mitbeschuldigten)**

### **c) Pflichten des Beschuldigten:**

-> Muss auf Ladung der StA (nicht der Polizei!) erscheinen, § 163a III S. 1

-> Muss Zwangsmaßnahmen (z.B. U-Haft gem. §§ 112ff) erdulden

-> Muss Gegenüberstellung mit Zeugen (§ 58 II) dulden, dabei können auch leichte Veränderungen an seinem Äußeren vorgenommen werden, bspw. an der Frisur

### **3) Weitere Beteiligte**

-> **Staatsanwaltschaft als Herrin des Ermittlungsverfahrens**

(P) Befangenheit des Staatsanwalts (**siehe Hemmer StPO Fall 12**)

-> **Polizei:** Muss gem. § 161 Ermittlungen vornehmen. Es ist zwischen den *Hilfsbeamten der StA* (§ 152 GVG), die besonderen Befugnisse haben (zB §§ 98 I,105 I StPO), und den übrigen Beamten (vgl. auch § 23a EGGVG) zu unterscheiden.

-> **Ermittlungsrichter, § 162:** Da zu diesem Zeitpunkt die Verfahrensherrschaft bei der StA liegt, wird der Ermittlungsrichter nur auf Antrag der StA tätig. Wichtig: Die Vernehmung durch den Ermittlungsrichter haben eine bes. Qualität, was sich später im Hauptverfahren als hilfreich für die StA erweisen kann (s.u. im Zusammenhang mit den §§ 251 ff).

-> **Verteidiger, §§ 137 ff.:** nach hM ist dieser Organ der staatlichen Rechtspflege und nicht ausschließlich Vertreter der Interessen des Mandanten. Wichtig sind die Vorschriften über die notw. Verteidigung § 140 I und II (!) StPO

### **3) Durchführung der Ermittlungen**

Die Ermittlungen werden durch die StA/Polizei (§ 160, insb. Abs.2) mit umfangreichen Instrumentarien der StPO durchgeführt. Da diese Maßnahmen mit (zum Teil heftigen) Rechtseingriffen verbunden sind, bedarf es nach dem Vorbehalt des G einer rechtl. Ermächtigungsnorm. Als Generalklausel dienen hierbei die §§ 161, 163 StPO. Einzelne Maßnahmen sind auf Grund ihrer Eingriffsintensität speziell geregelt, um der Wesentlichkeitstheorie gerecht zu werden:

**Typische Maßnahmen sind bspw.:** Vernehmung des Beschuldigten, § 163a III, IV StPO; Körperliche Untersuchung, §§ 81a, c StPO; Durchsuchung, §§ 102ff. StPO (siehe hierzu Hemmer StPO Fall 3); Überwachung der Telekommunikation, §§ 100 a,b StPO (siehe Hemmer StPO Fall 14); Großer Lauschangriff, §§ 100c StPO; Sicherstellung/ Beschlagnahme, §§ 94ff. StPO; Einsatz Verdeckter Ermittler, §§ 110a ff StPO;

### **-> P: Überprüfung von Maßnahmen im Ermittlungsverfahren**

Das System der Überprüfung solcher Maßnahmen hat sich durch die neuere Rspr. (BVerfGE 96, 27; BGHSt 44, 265) vereinfacht. Anknüpfend an die sich eigentlich nur auf die Beschlagnahme beziehende Regelung des § 98 II 2 ist im Einzelnen danach zu unterscheiden, ob es sich um eine Maßnahme/ Anordnung der StA/ Polizei oder des Gerichts handelt, ob es um die Maßnahme als solche oder um die Art und Weise ihrer Durchführung geht, und, ob die Maßnahme noch andauert oder sich schon erledigt hat. Daraus ergibt sich folgendes System:

	<b>Anordnung StA/ Polizei</b>	<b>Anordnung durch Richter</b>
<b>Überprüfung der Anordnung</b>	§ 98 II 2 (analog)	§§ 304 ff
<b>Überprüfung der Art/Weise</b>	§ 98 II 2 (analog)	Grds. § 98 II 2 (analog) §§ 304 ff nur, wenn Art und Weise in der Anordnung des Richters eindeutig festgelegt waren

Dabei ist inzwischen anerkannt, dass auch schon erledigte Maßnahmen/ Anordnungen überprüft werden können, wenn ein rechtl. Interesse an einer solchen Überprüfung besteht. Dieses kann sich ergeben aus: Diskriminierungswirkung, Wiederholungsgefahr, tiefgreifende Grundrechtseingriffe (insbesondere bei Durchsuchungen wegen Art. 13 GG gegeben).

#### **4. Abschluss des Ermittlungsverfahrens**

Wenn innerhalb einer strafprozessualen Tat ein hinreichender Tatverdacht besteht und keine Verfahrenshindernisse bestehen, erhebt die Staatsanwaltschaft Anklage (§ 170 I StPO). Dabei kann nur eine oder mehrere strafprozessuale Taten angeklagt werden. Sofern kein hinreichender Tatverdacht besteht, wird die strafprozessuale Tat eingestellt (vgl. § 170 II StPO)

#### **a) Mögliche Verfahrenshindernisse (-> wenn diese bestehen, erfolgt in der Regel eine Einstellung nach § 170 II)**

##### **(1) Deutsches StrafR anwendbar (§§ 3f. StGB)**

**(2) Strafmündigkeit (§ 19 StGB):** Sie ist kein materiell-rechtlicher Schuldausschließungsgrund, sondern ein Prozesshindernis. Gegen ein Kind unter vierzehn darf schon gar kein Ermittlungsverfahren eingeleitet werden und es darf insofern auch nicht als Verantwortlicher vernommen werden

##### **(3) Keine Verfolgungsverjährung (§§ 78 ff. StGB)**

###### **(a) Die Verjährungsfrist, § 78 StGB**

- (aa) Die Länge der Verjährungsfrist ist § 78 III StGB zu entnehmen
- (bb) Maßgebliche Strafandrohung richtet sich nach § 78 IV StGB

Verwirklichter Tatbestand mit abstrakter Strafandrohung bzgl. der Hauptstrafe maßgeblich; bei wahlweise angeordneten nach der schwersten (vgl. § 306c StGB)

###### **Beachte:**

Schärfungen / Milderungen nach dem AT (z.B. § 23 II StGB) sowie nach dem BT (besonders / minder schwere Fälle, z.B. § 243 StGB) sind unbeachtlich

**aber:** Verwirklichte Privilegierungen/Qualifizierungen beachtlich!

**Merke:** Bei Tateinheit ist jeder Tatbestand gesondert zu prüfen.

###### **(b) Verjährungsbeginn, § 78a StGB**

Beginn mit Beendigung (nicht schon Vollendung, vgl. z.B. § 242 StGB: Vollendung bei Gewahrsamsbruch, Beendigung erst bei hinreichender Sicherung des Gewahrsams) unter Einschluss des Erfolges (F, § 78a, RN 2) → **Einzelfälle** (F, § 78a, RN 3 ff.):

- (aa) Versuch: Ab Ende der Tätigkeit, die der Vollendung der Tat dienen sollte
- (bb) Anstiftung/Beihilfe: Beendigung der Haupttat
- (cc) Mittäterschaft: Letzte Handlung eines Mittäters
- (dd) Dauerdelikte: Nach Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes (z.B. § 239 I StGB ab Freilassung)
- (ee) Zustandsdelikte: Ab Ende der Handlung, trotz Weiterbestehens des Zustandes (z.B. § 224 StGB mit Bewusstloschlagen, trotz des Fortdauerns der Bewusstlosigkeit)

(ff) Echte Unt.delikte: Sobald Pflicht zum Hdln. wegfällt (§323c bei Unfall: ab Eintreffen des Notarztes)

(gg) Unechte Unterlassensdelikte: Erfolgseintritt maßgeblich

**Beachte:** Frist beginnt mit Tag der Beendigung/des Erfolgseintrittes = erster Tag der Frist  
Ob letzter Tag Sonn- oder Feiertag ist, ist unerheblich (e contrario § 77b I 2 StGB v)gl. F, § 78a, RN 12

### **(c) Ruhen und Unterbrechung, §§ 78b, 78c StGB**

(aa) Das **Ruhen** richtet sich nach § 78b StGB.

**Folge:** Hemmt Beginn oder Weiterlauf der Frist; hat keine Bedeutung für bereits abgelaufenen Teil der Frist; diese läuft nach Aufhören des Ruhens weiter, so dass der absolute Verjährungszeitpunkt nur hinausgeschoben wird

(bb) **Unterbrechung**, § 78c StGB

Unterbrechungstatbestände sind in § 78c I StGB geregelt

**Folge:** Nach jeder Unterbrechung beginnt die Verjährungsfrist von neuem, § 78c III 1 StGB; Unterbrechung ist beliebig oft möglich;

Beachte aber Doppelverjährung, nach § 78c III 2 StGB als Obergrenze, sofern bis dahin nicht ein Urteil erster Instanz ergangen ist (§ 78b III)

**Achtung:** Die Zeit eines Ruhens wird nicht einmal in diese absolute Verjährungsfrist eingerechnet; § 78c III 3 StGB

### **d) Rechtsfolge der Verfolgungsverjährung**

→ Verfahrenshindernis (KL, Einl., RN 145):

Im Ermittlungsverfahren folgt daraus in der Regel eine Einstellungsverfügung nach § 170 II 1 StPO

**Beachte:** es werden nur ganze strafprozessuale Taten eingestellt. Eine Einstellung wegen Verjährung erfolgt damit nur, wenn alle Delikte innerhalb einer strafprozessualen Tat verjährt sind. Ansonsten werden die nicht verjäherten Delikte angeklagt und die verjäherten halt nicht.

Im Hauptverfahren außerhalb der Hauptverhandlung Einstellungsbeschluss nach § 206a I StPO

In der Hauptverhandlung Einstellung durch Urteil § 260 III StPO

**(4) Keine anderweitige Rechtshängigkeit:** Mit Eröffnung des Hauptverfahrens darf nach § 156 StPO wegen der angeklagten Tat nicht gleichzeitig vor einem anderen Gericht ein Verfahren durchgeführt werden

**(5) Kein Strafklageverbrauch (Art. 103 III GG):** Ist eine Tat rechtskräftig abgeurteilt worden, so ist die Strafklage verbraucht (Art. 103 III GG). Ein neues Verfahren ist nur in den Grenzen der Wiederaufnahme gem. §§ 359 ff. StPO. Die materielle Rechtskraft stellt insofern für ein neues Verfahren ein Verfahrenshindernis dar.

**(6) (P) Tod:** Verfolgungshindernis. Umstr. ist, wie bei Tod des Beschuldigten einzustellen ist (eA: 170 II, aA: lediglich Aktenvermerk, aA: 206a StPO Rechtssicherheit)

### **(7) Vorliegen eines Strafantrags (§§ 77ff. StGB) bei absoluten Antragsdelikten**

Bei **absoluten** Antragsdelikten (§§ 123, 185, 247, 248b) muss die Prüfung der TB-Merkmale bei fehlendem Antrag unterbleiben. Daher ist der Strafantrag an den Anfang der Prüfung zu stellen. Prüfungsschema:

1. Verlangen nach Strafverfolgung (sachlich und persönlich beschränkbar)
2. Schriftform beachten (§ 158 II StPO)
3. Frist: 3 Monate seit Kenntniserlangung, § 77b
4. Rücknahme mögl. bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens (dann keine Neuvornahme und Kostenfolge, § 470)

Das **besondere öffentliche Interesse bei relativen Antragsdelikten** ist genau vom **öffentlichen Interesse bei Privatklagedelikten**, § 376 StPO zu differenzieren. Und haltet bitte auch **Strafanzeige und Strafantrag** auseinander.

Die Strafanzeige gem. § 158 Abs. 1 StPO kann jedermann mündlich oder schriftlich erstatten. Der Strafantrag gem. §§ 158 Abs. 2 StPO, 77-77 d StGB jedoch kann nur vom dazu Befugten schriftlich gestellt werden. Oft muss jedoch durch Auslegung festgestellt werden, dass ein als Strafanzeige beschriebenes Schriftstück einen Strafantrag darstellen soll.

### **Hinweis für die Klausur im 1. Examen:**

Im 1. Examen ist regelmäßig nach der Strafbarkeit gefragt. Diese wird durch das Fehlen eines Strafantrags nicht berührt, da dieser nur die Frage der Strafverfolgung betrifft. Wenn man erkannt hat, dass ein Antragsdelikt vorliegt, bietet sich folgende Formulierung an.

Bsp. § 123 StGB (absolutes Antragsdelikt): „T hat sich somit gem. § 123 StGB strafbar gemacht. Bei § 123 StGB handelt es sich gemäß Abs. 2 um ein absolutes Antragsdelikt, so dass zur Strafverfolgung zwingend ein Strafantrag iSd §§ 77f. StGB erforderlich wäre.“

Bsp. § 223 StGB (relatives Antragsdelikt): „T hat sich somit gem. § 223 StGB strafbar gemacht. Bei § 223 StGB handelt es sich gemäß § 230 StGB um ein relatives Antragsdelikt, so dass zur Strafverfolgung ein Strafantrag iSd §§ 77f. StGB oder das Vorliegen des besonderen öffentlichen Interesses erforderlich wäre.“

### **b) Einstellungsmöglichkeiten**

#### **§ 170 II StPO**

Gem. § 170 II StPO ist immer einzustellen, wenn jemand Beschuldigter war, also verantwortlich vernommen wurde, und sich dann herausstellt, dass ein hinreichender Tatverdacht innerhalb einer strafprozessualen Tat nicht vorliegt. Gründe hierfür können Verfahrenshindernisse, mangelnde Strafbarkeit aus materiellen Gründen und/oder mangelnde Beweisbarkeit sein.

#### ***P: Bindung der StA an die Rspr.***

Nach h.M. kann die StA eine Anklage nicht mit der Begründung unterlassen, dass nach ihrer Ansicht kein strafbares Verhalten vorliegt, wenn höchstrichterliche Rspr. dem entgegen steht.

