

Strafprozessrecht

Grundzüge des Strafverfahrens

von

Prof. Dr. jur. Arthur Hartmann

**Hochschule
für Öffentliche Verwaltung Bremen**

und

Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt

**Hochschule
für Angewandte Wissenschaften Hamburg**

7. Auflage 2018

Hartmann, Arthur / Schmidt, Rolf: Strafprozessrecht (Grundzüge des Strafverfahrens)
7. völlig neu bearbeitete und aktualisierte Auflage – Grasberg bei Bremen 2018
ISBN 978-3-86651-205-4; Preis 23,50 EUR

© Copyright 2018: Dieses Buch ist urheberrechtlich geschützt. Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die des Nachdrucks, der Entnahme von Abbildungen und Prüfungsschemata, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen bleiben, auch bei nur partieller Verwertung, dem Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH vorbehalten.

Autoren: Prof. Dr. Arthur Hartmann / Prof. Dr. Rolf Schmidt
c/o Verlag Dr. Rolf Schmidt GmbH

Druck: Pinkvoss GmbH, 30519 Hannover

Verlag: Dr. Rolf Schmidt GmbH, Wörpedorfer Ring 40, 28879 Grasberg bei Bremen
Tel. (04208) 895 299; Fax (04208) 895 308; www.verlag-rolf-schmidt.de
E-Mail: verlags@t-online.de

Für Verbraucher erfolgt der deutschlandweite Bezug über den Verlag versandkostenfrei.

Vorwort

Im Strafverfahren muss sich der Rechtsstaat bewähren. Verfahrensgrundsätze wie die Unschuldsvermutung, das Offizialprinzip, das Akkusationsprinzip, das Fair-trial-Prinzip, die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit sowie der In-dubio-pro-reo-Grundsatz bringen dies ebenso zum Ausdruck wie die Einhaltung des Gesetzesvorbehalts, des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen.

Die vorliegende Bearbeitung hat sich zum Ziel gesetzt, anschaulich und verständlich zu sein, ohne die Komplexität der Materie zu verbergen. Im Mittelpunkt der vorliegenden Bearbeitung steht zudem die Berücksichtigung der zahlreichen, 2017 in Kraft getretenen Gesetzesänderungen, namentlich

- das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl I 2017, S. 3202),
- das Zweite Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren und zur Änderung des Schöffengerichts v. 27.8.2017 (BGBl I 2017, S. 3295),
- das Gesetz zur Erweiterung der Medienöffentlichkeit in Gerichtsverfahren v. 8.10.2017 (BGBl I 2017, S. 3546) sowie
- das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen v. 30.10.2017 (BGBl I 2017, S. 3618).

Selbstverständlich wurde auch die seit Erscheinen der letzten Auflage ergangene höchst-richterliche Rechtsprechung eingearbeitet.

Konzeptionell wurde das Werk gegenüber den Voraufgaben nicht verändert. Auch die Neuauflage kombiniert eine lehrbuchartige Darstellung mit zahlreichen Beispielfällen. Durch Zusammenfassungen, Übersichten und Klausurhinweise werden das Lernen und die Prüfungsvorbereitung deutlich erleichtert.

Kritik und Verbesserungsvorschläge sind weiterhin willkommen und werden unter *rs@jura-institut.de* erbeten.

Bremen/Hamburg, im September 2018

*Prof. Dr. jur. Arthur Hartmann
Prof. Dr. jur. Rolf Schmidt*

Gliederung

1. Kapitel – Einführung	1
A. Aufgabe des Strafverfahrensrechts.....	1
I. Feststellung der Wahrheit.....	1
II. Wahrung der Gerechtigkeit	2
III. Herstellung des Rechtsfriedens	2
B. Rechtsquellen des Strafprozessrechts.....	3
C. Überblick über den Gang des Verfahrens.....	4
I. Das Erkenntnisverfahren	4
1. Stadium: Das Ermittlungsverfahren (§§ 160-177 StPO).....	4
2. Stadium: Das Zwischenverfahren (§§ 199-211 StPO).....	5
3. Stadium: Das Hauptverfahren (§§ 213-358 StPO).....	5
II. Das Vollstreckungsverfahren (§§ 449 ff. StPO).....	5
D. Der Begriff der Tat.....	7
2. Kapitel – Verfassung, Organisation und Zuständigkeit der Gerichte	9
A. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters	9
B. Die richterliche Unabhängigkeit.....	9
C. Die Gerichtszuständigkeit	10
I. Die sachliche Zuständigkeit in der ersten Instanz.....	10
II. Die Schöffen.....	15
III. Folgen von Verstößen gegen die sachliche Zuständigkeit.....	16
IV. Die örtliche Zuständigkeit in der ersten Instanz	19
V. Die Zuständigkeit in der Rechtsmittelinstanz.....	20
3. Kapitel – Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen).....	22
A. Unschuldsvermutung.....	22
B. Officialprinzip	23
I. Grundsatz: Anklage- und Strafverfolgungsmonopol des Staates	23
II. Ausnahmen vom Officialprinzip.....	23
1. Strafantragserfordernis	24
2. Privatklageverfahren	25
3. Ermächtigungsdelikte/Strafverlangen	26
C. Akkusationsprinzip (Anklagegrundsatz)	26
D. Legalitätsprinzip.....	27
I. Inhalt des Legalitätsprinzips	27
II. Reichweite und Grenzen des Legalitätsprinzips.....	28
1. Außerdienstliche Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat.....	28
2. Bindung der StA an höchstrichterliche Rechtsprechung?.....	30

E. Opportunitätsprinzip	32
F. Fair-trial-Prinzip	34
G. Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime)	36
H. Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz)	37
I. Grundsatz des gesetzlichen Richters.....	37
J. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung	39
I. Freie richterliche Überzeugung.....	39
II. Schweigen des Angeklagten	39
K. Nemo tenetur se ipsum procedere (oder -accusare).....	41
L. In dubio pro reo	43
M. Grundsatz der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit.....	46
N. Grundsatz der Unmittelbarkeit	49
O. Grundsatz des rechtlichen Gehörs.....	49
P. Gerichtliche Fürsorgepflicht.....	50
4. Kapitel – Die Prozessvoraussetzungen	51
A. Rechtsnatur der Prozessvoraussetzungen	51
B. Die wichtigsten Prozessvoraussetzungen	51
C. Folgen von Verfahrenshindernissen	52
5. Kapitel – Überblick über die Verfahrensbeteiligten	53
A. Die Staatsanwaltschaft	53
I. Aufgaben.....	53
II. Organisation, Zuständigkeit und Weisungsbefugnisse	53
III. Reichweite und Grenzen der Weisungsbefugnisse	56
IV. Bindung des/der StA an die Rechtsprechung?.....	57
V. Ablehnbarkeit eines StA wegen Besorgnis der Befangenheit?.....	57
B. Die Polizei	58
I. Doppelfunktion der Polizei	58
II. Gesetzliche Verankerung der Doppelfunktion.....	58
III. Doppelfunktionale Maßnahmen der Polizei	59
IV. Verhältnis Staatsanwaltschaft/Polizei	60
C. Die Strafverteidigung.....	60
I. Aufgabe und Stellung des Verteidigers	60
II. Erlaubtes/nicht erlaubtes Verteidigerhandeln.....	60
III. Die Wahlverteidigung.....	64
1. Freie Entscheidung der Hinzuziehung eines Verteidigers.....	64
2. Begründung und Beendigung des Mandatsverhältnisses	65
3. Verteidigerausschluss	65
4. Pflichtverteidigung.....	65

D. Das Gericht	66
I. Aufgabenbereich	66
II. Ausschluss und Ablehnung von Gerichtspersonen.....	67
1. Ausschluss kraft Gesetzes.....	67
2. Ablehnung wegen der Besorgnis der Befangenheit.....	67
E. Der Beschuldigte.....	72
I. Begriff des Beschuldigten	72
II. Vernehmung des Beschuldigten.....	75
III. Pflichten des Beschuldigten.....	79
IV. Rechte des Beschuldigten.....	79
V. Folgen der Verletzung von Beschuldigtenrechten	82
1. Unterbliebene Belehrung über das Recht zu schweigen	82
a. Grundsatz: Verwertungsverbot.....	82
b. Ausnahmen vom grundsätzlichen Verwertungsverbot.....	83
2. Verweigertes Recht auf Verteidigerkonsultation	84
3. Unterlassene Belehrung über Recht zur Benachrichtigung der konsularischen Vertretung	85
4. Unterlassene Belehrung über die ermittlungsgegenständliche Tat.....	85
5. Durch Privatpersonen erlangte Aussagen.....	85
F. Die Beweispersonen (Zeugen, Sachverständige)	87
I. Der Zeuge (§§ 48 ff. StPO).....	87
1. Begriff und Funktion des Zeugen.....	87
2. Pflichten des Zeugen	88
a. Erscheinungspflicht.....	88
b. Aussage- und Wahrheitspflicht.....	89
c. Ausnahmsweise: Eidespflicht.....	90
d. Weitere Pflichten	91
3. Rechte des Zeugen.....	91
a. Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen, § 52 StPO.....	91
b. Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen, § 53 StPO	97
c. Auskunftsverweigerungsrecht, § 55 StPO.....	99
d. Glaubhaftmachung des Verweigerungsgrundes, § 56 StPO.....	101
e. Nachträgliche Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts	102
f. Keine nachteiligen Schlüsse aus der Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts.....	102
g. Eidesverweigerungsrecht, § 61 StPO	102
h. Zeugenbeistand, § 68b StPO, und Feststellung der Schutzbedürftigkeit, § 48 III StPO	102

4. (Andere) Verfahrensbeteiligte in der Rolle des Zeugen	103
a. Der Richter als Zeuge	103
b. Der Staatsanwalt als Zeuge.....	103
c. Der Verteidiger als Zeuge.....	104
d. Der Mitbeschuldigte als Zeuge.....	105
5. Vernehmung des Zeugen	105
II. Der Sachverständige (§§ 72 ff. StPO).....	105
G. Der Verletzte.....	106
6. Kapitel – Eingriffe und Zwangsmaßnahmen	108
A. Überblick	108
I. Wesentliche Prinzipien des Ermittlungsverfahrens.....	108
II. Spezielle Eingriffsermächtigungen.....	109
III. Rechtsbehelfe gegen Ermittlungsmaßnahmen	111
IV. Klausurtypen.....	112
B. Körperbezogene und medizinische Eingriffe	113
I. Unterbringung zur Beobachtung des Beschuldigten, § 81 StPO.....	113
II. Körperliche Untersuchung des Beschuldigten, § 81a StPO.....	115
III. Körperliche Untersuchung anderer Personen, § 81c StPO	123
IV. Molekulargenetische Untersuchungen, § 81e StPO.....	125
V. „Massengentests“, § 81h StPO	127
C. Identitätsfeststellung und erkennungsdienstliche Maßnahmen.....	130
I. Identitätsfeststellung, § 163b StPO	130
II. Erkennungsdienstliche Maßnahmen, § 81b StPO.....	135
III. DNA-Analyse, § 81g StPO.....	139
D. Sicherstellung und Beschlagnahme	140
I. Sicherstellung und Beschlagnahme von Beweismitteln, § 94 StPO	140
II. Beschlagnahme von Führerscheinen	161
III. Herausgabepflicht nach § 95 StPO.....	166
E. Suche nach Personen und Sachen	169
I. Einführung und Grundlagen	169
II. Anordnungsvoraussetzungen der Durchsuchung nach § 102 StPO.....	169
III. Anordnungsvoraussetzungen der Durchsuchung nach § 103 StPO.....	174
IV. Anordnungsbefugnis.....	175
V. Richterliche Durchsuchungsanordnung	176
VI. Durchführungsvorschriften.....	178
VII. Zufallsfunde, § 108 StPO.....	182
VIII. Rechtsschutz	184
IX. Verwertungsverbote, Revision.....	185

F. Verdeckte und heimliche Ermittlungsmaßnahmen	188
I. Einführung.....	188
II. Rasterfahndung und Datenabgleich nach §§ 98a-98c StPO	189
III. Postbeschlagnahme	192
IV. Überwachung der Telekommunikation	195
V. Online-Durchsuchung	195
VI. Akustische Wohnraumüberwachung („großer Lauschangriff“).....	203
VII. Akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen	213
VIII. Erhebung von Verkehrsdaten der Telekommunikation	216
IX. Bildaufnahmen und Einsatz technischer Observationsmitteln.....	225
X. Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten („IMSI-Catcher“)	228
XI. Erhebung von Bestandsdaten der Telekommunikation	231
XII. Verdeckte Ermittler	237
XIII. Längerfristige Observation	245
XIV. Schleppnetzfahndung (§ 163d StPO) und Ausschreibung zur polizeilichen Beobachtung (§ 163e StPO)	247
XV. Aktenführung und Benachrichtigung; Kennzeichnung und Löschung erlangter Daten; nachträglicher Rechtsschutz.....	247
G. Verfahrens- und vollstreckungssichernde Maßnahmen	252
I. Untersuchungshaft.....	252
II. Vorläufige Festnahme, § 127 StPO	266
7. Kapitel – Gang des Verfahrens.....	267
A. Das Ermittlungsverfahren (Vorverfahren)	267
I. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens	267
1. Ermittlungsgrundsatz.....	267
2. Legalitätsprinzip/Opportunitätsprinzip.....	267
3. Erfordernis eines Anfangsverdachts einer Straftat	268
4. Arten der Inangasetzung eines Ermittlungsverfahrens.....	270
II. Die Durchführung des Ermittlungsverfahrens	272
1. Vernehmung des Beschuldigten	273
a. Zweck und Durchführung der Vernehmung; Erscheinungspflicht.....	273
b. Verbotene Vernehmungsmethoden	274
c. Vernehmungsprotokoll; audiovisuelle Aufzeichnung.....	285
2. Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen.....	286
3. Der Ermittlungsrichter	286
4. Recht auf konfrontative Befragung.....	288
5. Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren	290
III. Der Abschluss des Ermittlungsverfahrens.....	291

1. Erhebung der öffentlichen Klage.....	291
2. Einstellung des Verfahrens.....	291
IV. Der Ablehnungsbeschluss, § 204 StPO.....	303
V. Die vorläufige Einstellung nach § 205 StPO.....	304
VI. Die endgültige Einstellung nach §§ 153 ff. StPO.....	304
C. Das Hauptverfahren in der ersten Instanz.....	305
I. Die Vorbereitung der Hauptverhandlung (§§ 213-225a StPO).....	305
II. Die Durchführung der Hauptverhandlung (§§ 226 ff. StPO).....	306
1. Die einzelnen Verfahrensschritte.....	306
2. Die Anwesenheitspflichten.....	310
3. Die Leitung der Hauptverhandlung.....	311
4. Die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung.....	312
5. Fragerechte.....	312
6. Unterbrechung und Aussetzung der Hauptverhandlung.....	312
7. Das Verhandlungsprotokoll.....	313
8. Die Beweisaufnahme.....	316
D. Das Urteil.....	404
I. Feststellung der Tat als Ergebnis der Verhandlung.....	404
II. In dubio pro reo.....	404
III. Wahlfeststellung.....	406
IV. Postpendenz und Präpendenz.....	410
V. Beratung und Verkündung des Urteils, § 260 StPO.....	411
VI. Absprachen im Prozess (der „Deal“).....	412
VII. Aufbau und Inhalt des Urteils, §§ 260, 267, 268, 268a-d StPO.....	415
8. Kapitel – Rechtsmittel.....	417
A. Überblick und allgemeine Regeln.....	417
B. Berufung.....	420
C. Revision.....	423
D. Beschwerde.....	445
E. Wiederaufnahme des Verfahrens, §§ 359 ff. StPO.....	447
9. Kapitel – Besondere Verfahrensarten.....	452
A. Privatklage, §§ 374-394 StPO.....	452
B. Nebenklage, §§ 395-402 StPO.....	453
C. Adhäsionsverfahren, §§ 403-406c StPO.....	454
D. Strafbefehlsverfahren, §§ 407-412 StPO.....	454
E. Beschleunigtes Verfahren, §§ 417-420 StPO.....	456

2. Kapitel – Verfassung, Organisation und Zuständigkeit der Gerichte

A. Der Grundsatz des gesetzlichen Richters

Art. 101 I S. 2 GG ist eine wichtige Ausprägung der rechtsstaatlichen Rechtssicherheit¹⁷ und des rechtsstaatlichen Objektivitätsgebots.¹⁸ Der in Art. 101 I S. 2 GG kodifizierte Grundsatz des gesetzlichen Richters enthält für den Einzelnen die Garantie, dass nur der durch Gesetz im Voraus bestimmte Richter über ihn Recht spricht. Damit soll vermieden werden, dass die Urteilsfindung durch eine Manipulation der Auswahl der im Einzelfall zur Entscheidung berufenen Richter sachfremden Einflüssen ausgesetzt ist. Die richterliche Zuständigkeit muss damit durch förmliches Gesetz erfolgen, das die richterliche Zuständigkeit im Voraus abstrakt-generell ausgestaltet. Dieses hat festzulegen, welche Gerichte für welche Verfahren sachlich, örtlich und funktionell zuständig und wie die Spruchkörper regelmäßig zu besetzen sind. Das Gerichtsverfassungsgesetz und die Prozessordnungen (im Rahmen des Strafprozesses die Strafprozessordnung) tragen dem Rechnung.

24

Ergänzt werden die gesetzlichen Bestimmungen durch die Geschäftsverteilungs- und Mitwirkungspläne der Gerichte, durch welche im Voraus die Zuständigkeit der einzelnen Spruchkörper bzw. der einzelnen Richter so genau wie möglich festgelegt werden. Die Festlegung, welcher Richter für (zukünftige) Strafrechtsfälle zuständig ist, darf also nicht erst nach der Tat und nicht durch die Exekutive oder die Justizverwaltung allein geschehen. Sie steht auch nicht zur Disposition der Richter bzw. Spruchkörper. Siehe dazu das Bsp. bei Rn 1232.

25

Des Weiteren bedeutet der Verfassungsgrundsatz vom gesetzlichen Richter, dass **Ausnahmegerichte** verboten sind. Das wären Gerichte, die man erst nach der Tat einsetzt, um bestimmte Fälle zu untersuchen oder über bestimmte Personen zu urteilen. Keine Ausnahmegerichte stellen die **Sondergerichte** dar (vgl. Art. 101 II GG). Diese können aufgrund von Gesetzen, die abstrakte und generelle Kriterien enthalten, für bestimmte Sachgebiete errichtet werden (vgl. etwa die Berufsgerichte für Rechtsanwälte, Ärzte, Architekten usw.).

26

Zwar sind in allen Gerichten Berufsrichter eingesetzt, das heißt jedoch nicht, dass daneben Laienrichter (ehrenamtliche Richter) ausgeschlossen wären. Sie heißen „Schöffen“ (vgl. § 30 GVG). Für sie gelten die Regeln über den gesetzlichen Richter in gleicher Weise; auch sie sind sachlich unabhängig.

27

Schließlich können Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen sein (§§ 22, 23 StPO) oder wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden (§§ 24 ff. StPO). Vgl. dazu Rn 199 ff.

28

B. Die richterliche Unabhängigkeit

Um eine neutrale und objektive Rechtsprechung zu gewährleisten, erklärt Art. 97 I GG den Richter für sachlich und persönlich unabhängig (vgl. auch § 1 GVG, §§ 25, 45 I DRiG). Insbesondere folgt aus diesem Verfassungsgrundsatz, dass der einzelne Richter bei der Urteilsfindung nicht an Weisungen bspw. des Justizministers oder des Gerichtspräsidenten gebunden ist. Man stelle sich den Fall vor, dass der Justizminister oder der Gerichtspräsident dem einzelnen Richter Vorgaben machen könnten, wie dieser den

29

¹⁷ BVerfGE 20, 336, 344.

¹⁸ BVerfGE 82, 159, 194.

Rechtsstreit zu entscheiden hat. Eine neutrale Rechtsprechung wäre nicht möglich. Gleiches gilt für das Kollegialgericht: Dürfte der Vorsitzende einem neuen, jüngeren Mitglied seines Senats „kollegiale Empfehlungen“ zur Entscheidung des Falls geben, die in gewisser Weise einen psychologischen Druck bewirkten, wäre die Unabhängigkeit des Richters verletzt.

- 30 Prinzipiell ist der einzelne Richter bei seiner Urteilsfindung auch weder an die herrschende Rechtsauffassung noch an die höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden.

Beispiel: Amtsrichter R vertritt hinsichtlich des Vermögensbegriffs des § 263 StGB eine andere Auffassung als der BGH und gelangt unter Zugrundelegung seiner abweichenden Auffassung zu einem anderen Urteil, als wenn er die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage zugrunde gelegt hätte.

Es verstieße gegen Art. 97 I GG, wenn eine Bindung an die Rechtsprechung des BGH bestünde. Denn es gibt nur eine Abhängigkeit vom Gesetz, nicht von der herrschenden Meinung und prinzipiell auch nicht von der Auslegung des Gesetzes durch andere, höhere Gerichte. Eine Bindungswirkung in Bezug auf die Rechtsprechung höherer Instanzen ist nur in gesetzlich geregelten Ausnahmen vorgesehen, vgl. §§ 121 II, 132 GVG und § 358 I StPO. Hinsichtlich der Bindungswirkung von Entscheidungen des BVerfG vgl. § 31 BVerfGG.

C. Die Gerichtszuständigkeit

- 31 In sachlicher Hinsicht lässt sich die gerichtliche Zuständigkeit in eine erste Instanz und eine Rechtsmittelinstanz (Berufung, Beschwerde, Revision, Sprungrevision) einteilen. Kategorisch davon zu unterscheiden ist die örtliche Zuständigkeit.

I. Die sachliche Zuständigkeit in der ersten Instanz

- 32 Die sachliche Zuständigkeit wird gem. § 1 StPO durch die Bestimmungen des GVG geregelt. Regelung der sachlichen Zuständigkeit bedeutet die Festlegung, auf welcher Stufe die Sache in der ersten Instanz beginnt und auf welcher Stufe sie in der Instanz endet. Der Gerichtsaufbau in Strafsachen ist mehrstufig: In der ersten Instanz zuständig sein kann das AG, LG oder das OLG. Der BGH wird niemals in der ersten Instanz tätig, sondern nur in Revisions-sachen. Demgegenüber kann das AG immer nur erstinstanzliches Gericht sein. LG und OLG können sowohl erstinstanzlich zuständig sein als auch über Rechtsmittel entscheiden.

Überblick über die erstinstanzliche Zuständigkeit

Erste Instanz		
<p>Amtsgericht</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ der Strafrichter als Einzelrichter (§ 25 GVG) ▪ das Schöffengericht (§ 28, 29 I GVG), auch in der Form des erweiterten Schöffengerichts (§ 29 II GVG) 	<p>Landgericht</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ die große Strafkammer (§ 74 I GVG), auch als Schwurgericht (§ 74 II GVG), als Wirtschafts- (§ 74c GVG) und als Staatsschutzkammer (§ 74a GVG) 	<p>Oberlandesgericht¹⁹</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ der Strafsenat (§ 120 I, II GVG)

¹⁹ In Berlin: Kammergericht (KG).

1. Das Amtsgericht

In Strafsachen ist das AG immer dann zuständig, wenn nicht

33

- die Zuständigkeit des LG oder OLG gesetzlich begründet ist (§ 24 I Nr. 1 GVG i.V.m. § 74 II oder § 74a GVG),
- eine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe oder die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in Sicherheitsverwahrung zu erwarten ist (§ 24 I Nr. 2 GVG)²⁰ oder
- die StA wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, oder wegen des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falls Anklage beim LG erhebt (§ 24 I Nr. 3 GVG).

Von besonderer Relevanz ist die zuletzt genannte Alternative, weil es sich bei den Kriterien der „besonderen Bedeutung des Falls“, der „Schutzbedürftigkeit der Opferzeugen“ und des „Verfahrensumfangs“ um unbestimmte Rechtsbegriffe handelt, die im Einzelfall einer Auslegung bedürfen. Dadurch besteht eine **bewegliche Zuständigkeit**, d.h. eine Zuständigkeit, die vom Ergebnis einer Auslegung abhängig ist. Ob dies mit dem Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art. 101 I S. 2 GG) vereinbar ist, soll anhand eines Beispiels erläutert werden.

34

Beispiel²¹: Der Personalchef (P) eines großen Automobilkonzerns ist wegen der Finanzierung von Lustreisen und Bordellbesuchen zugunsten von Betriebsratsmitgliedern der Untreue in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 I, II, 263 III StGB hinreichend verdächtig, was die Erhebung der Anklage zur Folge hat (vgl. § 170 I StPO). Da der Fall große Aufmerksamkeit in den Medien und der Öffentlichkeit erfahren hat, entschließt sich die StA – obwohl keine höhere Strafe als vier Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten ist – Anklage beim LG statt beim AG zu erheben. P ist der Meinung, dass diese Vorgehensweise sein Recht auf den gesetzlichen Richter verletze. Die Bestimmung des gesetzlichen Richters dürfe sich nicht nach der „Sensationslust“ der Öffentlichkeit richten.

- ⇒ Teilweise wird hinsichtlich der beweglichen Zuständigkeit ein Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters geltend gemacht.²² Danach wäre die Entscheidung der StA rechtswidrig.
- ⇒ Nach Auffassung des BVerfG und des BGH bestehen jedoch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da die StA bei der Auslegung des § 24 I Nr. 3 GVG keinen Ermessensspielraum habe, sondern vielmehr bei Vorliegen eines besonderen Umfangs bzw. einer besonderen Bedeutung des Falls verpflichtet sei, Anklage beim LG zu erheben. Zudem sei die zu treffende Entscheidung gerichtlich gem. § 209 I, II StPO voll überprüfbar.²³ Danach verstieße die Entscheidung der StA nicht gegen Art. 101 I S. 2 GG.
- ⇒ Stellungnahme: Zwar vermengt die Rspr. die Kategorien *Ermessen* und *Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe*, gleichwohl ist sie in der Sache zutreffend. Denn dadurch, dass die bewegliche Zuständigkeit gerichtlich voll überprüfbar ist und diese richterliche Überprüfung von Richtern vorgenommen wird, die wiederum im Voraus bestimmt wurden, bestehen keine Bedenken gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters. Die Anklageerhebung der StA vor dem LG statt vor dem AG war also ordnungsgemäß.

Geht man daher mit der Rechtsprechung von der Verfassungsgemäßheit der beweglichen Zuständigkeit aus, bleibt die Frage zu beantworten, wann eine „besondere Bedeutung des Falls“ und die „Schutzbedürftigkeit der Opferzeugen“ gegeben sind und der

35

²⁰ Bei der Frage nach der zu erwartenden Strafe kommt es auf die Einschätzung des StA an. Kriterien sind: Vorstrafen des Beschuldigten, Schwere der Tat, besonders brutales Vorgehen des Beschuldigten etc.

²¹ Vgl. auch *Engländer*, Rn 34.

²² *Hellmann*, Rn 589; *SK-Rudolphi*, Vor § 1 Rn 3.

²³ BVerfGE 9, 223, 228 f.; BGHSt 9, 367, 369; OLG Hamburg NStZ 2005, 654, 655; zust. *KK-Hannich*, § 24 GVG Rn 12; *Kindhäuser*, § 12 Rn 13. Vgl. auch BGHSt 44, 34, 36 f.

„Verfahrensumfang“ eine Zuständigkeit des LG fordert. Nach der Rechtsprechung des BGH ist das der Fall, wenn sich die Sache aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen aus der Masse der durchschnittlichen Strafsachen nach oben abhebt. Als Kriterien gelten hierbei:

- das Ausmaß der Rechtsverletzung und die Auswirkungen der Straftat,
- der Umfang und die Schwierigkeit der zu erwartenden Beweisaufnahme,
- das Bedürfnis nach Klärung einer Grundsatzfrage durch den BGH sowie
- das Interesse der Medien und der Öffentlichkeit,

wobei das Vorliegen *eines* der Kriterien für die erstinstanzliche Zuständigkeit des LG genügt.²⁴

Im vorliegenden **Beispiel** ist jedenfalls das Interesse der Medien und der Öffentlichkeit zu bejahen. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH konnte die StA daher in rechtsfehlerfreier Weise Anklage beim LG erheben.

- 36 Spruchkörper** des AG sind der Strafrichter als Einzelrichter (§ 25 GVG) und das Schöffengericht (§§ 28, 29 I GVG). Der Einzelrichter muss stets ein Berufsrichter sein, wohingegen das Schöffengericht aus einem Berufsrichter als Vorsitzenden und zwei Schöffen (= ehrenamtliche Richter, vgl. § 31 GVG) besteht. Bei besonders umfangreichen Strafsachen kann auf Antrag der StA ein zweiter Berufsrichter zugezogen werden, sog. erweitertes Schöffengericht (§ 29 II GVG). Bei Entscheidungen außerhalb der Hauptverhandlung – etwa bei der Frage nach der Eröffnung des Hauptverfahrens gem. §§ 199 ff. StPO – wirken die Schöffen nicht mit.
- 37** Die Abgrenzung der Zuständigkeit des Strafrichters vom Schöffengericht richtet sich nach §§ 25, 28 GVG. Nach § 25 GVG darf der **Strafrichter** ausschließlich über Straftaten entscheiden, die ein Vergehen darstellen. Verbrechen können also niemals vor einem Einzelrichter verhandelt werden (zur Abgrenzung Vergehen/Verbrechen vgl. § 12 I StGB). Der Strafrichter darf auch nur über solche Vergehen urteilen, die
- im Wege der Privatklage (§ 374 StPO) verfolgt werden (§ 25 Nr. 1 GVG)²⁵ oder
 - bei denen eine höhere Strafe als Freiheitsstrafe von zwei Jahren nicht zu erwarten ist (§ 25 Nr. 2 GVG) – sog. Anklagezuständigkeit.
- 38** Das **Schöffengericht**²⁶ ist zuständig, soweit nicht der Strafrichter zuständig ist (sog. negative Zuständigkeitsanordnung, vgl. § 28 GVG). Die Zuständigkeit des Schöffengerichts umfasst folgerichtig diejenigen Delikte (Verbrechen und Vergehen), bei denen eine Straferwartung zwischen zwei und vier Jahren gegeben ist. Jedoch ist auch das Schöffengericht trotz Vorliegen der soeben genannten Voraussetzungen nicht zuständig, wenn
- die Zuständigkeit des LG nach § 74 II GVG (Strafkammer als Schwurgericht) oder nach § 74a GVG (Staatsschutzkammer) oder die Zuständigkeit des OLG nach § 120 GVG begründet ist,
 - mehr als 4 Jahre Freiheitsstrafe oder Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder Sicherungsverwahrung zu erwarten sind oder
 - die StA wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit von Verletzten der Straftat, die als Zeugen in Betracht kommen, des besonderen Umfangs oder der besonderen Bedeutung des Falls Anklage beim LG erhebt.

In diesen Fällen sind das LG bzw. das OLG erstinstanzlich zuständig.

²⁴ BGHSt 44, 34, 36 f.; *Engländer*, Rn 34.

²⁵ Wird ein Privatklagedelikt im Officialverfahren verfolgt (§ 376 StPO), ist § 25 I Nr. 2 GVG einschlägig.

²⁶ Zu den Schöffen vgl. näher Rn 49.

Zu beachten ist, dass sich die genannten Zuständigkeitsanordnungen jeweils nur auf das zu erwartende Höchststrafmaß beziehen. Aber auch wenn sich im Laufe des Strafverfahrens herausstellt, dass eine höhere Strafe zu verhängen ist, ändert dies nichts an der Zuständigkeitsanordnung.

39

Beispiel: T ist des Einbruchdiebstahls (§§ 242, 244 I Nr. 3 StGB) hinreichend tatverdächtig. Es kommt zur Anklage (§ 170 I StPO). Aufgrund der Ermittlungsergebnisse der StA beträgt die zu erwartende Freiheitsstrafe zwei Jahre. Daher wird der Strafrichter für zuständig erklärt (§§ 24 I Nr. 2, 25 Nr. 2 GVG). Während der Hauptverhandlung werden jedoch Umstände bekannt, die auf ein größeres Unrecht und damit auf ein höheres Strafmaß als zwei Jahre schließen lassen. Bleibt der Strafrichter zuständig?

Da §§ 24 I Nr. 2, 25 Nr. 2 GVG eine *zu erwartende* Freiheitsstrafe voraussetzen, bleibt es folgerichtig bei der Zuständigkeit des Einzelrichters, wenn sich im Laufe des Verfahrens herausstellt, dass eine höhere Freiheitsstrafe verhängt werden wird. Dem Strafrichter steht in diesem Fall sogar die volle Strafgewalt des AG aus § 24 II GVG zur Verfügung (max. vier Jahre Freiheitsstrafe). Er darf also, falls ursprünglich (bei Eröffnung des Hauptverfahrens) nicht mehr als zwei Jahre Freiheitsstrafe zu erwarten gewesen sind, durchaus über diesen Rahmen hinausgehen, wenn später aufgrund der Hauptverhandlung eine abweichende Beurteilung geboten ist.²⁷ Eine Verweisung an das Schöffengericht gem. § 270 StPO ist weder geboten noch zulässig.²⁸

Es ist also strikt zu trennen zwischen der sog. Anklagezuständigkeit (beim Strafrichter: *zu erwartende* Freiheitsstrafe bis zwei Jahre; beim Schöffengericht: *zu erwartende* Freiheitsstrafe bis vier Jahre) und der Strafgewalt (*tatsächliche* Freiheitsstrafe bis vier Jahre sowie alle Maßregeln außer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder Sicherungsverwahrung).

40

2. Das Landgericht

In erster Instanz ist das Landgericht zuständig für alle Verbrechen und Vergehen, die nicht in den Zuständigkeitsbereich des AG oder des OLG fallen (§ 74 I GVG) sowie für die in § 74 II GVG ausdrücklich aufgeführten Kapitaldelikte. Praxis- und prüfungsrelevant sind Sachverhalte, bei denen der Beschuldigte hinreichend tatverdächtig ist, mehrere Delikte begangen zu haben, die bei isolierter Betrachtung unterschiedlichen Gerichtszuständigkeiten unterfallen.

41

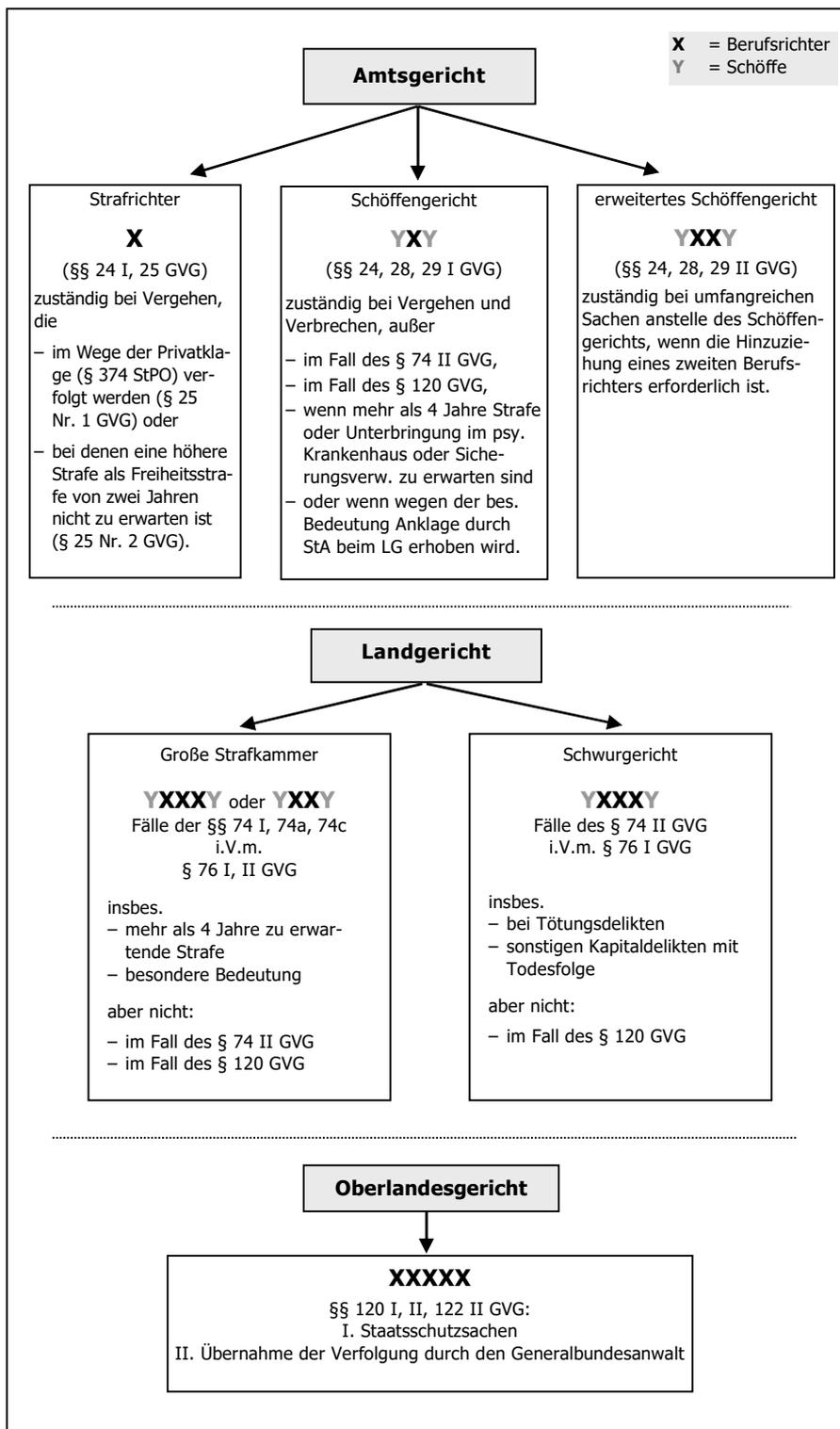
Beispiel: T ist der Geiselnahme mit Todesfolge (vgl. §§ 239b II i.V.m. 239a II StGB) hinreichend verdächtig, sodass die StA beabsichtigt, Anklage vor dem LG zu erheben (§ 170 I StPO, § 74 II Nr. 11 GVG). Noch bevor es zur Anklageerhebung kommt, ermittelt die StA aufgrund neuen Beweismaterials, dass T tatmehrheitlich eines Diebstahls mit Waffen (§§ 242, 244 I Nr. 1a StGB) hinreichend tatverdächtig ist, bei dessen Feststellung durch das Gericht eine Freiheitsstrafe von drei bis vier Jahren zu erwarten ist. Muss die StA den Waffendiebstahl wegen § 24 I Nr. 2 GVG separat vor dem AG zur Anklage bringen?

Bei isolierter Betrachtung müsste die StA die Geiselnahme mit Todesfolge beim LG zur Anklage bringen (vgl. § 74 II Nr. 4 GVG) und den Waffendiebstahl beim AG (§ 24 I Nr. 2 GVG). Das wäre jedoch sehr unökonomisch und stünde einer Gesamtbetrachtung und damit einer gerechten Schuldbewertung entgegen. Daher bestimmt § 2 I S. 1 StPO, dass zusammenhängende Straftaten, die einzeln zur Zuständigkeit von Gerichten verschiedener Ordnung gehören würden, verbunden beim Gericht mit der höheren Zuständigkeit anhängig gemacht werden können. Ein solcher Zusammenhang besteht u.a., wenn eine Person mehrerer Straftaten beschuldigt wird, § 3 StPO. Das ist vorliegend der Fall. Die StA kann T

²⁷ BGHSt 16, 248, 250; L/R-Siolek, § 25 GVG Rn 12; Kindhäuser, § 12 Rn 15.

²⁸ KK-Hannich, § 25 GVG Rn 7.

Übersicht: Zuständigkeiten in der ersten Instanz



IV. Die örtliche Zuständigkeit in der ersten Instanz

Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte (Gerichtsstand) ist in §§ 7 ff. StPO geregelt. Der Gerichtsstand soll entscheiden, welches von mehreren sachlich zuständigen Gerichten sich mit der Sache zu befassen hat. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte ist zugleich maßgeblich für die örtliche Zuständigkeit der StA, § 143 I GVG.

