



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

oVs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Juris[®]

Ausbildungsleitfaden Fachanwalt für Strafrecht

**Auszüge
aus den
Originalunterlagen**

Inhalt

Einleitung	1
I. Kursbegleitende Unterlagen Fernkurs (Skripten, Lehrbücher u.a.)	4
II. Vertiefende (Sekundär-)Literatur oder Entscheidungen Fernkurs.....	7
III. Hinweise der fachlichen Leitung	11
IV. Lernzielkontrollen	13

Einleitung

Dieser Ausbildungsleitfaden (ALF) stellt die Arbeits- & Lernanleitung insbesondere für den Fernstudienteil des Lehrgangs dar. Er soll Sie gezielt und sicher durch den Pflichtstoff führen. Der Lern- und Arbeitsaufwand für die Durcharbeitung der Unterrichtsmaterialien des Fernkurses ist mit 90-120 Zeitstunden anzusetzen.

Wir empfehlen dringend, sich bei Ihrem online-gestützten Eigenstudium an diesem Leitfaden zu orientieren.

Die **Unterlage für den Fernkurs** besteht aus:

- **Begleitskript** von Prof. Dr. Hans Kudlich als roter Faden für die häusliche Beschäftigung mit dem Stoff des Fernkurses, in diesem ALF zitiert als „Skript“
- **Entscheidungssammlung** „Höchststrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten des Straf- und Strafprozessrechts“, Auswahl, Bearbeitung und Kommentierung durch Prof. Dr. Hans Kudlich.
- **Skript** „Strafprozessuale Probleme der Hauptverhandlung“ von Prof. Dr. Hartmut Schneider, in diesem ALF zitiert als „Skript Schneider“
- **Skript** „Basics Prozessrecht“ von RA Dr. Christoph Knauer, in diesem ALF zitiert als „Skript Knauer“
- **Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung** (ausbildungsrelevante Teile), herausgegeben von Gunter Widmaier, Verlag C.H. Beck, in diesem ALF zitiert als „MAH Widmaier“

Diese Unterrichtsmaterialien stehen Ihnen **online** über Ihren Zugang zu „Skripten online & Community“ zur Verfügung.

- Drei Bände **aus der Reihe „Prüfe dein Wissen“**, Verlag C.H. Beck: **Strafrecht Allgemeiner Teil, Strafrecht Besonderer Teil 1 und 2** von Ihrem Dozenten Prof. Dr. Hans Kudlich. Diese Bücher stellen wir Ihnen als Printversion zur Verfügung.

Zum Fernstudienteil Strafrecht und zur Struktur Ihrer Ausbildung:

Die erforderlichen inhaltlichen Kenntnisse für den Fachanwalt für Strafrecht unterscheiden sich ihrer Struktur nach in zweifacher Weise von denjenigen in anderen Fachrichtungen: Einerseits ist „das Strafrecht“ – das kann man wohl ohne Übertreibung behaupten – insgesamt eine deutlich umfangreichere Materie als etwa isolierte zivilrechtliche Gebiete wie Familien- oder Erbrecht oder auch als viele andere Materien, für die es eine eigene Fachanwaltsbezeichnung gibt. Andererseits ist dieser Stoff in seinen Kerngebieten – im Unterschied etwa zu Fachrichtungen wie Steuerrecht und Medizinrecht – vielfach theoretisch bereits Stoff der universitären Ausbildung. „Theoretisch“ deshalb, weil diese nicht nur schon einige Zeit her ist, sondern weil erfahrungsgemäß die Examensvorbereitung im Strafrecht – seiner geringeren Gewichtung bei der Zahl der Klausuren entsprechend – häufig kürzer kommt als etwa im Zivilrecht. Ferner muss die Ausbildung zum

Fachanwalt selbstverständlich einen anderen – praktischen, gleichsam fachanwaltsspezifischen – Fokus auf den Stoff richten als etwa die universitäre Ausbildung.

Andererseits kann aber auch nicht ernsthaft in Frage stehen,

- dass das materielle Strafrecht für den professionellen Strafverteidiger die Grundlage bildet, ohne die so etwas wie eine prozessuale Taktik gar nicht sinnvoll entwickelt werden kann und
- dass gerade in der Praxis des Strafverteidigers klassische kernstrafrechtliche Fragestellungen (bei gängigen Delikten wie Diebstahl oder Betrug ebenso wie bei „spektakuläreren“ Fällen mit Tötungsdelikten oder einem Untreuevorwurf im Wirtschaftsstrafrecht, vor allem aber mit Blick auf den auch im Nebenstrafrecht geltenden Allgemeinen Teil) anteilmäßig eine sehr große Rolle spielen.

Für das **Programm im Strafrecht** bedeutet dies, dass der Kernbereich des materiellen Strafrechts, der aus der bisherigen Ausbildung „an sich schon bekannt“ sein sollte, relativ umfangreich ist, andererseits auf Grund der in den Examina erforderlichen Kenntnisse im Pflichtfach Strafrecht auch in sehr kompakter Form wiederholbar. Die häusliche Vorbereitung bildet dabei die Basis. In ihr werden diese Kernbereiche noch einmal ähnlich der früheren Ausbildung in Studium und Referendariat, aber entschlackt von akademischen Streitdarstellungen und stark rechtsprechungsorientiert wiederholt. Darauf aufbauend werden dann im Präsenzunterrichtsteil besonders praxisrelevante und aktuelle Fragestellungen, überwiegend ganz speziell aus der verteidigungsspezifischen Perspektive, beleuchtet.

Insbesondere für das Eigenstudium im Fernkurs fußt das Konzept auf drei Säulen:

1. Das Begleitskript („Skript“) mit teils ausformulierten, teils auch nur stichpunktartigen Zusammenfassungen des Kernstrafrechts (soweit es nicht Gegenstand spezieller Einheiten ist) bildet den Fahrplan, schafft rasche Orientierung und dient auch als begleitende Unterlage für den Präsenzkurs. An zahlreichen Stellen werden wichtige Fragen durch Auszüge aus Originalentscheidungen illustriert, die unmittelbar in das Skript integriert sind und in diesen Auszügen auch Bestandteil der Lektüre des Skripts sein sollen. Auf die Teile dieses Skripts wird auch unten im Ausbildungsleitfaden verwiesen.
2. Im Skript finden sich immer wieder Verweise auf – entweder klassische und besonders grundlegende oder aber die aktuelle Diskussion bestimmende – Entscheidungen, die in einer Entscheidungssammlung zur Verfügung gestellt werden. In dieser Sammlung werden die Entscheidungen auch stets noch nach ihrer Bedeutung, nach praktischen Konsequenzen etc. eingeordnet. Diese Entscheidungen müssen durchgearbeitet werden, wenn sie nicht (mehr) präsent sind.
3. Zuletzt finden sich im Skript Hinweise auf ausgewählte Passagen (und dabei insbesondere auf solche Abschnitte, die sich an wichtigen Leitentscheidungen orientieren) aus den drei materiell-strafrechtlichen PdW-Bänden. Diese Werke haben die Vorteile, dass sie wichtige Rechtsprechung in extrem kondensierter Form noch einmal zusammenfassen, dass das „Frage-Antwort-Modell“ den Teilnehmern schon beim Durcharbeiten eine erste Möglichkeit zum „Selbsttest“ gibt und dass die Darstellung in hohem Maße Fallorientiert ist.

Für das **Programm in den Bereichen Strafverfahrensrecht sowie Methodik und Recht der Strafverteidigung** gilt hinsichtlich des Fernkurses:

1. Grundlagen des Strafprozessrechts sind im Skript Knauer dargestellt. Sie werden ergänzt und fachanwaltsspezifisch erheblich vertieft im Präsenzkurs.
2. Eine fundierte Darstellung der strafprozessualen Probleme in der Hauptverhandlung findet sich im Skript Schneider. Aus didaktischen Gründen ist die Darstellung an einem Planspiel im Lichte der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung aufgehängt.
3. Ergänzend werden für den Bereich des Strafprozessrechts bereits in der Fernunterrichtsphase Auszüge aus dem qualitativ führenden Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, hrsg. von Gunter Widmaier verwendet, um das theoretische Grundlagenwissen für die Strafverteidigung zu vertiefen. Eine fundiertere Ausbildungsgrundlage lässt sich kaum denken.

I. Kursbegleitende Unterlagen Fernkurs (Skripten, Lehrbücher u.a.)

I. Allgemeiner Teil des Strafrechts	Teilbereiche des Fachgebiets	Unterlage(n)	Autor(en)/ Dozent(en)	ca. Zeit- bedarf (in h)
	1. Geltungsbereich des StGB und vorsätzliches vollendetes Begehungsdelikt	<u>Skript 1. Teil</u> Skript 2. Teil 1 Skript 2. Teil B I	Kudlich	3
	2. Besondere Verbrechenformen (Fahrlässigkeit, Unterlassen, Versuch)	Skript 2. Teil B II	Kudlich	5
	3. Täterschaft und Teilnahme	Skript 2. Teil B III	Kudlich	2
	4. Konkurrenzen und Rechtsfolgen	Skript 2. Teil B IV Skript 4. Teil	Kudlich	2

II. Besonderer Teil des Strafrechts	Teilbereiche des Fachgebiets	Unterlage(n)	Autor(en)/ Dozent(en)	ca. Zeit- bedarf (in h)
	1. Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	Skript 2. Teil C I und II	Kudlich/ Schneider	4
	[...]			
	10. Straftaten gegen überindividuelle Rechtsgüter II (Straßenverkehr [Grundzüge], Brandstiftung, Umwelt, Amt)	Skript 2. Teil C VIII, IX <u>Skript BT II / PdW BT II</u> Fälle 180 – 228	Kudlich	1,5
	11. Aktuelle gesetzgeberische Entwicklungen der letzten Jahre	Skript 3. Teil	Kudlich	0,5

III. Strafprozessrecht	Teilbereiche des Fachgebiets	Unterlage (n)	Autor(en)/ Dozent(en)	ca. Zeit- bedarf (in h)
	Grundlagen Strafprozessrecht	<u>Skript Knauer</u>	Knauer	9

IV. Grundlagen der Strafverteidigung	Teilbereiche des Fachgebiets	Unterlage (n)	Autor(en)/ Dozent(en)	ca. Zeit- bedarf in/h
	1. Zur Stellung des Strafverteidigers	MAH Widmaier § 1 Rn. 1 – 103	Salditt/ Knauer	2
2. Ermittlungsverfahren	MAH Widmaier § 3 Rn. 1 – 151	Schlothauer / Knauer	2	
[...]				