#### **§§ 170 II iVm 374, 376 StPO (Einstellung bei Privatklagedelikten)**

Wenn eine strafprozessuale Tat **ausschließlich** (!!!) Privatklagedelikte zum Gegenstand hat, wird Klage nur erhoben, wenn dies im **öff. Interesse** liegt, ansonsten Einstellung nach § 376 StPO. Dies gilt jedoch nur, sofern eine strafprozessuale Tat ausschließlich Privatklagedelikte zum Gegenstand hat. Ein öffentliches Interesse liegt gem. Nr. 86 II RiStBV **in der Regel vor, wenn der Rechtsfrieden über den Lebenskreis des Verletzten hinaus gestört und die Strafverfolgung ein gegenwärtiges Anliegen der Allgemeinheit ist.**

**Folgeproblem der Einstellung: Beschwerde beim Generalstaatsanwalt und in der Folge nach einem ablehnenden Bescheid ggf. Klageerzwingungsverfahren gem. § 172f. StPO:**

Sofern der Antragssteller (iSd § 158 I StPO, s.o.) zugleich Verletzter (jeder, der durch die behauptete Tat unmittelbar in einem Rgut verletzt ist) ist, und die strafprozessuale Tat nicht ausschließlich Privatklagedelikte zum Gegenstand hat (§ 172 II 3), kann dieser binnen 2 Wochen Beschwerde beim vorgesetzten Beamten der StA (Generalstaatsanwalt) erheben (§ 172 I StPO). Gegen den ablehnenden Bescheid des Generalstaatsanwalts **ist Entscheidung des OLG binnen Monatsfrist möglich (§ 172 II, III – sog. Klageerzwingungsverfahren).**

#### **Einstellung aus Opportunitätsgründen nach §§ 153, 153a, 154 StPO bzw. § 45 JGG**

Die Einstellung nach §§ 153, 153a, 154 StPO bezieht sich immer nur **auf eine ganze Tat im prozessualen Sinne**, d.h. einheitlicher geschichtlicher Vorgang, so dass Aufspaltung unnatürlich. Es wird immer die ganze Tat eingestellt

**§ 153:** Hinreichender Tatverdacht muss nicht feststehen; es wird nur eine Prognose bzgl. der Schuld getroffen (vgl. den Wortlaut „...Schuld als gering anzusehen wäre...“).

**§ 153a:** Vorläufige Einstellung gg. Auflage; Hinreichender Tatverdacht muss positiv festgestellt werden.

**§ 154:** Unwesentliche Nebendelikte, erfordert zwei Taten im prozessualen Sinne, von denen dann eine wegen der Beträchtlichkeit der anderen eingestellt wird

#### **§ 45 JGG (besondere Einstellungsnorm bei Jugendlichen)**

**Achtung: Gegen die Einstellungen nach den §§ 153f. StPO gibt es kein Rechtsmittel, insbesondere kein Klageerzwingungsverfahren.**

**Sonderfall § 154a: Keine Einstellung, sondern nur Beschränkung auf Teile einer prozessualen Tat, da die prozessuale Tat weiterverfolgt wird (es werden nur Delikte von der Anklage ausgenommen)!**

### c) Erhebung der öff. Klage, § 170 I (Form: §§ 199 II, 200)

#### (1) Besondere Verfahren:

- Sicherungsverfahren § 413 StPO, 63f. StGB – kaum examensrelevant

- Antrag auf *Beschleunigtes Verfahren*, §§ 417f. StGB – kaum examensrelevant

- Antrag auf *Strafbefehlsverfahren*, §§ 407f. StGB

Der Strafbefehl führt wie ein Strafurteil zum Abschluss des Verfahrens und kann auch in Rechtskraft erwachsen. Der Strafbefehl nur unter den Voraussetzungen des § 407 StPO zulässig (lesen!). Inhalt richtet sich nach § 409 StPO (beachte insbesondere Erfordernis der Belehrung nach § 409 I Nr.7 StGB). Soll die Rechtsfolge § 407 II StPO entsprechen, muss im Zweifel vor Erlass des Strafbefehls dem Beschuldigten Pflichtverteidiger bestellt werden, §§ 408 b), 141 III StPO.

Das Rechtsmittel gegen den Strafbefehl ist der Einspruch (vgl. §§ 410f. StPO). Dieser muss innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung eingelegt werden. Aufgrund eines zulässigen Einspruchs wird Termin zur mündlichen Verhandlung anberaumt und in der Folge ein Urteil ergehen. Im Fall einer Verurteilung gibt es dabei kein Verbot der *reformatio in peius*. Einen Strafbefehl liegt eine Geständnisfiktion zugrunde (Strafmilderungsgrund). Durch den Einspruch wird diese zerstört, so dass eine höhere Strafe möglich ist.

#### (2) Ansonsten: Anklage beim zuständigen Gericht der ersten Instanz

##### (a) sachliche Zuständigkeit

1. Instanz	Berufung §§ 312f. StPO	Revision §§ 333f. StPO
<p><b><u>Amtsgericht</u></b> als <b>1) Strafrichter</b> <u>Besetzung:</u> 1 Berufsrichter § 25 GVG <u>Zuständig für:</u> Straferwartung <b>bis 2 Jahre</b>, §§ 24, 25 GVG; aber niemals bei Verbrechen, § 25 GVG</p> <p><b>2) Schöffengericht</b> <u>Besetzung:</u> 1 Berufsrichter 2 Schöffen §§ 28,29 GVG ggf.erweitertes Schöffengericht mit einem 2.Berufsrichter;§ 29 II GVG <u>Zuständig für:</u> Straferwartung 2 bis 4 Jahre, §§ 24, 28 GVG aber nicht in den Fällen des §§ 74 II, 120 GVG (Lesen!)</p>	<p><b><u>Landgericht</u></b> als <b>kleine Strafkammer</b> <u>Besetzung:</u> 1 Berufsrichter 2 Schöffen ggf. 2. Berufsrichter mögl. §§ 74,76 GVG <u>Zuständig für:</u> alle Berufungen gegen die erstinstanzlichen Urteile der Amtsgerichte (sowohl der Strafrichter als auch das Schöffengericht)</p>	<p><b><u>Oberlandesgericht</u></b> als <b>Strafsenat</b> <u>Besetzung:</u> 3 Berufsrichter §§ 121,122 GVG</p> <p><u>Zuständig für:</u> alle Revisionen gegen die Berufungsurteile der kleinen Strafkammer und für sog. Sprungrevisionen (§ 333 StPO) gegen die erstinstanzlichen Urteile der Amtsgerichte (sowohl der Strafrichter als auch das Schöffengericht)</p>

<p><b><u>Landgericht</u></b> als</p> <p><b>1) Große Strafkammer</b> <u>Besetzung:</u> 2 Berufsrichter 2 Schöffen ggf. 3. Berufsrichter möglich §§ 74,76 GVG <u>Zuständig für:</u> Straferwartung mehr als 4 Jahre oder besondere Bedeutung, aber nie in den Fällen des § 74 II GVG</p> <p><b>2) Schwurgerichtskammer</b> <u>Besetzung:</u> 3 Berufsrichter 2 Schöffen <u>Zuständig für:</u> Fälle des § 74 II GVG</p>	<p><b>Keine Berufung möglich</b></p>	<p><b><u>BGH</u></b> als</p> <p><b>Strafsenat</b> <u>Besetzung:</u> 5 Berufsrichter §§ 135,136 GVG</p> <p><u>Zuständig für:</u> alle Revisionen gegen die erstinstanzlichen Urteile der Landgerichte (sowohl der großen Strafkammer als auch der Schwurgerichtskammer)</p>
<p><b><u>OLG</u></b> als <b>Strafsenat</b> <u>Besetzung:</u> 3 Berufsrichter; ggf. 2 weitere Berufsrichter; §§ 120,122 <u>Zuständig für:</u> Fälle des §§ 120 GVG</p>	<p><b>Keine Berufung möglich</b></p>	<p><b><u>BGH</u></b> als <b>Strafsenat</b> <u>Besetzung:</u> 5 Berufsrichter §§135f. GVG <u>Zuständig für:</u> alle Revisionen gegen erstinstanzliche Urteile des OLG</p>

**(b) Örtliche Zuständigkeit**

- § 7 StPO Gerichtsstand des Tatorts
- § 8 StPO Gerichtsstand des Wohnsitzes oder Aufenthaltsorts
- § 9 StPO Gerichtsstand des Ergreifungsorts
- >in der Praxis übt die StA ihr Wahlrecht i.d.R. zugunsten von § 7 StPO aus

**Beachte: erste Instanz bei Jugendlichen / Heranwachsenden**

- Jugendrichter = Erziehungsmaßregeln, etc., § 39 JGG, aber nicht wenn eine Jugendstrafe zu erwarten ist (dann Jugendschöffengericht)
- Jugendschöffengericht = alle Fälle, FÜR die nicht Jugendrichter/-kammer zuständig ist
- Jugendkammer = für Fälle, bei denen nach allgemeinen Regeln die Zuständigkeit des Schwurgerichts begründet wäre und für verbundene Verfahren, bei denen für den erwachsenen Beschuldigten eine große Strafkammer zuständig wäre, § 41 JGG

**II. Untersuchungshaft, §§ 112f. StPO (besonders examensrelevant) (siehe Hemmer Fall 6)**

**1) Formelle Voraussetzungen**

- Zuständigkeit:
- Vor Erhebung der öff. Klage iSd § 170 StPO: Richter am AG (§ 125 I).
  - Nach Erhebung der öff. Klage: Gericht, das mit der Sache befasst ist (§ 125 II).

## **2) Materielle Voraussetzungen**

Gem. § 112 I StPO gibt es drei Voraussetzungen, die aufgrund der Grundrechtsintensität der Untersuchungshaft restriktiv auszulegen sind:

### **a) Dringender Tatverdacht:**

Setzt hohe Wahrscheinlichkeit voraus, dass der Beschuldigte wirklich der Täter ist, bezieht sich jedoch auf den jeweiligen Ermittlungsstand!

### **b) Haftgrund:**

1. **Flucht, § 112 II Nr. 1**
2. **Fluchtgefahr, § 112 II Nr. 2**
3. **Verdunkelungsgefahr, § 112 II Nr. 3**
4. **Wiederholungsgefahr, § 112a, Subsidiarität gem. § 112a II StPO beachten!**
5. **P: § 112 III StPO Verfassungskonforme Auslegung nach BVerfG**

### **Im Einzelnen:**

#### **aa. Flucht oder Fluchtgefahr, § 112 II Nr. 1, 2 StPO**

**Kriterien:** insbesondere langjährige Freiheitsstrafe ohne Bewährung zu erwarten, häufige Wohnungs- und Arbeitsplatzwechsel (ins Ausland), Verwendung falscher Namen oder Papiere, Flucht bereits in einem früheren Verfahren, Neigung zu Glücksspiel oder Drogenkonsum, keine festen sozialen Bindungen und kein fester Aufenthaltsort.

**Dagegen:** starke familiäre und berufliche Bindungen, hohes Alter, labile Gesundheit, etc.

#### **bb. Verdunkelungsgefahr, § 112 II Nr. 3 StPO**

**Kriterien:** frühere Verurteilung wegen Meineids oder Vortäuschen einer Straftat, häufige Anwendung von Drohung und Gewalt durch Beschuldigten, etc.

#### **cc. Schwere der Tat, § 112 III StPO**

Nach dem Wortlaut könnte allein aufgrund des Tatverdacht bzgl. einer schweren Tat ein Haftbefehl erlassen werden, ohne dass es eines Haftgrundes bedarf. Verfassungsrechtlich ist dies äußerst problematisch, da die bloße Tatschwere nicht zwingend zur Untersuchungshaft führen kann, wenn die Strafverfolgung nicht wirklich gefährdet ist, so dass gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen wird. Daher fordert das **BVerfG** (BVerfGE 19, 342) verfassungskonforme Auslegung: § 112 III nur ein tauglicher Haftgrund, wenn zusätzlich zur Tatschwere noch Haftgründe i.S.d. § 112 II StPO gegeben sind, an deren Feststellung aber nicht ganz so hohe Anforderungen gestellt werden wie bei § 112 II StPO, so dass etwa eine zwar nicht durch bestimmte Tatsachen belegbare, aber nach den Umständen des Falles doch nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsgefahr ausreichen kann

#### **dd. Wiederholungsgefahr, § 112 a I StPO (subsidiär)**

### **c) Verhältnismäßigkeit, § 112 I 2 StPO**

Gem. § 112 I 2 StPO ist die Untersuchungshaft unzulässig, wenn sie zu der Bedeutung der Sache etc. außer Verhältnis steht. Die UVHM ist also Haftausschließungsgrund! Beachte auch §§ 113, 116, 120, in denen der Grds. der Verhältnismäßigkeit zum Ausdruck kommt!

## **Rechtsschutzmöglichkeiten**

**Haftprüfung:** Die Haftprüfung findet gem. § 117 I auf Antrag des Beschuldigten statt und ist darauf gerichtet den Haftbefehl aufzuheben (§ 120) o. dessen Vollzug auszusetzen (§ 116). Sie ist nur zulässig, solange der Beschuldigte in Untersuchungshaft ist, kann jedoch beliebig oft wiederholt werden. Es entscheidet nach mündlicher Verhandlung (vgl. § 118) der Haftrichter, also der Richter, der den Haftbefehl erlassen hat (§§ 126, 125). Es besteht also kein Devolutiveffekt.

**Beschwerde gem. § 304 I:** Ist nach der Subsidiaritätsklausel des § 117 II nur zulässig, solange kein Antrag auf Haftprüfung gestellt worden ist. Ist auch zulässig, wenn der Beschuldigte nicht in Untersuchungshaft ist und hat gem. § 306 II Devolutiveffekt, wenn der Haftrichter nicht der Beschwerde abhilft. Evtl. weitere Beschwerde gem. § 310 StPO

### III. Zwischenverfahren, §§ 199ff

#### **1. Zweck**

Das im Hauptverfahren zuständige Gericht erlangt die Verfahrensherrschaft und prüft selbständig, ob tatsächlich ein hin. Tatverdacht besteht. Die Sache wird *rechtshängig*.

Es handelt sich also um eine weitere Kontrollinstanz zum Schutze des Angeschuldigten. Diesem muss gem. § 201 die Anklageschrift zugestellt werden.

#### **2. Entscheidung des Gerichts**

→ Ablehnung der Eröffnung des HV, § 204 (dagegen: sofortige Beschwerde der StA, § 210 II).

→ Einstellung gem. §§ 153 II, 153a II.

→ Vorläufige Einstellung, § 205.

→ Eröffnung der HV durch Eröffnungsbeschluss gem. §§ 203, 207 (keine Rechtsmittel des Angeklagten, § 201 I). Hiermit wird die Tat iSd § 264 I *rechtshängig* (auf diese Tat bezieht sich dann auch der sog. *Strafklageverbrauch*).