56

Gemäß § 16 S. 1 StPO prüft das Gericht, bei dem die Anklage erhoben wurde, von Amts wegen die örtliche Zuständigkeit. Hat es das Hauptverfahren bereits eröffnet und ergeben sich erst dann Zweifel an der örtlichen Zuständigkeit, verlangt das Gesetz eine ausdrückliche Rüge des Angeklagten, der diesen Unzuständigkeitseinwand wiederum nur bis zum Beginn seiner Vernehmung zur Sache in der Hauptverhandlung geltend machen kann (§ 16 S. 2 und 3 StPO). Versäumt der Angeklagte den rechtzeitigen Einwand, ist er mit seiner Unzuständigkeitsrüge (§ 338 Nr. 4 StPO) auch im Revisionsverfahren präkludiert. Es handelt sich bei der örtlichen Zuständigkeit also nur um eine zeitlich begrenzte Prozessvoraussetzung.⁴⁵

57

Es werden vornehmlich drei **Hauptgerichtsstände** voneinander unterschieden:

58

- der Gerichtsstand des Tatorts (§ 7 StPO)⁴⁶,
- der Gerichtsstand des Wohn- oder Aufenthaltsorts des Angeschuldigten (§ 8 StPO)
- und der Gerichtsstand des Ergreifungsorts (§ 9 StPO).

Neben den Hauptgerichtsständen kennt die StPO auch **außerordentliche Gerichtsstände**. Bei diesen handelt es sich

59

- um den Gerichtsstand des Zusammenhangs für zusammenhängende Straftaten (§ 3 StPO), die einzeln zur Zuständigkeit verschiedener Gerichte gehören würden (§ 13 StPO),
- und um den Gerichtsstand der gerichtlichen Bestimmung, wenn ein ordentlicher Gerichtsstand nicht besteht (§ 13a StPO)⁴⁷, oder bei einem Kompetenzstreit zwischen mehreren Gerichten (§ 14 StPO), wenn das an sich zuständige Gericht verhindert ist oder eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit befürchtet (§ 15 StPO).⁴⁸

Sind für ein Verfahren mehrere Gerichte örtlich zuständig, kann die StA nach pflichtgemäßem Ermessen⁴⁹ wählen, bei welchem Gericht sie Anklage erhebt.⁵⁰ Ein Verstoß gegen den Verfassungsgrundsatz des gesetzlichen Richters besteht hierin nicht.⁵¹ Allerdings kann die StA die öffentliche Klage bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens zurücknehmen (§ 156 StPO).

60

⁴⁵ Kindhäuser, § 12 Rn 51. Vgl. auch Helm, JA 2007, 272.

⁴⁶ Zum Begriff des Tatorts vgl. § 9 I StGB.

⁴⁷ § 13a StPO findet in solchen Fällen Anwendung, in denen eine Tat nach deutschem Recht strafbar und zu verfolgen ist, jedoch im Geltungsbereich der StPO ein örtlich zuständiges Gericht fehlt oder noch nicht ermittelt werden konnte. Die Vorschrift greift z.B. ein, wenn eine im Ausland wohnende Person dort eine Straftat begeht, die Tat nach § 7 I oder II StGB dem deutschen Strafrecht unterfällt und kein Gerichtsstand nach §§ 8 II oder 9 StPO begründet ist.

⁴⁸ Engländer, Rn 44.

⁴⁹ Der Ermessensspielraum findet folgerichtig seine Grenze bei der Anwendung unsachlicher oder gar willkürlicher Maßstäbe, vgl. BVerfGE 20, 336, 346; OLG Hamm StV 1999, 240; KK-Pfeiffer, § 7 Rn 2.

⁵⁰ BGHSt 10, 391, 392; 26, 374 f.; HK-Lemke, § 7 Rn 6; Kindhäuser, § 12 Rn 53; Engländer, Rn 43.

⁵¹ BGHSt 10, 391, 392; 21, 212, 215; LJ/R-Erb, Vor § 7 Rn 19; Kindhäuser, § 12 Rn 53; kritisch Heghmanns, StV 2000, 277, 280; Herzog, StV 1993, 609, 612.

V. Die Zuständigkeit in der Rechtsmittelinstanz

1. Berufung

- 61 Gegen Urteile des AG sieht die StPO das Rechtsmittel der Berufung vor (§ 312 StPO). Berufungsgericht ist das LG (§ 74 III GVG), konkret die mit einem Berufsrichter und zwei Schöffen besetzte kleine Strafkammer (§ 76 I S. 1 Var. 2 GVG). Bei Berufungen gegen ein Urteil des erweiterten Schöffengerichts (§ 29 II GVG) ist ein zweiter Berufsrichter zuzuziehen (§ 76 III S. 1 GVG). Zur Berufung vgl. Rn 1180 ff.

2. Revision

- 62 Gegen die Urteile der Strafkammer und der Schwurgerichte der LGe (§ 74 I und II GVG) sowie gegen die im ersten Rechtszug ergangenen Urteile der OLGe (§ 120 GVG) ist als Rechtsmittel die Revision vorgesehen (§ 333 StPO). Revisionsgerichte sind entweder das OLG (vgl. § 121 I Nr. 1 GVG) oder der BGH (vgl. § 135 I GVG):
- Die Senate des OLG (§ 116 GVG), besetzt in der Rechtsmittelinstanz mit drei Berufsrichtern (§ 122 I GVG), entscheiden sowohl über die Revisionen gegen die Berufungsurteile des LG (§ 121 I Nr. 1b i.V.m. § 74 III GVG) als auch über die sog. Sprungrevisionen gegen Urteile des AG (§ 335 StPO i.V.m. §§ 74 III, 121 I Nr. 1b GVG).
 - Der BGH entscheidet über die Revision gegen die erstinstanzlichen Urteile des OLG (Staatschutzsachen) sowie gegen die erstinstanzlichen Urteile der großen Strafkammern des LG (soweit nicht ein Fall des § 121 I Nr. 1c GVG vorliegt), § 135 I GVG. Als Revisionsinstanz entscheidet er in der Besetzung mit fünf Berufsrichtern, § 139 I GVG.
- 63 Möglich ist auch eine Sprungrevision. Sie ist gegen alle Urteile zulässig, gegen die auch Berufung eingelegt werden kann (§ 335 StPO); sie soll der Vereinfachung des Rechtsmittelzugs dienen. Sie ermöglicht es dem Rechtsschutzsuchenden, unmittelbar durch das Revisionsgericht überprüfen zu lassen, ob das erstinstanzliche Gericht eine rechtsfehlerfreie Entscheidung getroffen hat, während vor dem Berufungsgericht zunächst die komplette Beweisaufnahme wiederholt werden müsste. Der Nachteil der Sprungrevision besteht aber darin, dass der Rechtsschutzsuchende eine Instanz im Rechtsmittelzug verliert, was jedoch im Hinblick auf Art. 19 IV GG unproblematisch ist, da die Sprungrevision gerade vom Rechtsschutzsuchenden selbst gewählt wird. Aufgrund des Verlusts einer Instanz wird die Sprungrevision i.d.R. nur dann gewählt, wenn die Verkürzung des Rechtswegs gerade gewollt ist, z.B. um schnell eine Grundsatzfrage höchstrichterlich klären zu lassen. Zur Revision vgl. Rn 1186 ff.

3. Beschwerde

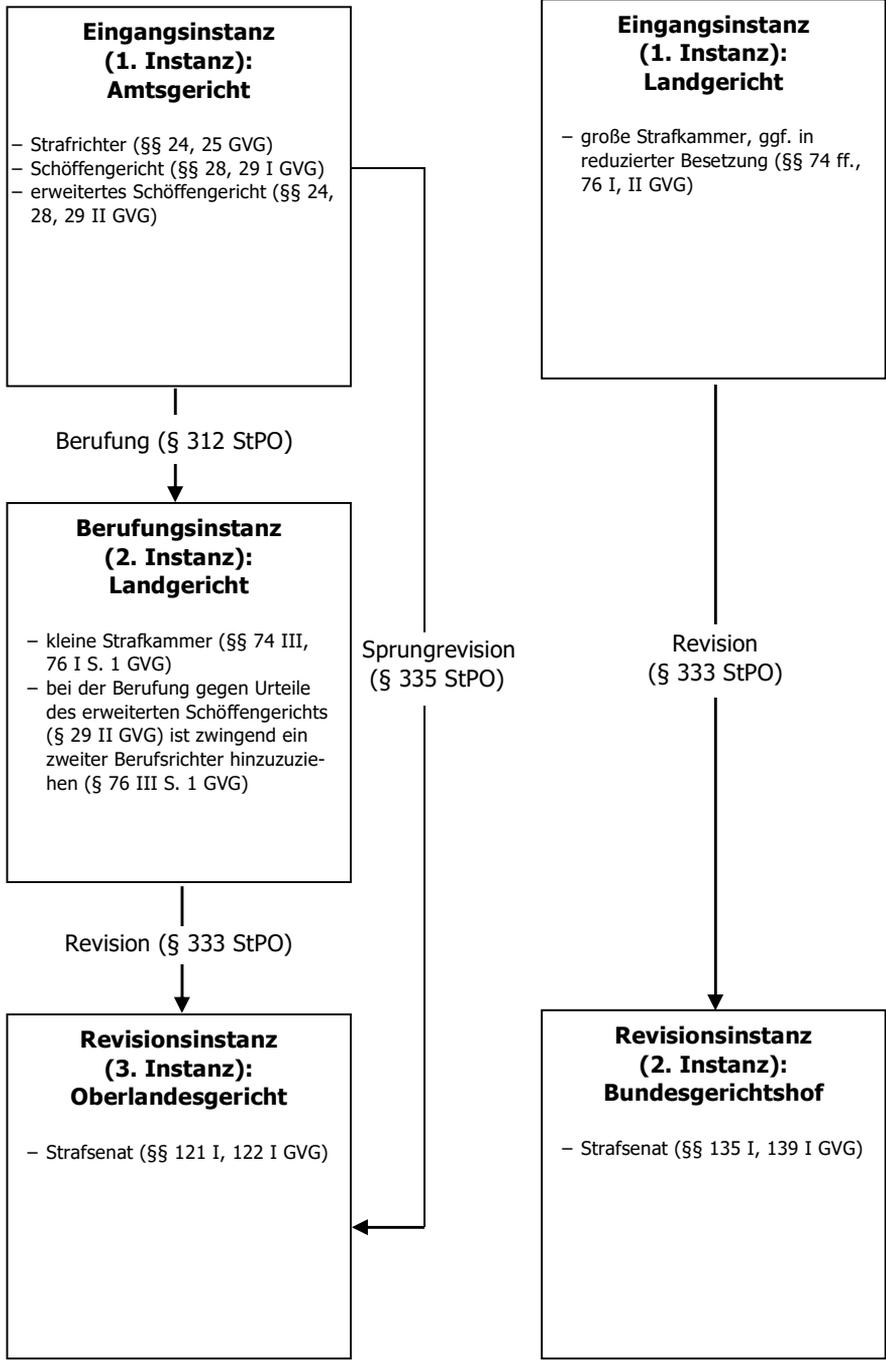
- 64 Als Beschwerdeinstanz kommen sowohl das LG, das OLG als auch der BGH in Betracht (vgl. §§ 73, 121 I Nr. 2 und 3, 122 I, 135 II, 139 II GVG).
- Über Beschwerden gegen Verfügungen des Richters beim AG und Beschlüsse des AGs entscheidet die große Strafkammer des LG ohne Mitwirkung der Schöffen, § 309 StPO, §§ 73, 76 I S. 2 GVG.
 - Über Beschwerden gegen Beschlüsse des LG entscheidet das OLG (§ 121 I Nr. 2, 3 GVG).
 - Über bestimmte Beschwerden gem. §§ 135 II, 139 II GVG entscheidet der BGH.

Zur Beschwerde vgl. Rn 1278 ff.

Übersicht: Zuständigkeiten der Rechtsmittelinstanz

Eingangsinstantz: Amtsgericht

Eingangsinstantz: Landgericht



3. Kapitel – Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

65 Für das Strafprozessrecht gelten verschiedene Grundsätze (Maximen), die die Struktur des Verfahrens prägen. Sie stehen im engen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten des Grundgesetzes, sind aber nicht unmittelbare Folge aus diesen, sondern sind vielmehr historisch begründet: Es handelt sich um eine Errungenschaft des gegen den Obrigkeitsstaat kämpfenden Liberalismus des 18. und 19. Jahrhunderts, der u.a. die Ablösung des „Inquisitionsprozesses“ zur Folge hatte. Unter „Inquisitionsprozess“ versteht man einen geheimen Prozess, bei dem die Einleitung, die Ermittlungen und die Verurteilung in einer Hand liegen. Dass ein „Inquisitionsprozess“ in einem demokratischen Rechtsstaat keinen Platz hat, ist selbstverständlich. Dementsprechend ist das Strafverfahren von folgenden Prinzipien geleitet:

- Unschuldsvermutung (Rn 66 ff.)
- Officialprinzip (Rn 69 ff.)
- Akkusationsprinzip (Rn 83 ff.)
- Legalitätsprinzip (Rn 86 ff.)
- Opportunitätsprinzip (Rn 94 ff.)
- Fair-trial-Prinzip (Rn 102 ff.)
- Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime, Rn 104 ff.)
- Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz, Rn 108 ff.)
- Grundsatz des gesetzlichen Richters (Rn 112 ff.)
- Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Rn 118 ff.)
- Nemo tenetur se ipsum accusare (Rn 120 ff., 124 ff., 224a f.)
- In dubio pro reo (Rn 126 ff.)
- Grundsatz der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit (Rn 133 ff.)
- Grundsatz der Unmittelbarkeit (Rn 141)
- Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Rn 142 ff.)
- Gerichtliche Fürsorgepflicht (Rn 148)

A. Unschuldsvermutung

66 In einem demokratischen Rechtsstaat ist es selbstverständlich, dass jedermann so lange als unschuldig gilt, wie seine Schuld nicht durch eine rechtskräftige Entscheidung nachgewiesen ist. Verfassungsrechtlich ist dieses Prinzip durch Art. 20 III GG, konventionsrechtlich durch Art. 6 II EMRK verbürgt.⁵²

67 Folge der Unschuldsvermutung ist, dass gegen einen Beschuldigten keine Maßnahmen getroffen werden dürfen, die den Nachweis der Schuld fordern. Dagegen sind – um die Frage nach der Schuld überhaupt erst beantworten zu können – aber solche Maßnahmen zulässig, die auf einem Tatverdacht beruhen und der Tataufklärung dienen. Denn wäre es dem Staat verwehrt, einem Tatverdacht nachzugehen, könnte niemals der Nachweis einer Schuld erbracht werden.

Beispiel (fiktiv): Auf ein Hochhaus in einer deutschen Großstadt wurde – offenbar von Terroristen – ein Bombenattentat verübt. Schnell werden einige Tatverdächtige ausgemacht und in Untersuchungshaft genommen. Dort werden sie nicht nur mehrere Jahre ohne Prozess, sondern auch unter den gleichen Bedingungen untergebracht, wie auch die Verurteilten ihre Strafe verbüßen müssen.

Strafhaft setzt ein rechtskräftiges Strafurteil voraus (§ 449 StPO), also den Nachweis der Schuld. Daran fehlt es bei Tatverdächtigen aber gerade. Dass aber auch eine Untersu-

⁵² Insoweit lediglich klarstellend BVerfGE 22, 254, 265; 35, 311, 320; 74, 358, 371; 82, 106, 114 f.; BVerfG NJW 2004, 3030, 3031. Zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht bzw. zwischen der deutschen Rechtsordnung und der EMRK vgl. unten Rn 102 f. sowie grundlegend R. Schmidt, Grundrechte, Rn 4 ff.

chungshaft (vgl. §§ 112 ff. StPO) jedenfalls bei schweren Straftaten unter strenger Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich zulässig sein muss, steht außer Frage (zu den Voraussetzungen vgl. Rn 695 ff., 1114).⁵³ Wenn die dringend Tatverdächtigen jedoch unter den gleichen Bedingungen untergebracht werden wie bereits verurteilte Straftäter, sie sozusagen mit ihnen gleichgestellt werden, weil man bereits von ihrer Schuld überzeugt ist, wird die zu erwartende Strafe gewissermaßen vorweggenommen.⁵⁴ Dann liegt ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung in gleichem Maße vor wie bei der Überschreitung der zeitlichen Grenzen der Untersuchungshaft (vgl. dazu § 121 StPO).

Eine Verletzung der Voraussetzungen der Untersuchungshaft hat staatsrechtlich zur Folge, dass der Eingriff in Art. 2 II S. 1 i.V.m. Art. 104 I GG (Freiheit der Person) rechtswidrig ist; strafrechtlich liegt eine Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vor.

Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung kann auch vorliegen, wenn das Strafverfahren eingestellt wird und die Einstellung auf einer Vorschrift basiert, die trotz Geringfügigkeit eine Schuld voraussetzt, etwa § 153a bzw. § 383 II StPO, und der Beschuldigte nach wie vor seine Unschuld beteuert.

68

B. Offizialprinzip

I. Grundsatz: Anklage- und Strafverfolgungsmonopol des Staates

Das Offizialprinzip wird in einem weiteren und einem engeren Sinne verstanden. Im weiteren Sinne besagt das Offizialprinzip, dass die Durchführung eines Strafverfahrens vom ersten Einschreiten über die Anklage bis zur Strafvollstreckung ausschließlich Sache des Staates ist (Strafverfolgungs- und -vollstreckungsmonopol des Staates). Offizialprinzip im engeren Sinne meint, dass die StA (bei Bestehen eines Anfangsverdachts) von Amts wegen (**ex officio**) einschreitet (§ 152 I, II StPO).

69

Folge des Offizialprinzips ist, dass der Staat bei der Strafverfolgung grds. keine Rücksicht auf Privatinteressen nimmt; insbesondere macht er die Strafverfolgung grds. nicht von Entscheidungen des Einzelnen abhängig (Dispositionsmaxime) und betreibt Strafverfahren sogar dann, wenn dies nicht im Interesse des Opfers liegt oder ihm widerspricht. Allerdings kommen in der Rechtswirklichkeit die meisten Strafverfahren aufgrund einer Anzeige der Opfer in Gang, denen die Anzeigenerstattung in aller Regel freisteht (Ausnahme z.B. § 138 StGB). Der faktische Einfluss der Opfer auf die Strafverfolgung ist deshalb erheblich. In der jüngsten Rechtsentwicklung werden Opferinteressen zunehmend stärker berücksichtigt (vgl. z.B. § 46a StGB, § 155a StPO und die Novellierung des Adhäsionsverfahrens nach § 403 ff. StPO).

70

Aus dem Offizialprinzip erklärt sich auch der Umstand, dass das Opfer im Strafprozess „nur“ Zeuge ist.⁵⁵ Ankläger ist der Staat. Ferner folgt aus dem Offizialprinzip, dass – wenn es sich um ein **Offizialdelikt** handelt – die Rücknahme eines Strafantrags nicht die Beendigung des Strafverfahrens bewirkt. Denn bei einem Offizialdelikt handelt es sich um ein von Amts wegen zu verfolgendes Delikt. Damit steht es im Gegensatz zum Antragsdelikt (dazu sogleich).

71

II. Ausnahmen vom Offizialprinzip

Die Folgen des Offizialprinzips sind nicht immer sachgerecht. In Ausnahmefällen ist die Strafverfolgung daher von bestimmten anderen Voraussetzungen abhängig.

72

⁵³ BVerfGE 74, 358, 370 ff.

⁵⁴ BVerfGE 35, 311, 320; KK-*Boujong*, Vor § 112 Rn 8; *Kindhäuser*, § 18 Rn 4; *Schroeder/Verrel*, Rn 367.

⁵⁵ Zur Privatklage, bei der das anders ist, siehe sogleich Rn 80 sowie Rn 1307 ff.

1. Strafantragserfordernis

- 73 Bei einigen Delikten ist die Anklageerhebung von der Stellung eines **Strafantrags** abhängig. Fehlt der erforderliche Strafantrag, kann zwar die Strafverfolgung in Bezug auf das betreffende Delikt eingeleitet werden (vgl. §§ 127 III, 130 StPO), jedoch darf nicht Anklage erhoben werden. Bei Delikten, bei denen die Anklageerhebung **zwingend** einen Strafantrag voraussetzt, handelt es sich um *unbedingte oder echte* Antragsdelikte. Die Erforderlichkeit eines Strafantrags beruht im Wesentlichen auf drei voneinander unabhängigen Grundgedanken:
- **Bagatellgedanke:** Beispiele sind der Hausfriedensbruch (§ 123 II StGB), Vermögensdelikte mit geringwertigen Sachen als Angriffsobjekt (§ 248a und b StGB), die Vereitelung der Zwangsvollstreckung (§ 288 II StGB) und die (einfache) Jagdwilderei/Fischwilderei (§ 294 StGB).
 - **Versorgungsgedanke:** Beispiele sind die einfache vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung (§ 230 StGB), die Beleidigung (§ 194 StGB) und der Haus- und Familien-diebstahl (§ 247 StGB).
 - **Intimitätsgedanke:** Beispiele sind die Geheimnisverletzung (§ 205 StGB) und die Verletzung des Urheberrechts (§ 109 UrhG).⁵⁶
- 74 Bei einigen (auch bei oben genannten) Antragsdelikten ist das Strafantragserfordernis **relativiert**. Bei diesen ist eine Anklage auch ohne Antrag möglich, wenn die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält (sog. *bedingte* oder *unechte* Antragsdelikte). Das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung wird von der StA festgestellt; die Feststellung kann auch konkludent durch Erhebung der Anklage erfolgen. Die Entscheidung über das öffentliche Interesse ist nach h.M. nicht gerichtlich überprüfbar.⁵⁷
- Beispiele** sind die einfache vorsätzliche und fahrlässige Körperverletzung (§ 223 StGB bzw. § 229 StGB, jeweils i.V.m. § 230 StGB), Diebstahl und Unterschlagung geringwertiger Sachen (§ 248a StGB), Sachbeschädigung (§ 303 I StGB), unbefugtes Nachstellen in den Fällen des § 238 I StGB (§ 238 IV StGB), Computersabotage (§ 303c StGB) etc.
- Die Möglichkeit des Einschreitens der Strafverfolgungsbehörde bei Bestehen eines besonderen öffentlichen Interesses macht vor allem dann Sinn, wenn der Antragsberechtigte keinen Strafantrag stellt, etwa weil er vom Täter bedroht wird (bspw. im Fall der organisierten Kriminalität – Schutzgelderpressung im Bereich des Gaststättengewerbes).
- 75 Ein Strafantrag kann bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens **zurückgenommen** werden (§ 77d StGB). Folge eines zurückgenommenen Strafantrags ist, dass (bezüglich eines echten Antragsdelikts) eine Prozessvoraussetzung erlischt; ein bereits begonnener Prozess ist einzustellen (§§ 206a, 260 III StPO). Die bis dahin angefallenen Verfahrenskosten trägt der Zurücknehmende (§ 407 StPO).
- 76 Die Rücknahme kann in persönlicher und sachlicher Hinsicht beschränkt werden: Richtete sich der ursprüngliche Strafantrag gegen mehrere Täter oder Beteiligte, kann die Rücknahme auf einzelne Personen beschränkt werden. Hinsichtlich der anderen Angeklagten wird der Prozess aufrechterhalten. Entsprechendes gilt, wenn sich der Strafantrag auf mehrere Antragsdelikte bezog. Hinsichtlich der nicht von der Rücknahme betroffenen Delikte wird der Prozess fortgesetzt.

⁵⁶ Vgl. dazu insgesamt *Grapp*, AT, § 7 Rn 15; *Jescheck/Weigend*, AT, § 85 I 1. Vgl. auch *Bosch*, Jura 2013, 368, 370; *Mitsch*, JA 2014, 1 ff.; *Böhme/Lahmann*, JuS 2016, 234 ff.

⁵⁷ BVerfGE 51, 176, 178 ff.; BGHSt 16, 225, 230; 19, 377, 281; *Fischer*, StGB, § 230 Rn 3; a.A. *SK-Horn/Wolters*, StGB, § 230 Rn 4; *NK-Paeffgen*, StGB, § 230 Rn 15.

Beim Tod des Verletzten geht in gesetzlich bestimmten Fällen das Antragsrecht auf bestimmte nahe Angehörige über (§ 77 II StGB). Folgerichtig geht beim Tod des Verletzten auch die Rücknahmebefugnis auf bestimmte nahe Angehörige über, wobei sich die Rücknahmebefugnis nicht nur auf die gesetzlich bestimmten Fälle beschränkt, sondern auf *alle* Antragsdelikte erstreckt (§ 77d II StGB).

77

Schließlich ist zu beachten, dass ein einmal zurückgenommener Strafantrag gem. § 77d I S. 3 StGB nicht nochmals gestellt werden kann.

78

Beispiel: T dringt unbefugt in die Kellerräume des Nachbarn N ein. Dieser stellt einen Strafantrag wegen Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB). Später nimmt er den Antrag zurück. Nach einem Streit mit T will N erneut einen Strafantrag stellen.

Gemäß § 77d I S. 1 und 2 StGB kann ein Strafantrag bis zum rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens jederzeit zurückgenommen oder in sachlicher wie persönlicher Hinsicht beschränkt werden. Somit durfte auch N den Strafantrag zurücknehmen. Jedoch darf wegen § 77d I S. 3 StGB ein einmal zurückgenommener Strafantrag nicht nochmals gestellt werden. Die erneute Stellung des Strafantrags durch N war also unzulässig. Folge ist, dass die StA selbst bei Vorliegen eines Anfangsverdachts keine öffentliche Anklage erheben darf. Es liegt ein Prozesshindernis vor.

Abzugrenzen ist der Strafantrag von der **Strafanzeige**: Während unter Strafantrag i.S.d. §§ 77 – 77d StGB die ausdrückliche oder durch Auslegung zu ermittelnde Erklärung des nach dem Gesetz zum Strafantrag Befugten, dass er die Strafverfolgung wünsche (vgl. § 158 II StPO), zu verstehen ist, geht es bei der Strafanzeige nach § 158 I StPO um die Mitteilung eines Sachverhalts, der nach Meinung des Anzeigenden Anlass für eine Strafverfolgung bietet. Antragsberechtigung sowie Form- und Fristenfordernisse sind direkt den §§ 77 – 77d StGB zu entnehmen.

79

Hinweis für die Fallbearbeitung: Ist ein Antragsdelikt zu prüfen und geht aus dem Sachverhalt nicht hervor, ob der Strafantrag gestellt ist, muss dieser Umstand entsprechend gewürdigt werden, etwa, dass „der zur Strafverfolgung erforderliche Antrag gestellt werden muss“. Bei unechten Antragsdelikten darf der Hinweis nicht fehlen, dass bei gegebenem öffentlichem Interesse eine Strafverfolgung auch ohne Antrag möglich ist.

2. Privatklageverfahren

Das Officialprinzip findet weiterhin seine Durchbrechung im **Privatklageverfahren** gem. § 374 ff. StPO. Grundgedanke ist, dass der Gesetzgeber in den in § 374 StPO aufgelisteten Fällen grds. kein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung erblickt; die StA schreitet grds. nicht ein. Als Ausgleich ist dem Verletzten immerhin gestattet, anstelle der StA die Strafverfolgung selbst zu betreiben (§ 385 StPO), d.h. den staatlichen (!) Strafanspruch im Wege der Privatklage durchzusetzen. Einer vorherigen Anrufung der StA bedarf es dabei nicht. Stellt der Berechtigte bzgl. eines Privatklagedelikts gleichwohl einen Strafantrag, klagt die StA gem. § 376 StPO nur an, wenn dies im öffentlichen Interesse liegt; ansonsten verweist sie den Antragsteller auf den Privatklageweg. Ob die Strafverfolgung durch die StA im öffentlichen Interesse liegt, hängt von der Erheblichkeit der Verletzung ab. Das Privatklageverfahren ist aus rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich, da die Anklage für den Betroffenen mit erheblichen Verfahrens- und Kostenrisiken verbunden ist.

80

Beispiele von Privatklagedelikten sind die einfache und fahrlässige Körperverletzung (§§ 223, 229 StGB, § 374 I Nr. 4 StPO), der Hausfriedensbruch (§ 123 StGB, § 374 I Nr. 1 StPO), die Sachbeschädigung (§ 303 I, II, § 374 I Nr. 6 StPO), die Bedrohung (§ 241 StGB, § 374 I Nr. 5 StPO) und die Beleidigung (§§ 185-189 StGB, § 374 I Nr. 2 StPO),

sofern sie sich nicht gegen eine in § 194 StGB genannte politische Körperschaft gerichtet hat.⁵⁸

- 81 Auch wenn die StA das Verfahren von Anfang an ex officio betrieben hat (§ 376 StPO), kann sie ihre Ansicht ändern, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung verneinen und den Verletzten auf das Privatklageverfahren verweisen. Das folgt aus § 156 StPO, wonach die StA die Klage bis zur Eröffnung des Hauptverfahrens zurücknehmen kann. Eine Verneinung des öffentlichen Interesses nach Eröffnung des Hauptverfahrens kann (bei Vorliegen eines Strafantrags, sofern es sich um ein unbedingtes Antragsdelikt handelt), nur als Zustimmung zur Verfahrenseinstellung nach § 153 II StPO aufgefasst werden.

3. Ermächtigungsdelikte/Strafverlangen

- 82 Schließlich findet das Offizialprinzip seine Grenze bei sog. Ermächtigungsdelikten: Bei Straftaten von politischer Bedeutung ist für die Strafverfolgung die von Amts wegen einzuholende, nicht an eine Frist gebundene Ermächtigung einer Behörde, der Bundesregierung, des Bundespräsidenten oder eines anderen politischen Organs erforderlich (§§ 90 IV, 90b II, 97 III, 194 IV, 353a II, b IV StGB), bei Straftaten gegen ausländische Staaten zusätzlich das Strafverlangen der ausländischen Regierung (§ 104a StGB). Damit soll auf politische Interessen bzw. auf die Staatsintegrität Rücksicht genommen werden.

C. Akkusationsprinzip (Anklagegrundsatz)

- 83 Grundaussage des Akkusationsprinzips (Anklagegrundsatz) ist, dass es nur dann zu einer gerichtlichen Untersuchung kommen kann, wenn die StA zuvor öffentliche Anklage erhoben hat („wo kein Kläger, da kein Richter“, § 151 StPO). Anklagebehörde ist ausschließlich die StA (§ 152 I StPO); sie hat (mit Ausnahme der Privatklage) das Anklagemonopol. Das Gericht ist niemals „Inquisitor“, sondern darf nur in den Grenzen der angeklagten Tat untersuchen und entscheiden (§§ 155 I, 264 I StPO). Die Rollen von Ankläger und Richter sind also streng getrennt.

Beispiel: Während der Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass der Angeklagte T unschuldig ist, weil der Hauptbelastungszeuge Z „umkippt“ und sogar aufgrund der massiven Befragung durch den StA die Tat gesteht.

Hier kann das Gericht nicht einfach Z zum Angeklagten machen und den Prozess fortführen. Wegen des in § 155 StPO zum Ausdruck kommenden Akkusationsprinzips muss zunächst die StA ein neues Verfahren (diesmal gegen Z) einleiten und Z öffentlich anklagen.

Das gleiche Prinzip gilt, wenn während der Hauptverhandlung eine Straftat begangen wird. Auch in diesem Fall kann das Gericht den Täter nicht einfach zum Angeklagten erklären und den Prozess erweitern. Vielmehr ist es darauf beschränkt, den Tatbestand festzustellen und das weitere (namentlich die Anklage) der StA zu überlassen (§ 183 GVG). Zur sog. Nachtragsanklage siehe das Beispiel sogleich.

- 84 Als angeklagte Tat (Tat im prozessualen Sinne) ist nicht die materiell-rechtliche Straftat gemeint, sondern das gesamte Verhalten des Beschuldigten, soweit es mit dem durch die Strafverfolgungsorgane (in der Anklageschrift, in dem Eröffnungsbeschluss oder im Urteil) bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet.⁵⁹

⁵⁸ Zum Privatklageverfahren vgl. ausführlich Rn 1307 ff.

⁵⁹ BGHSt 32, 215, 216; 35, 60, 62; 43, 252, 255; 45, 211, 212; OLG Oldenburg StraFo 2006, 412; OLG Düsseldorf NSTz-RR 1999, 304; BVerfGE 56, 22, 28; *Ranft*, JuS 2003, 417, 418; *Bauer*, NSTz 2003, 174 ff.

Beispiel: A ist wegen Autodiebstahls angeklagt, den er am 1.1.2018 begangen haben soll. In der Hauptverhandlung ist Zeuge Z geladen. Als dieser den A auf der Anklagebank erblickt, erkennt er in ihm den Peiniger wieder, der ihn auch am 22.12.2017 überfallen und ausgeraubt hatte.

Bei dem Raubüberfall handelt es sich um eine Tat, die in der ursprünglichen Anklageschrift nicht bezeichnet war. Daher kann sich auch die Anklage nicht auf den Raubüberfall beziehen; dieser ist nicht Gegenstand der angeklagten Tat. Das Gericht darf wegen § 155 StPO nicht einfach den Verhandlungsgegenstand erweitern und den Raubüberfall in die Verhandlung mit einbeziehen. Jedoch kann gem. § 266 StPO der StA nachträglich die Anklage auf den Raubüberfall erstrecken; das Gericht kann den Raubüberfall durch Beschluss in das Verfahren einbeziehen, wenn es für die Verhandlung dieser Tat zuständig ist und der Angeklagte zustimmt.

Kein Verstoß gegen §§ 155 I, 264 I StPO liegt vor, wenn der Richter in der materiellrechtlichen Bewertung der Tat von der Anklage abweicht. Denn der Richter ist in der rechtlichen Beurteilung der Tat im Sinne des materiellen Strafrechts frei, d.h., er hat die Möglichkeit, bspw. die in der Anklageschrift als Raub bezeichnete Handlung auch als Diebstahl zu bewerten, wenn bspw. nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung kein Beweis über den finalen Zusammenhang zwischen Gewalt und Wegnahme erbracht wird (§§ 155 II, 264 II StPO).⁶⁰

85

D. Legalitätsprinzip

I. Inhalt des Legalitätsprinzips

Das Legalitätsprinzip verpflichtet die **StA**, jedem Anfangsverdacht nachzugehen, ein Ermittlungsverfahren durchzuführen und bei hinreichendem Tatverdacht Anklage zu erheben (§§ 152 II, 160, 170 I StPO). Man spricht vom Ermittlungs- und Anklagezwang der StA. Ein Anfangsverdacht liegt vor, wenn aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte das Vorliegen einer verfolgbaren Straftat nach kriminalistischer Erfahrung möglich erscheint. Dabei steht der StA ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.⁶¹ Nach h.M. sind auch Vorermittlungen zulässig, mit denen das Vorliegen zureichender Anhaltspunkte geklärt werden soll.⁶² Da in diesem Verfahrensstadium noch kein Ermittlungsverfahren vorliegt, wird der Vorgang in das AR-Register⁶³ eingetragen. Ergibt sich dann der Anfangsverdacht, wird die Sache gegen einen Tatverdächtigen (Js-Sache) oder gegen Unbekannt (UJs-Sache) umgetragen. Ein hinreichender Tatverdacht liegt vor, wenn die Tatbegehung durch den Beschuldigten wahrscheinlich ist und mit einer Verurteilung durch das Gericht zu rechnen ist.⁶⁴ Bei der Feststellung des hinreichenden Tatverdachts steht der StA sogar ein nicht unerheblicher Beurteilungsspielraum zu.⁶⁵

86

Das Legalitätsprinzip ist die Kehrseite des Anklagemonopols. Denn wenn die StA schon über das Anklagemonopol verfügt, muss sie auch verpflichtet sein, bei Bestehen eines Anfangsverdachts die Straftat zu verfolgen. Strafrechtlich abgesichert ist das Legalitätsprinzip durch die Strafvorschrift der Strafvereitelung im Amt (§§ 258, 258a StGB) und prozessual durch das Klageerzwingungsverfahren gem. §§ 172 ff. StPO.

87

⁶⁰ Näher zum Anklagegrundsatz *Huber*, JuS 2008, 779 f.

⁶¹ BGH NSTZ 1988, 510; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 152 Rn 4.

⁶² BGHSt 38, 214, 227; LG Offenburg NSTZ 1993, 506; KK-*Wache*, § 158 Rn 1/§ 163 Rn 8; *Lange*, DRiZ 2002, 264 ff.

⁶³ Die Bezeichnung wird für die Vergabe von Aktenzeichen verwendet, die wiederum eigentlich dasselbe sind wie Geschäftsnummern. Die StA kann einen Vorgang als Js-Sache (Ermittlungsverfahren gegen eine bestimmte Person), UJs-Sache (dto. gegen unbekannt) oder als AR-Sache registrieren (AR = Allgemeines Register). Letzteres kann in der Tat geschehen, wenn Vorermittlungen zu der Frage für geboten erachtet werden, ob ein Js-Verfahren überhaupt einzuleiten ist. Andererseits kann eine als Js-Sache registrierte Strafanzeige auch damit beschieden werden, dass die Aufnahme von Ermittlungen bzw. die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gem. §§ 152 II i.V.m. § 170 II StPO abgelehnt wird, weil ein Anfangsverdacht verneint wird.

⁶⁴ BGHSt 15, 155, 158.

⁶⁵ BVerfG NSTZ 2002, 606 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 170 Rn 1.

- 88 In der Praxis ist der stringente Ermittlungs- und Anklagezwang, den das Legalitätsprinzip aufstellt, aus Kapazitäts- und damit aus Kostengründen nicht realisierbar. Das Legalitätsprinzip gilt daher nicht unbeschränkt. So enthalten §§ 153 ff. StPO Ausnahmeregelungen, die die Strafverfolgungsbehörden aus Zweckmäßigkeitserwägungen zum Absehen von der Strafverfolgung berechtigen (vgl. dazu Rn 94 ff., 799 ff.). Als Leitprinzip fungiert in diesen Fällen damit das Opportunitätsprinzip (vgl. dazu Rn 94 ff., 725 ff.).
- 89 Das Legalitätsprinzip gilt auch für **Polizeibeamte**, soweit sie Strafverfolgung betreiben (§ 163 I StPO). Dabei kommt es nicht darauf an, ob sie formal als Ermittlungspersonen der StA (§ 152 GVG) gelten, denn auch nach § 163 StPO sind sie „verlängerter Arm“ der StA und haben den gesetzlichen Auftrag, Straftaten zu erforschen.
- 90 Entscheidet sich die StA nach Entgegennahme einer Strafanzeige, ein Ermittlungsverfahren nicht einzuleiten oder leitet sie ein solches zwar zunächst ein, stellt das Verfahren später aber ein, muss sie dem Anzeigenerstatter (in § 171 StPO irreführend als „Antragsteller“ bezeichnet) einen schriftlich begründeten Bescheid zustellen, § 171 StPO. Ist der Anzeigenerstatter zugleich Verletzter der (vermeintlichen) Straftat, kann er das Klageerzwingungsverfahren gem. § 172 StPO betreiben, um eine Kontrolle über die Einhaltung des Legalitätsprinzips durch die StA herbeizuführen.⁶⁶

II. Reichweite und Grenzen des Legalitätsprinzips

- 91 Die Reichweite des Legalitätsprinzips ist nicht ganz klar. Problematisch ist zunächst der Umstand, dass sich das Legalitätsprinzip aus Kapazitätsgründen nicht ausnahmslos durchhalten lässt. Würden Polizei und StA bei jeder ihnen zur Kenntnis gelangten Straftat einschreiten und die Tat verfolgen bis hin zur Anklageerhebung, wären sie in der Erfüllung ihrer Aufgaben gelähmt und die Effektivität der Strafverfolgung wäre gefährdet. So ist bereits die Polizei faktisch gezwungen, eine gewisse Auslese von zu verfolgenden Straftaten zu betreiben. Die StA steht ständig vor der Frage, die Strafverfolgung aus Opportunitätsgründen einzustellen (vgl. §§ 153-154e, 376 StPO; § 45 JGG), oder – bei relativen Antragsdelikten (etwa §§ 223, 229 StGB, vgl. § 230 StGB) – das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu verneinen und von vornherein von einer Strafverfolgung abzusehen.⁶⁷ Problematisch sind auch der Umgang mit dem außerdienstlich erlangten Wissen einer Straftat und die Bindung der Strafverfolgungsbehörde an die (höchstrichterliche) Rechtsprechung.