Der Zeitaufwand für das erstmalige Durcharbeiten der vorstehend beschriebenen Unterlagen ist mit mindestens 57 Stunden anzusetzen. Sie verteilen sich wie folgt:

Materielles Strafrecht AT und BT: 36 Stunden.

Strafprozessrecht/Grundlagen der Strafverteidigung: 21 Stunden.

Empfohlene Reihenfolge für die Bearbeitung im Eigenstudium

Die hier angegebene, teilweise auch „quer“ zur Gliederung der Skripten verlaufende Reihenfolge entspricht einem klassischen Durchgang durch den Stoff und ist insoweit auch zu empfehlen. Je nach individuellem Kenntnisstand oder Zeiteinteilung – für die Subeinheiten würde es sich anbieten, eine immer zusammenhängend zu bearbeiten – kann die Reihenfolge aber auch unproblematisch verändert werden. Grundsätzlich bietet es sich aber jedenfalls an, mit dem Allgemeinen Teil zu beginnen.

II. Vertiefende (Sekundär-)Literatur oder Entscheidungen Fernkurs

Teilweise werden in den durchzuarbeitenden Unterlagen insbesondere in Bezug genommene Gerichtsentscheidungen i.R.d. Lösung bereits relativ ausführlich beschrieben. Dies ist der Grund dafür, dass einerseits die ausformulierten Unterlagen sehr ausführlich sind, dass sich aber andererseits die vertiefenden Hinweise zumindest insoweit in Grenzen halten, als es sich um Pflichtlektüren bzw. unbedingt empfohlene Stellen handelt. **Diesbezüglich erfolgt hier eine Beschränkung auf wirklich zentrale Entscheidungen sowie aktuelle Fragen.** Für diesen „verpflichtenden“ Bereich wird ein Arbeitsaufwand von ca. 20 – 30 Zeitstunden gerechnet. Die übrigen, hier „nur“ als „zur Lektüre empfohlenen“ Entscheidungen müssen von den Teilnehmern nur insoweit nachgelesen werden, als sie in einem Bereich besondere Lücken in ihrem eigenen Kenntnisstand aufspüren oder aber den Fall, auf den sich eine bestimmte Entscheidung bezieht, in den Unterlagen nicht verstehen. Dass dies gelegentlich (!) erforderlich ist, ist in der unter I angesetzten Arbeitszeit schon eingerechnet. Ist es öfters der Fall, verlängert sich naturgemäß (!) – die Vorbereitungszeit. Im Bereich des Strafprozessrechts werden die Urteile, die im Skript enthalten sind, allesamt als nicht verpflichtende Lektüre zugrunde gelegt (bis auf die wenigen unten erwähnten Ausnahmen). Jedem Teilnehmer ist in der Vertiefung eine Lektüre zu empfehlen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung zum Strafverfahrensrecht wird im Laufe der Präsenzkurse wesentlich vertieft werden.

I. Allgemeiner Teil	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
	zu I.1		
	BGHSt 46, 212 = NStZ 2001, 305	x	
	BGHSt 43, 177 = NStZ 1999, 79		x
	BGHSt 36, 1 = NStZ 1989, 114	x	
	BGH NStZ 1998, 294		x
	BGH NStZ 2000, 365		x
	BGH NStZ 2003, 420		x

Hinweis auf Gerichtsentscheidungen	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
[...]		
zu I.4		
BGHSt 41, 368 = NStZ 1996, 429		x
BGHSt 43, 317 = NStZ 1998, 300		x
BGH NJW 1998, 617		x
BGHSt 44, 196 = NStZ 1999, 30		x
BGH StV 2011, 364		x

II. Besonderer Teil des Strafrechts	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
	zu II.1		
	BGHSt 40, 257 = NStZ 1995, 80		x
	BGH NStZ 1999, 129		x
	BGH NJW 2006, 1008	x	
	BGHSt 32, 382 = NJW 1985, 334		x
	BGHSt 48, 255 = NStZ 2003, 482, m. Anm. Rengier, NStZ 2004, 233	x	
	[...]		
	zu II.2		
	BVerfGE 92, 1= NStZ 1995, 275		x
BGHSt 31, 195		x	
[...]			
zu II.7			
BGH NStZ 1999, 351		x	
BGH NStZ-RR 2000, 266		x	
BGH NStZ 1995, 595		x	
BVerfG NJW 2004, 1305	x		
zu II.8			

II. Besonderer Teil des Strafrechts	Hinweis auf Gerichtsentscheidungen	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
	BGH NStZ 2003, 372		x
	BGHSt 43, 53 = NJW 1997, 2689		x
	zu II.9		
	BGHSt 46, 53 = NStZ 2001, 145	x	
	Olg Köln NJW 1999, 1042		x
	BayObLG NJW 1990, 3221		x
	OLG Zweibrücken NJW 1998, 2918		x
	OLG Köln NJW 1979, 729		x
	BGH NJW 2000, 229		x
BGHSt 33, 159		x	
AG Waldbröl NJW 2005, 2870		x	
BayObLG NStZ 1999, 575		x	
BGH NJW 2004, 3195		x	
OLG Stuttgart NStZ-RR 2000, 11	x		
OLG München NJW 2006, 2132	x		
BGH NStZ 2010, 703		x	
[...]			

Zu III. Strafprozessrecht / Grundlagen des Rechts der Strafverteidigung		
Hinweis auf Gerichtsentscheidungen	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
1. Beschleunigungsgebot und Terminierung der Hauptverhandlung		
BGH NStZ 2007, 164		x
BverfG NJW 2006, 672		x
BGH NStZ 2006, 513		x
BGH NStZ-RR 2007, 81		x
2. Behandlung eines Ablehnungsgesuchs		
BGH NStZ 2006, 644		x
BGH NStZ 2008, 46		x
BGH NStZ 2008, 523		x
3. Beweisverwertungsverbote		
BGH NStZ 2009, 519		x
BGHSt 5211 = NStZ 2007, 714		x
4. Beweisantragsrecht		
BGH NStZ 2007, 112		x
BGH NStZ 2009, 49		x
5. Protokoll		
BGH GSSt, NStZ 2007, 661	x	

Aufsätze und Rechtsprechung zu neueren Entwicklungen in der Gesetzgebung

Hinweis auf Fachaufsätze	Unbedingt lesen	Zur Lektüre empfohlen
<i>Stefan Ernst</i> , Das neue Computerstrafrecht NJW 2007, 2661-2666	x	
<i>Sebastian Peters</i> , Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis, NStZ 2009, 238-243		x
[...]		
<i>Ralf Eschlbach</i> , Kommentierung der §§ 257b und 257c StPO in: Graf, Beckscher Online-Kommentar, StPO, Stand 01.10.2009		x
<i>Folker Bittmann</i> , Perspektiven zum Opferschutz-Reform der Reform, ZRP 2009, 212 - 214	x	

III. Hinweise der fachlichen Leitung

Dass es unterschiedlich wichtige Teilgebiete auch im Strafrecht gibt, ist selbstverständlich. Dem wird dadurch Rechnung getragen, dass besonders wichtige Gebiete (und insbesondere solche, die auch Gegenstand des Präsenzkurses sind) als „**Ausbildungsschwerpunkt**“ definiert werden. Einige Bereiche werden auch deswegen „nur“ als „Grundzüge-Stoff“ definiert, weil im Rahmen des Lehrganges später noch Vertiefungen erfolgen (insb. das Verkehrsstrafrecht). Als Anhaltspunkt genügt für das Lernen der Grundzüge das konzentrierte Durcharbeiten des Skripts, während in den Ausbildungsschwerpunkten besonders sorgfältig geprüft werden sollte, ob nicht auch nur „zur Lektüre empfohlene Entscheidungen“ nachgelesen werden sollten und bei einem Gefühl der Unsicherheit das Skript auch noch einmal wiederholt werden sollte.

	Fachliche Inhalte / Schwerpunktbildung	Ausbildungs- schwerpunkt (muss vor UE 1 "sitzen")	Grundzüge lernen	Wird in UE 2-4 noch vertieft
I. Allgemeiner Teil des Strafrechts	1. Geltungsbereich des StGB und vorsätzliches vollendetes Begehungsdelikt	x		
	2. Besondere Verbrechensformen (Fahrlässigkeit, Unterlassen, Versuch)	x (Versuch und Rücktritt)	x (Rest)	
	3. Täterschaft und Teilnahme	x		
	4. Konkurrenzen und Rechtsfolgen: Skript AT /PdW AT Fälle 312 – 342		x	

II. Besonderer Teil des Strafrechts	Fachliche Inhalte / Schwerpunktbildung	Ausbildungs- schwerpunkt (muss vor UE 1 "sitzen")	Grundzüge lernen	Wird in UE 2-4 noch vertieft
	1. Straftaten gegen das Leben und die körperliche Unversehrtheit	x		
	[...]			
	10. Straftaten gegen überindividuelle Rechtsgüter II (Straßenverkehr [Grundzüge], Brandstiftung, Umwelt, Amt)		x	x

III. Strafprozessrecht/Grundlagen des Rechts der Strafverteidigung	Fachliche Inhalte / Schwerpunktbildung	Ausbildungs- schwerpunkt (muss vor UE 1 "sitzen")	Grundzüge lernen	Wird in UE 2-4 noch vertieft
	1. Grundlagen Strafprozessrecht Skript Knauer		x	x
	2. Stellung des Strafverteidigers	x		x
	3. Ermittlungsverfahren	x		x
	4. Strafprozessuale Probleme der Hauptverhandlung Skript Schneider	x		x

IV. Lernzielkontrollen

Begleitende Lernzielkontrollen sind obligatorisch. Häuslich zu bearbeiten sind mehrere Klausuraufgaben, die den gesamten Pflichtstoff des Eigenstudiums (Fernstudienteil des Lehrgangs) abdecken. 4 von 6 Klausuren müssen „mit Erfolg“ bestanden werden, damit der Teilnehmer später zu den lehrgangsabschließenden schriftlichen Leistungskontrollen gemäß § 4 a FAO zugelassen wird. Einzelne nicht bestandene Klausuren können wiederholt werden.