### IV. Hauptverfahren/ Hauptverhandlung

#### **1. Grds. der HV**

##### **a) Öffentlichkeitsgrds., § 169 GVG (siehe Hemmer StPO Fall 12)**

*P: Unzulässige Erweiterung der Öff. gem. § 169 S.2 analog?*

Nach h.M. ist auch die Schaffung einer erweiterten Öffentlichkeit (z.B. durch Lautsprecherübertragung der Verhandlung in das volle Audimax) unzulässig, sofern im Einzelfall das allg. Persönlichkeitsrecht betroffen ist. Eine andere Ansicht nimmt eine Unzulässigkeit gem. § 169 S.2 GVG analog an. **(siehe Hemmer StPO Fall 13,12)**

##### **b) Konzentrationsmaxime, Art. 6 I EMRK, § 229 StPO**

##### **c) Grds. der Mündlichkeit u. Unmittelbarkeit, §§ 250, 261, 264**

##### **d) in dubio pro reo (gilt unmittelbar nur in der mdl. Verhandlung, nicht im Ermittlungsverfahren!!!)**

*P: Geltung des Grds. bzgl. des Vorliegens von Prozessvoraussetzungen*

Nach hM gilt der Grds. nur bei der Frage der Verjährung und bei der Frage der Verhandlungsfähigkeit (bei letzterer aber nur bei einer hinreichend sicheren Prognose)

##### **e) Anspr. auf rechtl. Gehör, Art. 103 I GG**

#### **2. Ablauf der HV, § 243 Norm einfach mal lesen!**

#### **3. Beweisaufnahme, §§ 244ff. StPO**

**Strengbeweis-/Freibeweisverfahren:** Strengbeweis für die Schuld- u. Rechtsfolgenfrage. Freibeweis für prozessuale Fragen, Feststellung von Prozessvoraussetzungen u. für Tatsachen, die für Entscheidungen relevant sind, die nicht Urteile sind. Wichtiges Beispiel ist die Prüfung der Voraussetzungen eines Verwertungsverbotes.

#### **Die Beweismittel im Strengbeweisverfahren:**

##### **a) der Zeuge**

-> Der Zeuge ist verpflichtet zum Gegenstand der Vernehmung auszusagen, wenn nicht **Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 52 oder Aussageverweigerungsrecht gem. §§ 53-56 StPO** besteht:

Norm	Wer?	Warum?	Belehrung:	Fehlerfolge:
§ 52	(Ex-)Ehepartner, Verlobte, Verwandte gerader Linie oder bis zum 3. Grad in der Seitenlinie, Verschwägerter, Partner nach LPartG	Typische Konfliktsituation bzw. soz. Verbundenheit	§ 52 III 1 StPO Beachte: § 61 StPO	Revision idR wegen des Verfahrensfehlers erfolgreich
§§ 53, 53a	Berufsgeheimnisträger	Vertrauensverh., strafb. § 203 StGB	Nur bei off.sichtl. Unkenntnis	Revision idR wegen des Verfahrensfehlers nicht erfolgreich
§ 54	Zur Verschwiegenheit verpflichtete Pers.	Staatl. Interesse	Nur bei off.sichtl. Unkenntnis	Revision idR wegen des Verfahrensfehlers nicht erfolgreich
§ 55	Jeder Zeuge	Keine Verpfl. zur Selbstbelastung	§ 55 II ggf. neben § 52 III	Revision des Angeklagten wegen des Verfahrensfehlers ggü Zeugen idR nicht erfolgreich

**P: Zeuge vom Hören-Sagen (bspw. wenn Vernehmungsperson vernommen wird)**

kein Verstoß gg. Unmittelbarkeitsgrds., da dieser Zeuge seine eigenen Wahrnehmungen schildert. Allerdings hat diese Aussage geringeren Beweiswert als die des unmittelbaren Zeugen.

**b) Sachverständiger, §§ 72f. StPO**

-> Abgrenzung zum *sachverständigen Zeugen*: Der Sachverständige wird vom Gericht beauftragt, der sachverständige Zeuge berichtet von mit bes. Sachkunde wahrgenommenen Tatsachen.

-> Es gelten gem. § 72 grds. die Vorschriften bzgl. der Zeugen. Beachte aber insb. §§ 79, 80 II und das GutachtenverweigerungsR des § 76!

**c) Urkundenbeweis, § 249f. StPO**

Urkunde ist, anders als im StGB, jedes Schriftstück, das einen verlesbaren Gedankeninhalt aufweist. Urkunde wird grds. durch Verlesen in HV eingeführt, § 249 I (Mündlichkeitsgrds.!).

**d) Augenscheinsbeweis, §§ 86f. StPO**

Unterscheidungskriterium zur Urkunde ist, ob Gegenstand der Beweisaufnahme der gedankliche Inhalt der Urkunde sein soll oder deren körperliche Beschaffenheit.

**3. Beweisanträge**

Problematisch ist ggf. die Ablehnung von Beweisanträgen zu prüfen. Dies richtet sich nach § 244 StPO. Beachten Sie, dass die Ablehnungsgründe grds. nicht ausgetauscht werden können.

**Beachte zu § 244 III Nr. 6 StPO die Entscheidung L&L 2007 S. 754f.:**

Das Gericht darf auf einen Beweisantrag der Verteidigung nicht eine Sache zunächst als wahr unterstellen und diese Unterstellung dann an anderer Stelle im Prozess – ohne einen weiteren Hinweis – zu Lasten des Angeklagten verwenden.

**Beachte Deadline“ für Beweisanträge (BGH LNR 2008, 26459 = L&L 2009 S. 322f.):** Der Vorsitzende kann aufgrund seines Rechts zur Sachleitung des Verfahrens eine Frist zur Stellung von Beweisanträgen setzen. § 246 StPO steht dem nicht entgegen. Die Anordnung ist jedoch gem. § 273 III 1 StPO zu protokollieren. Anträge nach Ablauf der Frist sind jedoch nicht generell unzulässig. Es besteht jedoch ein Indiz für eine Prozessverschleppung idS § 244 VI StPO, welches jedoch entkräftet werden kann.

**Echter / Unechter Hilfsbeweisanträge**

Ein Hilfsbeweisantrag ist ein Beweisantrag, der von der Entscheidung über einen unbedingt gestellten verfahrensabschließenden Hauptantrag abhängig gemacht wird, insbesondere von der Freisprechung. Über diesen Antrag

kann erst im Urteil entschieden werden, damit der Richter nicht vorher bekannt geben muss, zu welcher Entscheidung er tendiert (kein Beschluss nach § 244 VI StPO erforderlich). Als unechte Hilfsbeweisanträge bezeichnet man massenhaft gestellte Anträge, welche erkennbar darauf abzielen, das Tatgericht durch die Bescheidung der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern. Auch diese dürfen erst im Urteil verbeschieden werden. Nur bei diesen Anträgen besteht die Möglichkeit, eine weitere Frist zu setzen, nach deren Ablauf Beweisanträge nur als Hilfsbeweisanträge behandelt und erst im Urteil verbeschieden werden.

**Dazu BGH L&L 2012 S. 105f.:** Beweisanträge nach einer Deadline müssen durch Beschluss gem. § 244 VI StPO (nunmehr § 244 VI S. 1 StPO) abgelehnt werden. Die Möglichkeit, eine weitere zu setzen, nach deren Ablauf Beweisanträge nur als Hilfsbeweisanträge behandelt und erst im Urteil verbeschieden werden, besteht nur, wenn bereits massenhaft gestellte Anträge erkennbar darauf abzielen, das Tatgericht durch die Bescheidung der Anträge am Abschluss des Verfahrens zu hindern.

**Achtung:** Dieses Problem ist mit Wirkung zum 01.01.2020 gesetzlich geregelt worden durch § 244 VI S. 2 StPO. Keiner Ablehnung i.S.d. § 244 VI S. 1 StPO bedarf es demnach, wenn die beantragte Beweiserhebung nichts Sachdienliches zu Gunsten des Antragstellers erbringen kann, der Antragsteller sich dessen bewusst ist und er die Verschleppung des Verfahrens bezweckt

#### **IV. Verfahrensende: Urteil, § 260**

##### **Besonders examensrelevant: Neuregelung des § 257c StPO**

In § 257c StPO ist nunmehr die sog. Verständigung im Strafverfahren („Deal“) geregelt worden (entspricht weitgehend der bis dato geltende Entscheidung des Großen Senats; BGH NJW 2005, 1440). Parallel ist in § 302 I 2 StPO nunmehr ausdrücklich geregelt wurden, dass ein Rechtsmittelverzicht generell ausgeschlossen ist, wenn es zu einer Verständigung gekommen ist. Ferner hat das Gericht gem. § 35a S. 3 StPO über die Rechtsmittel „qualifiziert“ zu belehren. Allerdings bekommt der Angeklagte bei Fehlen einer solchen qualifizierten Belehrung keine Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand, wenn er die Rechtsmittelfristen versäumt hat. Dies ist nur der Fall, wenn der Angeklagte überhaupt nicht belehrt wurde (vgl. Wortlaut des § 44 StPO).

Examensrelevant ist insbesondere das gesetzlich geregelte Beweisverwertungsverbot in § 257c IV 3 StPO hinsichtlich des Geständnisses des Angeklagten, wenn die Bindung an die Verständigung im Sinne des § 257 c IV StPO entfällt. Ferner ist in diesem Zusammenhang noch die Belehrungspflicht gemäß § 257 V StPO zu beachten.

**Wichtig:** Nach einer Grundsatzentscheidung des BVerfG ist § 257c StPO verfassungskonform. Jedoch bestehen teilweise erhebliche Defizite bei der Handhabung in der Praxis. Ein Hauptproblem ist dabei, dass die Schere des Strafrahmens nicht zu weit auseinanderfallen darf, da dadurch ein unzulässiger Druck auf den Angeklagten ausgeübt wird zu gestehen. Bsp.: Der Vorsitzende macht deutlich, dass er § 250 I StGB für einschlägig hält und bisher keinen Raum für einen minder schweren Fall sieht. Das würde nach seiner Spruchpraxis auf eine Verurteilung zwischen 3,5 und 4 Jahren hinauslaufen. Würde der Beschuldigte hingegen gestehen, würde sich seines Erachtens Räume für einen minder schweren Fall eröffnen und damit eine Obergrenze von 2 Jahren auf Bewährung bei einem Geständnis im Rahmen einer Verständigung nach § 257c StPO erfolgen können.

#### **D. Rechtsmittel**

##### **I. Berufung, §§ 312-332**

Die Berufung ist eine zweite Tatsacheninstanz, dh es findet eine erneute Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung statt und die dem Urteil zugrundeliegenden Tatsachen werden überprüft.

##### **II. Revision, §§ 333-358**

Die Revision ist eine reine Rechtsinstanz. Das Revisionsgericht prüft das Urteil, gegen welches sich die Revision richtet, nur auf Rechtsfehler. Dabei wird auch geprüft, ob die festgestellten Tatsachen, also der festgestellte Sachverhalt, eine zuverlässige Grundlage für die Verurteilung bietet. Damit kann grundsätzlich nicht einfach eingewendet werden, dass die Feststellungen fehlerhaft gewesen ist oder die Beweismittel nicht richtig gewürdigt worden sind. Das Revisionsgericht ist nämlich nicht in der Lage, eine (erneute) Beweisaufnahme durchzuführen, so dass Feststellungen, die aus rechtlichen Gründen nicht zu beanstanden sind, nicht überprüft werden können.

## 1. Zulässigkeit einer Revision

Die Zulässigkeit der Revision ist folgendermaßen zu prüfen:

- (1.) **Statthaftigkeit: §§ 333, 335 I StPO**
- (2.) **Rechtsmittelbefugnis (§§ 296, 297, 390 I 1, 401 I 1 StPO)**
- (3.) **Beschwer (i.d.R. nur, wenn problematisch)**
- (4.) **Kein Rechtsmittelverzicht (nur, wenn evtl. erklärt)**
- (5.) **Form und Frist der Einlegung, § 341 I StPO**
- (6.) **Form und Frist für die Revisionsbegründung, § 345 I StPO**

## 2. Begründetheit einer Revision

Die Revision ist eine reine Rechtsinstanz. Das Revisionsgericht überprüft nur Rechtsfehler der vorherigen Instanz. In der Begründetheit der Revision überprüft das Gericht daher:

1. von Amts wegen Verfahrensvoraussetzungen/-hindernisse
2. auf Rüge die Verletzung materiellen Rechts (Strafbarkeit nach dem StGB)
3. auf Rüge das Vorliegen von Verfahrensfehlern. Hier ist zwischen absoluten und relativen Revisionsgründen zu differenzieren. Verfahrensfehler werden vom Revisionsgericht jedoch nur überprüft, wenn die formellen Voraussetzungen des § 344 II 2 StPO eingehalten worden sind.

### a) bei Rechtsverletzungen zu differenzieren: absolute und relative Revisionsgründe

Examensrelevant sind dabei insbesondere die Überprüfung von Verfahrensfehlern. Innerhalb der Begründetheit ist zwischen den absoluten (§ 338) und den relativen Revisionsgründen (§ 337) zu unterscheiden.

**(1) Absolute Revisionsgründe iSd § 338 StPO (dann beruht das Urteil stets auf dieser Rechtsverletzung) , insbesondere examensrelevant:**

#### **Nr 1: Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts (Rügepräklusion nach § 222 a StPO)**

Dies liegt vor, wenn das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt ist. Die Vorschrift ist Ausfluss des Rechts auf den gesetzlichen Richter. Nach dem BGH führt eine vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts nicht zur Aufhebung des Urteils, wenn diese zwar rechtsirrig, aber vertretbar ist. Des weiteren fällt nach BGH hierunter auch den Fall des „schlafenden Richters“

#### **Nr. 3: Mitwirkung eines abgelehnten Richters bzw. eines Richters, für den zu Unrecht der gestellte Ablehnungsgrund abgelehnt wurde (vgl. §§ 24 ff., 28 II StPO)**

Hier ist erforderlich, dass der zulässige und begründete Antrag gestellt und abgelehnt wurde.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist inzident zu überprüfen (Insbesondere die Frage der Befangenheit). Dabei ist insbesondere zu beachten, dass der Antrag auch rechtzeitig nach § 25 I, II StPO gestellt sein muss. Unverzüglich iSd Absatz 2 ist eng auszulegen.

#### **4. Unzuständigkeit des Tatgerichts (soweit nicht bereits Verfahrensvoraussetzung; Rügepräklusion nach §§ 6a,16 StPO)**

Betrifft grundsätzlich nur die örtliche Zuständigkeit. Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit ist nur die fehlende Zuständigkeit der in § 74 e GVG genannten besonderen Strafkammern zu beachten. Die fehlende sachliche Zuständigkeit kann jedoch ein Verfahrenshindernis darstellen.

Hier ist insbesondere die Präklusion gem. § 6a StPO zu beachten, nach dem die Zuständigkeit besonderer Strafkammern bis zum Beginn der Vernehmung des Angeklagten zu rügen ist. Gleiches gilt für die örtliche Zuständigkeit gem. § 16 StPO.

#### **Nr. 5: Abwesenheit gesetzlich vorgeschriebener Prozessbeteiligter (vgl. §§ 226; 230 ff., beachten Sie, dass § 247 S. 1 Ausnahme zu § 230 I ist!; 140 StPO)**

Insbesondere relevant ist die Abwesenheit des Angeklagten oder des notwendigen Verteidigers. Die Abwesenheit muss stets einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung betreffen. Die Anwesenheitspflicht folgt aus § 231 StPO.