1. Außerdienstliche Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat

- 92 Außer Zweifel steht, dass bei dienstlicher Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat, bei der das Legalitätsprinzip gilt, StA und Polizei zur Strafverfolgung tätig werden müssen. Besonders problematisch (und daher prüfungsrelevant) ist indes die Frage, ob auch die **außerdienstliche Kenntniserlangung** eines Angehörigen der Strafverfolgungsbehörden oder eines Polizeivollzugsbeamten zum Einschreiten (bzw. zur Meldung) verpflichtet. In diesem Zusammenhang kommt eine Strafvereitelung im Amt häufig als **Unterlassungstat** in Betracht, wobei dann vor allem die Garantenpflicht Schwierigkeiten bereitet.

Beispiel: Polizeihauptkommissar P sitzt abends in der Kneipe und bekommt zufällig mit, wie sich zwei Personen am Nachbartisch über die Aufteilung der Beute unterhalten, die sie offenbar im Rahmen eines Banküberfalls erlangt haben. Doch P ist der Ansicht, nach Feierabend nicht zum Einschreiten verpflichtet zu sein. Daher unterlässt er auch eine entsprechende Meldung an die StA. Hat P sich wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen strafbar gemacht?

⁶⁶ Vgl. dazu auch OLG Oldenburg NSTz-RR 2008, 201 mit Bespr. v. Jahn, JuS 2008, 743.

⁶⁷ Vgl. dazu näher Nestler, JA 2012, 88 ff.

Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

P könnte sich durch sein Untätigbleiben wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen gemäß §§ 258 I, 258a I, 13 I StGB strafbar gemacht haben, wenn man unterstellt, dass sein Nichtstun die Strafverfolgung zumindest erschwert hat.

Als Beamter der Polizei ist P zur Mitwirkung bei dem Strafverfahren berufen (§ 163 I StPO). Für ihn müsste jedoch eine Rechtspflicht zum Einschreiten aufgrund einer Garantenstellung bestanden haben. P war nach § 152 II i.V.m. § 163 I S. 1 StPO zu Ermittlungen verpflichtet (Legalitätsprinzip). Fraglich ist allerdings, wie es sich auswirkt, dass P außerhalb des Dienstes Kenntnis über die Straftat erlangt hat.

- ⇒ Eine generelle Anzeigepflicht wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten. Sie würde auch zu einer unangemessenen Belastung der Ermittlungsperson führen.
- ⇒ Umgekehrt wird aber – um den privaten Bereich der Ermittlungspersonen zu schützen – teilweise eine **generelle Anzeigepflicht** privat erlangter Kenntnisse **verneint**.⁶⁸ Demnach würden sich ein Staatsanwalt oder eine Ermittlungsperson – und damit auch P – niemals wegen Strafvereitelung im Amt strafbar machen, wenn sie im privaten Bereich Kenntnisse hinsichtlich einer Straftat erlangten und untätig blieben.
- ⇒ Die h.M. erkennt zwar auch bei Amtsträgern das Bedürfnis an, während der Freizeit von dienstlichen Erfordernissen entbunden zu sein, betont aber gleichzeitig die besondere Pflichtenstellung der Beamten, die ihnen §§ 161, 163 StPO auferlegen. Um diese mitunter kollidierenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, nimmt die h.M. eine einzelfallbezogene Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Strafverfolgung und dem privaten Interesse des Beamten am Schutz seiner Privatsphäre vor. Ein Amtsträger, der gem. §§ 161, 163 StPO zur Mitwirkung an einem Strafverfahren berufen ist und außerdienstlich Kenntnis von einer Straftat erlangt, ist auf der Basis der h.M. also immer dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn die genannte Abwägung zu einem Überwiegen des öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung gelangt. Entscheidend bei der nach der h.M. vorzunehmenden Abwägung ist, ob der Straftat ein besonderes Gewicht zukommt. Das ist nach h.M. insbesondere bei Katalogstraftaten des § 138 StGB der Fall, also i.d.R. bei Verbrechen, aber auch bei erheblichen Straftaten gegen die Umwelt, bei Delikten mit hohem wirtschaftlichen Schaden sowie bei Delikten mit besonderem Unrechtsgehalt (etwa § 244a StGB). Liege ein solcher Fall vor, bestehe für den Amtsträger eine entsprechende Handlungspflicht, auch wenn er außerhalb seiner Dienstzeit Kenntnis von der Straftat erlangt habe.⁶⁹

Ein Banküberfall stellt sich entweder als Raub oder räuberische Erpressung dar und ist somit auf jeden Fall eine Katalogstraftat des § 138 I StGB (vgl. Nr. 7). Nach h.M. hat sich P somit wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen strafbar gemacht.

- ⇒ Neuerdings wird versucht, bei der Frage, ob der Straftat ein besonderes Gewicht zukommt, eine Orientierung an § 100b II Nrn. 1-7 StPO vorzunehmen.⁷⁰ Danach wäre P nicht aus §§ 258, 258a, 13 I StGB strafbar, sofern es sich bei der geplanten Tat nur um einen einfachen Raub gem. § 249 StGB handelte. Denn der einfache Raub gem. § 249 StGB ist nicht im Katalog des § 100b II StPO enthalten.

Stellungnahme: Die Kriterien der h.M. scheinen auf den ersten Blick zu unbestimmt zu sein, um eine Strafbarkeit wegen §§ 258a, 13 StGB zu begründen.⁷¹ Einen Polizeibeamten (oder Staatsanwalt) jedoch von der Verpflichtung, bei privater Kenntniserlangung von dem Verdacht einer Straftat einzuschreiten, gänzlich freizusprechen, ist mit Blick auf die dienstrechtliche Stellung und die Funktion im Staatsgefüge auch nicht hinnehmbar.⁷² Aber

⁶⁸ Davon gehen *Volk/Engländer*, § 8 Rn 11 aus.

⁶⁹ BGHSt 5, 225, 228; 12, 277, 281; 38, 388, 391; BGH JR 1989, 430, 432; Sch/Sch-*Stree/Hecker*, § 258a Rn 11.

⁷⁰ So *Jahn/Palm*, JuS 2009, 408, 412 (in Bezug auf § 100c II Nr. 1-7 a.F. StPO; heute verweist § 100c I Nr. 1 StPO auf § 100b II StPO); *Jahn*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier*, StGB, 3. Aufl. 2017, § 258a Rn 8.

⁷¹ Vgl. bereits sämtliche Voraufgaben. Das Argument der möglichen Kollision gegen den Bestimmtheitsgrundsatz liest man jetzt auch bei *Jahn/Palm*, JuS 2009, 408, 412.

⁷² Das BVerfG verneint ausdrücklich einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz aus Art. 103 II GG (BVerfG NJW 2003, 1030 f.).

auch die Auffassung, die sich bei der Frage nach der schweren Straftat an § 100b II Nrn. 1-7 StPO orientiert, ist abzulehnen. Zum einen erscheint es unangemessen, die Strafbarkeitshürde wegen Strafvereitelung im Amt derart hoch anzusetzen, und zum anderen führt sie zu Ungereimtheiten, da z.B. zwar eine räuberische Erpressung gem. § 255 StGB im Katalog des § 100b II Nrn. 1-7 StPO aufgeführt ist, nicht aber ein Raub gem. § 249 StGB. Die Strafbarkeit wegen Strafvereitelung im Amt hinge also mitunter davon ab, ob es sich bei der geplanten Tat um einen Raub oder eine räuberische Erpressung handelt, was mit Blick auf den Umstand, dass die Abgrenzung unklar ist und in Rspr. und Lit. höchst umstritten ist, nicht überzeugen kann.

Im Ergebnis ist somit der h.M. zu folgen. P hat sich gem. §§ 258a, 13 I StGB strafbar gemacht.⁷³

2. Bindung der StA an höchstrichterliche Rechtsprechung?

93 Zu einem der „großen“ Probleme des Strafprozessrechts zählt die Frage nach der Bindung der StA an die höchstrichterliche Rechtsprechung, weil mit ihr mehr angesprochen ist als nur das Verhältnis zweier Organe der Strafjustiz. Denn die Frage weist auch Bezüge zum materiellen Strafrecht und zum Verfassungsrecht auf und sie betrifft nicht zuletzt das berufliche Selbstverständnis der beteiligten Personen. Diskutiert wird im Wesentlichen allerdings nur die Frage, ob ein Staatsanwalt Anklage erheben muss, wenn der Beschuldigte auf der Basis der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu verurteilen wäre, der Staatsanwalt aber eine von der höchstrichterlichen Rechtsprechung abweichende Rechtsauffassung vertritt. Im umgekehrten Fall, d.h. bei einer höchstrichterlichen Rechtsprechung, die das Verhalten als straflos ansieht, wird demgegenüber allgemein eine Bindung der Staatsanwaltschaft verneint. Dem ist zuzustimmen. Denn wäre die StA daran gehindert, Anklage zu erheben, würde den Gerichten die Möglichkeit genommen, ihre Rechtsprechung zu ändern, weil sie wegen des Anklagemonopols der StA nur über Fälle entscheiden können, welche diese ihnen vorlegt. Folglich bleibt die Frage zu klären, wie in der zuerst genannten Konstellation zu verfahren ist.

Beispiel⁷⁴: Berufskiller K hatte M, der seiner Ehefrau überdrüssig war und sie deshalb von professioneller Seite beseitigen lassen wollte, die Ausführung dieses Vorhabens gegen Zahlung von 20.000,- € versprochen, obwohl er nicht gewillt war, das Verbrechen tatsächlich zu begehen. Gleichwohl besprach K bei mehreren Treffen mit M Details der Tatausführung, verlangte aber einen Vorschuss und nahm als solchen 5.000,- € an, die er für sich verbrauchte. Später flog die Sache auf. Der ermittelnde StA S möchte das Verfahren gegen K einstellen. Er hält den vom BGH vertretenen *ökonomischen Vermögensbegriff*, der unter Vermögen i.S.d. § 263 StGB auch zu verbotenen Zwecken eingesetztes Geld versteht⁷⁵, für falsch und möchte der herrschenden Auffassung des Schrifttums folgen, die in diesen Fällen eine Strafbarkeit wegen Betrugs ablehnt.⁷⁶

Muss S Anklage gegen K erheben, wenn man davon ausgeht, dass K auf der Basis der Rechtsprechung des BGH wahrscheinlich verurteilt werden würde?

Über die Frage, ob ein StA bei seinen Ermittlungen und bei der Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Anklage an die obergerichtliche bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung gebunden ist, herrscht Streit.

⁷³ Eine gewisse Konkretisierung der Einschreitverpflichtung findet sich für Polizeibeamte in der PDV (Polizeidienstvorschrift) 350.

⁷⁴ In Anlehnung an KG NJW 2001, 86. Vgl. auch OLG Zweibrücken WUM 2007, 281.

⁷⁵ Vgl. BGHSt 2, 364, 366 f.; 16, 220, 221; 26, 346, 347; 32, 88, 91; BGH NJW 2001, 981; BGH NSTZ 2002, 33 (mit Bespr. v. Heger, JA 2002, 454); BGH NSTZ 2003, 151, 152 ff.; LG Frankfurt/M NSTZ-RR 2003, 140; KG NJW 2001, 86 (mit Bespr. v. Hecker, JuS 2001, 228); zustimmend Fischer, StGB, § 263 Rn 54, 64; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafr BT II, Rn 433 und in der Tendenz auch R. Schmidt, Strafr BT II, Rn 608 ff.

⁷⁶ SK-Samson/Günther, StGB, § 264 Rn 112 ff.; Sch/Sch-Perron, StGB, § 263 Rn 82 ff.; LK-Tiedemann, StGB, § 263 Rn 132; Lackner/Kühl, StGB, § 263 Rn 35; Keller, ZStW 107, 457, 469; Kargl, JA 2001, 714; Wessels/Hillenkamp, Strafr BT/2, Rn 534 ff., 569. Vgl. auch BGH NSTZ 2001, 534.

Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

⇒ Eine Auffassung in der Literatur⁷⁷ lehnt eine Bindung der StA an die obergerichtliche bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung der Strafgerichtsbarkeit ab, weil die StA nach § 150 GVG ein von den Gerichten unabhängiges selbstständiges Rechtspflegeorgan sei und auch Art. 20 III GG nur an „Recht und Gesetz“, nicht auch an die Rechtsprechung binde.

Demzufolge wäre S frei in der Entscheidung, Anklage zu erheben.

⇒ Der BGH⁷⁸ bejaht indes eine Bindungswirkung jedenfalls bei Bestehen einer einheitlichen und gefestigten höchstrichterlichen Spruchpraxis, sofern nicht aufgrund gesetzlicher Ausnahmen vom Legalitätsgrundsatz eine Verfahrenseinstellung in Betracht kommt (§§ 153 ff. StPO – dazu Rn 94 ff.). Er begründet seinen Standpunkt damit, dass nach dem Gewaltenteilungsprinzip nur Gerichte befugt seien, darüber zu entscheiden, ob ein Strafgesetz verletzt ist. Nähme man etwas anderes an, läge die rechtsprechende Gewalt entgegen Art. 92 GG nicht mehr ausschließlich in den Händen der Gerichte, weil die Staatsanwaltschaft aufgrund ihres Anklagemonopols die Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung immer dann blockieren könne, wenn sie anderer Meinung sei. Die StA würde das Legalitätsprinzip verletzen, wenn sie bei Handlungen, die zumindest nach gefestigter Rechtsprechung strafbar sind, die Anklage unterließe. Schließlich würde die Einheit der Rechtsanwendung gefährdet, weil unterschiedliche Rechtsansichten bei den jeweils zuständigen StA auftreten könnten. Eine abweichende Meinung könne die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung zur Geltung bringen.

Demzufolge müsste S Anklage erheben; anderenfalls verletzte er das Legalitätsprinzip und machte sich strafbar wegen Strafvereitelung im Amt.

⇒ Ein anderer Teil der Literatur⁷⁹ pflichtet dem BGH bei mit dem Argument, dass die StA verpflichtet sei, an einer einheitlichen Rechtsanwendung mitzuwirken. Bei einer abweichenden Auffassung der StA habe diese analog § 121 II GVG dafür zu sorgen, dass es zu einem gerichtlichen Verfahren kommt, in dem die Bedenken gegen die Richtigkeit einer bereits vorliegenden Rechtsprechung durch Herbeiführen einer neuen höchstrichterlichen Entscheidung erledigt werden. Allerdings bleibe es dem StA unbenommen, seine abweichende Auffassung in jeder prozessual zulässigen Form (durch eine an das Eröffnungsgericht gerichtete Anlage zur Anklageschrift, durch Vortrag in der Hauptverhandlung, durch Einlegung von Rechtsmitteln) zum Ausdruck zu bringen, um eine erneute gerichtliche Überprüfung der „festen“ Rechtsprechung herbeizuführen.

Geht man davon aus, dass die genannte BGH-Rechtsprechung „fest“ ist, müsste S in Übereinstimmung mit der Auffassung des BGH Anklage erheben.

Stellungnahme: Da sich die beiden zuletzt genannten Auffassungen von der zuerst genannten Auffassung unterscheiden, ist eine Streitentscheidung erforderlich.

Gegen eine Bindung der StA an die Rechtsprechung sprechen die Unabhängigkeit der StA von den Gerichten (§ 150 GVG) sowie die Pflicht der StA, als unabhängiges Organ der Rechtspflege objektiv nach Wahrheit und Gerechtigkeit zu suchen. Außerdem könnte aus § 31 I und II BVerfGG der Umkehrschluss gezogen werden, dass Urteile anderer Gerichte als dem BVerfG keine Bindungswirkung entfalten. Kein Argument kann es aber sein, dass für den Staatsanwalt die Gefahr bestehe, den Straftatbestand des § 344 StGB zu verwirklichen, wenn er einen – in seinen Augen – Unschuldigen anklagt. Denn gerade in diesem Fall folgt er ja der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die eine Tatbestandsverwirklichung des Beschuldigten annimmt.

⁷⁷ Roxin/Schünemann, § 10 Rn 12 ff.; L/R-Graalmann-Scheerer, § 170 Rn 25, 26; Peters, Strafprozess, § 23 IV 1a; Pfeiffer, § 152 Rn 2; Hellmann, Rn 66.

⁷⁸ BGHSt 15, 155, 158 ff.; ebenso Kühne, Rn 144 ff.; Beulke, Rn 90; vgl. nun auch OLG Zweibrücken WUM 2007, 281 (mit Bespr. v. Jahn, JuS 2007, 691 ff.), das die Bindung der StA an die höchstrichterliche Rspr. mit noch größerer Vehemenz postuliert als dies seinerzeit der BGH tat.

⁷⁹ Meyer-Goßner/Schmitt, Vor § 141 GVG Rn 11.

Für eine Bindung der StA an die Rechtsprechung spricht aber folgende Überlegung: Dürfte die StA über die Strafbarkeit eines Verhaltens als Voraussetzung ihrer Anklagepflicht nach eigener Auffassung entscheiden, würden diejenigen Fälle vor Gericht kommen, die sie, anders als die Rechtsprechung, für strafbar hält, mit der Folge, dass der Beschuldigte zwar eine Hauptverhandlung zu ertragen, aber einen Freispruch zu erwarten hat. Das verletzt zwar weder Art. 20 III GG noch § 150 GVG, Folge wäre jedoch, dass die StA auch umgekehrt Verurteilungen, zu denen die Gerichte kommen würden, verhindern könnte, wenn sie bei abweichender Rechtsauffassung eine Anklage unterlassen könnte. Damit würde die StA im Ergebnis nicht nur mit dem Legalitätsprinzip (§ 152 II StPO) kollidieren, sondern sie würde auch richterliche Macht ausüben und die Rolle überschreiten, die ihr mit der Trennung von Kläger und Richter zugewiesen wurde; das Rechtsprechungsmonopol besitzen allein die Gerichte (Art. 92 GG).

Im Ergebnis ist die StA deshalb – wenn es um die Anklage geht – an die Rechtsauffassung der Gerichte gebunden, wenn diese Rechtsmeinung einheitlich ist oder von Obergerichten in ständiger Rspr. widerspruchslös bzw. vom BGH vertreten wird.⁸⁰

Zusammenfassung und Hinweis für die Fallbearbeitung: Als Kernargumente der jeweiligen Auffassungen sollten in einer Klausur auf jeden Fall angeführt werden:

- *Gegen* die Bindung der StA an die höchstrichterliche Rspr. spricht § 150 GVG, dem zufolge die Staatsanwälte ihr Amt unabhängig von der Rspr. ausüben.
- *Für* die Bindung der StA an die höchstrichterliche Rspr. sprechen die Grundsätze der Gleichheit vor dem Gesetz, der Einheit der Rechtsanwendung und des richterlichen Entscheidungsmonopols.

Was den Aufbau der Klausur betrifft, bietet es sich an, zunächst die Frage nach der Bindungswirkung der StA aufzuwerfen. Denn auch in der Praxis wird sich ein Staatsanwalt zunächst eine Meinung zur Frage nach der Bindungswirkung bilden und mit dem materiell-rechtlichen Problem, ob sich der Beschuldigte nach Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung strafbar gemacht hat, erst dann befassen, wenn eine Bindung zu verneinen ist. In dieser Reihenfolge sollte auch in einer Klausur vorgegangen werden.

E. Opportunitätsprinzip

- 94 Im Regelfall wird die Strafverfolgung durch das Legalitätsprinzip bestimmt; StA (vgl. § 152 II StPO) und die zur Strafverfolgung tätige Polizei (vgl. § 163 I StPO) sind zur Strafverfolgung verpflichtet (dazu näher Rn 86 ff. und 725 ff.). Verschiedene gesetzliche Vorschriften geben der StA (nicht auch der Polizei!) aber das Recht, aus Gründen der Zweckmäßigkeit (insbesondere bei Kapazitätsüberlastung) die Strafverfolgung nach ihrem Ermessen zu unterlassen bzw. einzustellen – sog. Opportunitätsprinzip. Dieses Prinzip stellt sozusagen die Kehrseite des Legalitätsprinzips dar, weil es eine Ausnahme vom Verfolgungszwang trotz an sich bestehender Verfolgungsvoraussetzungen enthält. In der StPO ist das Opportunitätsprinzip z.B. in **§ 153 I StPO** enthalten, wonach bei Vergehen (zur Definition vgl. § 12 StGB), insbesondere bei geringfügigen Straftaten, die StA mit Zustimmung des Gerichts das Strafverfahren einstellen kann, wenn die Schuld des Täters gering ist und kein (weiteres) öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht (§ 153 I S. 1 StPO). Bei Straftaten, die nicht mit einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe bedroht sind und bei denen die Folgen gering sind, ist sogar die Zustimmung des Gerichts entbehrlich (§ 153 I S. 2 StPO).

⁸⁰ Vgl. BGHSt 15, 155, 158 ff.; OLG Zweibrücken WUM 2007, 281; *Volk/Engländer*, § 12 Rn 5.

Die Verfahrensgrundsätze (Prozessmaximen)

Beispiel: Ein Musikproduzent lässt über eine private Detektei den illegalen Download von Musiktiteln aus dem Internet recherchieren. Er kann dadurch monatlich 20.000 Missbrauchsfälle eruieren und zur Anzeige bringen.

Hier wäre die StA hoffnungslos überlastet und sozusagen lahmgelegt, müsste sie jedem einzelnen Verdachtsfall nachgehen. Daher sieht § 153 StPO zumindest für die Bagatellfälle die Möglichkeit der Einstellung vor.

Eine v.a. in der mündlichen Examensprüfung häufig gestellte Frage lautet, was unter einer im Mindestmaß erhöhten Freiheitsstrafe zu verstehen sei. Die Antwort darauf gibt § 38 II StGB: Danach ist Mindestmaß einer Freiheitsstrafe ein Monat. Enthält ein Straftatbestand also keine höhere Mindeststrafe (vgl. etwa § 223, der keine Untergrenze enthält) gilt § 38 II StGB. Enthält der Straftatbestand aber eine höhere Mindeststrafe als einen Monat (vgl. etwa § 224 StGB: mindestens sechs Monate), ist diese Mindeststrafe eine im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafe.

95

Auch im obigen **Beispiel** sieht § 106 UrhG keine im Mindestmaß erhöhte Freiheitsstrafe vor, sodass hinsichtlich der Einstellung noch nicht einmal das Gericht zustimmen muss.

Nach **§ 153 II StPO** kann das Strafverfahren sogar noch nach Anklageerhebung mit Zustimmung des Angeklagten und der StA durch das Gericht eingestellt werden.

96

Einen weiteren Fall des Opportunitätsprinzips enthält **§ 153a StPO**. Danach kann trotz Bestehens eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung bei geringer Schuld des Täters eine Einstellung unter Auflagen, insbesondere bei Zahlung einer Geldbuße, erfolgen, wenn die Einstellung geeignet ist, das öffentliche Interesse an der (weiteren) Strafverfolgung zu beseitigen und wenn die Schwere der Schuld des Beschuldigten/Angeklagten einer Einstellung nicht entgegensteht. Die Höhe der zu zahlenden Geldbuße ist oftmals Gegenstand von Verhandlungen zwischen Gericht, StA und Verteidigung. Genau hierin liegt auch die Gefahr der missbräuchlichen Anwendung der Vorschrift, die nicht ohne Grund oftmals als „Freikaufparagraph“ bezeichnet wird. Vgl. näher dazu Rn 799 ff.

97

Weiterhin hat die StA unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, ein Strafverfahren einzustellen, wenn die zu erwartende Strafe neben der Strafe für andere Taten des Tatverdächtigen nicht erheblich ins Gewicht fällt (**§ 154 StPO**). Die StA hat auch die Möglichkeit, einzelne abtrennbare Teile einer Tat oder einzelne von mehreren Gesetzesverletzungen (Fälle der Tateinheit) aus der Strafverfolgung herauszunehmen (**154a StPO**).

98

Eine nicht vom Opportunitätsprinzip geleitete Verfahrenseinstellung ist diejenige gem. **§ 170 II StPO**, weil dort die Einstellung deshalb erfolgt, weil die StA nicht über genügenden Anlass zur Erhebung der Anklage verfügt. Die Einstellung des Verfahrens ist in diesem Fall sogar zwingend.

99

Im Jugendgerichtsgesetz sind entsprechende Regelungen in **§§ 45, 47 JGG** enthalten.

100

Schließlich gilt es zu erwähnen, dass im **Ordnungswidrigkeitenrecht** (wie im **präventiven Polizeirecht**) das Opportunitätsprinzip keine Ausnahmeerscheinung ist, sondern den Regelfall darstellt (vgl. § 47 OWiG bzw. die Polizeigesetze der Länder (etwa § 3 BaWüPolG, Art. 5 I BayPAG, § 4 II HmbSOG, § 14 I MVSOG)).

101

F. Fair-trial-Prinzip

- 102** Das Fair-trial-Prinzip (Grundsatz des fairen Verfahrens) gehört (wie das Recht auf Verteidigung) zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Es fußt auf dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG), dem durch ein Strafverfahren bedrohten Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 II S. 2 GG) sowie auf der Menschenwürde (Art. 1 I GG), die es zum einen verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen⁸¹, und es zum anderen gebietet, dem Angeklagten die Möglichkeit zu gewähren, zur Wahrung seiner Rechte auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss nehmen zu können⁸². Das Fair-trial-Prinzip ist auch Ausdruck des Art. 6 EMRK (Recht auf faires Verfahren)⁸³, was – wie noch zu sehen sein wird – zu einer nicht zu unterschätzenden Intensivierung seines Gewährleistungsgehalts führt.
- 103** Zu den Rechten bzw. Unterprinzipien, die das Fair-trial-Prinzip wahren soll, zählen zunächst die Unschuldsvermutung, der Anspruch auf rechtliches Gehör, die Unabhängigkeit des Gerichts, das Recht des Angeklagten, zu schweigen (d.h. nicht gegen sich selbst aussagen zu müssen), die uneingeschränkte Verteidigung (auch die Pflichtverteidigung) durch einen Rechtsanwalt, die konfrontative Befragung der Zeugen sowie die „Waffengleichheit“ zwischen der StA und dem Beschuldigten. Diese Prinzipien werden im Folgenden sukzessive erläutert. Besondere Bedeutung erlangt das Fair-trial-Prinzip auch beim Einsatz von Lockspitzeln oder beim **(verdeckten) Einsatz von Beamten** der Kriminalpolizei oder des Verfassungsschutzes, insbesondere, wenn hierdurch **Straftaten provoziert** oder zumindest gefördert werden. Allerdings mahnte der BGH – gedeckt vom BVerfG – bislang eine restriktive Handhabung des Fair-trial-Prinzips an, damit nicht positivrechtliche Regelungen der StPO – bzw. daraus abgeleitete Prinzipien (insbesondere das Bedürfnis an der Aufklärung von Straftaten) – unterlaufen würden, und hielt das Fair-trial-Prinzip für nicht stark genug, um bei einem Verstoß dagegen ein Verfahrenshindernis anzunehmen.⁸⁴ Das hat sich nun infolge eines EGMR-Urteils grundlegend geändert.

Beispiel⁸⁵: A und B standen im Verdacht, sich wegen Geldwäsche sowie wegen Drogenhandels strafbar gemacht zu haben. Im Zuge des Ermittlungsverfahrens wurden durch richterlichen Beschluss eine längerfristige Observation sowie die Überwachung der Telekommunikation der Tatverdächtigen angeordnet. Im Rahmen der Observation wurde festgestellt, dass sich die Tatverdächtigen in den Niederlanden mit X trafen, gegen den in den Niederlanden mehrfach, wenn auch ergebnislos, wegen internationalen Drogenhandels ermittelt worden war. Trotz längerfristiger Observation und Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen konnte der Verdacht gegen A und B aber nicht bestätigt werden. Daher setzte die Polizei Verdeckte Ermittler aus Deutschland und den Niederlanden ein, um die Sachverhaltsaufklärung voranzubringen. Diese versuchten, über einen Zeitraum von mehreren Monaten die Tatverdächtigen dazu zu bringen, ihnen große Mengen Ecstasy aus den Niederlanden zu besorgen (das würde den Tatbestand des § 30 BtMG, ggf. sogar den des § 30a BtMG – 5-15 Jahre Freiheitsstrafe – erfüllen), was den Ermittlern jedoch zunächst nicht gelang, da sich A und B nicht auf das Geschäft einließen. Erst, nachdem einer der Verdeckten Ermittler drohend aufgetreten war und ein anderer wahrheitswidrig behauptet hatte, seine Familie werde mit dem Tod bedroht für den Fall, dass er seinen „Auftraggebern“ das Ecstasy nicht besorge, halfen A und B bei der Beschaffung und Einfuhr von Ecstasy aus den Niederlanden, ohne dafür ein Entgelt gefordert oder erhalten zu haben.

⁸¹ Vgl. BVerfG NSTz 2016, 49 (mit Verweis auf BVerfGE 57, 250, 274 f.; 38, 105, 111; 122, 248, 271; 133, 168, 200).

⁸² Vgl. BVerfGE 26, 66, 67 ff.; 63, 380, 390; 66, 313, 318; BGHSt 45, 321, 355; 46, 93, 100; BGH NJW 2007, 2341, 2342 f.; NSTz 2007, 166 f. (dazu Rn 792b).

⁸³ Vgl. dazu jüngst EGMR NJW 2015, 3631 ff. und BGH NSTz 2016, 52 ff. Zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht bzw. zwischen der deutschen Rechtsordnung und der EMRK vgl. *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 4 ff.

⁸⁴ Vgl. BGHSt 42, 191, 193.

⁸⁵ Nach BGH NSTz 2016, 52 (Strafverfahrenshindernis bei rechtsstaatswidriger Tatprovokation) – abgeändert und vereinbart, um die Probleme des Falles zu verdeutlichen. Vgl. später auch BGH NSTz 2016, 232, 233.

In diesem Fall stellt sich nicht nur die Frage nach der Strafbarkeit von A und B, sondern auch nach der Zulässigkeit einer derartigen Tatprovokation durch Angehörige von Strafverfolgungsbehörden (und von ihnen gelenkten Dritten). In einem Rechtsstaat mutet es nahezu grotesk an, wenn Polizeibeamte oder von ihnen beauftragte Dritte Tatverdächtige, bei denen die bisherigen Beweise für eine Anklage nicht ausreichen, durch Lügen und Drohungen dazu bringen dürften, eine Straftat zu begehen, für die diese dann später angeklagt und verurteilt werden.

Die bisherige Rechtsprechung (des BGH) sah in diesen Fällen weder einen Verstoß gegen Art. 2 II S. 2 GG (Recht auf Freiheit) noch gegen das im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) verankerte Fair-trial-Prinzip (Grundsatz des fairen Verfahrens) und nahm demzufolge kein Strafverfahrenshindernis an, sondern berücksichtigte die Tatprovokation lediglich in der Strafzumessung des oder der Verurteilten (sog. „Strafzumessungslösung“), was aber gleichwohl in vielen Fällen (der Betäubungsmittelkriminalität) nichts an der Verurteilung zu teilweise hohen Haftstrafen änderte.⁸⁶

Erstaunlicherweise wurde diese Auffassung vom BVerfG dem Grunde nach gebilligt. So heißt es in seinem Beschluss v. 18.12.2014: „Selbst wenn man ein Verfahrenshindernis aufgrund rechtsstaatswidriger Tatprovokation im Grundsatz für möglich erachten wollte, könnte ein derartiges Verbot der Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs nur in extremen Ausnahmefällen aus dem Rechtsstaatsprinzip hergeleitet werden, weil das Rechtsstaatsprinzip nicht nur Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt.“⁸⁷ Einen solchen „extremen Ausnahmefall“ wollte das BVerfG indes nur annehmen, wenn der Staat unbescholtene Bürger bzw. gänzlich Unverdächtige zu Straftaten verleitet hat.⁸⁸ Freilich dürfte ein solcher Fall faktisch kaum vorkommen, sodass die Tatprovokation von Tatverdächtigen im Ergebnis auch nach dem BVerfG lediglich auf Strafzumessungsebene Berücksichtigung fand.

Nun aber änderte der BGH seine Rechtsprechung, wenn auch (nur) unter dem Einfluss der Rechtsprechung des EGMR, der zu Recht die Aufgabe der Ermittlungsbehörden in der *Aufklärung* von Straftaten sieht, nicht in deren *Provokation*.⁸⁹ So sieht der EGMR in der eines Rechtsstaates unwürdigen Tatprovokation durch Polizeibeamte einen Verstoß gegen Art. 6 I S. 1 EMRK (Recht auf faires Verfahren).⁹⁰

Diese Rechtsprechung des EGMR hat der BGH in das deutsche Strafrechtssystem überführt, indem er eine Nichtverwertbarkeit aller auf die rechtsstaatswidrige Tatprovokation zurückzuführenden unmittelbar und mittelbar erlangten Beweismittel angenommen hat, was in der Sache ein Verfahrenshindernis zur Folge habe.⁹¹ Das Verfahren gegen A und B war daher gem. §§ 206a, 260 III StPO einzustellen.

Bewertung: Es ist keine Frage, dass der Staat – um Straftaten insbesondere aus dem Bereich der Organisierten Kriminalität aufzuklären zu können – die kriminellen Strukturen u.a. durch den gezielten Einsatz von Verdeckten Ermittlern unterwandern dürfen muss. Die Grenze ist aber dort zu setzen, wo der Staat tatverdächtige Personen erst durch Anstiftung oder andere Provokation dazu bringt, Straftaten zu begehen. Von daher war der Wandel in der Rechtsprechung längst überfällig. Die EMRK mit ihren Gewährleistungen ist „Gesetz und Recht“ i.S.d. Art. 20 III GG und daher auch vom BGH zu beachten. Aufgrund der Völkerrechtsfreundlichkeit des GG (Art. 1 II GG) sowie der völkervertraglichen Bindung, die die Bundesrepublik Deutschland mit der Unterzeichnung der EMRK eingegangen ist, sind Inhalt und Entwicklungsstand der EMRK bei der Anwendung und Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen. Mit Unterzeichnung und Ratifizierung der EMRK hat sich die Bundesrepublik zudem dazu verpflichtet, auch den Urteilen des EGMR Folge zu

⁸⁶ Vgl. etwa die Fälle BGHSt 32, 345, 348 ff.; 45, 321, 324 f.; 47, 44, 47; BGH NSTZ 2014, 277, 280.

⁸⁷ BVerfG NSTZ 2016, 49.

⁸⁸ BVerfG NSTZ 2016, 49, 50.

⁸⁹ EGMR NJW 2015, 3631 ff.

⁹⁰ EGMR NJW 2015, 3631, 3634 f.

⁹¹ BGH NSTZ 2016, 52, 55. Zu den Verfahrenshindernissen vgl. Rn 152.

leisten (Art. 46 I EMRK). Insofern war die Überführung der Rechtsprechung des EGMR in die staatliche Strafrechtsordnung konsequent und geboten. Aber auch bei rein nationaler Betrachtung des Falls war das Verhalten der Ermittlungsbehörden rechtsstaatswidrig und von solcher Intensität, dass auch auf dem Boden des GG die Annahme eines Verfahrenshindernisses die allein richtige Konsequenz war. Die Annahme eines bloßen Beweisverwertungsverbots wäre dem nicht gerecht geworden. Dem BGH ist daher vollumfänglich beizupflichten. Somit bleibt (lediglich) die Erwartung, dass sich nunmehr auch das BVerfG klar von der „Strafzumessungslösung“ verabschiedet und in der Tatprovokation von Tatverdächtigen durch Polizeibeamte stets ein zwingendes Verfahrenshindernis sieht.

G. Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime)

104 Auch das Beschleunigungsgebot ist aus dem Rechtsstaatsprinzip gem. Art. 20 III GG und dem Recht auf faires Verfahren gem. Art. 6 EMRK abgeleitet. Es besagt, dass der Beschuldigte, der ja staatlichen Eingriffsbefugnissen ausgesetzt ist, einem ungewissen Ausgang des Verfahrens entgegenblickt und damit einer erheblichen Belastung ausgesetzt ist, innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens vor Gericht zum Strafvorwurf gehört werden und Klarheit erhalten muss. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer bemisst sich nach der Komplexität und den Besonderheiten des Einzelfalls.⁹² Sachfremde Verzögerungen begründen in jedem Fall einen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot.

Beispiel: Amtsrichter R, der sich bislang nicht mit dem modernen Medium des Internets vertraut gemacht hat, befindet sich im letzten Dienstjahr vor dem Ruhestand. Einige Verfahren, die mit Internetkriminalität zu tun haben, legt er daher für ein Jahr später auf Wiedervorlage, um sie mehr bearbeiten zu müssen.

Hier liegt ein klarer Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot vor.

105 Einfachgesetzlich ist das Beschleunigungsgebot in etlichen Vorschriften der StPO konkretisiert. So wird im **Ermittlungsverfahren** dem Beschleunigungsgebot durch **§ 163 II StPO** Rechnung getragen. Diese Vorschrift legt der erstmittelnden Polizei die Pflicht auf, die StA unverzüglich einzuschalten. Weiterhin ist **§ 121 StPO** zu nennen, der für die **Untersuchungshaft** („U-Haft“) eine Höchstdauer von 6 Monaten vorsieht, die nur bei besonderen Ermittlungsschwierigkeiten oder Aburteilungshindernissen überschritten werden darf.⁹³ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber stets, dass die Höchstdauer der U-Haft nicht ohne weiteres ausgeschöpft werden darf. So hat die Entscheidung über die Dauer bzw. Fortdauer der U-Haft den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Beschleunigungsgebot zu beachten. Aus verfahrensrechtlicher Sicht sind die Gründe für die Festlegung der Haftdauer zu dokumentieren.⁹⁴

106 Wie die Verletzung des Fair-trial-Grundsatzes führt aber auch die Verletzung des Beschleunigungsgebots nach h.M. nicht zu einem Verfahrenshindernis, sondern ist nur im Rahmen der Strafzumessung mildernd zu berücksichtigen.⁹⁵ Ausnahmsweise kann allerdings in extremen Fällen aufgrund der schwerwiegenden Belastungen des Beschuldigten die Fortsetzung des Verfahrens aus rechtsstaatlichen Gründen nicht mehr hinnehmbar sein, sodass das Verfahren einzustellen ist.⁹⁶

⁹² BVerfG NJW 1992, 2472, 2473; EGMR EuGRZ 2001, 299, 301; BGH NSTz 2003, 384; BGH NSTz 2008, 118.

⁹³ § 121 StPO will verhindern, dass der Beschuldigte durch die U-Haft eine Quasi-Strafe absitzt, ohne verurteilt zu sein. Die Sechsmonatsfrist gewährt dem Beschuldigten einen Anspruch auf beschleunigte Aburteilung nach Art. 5 III S. 1 Halbs. 2 EMRK. Weiter gewährleistet die Norm den verfassungsmäßigen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 2 II S. 2 GG (vgl. BVerfGE 53, 152, 158 ff.). Zur Bedeutung der EMRK vgl. bereits Rn 102 f. sowie grundlegend *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 4 ff.

⁹⁴ BVerfG NSTz-RR 2014, 314.

⁹⁵ BGHSt 35, 135, 137.

⁹⁶ BGHSt 46, 159, 171.

Eine Konkretisierung des Beschleunigungsgrundsatzes für die Hauptverhandlung stellt die Konzentrationsmaxime dar. Danach soll die Hauptverhandlung als Einheit betrachtet und möglichst in einem Zug durchgeführt werden; die Möglichkeiten einer Unterbrechung sind entsprechend begrenzt, §§ 228 I S. 1 Var. 2, 229 StPO. Bei längeren Verzögerungen muss das Verfahren ausgesetzt werden, was eine völlig neue Hauptverhandlung erforderlich macht, §§ 228 I S. 1 Var. 1, 229 IV StPO. Vgl. dazu auch Rn 873 ff.

107

H. Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz)

Im Zivilprozess haben die Parteien (insbesondere der Kläger) die Aufgabe, dem Gericht die entscheidungserheblichen Tatsachen und Beweismittel zu unterbreiten. Von der Möglichkeit einer Beweislastumkehr einmal abgesehen, muss derjenige, der einen Anspruch behauptet, die anspruchsbegründenden Umstände darlegen und beweisen. Gelingt dieser Beweis nicht, ist die Klage verloren, auch wenn allen Beteiligten klar ist, dass der Anspruch materiell-rechtlich besteht.