Die Lernzielkontrollen sind dem Teilnehmer über den passwortgeschützten Zugang zu „Skripten online & Community“ zugänglich. Sie werden korrigiert und benotet. Die ebenfalls online zur Verfügung stehenden Musterlösungen ermöglichen die Kontrolle des Lernerfolgs.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

Fachanwalt für Strafrecht (Fernkurs)

„Teil A. Allgemeine Grundlagen der Strafverteidigung“

Auszug aus dem Münchener AnwaltsHandbuch Strafverteidigung,
herausgegeben von Gunter Widmaier

Teil A. Allgemeine Grundlagen der Strafverteidigung

§ 1 Zur Stellung des Strafverteidigers

Übersicht

	Rdnr.
I. Kein Glasperlenspiel	1–3
II. Die Lager	4–40
1. Das Organ der Rechtspflege – zweideutige Chiffre einer schwankenden Judikatur	4–26
2. Der Kreislauf der Theorie	27–40
a) Die Zähmung der Organtheorie	27–32
b) Die neuen Wege	33–40
III. Die Perspektive der Verteidigung	41–88
1. Die Herausforderung	41–52
2. Die Wende – Organ, Parteivertreter oder Charakter?	53–71
3. Die Meinungen der verfassten Anwaltschaft	72–88
IV. Neue prozessuale Entwicklungen, Rolle und Missbrauch	89–103
1. Verteidiger im konsensualen Verfahren	89–95
2. Die große streitige Option	96–100
3. Der unendliche Diskurs	101–103

I. Kein Glasperlenspiel

Die Rechtsstellung des Strafverteidigers ist Gegenstand einer großen Kontroverse. Sie wird **1** in erster Linie zwischen Hochschullehrern geführt. Rechtsanwälte äußern sich dazu eher selten.¹ Die Abstinenz deutet darauf hin, dass die betroffenen Praktiker den Streit für ein Glasperlenspiel² halten.

Diese Geringschätzung birgt Gefahren. Auch im Prozess werden Wahrheit und Recht durch **2** Kommunikation und Diskurs gefunden. Die Verfahrensergebnisse werden, so formuliert es die Moderne, ausgehandelt oder hergestellt.³ Gewicht und Einfluss der daran Beteiligten hängen aber von der Rolle ab, die sie nach ihrem erkennbaren Selbstverständnis und aus der Sicht des jeweiligen Gegenübers dabei einnehmen. Die Beschuldigten dürfen schweigen; sie können auch straflos lügen. Deshalb verfügen sie, realistisch betrachtet, vor Gericht nur über geringe „kommunikative Kompetenz.“⁴ Was immer sie sagen, kann als Ausdruck einer Rolle

¹ Einen schnellen Überblick ermöglicht das 8-seitige Inventar des Schrifttums bei Löwe/Rosenberg/Lüderssen (25. Aufl., Berlin 2002) Vor § 137 StPO.

² Egon Müller, Strafverteidigung, NJW 1981, 1801 ff., 1802: Alle Formeln seien „schwammig, ideologieanfällig und daher nicht ungefährlich.“ C. Roxin, Gegenwart und Zukunft der Strafverteidigung im rechtsstaatlichen Strafverfahren, FS Hanack 1999 S. 1 ff., 8, spricht von einem „dunklen Kapitel.“ W. Hassemer ZRP 1980, 326 ff., 328 hat die Begriffe mit einem immer wieder zitierten Wort als „Fahne“ bezeichnet, „um die sich die jeweils Gleichgesinnten scharen.“ Eine berühmte „Fahne“ ist die Beschreibung des Anwalts als „soziale Gegenmacht“ geworden: Holtfort KJ 1977, 313 ff.; N. Gatzweiler (Die Stellung des Strafverteidigers, in: Entwicklungen und Probleme des Strafrechts an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Hrsg. Kohlmann et. al. Berlin 2003 S. 59 ff., 60) meint passend hierzu, über die Stellung des Strafverteidigers tobe eine Theorienstreit. – Ein Überblick mit historischem Ansatz findet sich bei Bockemühl/Köllner, S. 3 ff.

³ Zum Stand der Diskussion: G. Duttge, Möglichkeiten eines Konsensualprozesses nach deutschem Strafprozessrecht, ZStW 115, 539 ff., zur modernen Vertrags- und Diskurstheorie dort S. 549 ff.; Weßlau, Das Konsensprinzip im Strafverfahren – Leitidee für eine Gesamtreform?, 2002, dort S. 31 ff. zur diskurs-ethischen Wahrheitstheorie; Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 2. Aufl. 1990, S. 126 ff. Dabs, Strafverteidigung und Strafrechtspflege, in: FS Odersky, 1996, S. 317 ff.; 317, bezeichnet den Strafprozeß als „ein Feld der Interaktion“ und weist in Fn. 3 auf Schumacher (StV 1995, 442) zum „gruppendifferenziellen Prozeß“ hin.

⁴ Zur „kommunikativen Kompetenz“ Hassemer a.a.O. Fn. 3 S. 132.

verstanden werden, die von Rechts wegen darauf angelegt ist, sich gegebenenfalls auch der Unwahrheit als Werkzeug zu bedienen.

- 3 Eine „ideale Sprechsituation“ als Bedingung von Wahrheit und Recht setzt die chancenreiche, ungeschmälerte und effektive Mitwirkung der Teilnehmer am Verfahren voraus.⁵ Der Status, der dem zur Lüge befugten Beschuldigten in eigener Person fehlt, kann ihm dennoch zugute kommen, wenn sich sein Verteidiger an dem subtilen kommunikativen Prozess aus einer Rolle heraus beteiligt, die nach der Überzeugung auch der Richter und Staatsanwälte frei von den beschriebenen Defekten bleibt. Es gehört zu den Errungenschaften des reformierten Strafverfahrens, dass die (unter anderem deshalb) unverzichtbare Verteidigung als Rechtsinstitut geschaffen wurde, obwohl man sich ihrer besonderen diskurstheoretischen Notwendigkeit noch nicht bewusst war.

II. Die Lager

1. Das Organ der Rechtspflege – zweideutige Chiffre einer schwankenden Judikatur

- 4 Die manchmal beschwörende Rhetorik, derer sich Gerichte bedient haben und noch bedienen, um die Rolle des Strafverteidigers zu beschreiben, wirkt auf einen ersten Blick so, als gehe es geradezu darum, den Fürsprecher des Beschuldigten im gemeinsamen Verständnis aufzuwerten. Im Zuge der Entwicklung haben sich Begriffe wie derjenige vom „Organ der Rechtspflege“ verselbstständigt und sind sie zu Chiffren geworden.⁶ Ihre Verwendung kann je nach Zeitgeist oder Standpunkt befreienden, stärkenden, aber eben auch disziplinierenden Zielen nutzbar gemacht werden. Das lässt die Rechtsprechung, wenn man sie bis zum Reichsgericht zurückverfolgt, deutlich erkennen. Alle Reflektionen über die Stellung des Strafverteidigers müssen sich die wechselhafte Judikatur vor Augen halten, bevor ein eigener Standpunkt entwickelt werden kann.
- 5 Das Reichsgericht sah den Verteidiger „von jeder anderen Kontrolle als derjenigen des Gewissens unabhängig“, namentlich auch vom Mandanten.⁷ Es nannte den Verteidiger, um an dessen Tätigkeit „einen strengeren Maßstab anzulegen, als wenn man ihn lediglich als einen Helfer des Angeklagten betrachten würde“, ein „gleichberechtigtes Organ der Rechtspflege.“⁸ Derartige Formulierungen stützten sich nicht auf das anwaltliche Berufsrecht; dort kam der Begriff als Gesetzestext erst später an.⁹ In der Sache ging es, was wie eine Hypothek auf der Organtheorie lastet, damals und später oft um die Ausschließung des Strafverteidigers bei Verdacht der Begünstigung oder Teilnahme. Insbesondere aus solchen Anlässen hat das Reichsgericht das Band zum Mandanten gelockert und den Strafverteidiger durchweg „nicht lediglich als Beistand des Angeklagten“ betrachtet, sondern als „ein mit besonderen Befugnissen ausgestattetes Organ der Rechtspflege.“¹⁰
- 6 Der Bundesgerichtshof knüpfte an solche Formulierungen an. Er ordnete dem Strafverteidiger schon früh „eine Rechtsstellung eigener Art“ zu, die ihn als „selbstständiges Organ

⁵ J. Habermas, FS W. Schulz, 1973, S. 211 ff.; Duttge a.a.O. Fn. 3 S. 549 ff.

⁶ Dazu Jaeger, Rechtsanwälte als Organ der Rechtspflege – Notwendig oder überflüssig? Bürde oder Schutz?, NJW 2004, 1 ff.; Widmaier, Strafverteidigung im strafrechtlichen Risiko, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd IV, S. 1043 ff., 1045, nennt den Begriff des „Organs der Rechtspflege“ ein „Etikett für die „justizbezogenen“ Aspekte der Verteidigungstätigkeit“, wie diese grundsätzlich durch das Rechtsstaatsprinzip, durch Art. 6 Abs. 3 lit. c. MRK, durch die freie Advokatur und durch die Vorschriften der StPO vorgegeben seien.