War der Angeklagte einmal in der Hauptverhandlung erschienen, so kann nur bei einem selbständigen Entfernen nur § 231 StPO verletzt sein, ist er nie gekommen, so ist § 230 StPO einschlägig. Bei eigenmächtigen Entfernen iSd § 231 II StPO kann die Hauptverhandlung ohne den Angeklagten beendet werden. Zu beachten ist, dass der Angeklagte auch verhandlungsfähig sein muss.

In Hinblick auf ein Fehlen des notwendigen Verteidigers ist zu prüfen, ob eine notwendige Verteidigung überhaupt vorlag und des Weiteren der Verteidiger auch bei wesentlichen Teilen der Hauptverhandlung nicht anwesend war. Hier kann insbesondere die Frage nach der Notwendigkeit einer Verteidigung im Rahmen einer Klausur im Mittelpunkt stehen. Häufig ist dabei das Merkmal der Schwierigkeit der Rechtslage zu prüfen. Zu beachten ist, dass sprachliche Verständigungsschwierigkeiten regelmäßig alleine noch nicht ein Fall der notwendigen Verteidigung begründen können, da dies auch durch einen Dolmetscher beseitigt werden kann.

Auch die Staatsanwaltschaft muss gem. § 226 StPO als Behörde vertreten sein.

#### **Nr. 6: Unzulässige Beschränkung der Öffentlichkeit (§§ 169 GVG ff.; § 169 Satz 2 GVG stellt nach Rspr. aber nur einen relativen Revisionsgrund dar.)**

Bei „zufälligen“ Ausschluss der Öffentlichkeit nur relevant, wenn **vom Tatrichter verschuldet**. Ein Schreibfehler auf dem Terminzettel ist dabei ebenso wie das Nicht-Aufschließen durch einen Bediensteten idR kein Verschulden des Richters, wenn dieser keine Kenntnis davon hat. Jedoch ist stets zu prüfen, ob der Richter nicht seine Aufsichtspflicht verletzt hat.

Kein Ausschluss der Öffentlichkeit liegt bei einem Ausschluss im Rahmen der Besichtigung einer Privatwohnung im Rahmen einer Inaugenscheinnahme des Tatorts vor, da dort die Öffentlichkeit aufgrund von Art. 13 GG keinen Zutritt haben kann. Kein absoluter Revisionsgrund liegt hingegen bei einer unzulässigen Erweiterung der Öffentlichkeit vor. § 338 Nr. 6 StPO ist nicht analog anwendbar. Jedoch ist ein relativer Revisionsgrund denkbar.

#### **(2) relative Revisionsgründe**

Bei relative Revisionsgründen ist festzustellen, dass das Urteil auf der behaupteten Gesetzesverletzung „beruht“, was zu bejahen ist, wenn nicht auszuschließen ist, dass ohne die Verletzung des Rechts anders entschieden worden wäre. Im Fall der Verletzung des materiellen Rechts ist dies stets unproblematisch zu bejahen und bedarf keiner weiteren Erörterung. Problematisch ist dies jedoch in Hinblick auf Verfahrensfehler. In diesen Fall ist bei relativen Revisionsgründen die Beruhensfrage stets zu klären

Im Examen geht es bei Verfahrensrügen in der Regel um die Missachtung eines Beweisverwertungsverbotes durch die vorherige Instanz. Wichtig ist dabei, dass nicht die Verletzung der Beweiserhebungsnorm zu rügen ist, sondern die Verletzung von § 261. Die vorherige Instanz hat nämlich gegen § 261 verstoßen, wenn ein Beweisverwertungsverbot nicht beachtet wurde und daher unzulässige Beweismittel zur Grundlage der Entscheidung herangezogen wurden.

#### **b) nur bei Verfahrensrügen zwingend zu beachten: Form des § 344 II 2 StPO**

Verfahrensfehler sind in der Revisionsbegründungsschrift zwingend in der Form des § 344 II 2 StPO zu rügen. Ist die Form nicht eingehalten, kann die Verfahrensrüge nicht erfolgreich sein. Die Voraussetzungen für die Einhaltung der Form sind streng. Es müssen die zugrundeliegenden Tatsachen (Sachverhalt) derart umfassend angegeben werden, dass das Revisionsgericht abschließend – ohne in die Akten zu schauen – entscheiden könnte, ob ein Verfahrensfehler vorliegt.

### **III. Beschwerde**

Statthaft gegen *Beschlüsse* des Gerichts, sowie gegen Vfg des Vorsitzenden u. des Richters im Vorverfahren.

## E. Beweiserhebungs-/ Beweisverwertungsverbote

Den Beweisverwertungsverbotten liegt der Gedanke zugrunde, dass es in einem Rechtsstaat keine Wahrheitsfindung um jeden Preis geben darf (vgl. Art. 6 III EMRK, Art. 20 III GG)!

Im Rahmen einer strafprozessualen Zusatzfrage ist in der Vergangenheit hauptsächlich nach Beweisverwertungsverbote gefragt worden. Teilweise ist dies auch eingeleitet worden über die Frage nach dem Erfolg einer möglichen Revision. Ein Beweisverwertungsverbot ist dabei im Rahmen von Verfahrensfehlern bei der Begründetheit der Revision zu problematisieren.

Zunächst ist dabei zu erkennen, dass die StPO zwar regelmäßig die Voraussetzungen der Beweiserhebung regelt, jedoch in der Regel gerade nicht regelt, was passiert, wenn diese Voraussetzungen nicht eingehalten werden. Ganz selten sind in der StPO ausdrücklich Beweisverwertungsverbote geregelt. Auf gar keinen Fall resultiert aus jedem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsnorm zwangsläufig ein Beweisverwertungsverbot. Insofern ist immer die Frage zu klären, ob aus Verstößen gegen Beweiserhebungsnormen auch Beweisverwertungsverbote resultiert (sog. Unselbständige Beweisverwertungsverbote). Nach heute herrschender Meinung (siehe dazu sogleich) ist dies im Rahmen einer Gesamtabwägung zu bestimmen.

### Zu beachten im Rahmen einer Revisionseinkleidung: § 238 II StPO und Widerspruchslösung:

Sofern in der ersten Instanz ein Verfahrensfehler (auch sofern dieser aus dem Ermittlungsverfahren stammt) nicht gerügt wird, kann dieser wegen der **Rügepräklusion des § 238 II StPO bzw. der Widerspruchslösung** im Rahmen der Revision mitunter nicht mehr geltend gemacht werden, da dieser präkludiert/verwirkt ist.

**Beachte: Bei der Rügepräklusion des § 238 II StPO passiert der Fehler erstmals in der Hauptverhandlung, bei der Widerspruchslösung stammt der Fehler aus dem Ermittlungsverfahren.**

	<b>Widerspruchs-Lösung</b>	<b>Rüge-Präklusion gem. § 238 II StPO</b>
Für	Verfahrensfehler, welche urspr. aus dem Ermittlungsverfahren kommen	Verfahrensfehler, welche erstmals in der Hauptverhandlung passieren
Verletzte Vorschrift	In der Regel § 261 StPO, freie richterliche Beweiswürdigung verletzt, da ein Beweisverwertungsverbot, welches aus dem Ermittlungsverfahren kommt, nicht berücksichtigt wurde	Jeweilige Vorschrift; bspw. § 55II
Rechtfolge bei fehlender Rüge	Verfahrensfehler ist in der Revision präkludiert	Verfahrensfehler ist in der Revision präkludiert
Ausnahmen	gesetzlich geregelte BVV und ansonsten allenfalls bei schwersten Verletzungen. str. ist allerdings die Reichweite (s.u.)	-> unverzichtbare/elementare Vorschriften -> Rüge knüpft an ein Unterlassen an -> Vorschriften ohne Ermessensspielraum

Bei möglichen Verfahrensrügen ist die **Rügepräklusion nach § 238 II StPO** zu beachten. Diese besagt, dass bei Nichtbeanstandung von Anordnungen des Vorsitzenden (Zwischenrechtsbehelf des **§ 238 II StPO**) Verfahrensfehler mangels Rügen verwirkt bzw. geheilt sein können bzw. bei Verfahrensverstößen des Gerichts durch Unterlassen Heilung des Verfahrensverstößes vorliegen kann (letzteres im Ergebnis (-)!

Eine derartige Verwirkung hat der BGH im **Fall El Motassadeq** noch einmal klargestellt (L&L 2007 S. 387f.): *Liegt einer sachleitenden Anordnung des Vorsitzenden eine strafprozessuale Regelung zugrunde, welche ihm ein Ermessen eröffnet, so kann ein Verfahrensbeteiligter eine Verletzung dieses Ermessens nur dann mittels einer Revisionsrüge geltend machen, wenn er in der Hauptverhandlung von dem Rechtsbehelf nach § 238 II StPO Gebrauch macht.*

Im zugrundeliegenden Fall war gerügt worden, dass ein Zeuge (Mzoudi) seine Auskunft nach § 55 StPO verweigern durfte, der bereits rechtskräftig freigesprochen wurde. Problematisch ist dabei, dass der Zeuge sich bei einer Aussage der Gefahr der Wiederaufnahme seines Verfahrens nach § 359 f. StPO aussetzt.

**Eine Verwirkung wegen Nichtgebrauchmachens des § 238 II StPO kommt allerdings nicht in Betracht, wenn:**

- Gericht unverzichtbare/elementare Vorschriften missachtet (alle Vorschriften, deren Verletzung zu § 338 StPO führen, sind unverzichtbar! I.ü. vgl. Kommentierung jeweils am Ende der einzelnen Vorschrift bei § 337 oder § 238 StPO)
- Rüge an ein Unterlassen anknüpft
- Gericht sich über Vorschriften hinwegsetzt, die keinerlei Ermessensspielraum haben/elementare Vorschriften darstellen

Ähnlich ist auch die sog. **Widerspruchslösung** des BGH einzuordnen. Hiernach sind Fehler aus dem Ermittlungsverfahren, welche zu Beweisverwertungsverböten führen können, in einem Revisionsverfahren nicht mehr rügbär, wenn in der (erstinstanzlichen) Hauptverhandlung der anwaltlich vertretene Angeklagte nicht die Verwertbarkeit unmittelbar nach der jeweiligen Beweisaufnahme rügt. Hintergrund ist, dass das erstinstanzliche Gericht grds. von einem fehlerfreien Ermittlungsverfahren ausgehen kann, wenn die Verteidigung nicht ein anderes rügt. Ein Klassiker hierfür ist ein Verstoß gegen § 136 StPO. Gleiches gilt im übrigen auch für den nicht anwaltlich vertretenen Angeklagten, der auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wird, von diesem aber keinen Gebrauch macht.

Von herausragender Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass der Beschuldigte über ein derartiges Verwertungsverbot bei einer weiteren Vernehmung, insbesondere durch den Ermittlungsrichter, **qualifiziert belehrt** werden muss. Unterbleibt die Belehrung, so ist aufgrund der psychischen Bindungswirkung beim Beschuldigten („Jetzt habe ich ja eh schon vor der Polizei gestanden“) auch die weitere Aussage unverwertbar. Eine Ausnahme hiervon ist aber zu machen, wenn der Gedanke der Bindungswirkung entfällt, etwa weil der Beschuldigte sich bei einer vorherigen Vernehmung gar nicht belastet hat.

**Umstritten ist dabei der Umfang der Widerspruchslösung.**

Anerkannt dürfte dabei der bisherigen Rechtsprechung sein, dass die sogenannte "Widerspruchslösung zumindest in folgenden Fällen greift

- der Beschuldigte wurde vor seiner polizeilichen Vernehmung nicht über sein Recht zu Schweigen belehrt
- der Beschuldigte konnte eine Belehrung über die Aussagefreiheit wegen seines geistig-seelischen Zustands nicht verstehen
- die Erziehungsberechtigten des Beschuldigten wurden entgegen § 67 Abs. 1, 2 JGG nicht im Ermittlungsverfahren beteiligt
- dem Beschuldigten wurde in seiner polizeilichen Vernehmung die Hinzuziehung eines Verteidigers verwehrt
- der Beschuldigte wurde vor seiner polizeilichen Vernehmung nicht über sein Recht belehrt, einen Rechtsanwalt hinzuzuziehen
- die Ermittlungsergebnisse stammen von einem verdeckten Ermittler stammen, welcher eingesetzt wurde, obwohl ein qualifizierter Anfangsverdacht im Sinne des § 110a StPO fehlte

Am Umfang der Widerspruchslösung meldete 2016 der 2. Senat des BGH an (2 StR 46/15) Bedenken an. Die "Widerspruchslösung" sei für Verletzung von Belehrungsobliegenheiten bei Vernehmungen (§ 136 Abs. 1 S. 2, § 163a Abs. 4 S. 2 StPO) entwickelt worden und könne daher nicht so einfach auf Beweisverwertungsverböten, die aus Fehlern bei einer Durchsuchung oder Beschlagnahme resultieren, übertragen werden. Dass der Beschuldigte vor einer Vernehmung nicht ordnungsgemäß belehrt wurde und dann aussagt, sei nicht vergleichbar mit einer fehlerhaft angeordneten Durchsuchung, bei der Sachbeweise gefunden worden seien. Dabei geht es vor allem um die Manifestierung des erlangten Beweismittels. Während der Beschuldigte eigene Angaben auch später aus seiner Erinnerung erläutern und erklären oder sie ersetzen oder dementieren könnte und so auch (durch den nicht erfolgten Widerspruch) entscheiden dürfte, ob sie als Beweismittel verwertet oder (nach einem Widerspruch) nicht verwertet werden dürfen, können Sachbeweise von der Verteidigung dem Strafverfahren nicht mehr entzogen werden.

Anders sieht es der fünfte Senat im Urteil vom 09.05.2018 (5 StR 17/18), nach welchem der Beschuldigte auch der Verwertung von Beweismitteln, die bei einer fehlerhaften Durchsuchung aufgefunden wurden, widersprechen muss, um seine Revision später auf diesen Verstoß stützen zu können. Es gehe bei der Widerspruchslösung nicht um die Dispositionsbefugnis des Angeklagten, sondern um den Gedanken subsidiären Rechtsschutzes. Im Interesse

der Schonung der Justizressourcen verlange man von einem von einem Beweisverwertungsverbot betroffenen Beschuldigten, dass dieser die Rechtsverletzung bereits in der tatrichterlichen Hauptverhandlung geltend macht, damit bereits dort abgeholfen werden könne.

### I) Ausdrücklich im Gesetz geregelte (gesetzliche) Beweisverwertungsverbote

**StPO: insb. §§ 136a III 2; 100d II, 160a I 2, 257 c IV S. 3; § 81c III 5; daneben § 51 BZRG, § 393 II AO, § 4ff StUG**

#### insbesondere von Bedeutung: § 136a I, III StPO:

-> Gilt auch für die StA (§ 163a III 2) und Polizei (§ 163a IV 2, V) sowie bei der Zeugenvernehmung (§ 69 III StPO).