108

Anders verhält es sich im Strafprozess. Zwar stehen sich auch hier Personen, namentlich der StA (Ankläger) auf der einen Seite und Angeklagter sowie sein Verteidiger auf der anderen Seite gegenüber, aber nicht so, wie sich die Parteien im Zivilprozess gegenüberstehen. Denn das Strafverfahren ist von Amts wegen auf Wahrheitserforschung angelegt.⁹⁷ So hat bereits der StA im Ermittlungsverfahren nicht nur belastendes Material, sondern auch entlastende Umstände zu ermitteln (§ 160 II StPO). Ebenso hat das Gericht die Wahrheit von Amts wegen zu erforschen. Das beinhaltet das Recht (und die Pflicht) zu einer selbstständigen Aufklärungstätigkeit; insbesondere ist das Gericht bei der Wahrheitsfindung nicht an Anträge der übrigen Verfahrensbeteiligten gebunden (§§ 155 II, 206, 244 II, 261 StPO).⁹⁸

109

In der Konsequenz bedeutet der Untersuchungsgrundsatz zunächst, dass Geständnisse des Angeklagten das Gericht nicht binden; das Gericht muss trotz Geständnisses den Sachverhalt weiter erforschen, wenn es Zweifel an der Richtigkeit des Geständnisses hat. Auch wenn sich konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen von Umständen ergeben, die für die Beurteilung der Tat von Bedeutung sind, muss das Gericht dem nachgehen, und zwar auch dann, wenn keine Beweisanträge gestellt sind. Schließlich dürfen sich staatliche Geheimhaltungsinteressen nicht nachteilig für den Angeklagten auswirken. Die Nichtdurchführung eines Strafprozesses mit der Begründung, dass Staatsinteressen beeinträchtigt würden, ist in Deutschland (anders als z.B. in den USA) also ausgeschlossen.

110

Zur Frage, inwieweit **Absprachen im Strafprozess** dem Untersuchungsgrundsatz (und anderen Prozessmaximen) entgegenstehen, vgl. Rn 1156 ff.

111

I. Grundsatz des gesetzlichen Richters

Art. 101 I S. 2 GG (konventionsrechtlich flankiert von Art. 6 I S. 1 EMRK⁹⁹) ist eine wichtige Ausprägung der rechtsstaatlichen Rechtssicherheit¹⁰⁰ und des rechtsstaatlichen Objektivitätsgebots.¹⁰¹ Die Vorschrift soll „der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt

112

⁹⁷ BVerfGE 57, 250, 275; 63, 45, 61.

⁹⁸ Damit wird der Unterschied zum angloamerikanischen und angelsächsischen Strafprozess deutlich, bei denen sich Ankläger und Angeklagter (Verteidiger) als Parteien gegenüberstehen, Tatsachen und Beweismittel beibringen und daher auch die Vernehmung eines Zeugen nicht vom Gericht, sondern durch sie im sog. Kreuzverhör durchgeführt wird. Zwar ist das Kreuzverhör auch in § 239 StPO vorgesehen, wegen des Untersuchungsgrundsatzes ist es jedoch praktisch bedeutungslos.

⁹⁹ Zur Bedeutung der EMRK vgl. bereits Rn 102 f. sowie grundlegend R. Schmidt, Grundrechte, Rn 4 ff.

¹⁰⁰ BVerfGE 20, 336, 344.

¹⁰¹ BVerfGE 82, 159, 194.

wird¹⁰². Gewährt wird dem Einzelnen die Garantie, dass nur der durch Gesetz bestimmte, nicht ein auf andere Weise bestimmter Richter über ihn Recht spricht, was bedeutet, dass die Bestimmung des zuständigen Richters durch förmliches Gesetz erfolgen muss, das die richterliche Zuständigkeit im Voraus abstrakt-generell ausgestaltet.

- 113** Daher wird Art. 101 I S. 2 GG durch die **Legislative** beeinträchtigt, wenn sie es unterlässt, die grundlegenden abstrakt-generellen Zuständigkeitsregeln in einem Parlamentsgesetz festzulegen.¹⁰³ Das schließt wegen Art. 80 I GG nicht aus, dass die Bestimmung des zuständigen Richters durch Rechtsverordnung erfolgt, solange nur Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend in der Ermächtigungsgrundlage bestimmt sind.¹⁰⁴
- 114** An diese Vorgaben müssen sich **gerichtsorganisatorische Maßnahmen** von Gerichtspräsidien und Spruchkörpern, insb. die von diesen zu erstellenden **Geschäftsverteilungspläne**, halten. Sie müssen die Zuständigkeit der Richter im Voraus, d.h. vor Beginn des Geschäftsjahrs für dessen Dauer, vollständig, schriftlich¹⁰⁵ und nach objektiven Kriterien, d.h. ohne Ansehen der Person und des Einzelfalls¹⁰⁶, regeln. Die Sache muss „blindlings“ an den entscheidenden Richter gelangen.¹⁰⁷ Ermessensentscheidungen des Vorsitzenden sind grds. unzulässig.¹⁰⁸ Unvermeidliche Ungenauigkeiten ergeben sich hier besonders aus den Fällen des Ausscheidens, der Krankheit.¹⁰⁹
- 115** **Richter** ist jeder zur Entscheidung im Einzelfall staatlich berufene Richter; auch das Gericht als organisatorische Einheit und das Gericht als Spruchkörper gehören dazu.¹¹⁰ Als gesetzlicher Richter gilt nur derjenige, der in jeder Hinsicht den Anforderungen des Grundgesetzes entspricht. Dazu gehören in erster Linie die Unabhängigkeit gem. Art. 97 GG und die Unparteilichkeit gem. Art. 92 GG.¹¹¹ Entsprechende Verstöße sind zugleich Verstöße gegen Art. 101 I S. 2 GG.
- 116** Art. 101 I S. 2 GG ist des Weiteren verletzt, wenn das Gericht gesetzlich normierte Verfahrensvorschriften willkürlich unrichtig anwendet, d.h. wenn die gerichtliche Entscheidung „nicht mehr verständlich“ erscheint oder „offensichtlich unhaltbar“ ist oder wenn das Gericht die „Bedeutung und Tragweite von Art. 101 I S. 2 GG grundlegend verkennt“.¹¹² Das ist insbesondere der Fall, wenn sich eine Entscheidung bei der Auslegung und Anwendung einer Zuständigkeitsnorm so weit von dem sie beherrschenden verfassungsrechtlichen Grundsatz des gesetzlichen Richters entfernt hat, dass sie nicht mehr zu rechtfertigen, also willkürlich ist.¹¹³
- 117** Die Verletzung des Grundsatzes des gesetzlichen Richters stellt einen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO dar. Siehe dazu auch das Bsp. bei Rn 1232.

¹⁰² BVerfGE 95, 322, 327.

¹⁰³ BVerfGE 19, 52, 60; 95, 322, 328.

¹⁰⁴ BVerfGE 2, 307, 326; 24, 155, 166; 27, 18, 34 f.; BVerfG-K, NVwZ 1993, 1080.

¹⁰⁵ BVerfGE 95, 322, 328; BGHZ 126, 63, 851.

¹⁰⁶ BVerfGE 82, 286, 298; BVerwG NJW 1987, 2031; 1988, 1339; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG, Art. 101 Rn 38; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn 14.

¹⁰⁷ BVerfGE 95, 322, 329.

¹⁰⁸ BGHZ 126, 63, 81; BAGE 81, 265, 283; 84, 189, 193 f.; 88, 344, 354.

¹⁰⁹ *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 101 Rn 14.

¹¹⁰ BVerfGE 17, 294, 298 f., 40, 356, 361.

¹¹¹ BVerfGE 3, 377, 381; 60, 175, 214; 82, 286, 298.

¹¹² Vgl. BVerfGE 29, 45, 49; 42, 237, 241; 75, 223, 234 ff.; 76, 93, 96 ff.; 82, 159, 194; 82, 286, 299; 87, 282, 285; BVerfG-K NJW 2002, 2859 f.; 2003, 281.

¹¹³ BVerfG NJW 2005, 1105, 1106.

J. Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

I. Freie richterliche Überzeugung

Der Strafprozess kennt keine Beweisregeln. Dem Richter ist nicht vorgeschrieben, unter welchen Voraussetzungen er eine Tatsache für bewiesen hält.¹¹⁴ Er würdigt die Beweismittel ausschließlich nach seiner Überzeugung, Art. 97 I GG, § 261 StPO, d.h. er entscheidet nach freiem Ermessen. Er ist daher weder an ein Geständnis des Angeklagten noch an Sachverständigengutachten oder andere feste Beweisregeln gebunden. Da ein Richter aber an Recht und Gesetz gebunden ist (Art. 1 III GG, Art. 97 I GG), und daher keine willkürlichen Entscheidungen treffen darf, hat der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung auch Grenzen. Ein Urteil braucht eine objektive, nachvollziehbare Tatsachengrundlage und ist an die Regeln der Logik, gefestigte naturwissenschaftliche Erkenntnisse (z.B. die Promillewerte zur Feststellung der Fahrtüchtigkeit), gesetzliche Bestimmungen (z.B. § 190 StGB, § 274 StPO) sowie an übergeordnete Verfahrensgrundsätze, insbesondere an Beweisverwertungsverbote, gebunden.¹¹⁵

118

Daher könnte der Grundsatz der freien richterlichen Beweisführung verletzt sein, wenn z.B. ein **blinder Richter** im Strafprozess mitwirkte. Das wird man jedenfalls dann anzunehmen haben, wenn es im Rahmen der Beweisaufnahme zu einer Augenscheinnahme kommt.¹¹⁶

119

II. Schweigen des Angeklagten

Wie noch aufzuzeigen sein wird, gebietet es die verfassungsrechtlich verankerte Selbstbelastungsfreiheit, dass der Beschuldigte bzw. Angeklagte nicht gegen sich selbst auszusagen braucht, er also ein **umfassendes Schweigerecht** hat (Rn 124). Eine sich dabei stellende Frage ist, ob das Gericht ein prozessual zulässiges Schweigen des Angeklagten frei würdigen darf.

120

Beispiel¹¹⁷: A ist wegen Diebstahls angeklagt. Er macht von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Der Richter ist darüber nicht erfreut, weil sich die Beweisführung als schwierig erweist. Er möchte das Schweigen des A daher gegen ihn verwenden, da er der Meinung ist, dass ein Unschuldiger, der nichts zu verbergen habe, auch aussagen könne.

Würde man das Schweigen des A gegen ihn verwenden, d.h. als Schuldeingeständnis werten, unterliefe man den **Nemo-tenetur-Grundsatz**¹¹⁸ und entwertete damit das Schweigerecht des Beschuldigten.¹¹⁹ Der Richter darf daher das Schweigen des A nicht gegen ihn verwenden („Verwertungsverbot des Schweigens“).¹²⁰

Auch darf ein **zeitweises Schweigen** bei einer von mehreren Vernehmungen oder in einzelnen Verfahrensabschnitten bei der Beweiswürdigung nicht zu Lasten des Beschuldigten verwertet werden, weil dieser anderenfalls mittelbar gezwungen wäre, bei einer bestimmten oder weiteren Vernehmung zur Sache auszusagen.¹²¹

Hätte vorliegend also A im Ermittlungsverfahren zunächst ausgesagt, dann aber in der Hauptverhandlung von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, wäre sein Schweigen in der Hauptverhandlung ihm nicht zu seinem Nachteil zu gereichen (ansonsten ergäbe auch § 243 V StPO keinen Sinn)¹²², vgl. dazu auch Rn 122.

¹¹⁴ BGHSt 29, 18, 20.

¹¹⁵ Vgl. *Engländer*, Rn 24; *Meyer-Göbner/Schmitt*, § 261 Rn 3 ff.

¹¹⁶ Vgl. dazu *Reichenbach*, NJW 2004, 3160, 3162; generell für den Ausschluss blinder Richter vom Strafprozess BVerfG NJW 2004, 2150, 2151.

¹¹⁷ *Engländer*, Rn 25.

¹¹⁸ Vollständig heißt dieser lateinische Rechtssatz: *nemo tenetur se ipsum procedere (oder) accusare*: Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu verraten/belasten/anzudeuten (Selbstbelastungsfreiheit) – dazu Rn 124, 224a f., 231.

¹¹⁹ Einhellige Auffassung, vgl. BVerfG NSTZ 1995, 555; BGHSt 25, 365, 368; 32, 140, 144; 34, 324, 326; 45, 367; BGH NSTZ 2000, 494, 495; NSTZ 2016, 59 f.; NSTZ 2016, 220 f.

¹²⁰ Vgl. nur BGH NSTZ 2016, 59 f.; NSTZ 2016, 220 f.

¹²¹ Vgl. BGHSt 38, 302, 305; BGH NSTZ 2007, 417, 418 f.; NSTZ 2016, 59 f.

¹²² BGH StV 1994, 413; NSTZ 1999, 4.

Schließlich verstößt es gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz, wenn sich der Angeklagte weigert, seinen früheren Verteidiger von der Schweigepflicht zu entbinden und das Gericht daraus für den Angeklagten nachteilige Wertungen zieht.¹²³

- 121** Der soeben aufgezeigte Grundsatz gilt nach Auffassung des BGH jedoch nicht, wenn sich der Angeklagte im Rahmen einer *einheitlichen* Vernehmung bezüglich *einer* prozessualen Tat teilweise zum Tatvorwurf einlässt und im Übrigen schweigt (sog. **teilweises Schweigen**). Der BGH ist der Meinung, dass der Beschuldigte, der sich grds. zum Tatvorwurf einlasse, dann aber auf bestimmte Fragen keine oder eine nur unvollständige Antwort gebe, sich selbst durch seine prinzipielle Einlassung freiwillig zum Beweismittel mache und sich damit der freien Beweiswürdigung des Richters aussetze.¹²⁴ Diese Auffassung ist bedenklich, weil der Angeklagte möglicherweise gerade erst durch die Befragung in die Verlegenheit gerät, sich selbst zu belasten. Daher wird man das partielle Schweigen jedenfalls dann nicht verwerten dürfen, wenn davon auszugehen ist, dass der Angeklagte gänzlich von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hätte, wenn er sich von vornherein über die Gefahr der Selbstbelastung im Klaren gewesen wäre.
- 122** Aber auch nach Auffassung des BGH liegt kein verwertbares Teilschweigen vor, wenn der Beschuldigte seine Schuld hinsichtlich einer prozessualen Tat in einem Verfahrensschritt zunächst pauschal bestreitet und sich später auf sein Schweigerecht beruft.

Beispiel¹²⁵: T stand im Verdacht, O erschossen zu haben. Bei seiner ersten Vernehmung durch die Polizei erklärte er, er habe „mit der Sache nichts zu tun“. Später, bei der richterlichen Vernehmung während der U-Haft machte er unter Berufung auf sein Schweigerecht keine Angaben. In der Hauptverhandlung erklärte T erstmals, nicht er selbst, sondern S habe auf O geschossen. Das Schwurgericht hält T gleichwohl im Sinne der Anklage für schuldig. Wäre S tatsächlich der Täter gewesen, sei nicht zu erklären, weshalb T nicht sofort den wahren Ablauf offenbart habe und stattdessen weiter in der U-Haft verblieben sei. Mit seiner Revision rügt T, das Gericht habe seine Überzeugung fehlerhaft gebildet, indem es aus seinem berechtigten Schweigen nachteilige Schlüsse gezogen habe.

Die Beweiswürdigung des LG war rechtsfehlerhaft, denn es darf nicht als Beweisanzeichen gegen einen Beschuldigten gewertet werden, dass dieser sich erst in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen hat. Anderensfalls unterliefe man den Nemo-tenetur-Grundsatz und entwertete damit das Schweigerecht Beschuldigten (Rn 120). Die pauschale Äußerung des T nach seiner Festnahme, er habe mit der Sache nichts zu tun, war keine Teileinlassung, an welche eine zulässige Verwertung des nachfolgenden Schweigens hätte anknüpfen können. Die Revision ist daher begründet.

- 123** Auch wenn der Beschuldigte bei mehreren selbstständigen prozessualen Taten zu einer Tat insgesamt schweigt, zu einer anderen hingegen aussagt, geht es nach der Auffassung des BGH zu weit, dem Schweigen bzgl. der einen Tat einen Aussagegehalt bzgl. der anderen Tat zu entnehmen.

Beispiel: A ist wegen Diebstahls *und* wegen Hehlerei angeklagt, weil bislang nicht geklärt werden konnte, ob A wegen Diebstahls oder wegen Hehlerei oder keiner Tat schuldig ist. In der Hauptverhandlung äußert sich A plötzlich bzgl. des Diebstahls und sagt aus, dass er zur Tatzeit bei seiner Freundin gewesen sei. Dieser Aussage möchte der Richter entnehmen, dass A dann die Hehlereit at begangen hat.

¹²³ BGH NSTz 2011, 357 f.

¹²⁴ BGHSt 20, 298, 300; 45, 367, 369 f.; BGH NSTz 2000, 494, 495; 2002, 2260, 2261; NSTz-RR 2005, 147; NSTz 2007, 417, 419. Vgl. auch BGH NSTz 2015, 601.

¹²⁵ In Anlehnung an BGH NSTz 2007, 417 ff.

Die Tatsache, dass A sich hinsichtlich des Diebstahls zur Sache einlässt, darf nicht dazu führen, dass sein Schweigen hinsichtlich der Hehlerei indiziell gegen ihn verwendet wird. Denn hinsichtlich der Hehlerei hat er sich eben nicht als Beweismittel zur Verfügung gestellt.¹²⁶

K. Nemo tenetur se ipsum procedere (oder -accusare)

Es gehört zum Selbstverständnis eines jeden Rechtsstaats, dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, aktiv die Sachaufklärung zu fördern bzw. aktiv an seiner Überführung mitzuwirken, insbesondere, sich selbst zu belasten – sog. **Selbstbelastungsfreiheit** (Rn 120). Dieser Grundsatz hat Verfassungsrang¹²⁷; er ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 III GG) und der Grund- und Menschenrechte, insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und der Menschenwürde (Art. 1 I S. 1 GG)¹²⁸. Der Beschuldigte darf nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, zur Abgabe von Schrift- und Stimmproben, zum Atemalkoholtest¹²⁹ etc. gezwungen werden¹³⁰, wohl aber zur passiven Duldung bspw. einer Blutprobenentnahme.¹³¹ Einfachgesetzlich abgesichert wird der Nemo-tenetur-Grundsatz in der StPO durch ein **umfassendes Schweigerecht** des Beschuldigten sowohl im Ermittlungsverfahren (§ 136 I S. 2 StPO)¹³² als auch während der Hauptverhandlung (§ 243 V S. 1 StPO),¹³³ worauf der Beschuldigte/Angeklagte bei der Vernehmung hinzuweisen ist. Daher dürfen auch keine Spontanäußerungen des Beschuldigten/Angeklagten, die er nach der Belehrung über sein Schweigerecht macht und nach der Erklärung, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch mache, zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen gemacht werden.¹³⁴ Ebenfalls ist der Nemo-tenetur-Grundsatz verletzt, wenn in einer Vernehmung oder „vernehmungähnlichen Situation“ (also einer Situation, in der außerhalb einer förmlichen Vernehmung befragt wird) der Beschuldigte nicht eigenverantwortlich entscheiden kann, ob und ggf. inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt, die Ermittlungsperson diese Unfähigkeit der freien Entscheidung erkennt und gleichwohl durch ihr hartnäckiges Verhalten dazu beiträgt, dass der Beschuldigte die Aussagefreiheit nicht wahrnehmen kann.¹³⁵

124

Beispiel¹³⁶: Aufgrund von Mietrückständen kam es zu einer Räumungsklage in Bezug auf das von T gemietete Wohnhaus. Frustrationsbedingt fasste sie daher den Entschluss, das Gebäude anzuzünden. Sie kaufte bei einer nahegelegenen Tankstelle Benzin und brachte es in einem Benzinkanister zum Haus. Dort nahm sie zehn Tabletten des Antidepressivums Sertralin ein. Anschließend verteilte sie an mehreren Stellen im Haus sowie in der Garage zusammengerolltes Zeitungspapier und sonstiges brennbares Material, übergoss es mit Benzin und entzündete dann die präparierten Stellen. Weil ein Teil des ausgebrachten Benzins verdampft und dadurch ein Benzindampf-Luft-Gemisch entstanden war, führte dies mit dem Anzünden zu einer explosionsartigen Verpuffung. Infolge des raschen Eintreffens der durch Nachbarn herbeigerufenen Feuerwehr konnte der Brand gelöscht und T unverletzt gerettet werden. T wurde noch im Bereich des Brandobjekts durch Kriminalhauptkommissar R über ihre Rechte gem. § 136 StPO belehrt. Sie äußerte daraufhin, zur

¹²⁶ Vgl. BGHSt 32, 140, 145.

¹²⁷ BVerfGE 38, 105, 113; 55, 144, 150; 56, 37, 43; 110, 1, 31; BGH NJW 2018, 1986, 1987.

¹²⁸ BVerfGE 38, 105, 113; 55, 144, 150; 56, 37, 43; BGH NJW 2018, 1986, 1987. Streng genommen basiert die Selbstbelastungsfreiheit nicht auf den genannten Verfassungsbestimmungen, da sie schon lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bestand. Selbstverständlich aber ist sie unter der Geltung des Grundgesetzes den genannten Bestimmungen zuzuordnen. Konventionsrechtlich ist die Selbstbelastungsfreiheit durch Art. 6 EMRK geschützt.

¹²⁹ Vgl. dazu KG NStZ 2015, 42 mit Bespr. v. *Mosbacher*, NStZ 2015, 42 f.

¹³⁰ BGH NStZ 2004, 392, 393; OLG Brandenburg NStZ 2014, 524, 525.

¹³¹ All dies gilt (gem. § 46 OWiG) auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren (vgl. *Mosbacher*, NStZ 2015, 42 f.; *Geppert*, NStZ 2014, 481, 482; *Cierniak/Herb*, NZV 2012, 409, 410 f.).

¹³² Vgl. dazu etwa BGH NJW 2013, 2769 f.; OLG Nürnberg StRR 2014, 105 f. Vgl. auch *Kasiske*, JuS 2014, 15 ff.

¹³³ Vgl. nur BGH NStZ 2016, 59 f. – dazu bereits Rn 120.

¹³⁴ BGH NJW 2013, 2769 f.; BGH NJW 2018, 1986, 1987.

¹³⁵ BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43; BGHSt 52, 11, 17 f.

¹³⁶ Nach BGH NJW 2018, 1986 ff. (Sachverhalt gekürzt, um das Problem zu fokussieren).

Sache nicht aussagen zu wollen. In der Folge wurde T in ein Krankenhaus verbracht, um mögliche gesundheitliche Folgen der Raucheinwirkungen abklären zu lassen. Mit der Begleitung der T war die Kriminalbeamtin K beauftragt worden, welche, wie bei der Kriminalpolizei üblich, Zivilkleidung trug. Auf dem Weg zum Dienstfahrzeug fragte T, die sich bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst befand, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden, die K, ob diese Ärztin sei. K verneinte dies und wies auf ihren Polizeibeamtenstatus hin. Im Krankenhaus gab T auf Befragen des Arztes an, sie habe zehn Tabletten des Medikaments Sertralin genommen. Zudem sei viel Rauch entstanden. Sie habe „Benzin ausgeschüttet und das ausgeschüttete Benzin angezündet, überall im Erdgeschoss“, davor habe sie „Tabletten genommen“. K hielt sich zu dieser Zeit – für T erkennbar – ebenfalls im Behandlungszimmer auf und nahm daher die Äußerungen der T zur Kenntnis. Zuvor hatte K dem Arzt und der T die Frage gestellt, ob sie hinausgehen solle, ohne allerdings irgendeine Antwort zu erhalten. Später, im Krankenzimmer, ließ T die K mehrfach an ihr Bett kommen, um in Erfahrung zu bringen, wie es ihrer Tochter, die sich zur Zeit des Brandes ebenfalls im Haus aufhielt, gehe. Dabei äußerte sie gegenüber K u.a. wörtlich, dass sie einfach „nicht mehr konnte“ und „einfach alles angezündet“ habe.

Später im Prozess wurde K als Zeugin vernommen; ihre Aussage wurde vom Strafgericht verwertet. Die Angaben am Krankenbett seien verwertbare freiwillige Spontanäußerungen außerhalb einer Vernehmungssituation gewesen. Darauf stützte sich die Revision der T.

In diesem Fall fand zwar zunächst eine förmliche Vernehmung durch R unter Beachtung der Belehrungspflicht bzgl. der Aussagefreiheit vor. Jedoch befand sich T anschließend ununterbrochen dem Einfluss der K ausgesetzt, die zu keinem Zeitpunkt auf das Schweigerecht der T Rücksicht nahm. Der BGH stellte hierzu fest, dass T letztlich auf diese Weise einer dauerhaften Befragung ausgesetzt war. Dies habe schon während des Transports der T zum Krankenhaus begonnen. K habe immer wieder das Gespräch auf die Tat gelenkt, auch im Wartebereich vor dem Arztzimmer, obwohl T zuvor ausdrücklich von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht hatte. Sie sei – weshalb sie ja einem Arzt habe vorgestellt werden müssen – in einer gesundheitlich sehr angeschlagenen Verfassung gewesen. Sie habe eine Überdosis Psychopharmaka zu sich genommen und sich bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst befunden, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden. Schon allein aufgrund dieser prekären gesundheitlichen Verfassung sei T nicht aussagebereit gewesen, was weitere Fragen ausgeschlossen habe. Dies habe umso mehr gegolten, als T die K – wie sich aus ihrer Frage „Sind Sie Ärztin?“ ergeben habe – gar nicht als Kriminalbeamtin wahrgenommen habe.¹³⁷

Seien die Aussagen der T daher schon deshalb wegen Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz unverwertbar, könne es dahinstehen, ob das Arzt-Patienten-Gespräch wie im vorliegenden Fall nicht ohnehin einem Verwertungsverbot wegen einer Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs persönlicher Lebensführung unterlegen hätte¹³⁸, bei dem Ermittlungsmaßnahmen stets unzulässig seien¹³⁹. Dagegen bestünden hinsichtlich der Verwertbarkeit der Aussagen später am Krankenbett keine Bedenken, da T selbst die K an ihr Bett holen ließ und die Tat gestand.

Stellungnahme: Da sich T auf der Fahrt zum Krankenhaus und während der ärztlichen Behandlung im Krankenhaus in einer „vernehmungähnlichen Situation“ befand und dabei zudem unfähig war, die Tragweite ihres Handelns zu erkennen, gebietet es der Nemo-tenetur-Grundsatz in der Tat, ihre Aussage als unverwertbar anzusehen. K hätte den vernehmungsunfähigen Zustand der T schon allein dadurch erkennen können, dass sie von T für eine Ärztin gehalten wurde; spätestens im Behandlungszimmer war K aber klar, dass T unter der Einwirkung von Psychopharmaka stand. K hätte daher nicht weiter auf T einwirken dürfen.

Dass der BGH die Unverwertbarkeit der Aussage nicht mit einer Verletzung des Kernbereichsschutzes (Arzt-Patienten-Gespräch) begründet, sondern diese Frage offengelassen

¹³⁷ BGH NJW 2018, 1986, 1987.

¹³⁸ BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BGHSt 50, 206, 210; 57, 71, 74 ff.

¹³⁹ BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BVerfGE 129, 208, 265 f.; 109, 279, 322 f.; BT-Drs. 16/5846, 36 f.

hat, mag auf den ersten Blick erstaunen, ist aber wohl dem Umstand geschuldet, dass er diese Frage nicht entscheiden wollte, zumal sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerfG diese Frage im Falle von Arztgesprächen (lediglich) für möglich gehalten, ebenfalls aber nicht beantwortet haben.¹⁴⁰ Zudem hätte die Beantwortung dieser Frage nichts daran geändert, dass die Fahrt zum Krankenhaus und das Gespräch später am Krankenbett nicht vom Kernbereichsschutz (Arzt-Patienten-Gespräch) erfasst waren und daher die Verwertbarkeit nicht daran gescheitert wäre.

Im Übrigen bestand für den BGH auch keine Notwendigkeit, sich vom formellen Vernehmungsbegriff zu lösen, mit der Folge, dass die Vorschriften der §§ 163a IV, 136 StPO auch auf „Spontanäußerungen“, „informativische Befragungen“ und „Befragungen“ eines Beschuldigten durch Private (V-Leute oder Informanten) anwendbar wären (siehe dazu Rn 238). Denn bejaht die Strafverfolgungsbehörde die Beschuldigteneigenschaft, muss sie förmlich vernehmen und zuvor belehren; anderenfalls verletzt sie die Beschuldigtenrechte, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit, mit der Folge der Unverwertbarkeit der Angaben, so, wie das bei einer fehlerhaften förmlichen Vernehmung der Fall wäre.

Der Nemo-tenetur-Grundsatz gebietet es auch, **keine nachteiligen Schlüsse aus der Weigerung des Betroffenen, aktiv an seiner Überführung mitzuwirken**, zu ziehen¹⁴¹ (vgl. bereits Rn 120 f.). Auch ist es unzulässig, wenn ein Verdeckter Ermittler (VE) einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht beruft, zur Aussage drängt und ihm in einer „vernehmungähnlichen Befragung“ Äußerungen zum Tatgeschehen entlockt¹⁴² (vgl. Rn 1116). Das Gleiche muss auch gelten, wenn der VE die Lage des Beschuldigten ausnutzt, sich sein Vertrauen erschleicht oder zu dem Beschuldigten ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis aufbaut (vgl. ebenfalls Rn 1116). Zur sog. „Hörfalle“ vgl. Rn 243 f., 756, 1109 und 1114 ff. 124a

Eine Missachtung dieser Grundsätze (etwa durch fehlende Belehrung über das Bestehen des Schweigerechts¹⁴³) führt regelmäßig zu einem **Beweisverwertungsverbot** (Rn 219/1091) und bei dennoch erfolgter Verwertung zu einem relativen Revisionsgrund gem. § 337 StPO¹⁴⁴ (Rn 1186 ff./1268). 124b

Der Nemo-tenetur-Grundsatz besteht jedoch nicht uneingeschränkt. So hat der Beschuldigte eine **Erscheinungspflicht**, sofern er von der die StA oder vom Gericht zur Vernehmung geladen wird (vgl. §§ 133, 163a III, 216, 230 II StPO). Auch muss der Beschuldigte **Angaben zur Person** machen (vgl. §§ 136, 163a III, 243 V StPO) und ggf. körperliche Eingriffe dulden (vgl. § 81a StPO). Vgl. daher näher Rn 302 ff. 125

L. In dubio pro reo

Aus einer Gesamtschau aus Art. 1 I GG, Art. 20 III GG, Art. 6 I, II EMRK¹⁴⁵, §§ 261 und 267 I S. 1 StPO ergibt sich, dass der Angeklagte nur verurteilt werden darf, wenn das Gericht von seiner Schuld überzeugt ist. Es gilt die Unschuldvermutung. Gelingt es dem 126

¹⁴⁰ Der BGH verweist insoweit auf BVerfGE 129, 208, 265 f.; 109, 279, 322 f.; BT-Drs. 16/5846, 36 f.

¹⁴¹ So kann etwa allein die Weigerung eines Autofahrers, an einer Atemalkoholmessung teilzunehmen, nicht den Verdacht einer Trunkenheitsfahrt begründen und eine Blutprobenentnahme nach § 81a StPO rechtfertigen (*Mosbacher*, NSTZ 2015, 42 f.; *Geppert*, NSTZ 2014, 481).

¹⁴² BGH NJW 2007, 3138, 3141. Vgl. auch BGH StV 2009, 225 f.

¹⁴³ Erstaunlich OLG Brandenburg NSTZ 2014, 524, 525 und KG NSTZ 2015, 42, die eine Belehrungspflicht hinsichtlich der Freiwilligkeit der Mitwirkung des Beschuldigten an einer Atemalkoholmessung ablehnen. Zwar haben das OLG und das KG sein Ergebnis auf den ersten Blick methodisch korrekt hergeleitet, indem sie (unter Verweis auf *Cierniak/Herb*, NSTZ 2014, 481) darauf abstellen, dass die StPO zwar Belehrungspflichten bspw. hinsichtlich des Rechts auf Schweigen enthalte, nicht aber hinsichtlich der Freiwilligkeit an einem Atemalkoholtest (Umkehrschluss). Die Gerichte verkennen aber, dass der Nemo-tenetur-Grundsatz – damit einhergehend die Belehrungspflicht – auch eine verfassungsrechtliche Dimension hat und Ausdruck auch des fairen Verfahrens ist (so bereits die 5. Auflage dieses Buches; vgl. später auch *Mosbacher*, NSTZ 2015, 42 f.). Daher ist § 136 I S. 2 StPO (i.V.m. § 163a IV StPO) analog anzuwenden. Eine unterlassene Belehrung über die Freiwilligkeit führt damit zur Unverwertbarkeit des Testergebnisses.

¹⁴⁴ BGH NJW 2013, 2769 f. Siehe auch BGH NJW 2018, 1986 ff.

¹⁴⁵ Zur Bedeutung der EMRK vgl. bereits Rn 102 f. sowie grundlegend *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 4 ff.

Gericht nach Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Beweismittel nicht, den Sachverhalt nach seiner Überzeugung zweifelsfrei zu klären (und damit die Unschuldsvermutung zu widerlegen), ist von der für den Angeklagten günstigeren Möglichkeit auszugehen und dieser ggf. sogar freizusprechen. Das ist der Sinn des Satzes in dubio pro reo („Im Zweifel für den Angeklagten“).

- 127** Strukturell handelt es sich bei dem In-dubio-Grundsatz um eine Beweislastregel, obwohl die h.M. diese Bezeichnung vermeidet, weil es keine Last für den Staat sei, jemanden freizusprechen, wenn dessen Schuld nicht bewiesen werden könne.¹⁴⁶ Unbeschadet der Terminologie ergibt sich aus der Unschuldsvermutung aber, dass die „Beweislast“ immer beim Staat liegt: Das Gericht muss bei Zweifeln über die Schuld des Täters zu seinen Gunsten entscheiden. Dabei ist zu beachten, dass der In-dubio-Grundsatz sagt, *was* im Zweifel zu geschehen hat (nämlich zugunsten des Angeklagten zu entscheiden), nicht jedoch, *wann* man zweifeln soll; die Regel ist nur anwendbar, *wenn* das Gericht Zweifel hat. Eine Überzeugung des Gerichts von der Schuld des Angeklagten kann man also nicht mit der Begründung angreifen, dass es vernünftigerweise hätte zweifeln sollen. Der In-dubio-Grundsatz soll auch nicht das Gericht dazu anhalten, im Zweifel die günstige Geschehensalternative als wahr zu behandeln.¹⁴⁷ Er soll das Gericht nur daran hindern, ungünstige Rechtsfolgen auszusprechen.¹⁴⁸

Beispiel: A ist wegen räuberischer Erpressung angeklagt. Der einzige Belastungszeuge (das Tatopfer) kann sich aber weder an den Tathergang noch an das Aussehen des Täters erinnern. Die Behauptung des Angeklagten, er sei zur Tatzeit nicht am Tatort, sondern in dem 30 km entfernten Naturpark „Waldfrieden“ gewesen, und könne daher nicht der Täter sein, hat sich nicht beweisen lassen. Das Gericht will daher den In-dubio-Grundsatz anwenden und A des Tatvorwurfs der räuberischen Erpressung freisprechen.

Da der In-dubio-Grundsatz das Gericht nicht dazu anhalten soll, im Zweifel die günstige Geschehensalternative als wahr zu behandeln, sondern nur daran hindern soll, ungünstige Rechtsfolgen auszusprechen, darf es im Urteil daher nicht heißen: „Das Gericht hat Zweifel, ob der Angeklagte am Tatort war und stellt zu seinen Gunsten fest, dass er im Naturpark „Waldfrieden“ gewesen ist“. Vielmehr muss das Gericht formulieren: „Das Gericht hat Zweifel, ob der Angeklagte am Tatort war und die Tat begangen hat. Er war deshalb vom Tatvorwurf der räuberischen Erpressung freizusprechen“.¹⁴⁹

- 128** Unstreitig ist der In-dubio-Grundsatz auf Tatsachen anwendbar, die die **Schuld- und Straffrage** (z.B. die Strafzumessung) betreffen. Dazu gehört auch der Fall, dass eine ordentliche Beweisführung nicht möglich ist, weil andere Staatsbehörden, die zur Aufklärung des Sachverhalts beitragen könnten, die Offenlegung von Informationen mit dem Argument des Staatsschutzes verweigern.

Beispiel¹⁵⁰: A war wegen der Terroranschläge in den USA am 11.9.2001, d.h. wegen Beihilfe zum Mord in 2996 Fällen und wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung, angeklagt. Das Bundesamt für Verfassungsschutz verweigerte die Offenlegung von Informationen mit dem Argument der Geheimhaltungsinteressen des Staates. Daher blieb jedenfalls in Bezug auf den Vorwurf der Beihilfe zum Mord in 2996 Fällen die Beweisführung mangelhaft.

Hier griff der In-dubio-Grundsatz, weil die Schuldfrage nicht zweifelsfrei geklärt werden konnte und eine Verurteilung den Anspruch des Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren verletzt hätte. A war daher vom Vorwurf der Beihilfe zum Mord in 2996 Fällen freizusprechen.

¹⁴⁶ Vgl. etwa BGH NSTZ 2006, 650 f., der ausdrücklich von „Entscheidungsregel“ spricht.

¹⁴⁷ BGH NSTZ 2001, 609; *Volk/Engländer*, § 18 Rn 19; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 261 Rn 26.

¹⁴⁸ Zum Zweifelsatz im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung vgl. auch BGH NSTZ-RR 2007, 86.

¹⁴⁹ Vgl. *Volk/Engländer*, § 18 Rn 19.

¹⁵⁰ In Anlehnung an BGH NSTZ 2004, 343 und BGH NSTZ 2007, 230 ff. (Fall „al-Motassadeq“).

7. Kapitel – Gang des Verfahrens

A. Das Ermittlungsverfahren (Vorverfahren)

Ziel des Ermittlungsverfahrens ist es, Erkenntnisse über Schuld bzw. Unschuld des Beschuldigten zu gewinnen. Insbesondere geht es um die Beschaffung von Beweismitteln, um zum einen gem. § 170 I und II StPO über die Frage zu entscheiden, ob öffentliche Anklage erhoben werden soll, und zum anderen die Durchführung einer Hauptverhandlung zu ermöglichen, in der letztlich über Schuld bzw. Unschuld entschieden wird.

720

I. Die Einleitung des Ermittlungsverfahrens

Am Anfang eines Strafverfahrens steht die Einleitung des Ermittlungsverfahrens. Bei der Einleitung (und der späteren Durchführung) eines Ermittlungsverfahrens treffen verschiedene Prozessmaxime zusammen, die sich zudem teilweise überschneiden, was eine geordnete Darstellung zwar erschwert, aber nicht unmöglich macht.

721

1. Ermittlungsgrundsatz

Der Ermittlungsgrundsatz (= Untersuchungsgrundsatz bzw. Instruktionsprinzip) wurde bereits ausführlich bei Rn 108 ff. erläutert. Er besagt, dass im Ermittlungsverfahren StA und Polizei den Sachverhalt, also das tatsächliche Geschehen, von Amts wegen zu erforschen haben. Diese Erforschungspflicht ergibt sich für die StA aus § 152 II StPO und § 160 I, II StPO, für die Polizei aus § 163 I S. 1 StPO. Grundsätzlich ist primär die StA als „**Herrin des Vorverfahrens**“ zur Sachverhaltserforschung berufen; die Polizei wird im Rahmen ihrer Aufgabenzuweisung lediglich als „verlängerter Arm“ der StA tätig (vgl. § 152 GVG, wo von „Ermittlungspersonen“ der StA gesprochen wird).

722

Zwar kann die StA – wenn sie nicht selbst die Ermittlungstätigkeit ausüben möchte oder kann – Ermittlungen der Polizei über § 161 StPO veranlassen, in der Praxis ist es allerdings so, dass in den meisten Fällen die eigentliche Ermittlungstätigkeit von der Polizei ausgeübt wird. Diese ermittelt im Rahmen ihres Rechts und ihrer Pflicht des ersten Zugriffs, § 163 I StPO, wobei sie die StA unverzüglich in Kenntnis setzt, § 163 II StPO. Aber auch in Fällen, in denen die Polizei die eigentliche Ermittlungstätigkeit ausübt, ist zu beachten, dass die StA jederzeit ergänzend oder substituierend tätig werden kann; sie muss sogar tätig werden bei Ermittlungstätigkeiten, die der StA vorbehalten sind. So kann ausschließlich die StA, nicht auch die Polizei, den Beschuldigten und Zeugen verbindlich zur Vernehmung vorladen, §§ 161a, 163a III StPO. Auch bei unechten Antragsdelikten ist es Aufgabe der StA (und nicht der Polizei), zu prüfen, ob das besondere öffentliche Interesse an der (weiteren) Strafverfolgung besteht.