⁷ RGSt 17, 315, 316.

⁸ RG JW 1926, 2756 m. Anm. Alsberg; Bei früherer Gelegenheit hatte das RG von „staatlichen Zwecken der Verteidigung“ gesprochen: RGSt 24, 296, 297 ff.

⁹ Der Begriff taucht bei Gericht 1883 auf (EGH I, 140, 145), war aber im Reichstag schon 1878 verwendet worden (Henssler/Prütting/Koch BRAO § 1 Rdnr. 6). Die Justizverwaltung bezeichnete den Strafverteidiger erstmals in den Richtlinien für das Strafverfahren v. 13. 4. 1935 als Organ der Rechtspflege. Gesetzestext ist der Begriff erst mit § 1 der RAO für die brit. Zone (1949) und danach mit § 1 BRAO (1959) geworden.

¹⁰ RG DRiZ 1928, 470, 471; dazu RAK Berlin JW 1929, 568 f.; J. Vargha (Die Verteidigung in Strafsachen, Wien 1879, Nachdr. Aalen 1994, 281) hat die Sichtweise des 19. Jahrhunderts wie folgt formuliert: „Doch die Verteidigung ... hat nicht nur das beschuldigte Individuum, sie hat auch die staatliche Justizpflege zu schützen, damit sie ... zum Hohn ihres heiligen Berufes nicht selber Ungerechtigkeit übe, ... nicht große und kleine Justizmorde begehe!“.

der Rechtspflege“ auch gegenüber dem Beschuldigten charakterisiert.¹¹ Seine Aufgabe habe der Verteidiger „unter eigener Verantwortung und unabhängig vom Angeklagten zu erfüllen.“¹² Ähnliches war etwa im Falle *Kaul* zu lesen; dort ging es, wie schon zu Zeiten des Reichsgerichts, um eine Ausschließung. Der Bundesgerichtshof bezeichnete die Verteidigung als „Amtshandlung“ und formulierte:

„Gemäß seinem Amt hat der Verteidiger auf Beachtung aller zugunsten des Beschuldigten sprechenden rechtlichen und tatsächlichen Umstände und auf strenge Justizförmlichkeit des Verfahrens hinzuwirken.“

Weiter:

„... bei seinen Amtshandlungen hat er sich als verteidigendes Rechtspflegeorgan unabhängig zu halten, nicht nur, wie es sich von selbst versteht, vom Staat, sondern von jeder Person oder Gruppe, deren Interessen denen des Beschuldigten im Strafverfahren zuwiderlaufen können ...“¹³

Bei Gelegenheit der zu überprüfenden Ausschließung des Strafverteidigers *Schily* wurde die Rhetorik noch einmal feierlicher:

„Der Rechtsanwalt, dessen Beruf ein ethischer Gehalt auszeichnet ... und dessen Tätigkeit als „Organ der Rechtspflege“ (§ 1 BRAO) auch als Strafverteidiger Mitwirkung bei der Aufrechterhaltung der staatlichen Rechtsordnung ist ..., kann als Mitbeschuldigter schlechterdings nicht mehr im Sinne dieses gesetzlich festgelegten Berufsbildes tätig werden. Seine Interessenlage als Mitbeschuldigter bringt ihn in Widerstreit zu den ihm als Verteidiger grundsätzlich obliegenden Pflichten zur Wahrheit und Verschwiegenheit.“¹⁴

Die Gewährung der Verfahrensbefugnisse des Verteidigers an einen Mitbeschuldigten sei daher „mit dem ersten Ziel des Strafverfahrens, der Wahrheitsfindung, nicht zu vereinen.“

Das Bundesverfassungsgericht hat die Ergebnisse, doch nicht immer auch die Texte, korrigiert. Es hob (1962) die erste Ausschließung *Kauls* wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot auf, stellte aber, ähnlich wie das Reichsgericht und der Bundesgerichtshof, den „Interessen des Angeklagten“ solche der Rechtspflege zur Seite, „nämlich die fundamentale objektive Bedeutung der seit fast einem Jahrhundert durchgesetzten „freien Advokatur.“¹⁵ Im Fall *Schmidt-Leichner* (1963) stand die Vereinbarkeit der Verteidigerrolle mit der Zeugenstellung zur Entscheidung an. Das Bundesverfassungsgericht bediente sich auch hierbei des Organbegriffs. Der Rechtsanwalt könne seine Aufgabe als Verteidiger nur erfüllen, „wenn er vom Gericht unabhängig ist und außerdem einen gewissen Abstand zur Tat des Angeklagten hat.“¹⁶ Der zweite *Kaul*-Beschluss (1967) korrigierte die (neuerliche) Ausschließung ebenso wie der erste, diesmal aber mangels gesetzlicher Grundlage. Er bereicherte die Bezeichnung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege um einen weiteren Begriff – das „Leitbild“.¹⁷ Sechs Jahre später (1973) war über die schon erwähnte Ausschließung *Schilys* zu befinden; auch sie scheiterte an der fehlenden gesetzlichen Grundlage.¹⁸ Die Stellung des Rechtsanwalts als Organ der Rechtspflege und das Leitbild des Verteidigers erwiesen sich nunmehr als längst erprobte Begriffe. Doch wurden deren Inhalte deutlicher als bisher auf die Freiheit der Advokatur fokussiert: Damit der Beschuldigte nicht zum Objekt des Verfahrens werde, sondern seine Stellung als Prozesssubjekt behaupte, seien staatliche Kontrolle und Bevormundung des durch den Rechtsanwalt ausgeübten freien Berufs „prinzipiell“ unstatthaft.

In diese Entwicklungslinie ordnen sich andere Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts nicht ohne weiteres ein. Im Jahre 1969 war zu lesen, der Rechtsanwalt als Verteidiger dürfe „nicht bewusst dem Unrecht dienen oder die Rechtsfindung erschweren.“ Zu seiner Aufgabe als Organ der Rechtspflege gehöre der Kampf ums Recht, aber auch „die grundsätzliche

¹¹ BGHSt 12, 367, 369: Die Aufgabe für den Beschuldigten sei „u.U. auch gegen seinen Willen“ zu erfüllen; s. auch BGHSt 9, 20, 22: „... ihm sind aber insofern Grenzen gesetzt, als er sich in keinem Fall der Wahrheitsforschung hindernd in den Weg stellen darf.“

¹² BGHSt 13, 337, 343; s. auch BGHSt 9, 356 357 (Beistand, nicht Vertreter).

¹³ BGHSt 15, 326 f.; aufgehoben durch BVerfGE 22, 114, 120; s. auch BGHSt 9, 20, 22; aufgehoben durch BVerfGE 15, 226.

¹⁴ BGH NJW 1972, 2140; aufgehoben durch BVerfGE 34, 293, 299 ff.

¹⁵ BVerfGE 15, 226.

¹⁶ BVerfGE 16, 214.

¹⁷ BVerfGE 22, 114.

¹⁸ BVerfGE 34, 293.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

Fachanwalt für Strafrecht (Fernkurs)

„Teil B. Verteidigung in den einzelnen Abschnitten des Strafverfahrens“

Auszug aus dem Münchener AnwaltsHandbuch Strafverteidigung,
herausgegeben von Gunter Widmaier

Soll es nicht zu einer Unterbringung des Beschuldigten, sondern nur zu einer ambulanten Untersuchung durch einen Sachverständigen kommen, kann eine entsprechende Anordnung nicht auf § 81 StPO gestützt werden.³⁰⁷

Kommt es zur Unterbringung des Beschuldigten, ist es Aufgabe des Verteidigers, deren Vollzug zu kontrollieren. Während der Unterbringung besteht weiterhin das Recht auf unüberwachten Verkehr zwischen beschuldigtem Mandanten und Verteidiger (§ 148 StPO). Der Beschuldigte ist auch während der Unterbringung nicht verpflichtet, aktiv an Untersuchungsmaßnahmen oder Testverfahren mitzuwirken.³⁰⁸ Körperliche Untersuchungen sind ohne seine Einwilligung nur unter den Voraussetzungen und in den Grenzen des § 81 a StPO zulässig.³⁰⁹ Eine Totalbeobachtung wäre verfassungswidrig.³¹⁰ Soll die Art und Weise der Durchführung der Unterbringung gerichtlich überprüft werden, kommt Rechtsschutz analog § 98 Abs. 2 S. 2 StPO durch Anrufung des Ermittlungsrichters in Betracht. Ergibt sich während der Unterbringung, dass diese keine Erfolgsaussicht mehr verspricht oder ist ihr Zweck erreicht, ist sie aufzuheben, auch wenn die gerichtlich angeordnete Unterbringungsdauer noch nicht abgelaufen ist.³¹¹

- 83 d) **Körperliche Untersuchung; Blutprobe; DNA-Analyse (§§ 81 a, 81 e, 81 f, 81 g StPO).** § 81 a StPO gestattet die körperliche Untersuchung des Beschuldigten auch in Form von körperlichen Eingriffen und der Entnahme von Blutproben und sonstigen Körperzellen, wenn dies zur Feststellung von verfahrensrelevanten Tatsachen erforderlich ist.

Kommt es auf den Nachweis einer Intoxikation des Beschuldigten infolge von Alkohol, Drogen oder Medikamenten zum Tatzeitpunkt an, erfolgt die Entnahme von Blut oder Urin wegen der zu besorgenden Gefährdung des Untersuchungszwecks so kurzfristig, dass der Verteidiger in aller Regel nur noch nachträglich durch Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme und der Verwertbarkeit ihrer Ergebnisse sowie ggf. mit dem Ziel der Vernichtung von Untersuchungsmaterial zugunsten seines Mandanten tätig werden kann. Im Übrigen kann er in den Fällen, in denen er von beabsichtigten Maßnahmen i.S.d. § 81 a StPO rechtzeitig Kenntnis erlangt, nach Prüfung der Sach- und Rechtslage dem Mandanten sachgerechte Verhaltensempfehlungen geben³¹² oder den Versuch unternehmen, den Vollzug der Untersuchung noch abzuwenden.