-> nicht abschließend; es darf kein Mittel angewandt werden, durch das die Willensentschließung und -betätigung des Beschuldigten beeinträchtigt wird.

#### Problemfälle

-> **Lügendetektor-Einsatz** mit § 136a StPO vereinbar, sofern der Beschuldigte zustimmt. Nach dem BGH stellt ein Einsatz in diesem Fall weder ein Verstoß gegen § 136a StPO noch gegen Art. 1 I GG (Menschenwürde) dar. Jedoch vermittelt dieser lediglich unbewusste Reaktionen des Betroffenen, die nicht auf seiner freien Willensentschließung beruhen. Insofern sei der Lügendetektor ein ungeeignetes Beweismittel iSd § 244 III 2 Nr. 4 StPO! (vgl. BGH NJW 1999, 657 ff., 662 f.; Life & Law 1999, 237 ff.)

-> **Täuschung:** Eng auszulegen; bewusstes Vorspiegeln oder Entstellen von Tatsachen; nicht aber bereits der Gebrauch bloßer kriminalistischer List, d.h. Fangfragen, bzw. doppeldeutige Erklärungen sind zulässig, aber kein Recht für aktive Lügen zum Zweck der Irreführung. Beispiel: Behauptung „die Beweislage sei erdrückend“ oder „der andere Beteiligte sei bereits verhaftet“ (**M-G § 136a/15**)

-> **Drohung:** Warnungen, Hinweise oder Belehrungen stellen keine Drohung dar. Dies gilt insbesondere, wenn der weitere Gang eines Strafverfahrens erläutert wird.

-> **Zwang:** § 136a I 2 StPO stellt klar, dass der in den §§ 51, 70, oder 112 ff. StPO zugelassene Zwang nur für die dort vorgesehenen Zwecke angewandt werden darf.

### Problematik im Fall Daschner / Gäfgen / Entführung Jakob von Metzler

**Art 3, 6 EMRK (Urteil des EGMR vom 01.06.2010) – vgl. Aufsatz Life&Law 2011, 202f.)**

Im zugrundeliegenden Fall wurde dem Täter Gäfgen von Polizeibeamten die Zufügung von Schmerzen angedroht, wenn er nicht das Versteck den entführten Kindes preisgeben werde.

In prozessualer Hinsicht stellen sich verschiedene Verwertungsproblematiken. Zunächst ist unstrittig, dass die geständigen Angaben, welche unmittelbar durch die Gewaltandrohungen erlangt wurden nach § 136a III StPO nicht verwertbar sind. Auch der EGMR hat im Fall Gäfgen klar gestellt, dass (nur) die unmittelbar durch einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangten Beweismittel gem. Art. 6 EMRK (fair-trial-Grundsatz) in jedem Fall unverwertbar sein. Fraglich erscheint, inwieweit die anschließenden geständigen Angaben vor der Staatsanwaltschaft und der Ermittlungsrichterin verwertbar ist. Hier stellt sich zunächst das Problem der **Fortwirkung der Gewaltandrohung**. Dies ist wohl zu verneinen, da Gäfgen bei diesen Aussagen seine „Aussagefreiheit“ sicherlich wiedererlangt haben dürfte.

Fraglich erscheint jedoch die Frage, wie weitgehend Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichterin iRd § 136 I 2 StPO belehren müssen. Hierbei ist es grundsätzlich nicht ausreichend, „schlicht“ zu belehren. Vielmehr ist eine **qualifizierte Belehrung** dahingehend erforderlich, dass der Vernommene über die Unverwertbarkeit der bisherigen Aussage aufgeklärt werden muss. Vor diesem Hintergrund hat das LG Frankfurt alle vorherigen Aussagen als unverwertbar angesehen. Dies ist bemerkenswert, da die Ermittlungsrichterin angegeben hatte, dass allen Beteiligten (Gäfgen war immerhin Jurastudent) klar gewesen war, dass die Aussage bei der Polizei unverwertbar sei.

Weitergehend stellt sich die Problematik der sogenannten **Fernwirkung** („fruit of the poisonous tree doctrine“). Aufgrund der abgenötigten Aussage fanden die Ermittlungsbehörden sowohl die Leiche als auch Reifenspuren von dem Kfz Gäfgens. Eine allgemeine Fernwirkung wird nicht anerkannt. Vielmehr ist im Einzelfall das Strafverfolgungsinteresse des Staates mit den Rechten des Betroffenen abzuwägen. Dabei wird aufgrund der mittelbaren Wirkung eine Unverwertbarkeit allenfalls nur bei groben Menschenrechtsverletzungen angenommen. Selbst vor diesem Hintergrund hätte man in Fall Gäfgen durchaus ein Beweisverwertungsverbot annehmen können. Das LG Frankfurt lehnte dies jedoch ab, da der konkrete Verstoß relativ gering war („nur“ Gewaltandrohung) und der staatliche Strafanspruch bei einem Mord entsprechend hoch zu gewichten sei. Dies erscheint gerade vor dem Hintergrund des neuesten **Urteils des EGMR vom 01.06.2010** zum Fall Gäfgen sehr fraglich. Nach dem EGMR ist ein Verstoß gegen das in Art. 3 EMRK geregelte Folterverbot nicht zu rechtfertigen, wobei auch schon die Androhung von Folter eine nach Art. 3 EMRK verbotenen unmenschliche Behandlung darstellt (Ferner wurde Gäfgen vom EGMR immer

noch eine „Opferstellung“ zugestanden, da die Polizisten nur relativ geringe Strafen erhalten hatten). Hinsichtlich der Fernwirkung hat der EGMR klargestellt, dass nur die unmittelbar durch einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK erlangten Beweismittel gem. Art. 6 EMRK (fair-trial-Grundsatz) unverwertbar sein. Allerdings verstoße auch ein Abstellen der Verurteilung auf die mittelbar erlangten Beweismittel regelmäßig gegen Art. 6 EMRK. Da das LG Frankfurt die Verurteilung jedoch überwiegend auf das in der Hauptverhandlung erfolgte Geständnis von Gäfen stützte, lehnte der EGMR letztlich ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK mangels einer entsprechenden Kausalität ab. Auch ein dauerhaftes Verfahrenshindernis aufgrund der Gewaltandrohung ist vom LG Frankfurt abgelehnt worden. Dies ist sicherlich überzeugend, da ein solches quasi zu einer „Sperrung“ des Strafverfahrens führt und daher nur bei schwersten Eingriffen in die Menschenwürde anzunehmen ist.

### **Exkurs „Mithörfalle“, vgl. BGH NStZ 1996, 502f. (siehe Hemmer StPO Fall 9)**

*(Bsp.: Ausspionieren des Beschuldigten durch den bestellten Anruf eines Bekannten, während Polizei/STA am Zweitapparat mithört)*

*Beachte Entscheidung des Großen Senats:*

*Die heimliche Ermittlung über den Einsatz einer Privatperson ist nicht grundsätzlich unzulässig; vielmehr müsse eine Abwägung zwischen dem Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und dem Gewicht des nemo-tenetur-Grundsatzes (der gezielte Einsatz durch die Verfolgungsbehörden käme einem Verstoß gegen diesen Grundsatz nahe) einerseits und der Pflicht des Rechtsstaates zur effektiven Rechtspflege andererseits über die Zulässigkeit entscheiden.*

*Hierbei seien vorrangig Art und Gewicht der Beteiligung der Ermittlungsbehörden und die Schwere der Straftat zu berücksichtigen. Der heimliche Einsatz von Privatpersonen sei danach jedenfalls dann zulässig, wenn es sich bei der Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden - für deren Auswahl untereinander wiederum der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt - erheblich weniger erfolgsversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Für die Frage, wann eine Straftat von erheblicher Bedeutung vorliegt, vermitteln die Kataloge in §§ 98 a, 100 a, 110 a StPO*

**-> Fazit: Die Mithörfalle ist nur zulässig bei Straftaten von erheblicher Bedeutung. In diesem Fall liegt auch nach dem BVerfG kein Verstoß gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht vor. Ansonsten aber nach hM kein Verstoß gegen:**

**Verstoß gegen:**

- § 136 a I StPO (-), da Täuschung eng auszulegen
- § 136 I 2 StPO (-), da keine förmliche Vernehmung
- 136 I StPO analog (-), da keine vernehmungähnliche Situation
- § 100 a StPO (-), da Mithören nicht Abhören
- nemo tenetur (-), da kein Zwang zur Aussage

**Ausnahme** bei sog. „Romeo“-Fällen, bei denen die Anbahnung eines Liebesverhältnisses vorgetäuscht wird (Arg.: fair-trial-Grundsatz)

*Auch können selbstbelastende Angaben des Beschuldigten gegenüber sonstigen Mitgefangenen in der U-Haft nicht ohne weiteres verwertet werden, da dem Staat dort eine erwachsende Schutzpflicht gegenüber dem Häftling trifft. Ausforschung eines Untersuchungshäftlings durch einen Mituntersuchungshäftling stellt daher eine verbotene Vernehmungsmethode dar, selbst wenn die Person nicht gezielt zur Ausforschung eingesetzt wurde. (BGH NJW 1998, 3506f.)*

*Dies bedeutet, dass die Angaben nicht verwertbar sind, die nach Kenntniserlangung der Ermittlungsbehörden durch Aushorchen erlangt wurden. Es geht also um eine Täuschung durch Unterlassen und damit um eine unzulässige Vernehmungsmethode nach § 136 a I StPO (BGH NJW 1998, 3506 ff.).*

*Die Ermittlungsbehörden sind vielmehr verpflichtet, solchen Ausforschungen entgegenzuwirken. Dies ergibt sich aus dem besonderen Gewaltverhältnis. „Müssen Untersuchungshäftlinge im Interesse einer geordneten Strafrechtspflege Einschränkungen ihrer physischen und psychischen Freiheit hinnehmen, so trifft den Staat im Gegenzug die Verpflichtung, sie vor massiven Eingriffen nicht nur in ihre körperlich Integrität, sondern auch die Freiheit selbst bestimmten Verhaltens zu schützen.“*

### **Ende Exkurs**

**Beachte: Verwertung heimlich aufgenommenen Gesprächsaufzeichnungen (BGH L&L 2011 S. 718f.):** Veranlasst eine Privatperson unter Verheimlichung des Ermittlungsinteresses einen Tatverdächtigen, mit ihr ein Gespräch zu führen, so begründet dies grundsätzlich keinen Verstoß gegen §§ 136 I 1, 136a I 1 StPO (analog). Der Nemo-Tenetur-Grds. iSv Art. 6 EMRK ist nicht verletzt, wenn es einem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit einem Informanten der Polizei zu unterhalten.

## **II) Ungeschriebene Beweisverwertungsverbote**

Ungeschriebene (unselbständige) Beweisverwertungsverbote können sich auch der Verletzung von Beweiserhebungsverböten ergeben. Dabei ist von ganz gravierender Bedeutung, dass nicht aus jedem Verstoß gegen eine Beweiserhebungsnorm auch ein Beweisverwertungsverbot resultiert, vielmehr ist dies stets durch eine konkrete Abwägung festzustellen. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorgehensweise ist jüngst vom BVerfG bestätigt worden (siehe L&L 2009/1). Die Bestimmungsmethode eines ungeschriebenen Verwertungsverbot war umstritten. Die beiden wichtigsten Ansichten sind:

Das staatliche Interesse an der Strafverfolgung (staatlicher Strafanspruch Art. 20 III GG) ist im Einzelfall mit dem Interesse des Bürgers an der Wahrung seiner GR abzuwägen.

Beweisverwertungsverbot, wenn die verletzte Norm dem Schutz des Beschwerdeführers dienen soll.

Der BGH hat in diesem Zusammenhang die sog. Rechtskreistheorie entwickelt; danach war für jede Vorschrift danach zu fragen, ob sie auch den Rechtskreis den Angeklagten schützen soll oder nicht; bei Bejahung ergab sich ein Verwertungsverbot unabhängig von der Schwere des Delikts. **Inzwischen wendet der BGH die Rechtskreistheorie nur noch teilweise an.** In der Regel nimmt auch der BGH mittlerweile eine Abwägung im Einzelfall vor und lässt dabei nur noch den Gedanken der Rechtskreistheorie einfließen.

### **Wichtige Fallgruppen:**

#### ***a) Fehlende Belehrung bei § 52 I StPO -> Beweisverwertungsverbot (BVV) (+)***

Nach § 52 StPO können Angehörige die Aussage vollständig verweigern; lediglich Angaben zur Person müssen erfolgen. Dieses Zeugnisverweigerungsrecht gilt auch im Verfahren gegen einen Tatbeteiligten, wenn der andere Tatbeteiligte, von dem der Zeuge sein ZVR ableitet, in einem getrennten Verfahren angeklagt ist. Voraussetzung ist dafür nur, dass zu irgendeinem Zeitpunkt ein gemeinsames Verfahren geführt wurde. Begründung des BGH: Einheitlichkeit der Aussage! Jedoch endet das ZVR nach der Rspr., wenn der eigene Angehörige verstorben ist oder eine rechtskräftige Entscheidung ihm gegenüber ergangen ist. **Nach BGH-Rspr. gilt dies nunmehr auch, wenn das Verfahren gegen den Angehörigen gem. § 154 II StPO eingestellt wurde (BGH L&L 2010 S.390f.= NSTZ 2009, S. 515f.)**

Die fehlende Belehrung über § 52 I StPO (evtl. über §§ 161a I 2, 163a V) führt zu einem Beweisverwertungsverbot, da die Norm dem Schutz des Rechtskreises des Angeklagten dient und seine Interessen überwiegen (Ausnahme: R war bekannt u. Aussage wäre erfolgt).

Beachte: Da es sich bei § 52 StPO um eine Beweiserhebungsvorschrift handelt, kommt man zu diesem Ergebnis, indem man zu der festgestellten Verletzung noch unter Anwendung der Rechtskreistheorie das Vorliegen eines Beweisverwertungsverbotes bejaht!!