723

Die Maxime, dass das Strafverfahren dem Prinzip der materiellen Wahrheitsforschung dient, hat schließlich zur Folge, dass auch die Strafverfolgungsbehörden im Ermittlungsverfahren (und nicht erst der Richter im Prozess) nicht nur belastende, sondern auch **entlastende** Umstände zu ermitteln haben. § 160 II StPO stellt dies lediglich klar.

724

2. Legalitätsprinzip/Opportunitätsprinzip

Gemäß § 160 I StPO hat die StA, sobald sie durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat (sog. Anfangsverdacht) Kenntnis erhält, den Sachverhalt zu erforschen, um darüber zu entscheiden, ob sie Anklage erhebt. Im Rahmen ihres gesetzlichen Mandats ist darüber hinaus gem. § 163 I S. 1 StPO auch die Polizei verpflichtet, Straftaten zu erforschen, und zwar unabhängig von einer Beauftragung durch die StA; in diesem Rahmen ist ihr gesetzlicher Auftrag gleich der StA.

725

- 726 Aus den soeben rezipierten Gesetzesbestimmungen wird zweierlei klar: Erstens *müssen* die StA und die Polizei bei Vorliegen eines Anfangsverdachts einschreiten und die Strafverfolgung aufnehmen (**Legalitätsprinzip**, das außerdem in § 152 II StPO zum Ausdruck kommt)¹⁴³⁴; zweitens *hat* die StA darüber zu entscheiden, ob sie öffentliche Klage erhebt, was wiederum davon abhängt, ob im Zuge der Ermittlungen aus dem Anfangsverdacht ein hinreichender Tatverdacht geworden ist (§ 170 I StPO - Akkusationsprinzip) und keine Einstellung des Verfahrens aus Opportunitätsgründen (etwa gem. §§ 153, 153a, 153b StPO - **Opportunitätsprinzip**¹⁴³⁵) vorgenommen wird. Dementsprechend gilt es die Begriffe Anfangsverdacht und hinreichender Tatverdacht zu erläutern.

3. Erfordernis eines Anfangsverdachts einer Straftat

- 727 Der Anfangsverdacht einer Straftat ist erforderlich, aber auch ausreichend, um die Pflicht der StA zu begründen, das Ermittlungsverfahren einzuleiten.

Nach allgemeiner Auffassung liegt ein **Anfangsverdacht** einer Straftat vor, wenn es aufgrund von tatsächlichen Anhaltspunkten und nach kriminalistischer Erfahrung möglich ist, dass eine Straftat vorliegt.

Bei der Feststellung, ob ein Anfangsverdacht besteht, steht der Strafverfolgungsbehörde nach h.M. ein Beurteilungsspielraum zu. Allerdings darf die Feststellung selbstverständlich nicht willkürlich erfolgen. Auch begründen bloße Vermutungen und Möglichkeiten, die nicht durch konkrete tatsächliche Hinweise gestützt sind, keinen Anfangsverdacht.¹⁴³⁶

Beispiel für das Vorliegen eines Anfangsverdachts: Bei der Polizei geht eine anonyme Anzeige ein, dass die Person X nachts mehrere größere Kartons aus dem Wagen in ihre Garage verlädt. Es könne sich dabei nur um Diebesgut handeln, zumal in der jüngsten Vergangenheit in der Presse über zahlreiche Einbruchdiebstähle in der Region berichtet worden sei.

Hier besteht trotz des Umstands, dass die Anzeige anonym erfolgte, mehr als nur die allgemeine und theoretische Möglichkeit, dass eine Straftat vorliegt. Vielmehr ist es aufgrund der Sachverhaltsbeschreibung nach kriminalistischen Erfahrungen gerade möglich, dass eine Straftat begangen wurde. Die Polizei bzw. StA muss ein Ermittlungsverfahren einleiten.

Beispiel für das Nichtvorliegen eines Anfangsverdachts: Y hat über das Internet Bilder und Filme nackter Jungen zwischen 9 und 14 Jahren bestellt und geliefert bekommen. Dies wurde infolge einer Durchsuchung beim Verkäufer der für Y zuständigen StA übermittelt. Nach dem insoweit auch für diese StA unstreitigen Sachverhalt handelt es sich dabei zwar um möglicherweise moralisch verwerfliches Bild- und Filmmaterial, keinesfalls aber um solches, das illegal ist und etwa dem Straftatbestand des § 184b StGB unterfällt. Gleichwohl veranlasst die StA eine – richterlich angeordnete – Durchsuchung der Wohnräume des Y mit dem Argument, dass ein Besteller derartiger Fotos und Filme auch illegales Material besitze. Illegales Material wird bei der Durchsuchung aber nicht entdeckt.

In diesem Fall waren die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens und die Durchsuchung rechtsfehlerhaft, weil allenfalls vage Verdachtsmomente bestanden, die den für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erforderlichen Anfangsverdacht nicht begründen können. Daher war auch die Wohnungsdurchsuchung rechtswidrig. Allein die allgemeine und theoretische Möglichkeit, dass ein Besteller möglicherweise sittlich verwerflicher, aber nicht verbotener Fotos und Filme auch illegales Material besitze, genügt trotz des weiten

¹⁴³⁴ Zum Legalitätsprinzip vgl. Rn 86 ff.

¹⁴³⁵ Zum Opportunitätsprinzip vgl. Rn 83 und 94 ff.

¹⁴³⁶ Vgl. auch L/R-Beulke, § 152 Rn 22; Meyer-Göbner/Schmitt, § 152 Rn 4; Pfeiffer, § 152 Rn 1a.

Beurteilungsspielraums bei der Frage nach dem Vorliegen eines Anfangsverdachts nicht für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens.¹⁴³⁷

Letztlich wird man immer dann einen Anfangsverdacht verneinen müssen, wenn ernsthafte Zweifel am Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen eines Straftatbestands vorliegen. Das ist insbesondere anzunehmen, wenn bei einem Vorsatzdelikt nichts auf das Bestehen eines Tatbestandsvorsatzes hindeutet.

Beispiel: Nach einem Verkehrsunfall zeigt O seinen Unfallgegner T, der die Vorfahrt missachtet hatte, wegen Sachbeschädigung an.

Solange dem äußeren Tatgeschehen keine objektivierbaren Anhaltspunkte zu entnehmen sind, dass T vorsätzlich den Unfall herbeigeführt haben könnte, ist ein Anfangsverdacht einer Straftat (hier: Sachbeschädigung, § 303 I StGB) nicht gegeben. Die Strafverfolgungsbehörde wird daher kein Ermittlungsverfahren einleiten.

In Zweifelsfällen sind zur Klärung der Frage, ob ein Anfangsverdacht angenommen werden kann und damit ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist, sog. **Vorermittlungen** zulässig¹⁴³⁸ (aber nicht zwingend). 728

Beispiel: Im soeben dargestellten Beispiel wäre es also zulässig, obwohl zunächst keine objektivierbaren Anhaltspunkte vorliegen, dass T vorsätzlich gehandelt hat, Vorermittlungen anzustellen, damit die Strafverfolgungsbehörde entscheiden kann, ob ein Ermittlungsverfahren einzuleiten ist. Eine Vorermittlung könnte etwa in der Überprüfung der Behauptung des O, T habe die Vorfahrt vorsätzlich missachtet, liegen.

Da im Stadium der Vorermittlungen aber gerade (noch) kein Ermittlungsverfahren vorliegt, wird der Vorgang lediglich in das AR-Register eingetragen. Ergibt sich dann der Anfangsverdacht, wird die Sache gegen einen Tatverdächtigen (Js-Sache) oder gegen Unbekannt (UJs-Sache) umgetragen.¹⁴³⁹ 729

Da ein Ermittlungsverfahren nur gegen Beschuldigten eingeleitet werden darf und Beschuldigter ist, wer aufgrund bestimmter Tatsachen konkret verdächtig ist, eine **strafbare** Handlung begangen zu haben, kommt ein Ermittlungsverfahren gegen einen strafunmündigen bzw. schuldunfähigen Täter nicht in Betracht. 729a

Schließlich dürfen die Strafverfolgungsbehörden nur dann ein Ermittlungsverfahren einleiten, wenn die Tat nicht nur strafbar, sondern auch **verfolgbar** ist. 729b

Beispiel: 6 Jahre nach Abgabe einer vermeintlich falschen eidesstattlichen Versicherung (§ 156 StGB) erstattet O bei der Polizei Anzeige gegen T. Die Anzeige werde deswegen erst jetzt erstattet, weil er (O) die Tat erst seit 2 Tagen beweisen könne.

§ 78 I S. 1 StGB schließt die Strafverfolgung bereits verjährter Taten aus; es besteht ein Strafverfolgungshindernis. Die falsche eidesstattliche Versicherung verjährt gem. § 78 I Nr. 5 StGB nach 3 Jahren. Daher kommt eine Strafverfolgung gegenüber T nicht mehr in Betracht.

Im Übrigen braucht der Anfangsverdacht weder ein hinreichender noch dringender Tatverdacht zu sein. Diese sind für andere Verfahrensschritte erforderlich. 730

Der **hinreichende Tatverdacht** einer Straftat ist erforderlich, aber auch ausreichend, um die Anklage zu erheben (§ 170 I StPO) und die Eröffnung des Hauptverfahrens

¹⁴³⁷ Vgl. dazu ausführlich *Hoven*, NStZ 2014, 361 ff. Allerdings ist in der Rechtsprechung auch geklärt, dass ein Anfangsverdacht einer Straftat auch durch ein an sich legales Verhalten begründet werden kann, wenn weitere Anhaltspunkte hinzutreten (BVerfG NJW 2014, 3085 ff.) – dazu oben Rn 497.

¹⁴³⁸ BGHSt 38, 214, 227; LG Offenburg NStZ 1993, 506; KK-*Wache*, § 158 Rn 1 und § 163 Rn 8; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 152 Rn 4a; *Lange*, DRiZ 2002, 264 ff.

¹⁴³⁹ *Joicks*, § 152 Rn 7. Zu den Definitionen vgl. Rn 86.

(§ 203 StPO) zu beschließen. Er liegt vor, wenn bei vorläufiger Tatbewertung (durch die StA nach Abschluss des Ermittlungsverfahrens bzw. durch das Gericht im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens) die Verurteilung des Beschuldigten wahrscheinlich ist (d.h. wahrscheinlicher als ein Freispruch).¹⁴⁴⁰

Dringender Tatverdacht liegt vor, wenn nach dem gesamten bisherigen Ermittlungsergebnis ein hoher Wahrscheinlichkeitsgrad dafür besteht, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat. Er ist z.B. erforderlich für den Erlass eines Haftbefehls (§ 112 StPO), für die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO) und für die vorläufige Festnahme nach § 127 II StPO.

Es ist also eine **Stufenfolge** feststellbar: Die geringste Stufe bildet der Anfangsverdacht gem. §§ 152, 160 StPO. Auf der nächsten Stufe folgt der hinreichende Tatverdacht, der vorliegt, wenn eine Verurteilung des Beschuldigten wahrscheinlicher ist als ein Freispruch (d.h., die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung liegt über 50 %). Auf der höchsten Stufe steht schließlich der dringende Tatverdacht, der sich vom hinreichenden Tatverdacht dadurch unterscheidet, dass die Wahrscheinlichkeit, dass der Beschuldigte eine Straftat begangen hat, größer ist als beim hinreichenden Tatverdacht. Zum Begriff des Beschuldigten vgl. Rn 216 ff.

Übersicht über die Verdachtsgrade

Verdachtsgrad	Definition	Beispiele von erlaubten Maßnahmen
Anfangsverdacht („einfacher Tatverdacht“)	Nach kriminalistischer Erfahrung erscheint es möglich , dass eine verfolgbare Tat vorliegt; allerdings müssen tatsächliche Anhaltspunkte für eine Straftat vorliegen; bloße Vermutungen reichen nicht.	Einleitung des Ermittlungsverfahrens (§ 152 StPO); Ermittlungsmaßnahmen (etwa nach §§ 81a, 94, 98, 100a, 100b, 100c, 102 StPO)
Hinreichender Tatverdacht	Eine vorläufige Tatbewertung ergibt, dass Verurteilung des Beschuldigten zu erwarten (d.h. wahrscheinlich) ist.	Erhebung der Anklage (§ 170 I StPO); Eröffnung des Hauptverfahrens (§ 203 StPO)
Dringender Tatverdacht	Es besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Beschuldigte als Täter oder Teilnehmer eine Straftat begangen hat.	Erlass eines Haftbefehls (§ 112 StPO); vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO); vorläufige Festnahme nach § 127 II StPO

4. Arten der Ingangsetzung eines Ermittlungsverfahrens

731 § 160 I StPO spricht von dem Verdacht einer Straftat, der *durch eine Anzeige* oder *auf anderem Wege* hervorgerufen werden kann. Solche anderen Wege sind der Strafantrag und die amtliche Wahrnehmung.

a. Einleitung aufgrund einer Strafanzeige oder eines Strafantrags

732 Die meisten Ermittlungsverfahren werden auf Veranlassung von Privatpersonen in Gang gesetzt. Dies kann mittels einer Strafanzeige oder eines Strafantrags geschehen. Beide stellen jeweils einen Auftrag an die Strafverfolgungsbehörden dar, aufgrund der durch sie zur Kenntnis gebrachten Verdachtsmomente über die Verübung einer Straftat die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens zu prüfen. Die Verpflichtung für die Behörde zur Überprüfung ergibt sich aus dem sog. Legalitätsprinzip (§§ 152 II, 160 I StPO). Lediglich unsubstantiierte Darlegungen begründen keinen Verfolgungszwang.¹⁴⁴¹ Etwas anderes

¹⁴⁴⁰ BGHSt 15, 155, 158.

¹⁴⁴¹ L/R-Erb, § 158 Rn 14; Kindhäuser, § 4 Rn 3.

kann freilich dann gelten, wenn sie mit anderen bereits vorhandenen Erkenntnissen einen Anfangsverdacht begründen. Im Übrigen unterscheiden sich Strafanzeige und Strafantrag wie folgt:

- **Strafanzeige/Strafantrag i.w.S.:** Jeder Bürger kann bei der StA, der Polizei oder den Amtsgerichten eine Strafanzeige erstatten, **§ 158 I StPO**. Hierbei handelt es sich um die Mitteilung eines Sachverhalts, der nach Meinung des Anzeigenden Anlass zur Strafverfolgung bietet. Auch eine Anzeige gegen Unbekannt oder eine Selbstanzeige sind möglich. Bringt der Anzeigende über diese bloße Wissenserklärung hinaus auch zum Ausdruck, dass er die Strafverfolgung will, wird dies als Strafantrag i.w.S. bezeichnet. Eine mündliche Anzeige ist ihrem wesentlichen Inhalt nach zu beurkunden (§ 158 I S. 2 StPO). Weitere besondere Formvorschriften sind nicht einzuhalten. 733
- **Strafantrag i.e.S.:** Vom Strafantrag i.w.S., den jedermann formlos stellen darf, ist der Strafantrag i.e.S. als Prozessvoraussetzung bei den echten Antragsdelikten¹⁴⁴² zu unterscheiden. Er kann nur vom Berechtigten i.S.v. § 77 StGB gestellt werden. Hierbei sind die Formerfordernisse des **§ 158 II StPO** zu beachten. Der Grund, warum bei den echten Antragsdelikten zur Strafverfolgung stets ein Strafantrag des Berechtigten erforderlich ist, besteht darin, dass in diesem Fall das Gesetz Rücksicht auf seine Interessen nimmt und ihm erlaubt, die Strafverfolgung mit ihren störenden Effekten und zusätzlichen Beeinträchtigungen dadurch zu blockieren, dass er den Strafantrag nicht stellt oder ihn zurücknimmt. Dann darf der Staatsanwalt nicht weiter mit dem Ziel einer Anklage ermitteln, weil nämlich eine Prozessvoraussetzung fehlt.¹⁴⁴³ Er muss das Verfahren einstellen. Der Strafantrag gem. § 158 II StPO hat also eine andere Funktion als der Strafantrag i.w.S., also der nach § 158 I StPO. 734

Die meisten Delikte sind jedoch **Offizialdelikte**. Sie werden von Amts wegen verfolgt. Richtet sich der Verdacht auf ein Offizialdelikt, muss ermittelt werden, und der Anzeigenerstatte kann den Fortgang des Strafverfahrens nicht dadurch verhindern, dass er seine Anzeige „zurückzieht“.

Die Unterscheidung zwischen Strafanzeige und Strafantrag ist für das weitere Verfahren bedeutsam. Verzichtet die Strafverfolgungsbehörde nach Überprüfung des Sachverhalts auf die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens oder stellt sie ein eingeleitetes Ermittlungsverfahren gem. § 170 II StPO ein, hat sie gem. § 171 StPO nur den Antragsteller eines Strafantrags i.e.S. darüber zu bescheiden, nicht aber den Anzeigenerstatte bzw. den Antragsteller i.w.S.¹⁴⁴⁴ 735

Zusammenfassung: Das Gesetz unterscheidet in § 158 StPO zwischen Strafanzeige und Strafantrag. 736

- Die **Strafanzeige** (§ 158 I StPO) ist die Mitteilung eines Sachverhalts, der auf eine Straftat hindeutet, also eine bloße Wissenserklärung.
- Auch der **Strafantrag i.w.S.** (§ 158 I StPO) enthält dieses Wissensselement, darüber hinaus aber auch das Begehren, die Strafverfolgungsbehörden mögen ermitteln und anklagen, also eine Willenserklärung.
- Demgegenüber handelt es sich bei dem **Strafantrag i.e.S.** (§ 158 II StPO) – jedenfalls bei den echten Antragsdelikten – um eine Prozessvoraussetzung; ohne den erforderlichen Strafantrag sind eine Strafverfolgung bzw. Anklage nicht möglich (bei den unechten Antragsdelikten ist dies anders, wenn ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung besteht).

¹⁴⁴² Bei den unechten Antragsdelikten sind eine Strafverfolgung und die Einleitung des Gerichtsprozesses auch ohne Strafantrag i.e.S. möglich, wenn die StA wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält. Zur Unterscheidung zwischen echten und unechten Antragsdelikten vgl. im Übrigen R. Schmidt, StrafR AT, 15. Aufl. 2016, Rn 624 ff.

¹⁴⁴³ Vgl. Volk/Engländer, § 8 Rn 8. Zu den Prozessvoraussetzungen vgl. Rn 149 ff.

¹⁴⁴⁴ Vgl. Kindhäuser, § 4 Rn 6.

Beim Strafantrag als Prozessvoraussetzung gilt es zu beachten¹⁴⁴⁵:

- **Antragsberechtigung:** der Verletzte (§ 77 StGB). Das ist „der Träger des durch die Tat unmittelbar verletzten Rechtsguts, d.h. derjenige, in dessen Rechtskreis der Täter durch die verbotene Handlung eingegriffen hat.“¹⁴⁴⁶ Ferner die Angehörigen in gesetzlich bestimmten Fällen (§ 77 II StGB).
- **Ort der Antragstellung:** bei Gericht, Staatsanwaltschaft oder einer anderen Strafverfolgungsbehörde, also der Polizei (§ 158 II StPO).
- **Form:** schriftlich oder zu Protokoll (§ 158 II StPO).
- **Zeitpunkt:** ab Kenntnis von Tat und Täter (§ 77b II StGB).
- **Frist:** drei Monate (§ 77b I StGB).
- **Wie oft:** nur einmal; zurückgenommene Anträge können nicht erneuert werden (§ 77d I StGB).

b. Einleitung aufgrund amtlicher Wahrnehmung

737 Das Ermittlungsverfahren kann auch dadurch eingeleitet werden, dass StA oder Polizei auf irgendeine andere Weise als durch Anzeige oder Antrag Kenntnis vom Verdacht einer Straftat erhalten (vgl. § 160 I Var. 2, 163 I S. 1 StPO). Eine Verfahrenseinleitung „auf andere Weise“ kann auch bei den Antragsdelikten gem. §§ 77 ff. StGB vor Stellung eines möglichen Strafantrags erfolgen (vgl. etwa § 127 III StPO), wenn auch primär lediglich zu Beweissicherungszwecken.

738 Klassischer Fall amtlicher Wahrnehmung ist, wenn StA oder Polizei bei ihrer dienstlichen Tätigkeit oder in ihrer Funktion als Strafverfolgungsinstanzen Umstände erfahren, die einen Anfangsverdacht begründen. Ist das der Fall, müssen sie selbst einschreiten oder dafür sorgen, dass die zuständigen Beamten tätig werden.

Beispiele: Kriminalkommissar K von der Abteilung für Wirtschaftskriminalität bemerkt bei Ermittlungen in einem Betrugsfall, dass offenbar auch ein Tötungsdelikt begangen wurde.

K muss diesem Hinweis entweder selbst nachgehen oder den Verdacht an das zuständige Dezernat bzw. die StA weiterleiten.

739 Fraglich ist dagegen, inwieweit dies auch bei **privater Kenntniserlangung** gilt. In diesem Zusammenhang kommt eine Strafvereitelung im Amt in Betracht, und zwar häufig als Unterlassungstat, wobei dann vor allem die Feststellung der Garantienpflicht Schwierigkeiten bereitet. Da diese Problematik jedoch bereits bei Rn 92 behandelt wurde, sei insoweit darauf verwiesen.

II. Die Durchführung des Ermittlungsverfahrens

740 Da das Ziel des Ermittlungsverfahrens darin besteht, Erkenntnisse über Schuld und Unschuld des Beschuldigten zu gewinnen, die StPO jedoch kein verbindliches Schema vorgibt, gibt es eine gewisse Gestaltungsfreiheit für die Strafverfolgungsbehörden, die lediglich durch die bekannten Prozessmaximen, soweit sie auch auf das Ermittlungsverfahren Anwendung finden, sowie durch die Grundrechte des Beschuldigten begrenzt wird. Die Ermittlungsmöglichkeiten und Zwangsmittel im Ermittlungsverfahren unterscheiden sich dementsprechend. Zum Teil geht es um Maßnahmen, die noch keinen Eingriffscharakter haben. In den überwiegenden Fällen liegen aber Grundrechtseingriffe vor, deren Anordnungsbefugnis jedenfalls bei größerer Grundrechtsbedeutung beim Richter liegen. Dabei differenziert die StPO:

¹⁴⁴⁵ Vgl. Volk/Engländer, § 8 Rn 9.

¹⁴⁴⁶ BGHSt 31, 207, 210.

- Es gibt Konstellationen, in denen regelmäßig auf richterliche Anordnung eingegriffen werden kann, wenn ein bloßer Anfangsverdacht vorliegt. Bei „Gefahr im Verzug“ können auch der Staatsanwalt und seine Ermittlungspersonen die Maßnahme anordnen. Beispiel: Wohnungsdurchsuchung (§ 102 StPO).
- In einigen Fällen wird ein qualifizierter Verdacht vorausgesetzt, etwa der dringende Tatverdacht beim Haftbefehl (§ 112 StPO).
- Bestimmte Maßnahmen dürfen nur zur Aufklärung bestimmter Straftaten (Katalogtaten) eingesetzt werden (z.B. die Überwachung der Telekommunikation nach § 100a StPO).

Mit Differenzierungen dieser Art soll dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Genüge getan werden. Daher sind bestimmte, in schwerwiegender Weise in bedeutsame Grundrechte eingreifende Maßnahmen nur dann möglich, wenn andere Ermittlungsmöglichkeiten praktisch nicht bestehen und die Maßnahme nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck steht. Besondere Verfahrensvorschriften (Richtervorbehalt bzw. StA bei Vorliegen von „Gefahr im Verzug“) sollen den materiellen Gehalt der Grundrechte verfahrensrechtlich absichern.

741

Zu den einzelnen Eingriffsbefugnissen bzw. Zwangsmaßnahmen vgl. Rn 302 ff.

742

1. Vernehmung des Beschuldigten

a. Zweck und Durchführung der Vernehmung; Erscheinungspflicht

Gemäß § 163a I S. 1 StPO ist der Beschuldigte¹⁴⁴⁷ spätestens vor dem Abschluss der Ermittlungen zu vernehmen¹⁴⁴⁸, wenn nicht das Verfahren – aus welchem Grund auch immer – eingestellt werden soll. Die Pflicht zur Vernehmung trägt dem Recht des Beschuldigten auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 I GG Rechnung und dient sowohl seiner Information über das gegen ihn eingeleitete Verfahren als auch der Sachverhaltsaufklärung.¹⁴⁴⁹ In einfach gelagerten Fällen (insb. bei Vergehen) ist dem rechtlichen Gehör jedoch Genüge getan, wenn dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben wird, sich schriftlich zu äußern (§ 163a I S. 3¹⁴⁵⁰ StPO).

743

Die Vernehmung kann durch den Ermittlungsrichter, den StA oder durch ermittelnde Beamte der Polizei erfolgen. Eine Erscheinungspflicht besteht lediglich bei einer Ladung zur Vernehmung durch den Ermittlungsrichter oder den StA, *nicht* bei einer Ladung durch die Polizei (vgl. §§ 133, 163a III S. 1 StPO).¹⁴⁵¹ Leistet der Beschuldigte der Vorladung der StA oder des Ermittlungsrichters nicht Folge, ist nach vorheriger Androhung ein Vorführungsbefehl gegen den auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten möglich (§ 163a III S. 2 i.V.m. §§ 133 II, 134 II StPO).

744

Vor der Vernehmung ist der Beschuldigte u.a. auf sein **Schweigerecht** sowie auf sein **Recht der Verteidigerkonsultation** gem. § 136 I S. 2-4 StPO hinzuweisen (Belehrung, siehe dazu ausführlich Rn 230 ff.). Eine unterbliebene Belehrung führt wegen Verletzung des Nemo-tenetur-Grundsatzes (dazu Rn 124/237 ff.) zu einem **Beweisverwertungsverbot**.¹⁴⁵² Wird der Beschuldigte über sein Schweigerecht getäuscht, liegt ein Verstoß gegen § 136a StPO vor, der ebenfalls zu einer **Unverwertbarkeit der Aussage** führt.¹⁴⁵³

745

¹⁴⁴⁷ Zum Begriff des Beschuldigten sowie zu dessen Rechten und Pflichten vgl. Rn 216 ff.

¹⁴⁴⁸ Zum Begriff der Vernehmung vgl. Rn 222, zum Inhalt Rn 230 und zum Ablauf sogleich Rn 747.

¹⁴⁴⁹ Meyer-Goßner, § 163a Rn 1; Kindhäuser, § 4 Rn 26.

¹⁴⁵⁰ Zu beachten ist, dass gem. Art. 18 II i.V.m. Art. 3 Nr. 23 a) des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens (BGBl I 2017, S. 3202) mit Wirkung zum 1.1.2020 § 163a I S. 2 StPO wegfällt mit der Folge, dass S. 3 zu S. 2 wird.

¹⁴⁵¹ Zu der insoweit abweichenden Rechtslage in Bezug auf Zeugen vgl. Rn 251.

¹⁴⁵² Siehe BGH NJW 2018, 1986, 1987; NJW 2007, 2706, 2707 f.; NSStz-RR 2007, 80; BGHSt 38, 214, 225. Zur Beschuldigtenvernehmung vgl. auch oben Rn 241 f.

¹⁴⁵³ Zu den Verwertungsverboten vgl. ausführlich Rn 1067 ff.

- 746 **Vernehmung** in diesem Sinne ist nur eine Befragung des Beschuldigten durch eine Amtsperson, die dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt (formeller Vernehmungsbegriff).¹⁴⁵⁴ Äußerungen des Beschuldigten vor Begründung der Beschuldigteneigenschaft und Spontanäußerungen (Beispiel: Der Zeuge gesteht ungefragt die Tat ein) sind daher ebenso wenig eine „Vernehmung“ wie Äußerungen bei einer informatorischen Befragung.¹⁴⁵⁵ Bei diesen sowie bei „vernehmungsfähnlichen“ Lagen werden also auch keine Belehrungspflichten ausgelöst.¹⁴⁵⁶

747

Übersicht: Muster (Ablauf) einer Vernehmung¹⁴⁵⁷

- Am Beginn steht die Vernehmung zur Person. Diese dient allein dazu, die Identität des Beschuldigten festzustellen (vgl. § 111 OWiG); die persönlichen Verhältnisse (§ 136 III StPO), z.B. Beruf, familiäre und wirtschaftliche Situation etc., gehören zur Sache, weil sie die Beurteilung der Tat und die Rechtsfolgen (z.B. Festlegung der Tagessätze) betreffen.
- Dann ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat (welches Tatgeschehen) ihm zur Last gelegt wird. Erfolgt die Vernehmung durch einen Richter oder StA, müssen die in Frage kommenden Strafvorschriften benannt werden (§ 163a IV StPO; § 136 I S. 1 StPO).
- Es folgen die Belehrung über Aussageverweigerungsrechte (§ 136 I S. 2 StPO) und
- der Hinweis auf die Möglichkeit, einen Verteidiger hinzuzuziehen (§ 136 I S. 2 StPO), und auf eventuell anfallende Kosten (§ 136 I S. 5 Halbs. 2 StPO). Verlangt der Beschuldigte die Anwesenheit (s)eines Verteidigers, ist ihm das zu gestatten (§ 168c I StPO).
- Ggf. muss die Belehrung vorgenommen werden, dass einzelne Beweiserhebungen beantragt werden können (§ 136 I S. 5 Halbs. 1 StPO).
- Schließlich erfolgt die Vernehmung zur Sache (§ 136 II StPO), sofern der Beschuldigte aussagebereit ist.

Zur Belehrungspflicht, den Beschuldigtenrechten sowie zu den Folgen der Verletzung der Belehrungspflicht und von Beschuldigtenrechten vgl. im Übrigen Rn 230 ff.

b. Verbotene Vernehmungsmethoden

- 748 § 136a StPO (der über § 163a StPO auch und gerade für Polizei und StA gilt) zählt bestimmte Vernehmungsmethoden auf, die rechtsstaatlich nicht zu billigen und daher verboten sind. Sollte einer dieser Methoden dennoch angewendet werden, besteht ein Verwertungsverbot (§ 136a III S. 2 StPO).

aa. § 136a StPO als Ausprägung des Schutzes der Menschenwürde

- 749 Hintergrund des § 136a StPO ist, dass der Beschuldigte Mensch ist und daher den Anspruch auf Achtung seiner Menschenwürde (Art. 1 I GG) auch dann nicht verliert, wenn er die ihm zur Last gelegte Straftat tatsächlich begangen hat.¹⁴⁵⁸ Das gilt selbst bei schwerwiegenden Taten wie terroristischen Anschlägen, Mord, Totschlag oder bei Sexualverbrechen. Zudem kann in einem Rechtsstaat die Erforschung der Wahrheit im Strafverfahren nicht um jeden Preis stattfinden, sondern nur unter Beachtung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte des Beschuldigten, insbesondere der in Art. 1 I S. 1 GG verankerten Menschenwürde. Der Beschuldigte soll frei darüber entscheiden können,

¹⁴⁵⁴ Vgl. BGHSt 40, 211, 213; 42, 139, 145 f.; BGH NJW 2018, 1986, 1987 – dazu bereits oben Rn 124.

¹⁴⁵⁵ Vgl. BGHSt 34, 365, 369. Zu den Spontanäußerungen und den informatorischen Befragungen vgl. Rn 222 ff.

¹⁴⁵⁶ Siehe auch BGH NJW 2018, 1986, 1987 – dazu ausführlich Rn 124 nebst Beispiel; ferner Rn 224a.

¹⁴⁵⁷ Vgl. *Volk/Engländer*, § 9 Rn 8. Eine andere Reihenfolge findet sich bei *Joecks*, Einleitung Rn 81.

¹⁴⁵⁸ BGHSt 14, 358, 364; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136a Rn 1.

ob, was und wie viel er aussagt und ob er sich selbst belastet (Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung: *nemo tenetur se ipsum accusare*).¹⁴⁵⁹ Insofern enthält § 136a StPO eine einfachgesetzliche Ausprägung dieser verfassungsrechtlichen Grundsätze. Verboten sind demnach alle Mittel und Methoden, die die Freiheit der Willensentscheidung und der Willensbetätigung ausschalten, umgehen oder beeinträchtigen.

bb. Anwendungsbereich des § 136a StPO

Die Vorschrift gilt nicht nur für die Vernehmung des **Beschuldigten**, sondern wegen entsprechender Verweise auch für die Vernehmung von **Zeugen** (§ 69 III StPO) und **Sachverständigen** (§§ 72, 69 III StPO).

750

Adressaten der Vorschrift sind zwar in erster Linie die Strafverfolgungsbehörden¹⁴⁶⁰, um jedoch den Schutzzweck des § 136a StPO nicht leerlaufen zu lassen, dürfen die Strafverfolgungsbehörden die verbotenen Vernehmungsmethoden auch nicht durch andere Behörden und auch nicht durch Private anwenden lassen.¹⁴⁶¹ In diesen Fällen findet § 136a StPO analog Anwendung.¹⁴⁶²

751

Beispiel: T ist des Mordes verdächtig und wird in Untersuchungshaft genommen (§ 112 StPO). Bei allen Vernehmungen macht er von seinem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch. Die StA schleust daher einen V-Mann – als Untersuchungsgefangener getarnt – in die Haftanstalt, der den Beschuldigten aushorchen soll.

Zwar können Befragungen durch **V-Leute** der Polizei oder **Informanten** mangels Amtsträgereigenschaften **keine** Vernehmungen sein und dementsprechend keine Belehrungspflichten nach sich ziehen.¹⁴⁶³ Um jedoch nicht die Beschuldigtenrechte (insbesondere, das Recht, sich nicht selbst zu belasten) leerlaufen zu lassen, findet § 136a StPO analog Anwendung mit der Folge, dass die bewusste Täuschung des T nicht verwertet werden darf.¹⁴⁶⁴

Eine **Drittwirkung** entfaltet § 136a StPO grds. nicht.¹⁴⁶⁵ Daher findet die Vorschrift grds. keine (auch keine analoge) Anwendung auf eigenmächtig handelnde Privatpersonen, die Straftaten ohne amtlichen Auftrag erforschen.¹⁴⁶⁶ Grenzen will man ziehen, wo Privatpersonen unter besonders krassem Verstoß gegen die Menschenwürde (**Folter**, Einkerkerung) Erkenntnisse zu Tage gefördert haben.¹⁴⁶⁷ Vgl. auch Rn 1099.

752

Nach der hier vertretenen Auffassung ist es jedenfalls unzulässig, wenn Strafverfolgungsbehörden solche Einwirkungen Dritter, auch von **Behörden fremder Staaten**, ausnutzen, um von dem Beschuldigten Erklärungen zu erlangen.¹⁴⁶⁸

753

Beispiel: T ist der Mitwirkung an verschiedenen terroristischen Anschlägen (auch in Deutschland) verdächtig. Er wird von US-Behörden in Deutschland illegal in Haft genommen und gefoltert, danach der zuständigen deutschen StA, zusammen mit dem Geständnis, übergeben. Die StA verwertet das Geständnis im Rahmen des Ermittlungsverfahrens gegen T aus.

¹⁴⁵⁹ Insoweit klarstellend BGH NJW 2018, 1986, 1987. Siehe dazu ausführlich Rn 124.

¹⁴⁶⁰ BGHSt 17, 14, 19.

¹⁴⁶¹ SK-Rogall, § 136a Rn 7; Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 2.

¹⁴⁶² BGHSt 44, 129, 134; Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 2; Pfeiffer, § 136a Rn 2.

¹⁴⁶³ Zu den Begriffen *V-Leute* und *Informanten* vgl. näher Rn 891.

¹⁴⁶⁴ Vgl. dazu EGMR StV 2003, 257, 259 (anders noch BGHSt 42, 139 ff. – Großer Senat); BGHSt 44, 129, 134; Roxin, JR 1999, 346. Dasselbe würde übrigens gelten, wenn ein Polizeibeamter in die Haftanstalt eingeschleust würde.

¹⁴⁶⁵ BGHSt 27, 355, 357.

¹⁴⁶⁶ Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 3.

¹⁴⁶⁷ BGHSt 34, 362, 363; Meyer-Göbner, § 136a Rn 3.

¹⁴⁶⁸ Wie hier KK-Boujong, § 136a Rn 4; Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 3; L/R-Gless, § 136a Rn 11; einschränkend SK-Rogall, § 136a Rn 16; stellvertretender GBA Griesbaum NJW-Spezial 2008, 666.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die von staatlicher Seite geduldete Anwendung verbotener Vernehmungsmethoden unzulässig, da § 136a StPO als Ausprägung des Art. 1 I GG zu verstehen ist. Zudem verbietet schon die UN-Anti-Folter-Konvention die Verwertung. Daraus ergibt sich gleichzeitig ein Verwertungsverbot, wenn deutschen Strafverfolgungsbehörden Ergebnisse verbotener Vernehmungsmethoden übermittelt werden.

Besonders problematisch ist es, wenn nicht geklärt werden kann, ob die (vom Beschuldigten) geltend gemachte verbotene Vernehmungsmethode (etwa Folter, aber auch Täuschung) tatsächlich stattgefunden hat. Da es nicht um die Schuld-, sondern nur um eine Verfahrensfrage geht, gilt nach h.M. das sog. Freibeweisverfahren mit der Folge, dass der Grundsatz in dubio pro reo nicht anwendbar ist. Im Ergebnis wird damit die „Beweislast“ dem Beschuldigten aufgebürdet, der die verbotene Beweismethode geltend macht. Das ist rechtsstaatlich sehr bedenklich, da ihm dieser Beweis u.U. nicht gelingt.

Richtigerweise ist mindestens zu fordern, dass der Beweis des Verfahrensverstößes schon dann als erbracht gilt, wenn aus Gründen, die in der Sphäre der Justiz liegen, die Vermutung der Rechtmäßigkeit und Justizförmigkeit des staatlichen Verfahrens durch feststellbare verdächtige Umstände ernsthaft erschüttert ist.¹⁴⁶⁹ Teilweise wird sogar eine Beweislastumkehr gefordert, dass also der *Staat* beweisen müsse, dass das Verfahren rechtmäßig und justizförmig verlaufen sei.¹⁴⁷⁰

Leider verlangt auch der BGH, dass ein Verstoß gegen Verfahrensrecht (hier: verbotene Methoden einer Vernehmung in Pakistan) erwiesen sein müsse. Könne der Beweis nicht erbracht werden, könne es daher auch dahinstehen, ob Beweismittel, die durch ausländische Hoheitsorgane mit Hilfe verbotener Vernehmungsmethoden erlangt worden seien, in entsprechender Anwendung von § 136a StPO unverwertbar seien, wenn Erkenntnisse von einem Drittstaat durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden angefordert oder auch nur angenommen worden seien.¹⁴⁷¹

- 754** Nicht von vornherein als verbotene Vernehmungsmethode anzusehen ist es, wenn die Polizei zur Aufklärung eines Kapitalverbrechens eine **V-Person** in das Umfeld des Beschuldigten einschleust, um von ihr Angehörige des Beschuldigten „ausfragen“ zu lassen. Die Frage, die sich dabei stellt, ist, ob die V-Person später in der Hauptverhandlung eine verwertbare Aussage über die „Angehörigenbefragung“ machen kann, wenn die Angehörigen von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO Gebrauch machen. Der BGH lässt jedenfalls dann eine Verwertung zu, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung geht und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre.¹⁴⁷²
- 755** Da nach dem vom BGH zugrunde gelegten formellen Vernehmungsbegriff eine Vernehmung nur dann vorliegt, wenn der Vernehmende dem Beschuldigten in amtlicher Funktion gegenübertritt und in dieser Eigenschaft von ihm Auskunft verlangt (s.o.), sollen Äußerungen des Beschuldigten *vor* Begründung der Beschuldigteneigenschaft oder *außerhalb* von förmlichen Vernehmungen nicht durch § 136a StPO geschützt sein.¹⁴⁷³
- 756** Mit Blick auf das in § 136a I StPO genannte Verbot der Täuschung sehr problematisch ist die rechtliche Beurteilung der sog. „**Hörfalle**“. Darunter versteht man u.a. eine Konstellation, in der auf Veranlassung der Ermittlungsbehörde eine Privatperson mit dem Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht ein auf die Erlangung von Angaben zum Untersuchungsgegenstand gerichtetes Gespräch führt. Regelmäßig handelt es sich hierbei um die Fälle, in denen die Ermittlungsbehörde Bekannte des Verdächtigen

¹⁴⁶⁹ Kühne, StPO, Rn 966; Jahn, JuS 2008, 836, 837.