In allen Fällen, in denen der Beschuldigte in seine Untersuchung etc. nicht einwilligt, bedarf es einer Anordnung des Ermittlungsrichters (§§ 81 a Abs. 2, 162 Abs. 1 StPO). Dies gilt nur dann nicht, wenn die mit der Einholung der richterlichen Entscheidung verbundene Verzögerung den Untersuchungserfolg gefährden würde, wobei auch insoweit die Anordnung schwerer Eingriffe immer dem Richter vorbehalten bleibt.³¹³ Dabei muss die Anordnung den vorzunehmenden körperlichen Eingriff so genau angeben und hinreichend bestimmt bezeichnen, dass nicht der Sachverständige zu prüfen hat, ob von einem körperlichen Eingriff ein Nachteil für die Gesundheit des Beschuldigten zu besorgen ist.³¹⁴ Gegen die Anordnung des Ermittlungsrichters ist die einfache Beschwerde (§ 304 Abs. 1 StPO) statthaft.³¹⁵ Um der Schaffung vollendeter Tatsachen vorzubeugen, ist hier Eile geboten, auch wenn das Rechtsmittel an keine Frist gebunden ist. Für den Fall, dass der Ermittlungsrichter der Beschwerde nicht abhelfen sollte (§ 306 Abs. 2 StPO), ist vorsorglich die Aussetzung der Vollziehung der

³⁰⁷ Inwieweit eine solche Maßnahme unter § 81 a StPO fällt, siehe unten Rdnr. 85.

³⁰⁸ SK-StPO/Rogall § 81 Rdnr. 37 u. 39. Einer Entbindung des beobachtenden Arztes von der Schweigepflicht soll es auch dann nicht bedürfen, wenn der Beschuldigte diesem während des Aufenthalts Geheimnisse i.S.d. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO anvertraut hat: BGH NStZ 2002, 214 = StV 2002, 633 m. Anm. *Bosch*.

³⁰⁹ Dazu unten Rdnr. 83.

³¹⁰ BGH StV 2002, 581, 584; zu den Grenzen der Beobachtung siehe auch SK – StPO/Rogall § 81 Rdnr. 36.

³¹¹ OLG Celle StV 1985, 224.

³¹² Dazu schon oben Rdnr. 19.

³¹³ Siehe unten Rdnr. 84.

³¹⁴ OLG Düsseldorf StV 2005, 490; OLG Hamm StraFo 2004, 92 m. Anm. *MünchKalfen*.

³¹⁵ Gegen Anordnungen des erkennenden Gerichts nach Anklageerhebung ist trotz § 305 S. 1 StPO die Beschwerde weiterhin zumindest dann statthaft, wenn mit der angeordneten Untersuchung ein körperlicher Eingriff (OLG Hamburg StV 1998, 639 m.w.N.; OLG Hamm StraFo 2004, 92; OLG Düsseldorf StV 2005, 490) oder eine Freiheitsentziehung (SchlHOLG NStZ 1982, 81) verbunden ist.

Anordnung zu beantragen (§ 307 Abs. 2 StPO). Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde kann sowohl von dem Ermittlungsrichter, als auch vom Beschwerdegengericht, an das die Akten im Falle der Nichtabhilfe abgegeben werden, angeordnet werden. Ob dem Antrag stattgegeben wird, hängt von der Erfolgsaussicht der Beschwerde ab, die deshalb tunlichst ausführlich zu begründen ist. Von Bedeutung ist dabei auch die Tragweite des beabsichtigten Eingriffs für den Mandanten.

Willigt der Beschuldigte nicht in die Untersuchung ein, ist die Rechtmäßigkeit ihrer Anordnung vornehmlich von der Art der beabsichtigten Untersuchung und ihrer Verhältnismäßigkeit vor dem Hintergrund der Schwere des erhobenen Tatvorwurfs abhängig:

Immer aber muss die Maßnahme einen Beschuldigten betreffen,³¹⁶ was zumindest einen einfachen Tatverdacht erfordert;³¹⁷ ferner muss sie der Feststellung von Tatsachen für einen legitimen Verfahrenszweck dienen.³¹⁸ Speziell für die Entnahme von Blutproben oder sonstigen Körperzellen bestimmt § 81a Abs. 3 StPO eine ausdrückliche Verwendungsbeschränkung für Zwecke des der Entnahme zugrunde liegenden oder eines anderen anhängigen Strafverfahrens.³¹⁹

Grundsätzlich zulässige Maßnahmen, deren Anordnung aber immer dem Richter vorbehalten ist, sind insbesondere folgende:

- Röntgenaufnahmen/Computertomographie,³²⁰
- Arteriographie,³²¹
- Hirnkammerluftfüllung,³²²
- Szintigraphie,³²³
- Entnahme von Gehirn- oder Rückenmarkflüssigkeit,³²⁴
- Magenauspumpen,³²⁵
- Vollnarkose.³²⁶

Generell unzulässige Maßnahmen sind u.a.:

- Harnentnahme mittels eines Katheters,³²⁷
- Entnahme von Sperma,³²⁸
- Verwendung eines Lügendetektors,³²⁹

³¹⁶ Die Untersuchung anderer Personen ist nur nach Maßgabe des § 81c StPO zulässig. Solange keine ausreichenden Voraussetzungen für die Begründung einer Beschuldigteneigenschaft gegeben sind (dazu SK-StPO/Rogall § 81a Rdnr. 7), sind deshalb auch sog. Reihenuntersuchungen und Massentests nicht erzwingbar, sondern nur auf freiwilliger Basis zulässig (§ 81h StPO); dazu *Senge* NJW 2005, 3028, 3032. Die Verweigerung einer solchen Einwilligung begründet keinen Anfangsverdacht: so schon LG Regensburg StraFo 2003, 127 m. Anm. *Lammer*; für den Rechtszustand seit dem 1. 11. 2005 auch *Senge* NJW 2005, 3028, 3032.

³¹⁷ Eine ausreichende Verdachtslage, die die Einleitung des Ermittlungsverfahrens gegen den Mandanten rechtfertigte, kann zum Zeitpunkt der Anordnung schon wieder entfallen sein.

³¹⁸ So ist z.B. die Beobachtung des Geisteszustands, die nicht aufgrund körperlicher Mängel angeordnet wird und die nicht zu körperlichen Untersuchungen führt, nicht von § 81a StPO gedeckt: OLG Bamberg MDR 1984, 602; OLG Celle StV 1989, 193 = NJW 1989, 2339; ebenso bietet die Vorschrift keine Rechtsgrundlage für eine zwangsweise Vorführung zu einem Sachverständigen zum Zweck einer ambulanten psychischen Beobachtung: LG Hannover StV 1989, 198.

³¹⁹ Für Zwecke der Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren dürfen Körperzellen nur nach Maßgabe des § 81g StPO entnommen und untersucht werden: Hierzu ausführlich § 27.

³²⁰ Die richterliche Anordnung darf nur unter Berücksichtigung der bisherigen Strahlenbelastung erfolgen, damit eine Schädigung ausgeschlossen werden kann: SchlHOLG NStZ 1982, 81; *Malek/Woblers* Rdnr. 277.

³²¹ Diese dient ebenfalls der Röntgenkontrastdarstellung: *Kuhlmann* NJW 1976, 350, 351.

³²² Soweit überhaupt diagnostisch noch von Wert: Dazu SK-StPO/Rogall § 81a Rdnr. 50; *Kuhlmann* NJW 1976, 350.

³²³ SK-StPO/Rogall § 81a Rdnr. 51.

³²⁴ BVerfGE 16, 198; OLG Hamm NJW 1971, 1904; krit. HK – StPO/Lemke § 81a Rdnr. 12.

³²⁵ SK-StPO/Rogall § 81a Rdnr. 43.

³²⁶ A.A. *Malek/Woblers* Rdnr. 279, die keine richterliche Entscheidung für erforderlich halten.

³²⁷ *Meyer-Göfner* § 81a Rdnr. 20; *Löwe/Rosenberg/Krause* § 81a Rdnr. 63; *Eisenberg* Beweisrecht Rdnr. 1640; HK-StPO/Lemke § 81a Rdnr. 17.

³²⁸ SK-StPO/Rogall § 81a Rdnr. 45.

³²⁹ BGH StV 1999, 74.

- zwangsweise Brechmittelverabreichung,³³⁰
- Angiographie.³³¹

Auch – bei Gefahr in Verzug – ohne richterliche Anordnung generell zulässige – allerdings **einem Arzt vorbehalten** – Eingriffe sind:

- Blutprobenentnahme,
- Eindringen in natürliche Körperöffnungen,³³²
- Entnahme natürlicher oder künstlicher Körperbestandteile, soweit dies mit einem Eindringen in den Körper verbunden ist.