Nach der Rechtskreistheorie (Rspr.) dürfte dies jedoch nur im Verfahren gegen den Angehörigen gelten. **Auf Verletzung kann sich in diesem Verfahren jedoch auch ein Mitangeklagter stützen, zu dessen Ungunsten die Aussage verwertet wurde (kein Durchschlagen der Rechtskreis-Theorie bei dieser Problematik)!**

**Zu beachten ist stets das Folgeproblem des § 61 StPO bei Vereidigungen des Zeugen.**

#### ***b) § 53 (a) StPO (Berufsgeheimnisträger) -> BVV Rspr. (-); hL (+) (siehe StPO Fall 5).***

§ 53 StPO gewährt sog. Berufsgruppenträgern ein Verweigerungsrecht, soweit Sie bei einer Aussage ein Ihnen anvertrautes Geheimnis offenbaren müssten. Dieses Verweigerungsrecht muss gewährt werden, da man diese Personen ansonsten zu strafbarem Verhalten zwingen würde (§ 203 StGB). Nach h.M. und BGH besteht aber weder eine Pflicht dieser Personen von ihrem Recht Gebrauch zu machen (jeder kann selbst entscheiden, ob er sich strafbar machen will) noch führt eine solche Aussage zur Unverwertbarkeit.

Nach anderer Ansicht in der Lit. muss aufgrund der *Einheitlichkeit des proz. u. mat. R* ein Verwertungsverbot entstehen, da das Gericht nicht eine Aussage verwerten kann, die unter offensichtlichem Verstoß gegen das mat. R entstanden ist.

**Beachte:** Keine Belehrungspflicht: Weder explizit angeordnet, noch gebieten rechtsstaatliche Grundsätze eine solche Belehrung. Es ist davon auszugehen, dass diese Personen ihr Verweigerungsrecht kennen. Falsche Belehrung führt nach BGH zum Verwertungsverbot und damit zur Revision! (A.A. z.T. in Lit.: § 53 schütze allein Zeugen)

#### ***c) § 54 StPO (Verschwiegenheit öff. Bediensteter) -> BVV (-)***

§ 54 StPO gibt ein Verweigerungsrecht, soweit eine Aussage ohne Vorliegen einer Genehmigung eine Verletzung der Dienstpflicht darstellen würde. Fehlen einer Aussagegenehmigung bei § 54 StPO führt zu keinem Verwertungsverbot, da das geschützte öff. Interesse schon nach der Aussage unwiderruflich beeinträchtigt ist. Grundsätzlich be-

steht auch keine Belehrungspflicht. Falsche Belehrung begründet ferner nicht die Revision, da § 54 nicht den Rechtskreis des Angeklagten schützen soll; somit kein Verwertungsverbot.

#### **d) § 55 StPO -> BVV (-)**

§ 55 StPO gewährt ein Auskunftsverweigerungsrecht, d.h. es können die Fragen unbeantwortet bleiben, die bei Beantwortung zur eigenen Strafüberführung beitragen könnten. Verletzung von § 55 II StPO; also fehlende/falsche Belehrung führt nach h.M. und dem BGH zu keinem Verwertungsverbot, da nur der Rkreis des Zeugen und nicht des Angeklagten betroffen ist.

**Beachte:** Ein Verwertungsverbot besteht jedoch in einem evtl. späteren Verfahren gegen den jetzt noch als Zeugen Aussagenden.

#### **e) §§ 102f StPO Missachtung der Durchsuchungsvoraussetzungen**

##### **-> nur bei besonders schweren Verstößen BVV (+)**

Eine rechtsfehlerhafte Durchsuchung führt nur dann zu einem BVV, wenn es sich um einen besonders schweren Verstoß handelt. Dies liegt insbesondere vor bei einem Verstoß gegen den Richtervorbehalt. Hier hat das BVerfG im Jahre 2006 strenge Maßstäbe angelegt. Die Genehmigung durch den Richter muss der Regelfall sein und ein Handeln über die „Gefahr im Verzug“ muss der Ausnahmefall bleiben. Insofern ist die schnelle Erreichbarkeit von Richtern sicherzustellen. Insbesondere ist es unzulässig, wenn die Staatsanwaltschaft Hinweisen solange nicht nachgeht, bis dann schließlich „Gefahr im Verzug“ eingetreten ist.

**Exkurs:** Bei Durchsuchungen ist zu differenzieren zw. einer Durchsuchung bei dem Beschuldigten, bzw. bei einem Dritten (§§ 102, 103) und dem Richtervorbehalt des § 105. Für sog. *Zufallsfunde* gilt § 108, der die Beschlagnahme (dazu sogleich) solcher Gegenstände absichern will.

##### **(P) „Gefahr im Verzug“ iSd Art. 13 II GG und § 105**

Nach dem BVerfG (Az. 2 BvR 1444/00) ist dieser Begriff eng auszulegen. Das Vorliegen von Gefahr im Verzug muss sich auf konkrete Tatsachen des Einzelfalles und nicht auf Spekulationen gründen. Gefahr im Verzug darf nicht durch ein abwarten der StA/ Polizei herbeigeführt werden. Ob Gefahr im Verzug vorlag, unterliegt der vollständigen gerichtlichen Kontrolle. Die StA/ Polizei treffen Dokumentations- und Begründungspflichten, um diese Kontrolle zu ermöglichen. Das Gericht hat aber die besondere Situation der Beamten zu berücksichtigen.

Diesen Maßstab hat das BVerfG in den letzten Jahren immer strenger gefasst. Insbesondere muss der Ausnahmecharakter der Maßnahme gewahrt sein. Der Richtervorbehalt muss der Grundsatz bleiben. Daher ist es insbesondere unzulässig, wenn die StA/Polizei die Voraussetzungen für das Vorliegen einer „Gefahr im Verzug“ schafft, indem sie zulange abwartet und so Beweise zu „verschwinden“ drohen.

##### **(P) Zufallsfunde**

Ein Verstoß gegen Beweiserhebungsvorschriften führt auch im Rahmen einer rechtswidrigen Wohnungsdurchsuchung nicht zwangsläufig zu einem Beweisverwertungsverbot. Vielmehr ist dies im Rahmen einer Abwägung gesondert festzustellen. Dabei ist nicht zu beanstanden, dass die Rechtsprechung bei Zufallsfunden eine eigene Dogmatik unter Hinzuziehung von § 161 II 1 StPO und § 477 II 2 StPO entwickelt hat, bei der auf die „Wiederholbarkeit“ abgestellt wird. Insofern ist die Frage entscheidend, ob bzgl. des gefundenen Gegenstandes und der daraus resultierenden Strafbarkeit auch eine Durchsuchung hätte angeordnet werden dürfen. Dies gilt grds. auch bei einer an sich rechtsfehlerhaften Durchsuchung. Im zugrundeliegenden Fall wurde bei einer unverhältnismäßigen und daher rechtswidrigen Durchsuchung ein zufälliger Haschisch-Fund gemacht, der einen Tatverdacht im Hinblick auf § 29a BtmG rechtfertigte. (siehe BVerfG LNR 2009, 18067 = L&L 2009 S. 744f.)

##### **Beachte: Anforderungen an einen richterlichen Bereitschaftsdienst zur Nachtzeit (OLG Hamm L&L 2009 S. 829f. = NJW 2009, S. 3109f. = LNR 2009, 21923)**

**Konkreter Sachverhalt:** Ein Polizeikommissar ordnet nach Rücksprache mit der Staatsanwaltschaft eine Wohnungsdurchsuchung aufgrund von „Gefahr im Verzug“ in der Nacht nach 1 Uhr an. Eine Anrufung eines Ermittlungsrichters wurde nicht vorgenommen, da ein richterlicher Bereitschaftsdienst bekanntlich zu dieser Nachtzeit im zuständigen LG-Bezirk nicht eingerichtet war, obwohl in diesem Bezirk idR mehr als 800 Fälle im Jahr in der Nachtzeit gegeben sind, bei denen eine richterliche Entscheidung erforderlich wäre.

**Entscheidung:** Eine Notwendigkeit für die Einrichtung eines richterlichen Bereitschaftsdienstes ist zu bejahen, wenn hierfür ein praktischer Bedarf besteht, da in den in Frage stehenden Zeiträumen, Maßnahmen, die dem Richtervor-

behalt unterliegen, nicht nur ausnahmsweise anfallen. Dies war im vorliegenden Fall zu bejahen. Ferner war die Frage nach einem Beweisverwertungsverbots zu klären. Hierzu führte das OLG aus: Wird eine Wohnungsdurchsuchung zur Nachtzeit wegen Gefahr im Verzug durch die Staatsanwaltschaft oder Polizeibeamte angeordnet, weil ein notwendiger richterlicher Notdienst nicht eingerichtet ist, so liegt hierin eine grobe Missachtung des Richtervorbehalts, die zurr Rechtswidrigkeit der Durchsuchung führt und ein BVV nach sich zieht.

#### **f) §§ 100a,b StPO Überwachung der Telekommunikation/Online-Durchsuchungen**

Auch hierbei ist ein Beweisverwertungsverbot nur bei besonders gravierenden Verstößen anzunehmen, insbesondere bei völliger Umgehung der Voraussetzung, wie Nichtbeachtung des Richtervorbehalts, der Subsidiarität oder wenn keine Katalogstraftat vorliegt. Gesetzlich geregeltes Beweisverwertungsverbot aus 100d II StPO beachten, wenn der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betroffen ist.

#### **g) §§ 100 c StPO „großer Lauschangriff“**

Auch beim sog. „großen Lauschangriff“ ist ein Beweisverwertungsverbot nur bei besonders gravierenden Verstößen anzunehmen, insbesondere bei völliger Umgehung der Voraussetzung, wie Nichtbeachtung des Richtervorbehalts, der Subsidiarität oder wenn keine Katalogstraftat oder kein hinreichender Tatverdacht vorliegt. Gesetzlich geregeltes Beweisverwertungsverbot aus 100d II StPO beachten, wenn der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung betroffen ist.

#### **h) § 136 I 2 StPO Belehrung über die Aussagefreiheit -> Grds: BVV (+)**

Verletzung von § 136 I 2 (evtl. über §§ 163a III 2, IV 2) StPO führt – jetzt auch nach Ansicht des BGH – zum Verwertungsverbot, da das R sich nicht selbst belasten zu müssen sogar Verfassungsrang hat. (Bei § 243 V 1 StPO gilt dies ebenfalls).

Eine Belehrung ist zwingend erforderlich, da es Beschuldigtem freisteht, sich zu der Beschuldigung zu äußern, oder nicht zur Sache auszusagen; wenn nicht geschehen besteht Beweisverwertungsverbot, da Interesse des Beschuldigten, sich nicht selbst belasten zu müssen, regelmäßig das Strafverfolgungsinteresse überwiegt

->wenn Beschuldigter aufgrund eines **psychischen Defekts** die Belehrung nicht verstehen konnte, ist vernünftigerweise ein Verwertungsverbot zu bejahen, jedoch ist der Beschuldigte nach dem BGH zunächst zu vernehmen, weil erst ein Gutachten im Prozess abschließend Klärung bringen kann, ob ein BVV vorliegt. Dies ist insbesondere von Bedeutung im Hinblick auf die **Widerspruchslösung** bzw. Rügepräklusion nach § 238 II StPO (siehe hierzu auch die ausführlichen Ausführungen im Revisions-Teil).

#### **Beachte: Widerspruchslösung – qualifizierte Belehrung (BGH NStz 2009, S. 281)**

**Grundsätzliches:** Aus einem Verstoß gegen § 136 I 2 StPO resultiert grds. ein Beweisverwertungsverbot. Jedoch gilt in diesem Zusammenhang die sog. **Widerspruchslösung** des BGH. Hiernach sind Fehler aus dem Ermittlungsverfahren, welche zu Beweisverwertungsverboten führen können, in einem Revisionsverfahren nicht mehr rügbär, wenn in der (erstinstanzlichen) Hauptverhandlung der anwaltlich vertretene Angeklagte nicht die Verwertbarkeit unmittelbar nach der jeweiligen Beweisaufnahme rügt. Hintergrund ist, dass das erstinstanzliche Gericht grds. von einem fehlerfreien Ermittlungsverfahren ausgehen kann, wenn die Verteidigung nicht ein anderes rügt.

**Konkrete Entscheidung:** Hat der Beschuldigte vor der Polizei oder Staatsanwaltschaft unter Verletzung von § 136 I 2 StPO eine Aussage gemacht, so muss der Beschuldigte über ein derartiges Verwertungsverbot bei einer weiteren Vernehmung, insbesondere durch den Ermittlungsrichter, **qualifiziert belehrt** werden. Unterbleibt diese **qualifizierte** Belehrung, so ist aufgrund der psychischen Bindungswirkung beim Beschuldigtem auch die weitere Aussage – trotz ordnungsgemäßer einfacher Belehrung – unverwertbar. Eine Ausnahme hiervon ist jedoch zu machen, wenn der Gedanke der Bindungswirkung entfällt, etwa weil der Beschuldigte sich bei einer vorherigen Vernehmung gar nicht belastet hat, sondern erstmals vor dem Ermittlungsrichter sich belastend einlässt.

#### **Ausnahmen: Beweisverwertungsverbot (-):**

- wenn Beschuldigter seine Rechte bei Vernehmung bereits kannte
- wenn sich nicht klären lässt, ob Belehrung erfolgte oder nicht
- wenn ein sog. „Spontangeständnis vorliegt
- wenn verteidigter Angeklagter den Verstoß nicht bis zum in § 257 StPO genannten Zeitpunkt gerügt hat, oder gar einer Verwertung ausdrücklich zugestimmt hat (**Widerspruchslösung -> siehe oben**)
- wenn nicht verteidigter Angeklagter auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wurde, davon aber keinen Gebrauch macht

### **Beachte: Belehrungspflicht bei Spontanäußerungen (BGH L&L 2010 S. 254f.= NJW 2009, S. 3589)**

**Konkreter Sachverhalt:** Der Täter (T) stellt sich freiwillig und gesteht ohne vorherige Belehrung die Tat „spontan“ in der Polizeiwache D. Während einer anschließenden Fahrt in einem Polizei-Pkw zu einer anderen Polizeiwache schildert er den Polizisten noch Einzelheiten des Tatgeschehens. Erst in der Behörde wird er dann von der Kriminalbeamtin R über seine Rechte belehrt. Der T erklärt darauf, er habe doch schon alles den anderen Polizisten gesagt. Nach der Angabe der R eine Aussage könnte sich auch entlastend auswirken, gestand T die Tat umfassend. In der Hauptverhandlung vor dem LG wurde die R als Zeugin bzgl. dieser Aussage gehört. Der Verteidiger des T rügte die Verwertbarkeit und legte nach Verwertung der Aussage Revision gegen das Urteil des LG ein.

**Entscheidung:** Ein sog. Spontangeständnis wie vor den Polizeibeamten in der Wache in D ist trotz fehlender Belehrung verwertbar, sofern keine Anhaltspunkte für eine gezielte Umgehung vorliegen, was hier nicht der Fall war. Eine gezielte Umgehung kann jedoch vorliegen, wenn sich Beamte nach pauschalen Geständnis über längere Zeit Einzelheiten berichten lassen, ohne zwischenzeitlich zu belehren. Dies hat der BGH jedoch in Hinblick auf die Fahrt abgelehnt, da dies keine zielgerichtete Umgehung während der Fahrt gewesen sein soll. Des weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte, der vor der Polizei oder Staatsanwaltschaft unter Verletzung von § 136 I 2 StPO eine Aussage gemacht hat, bei folgenden Belehrungen **qualifiziert belehrt** werden. Unterbleibt diese **qualifizierte** Belehrung, so ist aufgrund der psychischen Bindungswirkung beim Beschuldigten auch die weitere Aussage – trotz ordnungsgemäßer einfacher Belehrung – unverwertbar. Eine qualifizierte Belehrung der R musste hier jedoch nicht erfolgen, da das Spontangeständnis verwertbar war.