¹⁴⁷⁰ Amelung/Mittag, NSTZ 2005, 614, 617.

¹⁴⁷¹ BGH NSTZ 2008, 643, 644.

¹⁴⁷² BGHSt 42, 139, 142 ff.

¹⁴⁷³ BGHSt 34, 365, 369.

veranlasst, mit diesem zu telefonieren, das Gespräch auf die Tat zu lenken und dabei die Ermittler zuhören zu lassen.

Beispiel¹⁴⁷⁴: T wird des Bandenraubs (§ 250 I Nr. 2 StGB) verdächtigt. Das Bandenmitglied D, welches „aussteigen“ möchte, vertraut sich der Polizei an. Kriminalhauptkommissar K weckt bei D die Hoffnung auf eine milde Strafe, falls dieser an der Überführung des T mitwirke. Auf diese Weise gelingt es K, D zu veranlassen, T anzurufen, damit dieser sich mit D über den letzten Raub unterhalte. K hört das Gespräch, in dem die Täterschaft des T klar zum Ausdruck kommt, mit.

Eine Telefonüberwachung liegt hier nicht vor, sodass die Regelung des § 100a StPO nicht greift. Auch gelangt § 136a StPO nicht (jedenfalls nicht direkt) zur Anwendung, da es sich bei dem Gespräch nicht um eine Vernehmung handelt. T ist aber auch nicht nach § 163a IV S. 2 i.V.m. § 136 StPO belehrt worden. Folge könnte sein, dass der Inhalt des Gesprächs später in der Hauptverhandlung nicht verwertet werden darf.

⇒ Der 5. Strafsenat des BGH hielt diese Ermittlungsmethode im Hinblick auf § 136 StPO für unzulässig und nahm ein Beweisverwertungsverbot an. § 136 StPO sei zwar in erster Linie nur zu entnehmen, dass Äußerungen des Beschuldigten bei seiner Vernehmung grundsätzlich nicht verwertet werden dürften, wenn er nicht zu Beginn der Vernehmung darauf hingewiesen werde, dass es ihm freistehe, sich zur Sache zu äußern. Jedoch sei § 136 StPO analog anzuwenden, weil anderenfalls das Schweigerecht des Beschuldigten ausgehöhlt werde.

⇒ Da der 5. Strafsenat von der Rechtsprechung eines anderen Senats¹⁴⁷⁵ abwich, musste er den Großen Senat anrufen (vgl. § 132 II GVG). Dieser entschied jedoch gegen die Ansicht des 5. Senats und postulierte eine **Abwägung** der im Einzelfall widerstreitenden Güter, insbesondere zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und dem Grundsatz des fairen Verfahrens auf der einen Seite mit dem Ziel der effektiven Strafverfolgung auf der anderen Seite. So sei der Inhalt des Gesprächs im Zeugenbeweis jedenfalls dann verwertbar, wenn es um die Aufklärung einer Straftat von erheblicher Bedeutung gehe und die Erforschung des Sachverhalts unter Einsatz anderer Ermittlungsmethoden erheblich weniger Erfolg versprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung liege jedenfalls vor, wenn sie von der (nicht abschließenden) Aufzählung in §§ 98a, 100a II, 110a StPO umfasst sei.¹⁴⁷⁶

Der schwere Raub ist von § 100a II Nr. 1k) erfasst. Demzufolge konnten die Angaben des T im Zeugenbeweis gegen ihn verwendet werden.

In der Literatur ist der Rechtsauffassung des Großen Senats zum Teil zugestimmt worden, weil die StPO kein generelles Beweisverwertungsverbot enthalte, sondern nur in bestimmten Fällen. In den unregulierten Fällen sei daher eine Abwägung zwischen den Rechten des Beschuldigten und dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse sachgerecht.¹⁴⁷⁷ Teilweise ist die Entscheidung aber auch kritisiert worden, weil der Einsatz des Privaten mit konkretem Ausforschungsauftrag erfolgte und so die Rechte des Beschuldigten unterlaufen worden seien.¹⁴⁷⁸ Dem ist zuzustimmen, da im vorliegenden Fall die Rechte des T von K gezielt umgangen worden waren.

Immerhin ist es wohl gesicherte Rechtsauffassung, dass ein Verwertungsverbot vorliegt, wenn der Beschuldigte zunächst jede Angabe zur Sache verweigert hat und dann von Ermittlungsbeamten bedrängt wird, belastende Aussagen zu tätigen.¹⁴⁷⁹ Vgl. dazu so-

757

758

¹⁴⁷⁴ In Anlehnung an BGHSt 42, 139 ff.

¹⁴⁷⁵ Vgl. BGHSt 39, 335, 348; 40, 211, 213 f.

¹⁴⁷⁶ BGHSt 42, 139, 142 ff. Vgl. nun auch BGH NJW 2007, 2269, 2271.

¹⁴⁷⁷ König, Kriminalistik 1997, 179; Pawlik, GA 1998, 385; Popp, NSTZ 1998, 95; Vare!, NSTZ 1997, 415.

¹⁴⁷⁸ Bernsmann, StV 1997, 116; Derksen, JR 1997, 167; Riess, NSTZ 1996, 505; Roxin, NSTZ 1997, 18.

¹⁴⁷⁹ Vgl. EGMR StV 2003, 257, 259; BGH NJW 2007, 3138, 3139 ff.; BGHSt 39, 335, 348; 40, 66, 72; Beulke, StV 1990, 184; Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 4a.

gleich Rn 766 ff. Ob ein Beweisverwertungsverbot auch dann vorliegt, wenn ein Verdeckter Ermittler (**VE**) die Lage des Beschuldigten ausnutzt, sich sein Vertrauen erschleicht oder zu dem Beschuldigten ein persönliches Abhängigkeitsverhältnis aufbaut, um diesem ein Geständnis zu entlocken, wird bei Rn 1116 erläutert.

cc. Verbotene Mittel im Einzelnen

759 Die in § 136a I und II StPO vorgenommene Aufzählung von Fallgruppen ist nach h.M. trotz des an sich eindeutigen (i.S.v. abschließenden) Wortlauts nur beispielhaft und nicht abschließend¹⁴⁸⁰; ähnliche, nicht in der Vorschrift genannte Methoden sind nach h.M. daher ebenfalls erfasst, sofern sie rechtsethisch und psychologisch mit den genannten Fällen vergleichbar sind. Rechtsmethodisch lässt sich dies mit dem Zweck der Vorschrift, Ausprägung des Menschenwürdeschutzes und des Rechtsstaatsprinzips, begründen. Zudem findet eine Rechtskreiserweiterung statt, da zugunsten des Beschuldigten der Kanon verbotener Vernehmungsmethoden ausgeweitet wird.

a.) Misshandlung

760 Der Begriff der Misshandlung ist i.S.d. § 223 StGB zu verstehen. Danach ist jede nicht unerhebliche Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit oder des körperlichen Wohlbefindens durch den Vernehmenden verboten.

Beispiele: Schläge, Fußtritte, Lärm, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei, ständiges Stören im Schlaf, Hungern- oder Frierenlassen, grelle bzw. blendende Beleuchtung

b.) Ermüdung

761 Bei dieser Fallgruppe ist grundsätzlich nicht entscheidend, dass der Beschuldigte durch die Vernehmung ermüdet wurde (z.B. Dauerverhör während des gesamten Nachmittags bis in die Nacht hinein). Denn oftmals ist es unvermeidbar, dass eine Vernehmung bis zur Erschöpfung durchgeführt wird. Ermüdende Vernehmungen sind also sogar grundsätzlich zulässig. Von § 136a StPO erfasst sind aber solche Vernehmungen, die aufgrund ihrer überlangen Dauer die Willensfreiheit beeinträchtigen (Beispiel: 30-stündiges Dauerverhör). Erst recht sind Vernehmungen erfasst, bei denen die Aussage unter Ausnutzung eines solchen Zustands (Beispiel: Beschuldigter hatte bereits zu Beginn der Vernehmung 38 Stunden nicht geschlafen¹⁴⁸¹) erreicht wurde.¹⁴⁸²

c.) Körperlicher Eingriff

762 Da in § 136a StPO die Misshandlung und der Zwang als eigenständige Fallgruppen genannt sind, ist der Anwendungsbereich des „körperlichen Eingriffs“ fraglich. Um – anders als der Gesetzgeber – keine Redundanzen hervorzurufen, wird man unter die Fallgruppe des körperlichen Eingriffs lediglich schmerzfreie und folgenlose Eingriffe subsumieren können.

d.) Verabreichung von Mitteln

763 Darunter ist jede Einführung von festen, flüssigen oder gasförmigen Stoffen in den Körper zu verstehen. In welcher Form dies geschieht (Einatmen, Injizieren, Einführen in Körperöffnungen, Beimischen in Speisen oder Getränke), ist irrelevant.

¹⁴⁸⁰ BGHSt 5, 332, 334; L/R-Gloss, § 136a Rn 20.

¹⁴⁸¹ BGH NSTZ 2015, 46, 47.

¹⁴⁸² Vgl. BGHSt 38, 291, 293.

Beispiele: In Betracht kommen betäubende, hemmungslösende, schläfrig wirkende oder wachhaltende Mittel. Mittel, die lediglich der Stärkung oder Erfrischung dienen (Kaffee, Tee, Traubenzucker, Schokolade etc., aber auch Zigaretten), sind nicht verboten.

Entscheidend für § 136a StPO ist nicht, dass der Vernehmende die Mittel verabreicht hat, sondern dass der Beschuldigte im Zeitpunkt der Aussage unter ihrem Einfluss stand. Daher ist z.B. auch fraglich, ob Beschuldigte, die unter Alkoholeinwirkung stehen, vernommen werden dürfen. Der BGH bejaht dies, solange sie verhandlungsfähig sind und ihre Willensfreiheit nicht ernsthaft beeinträchtigt ist. Bei einer BAK von 2,0 Promille sei dies noch der Fall.¹⁴⁸³ Eine solche pauschalierende Promillegrenze ist abzulehnen, da sie mit dem Zweck des § 136a StPO (Schutz der freien Willensentschließung und -betätigung) nicht vereinbar ist. So kann eine alkoholgewöhnte Person bei einer BAK von 2,0 Promille durchaus noch in der Lage sein, die Folgen ihrer Aussage einzuschätzen, wohingegen das bei einer nicht alkoholgewöhnten Person regelmäßig anders sein wird.

764

e.) Quälerei

Quälerei ist das Zufügen länger andauernder oder sich wiederholender körperlicher oder seelischer Schmerzen oder Leiden, wobei auch hier wieder Überschneidungen mit der Fallgruppe der Misshandlung bestehen. Folter ist unzulässig (vgl. Art. 104 I S. 2 GG, Art. 3, 15 EMRK).

765

f.) Täuschung

Die Täuschung des Beschuldigten bei der Vernehmung berührt zwar weder dessen Menschenwürde noch die Freiheit seiner Willensentschließung, sie ist aber dennoch eines Rechtsstaats unwürdig und daher von § 136a StPO erfasst (s.o., „Hörfalle“ bei Rn 756). Der Begriff der Täuschung ist allerdings unbestimmt und bedarf einer (einschränkenden) Konkretisierung im Einzelfall.¹⁴⁸⁴ Auch ist die (verbotene) Täuschung von der (erlaubten) kriminalistischen List abzugrenzen.

766

Fest steht, dass der vernehmende Beamte nicht alles sagen muss, was er weiß. Verschweigen von Rechten und Tatsachen ist noch keine Täuschung. Wird eine gesetzlich vorgeschriebene Belehrung (z.B. nach § 136 I S. 2 StPO) unterlassen, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach diesen Vorschriften.¹⁴⁸⁵ Was die Vernehmungsperson aber sagt, muss wahr sein. Hundertprozentige Klarheit ist indes nicht zu fordern. Daher sind doppeldeutige Erklärungen oder Fangfragen („List“) zulässig, wobei die Unterscheidung von (zulässiger) List und (verbotener) Täuschung unklar ist, was in der Praxis zu einer extremen Rechtsunsicherheit führt.

767

Beispiel¹⁴⁸⁶: Die Polizei teilt der Ehefrau des eines schweren Raubs verdächtigten T wahrheitswidrig mit, dass dieser in den nächsten Stunden verhaftet werde. Erwartungsgemäß ruft E den T an, um ihn zu warnen. Dieser wiederum telefoniert mit einem Mittäter und spricht mit diesem über die Tat. Dabei belastet sich T schwer. Der Telefonanschluss des T wird gem. § 100a StPO überwacht.

In diesem Fall soll nach Auffassung des BGH keine verbotene Vernehmungsmethode vorliegen, weil T seine Mitteilung nicht im Rahmen einer Vernehmung gemacht habe; vielmehr habe ihm die Polizei aufgrund von List eine Falle gestellt, die nicht mit der (bei Rn 756 genannten) „Hörfalle“ vergleichbar sei.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸³ BGH MDR 1970, 14.

¹⁴⁸⁴ BGHSt 42, 139, 149.

¹⁴⁸⁵ KK-*Boujong*, § 136a Rn 21; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 136a Rn 16.

¹⁴⁸⁶ In Anlehnung an BGHSt 33, 217 ff.

¹⁴⁸⁷ BGHSt 33, 217, 223.

- 768 Auch darf der Vernehmende einen Irrtum des Beschuldigten ausnutzen¹⁴⁸⁸, nicht jedoch hervorrufen oder verstärken.¹⁴⁸⁹ Das gilt jedenfalls für bewusste (finale) Irreführung.

Beispiele: So sind Hinweise, der Beschuldigte müsse aussagen bzw. die Wahrheit sagen, die Beweislage sei erdrückend und Leugnen deshalb zwecklos¹⁴⁹⁰ oder die anderen hätten bereits gestanden¹⁴⁹¹, obwohl dies nicht zutrifft, verboten. Auch die wahrheitswidrige Behauptung, es sei ein Beweismittel gefunden worden, ist unzulässig.

- 769 Unbeabsichtigte Irreführungen sind nach Auffassung des BGH nicht von § 136a StPO erfasst.¹⁴⁹² Dann aber wird man mit Blick die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens fordern müssen, dass den Vernehmenden eine Aufklärungspflicht trifft, sobald er bemerkt, dass sich der Beschuldigte im Irrtum befindet (Gedanke der Ingerenz).¹⁴⁹³

- 770 **Heimliche Sprachaufnahmen** während der Vernehmung sind grds. verboten. Die Vernehmung ist nichtöffentlich i.S.d. § 201 StGB und darf daher nicht ohne Einwilligung des Beschuldigten aufgenommen werden. Das gilt auch, wenn dieser weiß, dass seine Äußerungen in einer Niederschrift festgehalten werden. Letztlich dasselbe gilt für **heimliche Stimmenvergleiche**.

Beispiel¹⁴⁹⁴: Die Polizei verfügt über eine Sprachaufzeichnung, auf der die Stimme des Erpressers zu hören ist. Die Beamten glauben, dies sei die Stimme des wegen einer anderen Sache in U-Haft befindlichen T. Daher entschließt man sich zu einem heimlichen Stimmenvergleich. Zu diesem Zweck arrangiert man unter einem Vorwand ein Gespräch mit dem (eingeweihten) Anstaltsleiter und nimmt dabei das Gespräch heimlich auf, um es später kriminaltechnisch analysieren zu lassen.

Dieser Stimmenvergleich ist unverwertbar. Dabei kommt es weniger darauf an, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 1 I i.V.m. 2 I GG) beeinträchtigt wurde, sondern vielmehr, dass das Recht des Beschuldigten, nicht aktiv an seiner Überführung mitwirken zu müssen, durch Täuschung umgangen wurde.¹⁴⁹⁵

Letztlich hätte man genauso im obigen Fall von Rn 767 argumentieren müssen. Denn streng genommen wurde auch dort der Beschuldigte über sein Recht, nicht aktiv an seiner Überführung mitwirken zu müssen, getäuscht. Dass der BGH anders entschied, liegt wohl daran, dass er einen Schuldspruch wollte.

Für die Unzulässigkeit eines Stimmenvergleichs spricht schließlich auch das folgende **Beispiel**: Die Polizei vernahm einen Beschuldigten, ließ dabei jedoch die Tür zum Nebenzimmer einen Spalt breit geöffnet, um der im Nebenzimmer befindlichen Zeugin (im konkreten Fall war es das Opfer einer Vergewaltigung, deren Begehung der Beschuldigte verdächtigt wurde) die Möglichkeit zu eröffnen, sich an die Stimme des Täters zu erinnern bzw. den Beschuldigten anhand seiner Stimme zu identifizieren. Richtigerweise hat der BGH auch hier eine Täuschung i.S.v. § 136a I StPO angenommen und entschieden, dass die Aussage der Zeugin unverwertbar sei. Zwar müsse der Beschuldigte eine Gegenüberstellung dulden, eine „akustische“ Gegenüberstellung verletze indes sein Recht auf Weigerung, an seiner Überführung mitzuwirken, weil eine „akustische“ Gegenüberstellung gerade eine aktive Mitwirkung voraussetze. Dazu dürfe man ihn weder zwingen noch durch Täuschung dazu bringen, „freiwillig“ etwas zu sagen und damit sich selbst zu belasten.¹⁴⁹⁶ Das Vorgehen der Polizei war daher unzulässig und führt zu einem Beweisverwertungsverbot gem. § 136a III StPO.

¹⁴⁸⁸ Das gilt aber nicht für die Aussagefreiheit, § 136 StPO.

¹⁴⁸⁹ BGHSt 39, 335, 348; KK-*Boujong*, § 136a Rn 20.

¹⁴⁹⁰ BGHSt 35, 328, 329.

¹⁴⁹¹ LG Freiburg StV 2004, 647.

¹⁴⁹² BGHSt 31, 395, 400; 35, 328, 329; BGH NSTz 2005, 517.

¹⁴⁹³ Vgl. BGHSt 31, 395, 400; *Achenbach*, StV 1989, 516.

¹⁴⁹⁴ In Anlehnung an BGHSt 34, 39 ff.

¹⁴⁹⁵ Richtig BGHSt 34, 39, 46.

¹⁴⁹⁶ BGHSt 40, 66, 72 f.

Auch das **heimlich abgehörte Gespräch in der Untersuchungshaft zwischen dem Beschuldigten und seiner Ehefrau** ist mit Blick auf das Nemo-tenetur-Prinzip und den Fair-trial-Grundsatz äußerst problematisch. Da dieser Komplex zusammenhängend bei Rn 1114a dargestellt ist, sei insoweit verwiesen.

g.) Hypnose/Polygraph

Mittel, mit denen das Unterbewusstsein des Beschuldigten geprüft wird, sind nach h.M. unzulässig. Dies gilt insbesondere für die **Hypnose**, das heißt für die Einwirkung auf einen anderen, durch die unter Ausschaltung des bewussten Willens eine Einengung des Bewusstseins auf die von dem Hypnotisierenden gewünschte Vorstellungsrichtung erreicht wird.¹⁴⁹⁷ Das gilt auch dann, wenn die Hypnotisierung mit Einwilligung des Betroffenen bzw. auf dessen Wunsch vorgenommen wird (beim Zeugen ist dies streitig).

771

Ein besonderes Problem bereitet die Frage nach der Zulässigkeit des Einsatzes sog. **Polygraphen** (umgangssprachlich auch als Lügendetektoren bezeichnet). Diese messen keine Lügen, sondern verschiedene Reaktionen, die auf Nervosität oder andere Emotionen zurückzuführen sind. Damit ist jemand, der auf eine Frage nicht gelassen reagiert, trotz wahrheitsgetreuer Antwort gefährdet, für einen Lügner gehalten zu werden. Gerade bei unschuldig Verdächtigten sind emotionale Reaktionen auf eindringliche Beschuldigungen nicht überraschend, vor allem, wenn der Befragte dem Opfer des Verbrechens nahesteht. Daher stellt sich die Frage, ob der Einsatz eines Lügendetektors überhaupt ein geeignetes Mittel sein kann, die Wahrheit zu erforschen.

772

Die Anwendung eines Lügendetektors wurde in Deutschland früher in analoger Anwendung des § 136a I StPO generell als unzulässig angesehen. Dessen Einsatz kam daher auch nicht mit Einwilligung des Beschuldigten in Betracht, der damit seine Unschuld beweisen wollte. Nach der Grundsatzentscheidung des BGH verstößt die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten an einem Lügendetektoreinsatz nicht gegen Verfassungsgrundsätze oder § 136a StPO.¹⁴⁹⁸ Allerdings führe die polygraphische Untersuchung mittels Kontrollfragentests und Tatwissentests zu einem völlig ungeeigneten Beweismittel i.S.d. § 244 III S. 2 StPO, da es nicht möglich sei, eine gemessene körperliche Reaktion auf eine bestimmte Ursache zurückzuführen. Berücksichtigt man allerdings den aktuellen Stand der Wissenschaft, ergibt sich genügend empirisches Material, das die Validität von Polygraphenmessungen untermauert. Daher wird seit einiger Zeit gefordert, den Einsatz von Polygraphen zumindest dann zuzulassen, wenn der Beschuldigte den Einsatz fordert, um seine Unschuld zu beweisen.¹⁴⁹⁹ Das AG Bautzen hat 2014 entschieden, das entlastende Ergebnis des freiwilligen Einsatzes eines Polygraphen im Strafverfahren zuzulassen.¹⁵⁰⁰ Damit hat es sich klar vom Grundsatzurteil des BGH (St 44, 308 ff.) abgesetzt.

773

h.) Körperlicher Zwang

Soweit Zwang durch Bestimmungen der StPO zugelassen ist, darf er nur für die dort vorgesehenen Zwecke angewendet werden; darüber hinaus ist er verboten.¹⁵⁰¹ Zwang darf über die zulässigen, in der StPO vorgesehenen Zwangseingriffe hinaus nicht ausgeübt werden. Fühlt sich der Beschuldigte unter Zwang (z.B. in der U-Haft), hindert das seine Vernehmung und die Verwertung seiner Aussage nicht.

774

¹⁴⁹⁷ KK-*Boujong*, § 136a Rn 28; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 19; Volk/Engländer, § 9 Rn 15; anders SK-Rogall, § 136a Rn 59.

¹⁴⁹⁸ BGHSt 44, 308, 315; BGH NSTZ 2011, 474; vgl. auch Rill/Vossel, NSTZ 1998, 481 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 24; Volk/Engländer, § 9 Rn 16; Kargl/Kirsch, JuS 2000, 537 ff.; Schüssler, JR 2003, 188 ff.

¹⁴⁹⁹ Vgl. Putzke/Scheinfeld/Klein/Undeutsch, ZStW 2009, 607, 640 ff.; Putzke, zjs 2011, 557, 561.

¹⁵⁰⁰ AG Bautzen StRR 2014, 230 f. mit Anm. Seiterle, StraFo 2014, 58-64; Putzke, NJW-aktuell 42/2013, 14.

¹⁵⁰¹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 20; Pfeiffer, § 136a Rn 9.

i.) Drohung

775 Droht der Vernehmungsbeamte mit einer verfahrensrechtlich unzulässigen Maßnahme, ist regelmäßig § 136a StPO erfüllt. So ist es verboten, einem leugnenden Beschuldigten mit der Festnahme oder Verhaftung zu drohen, wenn die Voraussetzungen dafür im konkreten Fall nicht vorliegen.¹⁵⁰²

776 Dagegen darf mit zulässigen Maßnahmen gedroht werden, solange klargestellt wird, dass die Entschließung nur von sachlichen Notwendigkeiten abhängig gemacht wird.¹⁵⁰³ Insofern ist die Androhung einer gerechtfertigten vorläufigen Festnahme, der Abschiebung ins Ausland oder eines Strafverfahrens zulässig, nicht jedoch die Androhung der grundlosen Invollzugsetzung des Haftbefehls, falls kein Geständnis abgelegt werde¹⁵⁰⁴ oder eine sachlich nicht gerechtfertigte Bloßstellung homosexueller Neigungen des Beschuldigten.¹⁵⁰⁵ Das Drängen zu einem Geständnis durch Drohung mit einer höheren Strafe („Sanktionsschere“) ist verboten.¹⁵⁰⁶

j.) Versprechen von gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteilen

777 Das Versprechen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile ist verboten. Ein solches Versprechen liegt vor, wenn es durch eine bindende Zusage in Situationen abgegeben wird, in denen allenfalls eine Prognose zulässig wäre. Es geht um die Abgabe einer bindenden Zusage, auf deren Einhaltung der Empfänger vertrauen können soll.

Beispiele/Gegenbeispiele¹⁵⁰⁷:

- (1) Versprechen StA oder Polizei eine Bewährungsstrafe für den Fall eines Geständnisses, ist dies unzulässig, weil darüber ausschließlich der Richter am Ende der Hauptverhandlung entscheidet.
- (2) Erklärt die StA dem Beschuldigten, sie werde bei Abgabe eines Geständnisses nur 3 statt 7 Jahre Freiheitsstrafe beantragen, liegt darin entweder ein Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils oder eine Androhung einer schuldunangemessenen Strafe.¹⁵⁰⁸
- (3) Verspricht die StA dem Beschuldigten Entlassung aus der U-Haft, wenn er die Tat gestehe, ist dies ein zulässiger Hinweis darauf, dass sie Haftentlassung beantragen werde. Liegen aber die Voraussetzungen für eine Haftentlassung nicht vor (weil das Geständnis den Haftgrund nicht beseitigen kann, etwa bei Fluchtgefahr), liegt darin eine Täuschung und damit ein Verstoß gegen § 136a StPO vor.
- (4) Verspricht die StA Einstellung des Verfahrens nach §§ 154, 154a StPO für neue, ihr bisher nicht bekannte Taten, falls sie der Beschuldigte offenbaren werde, liegt darin ein Verstoß gegen § 136a StPO, weil in dem Zeitpunkt, in dem dieses Versprechen gemacht wurde, allenfalls eine Prognose über die Einstellung anzustellen gewesen wäre. Erst recht wäre das Versprechen unzulässig, wenn über die Einstellung nicht die StA, sondern der Richter entscheiden müsste (etwa im Fall des § 154 II StPO).

dd. Rechtsfolgen

778 Eine verbotene Vernehmungsmethode hat wegen des Verstoßes gegen die Menschenwürde ein **Verwertungsverbot** zur Folge (§ 136a III S. 2 StPO). Aussagen, die mittels verbotener Vernehmungsmethoden gewonnen wurden, dürfen im Prozess daher **auch**

¹⁵⁰² BGH MDR 1971, 18.

¹⁵⁰³ Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 22.

¹⁵⁰⁴ BGH StV 2004, 636.

¹⁵⁰⁵ OLG Naumburg StV 2004, 529; Meyer-Göbner/Schmitt, § 136a Rn 22; Joecks, § 136a Rn 20.

¹⁵⁰⁶ BGH NSTz 2008, 170 f.

¹⁵⁰⁷ Vgl. BGHSt 20, 268 f.; BGH NSTz 2008, 170 f.; Volk/Engländer, § 9 Rn 15.

¹⁵⁰⁸ BGH NSTz 2005, 393.

nicht zugunsten des Angeklagten verwertet werden.¹⁵⁰⁹ Auch die nachträgliche Einwilligung des Beschuldigten in die Benutzung seiner Aussage ist unbeachtlich.¹⁵¹⁰

Das Verwertungsverbot setzt einen ursächlichen Zusammenhang zwischen Verstoß und Aussage voraus. Daran fehlt es, wenn der Beschuldigte ausgesagt hat, obwohl er die Täuschung durch den Vernehmungsbeamten erkannt hatte.¹⁵¹¹ Der Ursachenzusammenhang muss nicht erwiesen sein, es genügt, wenn er nicht auszuschließen ist.¹⁵¹²

779

Verboten ist nicht nur die unmittelbare, sondern auch die mittelbare Verwertung der unter Verstoß gegen § 136a StPO zustande gekommenen Aussage in der späteren Hauptverhandlung. Unzulässig sind daher die Verlesung der Niederschrift über die Aussage, das Vorführen von Bild- und Tonaufnahmen von der Aussage und die Anhörung der Vernehmungsperson oder eines bei der Vernehmung anwesenden Dritten. Sogar das Machen von Vorhalten aus der Vernehmung ist verboten¹⁵¹³ (zu den Vorhalten vgl. Rn 903, 913, 928, 953).

780

Fraglich ist, ob eine spätere Aussage des Beschuldigten, die strafprozessual ordnungsgemäß erlangt worden ist, verwertbar ist oder ob dem ursprünglichen Verstoß gegen § 136a StPO eine **Fortwirkung** zukommt. Fortwirkung bedeutet: Wird dieselbe Person (hier: Beschuldigter, Zeuge) nach einer fehlerhaften Aussage (§§ 136, 136a StPO) erneut vernommen, wirkt der Fehler der ersten Vernehmung in der folgenden Vernehmung noch fort und macht auch diese unverwertbar.

781

Beispiel: T ist wegen mehrerer Kapitaldelikte vorläufig festgenommen worden. Im Vernehmungsraum der Polizei wird er mit grellem Licht geblendet und 14 Stunden lang ununterbrochen von verschiedenen, sich abwechselnden Beamten so lange bedrängt, bis er die Taten gesteht. Daraufhin lässt man T ausschlafen und frühstücken. Gegen Mittag wird er dann vom Ermittlungsrichter prozessordnungsgemäß belehrt und erneut vernommen. Da T aufgrund seines in der Nacht zuvor abgegebenen Geständnisses der Auffassung ist, dass ein Leugnen nunmehr zwecklos sei, wiederholt er gegenüber dem Ermittlungsrichter sein Geständnis.

Hier ist die nächtliche Aussage unter dem Einfluss von verbotenen Vernehmungsmethoden erlangt worden. Sie ist damit unverwertbar.¹⁵¹⁴

Dagegen ist das am nächsten Mittag abgegebene Geständnis prozessordnungsgemäß zustande gekommen, sodass dieses – bei isolierter Betrachtung – verwertbar ist.

Diesbezüglich stellt sich aber die Frage, ob die Unverwertbarkeit des in der Nacht infolge verbotener Vernehmungsmethoden abgegebenen Geständnisses fortwirkt und auch das am nächsten Mittag prozessordnungsgemäß zustande gekommene Geständnis unverwertbar macht.

Stellt man sich auf den Standpunkt, der psychologische Druck auf T sei entfallen, könnte eine dann von T gemachte Aussage verwertet werden.¹⁵¹⁵ Eine Fortwirkung des Beweisverwertungsverbots bestünde dann nicht. Richtigerweise wird man aber fordern müssen, dass T vor der erneuten (nunmehr prozessordnungsgemäßen) Vernehmung dahingehend belehrt wird, dass die vorangegangenen Angaben nicht verwertet werden dürfen (sog. qualifizierte Belehrung).¹⁵¹⁶ Sofern dies im vorliegenden Fall nicht geschehen ist, wirkt der

¹⁵⁰⁹ BGH NSTZ 2008, 706 f.; KK-*Boujong*, § 136a Rn 37; L/R-*Gless*, § 136a Rn 71; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 27.

¹⁵¹⁰ Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 27.

¹⁵¹¹ Vgl. auch BGHSt 22, 170, 175; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 28.

¹⁵¹² BGHSt 34, 365, 369; L/R-*Gless*, § 136a Rn 70; a.A. BGHSt 31, 395, 400; SK-*Rogall*, § 136 a Rn 84.

¹⁵¹³ Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 29.

¹⁵¹⁴ Vgl. auch LG Frankfurt StV 2003, 325, 326 (Jakob von Metzler bzw. Fall Daschner).

¹⁵¹⁵ So BGHSt 1, 376, 379; 22, 129, 134; 27, 355, 359; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 30.

¹⁵¹⁶ Streitig, vgl. Neuhaus, NSTZ 1997, 312, 315; LG Frankfurt StV 2003, 325, 326; Weigend, StV 2003, 436, 438. Vgl. auch BGHSt 35, 328, 338. Zur qualifizierten Belehrung vgl. Rn 240 f.

Fehler der nächtlichen Vernehmung fort und macht auch die Aussage am nächsten Mittag unverwertbar.

782 Von der Fortwirkung ist die **Fernwirkung** von Beweisverboten zu unterscheiden. Dabei geht es um die Frage, ob bei einer Aussage, die zwar selbst unverwertbar ist, aber Hinweise auf andere Beweismittel enthält, diesen anderen Hinweisen nachgegangen werden darf und diese ggf. verwertet werden dürfen.

Beispiel: T gesteht unter Einfluss verbotener Vernehmungsmethoden einen Mord und teilt den Aufenthaltsort der Leiche mit. Diese wird gerichtsmedizinisch untersucht. Dabei wird ein Projektil sichergestellt und einer Waffe zugeordnet, auf der Genmaterial des T festgestellt wurde.

In diesem Fall ist die Aussage des T während der Vernehmung, also das Geständnis, unverwertbar. Fraglich kann lediglich sein, ob das später in der Leiche entdeckte Projektil und die damit verbundene Zuordnung zur Waffe, auf der sich die Fingerabdrücke des T befinden, als Beweismittel eingebracht werden dürfen.

Nach der Rechtsprechung des BGH entfaltet eine unter Verstoß gegen § 136a StPO zustande gekommene Aussage keine Fernwirkung.¹⁵¹⁷ Demzufolge kann das Projektil als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingebracht und gegen T verwendet werden.

Diese Rechtsprechung ist zumindest bedenklich, weil sie Beweismittel zulässt, die letztlich nur auf der Grundlage einer verbotenen Vernehmungsmethode erlangt worden sind. Auf dem Boden der im amerikanischen Rechtskreis vorherrschenden „fruit of the poisonous tree doctrine“ („Früchte des verbotenen Baums“ – dazu ausführlich Rn 1134), die dem formellen Recht eine starke Position einräumt und auch dem deutschen Rechtsstaatsprinzip sehr nahe kommt, müsste man eine Fernwirkung durchaus annehmen.¹⁵¹⁸ Aber auch die „fruit of the poisonous tree doctrine“ erfährt eine Einschränkung für den Fall, dass das Beweismittel im konkreten Fall auch auf legalem Weg hätte gefunden werden können („hypothetical clean path doctrine“).

Wenn im vorliegenden Fall die StA also vor Gericht glaubhaft macht, dass man die Leiche sowieso – etwa weil man ohnehin Suchtrupps im größeren Umkreis der Leiche eingesetzt hätte – gefunden und damit T auch ohne die Angaben überführt hätte, ist eine Fernwirkung zu verneinen.

Ob man auf dem Boden der in Deutschland herrschenden Abwägungslehre, die – bei nicht vorhandener gesetzlicher Regelung – zwischen der Bedeutung des Tatvorwurfs einerseits und der Schwere der begangenen Rechtsverletzung andererseits entscheidet¹⁵¹⁹, zu einem anderen Ergebnis käme, ist ungewiss, da eine Abwägung nicht frei von subjektiven Meinungen und Befindlichkeiten ist und daher das Ergebnis eines richterlichen Abwägungsprozesses kaum vorherzusagen ist. Zur Frage nach den Auswirkungen der Fort- und Fernwirkung auf die **Revision** vgl. Rn 1262.

Der Beweis des Verfahrensverstößes muss von Amts wegen geführt werden. Es gilt der Freibeweis.¹⁵²⁰ Der Grundsatz in dubio pro reo gilt nach der Rechtsprechung des BGH nicht. Ist der Verstoß gegen § 136a StPO also nicht erwiesen, ist die Aussage verwertbar.¹⁵²¹ Das Rechtsmittel, mit dem der Verstoß gegen § 136a StPO gerügt werden kann, ist die Revision.¹⁵²²

¹⁵¹⁷ BGHSt 34, 362, 364; BGH StV 1990, 337, 339; OLG Köln NZV 2001, 137 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 31.

¹⁵¹⁸ Dies postuliert – in durchaus sympathischer Weise – offenbar Weigend, StV 2003, 436, 440.

¹⁵¹⁹ Vgl. KK-Senge, vor § 48 Rn 45 ff.; Rogall, JZ 1997, 944, 948; Hellmann, Rn 484; LG Frankfurt StV 2003, 325, 327; Beulke, Rn 144.

¹⁵²⁰ BGHSt 16, 164, 166; BGH NJW 1994, 2904, 2905; SK-Rogall, § 136a Rn 83; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 32.

¹⁵²¹ BGH a.a.O.; SK-Rogall, § 136a Rn 83; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 32; a.A. L/R-Gless, § 136a Rn 78.

¹⁵²² Vgl. LG Frankfurt StV 2003, 327; Meyer-Goßner/Schmitt, § 136a Rn 33.

c. Vernehmungsprotokoll; audiovisuelle Aufzeichnung

Bei Vernehmungen ist ein **Protokoll** zu führen (vgl. § 147 III StPO). Da verbotene Vernehmungsmethoden freilich kaum ins Protokoll aufgenommen werden dürften, jedoch auch umgekehrt nicht stattgefundenen, aber vom Beschuldigten später behauptete verbotene Vernehmungsmethoden nicht nach Protokoll beweisbar sind, hat der Gesetzgeber im Zuge des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017¹⁵²³ die Möglichkeit einer bzw. die Pflicht zur **audiovisuellen Aufzeichnung** vorgesehen. Nach § 136 IV S. 1 StPO kann die Vernehmung des Beschuldigten in Bild und Ton aufgezeichnet werden (was allerdings auch schon nach bisheriger Rechtslage als zulässig angesehen wurde). Gemäß § 136 IV S. 2 StPO *ist* sie sogar aufzuzeichnen, wenn

- dem Verfahren ein vorsätzlich begangenes Tötungsdelikt zugrunde liegt und der Aufzeichnung weder die äußeren Umstände noch die besondere Dringlichkeit der Vernehmung entgegenstehen, oder
- die schutzwürdigen Interessen von
 - ⇒ Beschuldigten unter 18 Jahren oder
 - ⇒ Beschuldigten, die erkennbar unter eingeschränkten geistigen Fähigkeiten oder einer schwerwiegenden seelischen Störung leiden, durch die Aufzeichnung besser gewahrt werden können.

§ 58a II StPO (Verwendung der Bild-Ton-Aufzeichnung) gilt gem. § 136 IV S. 3 StPO entsprechend.

Zu beachten ist allerdings, dass die Neuregelung erst am 1.1.2020 in Kraft tritt.¹⁵²⁴ Über den Verweis in § 163a III S. 2 StPO gilt sie dann auch (selbstverständlich) bei Vernehmungen, die durch den Staatsanwalt und die Polizei durchgeführt werden.

Audiovisuelle Dokumentationsmöglichkeiten von Vernehmungen dienen nach Auffassung des Gesetzgebers in erster Linie der Verbesserung der Wahrheitsfindung. Eine Videoaufzeichnung gebe den Verlauf einer Vernehmung authentisch wieder und sei dem herkömmlichen schriftlichen Inhaltsprotokoll daher überlegen.¹⁵²⁵ Den mit der audiovisuellen Aufzeichnung verbundenen Eingriff in das in Art. 2 I i.V.m. 1 I GG verankerte Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigt der Gesetzgeber mit übergeordneten Interessen der Strafverfolgung.¹⁵²⁶ Gerade bei den vorsätzlichen Tötungsdelikten handele es sich um äußerst schwerwiegende Delikte, die mit hohen Freiheitsstrafen bedroht sind. Das staatliche Interesse an einer bestmöglichen Wahrheitsfindung wiege daher ebenso wie das Interesse des einer solchen Tat verdächtigten Beschuldigten besonders schwer. Das Interesse an der ordnungsgemäßen Dokumentation überwiege vor diesem Hintergrund den verhältnismäßig geringfügigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten, zumal dieser auch stets die Möglichkeit habe, die Aussage zu verweigern und damit auch eine Aufzeichnung zu vermeiden. Außerdem diene die Aufzeichnung gerade auch dem Schutz des Beschuldigten.¹⁵²⁷

In der Tat dürften diese Aspekte gewichtig genug sein, den damit verbundenen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu rechtfertigen. Gleichwohl bleiben Fragen. So ist der Neuregelung nicht zu entnehmen, wie in Fällen des § 136 IV S. 2 StPO zu verfahren ist, wenn der Beschuldigte seine Aussagebereitschaft vom Absehen von einer audiovisuellen Aufzeichnung abhängig macht. Da die Vorschrift ja kein Ermessen bei der Frage nach der audiovisuellen Aufzeichnung einräumt, bleibt dem Beschuldigten

¹⁵²³ BGBl I 2017, S. 3202.