Auch – bei Gefahr in Verzug – ohne richterliche Anordnung generell zulässige – **auch von nichtärztlichen Personen durchführbare** – Untersuchungen sind:

- Äußerliche Besichtigung des Körpers einschließlich Abtasten und Abhören,
- Messungen von Blut- und Augendruck, EKG, EEG,
- Entfernung von Körperhaaren zum Zwecke der Feststellung der genauen Beschaffenheit der Haut.³³³

Im jeweiligen Einzelfall ist die Zulässigkeit einer Anordnung zusätzlich abhängig von der Schwere des Eingriffs und den für den Betroffenen damit verbundenen möglichen Gesundheitsnachteilen im Verhältnis zur Schwere des aufzuklärenden Tatvorwurfs.³³⁴

- 85 Nicht auf § 81 a StPO gestützt werden darf die Anordnung einer Untersuchung des Beschuldigten auf seine strafrechtliche Verantwortlichkeit durch einen Sachverständigen, soweit diese über körperliche Untersuchungen und Eingriffe i.S.d. § 81 a Abs. 1 StPO hinausgeht. Folgt der Beschuldigte nicht freiwillig einer Einladung des Sachverständigen, bleibt nur die Möglichkeit, ihn durch die Staatsanwaltschaft gem. § 163 a Abs. 3 S. 1 StPO zur Vernehmung vorzuladen, der der Sachverständige gem. § 80 Abs. 2 StPO beiwohnen darf,³³⁵ oder ihn gem. § 81 StPO zur Beobachtung unterzubringen, wenn die dafür erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.³³⁶ Die gelegentlich von der Rechtsprechung vertretene Auffassung, eine nicht mit körperlichen Eingriffen verbundene ambulante Untersuchung der Schuldfähigkeit des Beschuldigten dürfe auf § 81 a StPO gestützt werden mit der Folge, dass er gegebenenfalls dem Sachverständigen auch zwangsweise vorgeführt werden dürfe,³³⁷ ist nicht mehr vom Wortlaut der Vorschrift gedeckt und deshalb unzutreffend.³³⁸
- 86 Bei Gefahr in Verzug dürfen körperliche Untersuchungen etc. sofort vollzogen werden. Zu diesem Zweck darf der Beschuldigte vorübergehend festgehalten oder zu einem Polizeirevier, einem Krankenhaus oder einer Arztpraxis verbracht werden.³³⁹ Rechtsgrundlage hierfür ist § 81 a StPO.³⁴⁰ Eine Wohnungsdurchsuchung zum Zwecke der Ergreifung des Beschuldigten ist, wenn nicht die Voraussetzungen der §§ 102, 103, 105 StPO vorliegen, unzulässig.³⁴¹
- 87 Ist die Anordnung durch Vollzug der betreffenden Maßnahme bereits erledigt, können auch nachträglich noch deren Rechtmäßigkeit sowie die Art und Weise der Vollziehung

³³⁰ Malek/Woblers Rdnr. 271; SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 48; a.A. zur Aufklärung schwerer Straftaten unter strenger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Meyer-Gößner § 81 a Rdnr. 22, KG JR 2001, 162 m. Abl. Anm. Hackethal; OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270. Wegen der bei einem sich weigernden oder gar wehrenden Beschuldigten mit der Einführung einer Magensonde verbundenen gesundheitlichen Gefahren ist diese Maßnahme nur mit Einwilligung des Beschuldigten zulässig, der eine Belehrung des Inhalts vorauszugehen hat, daß die Maßnahme ansonsten unterbleibt (Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 13), aber bis zur natürlichen Ausscheidung etwaiger inkorporierter Gegenstände zur Anordnung von Untersuchungshaft führen kann (Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 52).

³³¹ Meyer-Gößner § 81 a Rdnr. 21.

³³² LG Trier NJW 1987, 722 für rektale Untersuchung; a.A. OLG Celle StraFo 1997, 220 für Eingriffe in den Mundraum.

³³³ SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 30.

³³⁴ Ausführlich SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 12 u. 57.

³³⁵ Der Beschuldigte behält selbstverständlich auch hier sein Schweigerecht: § 163 a Abs. 3 S. 2 StPO.

³³⁶ Siehe dazu oben Rdnr. 81.

³³⁷ Vgl. OLG Zweibrücken MDR 1990, 75; OLG Karlsruhe Die Justiz 1986, 53; OLG Düsseldorf JMBL. NW 1990, 152.

³³⁸ So auch OLG Celle StV 1989, 193 = NStZ 1989, 242; LG Hannover StV 1989, 198.

³³⁹ Dazu ausführlich Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 70 ff.

³⁴⁰ OLG Dresden NJW 2001, 3643.

³⁴¹ Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 75 m.w.N.

überprüft werden:³⁴² Bei vollzogenen richterlichen Anordnungen ist zur Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit weiterhin das Rechtsmittel der Beschwerde (§ 304 StPO) gegeben,³⁴³ soweit es zu einem tiefgreifenden Grundrechtseingriff gekommen ist,³⁴⁴ was nicht nur bei Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit,³⁴⁵ sondern auch schon bei jeder für den Vollzug der Anordnung unerlässlichen und von § 81 a StPO mitlegitimierten³⁴⁶ Freiheitsentziehung³⁴⁷ zu bejahen ist.³⁴⁸ Ebenso sind die gem. § 81 a Abs. 2 StPO getroffenen Anordnungen der Staatsanwaltschaft bzw. ihrer Ermittlungspersonen nachträglich durch Anrufung des Ermittlungsrichters gem. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO überprüfbar.³⁴⁹ Ziel des Rechtsschutzes ist in diesen Fällen die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Anordnung. Neben der materiellen Rechtmäßigkeit der Anordnung ist hier auch zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft und ihre Ermittlungspersonen ihre Eilkompetenz zu Recht in Anspruch genommen haben.³⁵⁰

Zwecks Überprüfung der Art und Weise des Vollzuges einer Maßnahme nach § 81 a Abs. 1 StPO kann ebenfalls die richterliche Entscheidung entsprechend § 98 Abs. 2 S. 2 StPO beantragt werden unabhängig davon, ob ihr eine nichtrichterliche oder richterliche³⁵¹ Anordnung zugrunde lag.³⁵² Rechtswidrig ist der Vollzug einer Maßnahme gem. § 81 a StPO insbesondere dann, wenn ein ärztlicher Eingriff von einem Nichtarzt durchgeführt wurde oder die Regeln der ärztlichen Kunst nicht beachtet wurden und die Untersuchung Gesundheitsnachteile zur Folge hatte. Ebenso ist eine längere als zur Durchführung der Maßnahme eigentlich erforderliche Freiheitsentziehung rechtswidrig. Werden Maßnahmen vorgenommen, die nicht Gegenstand der Anordnung waren, begründet auch dies die Rechtswidrigkeit des Vollzuges.

Unabhängig davon, ob die Rechtswidrigkeit einer Maßnahme gem. § 81 a StPO gerichtlich festgestellt worden ist oder nicht, ist zu prüfen, ob die Unzulässigkeit der Maßnahme ein Verwertungsverbot zur Folge hat.³⁵³ Grundsätzlich ist dies nach h.M.³⁵⁴ nicht der Fall. Dies gilt allerdings auch nach Auffassung der Rechtsprechung nicht ausnahmslos: So sind die Ergebnisse eines körperlichen Eingriffs, der ohne Einwilligung und ohne Anordnung durchgeführt wurde, unverwertbar.³⁵⁵ Dies muss auch für die Fälle gelten, in denen die Staatsanwaltschaft oder ihre Ermittlungspersonen ihre Anordnungskompetenz willkürlich oder unter bewusster Umgehung des Richtervorbehalts in Anspruch genommen haben.³⁵⁶ Erst recht sind die Ergebnisse einer Maßnahme unverwertbar, die von einem Polizeibeamten angeordnet wurde, der noch nicht einmal Ermittlungsperson der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) war.³⁵⁷ Ebenso unterliegen die nach zwangsweiser Verabreichung eines Brechmittels erlangten Beweise einem Verwertungsverbot.³⁵⁸ Schließlich begründen die bewusste Täuschung des Beschuldigten über die Arzteeigenschaft des die Blutprobe Entnehmenden sowie andere bewusst gegen die Grundsätze der

³⁴² Zum verteidigungstaktischen Sinn eines solchen Vorgehens siehe unten Rdnr. 121.

³⁴³ Zur früheren Rechtsprechung, die dies wegen sog. prozessualer Überholung ablehnte, siehe BGHSt 28, 57; OLG Celle NJW 1973, 863.

³⁴⁴ SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 116, Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 86.

³⁴⁵ Meyer-Goßner vor § 296 Rdnr. 18 a.

³⁴⁶ SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 111.

³⁴⁷ BVerfG StV 1999, 295.

³⁴⁸ Demgegenüber wollen *Burhoff* Ermittlungsverfahren Rdnr. 1063 sowie *Malek/Woblers* Rdnr. 281 den Rechtsschutz auf Fälle möglicher Willkür beschränken.

³⁴⁹ SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 117 u. 118 m.w.N.; OLG Karlsruhe NStZ 1986, 567.

³⁵⁰ Siehe hierzu oben Rdnr. 77.

³⁵¹ Ist die beanstandete Art und Weise des Vollzugs allerdings ausdrücklicher Bestandteil der richterlichen Anordnung, ist auch insoweit die Beschwerde statthaft.

³⁵² Löwe/Rosenberg/Krause § 81 a Rdnr. 92; OLG Karlsruhe NJW 2002, 3117, a.A. noch OLG Karlsruhe NStZ 1986, 567; Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG; allgemein *Bachmann* NJW 1999, 2414; BGH StV 1999, 72 m. Anm. *Eisele* StV 1999, 298 und Anm. *Fezer* NStZ 1999, 151; BVerfG StV 1997, 393.

³⁵³ Zur Notwendigkeit dieser Prüfung schon im Ermittlungsverfahren siehe unten Rdnr. 105.

³⁵⁴ Siehe hierzu *Meyer-Goßner* § 81 a Rdnr. 32 m.w.N.

³⁵⁵ *Meyer-Goßner* § 81 a Rdnr. 33; BayObLG DAR 1966, 261.

³⁵⁶ Dazu oben Rdnr. 79. Verneinend in einem Fall fehlender Willkür OLG Karlsruhe StV 2005, 376 = NStZ 2005, 399.

³⁵⁷ Vgl. SK-StPO/Rogall § 81 a Rdnr. 93 m.w.N.; a.A. BayObLG NJW 1966, 415.