### **h) § 136 I 2 StPO Hinweis auf das Recht zur Verteidigerkonsultation-> BVV (+)**

Verwehrgung eines *Verteidigers* führt zum Verwertungsverbot, da der Rkreis des Angeklagten betroffen ist. Dies gilt auch bei einer Verletzung der Mitteilungspflichten des § 168c V StPO. Der Beschuldigte ist nicht nur über das Recht auf Verteidigerkonsultation zu belehren, sondern es ist ihm auch die Möglichkeit zu geben, sich mit einem solchen in Verbindung zu setzen.

- Belehrung über das Recht zur Verteidigerkonsultation hat kein geringeres Gewicht als der Hinweis auf das Schweigerecht. Zwischen beiden Rechten des Beschuldigten besteht vielmehr ein enger Zusammenhang. Sie sind als gleichwertig einzustufen. Die Verteidigerkonsultation dient dazu, den Beschuldigten zu beraten, ob er von seinem Schweigerecht Gebrauch macht.

### **(P) Hilfe bei der Verteidigersuche**

umstritten ist, inwieweit dem Beschuldigten bei der Suche nach einem Verteidiger geholfen werden muss.

Nach Ansicht des 5. Strafsenat des BGH (BGH NJW 1996, 1547) zwingt das Gebot eines fairen Verfahrens nicht nur dazu, eine polizeiliche Vernehmung zu unterbrechen, wenn ein Beschuldigter zunächst nach einem Rechtsanwalt verlange, sondern die Vernehmung ohne Verteidiger dürfe nur dann fortgesetzt werden, wenn die Polizei sich **zuvor ernsthaft bemüht** habe, dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontaktes zu einem Verteidiger **zu helfen**, und ihn **danach** nochmals ausdrücklich auf sein Recht, einen Verteidiger hinzuzuziehen, hingewiesen habe. Bei einem Verstoß gegen diese Grundsätze hat der 5. Strafsenat ein Verwertungsverbot angenommen.

Anderer Ansicht ist jedoch der 1. Strafsenat des BGH (BGH NJW 1996, 2242f.) zumindest dann, wenn wegen der mitternächtlichen Stunde **wenig Aussichten** gab, am Vernehmungsort einen Rechtsanwalt zu erreichen (Achtung: Das dürfte jedoch aufgrund des Strafverteidigernotdienst kaum noch vorkommen!). Ein Verstoß liegt nach dieser Ansicht nur vor, wenn zwar die Belehrungspflichten vor einer Vernehmung beachtet werden, dem Beschuldigten sodann jedoch von Seiten der Ermittlungsorgane bedeutet wird, er werde seine prozessualen Rechte **nicht durchsetzen können**, etwa wenn nach Belehrung die Kontaktaufnahme zu einem Rechtsanwalt aktiv verweigert und zugleich erklärt wird, die Vernehmung werde (ohne Anwalt) solange fortgesetzt, "bis Klarheit herrsche" (so die Konstellation bei BGH St 38, 372 = NJW 1993, 338).

### **Ferner zu beachten:**

- BGH (Life & Law 8/2002, 547 ff. = StV 2002, 117 ff.) kein Beweisverwertungsverbot, wenn dem Beschuldigten das Recht zur Verteidigerkonsultation aktuell bekannt war.
- BGH (NSTz 2002, 380 ff./ Besprechung von Roxin in JZ 2002, 897 ff.) gebietet die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerkonsultation nicht, den Beschuldigten, der keinen Wunsch auf Hinzuziehung eines Verteidigers äußert, auf einen vorhandenen anwaltlichen Notdienst hinzuweisen.
- aber BVV, wenn ausländischen Beschuldigten nur das Branchenbuch überlassen und die Telefonnummer des Notdienstes nicht mitgeteilt wird (BGH NSTz 1996, 291).

### ***i)* § 252 StPO -> Verwertungsverbot (+)**

Nach h.M. nicht nur *Verlesungsverbot*, sondern umfassendes *Verwertungsverbot*, wenn der Zeuge in der HV von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, da ein Verlesungsverbot schon aus § 250 S. 2 StPO folgt. Das heißt, dass auch keine Vernehmung vom Hören und Sagen möglich ist.

In dieser Hinsicht ist § 252 StPO dann ein ungeschriebenes BVV. Hinsichtlich des Verlesungsverbot handelt es sich um ein geschriebenes BVV. Im Falle des § 52 StPO ist es für § 252 StPO gleichgültig, ob das Angehörigenverhältnis vor oder nach der früheren Vernehmung vorlag.

**Gilt nicht für § 55 StPO** (kein Zeugnis-, sondern AuskunftsverweigerungsR bei Selbstbelastung!).

### **Mögliche Ausnahmen:**

#### **1. Vorherige Vernehmung durch den Ermittlungsrichter mit ordnungsgemäßer Belehrung (siehe Hemmer StPO Fall 7)**

Dies setzt voraus, dass

- eine Vernehmung durch den Richter erfolgte
- das ZeugnisverweigerungsR damals schon bestand **und**
- der Richter ordnungsgem. belehrt hat

### **Achtung: NEUE RECHTSPRECHUNG**

Der BGH hat bisher diese Ausnahme anerkannt. **In jedem Fall war jedoch nur eine Vernehmung des Ermittlungsrichters als Verhörsperson (nicht die Verlesung des Vernehmungsprotokolls!) zulässig.**

Der 2. Strafsenat des BGH hilet so dann – entgegen der Rechtsauffassung des 1. Senats für die Verwertung eine qualifizierte Belehrung des vernehmenden Richters für erforderlich (dh dieser müsste bei der Vernehmung neben dem ZVR nach § 52 auch darauf hinweisen, dass eine dennoch erfolgte Aussage auch dann in einer mündlichen Verhandlung verwertet werden könnte, wenn der Zeuge sich später auf sein ZVR beruft). Daraufhin legte der 2. Senat die Rechtsfrage den großen Senat vor. **Der große Senat lehnt eine Pflicht zur qualifizierten Belehrung ab. Gleichzeitig machte der große Senat deutlich, dass generell gravierende Bedenken gegen eine Vernehmung des Ermittlungsrichters als Verhörsperson bestehen, da dies die Regelung des § 252 StPO nach dem gesetzlichen Zweck unterlaufen könnte.**

**Insofern ist es gut denkbar, dass der BGH diese Ausnahme zukünftig generell nicht mehr anerkennt.**

#### **2. Es bestand keine Vernehmungssituation (siehe Hemmer StPO Fall 8)**

vgl. Sedlmayr-Fall: Gespräch des Zeugen mit V-Leuten in privater Atmosphäre ist gerade keine Vernehmung

vgl. Spontanäußerungen ggü Polizeibeamten aus eigenem Antrieb -> keine echten Ausnahmen, da kein Fall des § 252 StPO.

**Exkurs:** Das BVerfG (StV 2000, 233) hat in einem obiter dictum zu seiner Entscheidung im Sedlmayr-Fall (dazu später, vgl auch) angedeutet, dass §§ 161, 163 bei gezielten Befragungen durch V-Leute im Auftrag der StA keine ausreichende Rechtsgrundlage bieten, da hier ein Eingriff in das informationelle SelbstbestimmungsR vorliege, dessen Rechtfertigung nur auf der Grundlage einer speziellen Ermächtigungsnorm möglich sei.

**Wichtig:** Nach dem BGH hindert die Geltendmachung eines Zeugnisverweigerungsrechtes in der HV den Zeugen nicht, nach ordnungsgemäßer Belehrung die Verwertung der bei einer nichtrichterlichen Vernehmung gemachten Aussage zu gestatten (JR 2000, 339 mit Anm. von Fezer). Hingegen soll eine „Aussage“, die ein Zeuge bei dem Verteidiger des Beschuldigten gemacht hat, in analoger Anwendung des § 252 StPO – *auch nicht mit Zustimmung des Zeugen* – nicht in die HV eingeführt werden können, wenn der Zeuge sich in der HV auf sein ZeugnisverweigerungsR beruft. Dies soll selbst dann gelten, wenn der Zeuge der Verwertung seiner früheren „Aussage“ zustimmt (NJW 2000, 1277, zu der Widersprüchlichkeit dieser Entscheidungen vgl. Fezer, a.a.O.)

**(P) 252 StPO bei Sachverständigen:** darf Sachverständiger als Zeuge vom Hören und Sagen über Aussagen eines Zeugen vernommen werden, wenn dieser in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht?

-> **differenzieren**

Bezieht sich die Aussage auf sog. Zusatzfakten, die außerhalb der gutachterlichen Befragung „quasi“ zusätzlich geäußert wurden, also das Urteil vorbereitende Anknüpfungsfakten greift § 252 StPO. Jedoch kann der Verwertung (also Hören des Sachverständigen) zugestimmt werden. Ferner greift § 252 StPO hinsichtlich der Zusatzfakten auch nicht, wenn im Rahmen der Befragung des Sachverständigen eine vorherige ordnungsgemäße Belehrung über das Zeugnisverweigerungsrecht durch einen Richter erfolgt ist.

Bezieht sich die Aussage hingegen auf sog. Befundfakten, die im Rahmen der gutachterlichen Befragung ordnungsgemäß geäußert wurden, greift § 252 StPO nicht.

### **Exkurs**

#### **P: Verhältnis Zeugen-/ Urkundsbeweis**

Es gilt gem. § 250 StPO grds. der Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundsbeweis (Ausfluss des Unmittelbarkeitsgrds.!) So folgt aus § 250 StPO, dass Protokolle über Vernehmung generell nicht verlesbar sind, sondern der Verhörte selbst zu vernehmen ist. Dies schließt grundsätzlich jedoch nicht aus, dass Vernehmung der Verhörperson vom Hören und Sagen möglich ist (Fall des Personalbeweises).

### **Ausnahmen vom Urkundsbeweis:**

#### **-> § 251 StPO:**

Abs.1: Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten kann durch Verlesung eines Protokolls ersetzt werden.

Abs. 2 gilt hingegen nur für richterliche Vernehmungsprotokolle (hier zeigt sich also der Vorteil einer Vernehmung durch den Ermittlungsrichter).

#### **-> § 252 StPO siehe oben**

#### **-> § 253 StPO:**

Gilt für Zeugen u. Sachverständige und für jedes Vernehmungsprotokoll der eigenen Aussage!

Wichtig: Inhalt des verlesenen Protokolls wird selbst Gegenstand der Hauptverhandlung und ersetzt die Vernehmung der Verhörperson!

Das ist auch der Unterschied zum allg. Vorhalt, der von der Rspr. allg. für zulässig gehalten wird und bei dem dem Zeugen eine vorherige Aussage vorgelesen (vorgehalten) wird. In diesem Fall wird nur das, was der Zeuge nach dem Vorhalt sagt, nicht aber der Vorhalt selbst, in die Hauptverhandlung eingeführt.

#### **-> § 254 StPO:**

bei Geständnissen von Angeklagten sind die Protokolle über frühere richterliche Vernehmung verlesbar. Gilt nur für richterliches Protokoll. Bzgl. anderer Protokolle kann jedoch die damalige Verhörperson als Zeuge vom Hören und Sagen vernommen werden.

Achtung: Hier muss man sich den gewaltigen Unterschied zu dem für Zeugen geltenden § 252 klar machen: Während der Zeuge über § 252 jede Art der Verwertung seiner früheren Aussage sperren kann, kann der in HV schweigende Beschuldigte nicht verhindern, dass seine Aussagen im Ermittlungsverfahren durch die Vernehmung der damaligen Verhörperson als Zeuge vom Hören-Sagen (mit geringerem Beweiswert) in die HV eingeführt werden.

#### **-> § 256 StPO**

Verlesung von Behörden und Ärzteerklärungen

### **Ende Exkurs**

### **j) § 97 StPO -> Verwertungsverbot (+)**

Beschlagnahme von Briefen zw. Beschuldigten u. Personen, die Zeugnis verweigern

Verstoß gegen § 97 I führt (evtl. auch in einer analogen Anwendung) zum Verwertungsverbot, da der Rkreis des Angeklagten betroffen ist. § 97 Abs. 1 StPO gilt entgegen Abs. 2 auch dann, wenn die Briefe sich beim Angeklagten befinden

Hingegen ist § 97 StPO nur auf die Kommunikation zu den genannten Personen anwendbar. So liegt etwa kein BVV vor, wenn es nur um sog. „Überführungstücke“ (insb. Schriftstücke bzgl. der Kommunikation des Beschuldigten

mit anderen Personen) geht, welche nicht die Kommunikation zu den genannten Personen betreffen, sondern aus einem anderen Anlass übergeben wurden.

**Beachte: Sicherstellung von E-Mails (BGH L&L 2010, S. 107f.; NJW 2009, S.1828f.)**

**Grundsätzliches:** Für die rechtliche Einteilung des Zugriffs auf E-Mails müssen aus technischer Sicht vier Phasen unterschieden werden. Dabei differenzieren die Möglichkeiten der Beweiserhebung jeweils

1. Phase: das Versenden der Nachricht auf den Mail-Server, bei dem der Adressat registriert ist

-> unstrittig Beweiserhebung nur im Rahmen von § 100a StPO möglich

**2. Phase: Speicherung der Nachricht auf dem Server des Providers**

-> **Gegenstand der Entscheidung**

3. Phase: Abruf der Nachricht durch den Empfänger

-> unstrittig Beweiserhebung nur im Rahmen von § 100a StPO möglich

4. Phase: Speicherung der abgerufenen Nachricht auf dem Computer bzw. Mobiltelefon des Empfängers

-> nach BVerfG liegt in dieser Phase kein Eingriff mehr in Art. 10 GG vor, da der Schutzbereich des Grundrechts in dem Moment, indem die Nachricht beim Empfänger ankommt endet.

Somit können diese Nachrichten unproblematisch nach den §§ 94f. StPO sichergestellt und beschlagnahmt werden.

**Entscheidung** des BGH: In der 2. Phase bedarf es der Voraussetzungen des § 100a StPO nicht. Es handelt sich nach der (auch nur ganz kurzweiligen) Speicherung nicht mehr um einen Telekommunikationsvorgang. Vielmehr ist eine Beweiserhebung entsprechend der Voraussetzungen des § 99 StPO mit der Herausgabepflicht nach § 95 II StPO anzuordnen.