¹⁵²⁴ Siehe Art. 18 II des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens.

¹⁵²⁵ BT-Drs. 18/11277, S. 24.

¹⁵²⁶ BT-Drs. 18/11277, S. 25.

¹⁵²⁷ BT-Drs. 18/11277, S. 25.

letztlich nur die Aussageverweigerung, was letztlich nicht der Aufklärung der Tat dient. Unklar ist auch, ob audiovisuelle Aufzeichnungen ohne weiteres als Beweismittel später in der Hauptverhandlung (unter Einbeziehung der Saalöffentlichkeit) abgespielt werden dürfen. Fragen dieser Art werden noch zu klären sein.

2. Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen

- 784** Zeugen und Sachverständige sind verpflichtet, auf Ladung vor der StA zu erscheinen und zur Sache auszusagen bzw. ihr Gutachten zu erstatten (§ 161a I S. 1 StPO). Seit Inkrafttreten des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 ist – aus Gründen der Entlastung des Gerichts und der StA¹⁵²⁸ – der Zeuge auch verpflichtet, auf Ladung vor Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (d.h. vor der ermittelnden Polizei, § 152 GVG) zu erscheinen und zur Sache auszusagen, sofern der Ladung ein Auftrag der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt (§ 163 III S. 1 StPO). Die eidliche Vernehmung bleibt freilich dem Gericht (§ 163 III S. 3 StPO) bzw. dem Ermittlungsrichter vorbehalten (§ 161a I S. 3 StPO).

Da sich § 163 III S. 1 StPO nur auf Zeugen, nicht auch auf Sachverständige bezieht, sind Letztere also nur verpflichtet, auf Ladung vor der StA zu erscheinen und ihr Gutachten zu erstatten (§ 161a I S. 1 StPO). Im Übrigen erfolgt die Auswahl der Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die StA (§ 161a I S. 2 i.V.m. § 73 StPO).

3. Der Ermittlungsrichter

- 785** Die Entscheidung über die Durchführung von Ermittlungshandlungen, die in besonderer Weise bzw. in bedeutsame Grundrechte eingreifen, kann die StA grundsätzlich nicht selbst treffen, sondern ist dem Richter vorbehalten, der – da es um Verfahrenshandlungen im Stadium des Ermittlungsverfahrens geht – als Ermittlungsrichter bezeichnet wird. Der Richtervorbehalt besteht in erster Linie bei bestimmten, schwerwiegenden **Ermittlungsmaßnahmen**.

Beispiele von Maßnahmen, die grds. nur vom Richter angeordnet werden dürfen (zu den Ausnahmen siehe sogleich) sind: Erlass eines Haftbefehls (§ 114 StPO), Beschlagnahme und Durchsuchung (§§ 98 I S. 1, 105 I S. 1 StPO), körperliche Untersuchung (§§ 81a, 81c StPO), molekulargenetische Untersuchung (§ 81f I S. 1 StPO), vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO) und v.a. die in den §§ 100a bis 100c StPO genannten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen wie Telekommunikationsüberwachung, Quellen-Telekommunikationsüberwachung, Online-Durchsuchung urchsuchung und akustische Wohnraumüberwachung (§ 100e I S. 1, II S. 1 StPO).

- 786** Hält die StA eine richterliche Entscheidung für erforderlich, stellt sie einen entsprechenden Antrag bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie oder ihre den Antrag stellende Zweigstelle ihren Sitz hat, § 162 I StPO. Ermittlungsrichter kann also nur ein Richter am Amtsgericht sein. Die Unabhängigkeit des Richters ist hier eingeschränkt. Er darf nämlich immer nur die Rechtmäßigkeit, nicht auch die Zweckmäßigkeit der beantragten Maßnahme prüfen, § 162 II StPO. Die Zweckmäßigkeit beurteilt die StA in eigener Kompetenz, und daran ist der Richter gebunden.

Beispiel: Beantragt die StA die richterliche Vernehmung eines Zeugen, kann der Richter das nicht mit der Begründung ablehnen, die StA könne Zeugen auch selbst vernehmen (§ 161a StPO).

Nach der am 1.1.2010 in Kraft getretenen Fassung des § 162 III StPO ist nach Erhebung der öffentlichen Klage das Gericht zuständig, das mit der Sache befasst ist. Während des Revisi-

¹⁵²⁸ So die Vorstellung des Gesetzgebers, siehe BT-Drs. 18/11277, 30.

onsverfahrens ist das Gericht zuständig, dessen Urteil angefochten ist. Nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gelten die Abs. I und II entsprechend. Nach einem Antrag auf Wiederaufnahme ist das für die Entscheidungen im Wiederaufnahmeverfahren zuständige Gericht zuständig.

Bei Gefahr im Verzug kann der Richter ausnahmsweise auch ohne vorherigen Antrag der StA die erforderliche Maßnahme treffen, wenn die StA nicht erreichbar ist, § 165 StPO. Er handelt dann als sog. **Notstaatsanwalt**.

787

Beispiel: Bei der richterlichen Vernehmung des vorgeführten T durch Richter R (vgl. § 128 StPO) erfährt dieser, dass sich die Diebesbeute beim Mittäter M befindet, der sie heute noch ins Ausland verbringen soll. Weil R den StA nicht erreichen kann, ordnet er selbst eine Hausdurchsuchung bei M an.

Hier bestand Gefahr im Verzug, weil eine Verzögerung der Durchsuchung höchst wahrscheinlich die Sicherstellung der Sachen vereitelt hätte. R konnte daher ohne den grundsätzlich erforderlichen Antrag der StA die sofortige Durchsuchung anordnen.

Umgekehrt können die StA, und u.U. sogar die Polizei, bei Gefahr im Verzug in bestimmten Fällen auf die **vorherige Einschaltung des Richters verzichten**, etwa gem. §§ 100e I S. 2 (StA) oder 105 I StPO (StA und Ermittlungspersonen). Man spricht insoweit von einer Regelzuständigkeit des Richters mit Durchbrechungsmöglichkeit. Um aber den Sinn und Zweck des Richtervorbehalts nicht leerlaufen zu lassen, ist die Möglichkeit der Durchbrechung der Regelzuständigkeit wegen Gefahr im Verzug eng zu handhaben. So hat auch das BVerfG festgestellt, dass Gerichte und Strafverfolgungsbehörden im Rahmen des Möglichen tatsächliche und rechtliche Vorkehrungen zu treffen hätten, damit die in der Verfassung vorgesehene Regelzuständigkeit in der Masse der Alltagsfälle gewahrt bleibe.¹⁵²⁹ Aufgrund dieser gem. § 31 BVerfGG bindenden Vorgabe wurden mittlerweile bei vielen Amtsgerichten richterliche Bereitschaftsdienste eingerichtet.

788

Bei einer Durchbrechung der Regelzuständigkeit des Richters ist entweder die richterliche Entscheidung unverzüglich nachzuholen (Beispiel: § 98b I S. 2 StPO) oder die Anordnung der StA tritt nach Ablauf einer bestimmten Frist außer Kraft (Beispiele: § 98b I S. 3 oder § 100e I S. 3 StPO). Ausnahmslos dem Ermittlungsrichter vorbehalten ist die **eidliche** Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen (§ 161a I S. 3 StPO, s.o.).

789

Die Einschaltung des Ermittlungsrichters durch die StA kann neben der Anordnung von bestimmten Zwangsmaßnahmen auch der **Beweissicherung** dienen. Denn Handlungen des Ermittlungsrichters wird ein erhöhter Beweiswert beigemessen.

790

- Zur Beweissicherung werden daher richterliche Vernehmungen durch die StA häufig beantragt, wenn der zu vernehmende Zeuge in der Hauptverhandlung auszufallen droht.
- Ferner können – entgegen dem Grundsatz der persönlichen Vernehmung in § 250 S. 1 StPO – richterliche Vernehmungen des Angeklagten gem. § 254 StPO zum Zweck der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung verlesen werden. So dürfen z.B. Geständnisse des Beschuldigten vor dem Ermittlungsrichter in der Hauptverhandlung im Wege des Urkundenbeweises verlesen werden.
- Gleiches gilt für Aussagen von Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten. Auch hier besteht die Möglichkeit einer Ersetzung ihrer Vernehmung in der Hauptverhandlung durch Verlesung des Protokolls einer früheren richterlichen Vernehmung, § 251 StPO.
- Schließlich unterliegt die Aussage eines Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung gem. § 252 StPO von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, dann keinem Ver-

¹⁵²⁹ Vgl. BVerfGE 103, 142, 150 ff. sowie BVerfGE 109, 279, 325 ff. Vgl. dazu ausführlich R. Schmidt, POR, Rn 282 ff. und 553 ff.

wertungsverbot, soweit der vernehmende Richter seinerseits als Verhörsperson über die damals gemachte Aussage vernommen werden darf.

791 Die Einschaltung des Ermittlungsrichters ändert aber nichts daran, dass die StA „Herrin des „Vorverfahrens“ bleibt. Denn der Ermittlungsrichter soll nicht über die Durchführung des Ermittlungsverfahrens entscheiden, sondern lediglich in bestimmten Situationen Grundrechtseingriffe verfahrensrechtlich absichern bzw. die Ermittlungsbehörden kontrollieren. Die Zuständigkeit des Ermittlungsrichters endet mit Anklageerhebung. Dann entscheidet das mit der Sache befasste Gericht (Rn 840 ff.).

Übersicht über die Erscheinungs- und Aussagepflichten

	Beschuldigter	Zeuge	Sachverständiger
Polizei	nein ¹⁵³⁰	Ja, sofern der Ladung ein Auftrag der StA zugrunde liegt (§ 163 III S. 1 StPO). ¹⁵³¹	nein
Staatsanwalt	ja (§§ 133, 163a III S. 1 StPO)	ja (§ 161a I S. 1 StPO)	ja (§ 161a I S. 1 StPO)
Ermittlungsrichter	ja (§§ 133, 163a III S. 1 StPO)	ja (§ 161a I S. 1 StPO)	ja (§ 161a I S. 1 StPO)
Gericht	ja (§§ 230 II, 231 StPO); Ausnahme: § 233 StPO	ja (§ 48 StPO)	ja (§§ 48, 72, 75 StPO)

4. Recht auf konfrontative Befragung

792a Im Ermittlungsverfahren sieht § 168c I und II StPO bei richterlichen Vernehmungen bestimmte Anwesenheitsrechte vor.

- § 168c I StPO gestatten bei richterlicher Vernehmung des Beschuldigten der StA und dem Verteidiger die Anwesenheit.
- § 168c II StPO gestatten bei richterlicher Vernehmung eines Zeugen oder Sachverständigen der StA, dem Beschuldigten und seinem Verteidiger die Anwesenheit.

Aus diesen Bestimmungen folgt, dass das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bzw. von dessen Verteidiger nur für richterliche Vernehmungen, nicht auch für Vernehmungen durch die StA gilt (vgl. auch § 161a StPO). Die unterschiedliche Regelung beruht v.a. auf dem Unterschied in der Verlesbarkeit der Niederschriften in der Hauptverhandlung. Nur richterliche Vernehmungsprotokolle dürfen dort verlesen und bei der Beweisführung berücksichtigt werden (vgl. §§ 249, 251, 254 StPO). Deshalb besteht diesbezüglich ein vollumfängliches Anwesenheitsrecht während der vorprozessualen richterlichen Vernehmung. Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus steht den Berechtigten auch ein Fragerecht zu, da das reine Anwesenheitsrecht ohne gleichzeitiges Fragerecht den Interessen der Berechtigten nicht hinreichend gerecht würde.¹⁵³²

792b Dass die genannten Anwesenheits- und Fragerechte nur dann wahrgenommen werden können, wenn die Anwesenheitsberechtigten auch zuvor über den Zeitpunkt der Vernehmung benachrichtigt worden sind, steht außer Zweifel. § 168c V StPO stellt dies klar und macht die Benachrichtigung zur Pflicht. Fraglich sind jedoch die Konsequenzen, wenn – bei einer Zeugenbefragung – eine Benachrichtigung unterbleibt. Zwar können

¹⁵³⁰ Vgl. dazu Rn 227.

¹⁵³¹ Vgl. dazu Rn 251 und 784.

¹⁵³² Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, § 168c Rn 1.

der Beschuldigte und der Verteidiger grds. noch in der Hauptverhandlung den Zeugen befragen, dem genannten Verfahrensverstöß kommt allerdings eine besondere Bedeutung zu, wenn der Zeuge nicht für die Hauptverhandlung zur Verfügung steht, etwa weil er unauffindbar oder sonst unerreichbar ist.

Beispiel¹⁵³³: Die aus der Osttürkei stammende O war Opfer eines Menschenhandels, einer Zuhälterei und von damit einhergehenden Sexualdelikten. Sie zeigte die Täter bei der Polizei an und machte beim Ermittlungsrichter eine Zeugenaussage. Bei dieser Aussage waren lediglich der StA, nicht aber der hauptbelastete T oder dessen Verteidiger anwesend. Aufgrund eines Irrtums der Justizverwaltung wurden beide nicht über den Termin informiert. Zwei Tage später begab sich O in ihre ausländische Heimat, weil sie mit der Sache nichts mehr zu tun haben wollte. Drei Monate später kam es zur Hauptverhandlung, bei der T angeklagt war. Da O nicht mehr auffindbar war, erklärte der Richter die Zeugin für unerreichbar und stützte die Beweisaufnahme auf das Protokoll des Ermittlungsrichters. An sonstigen Beweismitteln fehlte es. T wurde daraufhin verurteilt. Im Rahmen der Revision rügt T einen Verstoß gegen sein Recht auf konfrontative Befragung, weil er bzw. sein Verteidiger nicht über die richterliche Vernehmung informiert worden seien und daher auch nicht bei dieser hätten anwesend sein können.

Steht ein zentrales Beweismittel in der Hauptverhandlung nicht zur Verfügung bzw. droht nicht zur Verfügung zu stehen, ist es entscheidend, dass die im Ermittlungsverfahren erzielten Vernehmungsergebnisse in die Hauptverhandlung transferiert und dort Grundlage des Schuldspruchs werden können. Das ist vorliegend geschehen. Bei diesem Verfahren gibt es jedoch ein entscheidendes Problem: Während Zeugen in der Hauptverhandlung von allen Beteiligten kritisch befragt werden können, ist dies im Ermittlungsverfahren nur eingeschränkt der Fall. Zwar sind bei der besonders für den Transfer in die Hauptverhandlung vorgesehenen (vgl. §§ 251 II, 254 StPO) ermittelungsrichterlichen Vernehmung nach § 168c StPO besondere Anwesenheitsrechte vorgesehen, die jedoch leerlaufen, wenn die Berechtigten entgegen – § 168c V StPO – nicht zuvor über die Vernehmung benachrichtigt werden.¹⁵³⁴

Wenn nun – wie im vorliegenden Fall – ein Beschuldigter oder sein Verteidiger nicht an der Gewinnung eines derart zentralen Beweisergebnisses mitwirken können – sei es, dass es um nichtrichterliche Vernehmungen geht, bei denen keine Anwesenheitsrechte gelten, oder sei es, dass ihre Mitwirkung aufgrund von Verfahrensfehlern unterbleibt, die der Justiz zuzurechnen sind, stellt sich die Frage nach den Auswirkungen. Das deutsche Strafverfahrensrecht sieht hierzu jenseits von § 168c StPO keine ausdrücklichen Regelungen vor. Demzufolge wäre die Verletzung des Anwesenheitsrechts nicht revisibel. Etwas anderes könnte sich aber aufgrund der Regelung des Art. 6 III lit. d EMRK ergeben. Diese Vorschrift, die – wie die gesamte EMRK – zwar nur den Rang einfachen Bundesrechts genießt, jedoch stets bei der Auslegung der Gesetze heranzuziehen ist¹⁵³⁵, garantiert – als eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 I S. 1 EMRK – das Recht des Angeklagten, Fragen an Belastungszeugen zu stellen oder (durch den Strafverteidiger) stellen zu lassen. Eine Verletzung des Art. 6 EMRK ist wiederum unstreitig revisibel (vgl. bereits Rn 236). Allerdings hat der BGH entschieden, dass selbst wenn der Angeklagte zu keinem Zeitpunkt die Gelegenheit zur konfrontativen Befragung des Zeugen hatte, dies jedoch nicht ohne weiteres gegen Art. 6 III lit. d i.V.m. Art. 6 I S. 1 EMRK verstoße. Entscheidend sei vielmehr, ob das Verfahren in seiner

¹⁵³³ In Anlehnung an BGH NStZ 2007, 166 f.

¹⁵³⁴ Vgl. *Mosbacher*, JuS 2007, 724, 726.

¹⁵³⁵ Zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und Völkerrecht bzw. zwischen der deutschen Rechtsordnung und der EMRK vgl. bereits oben Rn 102 f. sowie grundlegend *R. Schmidt*, Grundrechte, Rn 4 ff.

Gesamtheit einschließlich der Art und Weise der Beweiserhebung und -würdigung fair gewesen sei.¹⁵³⁶

Es kommt demnach auf eine wertende Gesamtbetrachtung des Einzelfalls an. Unklar ist aber, warum der BGH den (Um-)Weg über Art. 6 III lit. d EMRK gegangen ist. Denn die Bemühung des Art. 6 III lit. d EMRK ist überflüssig, weil bereits nach der ständigen BGH-Rechtsprechung bei Verletzung der gem. § 168c V S. 1 StPO bestehenden Benachrichtigungspflicht – wobei es keinen Unterschied macht, ob die erforderliche Benachrichtigung absichtlich, versehentlich oder unter Verkennung der gesetzlichen Voraussetzungen unterblieben ist – die Niederschrift ohne Einverständnis des Angeklagten und des Verteidigers nicht als richterliches Protokoll gem. § 251 II StPO in der Hauptverhandlung verlesen werden darf.¹⁵³⁷ Im vorliegenden Fall ist die Revision daher begründet.

792c Weiterführende Hinweise:

- Darf also die Niederschrift des Ermittlungsrichters nicht verlesen werden, ist damit auch die Vernehmung des Ermittlungsrichters ausgeschlossen¹⁵³⁸; denn diese stünde der verbotenen Verlesung einer richterlichen Vernehmungsniederschrift gleich.
- Ob eine Verurteilung trotz nicht gegebener Möglichkeit der konfrontativen Befragung erfolgen darf, hängt davon ab, ob dem Gericht noch andere Beweismittel zur Verfügung stehen. Zwar dürfen – wie gesehen – weder der Ermittlungsrichter vernommen noch dessen Niederschrift verlesen werden, verwertbar sollen nach Auffassung des BGH jedoch die Angaben der damaligen Vernehmungsbeamten sein. Könnten diese z.B. Angaben über die psychische Verfassung eines Vergewaltigungsopfers machen, dürfe der Tatrichter diese Angaben im Rahmen der freien Beweisführung (§ 261 StPO) berücksichtigen und in die Urteilsfindung einfließen lassen.¹⁵³⁹

5. Rechtsschutz im Ermittlungsverfahren

793 Das Gesetz sieht verschiedene Möglichkeiten vor, Rechtsverletzungen im Ermittlungsverfahren zu rügen:

- die Anrufung des Gerichts gem. § 98 II S. 2 StPO,
- die Beschwerde gem. §§ 304 ff. StPO (auch in Bezug auf die in § 101 I StPO bezeichneten Maßnahmen, vgl. § 304 IV S. 2 Halbs. 2 Nr. 1 und V StPO)
- und der Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 23 EGGVG.
- Kommt es zur Hauptverhandlung, können Fehler im Ermittlungsverfahren mit den Rechtsbehelfen der Berufung oder Revision, die gegen das Urteil zulässig sind, gerügt werden.

794 Gegen Maßnahmen im Ermittlungsverfahren kommt insbesondere die Beschwerde in Betracht. Werden etwa eine Durchsuchung und Beschlagnahme wegen Gefahr im Verzug von der Polizei oder der StA angeordnet, ist hiergegen (sofern noch keine Hauptverhandlung stattgefunden hat) auch der Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 98 II S. 2 StPO statthaft. Der Antrag ist aber nur zulässig, sofern der Betroffene durch die Maßnahme noch beschwert ist.

- Maßnahmen der Beschlagnahme beschweren den Betroffenen, solange die Beschlagnahme andauert. Gegen diese ist daher der Antrag zulässig, soweit Gegenstände beschlagnahmt und noch nicht wieder zurückgegeben worden sind.

¹⁵³⁶ BGH NSTZ 2007, 166 f.; bestätigt in BGH NJW 2007, 2341, 2342.

¹⁵³⁷ BGH NJW 2003, 3142; zust. BVerfG StV 2006, 72, 77.

¹⁵³⁸ BGHSt 26, 332, 335; BGH NSTZ 1986, 207.

¹⁵³⁹ BGH NJW 2007, 2341, 2342.

- Eine Durchsuchung kann beanstandet werden, solange sie noch andauert. Das ist etwa der Fall, wenn im Rahmen der Durchsuchung umfängliche Unterlagen mitgenommen und durchgesehen werden müssen.

Gegen gerichtliche Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlüsse ist die Beschwerde (§ 304 StPO) zulässig. **795**

III. Der Abschluss des Ermittlungsverfahrens

Haben Staatsanwaltschaft und deren Ermittlungsbeamte unter Erschöpfung aller zur Verfügung stehenden Beweismittel die Ermittlungen zu Ende geführt und ergeben sich auch keine Ansatzpunkte zur Ermittlung neuer Tatsachen, muss die StA das Ermittlungsverfahren beenden; sie muss darüber entscheiden, ob sie öffentliche Klage erhebt oder das Verfahren einstellt. **796**

1. Erhebung der öffentlichen Klage

Haben die bisherigen Ermittlungen ergeben, dass der Beschuldigte der Tat hinreichend verdächtig ist und deshalb vom Gericht wahrscheinlich verurteilt wird, erhebt die StA öffentliche Klage (vgl. § 170 I i.V.m. § 203 StPO). Der zuständige Staatsanwalt hat insoweit zu prognostizieren, wie das Gericht letztlich entscheiden wird.¹⁵⁴⁰ **797**

Ist die Straferwartung gering, steht der StA unter den Voraussetzungen des § 407 I StPO alternativ zur Erhebung der Anklage die Möglichkeit des Stellens eines Antrags auf Erlass eines **Strafbefehls** zur Verfügung. Das Strafbefehlsverfahren stellt ein vereinfachtes Verfahren zur Bewältigung einfacher und mittlerer Kriminalität dar und erlaubt eine Festsetzung der Strafe ohne Hauptverhandlung und Urteil. Dies dient der Entlastung von Gericht und Staatsanwaltschaft. Da mit dem Strafbefehlsverfahren andererseits gerade auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet wird, sind mit ihm grds. lediglich die Festsetzung von Geldstrafen oder sonst wenig einschneidenden Sanktionen möglich. Zum Strafbefehlsverfahren vgl. im Übrigen Rn 1320 ff. **798**

2. Einstellung des Verfahrens

a. Einstellung wegen Nichtbestätigung des Anfangsverdachts, § 170 II S. 1 StPO

Ergeben die Ermittlungen keinen hinreichenden Tatverdacht bzw. steht der Strafverfolgung ein Verfahrenshindernis entgegen, muss die StA das Verfahren einstellen, § 170 II S. 1 StPO. Da diese Einstellungsentscheidung weder eine Verurteilung noch einen Freispruch bedeuten kann, tritt auch kein Strafklageverbrauch ein (vgl. dazu Rn 16 ff.). Die StA kann also jederzeit das Ermittlungsverfahren wieder aufnehmen. **799**

Eine Einstellung nach § 170 II StPO kann sich aus tatsächlichen und/oder rechtlichen Gründen ergeben. **800**

- Aus tatsächlichen Gründen ist das Verfahren einzustellen, wenn der Sachverhalt nicht bewiesen werden kann, etwa weil er sich im Nachhinein anders als zunächst angenommen herausstellt, die Beweise nicht ausreichen oder ein Beweisverwertungsverbot besteht.
- Aus rechtlichen Gründen ist das Verfahren einzustellen, wenn der ermittelte Sachverhalt rechtlich keine Strafbarkeit begründet, also entweder kein Straftatbestand erfüllt ist, ein Rechtfertigungs-, Entschuldigungs-, oder Strafaufhebungsgrund besteht oder dauernde Verfahrenshindernisse der Verurteilung entgegenstehen.

¹⁵⁴⁰ BGHSt 15, 155, 158; *Kindhäuser*, § 10 Rn 2.

- 801** Stellt die StA das Verfahren ein, hat sie den Anzeigersteller hierüber zu bescheiden, § 171 S. 1 StPO. Ist der Anzeigersteller zugleich der Verletzte, hat sie ihn zugleich über die Möglichkeit des Klageerzwingungsverfahrens zu belehren, § 171 S. 2 StPO. Denn gem. § 172 StPO hat der Antragsteller, der zugleich der Verletzte ist, die Möglichkeit, das Klageerzwingungsverfahren einzuleiten. Der Beschuldigte erhält dagegen von der Einstellung eine Nachricht nur unter den Voraussetzungen des § 170 II S. 2 StPO. Es ist also möglich, dass gegen jemanden ein Ermittlungsverfahren durchgeführt worden ist, ohne dass er überhaupt davon Kenntnis erlangt.
- 802** Eine Einstellung erfolgt auch, wenn nur ein **Privatklagedelikt** gem. § 374 StPO in Frage steht und die StA das öffentliche Interesse i.S.v. § 376 StPO verneint. Sie verweist dann den Antragsteller auf den Privatklageweg. Vgl. dazu näher Rn 1307 ff.

b. Einstellung aufgrund des Opportunitätsprinzips, §§ 153 ff. StPO

Weitere Einstellungsmöglichkeiten ergeben sich aufgrund des **Opportunitätsprinzips** nach §§ 153 ff. Es besteht folgende Systematik:

- Einstellung ohne Auflagenerteilung, § 153 StPO
- Einstellung unter Auflagenerteilung, § 153a StPO
- Einstellung im Beschleunigungsinteresse, § 154 StPO

aa. Einstellung ohne Auflagenerteilung, § 153 StPO

- 803** Die Vorschrift statuiert eine Ausnahme vom Legalitätsprinzip, um die Möglichkeit zu eröffnen, bei Bagatelldelikten das Strafverfahren einzustellen. Sie erlaubt die Nichtverfolgung bei Vergehen, also nicht bei Verbrechen (vgl. zur Unterscheidung § 12 I StGB). Ist die Tat nicht strafbar oder schon nicht verfolgbar, scheidet eine Anwendung des § 153 StPO von vornherein aus.¹⁵⁴¹
- 804** Die Polizei ist nicht befugt, das Verfahren gem. § 153 StPO einzustellen, weil sie hierfür keine Kompetenz besitzt. Sie kann nicht in eigener Zuständigkeit von der Verfolgung absehen, sondern muss die Akten zunächst der StA vorlegen (§ 163 II S. 1 StPO). Stellt die StA das Verfahren ein (§ 153 I StPO), braucht sie die Zustimmung des Gerichts, es sei denn, dass es sich um ein Vergehen handelt, dessen Strafrahmen bei der Mindeststrafe beginnt (§§ 38, 40 StGB) und bei dem die Tatfolgen gering sind (bei Vermögensdelikten bis ca. 50,- €; das Affektionsinteresse des Geschädigten wird nicht berücksichtigt)¹⁵⁴², § 153 I S. 2 StPO.

Beispiel: Eine Einstellung nach § 153 StPO bedarf in den Fällen des § 244 StGB der richterlichen Zustimmung, weil die Strafandrohung im Mindestmaß erhöht ist (das Mindestmaß einer Freiheitsstrafe beträgt gem. § 38 II StGB einen Monat; § 244 StGB enthält ein Mindestmaß von sechs Monaten, ist also im Mindestmaß erhöht). Demgegenüber handelt es sich beim besonders schweren Fall des Diebstahls (§ 243 StGB) nur um eine Strafzumessungsregel, sodass für die Frage nach der Einstellung gem. § 153 StPO die Strafandrohung des § 242 StGB zählt, welche nicht im Mindestmaß erhöht ist, sodass im Ergebnis kein Vergehen vorliegt, das mit einer im Mindestmaß erhöhten Strafandrohung versehen ist. Hier kann also die StA ohne Zustimmung des Gerichts einstellen, sofern die durch die Tat verursachten Folgen gering sind, § 153 I S. 2 StPO.

¹⁵⁴¹ Meyer-Goßner/Schmitt, § 153 Rn 3.

¹⁵⁴² Bei Steuer- und Zollstrafsachen tritt ergänzend § 398 AO hinzu. Dort werden Einstellungen selbst bei höheren Schadenssummen vorgenommen. Bei Betäubungsmittelstrafsachen lässt § 31a BtMG das Absehen von der Verfolgung ohne Zustimmung des Gerichts zu, wenn bei bestimmten Straftaten der Täter das Betäubungsmittel lediglich zum Eigenverbrauch in geringer Menge anbaut, besitzt usw. Nach Auffassung des BVerfG (E 90, 145 ff.) ist in diesen Fällen grds. von der Verfolgung abzusehen.

Voraussetzung für eine Einstellung nach § 153 I StPO ist aber, dass die Sache noch nicht bei Gericht anhängig ist (vgl. den Umkehrschluss aus § 153 II StPO). 805

Der Beschuldigte muss nicht einverstanden sein und noch nicht einmal gehört werden (die ggf. erforderliche Zustimmung des Gerichts ist nur eine interne Prozessklärung und nicht eine Entscheidung i.S.d. § 33 II StPO). Anders verhält es sich im Fall des § 153 II S. 1 StPO. Hier hat der Angeschuldigte das Recht, seine Zustimmung zur Einstellung zu verweigern, etwa um einen Freispruch zu erkämpfen. Dann aber trägt er auch das Risiko einer Verurteilung. 806

Zu den Voraussetzungen: Die Einstellung nach § 153 StPO setzt voraus, dass die Schuld des Täters bei einer hypothetischen Betrachtungsweise als gering anzusehen wäre und an einer Verfolgung kein öffentliches Interesse besteht. 807

a.) Geringe Schuld

Streng genommen kann im Zeitpunkt der Entscheidung über die Einstellung nach § 153 StPO noch gar nicht festgestellt werden, ob die Schuld des Täters gering ist. Denn über die Schuld entscheidet der Richter im Hauptverfahren durch Urteil. Es ist also eine hypothetische Betrachtungsweise angesagt. Die hypothetisch unterstellte Schuld ist gering, wenn sie im Vergleich mit Vergehen gleicher Art nicht unerheblich unter dem Durchschnitt liegt.¹⁵⁴³ Als Kriterien für „geringe Schuld“ lassen sich auch die bei einer Verurteilung für die Strafzumessung relevanten Kriterien des § 46 II StGB verwenden, also insbesondere die geringe kriminelle Energie, die geringe Höhe des verursachten Schadens und die Gesinnung des Täters. 808

b.) Kein öffentliches Interesse an der weiteren Strafverfolgung

Darüber hinaus darf ein öffentliches Verfolgungsinteresse der Einstellung nicht entgegenstehen. Wann das öffentliche Interesse an einer Strafverfolgung der Einstellung entgegensteht, beantwortet das Gesetz nicht. Es können spezial- oder generalpräventive Gründe sein, die gegen eine Einstellung sprechen. Sich dabei allein auf die Person des Täters und seine Einstellung zum Recht zu stützen (Vorstrafen, Missachtung staatlicher Autorität, etc.), läuft meist auf ein Gesinnungsstrafrecht hinaus, es sei denn, solche Aspekte sprechen für die Gefährlichkeit des Täters. Daher sind auch die legitimen Belange der Allgemeinheit und die des durch die Tat Verletzten in die Überlegung mit einzu beziehen. Daher können das Sicherheitsbedürfnis der Bevölkerung, das Interesse der Allgemeinheit an der Aufklärung einer Tat, die Aufsehen erregt hat, sowie der Schutz des Verletzten gegen eine Einstellung nach § 153 StPO sprechen. Als Faustformel kann man sagen, dass das öffentliche Interesse an der (weiteren) Strafverfolgung fehlt, wenn die Auswirkungen der Tat nicht über die Belange von Täter und Opfer hinausgehen. Bei der Beurteilung, ob das öffentliche Interesse besteht bzw. nicht besteht, steht der StA ein Beurteilungsspielraum zu. 809

Ist die öffentliche Klage bereits erhoben, geht die Zuständigkeit für die Einstellung auf das Gericht über, § 153 II StPO. Nimmt die StA aber die Klage (§ 156 StPO), den Strafbefehlsantrag oder nach Erlass des Strafbefehls die Klage nach § 411 III StPO zurück, wird sie wieder zuständig.¹⁵⁴⁴ Zuständig ist zunächst das Eröffnungsgericht, im Hauptverfahren das erkennende Gericht und nach Einlegung eines Rechtsmittels das Rechtsmittelgericht.¹⁵⁴⁵ 810

¹⁵⁴³ L/R-Beulke, § 153 Rn 24; Meyer-Goßner/Schmitt, § 153 Rn 3; Pfeiffer, § 153 Rn 2.

¹⁵⁴⁴ Pfeiffer, § 153 Rn 7.

¹⁵⁴⁵ Meyer-Goßner/Schmitt, § 153 Rn 21.

- 811 Die Einstellung, welche in jeder Lage des Verfahrens zulässig ist, erfolgt durch Beschluss (§ 153 II S. 3 StPO), der nicht anfechtbar ist (§ 153 II S. 3 StPO).

c.) Rechtsfolgen

- 812 Die Vorschrift des § 153 StPO weist nicht nur unbestimmte Rechtsbegriffe auf, die die StA im Einzelfall auslegen muss, sondern gewährt der StA auch ein Ermessen („kann“ einstellen). Wie jedoch aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht bekannt sein dürfte, verengt sich der Ermessensspielraum auf Null, wenn die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe zu einem bestimmten Ergebnis führt. Sind dann keine Gegenargumente ersichtlich, die erst im Rahmen der Ermessensausübung zu berücksichtigen wären, wird aus der Ermessensentscheidung faktisch (nicht rechtsdogmatisch!¹⁵⁴⁶) eine Muss-Entscheidung.

Beispiel: Gegen T läuft ein Ermittlungsverfahren wegen Diebstahls, welches durch eine Anzeige des O initiiert wurde. T hatte ein Buch des O gestohlen (Wert: 20,- €).

In diesem Fall hat das Verfahren ein Vergehen zum Gegenstand, dessen abstrakte Strafe nicht im Mindestmaß erhöht ist (vgl. § 38 II StGB), und bei dem die Folgen der Tat gering sind. Daher ist auch die Mitwirkung des Gerichts nicht erforderlich, § 153 I S. 2 StPO. Auch die Schuld des T dürfte angesichts des Werts des Buches als gering anzusehen sein. Schließlich dürfte das öffentliche Interesse an der (weiteren) Strafverfolgung fehlen, weil die Auswirkungen der Tat nicht über die Belange von T und O hinausgehen.

Somit sind die Tatbestandsvoraussetzungen des § 153 I S. 2 StPO für eine Einstellung gegeben. Allerdings steht der Einstellungsbehörde darüber hinaus ein Ermessen zu. Denn § 153 I S. 1 StPO spricht von: „kann ... einstellen“. Im vorliegenden Fall sind jedoch keine Gründe ersichtlich, die trotz Vorliegens der Einstellungsbedingungen gegen eine Einstellung sprechen. Daher *muss* die StA einstellen, auch wenn es sich rechtsdogmatisch nach wie vor um eine Ermessensentscheidung handelt.¹⁵⁴⁷

- 813 Die Einstellung nach § 153 I StPO (also die Einstellung **durch die StA**) führt dem Gesetzeswortlaut zufolge **nicht** zu einem **Strafklageverbrauch**.¹⁵⁴⁸ Denn anders als bei § 153a StPO muss der Beschuldigte ja auch keine Auflagen oder Weisungen erfüllen, die ein legitimes Bedürfnis nach Rechtssicherheit begründen würden. Daher kann im Fall des § 153 I StPO die StA die Verfolgung der Tat wieder aufnehmen, wenn es dafür sachliche Gründe gibt, etwa wenn sich später herausstellt, dass es sich bei der Tat in Wahrheit um ein Verbrechen handelt (z.B. Raub statt Diebstahl). Rechtskraft bzw. Strafklageverbrauch entstehen also nicht. Daher bleibt z.B. auch ein Privatklageverfahren möglich. Ein Klagerzwingungsverfahren (§§ 172 ff. StPO) ist dagegen unzulässig.¹⁵⁴⁹

- 814 Unklar ist dagegen, ob der Einstellungsbeschluss **des Gerichts** nach § 153 II StPO zu einem (beschränkten) Strafklageverbrauch führt. Zwar sieht auch der Wortlaut des § 153 II StPO keinen Strafklageverbrauch vor, da der Beschuldigte schließlich auch hier keine Sanktion erhalten hat. Nach Auffassung des BGH¹⁵⁵⁰ soll unter bestimmten Voraussetzungen aber ein Strafklageverbrauch analog § 153a I S. 5 StPO eintreten. Denn das Gericht habe den Sachverhalt umfassend geprüft und der Beschuldigte könne bei einer Einstellung ohne Auflage nicht schlechter stehen als bei Einstellung mit Auflage aufgrund eines sogar höheren Schuldgehalts. Allerdings genügen auch nach Auffassung des BGH neue Tatsachen und Beweismittel, die eine schärfere rechtliche Beurteilung ermöglichen, nicht, um das Verfahren wiederaufzunehmen. Eine Wiederaufnahme soll aber möglich

¹⁵⁴⁶ Abweichend *Volk/Engländer*, § 12 Rn 15 a.E.

¹⁵⁴⁷ Vgl. dazu ausführlich *R. Schmidt*, *AllgVerwR*, 21. Aufl. 2018, Rn 308.

¹⁵⁴⁸ Zum Strafklageverbrauch vgl. Rn 16 ff. sowie die Ausführungen zu § 153a StPO bei Rn 821.

¹⁵⁴⁹ OLG Frankfurt NSTZ-RR 2001, 20.

¹⁵⁵⁰ BGHSt 48, 331, 333 f. mit Anm. v. *Kühne*, *JZ* 2004, 743 ff., *Heghmanns*, *NStZ* 2004, 633 und *Beulke*, *JR* 2005, 37 ff.

sein, wenn bei einer Einstellung verkannt wurde, dass es sich um einen Teilakt einer Dauerstraftat oder einer Bewertungseinheit gehandelt hat.¹⁵⁵¹

Die Versagung der Einstellung nach § 153 II StPO (also durch das Gericht) kann nicht mit der Revision gerügt werden. Jedoch kann das Revisionsgericht das Verfahren bei zulässiger Revision mit Zustimmung der bei ihnen bestehenden StA und des Angeklagten selbst einstellen.

815

aa. Einstellung unter Auflagenerteilung, § 153a StPO

§ 153a I StPO lässt ein Absehen von der Anklageerhebung unter Erteilung von Auflagen und/oder Weisungen gegen den Beschuldigten eines Vergehens zu, wenn dies geeignet ist, das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung zu beseitigen, und wenn die Schwere der Schuld „nicht entgegensteht“. Wie bei § 153 StPO *muss* die Einstellungsbehörde trotz des Wortlauts „kann“ einstellen, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 153a StPO erfüllt sind.