³⁵⁸ OLG Frankfurt/M. StV 1996, 651 m. Anm. *Weßlau* StV 1997, 341; a.A. OLG Bremen NStZ-RR 2000, 270; KG StV 2002, 122 m. Abl. Anm. *Zaczyk*.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ojs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

JURIS[®]

Fachanwalt für Strafrecht

Begleitskript für den Fernunterrichtsteil des Lehrgangs

Prof. Dr. Hans Kudlich

Ausgangspunkt der Strafzumessung bei Tatmehrheit

Strafmaß für die erste Vergewaltigung

Strafmaß für die zweite Vergewaltigung

Gesamtstrafenbildung

Denkbarer Antrag zum Strafmaß

5. Teil: Strafrecht der Strafverteidigung

A. Grundsätzliches und Ausgangspunkt

- Strafverteidigung kein „strafrechtsfreier Raum“
- grundsätzlich allgemeine Grenzen des erlaubten Verhaltens
 - je nach Konstellation daher etwa Strafbarkeit denkbar nach §§ 145d, 185 ff., 130, 267 ff. StGB u.a.
 - lediglich, soweit stark normative Tatbestandsmerkmale vorliegen bzw. Abwägung erforderlich ist, prozessuale Situation zu berücksichtigen
- Besonderheiten aber für hervorgehoben strafbarkeitsriskante Normen der §§ 258 und 261 StGB

B. Datenverschaffungsdelikte (in der Form des 41. StRÄG vom 07.08.2007)	112
I. Erweiterung des § 202a StGB	112
II. Einführung von § 202b StGB.....	112
III. Einfügung des § 202c StGB	112
IV. Strafrechtlicher Schutz gegen unbefugte Nachstellung, § 238 StGB („Stalking“).....	114
C. Große Kronzeugenregelung, § 46b StGB	120
4. Teil: Grundlagen des Rechts der Strafzumessung *	121
I. Das strafrechtliche Sanktions- bzw. Rechtsfolgesystem	121
II. Die Strafzumessung.....	122
1. Arten der (Haupt-)Strafen und Rahmenvorgaben aus dem Allgemeinen Teil	122
2. Die Strafzumessung – Bedeutung	123
3. Der konkrete Strafausspruch: Die Schritte bis zum Strafausspruch sowie die Entscheidung über die Bewährung.....	123
a) Regelstrafrahmen und Sonderstrafrahmen	123
b) Die Einordnung der konkreten Strafe in den gefundenen (Sonder-)Strafrahmen.....	124
c) Strafmilderung bzw. Absehen von Strafe nach §§ 46a, 46b StGB	125
d) Bewährungsentscheidung	125
III. Die Strafzumessung bei der Verwirklichung mehrerer Straftatbestände – Verbindung mit der Lehre von den Konkurrenzen.....	126
D. Beispielsfall zur Strafzumessung (nach BGH NStZ 1999, 505)	127
5. Teil: Strafrecht der Strafverteidigung	129
A. Grundsätzliches und Ausgangspunkt	129
B. § 258 StGB: Strafvereitelung durch Strafverteidiger?	130
C. Geldwäsche durch Strafverteidiger	133

Vorwort

Das vorliegende „Skript“ verfolgt zwei Funktionen: Zum einen bildet es den „roten Faden“ der eigenständigen häuslichen Beschäftigung mit dem Stoff. Hierzu wird einleitend dargelegt, warum dem materiellen Recht – und zwar auch und gerade den Grundlagen des Kernstrafrechts – auch für die Verteidigung herausragende Bedeutung zukommt. Im Anschluss erfolgt ein nach der Bedeutung der einzelnen Gebiete in der Praxis gewichteter systematischer Überblick über das materielle Strafrecht (insbesondere) des StGB. Dieser ist zur rascheren Erfassung und Wiederholung vielfach nur stichpunktartig gehalten, ist aber immer wieder ergänzt um

- knappe Auszüge aus der (bevorzugt neueren) Rechtsprechung, die sich als Illustration der behandelten Fragen bei der häuslichen Lektüre verstehen,
- Hinweise auf ausführlichere Auszüge zu Rechtsprechungsklassikern, aber auch zu ganz neuen Entscheidungen, die – mitsamt einer praxisspezifischen Einordnung – in einem eigenen Band zur Verfügung gestellt werden, um den Lesefluss bei demjenigen Leser nicht zu unterbrechen, dem diese Klassiker im Grunde bekannt sind, sowie um
- Hinweise auf die drei Bände „Prüfe Dein Wissen“ Strafrecht AT, BT I und BT II, die ebenfalls separat zur Verfügung gestellt werden und in komprimierter, auf das jeweilige Kernproblem „eingedampfter“ Form eine Vielzahl weiterer Entscheidungen aufbereiten, gleichzeitig aber dem Leser auch bereits eine erste Kontrolle seiner vorhandenen oder aufgefrischten Kenntnisse ermöglichen

Zum anderen soll dieses Skript Sie aber auch im Präsenzkurs begleiten, so dass Sie während des Präsenztages zum materiellen Strafrecht zumindest phasenweise wenig mitschreiben müssen, Fundstellen der und Auszüge aus wichtigen besprochenen Entscheidungen zur Verfügung haben und etwaige Notizen gleich im Zusammenhang anbringen können.

Erlangen, im Dezember 2011

Hans Kudlich

D. Beispielsfall zur Strafzumessung (nach BGH NStZ 1999, 505)

Nach den Feststellungen fuhr der Angeklagte nachts mit der ihm flüchtig bekannten Geschädigten zu einem abseits der Straße gelegenen See. Das dortige Gelände war zu dieser Zeit menschenleer. Nachdem er sich zunächst - wie zuvor angekündigt - lediglich mit der Geschädigten unterhalten hatte, drückte er sie plötzlich gewaltsam auf den Boden, entkleidete sie und setzte sich auf die Brust der sich heftig wehrenden Geschädigten. Zuerst versuchte der Angeklagte vergeblich, sein Opfer zum Oralverkehr zu zwingen. Anschließend sagte er, um sie gefügig zu machen und ihr Schreien zu unterbinden: "Wenn du nicht das Maul hältst, schlag ich dich." Sodann führte er sein Glied (ohne dass es zum Samenerguss kam) ungeschützt in ihre Scheide ein. Dann ließ der Angeklagte vorerst von seinem Opfer ab.

Nachdem sie sich wieder angekleidet hatte, lief die Geschädigte zu dem Fahrzeug des Angeklagten, um ihre Handtasche zu holen und sodann fortzulaufen. Der Angeklagte, "der erneut den Entschluss gefasst hatte", unter Ausnutzung der einsamen Lage den Geschlechtsverkehr mit der Geschädigten auszuführen, folgte ihr und drang in sein Fahrzeug ein, in das die Geschädigte geflüchtet war. Dort zog er die sich heftig wehrende Geschädigte aus und führte sein Glied erneut ungeschützt in ihre Scheide ein, und zwar bis kurz vor dem Samenerguss, der außerhalb ihres Körpers erfolgte.

A ist ein 23-jähriger Medizinstudent. Er ist ledig und kinderlos. In der Hauptverhandlung, in welcher er ein umfassendes Geständnis ablegt und das Geschehen außerordentlich bedauert, gibt er an, am Tatabend Streit mit seiner Freundin F gehabt zu haben, da er diese bei einem Seitensprung mit einem Kommilitonen „erwischt habe“. Er habe daher zunächst versucht seinen „Frust im Alkohol zu ertränken“ und sei dann in eine Diskothek gefahren, um dort „irgendeine Frau abzuschleppen“, um es der F „heimzuzahlen“. Bei O habe er sich „Hoffnungen gemacht, dass es klappen könne“, sei dann jedoch über ihre ablehnende Haltung und damit die „zweite Enttäuschung an diesem Abend“ so enttäuscht gewesen, dass er spontan beschlossen habe, den Geschlechtsverkehr mit O auch gewaltsam durchzusetzen. Die weitere Beweisaufnahme hat ergeben, dass der nicht an Alkohol gewöhnte A zur Tatzeit eine Blutalkoholkonzentration von 2,2‰ aufwies. Der Bundeszentralregisterauszug des A weist eine frühere Verurteilung wegen Sachbeschädigung (Geldstrafe) auf, weil er im betrunkenen Zustand ein Jahr zuvor im Studentenwohnheim randaliert hatte.

Als rechtliche Würdigung sei hier unterstellt, dass A durch sein Verhalten zwei selbständige Taten der Vergewaltigung nach § 177 I Nr. 1 bzw. Nr. 3, II Nr. 1 begangen hat, die zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) stehen. Von einer Verfolgung der Straftat nach § 316 StGB hat die Staatsanwaltschaft § 154 StPO abgesehen. Welche Schritte und welche Erwägungen sind für die Strafzumessung von Bedeutung?