**k) § 81a StPO -> Verwertungsverbot (-) / (+)**

Verstoß gegen § 81a führt bei unbewusstem Verstoß (Krankenschwester nimmt an Stelle des Arztes Blut ab, weil sie sich dazu berechtigt fühlt) nicht zum Verwertungsverbot, da der beabsichtigte Schutz vor gesundheitlichen Schäden durch ein Verwertungsverbot auch nicht mehr gewährleistet werden kann. Durch die Änderung im Jahr 2017 setzt § 81a StPO keinen Richtervorbehalt mehr voraus. Es besteht eine gleichrangige Anordnungscompetenz von STA und Ermittlungspersonen.

**Exkurs:** auf § 81a StPO wird auch der Brechmitteleinsatz gestützt, der jedoch strengen verfassungskonformen Grenzen unterliegt, insbesondere muss auf die Gesundheit geachtet werden (Art. 2 Abs. 2 GG) und die Verhältnismäßigkeit muss gewahrt sein.

**l) § 110a f. StPO Einsatz von verdeckten Ermittlern**

Zu unterscheiden ist der verdeckte Ermittler und der sog. „V-Mann“. Der verdeckte Ermittler ist ein Polizeibeamter, der unter einer Legende operiert („undercover agent“) und in diesem Zusammenhang insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität eingesetzt werden. Bei dem V-Mann handelt es sich hingegen um einen Informanten aus der „Szene“, der mit den Strafverfolgungsbehörden kooperiert.

**(P) Verwertbarkeit der Aussagen des verdeckten Ermittlers bzw. des V-Mannes**

**I. Verdeckte Ermittler (lesenswert: NStZ 2004, 359ff.)**

= Beamte des Polizeidienstes, die unter einer auf Dauer angelegten veränderten Identität ermitteln ≠ Scheinaufkäufer bei Einzelaktion

**Einsatzvoraussetzungen:**

Zunächst ist zu prüfen, ob überhaupt ein Verstoß gegen die Einsatzvoraussetzungen vorliegt:

1) Katalogtat nach § 110a I bzw. „Verbrechen“ nach § 110a I 2-4

bei Verbrechen:

entweder § 110a I S. 2 und 3: andere Möglichkeiten aussichtslos oder wesentlich erschwert und Wiederholungsfahr oder § 110a I S. 4 bei besonderer Bedeutung und Aussichtslosigkeit

2) Zustimmung und Richtervorbehalt, § 110b

grds. Schriftl. Zustimmung der StA mit Befristung (§ 110b I 3) und Richtervorbehalt, § 110b II 1

aber: bei Gefahr im Verzug nur Zustimmung der StA, § 110b II 2

Richterliche Zustimmung ggf. nach § 110b II 3 entbehrlich

**Des Weiteren ist zu überprüfen, ob auch ein derart erheblicher Verstoß vorliegt, so dass auch ein Beweisverwertungsverbot aus dem einfachgesetzlichen Verstoß resultiert (Abwägung!)**

**Beachte:** Verdeckte Ermittler dürfen im Rahmen ihrer Tätigkeit gemäß § 100c StPO zwar über ihre Identität täuschen, haben sich aber im Übrigen an die gesetzlichen Regeln der Strafverfolgung zu halten. Bewusstes Täuschen mit dem Ziel, den die Tat abstreitenden Zeugen zur Abgabe eines Geständnisses zu bringen, verstößt gegen den nemo-tenetur-Grundsatz und unterliegt wegen Rechtsstaatswidrigkeit einem Beweisverwertungsverbot.

**Beweisverwertungsverbot beim Einsatz vom verdeckten Ermittler (BGH NSTz 2009, S. 343 = L&L 2009 S. 611f.)**

Grds. besteht kein BVV, wenn die Voraussetzungen für den Einsatz gem. §§ 110a f. StPO, insbesondere die richterliche Genehmigung, vorliegen. Jedoch ergibt sich aus dem nemo-tenetur-Grundsatz ein BVV wenn der verdeckte Ermittler einen beharrlich schweigenden Beschuldigten unter Vorspiegelung falscher Tatsachen und unter Verweis auf eine „Seelenverwandtschaft“ zu einer Aussage ihm gegenüber drängt. Bei einer anschließenden Vernehmung durch den Haftrichter muss dieser dann auch **qualifiziert** belehren bzgl. des BVV. Erfolgt dies nicht, so ist dieser Verstoß jedoch in der Hauptverhandlung verwirkt, sofern der verteidigte Angeklagte nicht widerspricht (**Widerspruchslösung** des BGH).

#### **m) V-Leute**

##### **1. keine Übertragbarkeit**

- weder direkte noch analoge Anwendung der §§ 110a ff. auf V-Personen, selbst wenn diese auf den Beschuldigten angesetzt sind (BGH NJW 1995, 2236)
- lediglich Verwaltungsvorschriften (RistBV Anlage D)
- keine besondere Fürsorgepflicht, da Privatmann

##### **2. sonstigen Verfahrensverstöße zu prüfen**

insb. im Einzelfall kein Verstoß gegen „fair-trial“-Grundsatz

### **III. Selbständige Verwertungsverbote**

In diesen Fällen wurde keine Beweiserhebungsnorm verletzt, woraus sich dann evtl. ein Beweisverwertungsverbot ergeben könnte, sondern es geht um die Frage, ob die Verwertung an sich ( z.B. weil die Beweismittel der Polizei von einem Privatmann zugespielt wurden und daher gar keine Beweiserhebung statt gefunden hat) gegen Grundrechte (insb. das allg. PersönlichkeitsR!) verstößt und daher eine Verwertung unzulässig ist.

Nach dem BGH/BVerfG muss hier auch wieder eine Abwägung zwischen öff. Verfolgungsinteresse und dem Schutz der GR stattfinden, bei der 3 Stufen (Sphärentheorie) zu beachten sind:

- > Geht es um äußere Abläufe, so ist stets von der Verwertbarkeit auszugehen.
- > Im Bereich der „Privatsphäre“ muss abgewogen werden.
- > Tangierung des absolut geschützten Kernbereichs („Intimsphäre“) führt stets zur Unverwertbarkeit

Das BVerfG hat in der sog. Tagebuch-Entscheidung (BVerfGE 80, S. 36f.) eine Verwertung von Tagebüchern für zulässig gehalten, da nur die „normale Intimsphäre“ (Privatsphäre) betroffen sei. Hiernach fallen Aufzeichnungen, die einen intensiven Sozialbezug haben, etwa wenn sie in unmittelbarem Bezug zu konkreten Straftaten stehen oder Angaben über die Planung bevorstehender Straftaten enthalten, nicht in den absolut geschützten Kernbereich, sondern gehören der bloßen Privatsphäre an. Der intime Charakter gehe durch die Niederschreibung verloren. Diese Aufzeichnungen seien bei einem überwiegendem Allgemeininteresse (im Fall: Mordvorwurf) an der Verwertung und keiner anderen Möglichkeit der Beweisbarkeit verwertbar. Auch der BGH (BGHSt 34, 397) geht von einer Verwertbarkeit aus. Ebenso verneint hat der BGH einen Eingriff in den Kernbereich des Art. 2 Abs. 1 GG bei der Verwertung eines Abschiedsbriefes. Bei nicht so schwerwiegenden Taten geht hingegen auch der BGH von einer Unverwertbarkeit aus.

Hingegen hat der BGH im Urteil vom 10. August 2005 – 1 StR 140/05 – festgestellt, dass ein in einem Krankenzimmer mittels akustischer Wohnraumüberwachung (Lauschangriff) aufgezeichnetes Selbstgespräch des Angeklagten zu dessen Lasten zu Beweis Zwecken unverwertbar ist, soweit es dem durch Art. 13 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Kernbereich zuzurechnen ist.

Aufhänger in der Klausur kann dabei eine Verletzung von § 100d II 1 (früher 100c V S. 3 StPO a.F.) sein, wobei problematisch ist, wann der Kernbereich privater Lebensgestaltung betroffen ist, da Erkenntnisse über solche Äußerun-

gen einem „absoluten Verwertungsverbot“ unterliegen. Zunächst ist festzustellen, dass das Krankenhauszimmer als „Wohnung“ iSd Art. 13 I GG anzusehen ist, da es auch als „Rückzugsbereich“ genutzt wird. Ferner ist dann zu problematisieren, ob ein Ausschluss der Regelvermutung gem. § 100c IV S. 3 StPO a.F. vorliegt. Dies dürfte abzulehnen sein, da bei § 100c IV a.F. StPO nur Zwiegespräch gemeint sind, was sich daraus ergibt, dass § 100c IV S. 3 StPO a.F.) zw. „Gesprächen“ über begangene Straftaten und „Äußerungen“, mittels derer Straftaten begangen werden, differenziert wird. Insofern meint der Gesetzgeber mit „Gespräch“ nur Äußerungen, die bestimmt sind, von anderen zur Kenntnis gen. zu werden. Auch die Gesetzesänderung hin zum § 100d II 1 StPO dürfte daran inhaltlich nichts geändert haben.

#### **IV. (P) Rechtswidrige Beweisermittlung durch Privatleute**

Nach der h.M. sind solche Beweismittel grds. verwertbar, es sei denn, dass schwerste Menschenrechtsverletzungen bei der Beweisgewinnung vorgenommen wurden (z.B. Folter).

#### **V. Fortwirkung von Beweisverwertungsverböten**

Die Fortwirkung von Beweisverwertungsverböten ist anerkannt. So kann eine Aussage, die unter der Fortwirkung einer zuvor vorgenommenen Drohung erlangt wurde, nicht verwertet werden. Dies ist insbesondere in Hinblick auf § 136a StPO bei der Fortwirkung von Gewaltandrohung der Fall (Siehe hierzu bspw. Fall Gäfgen bei § 136a StPO, wobei eine Fortwirkung in diesem Fall zu verneinen war).

#### **VI. Fernwirkung von Beweisverwertungsverböten**

Eine Fernwirkung (z.B. ein Zeuge macht bei der polizeilichen Vernehmung eine Aussage, nimmt dann aber in der HV ein bestehendes ZVR in Anspruch. Da § 252 StPO als allgemeines Verwertungsverbot gelesen wird, kann diese, bei der Polizei abgegebene Aussage nicht in die HV eingeföhrt werden. Fraglich ist dann aber, ob andere, erst durch die Aussage gefundene weitere Beweismittel auch nicht als Beweismittel in die HV eingebracht werden können.) kommt nach der Rspr. einem Verwertungsverbot grundsätzlich nicht zu!

Die Übernahme der im anglo-amerikanischen Recht geltenden "fruit of the poisonous tree doctrine" wird mit der Begründung abgelehnt, dass diese Doktrin dort der Disziplinierung der Polizei diene, hier Beweisverböte aber nur die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens sichern sollen. Ferner sei die damit bezweckte Disziplinierung der Beamten in der BRD, anders als in den USA, aufgrund des sanktionsreichen BeamtenR nicht nötig.

Bei schwersten Menschenrechtsverletzungen (Verstoss gegen § 136a StPO) kann jedoch eine Fernwirkung bejaht werden (Siehe hierzu bspw. Fall Gäfgen bei § 136a StPO).

Ferner handelt es sich bei der Problematik einer qualifizierten Belehrung im weiteren Sinne auch um ein Problem der Fernwirkung.

#### **VII. Exkurs (Rück-) Berechnung der BAK**

In Rahmen der Beweismwürdigung kann es von Bedeutung sein, den BAK zu berechnen. Dies kann im Rahmen der Schuldfähigkeit oder auch beim Tatbestand des § 315c oder des § 316 StGB relevant sein. Bei der **Rückrechnung aufgrund einer nach dem Tatzeitpunkt erfolgten Blutuntersuchung** ist zu differenzieren:

1) vor dem Hintergrund des zumindest mittelbar wirkenden in-dubio-pro-reo-Grundsatzes sind die höchsten Abbauwerte zugrunde zulegen, wenn der Beschuldigte einen möglichst hohen BAK-Wert benötigt (Schuldebene). Dies ist der Fall, wenn dem BAK-Wert eine strafbefreiende bzw. strafmildernde Wirkung zukommt (bspw. im Rahmen des §§ 20,21 StGB). Die höchsten Abbauwerte föhren zu dem höchsten-BAK im Zeitpunkt der Tat. Hierbei geltenden folgende Werte:

-> einmaliger Sicherheitsabschlag von 0,2 Promille

-> ferner: stündlicher Abbauwert von 0,2 Promille

-> eine Resorptionsphase ist hierbei nicht zu berücksichtigen

2) benötigt der Beschuldigte hingegen einen möglichst geringen BAK-Wert, etwa wenn dieser eine strafbegründende Wirkung hat (Tatbestandsebene bspw. bei §§ 316, 315c StGB), so ist der denkbar geringste stündliche Abbau-

wert von 0,1 Promille und kein Sicherheitsabschlag zugrunde zu legen, da so ein möglichst geringer BAK-Wert im Tatzeitpunkt errechnet wird. Hingegen ist hier von einer Resorptionsphase von 2 Std. auszugehen.

**Bsp.:** Der Täter hat 6 Std. nach der Tat einen BAK von 0,6 Promille. Trinkende und Tatzeitpunkt sind dabei identisch. Wie erfolgt die Berechnung auf Tatbestandsebene, wie auf der Schuldebene?

Denkbar sind auch **Rückrechnungen aufgrund von Trinkangaben**. Dabei ist die sog. **Widmark-Formel** zugrunde zu legen:

Getrunkener Alkohol In Gramm	abzgl.	Resorptionsdefizit 10 – 30 Prozent
Körpergewicht	x	Reduktionsfaktor (bei Männern 0,7/bei Frauen 0,6)

Bei dem Resorptionsfaktor ist zu beachten, dass dieser vor dem Hintergrund des zumindest mittelbar wirkenden in-dubio-pro-reo-Grundsatzes möglichst hoch (30%) anzusetzen ist, wenn ein gewisser BAK-Wert eine strafbegründende Wirkung hat (bspw. bei §§ 316, 315c StGB). Hingegen ist dieser möglichst niedrig anzusetzen, wenn der BAK-Wert eine strafbefreiende bzw. strafmildernde Wirkung hat (bspw. im Rahmen des §§ 20,21 StGB).

Der Getrunke Alkohol in Gramm errechnet sich aus der Menge des getrunkenen Alkohols (1 Liter entspricht einem Kg = 1000 Gramm) und der prozentual enthaltenen Menge Alkohol. Wurde der Alkohol über mehrere Stunden zu sich genommen, so ist auch der jeweils für den Beschuldigten günstigste Abbauwert zu berücksichtigen.

**Bsp.:** eine 100 kg schwere Frau hat 2 Liter Bier mit 5 % Alkohol getrunken. BAK?