816

Die Formulierung „wenn die Schwere der Schuld nicht entgegensteht“ bedeutet letztlich nichts anderes, dass eine Einstellung nicht nur bei „geringer Schuld“ (wie bei § 153 StPO), sondern auch bei „mittlerer Schuld“ in Betracht kommt, womit der Anwendungsbereich des § 153a StPO in den Bereich der **mittleren Kriminalität** hinreicht. Damit wird der Zweck der Vorschrift offenkundig: Sie soll ein einfaches Erledigungsverfahren im Bereich der kleinen und mittleren Kriminalität mit entsprechenden Beschleunigungs- und Entlastungseffekten zur Verfügung stellen.¹⁵⁵² Im zynischen Sinne geht es um den „Freikauf“ von (wirtschaftlich) privilegierten Delinquenten. Der Beschuldigte sieht sich oft vor die Wahl gestellt, einer Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO zuzustimmen oder aber eine möglicherweise langwierige Beweisführung in der Hauptverhandlung, die zur Offenbarung unangenehmer persönlicher und/oder beruflicher Details führen kann, über sich ergehen lassen zu müssen. In solchen Fällen wird so mancher prominenter bzw. wohlhabender Angeklagter das Licht der Öffentlichkeit scheuen und einer Einstellung nach § 153a StPO zustimmen bzw. sie vorantreiben statt weiter zu kämpfen und auf einen Freispruch zu hoffen.

817

Typische **Anwendungsfälle** sind Eigentums- und Vermögensdelikte oberhalb der Antragsgrenze, leichte und mittlere Verkehrsstraftaten, die Verletzung der Unterhaltungspflicht, aber auch die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides statt. Bei fahrlässiger Tötung kommt § 153a StPO nur in besonders gelagerten Fällen in Betracht.¹⁵⁵³ Bei Wirtschafts- und Steuerstraftaten soll von der Verfolgung abgesehen werden können, wenn der Schaden nicht zu erheblich ist und es sich um ein einmaliges Fehlverhalten handelt.¹⁵⁵⁴ Tatsächlich wird in der Praxis § 153a StPO auch bei hohen Schäden angewendet, insbesondere, wenn der Schaden (im Wesentlichen) wiedergutmacht ist und der Täter an der Aufklärung mitwirkt.¹⁵⁵⁵

Der Effekt der Vorschrift ist eine Entkriminalisierung durch Kompensation. Die Auflagen (§ 153a I Nr. 1-3, StPO¹⁵⁵⁶) und Weisungen (Nr. 4¹⁵⁵⁷, Nr. 5 und Nr. 6) sind Sanktionen

818

¹⁵⁵¹ Kritisch zur Rspr. des BGH *Heghmanns*, NSTZ 2004, 633 und *SK-Weßlau*, § 153 Rn 57 mit dem Hinweis auf den Rechtsgedanken des § 47 III JGG. Eine Übertragung des Rechtsgedankens des § 47 III JGG auf § 153 II StPO verbietet sich aber schon aus systematischen Gründen, da es sich bei den Vorschriften des JGG um Spezialregelungen handelt, deren Wertung nicht ohne weiteres auf die allgemeinen Regelungen der StPO übertragen werden dürfen.

¹⁵⁵² *L/R-Beulke*, § 153a Rn 3; *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153a Rn 2.

¹⁵⁵³ *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153a Rn 8.

¹⁵⁵⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt*, § 153a Rn 8.

¹⁵⁵⁵ *Joeks*, § 153a Rn 6.

¹⁵⁵⁶ Vgl. § 56b I StGB.

¹⁵⁵⁷ Vgl. § 56c II Nr. 5 StGB.

ohne Strafcharakter. Entscheidungen nach § 153a StPO werden dementsprechend auch nicht in das Bundeszentralregister (BZR) eingetragen.¹⁵⁵⁸

- 819** Auch bei § 153a StPO bestehen grundsätzlich Zustimmungserfordernisse. So muss der Beschuldigte stets zustimmen, da ihm schließlich eine Sanktion auferlegt wird, der er sich „unterwerfen“ muss.¹⁵⁵⁹ Stellt die Staatsanwaltschaft ein (§ 153a I StPO), ist die Zustimmung des Gerichts nur im Grundsatz erforderlich. Das grundsätzlich bestehende Zustimmungserfordernis des Gerichts soll verhindern, dass die StA trotz Bestehens eines öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung die Sache einfach einstellen kann. Diese Ratio greift allerdings nicht bei Vergehen, bei denen die Strafe nicht im Mindestmaß erhöht ist (vgl. § 38 II StGB) und die Folgen der Tat gering sind, § 153a I S. 7 i.V.m. § 153 I S. 2 StPO. In diesen Fällen ist die Zustimmung des Gerichts entbehrlich. Ist die Klage bereits erhoben, kann gem. § 153a II StPO das Gericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft und des Angeschuldigten das Verfahren bis zum Ende der Hauptverhandlung¹⁵⁶⁰ vorläufig einstellen und zugleich dem Angeschuldigten die in § 153a I S. 1 und S. 2 StPO bezeichneten Auflagen und Weisungen erteilen (§ 153a II S. 1 StPO).
- 820** Das Einstellungsverfahren nach § 153a StPO ist zweistufig: Zunächst erfolgt unter den Voraussetzungen des § 153a I StPO eine vorläufige Einstellung des Verfahrens. Sind die erteilten Auflagen und Weisungen erfüllt, wird das Verfahren endgültig eingestellt.
- 821** Erfüllt der Beschuldigte die Auflage i.S.v. § 153a StPO, entsteht bzgl. der prozessualen Tat ein **eingeschränkter Strafklageverbrauch**: Gemäß § 153a I S. 5 StPO kann die Tat nicht mehr als Vergehen verfolgt werden (wohl aber noch als Verbrechen). Dies gilt jeweils nur für Delikte, die zu derselben prozessualen Tat i.S.v. § 155 StPO gehören. Handelt es sich prozessual um eine selbstständige Tat, kann diese, weil sie nie sanktioniert worden ist, uneingeschränkt verfolgt werden.

Beispiel: Autofahrer T kollidiert im alkoholisierten Zustand mit Radfahrer R. Dieser wird leicht verletzt und stellt am nächsten Morgen Strafanzeige gegen T wegen fahrlässiger Körperverletzung. Es kommt zu einem Ermittlungsverfahren. Der Anwalt des T beantragt bei der StA, das Verfahren gegen T wegen Geringfügigkeit einzustellen.

Bei der fahrlässigen Körperverletzung (§ 229 StGB) handelt es sich um eine Straftat, die gem. § 230 StGB nur auf Antrag verfolgt wird, es sei denn, dass die StA ein besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Das ist vorliegend offenbar aufgrund der Alkoholisierung des T im Tatzeitpunkt der Fall.

I. Einstellung wegen Geringfügigkeit nach § 153 I S. 1 StPO

Möglicherweise kann das Verfahren aber wegen Geringfügigkeit eingestellt werden. In Betracht kommt zunächst eine Einstellung nach § 153 I S. 2 StPO, weil das Hauptverfahren gegen T noch nicht eröffnet wurde und es sich bei der fahrlässigen Körperverletzung nicht um eine Straftat handelt, bei der die Strafe im Mindestmaß erhöht ist (vgl. § 38 II StGB). Dies setzt aber nicht nur eine (hypothetisch unterstellte) geringe Schuld des Täters vo-

¹⁵⁵⁸ Anders verhält es sich bei Verurteilungen zu einer Strafe. Hier liegt die „magische Grenze“ bei 90 Tagessätzen Geldstrafe oder drei Monaten Freiheitsstrafe. Ist die Strafe nicht höher, wird sie zwar in das BZR eingetragen, nicht aber in das Führungszeugnis aufgenommen; der Verurteilte darf sich als nicht vorbestraft bezeichnen, § 32 II Nr. 5 BZRG; zur beschränkten Auskunft an Behörden vgl. § 41 BZRG (vgl. *Volk/Engländer*, § 12 Rn 23).

¹⁵⁵⁹ In der Praxis ist das Verfahren so ausgestaltet, dass die StA den Beschuldigten bzw. dessen Verteidiger anschreibt und ihm mitteilt, dass eine Einstellung nach § 153a I StPO beabsichtigt sei. In dem Anschreiben ist auch die beabsichtigte Auflage bzw. Weisung mitgeteilt. Die StA setzt eine Frist, innerhalb derer der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger mitzuteilen hat, ob man der Einstellung unter Erteilung der Auflage oder der Weisung zustimmt.

¹⁵⁶⁰ Durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl I 2017, S. 3202) ist der zuvor in der Vorschrift enthaltene Satzbestandteil „bis zum Ende der Hauptverhandlung, in der die tatsächlichen Feststellungen letztmals geprüft werden können“ gestrichen worden. Damit hat der Gesetzgeber eine Einstellung des Verfahrens nach § 153a StPO (d.h. gegen Auflagen oder Weisungen) also auch im Revisionsverfahren durch das Revisionsgericht ermöglicht. Mit der Neuregelung wird also vermieden, dass das Verfahren erst an die Tatsacheninstanz zurückverwiesen werden muss, bevor es von dieser eingestellt werden kann. Die erforderliche Zustimmung erteilt die StA bei dem Revisionsgericht (siehe BT-Drs. 18/11277, S. 29 f.).

Sachverzeichnis

- Abgeordnete des Bundestags** 422, 466
Ablehnung von Beweisanträgen 1032
Ablehnung von Gerichtspersonen 199 ff.
Ablehnungsbeschluss 834
Absolute Revisionsgründe 1230
- Mangel der Zuständigkeit 1239
- Mangelnde Urteilsbegründung 1256, 1259
- Mitwirkung eines abgelegten Richters 1236
- Mitwirkung e. ausgeschlossenen Richters 1235
- Öffentlichkeitsgrundsatz 1249
- Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes 1249
- Vorschriftswidrige Abwesenheit 1242
- Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts 1232
Abreden 3, 111, 1156
Abwägungslehre 1075
Adhäsionsverfahren 1319
Akkusationsprinzip 18, 83
Akteneinsichtsrecht des Verteidigers 189
akustische Überwachung außerhalb von Wohnungen 623 ff., 1070, 1112, 1114a
akustische Wohnraumüberwachung 600 ff., 1070, 1113, 1114a
Allgemeines Persönlichkeitsrecht 1122
Amtliche Wahrnehmung 737
Amtsgericht 32, 33 ff.
Anfangsverdacht 86, 727
Anfechtungsberechtigung 1171
Angaben zur Person 925
Angeklagter 221
Angeschuldigter 221
Anklagegrundsatz 18, 83
Anklagemonopol 83, 86
Anklageschrift 824
Annahmeerufung 1182
Anwesenheitsrecht des Verteidigers 189
Auflagenerteilung 803, 816
Aufruf zur Sache 849
Augenscheinsbeweis 884, 994
Aushorchen in der Untersuchungshaft 1114
Auskunft über Telekommunikationsverbindungen 633 ff.
Auskunftsverweigerungsrecht 281
Auslandszeuge 1049
Ausnahmegesetz 26
Aussageverweigerungsrecht 231
Ausschluss des Verteidigers 194
Ausschluss von Gerichtspersonen 199 ff.
Ausschreibung zur pol. Beobachtung 694a
Ausschuss der Öffentlichkeit 137
Außerdienstliche Kenntniserlangung vom Verdacht einer Straftat 92
Aussetzung der Hauptverhandlung 873
- Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache** 1037
Bedingter Beweisantrag 1018
Befangenheit des Richters 203
Befangenheit des Staatsanwalts 169
Begriff der Tat 16
Belehrung des Beschuldigten 219, 238, 746, 781, 855, 1090, 1091
Belehrung von Zeugen 1079
Beobachtung 694a
Beratung des Urteils 1150
Berufung 61, 1180 ff.
Beschlagnahme 410 ff.
Beschlagnahmefreie Gegenstände 453 ff.
Beschlagnahmeverbote 445 ff., 451 ff., 1088
Beschleunigtes Verfahren 1326 ff.
Beschleunigungsgebot 104 ff., 873
Beschuldigtenbelehrung 219, 238, 746, 781, 855, 1090, 1091
Beschuldigtenvernehmung 219, 222, 238, 743, 746, 781, 855, 1090 ff.
Beschuldigter (Begriff) 216 ff.
Beschwer 1172, 1190
Beschwerde 64, 1278 ff.
Beteiligte des Verfahrens 153 ff.
Betriebsraum 503
Bewegliche Zuständigkeit 34
Beweisanregung 1030
Beweisantragsrecht 189, 1001
Beweisaufnahme 881
Beweiserhebung über Private 752, 1099
Beweiserhebungsverbote 1066
Beweisermittlungsantrag 1012, 1028
Beweiskraft des Protokolls 878
Beweismethodenverbote 1066
Beweismittel 884
Beweismittelerlangung durch Private 752, 1099, 1118
Beweismittelverbote 1066
Beweisregeln 118
Beweisstatsache 1008
Beweisthemaverbote 1066
Beweisverbote 1065
Beweisverwertungsverbote 238, 271, 285, 778, 990, 1065, 1067 ff.
Bild- und Tonaufnahmen im Gerichtssaal 140
Bildaufnahmen 648 ff.
Bildaufnahmen außerhalb von Wohnungen 622
Bindung der Staatsanwaltschaft an höchstrichterliche Rechtsprechung 93
Blinder Richter 119
Blutprobe 329 ff.
Brechmittel 335
Bundestagsabgeordnete 422, 466
- Cicero** 465
- Datenabgleich** 549 ff.
Deal 3, 111, 1156
Devolutiveffekt 1168
Devolutivrecht 160
DNA-Analyse 365, 374 ff., 409
Doppelfunktion der Polizei 171
Dringender Tatverdacht 699, 730
Drohung 775
Durchsicht von Papieren 531 ff.
Durchsuchung beim Verdächtigen 495 ff.
Durchsuchung bei anderen Personen 508 ff.
Durchsuchung des Beschuldigten 330
- Ehegatten** 265
Eidespflicht 255
Eidesverbot 933
Einfacher Vorhalt 977, 978
Eingeschränkter Strafklageverbrauch 821
Einstellung des Verfahrens 94 ff., 799
Einstweilige Unterbringung 696, 699
Einziehung 411, 451
Erhebung von Verkehrsdaten 633 ff.
Erkenntnisverfahren 9 ff.
Erkennungsdiensliche Maßnahmen 402 ff.
Ermächtigungsdelikte 82
Ermittlungsgrundsatz 108 ff., 722

Sachverzeichnis

- Ermittlungsrichter 785
Ermittlungsverfahren 10, 720
Ermüdung 761
Eröffnungsbeschluss 18, 829
Erscheinungspflicht
- des Beschuldigten 125
- des Zeugen 251
Erste Instanz 32
Eventualbeweis Antrag 1021
- Fahndungsmaßnahmen** 173
Fahrerlaubnis (vorläufige Entziehung) 482
Fair-trial-Prinzip 102 ff., 792a
Fehlende Zeugenbelehrung 1079
Fehlerhafte Beschuldigtenbelehrung 1090
Fernwirkung 782, 1091, 1134, 1262
Festnahme (vorläufige) 719
Feststellung der Wahrheit 2
Fingerabdrücke 402 ff.
Fluchtgefahr 700
Folter 753
formeller Beschuldigtenbegriff 216 ff.
Formfreier Vorhalt 903, 953, 977, 978
Formloser Vorhalt (siehe formfreier Vorhalt)
Fortwirkung 781, 1091, 1262
Fotografieren im Gerichtssaal 140
Fragerecht des Verteidigers 189
Fragerechte 872
Freibeweis 884
Freie Beweiswürdigung 1136
Freie richterliche Beweiswürdigung 118, 1060
Frühere Vernehmung 908
fruit of the poisonous tree 782, 1134
Führerscheinbeschlagnahme 471 ff., 481
Fürsorgepflicht Gericht 148, 197
- Gang des Verfahrens** 8 ff.
Gefahr im Verzug 337
Gericht 198 ff.
Gerichtliche Zuständigkeit 31
Gerichtsorganisation 55
Gerichtsstand 56 ff.
Geringe Schuld 808
Geschäftsraum 503
Geschäftsverteilungspläne 114
Geschworene 50
Gesetzlicher Richter 24, 112 ff.
Geständnisprotokoll 980
Große Strafkammer 42
Großer Lauschangriff 600 ff., 1070, 1113
Grundsatz
- der freien richterl. Beweiswürdigung 118, 1136
- der Mündlichkeit 133
- der Öffentlichkeit 134
- der Unmittelbarkeit 141
- des fairen Verfahrens 102 ff.
- des gesetzlichen Richters 24, 112 ff.
- des rechtlichen Gehörs 142 ff.
- Haftbefehl** 697 ff.
Haftbeschwerde 711
Haftgrund 700
Haftprüfung 710
Handy 644
Hauptverfahren 12, 840
Hauptverhandlung 12, 840
Hauptverhandlungshaft 696
Heimliche Sprachaufnahmen 770
- Herstellung des Rechtsfriedens 5
Hilfsbeweis Antrag 1020
Hinreichender Tatverdacht 86, 730
Hörfalle 243 f., 756, 1109, 1114-1116
Hypnose 771
hypothetical clean path doctrine 782, 1076 f
Hypothetischer Ermittlungsverlauf 782, 1076 f.
- Identitätsfeststellung** 384 ff.
IMSI – Catcher 655 ff.
In dubio pro reo 126, 1137
Informant 225, 660, 891
Informatorische Befragung 225, 241a, 922c, 1091
Inquisitor 83
Intimsphäre 1124
Jugendgerichtsgesetz 100
Jugendschutzkammer 43
- Kammergericht** 44
Kautions 696
Kenntniserlangung über Private 752, 1099, 1118
Klageerzwingungsverfahren 90, 801
Kleiner Lauschangriff 623 ff., 1112
konfrontative Befragung 103, 792a
Kontaktrecht des Verteidigers 189
Kontrollstelle 492
Konzentrationsmaxime 104 ff., 873
Körperliche Untersuchung 329, 352, 1100
Körperliche Untersuchung anderer Personen
352, 1100
Körperliche Untersuchung des Beschuldigten
329, 1100
Körperlicher Zwang 774
Kreuzverhör 872
- Landgericht** 32, 41 ff.
Längerfristige Observation 686 ff.
Lauschangriff 600 ff., 623 ff., 1070, 1113
Legalitätsprinzip 86 ff., 725
legendierte Polizeikontrollen 546a ff., 1068
Lichtbilder 402 ff.
Lügendetektor 771
- Mangel der Zuständigkeit** 1239
Massengentest 374 ff.
Mauterfassungssystem 640
Misshandlung 760
Mitbeschuldigter 269
Mitbeschuldigter als Zeuge 269, 294
Mitwirkung eines abgelegten Richters 1236
Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters 1235
Mobiltelefon 633 ff.
Molekulargenetische Untersuchung 365 ff.
Mündlichkeitsprinzip 133
- Nacheid** 933
Nachträgliche Ausübung des Zeugnisverweigerungsrechts 286, 899
Ne bis in idem 16, 813, 821
Nebenklage 1317 ff.
Nemo tenetur 121, 124, 1268
Nicht eheliche Lebensgemeinschaft 267
Nicht offen ermittelnder Polizeibeamter 659, 893
Notstaatsanwalt 787
- Oberlandesgericht** 32, 44 ff.
Observation 686 ff., 1111
Offenkundige Beweistatsache 1036

Sachverzeichnis

- Öffentliche Anklage 797
Öffentlichkeitsgrundsatz 134, 871, 1249
Öffentlichkeitssphäre 1126
Offizialdelikt 734
Offizialprinzip 69 ff.
Opportunitätsprinzip 83, 94 ff., 725
Ordnungswidrigkeitenrecht 101
Örtliche Zuständigkeit der Gerichte 56 ff.
- P**
Pflichtverteidigung 195
Polizei 171 ff.
Polygraph 772
Postbeschlagnahme 562 ff.
Postpendenz 1149
Präklusion 1261
Präpendenz 1149
Privatklage 80, 1307 ff.
Privatsphäre 1125
Protokollverlesung 900
Protokollverlesung zur Gedächtnisunterstützung 976
Prozessmaximen 65 ff.
prozessuale Tat 16 ff., 1135
Prozessvoraussetzungen 149 ff.
- Q**
Quälerei 765
qualifizierte Belehrung 219, 781, 1091
- R**
Rasterfahndung 549 ff.
Rechtliches Gehör 142 ff.
Rechtskreisstheorie 1073
Rechtsmittel 61 ff., 1165 ff.
Rechtsmittelverzicht 1154, 1156, 1157, 1160, 1161, 1163a, 1175a
Rechtsquellen des Strafprozessrechts 7
Rechtsschutz gegen Zwangsmaßnahmen 309, 547 ff., 694b ff.
reformatio in peius 1176
Relative Revisionsgründe 1213 ff.
Revision 62, 1186 ff.
Richter als Zeuge 290
Richterliche Überzeugung 118
Richterliche Unabhängigkeit 29
Richtervorbehalt 1117
RiStBV 7
Rügepräklusion 1261
Rügeverkümmern 879a
- S**
Sachliche Zuständigkeit der Gerichte 32
Sachrüge 1186, 1202, 1265
Sachverständigenbeweis 884
Sachverständigenvernehmung 784
Sachverständiger 296, 936
sachverständiger Zeuge 937
Sanktionsschere 776
Schleppnetzfahndung 694a
Schlichter Vorhalt 903, 953, 977, 978
Schöffengericht 38, 49
Schutzzwecktheorie 1074
Schweigen des Angeklagten 120
Schwurgericht 42
Selbstbelastungsfreiheit 124
Selbstgespräche im Krankenzimmer 1133
Selbstleseverfahren 950
Sicherheitsleistung 696
Sicherstellung 410 ff.
Sicherungshaft 696
Sitzungsprotokoll 878, 1263
- Sondergericht 26
Sozialsphäre 1126
Sperrklärung 457, 893
Sphärentheorie 435, 1122
Spontanäußerung 224a, 241a, 922a, 922b, 1091
Spurenakten 189
Staatsanwalt als Zeuge 291
Staatsanwaltschaft 154 ff.
Staatsschutzkammer 43
Stimmenfalle 770
Strafantrag 73, 733
Strafanzeige 79, 733
Strafbefehl 1320
Strafkammer 42
Strafklageverbrauch 18, 813, 821
Strafrichter 37
Strafsenat 48
Strafverlangen 82
Strafverteidigung 184 ff.
Strafvollzugsrecht 14
Straßenkontrolle 492
Strengbeweis 884
Substitutionsrecht 162
Suspensiveffekt 1168
- T**
Tagebuch 425, 1128
Tat (Begriff) 16, 1135
Tatverdacht 86, 727 ff.
Täuschung 766
Teilanfechtung 1177
Teilweises Schweigen 122
Telefonüberwachung 576, 1101
Telekommunikationsüberwachung 578 ff., 1070, 1101
Ton- und Bildaufnahmen im Gerichtssaal 140
- Ü**
Überhaft 703
Überwachung der Telekommunikation 578 ff., 1070, 1101
Unabhängigkeit des Richters 29
Unerreichbarkeit des Beweismittels 1040
Ungeeignetheit des Beweismittels 1039
Ungehorsamschaft 696
Unmittelbarkeitsprinzip 141, 889
Unschuldsvermutung 66 ff., 126
Unstatthafte Protokollverlesung 900
Unterbrechung der Hauptverhandlung 873
Unterbringung (einstweilige) 696, 699
Unterbringung des Beschuldigten 320 ff., 696, 699
Untersuchung anderer Personen 352 ff.
Untersuchung des Beschuldigten 329 ff.
Untersuchungsgrundsatz 108 ff., 722
Untersuchungshaft 695 ff., 1114
Unzulässige Beweiserhebung 1034
Urkundenbeweis 884, 976, 939
Urteil 1135
Urteilsabsprachen 1156
- V**
Verabreichung von Mitteln 763
Verbindungsmann 225, 660, 754, 891
Verbotene Vernehmungsmethoden 748, 1096
Verdeckter Ermittler 223, 657 ff., 892, 1116
Verdunkelungsgefahr 700
Vereidigung 932
Verfahrensbeteiligte 153 ff.
Verfahrenseinstellung 94 ff.
Verfahrensgrundsätze 65 ff.
Verfahrensrüge 1186, 1201, 1204 ff.

Sachverzeichnis

- Verfahrensvoraussetzungen 149 ff.
Verfall 411, 451
Verhandlungsprotokoll 878, 1263
Verhör 928
Verkehrsdatenspeicherung 633 ff.
Verlesung von Geständnisprotokollen 980
Verlesung von Protokollen bei Widersprüchen 985
Verlesung von Schriftstücken 939
Verlesung von Vernehmungprotokollen 967
Verlesungsverbote 271 ff., 957
Verletzter 301
Verletzung des Öffentlichkeitsgrundsatzes 1249
Verlobte 264
Vernehmung des Beschuldigten 219, 222, 238,
743, 746, 781, 855, 1090 ff.
Vernehmung von Sachverständigen 784
Vernehmung von Zeugen 784
Vernehmung zur Person 925
Vernehmung zur Sache 926
Vernehmungsprotokoll 968
Verschlechterungsverbot 1176
Verschleppungsabsicht 1042
Verteidiger als Zeuge 293
Verteidigerausschluss 194
Verteidigung 184 ff.
Vertrauensperson 225, 348, 451, 660, 754, 891
Verwandtschaft 266
Verwertungsverbote 238, 271, 285, 778, 990,
1065, 1067
Videoaufzeichnung 945
V-Leute 225, 660, 754, 891
Vollstreckungshaft 696
Vollstreckungsverfahren 14
Vorbeugende Verbrechensbekämpfung 405
Vorermittlungen 86, 728
Vorhalt 889, 903, 919, 928, 953, 976 ff.
Vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis 482
Vorläufige Festnahme 719
Vorratsdatenspeicherung 633 ff.
Vorschriftswidrige Abwesenheit 1242
Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts 1232
Vorverfahren 10, 720
- Wahl**verteidigung 190, 1141
Wahrung der Gerechtigkeit 4
Wahrunterstellung 1043
Weisungsrecht 164
Wiederaufnahme des Verfahrens 1289 ff.
Wiederholungsgefahr 700
Widerspruchslösung 239
Wirtschaftsstrafkammer 43
Wohnraumüberwachung 600 ff., 1101, 1113
Wohnung 499 ff., 601
WÜK 230, 242a, 1092a
- Zeitweises** Schweigen 120
Zeuge 245 ff., 884, 888 ff.
- vom Hörensagen 245 ff., 888, 889, 898,
904, 918, 958
Zeugenbelehrung 271 ff., 924, 1079
Zeugenbeweis 884, 888 ff.
Zeugenschutz 893, 935
Zeugenstaatsanwalt 170, 291
Zeugenvernehmung 784, 923
Zeugnisverweigerungsrecht 262, 914, 1089
Zufallserkenntnisse 1102
Zufallsfunde 558, 1102
Zuständigkeit der Gerichte 31
- Zwangmaßnahmen 302 ff.
Zwischenverfahren 11, 825

18.7.2018: Verletzung der Selbstbelastungsfreiheit auch außerhalb einer Vernehmung

BGH, Urteil v. 6.3.2018 – 1 StR 277/17 (NJW 2018, 1986)

Mit Urteil v. 6.3.2018 hat der 1. Strafsenat des BGH (1 StR 277/17) entschieden, dass die Aussagefreiheit auch außerhalb von Vernehmungen nach §§136,136a StPO verletzt werden und zu einem Beweisverwertungsverbot führen kann. Ob das Urteil überzeugt, soll im Folgenden untersucht werden.

Ausgangslage: Für das Strafprozessrecht gelten verschiedene Grundsätze (Maximen), die die Struktur des Verfahrens prägen. Sie stehen im engen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip, den Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten des Grundgesetzes, sind aber nicht unmittelbare Folge aus diesen, sondern vielmehr historisch begründet: Es handelt sich um eine Errungenschaft des gegen den Obrigkeitsstaat kämpfenden Liberalismus des 18. und 19. Jahrhunderts, der u.a. die Ablösung des „Inquisitionsprozesses“ zur Folge hatte. Unter „Inquisitionsprozess“ versteht man einen geheimen Prozess, bei dem die Einleitung, die Ermittlungen und die Verurteilung in einer Hand liegen. Dass ein „Inquisitionsprozess“ in einem demokratischen Rechtsstaat keinen Platz hat, ist selbstverständlich. Dementsprechend ist das Strafverfahren von folgenden Prinzipien geleitet (siehe oben, Rn. 65):

- Unschuldsvermutung
- Offizialprinzip
- Akkusationsprinzip
- Legalitätsprinzip
- Opportunitätsprinzip
- Fair-trial-Prinzip
- Beschleunigungsgebot (Konzentrationsmaxime)
- Untersuchungsgrundsatz (Ermittlungsgrundsatz)
- Grundsatz des gesetzlichen Richters
- Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung
- Nemo tenetur se ipsum accusare
- In dubio pro reo
- Grundsatz der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit
- Grundsatz der Unmittelbarkeit
- Grundsatz des rechtlichen Gehörs
- Gerichtliche Fürsorgepflicht

Im vorliegenden Zusammenhang ist der **Nemo-tenetur-Grundsatz** einschlägig (vollständig heißt dieser lateinische Rechtssatz: nemo tenetur se ipsum procedere (oder) accusare: Niemand ist verpflichtet, sich selbst zu verraten/belasten/anzuzeigen). Dieser Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit besagt, dass der Beschuldigte nicht gezwungen werden darf, aktiv die Sachaufklärung zu fördern bzw. aktiv an seiner Überführung mitzuwirken, insbesondere, sich selbst zu belasten. Dieser Grundsatz hat Verfassungsrang (BVerfGE 38, 105, 113; 55, 144, 150; 56, 37, 43; 110, 1, 31; BGH NJW 2018, 1986, 1987); er ist Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips (Art 20 III GG) und der Grund- und Menschenrechte, insbesondere des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V.m. 1 I GG) und der Menschenwürde (Art. 1 I S. 1 GG – siehe BVerfGE 38, 105, 113; 55, 144, 150; 56, 37, 43; BGH NJW 2018, 1986, 1987). Streng genommen basiert die Selbstbelastungsfreiheit nicht auf den genannten Verfassungsbestimmungen, da sie schon lange vor Inkrafttreten des Grundgesetzes bestand. Selbstverständlich aber ist sie unter der Geltung des Grundgesetzes den genannten Bestimmungen zuzuordnen. Konventionsrechtlich ist die Selbstbelastungsfreiheit durch Art. 6 EMRK geschützt. Der Beschuldigte darf nicht zu Tests, Tatrekonstruktionen, zur Abgabe von Schrift- und Stimmproben, zum Atemalkoholtest (vgl. dazu KG NSTz 2015, 42 mit Bespr. v. Mosbacher, NSTz 2015,

42 f.) etc. gezwungen werden (BGH NSTz 2004, 392, 393; OLG Brandenburg NSTz 2014, 524, 525), wohl aber zur passiven Duldung bspw. einer Blutprobenentnahme (all dies gilt gem. § 46 OWiG auch für das Ordnungswidrigkeitenverfahren, vgl. Mosbacher, NSTz 2015, 42 f.; Geppert, NSTz 2014, 481, 482; Cierniak/Herb, NZV 2012, 409, 410 f.). Einfachgesetzlich abgesichert wird der Nemo-tenetur-Grundsatz in der StPO durch ein umfassendes Schweigerecht des Beschuldigten sowohl im Ermittlungsverfahren (§ 136 I S. 2 StPO – vgl. dazu etwa BGH NJW 2013, 2769 f.; OLG Nürnberg StRR 2014, 105 f. Vgl. auch Kasiske, JuS 2014, 15 ff.) als auch während der Hauptverhandlung (§ 243 V S. 1 StPO – vgl. nur BGH NSTz 2016, 59 f.), worauf der Beschuldigte/Angeklagte bei der Vernehmung hinzuweisen ist. Daher dürfen auch keine Spontanäußerungen des Beschuldigten/Angeklagten, die er nach der Belehrung über sein Schweigerecht macht und nach der Erklärung, dass er von seinem Schweigerecht Gebrauch mache, zum Anlass für sachaufklärende Nachfragen gemacht werden (BGH NJW 2013, 2769 f.; BGH NJW 2018, 1986, 1987). Ebenfalls ist der Nemo-tenetur-Grundsatz verletzt, wenn in einer Vernehmung oder „vernehmungähnlichen Situation“ (also einer Situation, in der außerhalb einer förmlichen Vernehmung befragt wird) der Beschuldigte nicht eigenverantwortlich entscheiden kann, ob und ggf. inwieweit er im Strafverfahren mitwirkt, die Ermittlungsperson diese Unfähigkeit der freien Entscheidung erkennt und gleichwohl durch ihr hartnäckiges Verhalten dazu beiträgt, dass der Beschuldigte die Aussagefreiheit nicht wahrnehmen kann (BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BVerfGE 38, 105, 113; 56, 37, 43; BGHSt 52, 11, 17 f.).

Dem vorliegend zu besprechenden Urteil des BGH lag folgender **Sachverhalt** zugrunde (abgewandelt, um die Probleme des Falls zu fokussieren): Aufgrund von Mietrückständen kam es zu einer Räumungsklage in Bezug auf das von T gemietete Wohnhaus. Frustrationsbedingt fasste sie daher den Entschluss, das Gebäude anzuzünden. Sie kaufte bei einer nahegelegenen Tankstelle Benzin und brachte es in einem Benzinkanister zum Haus. Dort nahm sie zehn Tabletten des Antidepressivums Sertralin ein. Anschließend verteilte sie an mehreren Stellen im Haus sowie in der Garage zusammengerolltes Zeitungspapier und sonstiges brennbares Material, übergoss es mit Benzin und entzündete dann die präparierten Stellen. Weil ein Teil des ausgebrachten Benzins verdampft und dadurch ein Benzindampf-Luft-Gemisch entstanden war, führte dies mit dem Anzünden zu einer explosionsartigen Verpuffung. Infolge des raschen Eintreffens der durch Nachbarn herbeigerufenen Feuerwehr konnte der Brand gelöscht und T unverletzt gerettet werden. T wurde noch im Bereich des Brandobjekts durch Kriminalhauptkommissar R über ihre Rechte gem. § 136 StPO belehrt. Sie äußerte daraufhin, zur Sache nicht aussagen zu wollen. In der Folge wurde T in ein Krankenhaus verbracht, um mögliche gesundheitliche Folgen der Raucheinwirkungen abklären zu lassen. Mit der Begleitung der T war die Kriminalbeamtin K beauftragt worden, welche, wie bei der Kriminalpolizei üblich, Zivilkleidung trug. Auf dem Weg zum Dienstfahrzeug fragte T, die sich bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst befand, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden, die K, ob diese Ärztin sei. K verneinte dies und wies auf ihren Polizeibeamtenstatus hin. Im Krankenhaus gab T auf Befragen des Arztes an, sie habe zehn Tabletten des Medikaments Sertralin genommen. Zudem sei viel Rauch entstanden. Sie habe „Benzin ausgeschüttet und das ausgeschüttete Benzin angezündet, überall im Erdgeschoss“, davor habe sie „Tabletten genommen“. K hielt sich zu dieser Zeit – für T erkennbar – ebenfalls im Behandlungszimmer auf und nahm daher die Äußerungen der T zur Kenntnis. Zuvor hatte K dem Arzt und der T die Frage gestellt, ob sie hinausgehen solle, ohne allerdings irgendeine Antwort zu erhalten. Später, im Krankenzimmer, ließ T die K mehrfach an ihr Bett kommen, um in Erfahrung zu bringen, wie es ihrer Tochter, die sich zur Zeit des Brandes ebenfalls im Haus aufhielt, gehe. Dabei äußerte sie gegenüber K u.a. wörtlich, dass sie einfach „nicht mehr konnte“ und „einfach alles angezündet“ habe.

Später im Prozess wurde K als Zeugin vernommen; ihre Aussage wurde vom Strafgericht verwertet. Die Angaben am Krankenbett seien verwertbare freiwillige Spontanäußerungen außerhalb einer Vernehmungssituation gewesen. Darauf stützte sich die Revision der T.

Entscheidung des BGH: In diesem Fall fand zwar zunächst eine förmliche Vernehmung durch R unter Beachtung der Belehrungspflicht bzgl. der Aussagefreiheit vor. Jedoch befand sich T anschließend ununterbrochen dem Einfluss der K ausgesetzt, die zu keinem Zeitpunkt auf das Schweigerecht der T Rücksicht nahm. Der BGH stellte hierzu fest, dass T letztlich auf diese Weise einer dauerhaften Befragung ausgesetzt war. Dies habe schon während des Transports der T zum Krankenhaus begonnen. K habe immer wieder das Gespräch auf die Tat gelenkt, auch im Wartebereich vor dem Arztzimmer, obwohl T zuvor ausdrücklich von ihrem Schweigerecht Gebrauch gemacht hatte. Sie sei – weshalb sie ja einem Arzt habe vorgestellt werden müssen – in einer gesundheitlich sehr angeschlagenen Verfassung gewesen. Sie habe eine Überdosis Psychopharmaka zu sich genommen und sich bei deutlich erhöhter Pulsfrequenz in der Angst befunden, einen Herzinfarkt oder Schlaganfall zu erleiden. Schon allein aufgrund dieser prekären gesundheitlichen Verfassung sei T nicht aussagebereit gewesen, was weitere Fragen ausgeschlossen habe. Dies habe umso mehr gegolten, als T die K – wie sich aus ihrer Frage „Sind Sie Ärztin?“ ergeben habe – gar nicht als Kriminalbeamtin wahrgenommen habe (BGH NJW 2018, 1986, 1987).

Seien die Aussagen der T daher schon deshalb wegen Verstoßes gegen den Nemo-tenetur-Grundsatz unverwertbar, könne es dahinstehen, ob das Arzt-Patienten-Gespräch wie im vorliegenden Fall nicht ohnehin einem Verwertungsverbot wegen einer Verletzung des absolut geschützten Kernbereichs persönlicher Lebensführung unterlegen hätte (BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BGHSt 50, 206, 210; 57, 71, 74 ff.), bei dem Ermittlungsmaßnahmen stets unzulässig seien (BGH NJW 2018, 1986, 1987 mit Verweis auf BVerfGE 129, 208, 265 f.; 109, 279, 322 f.; BT-Drs. 16/5846, 36 f.). Dagegen bestünden hinsichtlich der Verwertbarkeit der Aussagen später am Krankenbett keine Bedenken, da T selbst die K an ihr Bett holen ließ und die Tat gestand.

Stellungnahme: Da sich T auf der Fahrt zum Krankenhaus und während der ärztlichen Behandlung im Krankenhaus in einer „vernehmungähnlichen Situation“ befand und dabei zudem unfähig war, die Tragweite ihres Handelns zu erkennen, gebietet es der Nemo-tenetur-Grundsatz in der Tat, ihre Aussage als unverwertbar anzusehen. K hätte den vernehmungsunfähigen Zustand der T schon allein dadurch erkennen können, dass sie von T für eine Ärztin gehalten wurde; spätestens im Behandlungszimmer war K aber klar, dass T unter der Einwirkung von Psychopharmaka stand. K hätte daher nicht weiter auf T einwirken dürfen.

Dass der BGH die Unverwertbarkeit der Aussage nicht mit einer Verletzung des Kernbereichs-schutzes (Arzt-Patienten-Gespräch) begründet, sondern diese Frage offengelassen hat, mag auf den ersten Blick erstaunen, ist aber wohl dem Umstand geschuldet, dass er diese Frage nicht entscheiden wollte, zumal sowohl der Gesetzgeber als auch das BVerfG diese Frage im Falle von Arztgesprächen (lediglich) für möglich gehalten, ebenfalls aber nicht beantwortet haben (der BGH verweist insoweit auf BVerfGE 129, 208, 265 f.; 109, 279, 322 f.; BT-Drs. 16/5846, 36 f.). Zudem hätte die Beantwortung dieser Frage nichts daran geändert, dass die Fahrt zum Krankenhaus und das Gespräch später am Krankenbett nicht vom Kernbereichs-schutz (Arzt-Patienten-Gespräch) erfasst waren und daher die Verwertbarkeit nicht daran gescheitert wäre.

Im Übrigen bestand für den BGH auch keine Notwendigkeit, sich vom formellen Vernehmungsbegriff zu lösen, mit der Folge, dass die Vorschriften der §§ 163a IV, 136 StPO auch auf „Spontanäußerungen“, „informativische Befragungen“ und „Befragungen“ eines Beschuldigten durch Private (V-Leute oder Informanten) anwendbar wären (siehe dazu oben Rn. 238). Denn bejaht die Strafverfolgungsbehörde die Beschuldigteneigenschaft, muss sie förmlich vernehmen und zuvor belehren; anderenfalls verletzt sie die Beschuldigtenrechte, insbesondere die Selbstbelastungsfreiheit, mit der Folge der Unverwertbarkeit der Angaben, so, wie das bei einer fehlerhaften förmlichen Vernehmung der Fall wäre.

R. Schmidt (18.7.2018)