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ojs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

Juris[®]

Fachanwalt für Strafrecht (Fernkurs)

Entscheidungssammlung

„Höchstrichterliche Rechtsprechung zu anwaltsrelevanten Schwerpunkten
des Straf- und Strafprozessrechts“

Prof. Dr. Hans Kudlich

51. BVerfG, Beschluss vom 19.03.2007, 2 BvR 2273/06.....	114
52. Art. 2 I GG, 103 II GG, 142 I Nr. 1, II Nr. 2 u.a.	114
53. BGH, Urteil vom 22.07.1999, 4 StR 90/99.....	119
54. §§ 315 I Nr. 2, 315 b I Nr. 3.....	119
55. BGH, Urteil vom 23.09.1999, 4 StR 700/98.....	122
56. §§ 306b II Nr.2, 263 III 2 Nr.5, 2 III StGB; §§ 264, 244 III 2 StPO.....	122
57. BGH, Beschluss vom 27.02.1992, 5 StR 190/91.....	126
58. §§ 136 I 2, 163a IV 2 StPO	126
59. BGH, Beschluss vom 13.05.1996, GSSt 1/96.....	131
60. §§ 136 I, 136a 161, 163, 163a III 2 StPO.....	131
61. BGH, Beschluss vom 17.02.2009, 1 StR 691/08.....	136
62. § 168c I, V 1	136
63. OLG München, Beschluss vom 30.11.2004, 3 Ws 720-722/04	142
64. §§ 97, 148	142
65. BGH, Urteil vom 29.04.2009, 1 StR 701/08.....	146
66. §§ 100a, 100f StPO; Art. 20 III GG, 6 I 1 EMRK	146
67. BGH, Beschluss vom 31.01.2007, StB 18/06.....	154
68. §§ Art. 2 I GG; Art. 1 I GG; Art. 20 III GG; Art. 8 EMRK; §§ 102, 105 I, 106 I, 94, 98 StPO	154
69. BGH, Beschluss vom 09.03.2010, 4 StR 606/09.....	159
70. §§ 52 I Nr. 1, 55, 252, 238 StPO	159
71. BGH, Beschluss vom 07.04.2011, 3 StR 61/11.....	163
72. § 229 I StPO.....	163
73. BGH, Beschluss vom 01.03.2011, 1 StR 52/11.....	166
74. § 257c StPO	166
75. BGH, Urteil vom 11.05.2011, 2 StR 590/10.....	170
76. § 257c, 265 I StPO	170
77. BGH, Urteil vom 17.02.2011, 3 StR 426/10.....	174
78. § 257, 258, 260, 349, 354 StPO; § 46 StGB	174
79. BGH, Urteil vom 14.04.2011 - 4 StR 571-10, 4 StR 571/10	177
80. § 24, 257b, 257c, 338 Nr. 3 StPO; § 244 StGB.....	177

81. BGH, Urteil vom 02.03.2004, 1 StR 574/03.....	181
82. § 24 StPO	181
83. BGH, Beschluss vom 10.08.2005, 5 StR 180/05.....	186
84. §§ 26a, 338 Nr. 3.....	186
85. BGH, Urteil 07.11.1991, 4 StR 252/91	192
86. §§ 244 III 2, 338 Nr.8 StPO; Art.6 EMRK	192
87. BGH, Beschluss vom 20.07.2011, 3 StR 44/11.....	196
88. § 238 II, 244 VI StPO	196
89. OLG Frankfurt, Urteil vom 08.11.2010, 3 Ss 285/10	199
90. §§ 81a, 257 StPO	199
91. BGH, Urteil vom 28.07.2010, 1 StR 643/09.....	204
92. §§ 230 I, 338 Nr. 5 StPO	204
93. BGH, Urteil vom 13.01.2011, 3 StR 337/10.....	208
94. § 244, 344 II 2 StPO	208
95. BGH, Beschluss vom 23.04.2007	212
96. § 274 StPO.....	212

BGH, Urteil vom 14.02.1984, 1 StR 808/83 [= BGHSt 32, 262-267]	Zur Beteiligung an eigenverantwortlicher Selbstgefährdung	§ 222, 230, 15, 18 StGB	I.1 – eigenverantwortliche Selbstgefährdung
---	---	-------------------------	---

I. Leitsatz

Eigenverantwortlich gewollte und verwirklichte Selbstgefährdungen unterfallen nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungsdelikts oder Tötungsdelikts, wenn das mit der Gefährdung bewußt eingegangene Risiko sich realisiert. Wer lediglich eine solche Selbstgefährdung veranlaßt, ermöglicht oder fördert, macht sich nicht wegen eines Körperverletzungsdelikts oder Tötungsdelikts strafbar.

II. Aus dem Tatbestand

Der Angeklagte D ist wegen räuberischer Erpressung, rechtlich zusammentreffend mit unerlaubtem Besitz von Heroin und wegen fahrlässiger Tötung zur Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten verurteilt worden. Er wendet sich mit der Sachbeschwerde gegen die Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung. Sein Rechtsmittel hat Erfolg.

I. Die Jugendkammer hat festgestellt:

Der Angeklagte, der 1967 (im Alter von 15 Jahren) mit dem Konsum von Drogen begann, sich 1978 einer Entwöhnungstherapie unterzog, aber zur Tatzeit wiederum gelegentlich Drogen konsumierte, traf am 8. April 1983 Peter H. Beide waren sich "seit langem freundschaftlich zugetan". H sagte dem Angeklagten, er habe Heroin, "das man zusammen drücken könne". Der Angeklagte entschloß sich, die erforderlichen Spritzen zu besorgen, als H, der als Konsument harter Drogen bekannt war, ihm eröffnete, er bekomme "nirgends mehr" eine Spritze. Nachdem der Angeklagte drei Einwegspritzen gekauft hatte, gingen er und H auf die Toilette einer Gaststätte. H verschaffte sich einen Löffel und brachte drei "Hunderter-Hit" in diesem Löffel "zum Aufkochen". Den "aufgekochten Stoff" füllte er in zwei Spritzen und überließ eine dem Angeklagten. Als bald nach der Injektion des Stoffes, der neben Heroin auch Koffein enthielt, wurden H und der Angeklagte bewußtlos. Lokalbesucher veranlaßten nach einiger Zeit die Öffnung der Toilettentür und die Verständigung des Notarztes. Als der Arzt eintraf, war H bereits tot. Die Injektion hatte zu Atemstillstand und Herz-Kreislaufversagen geführt. Die Blutalkoholkonzentration H's lag im Zeitpunkt seines Todes bei 1,03 ‰.

III. Aus den Gründen

Ansicht des Tatgerichts: Fahrlässigkeit...

II. (...) Der Angeklagte habe durch die Beteiligung am gemeinschaftlichen Heroingenuß und durch das Beschaffen der Spritzen Ursachen für H's Tod gesetzt. Ihm sei bekannt gewesen, daß Heroininjektionen den Tod des Konsumenten zur Folge haben können. Es komme nicht darauf an, ob für den Angeklagten die leichte Alkoholisierung H's erkennbar war und ob der Angeklagte vorherzusehen vermochte, daß diese Alkoholisierung "für den Erfolg eine gewisse Bedeutung" hatte. In erster Linie sei der Erfolg durch das Betäubungsmittel herbeigeführt worden. Es sei "offensichtlich von besonders gefährlicher Beschaffenheit" gewesen. Der Angeklagte habe gewußt, daß schlecht verträgliche Stoffe vorkommen und daß ihre Wirkung auch von Schwächen in der körperlichen Verfassung des Konsumenten abhängen. Infolgedessen habe er den Geschehensablauf voraussehen können.

Problem: Eigenverantwortlichkeit des H...

III. Die Erwägungen des Tatgerichts zur Ursächlichkeit und Voraussehbarkeit berühren den für die rechtliche Betrachtung ausschlaggebenden Gesichtspunkt nicht. Er liegt darin, daß der Angeklagte sich lediglich an der vorsätzlichen Selbstgefährdung seines Freundes beteiligte, der sie (möglicherweise) eigenverantwortlich wollte. Auch wenn er durch diese Beteiligung einen Beitrag leistete, der für den Tod von H ursächlich war, und selbst wenn er die Kausalität seines Tuns voraussehen konnte, hat er sich nicht wegen fahrlässiger Tötung strafbar gemacht. Diese Beurteilung des Geschehens findet ihre Grundlage in folgenden Überlegungen:

1. Eigenverantwortlich gewollte - erstrebte, als sicher vorausgesehene oder in Kauf genommene - und verwirklichte Selbsttötungen oder Selbstverletzungen unterfallen (weil das Gesetz nur die Tötung oder Verletzung eines anderen mit Strafe bedroht) nicht dem Tatbestand eines Tötungs- oder Körperverletzungsdelikts. Wer sich daran beteiligt, nimmt an einem Vorgang teil, der - soweit es um die Strafbarkeit wegen eines solchen Delikts geht - keine Tat im Sinne der § 25, 26, 27 Abs. 1 StGB ist. Der sich vorsätzlich Beteiligende kann infolgedessen (wegen Fehlens einer Haupttat) nicht als Anstifter oder Gehilfe bestraft werden (BGHSt 2, 150, 152; 6, 147, 154; 13, 162, 167; 19, 135, 137; 24, 342, 343; Eser in Schönke/Schröder, StGB 21. Aufl. Rdn. 33 und 35 vor § 211; Jähnke in LK 10. Aufl. Rdn. 21 und 22 vor § 211; Lackner, StGB 15. Aufl. Anm. 3a vor § 211; Wessels, Strafrecht BT - 1, 6. Aufl. S. 7 ff. jeweils m.w.Nachw.). Wer das zur Selbsttötung oder Selbstverletzung führende eigenverantwortliche Handeln des Selbstschädigers fahrlässig veranlaßt, ermöglicht oder fördert, kann nicht strafbar sein, wenn er sich im Falle vorsätzlicher Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung nicht strafbar machen würde (BGHSt 24, 342; Eser aaO Rdn. 35 vor § 211 m.w.Nachw.; Hirsch JR 1979, 429, 430; Jähnke aaO Rdn. 23 vor § 211 m.w.Nachw.; Schünemann NStZ 1982, 60, 62; Wessels aaO S. 12). Würde er wegen fahrlässiger Tötung oder Körperverletzung deshalb bestraft, weil er pflichtwidrig eine Bedingung für den voraussehbaren (oder vorausgesehenen) Erfolg gesetzt hat, verstieße eine solche Bestrafung gegen das in den Vorschriften der §§ 15 und 18 StGB zum Ausdruck kommende Stufenverhältnis der Schuldformen (vgl. BGHSt 9, 135, 136). In ihr läge (wie Schünemann aaO ausführt) ein Wertungswiderspruch. Der Sachverhalt erübrigt ein Eingehen auf die Frage, was gilt, wenn den, der sich an der Selbstschädigung eines eigenverantwortlich Handelnden (vorsätzlich oder fahrlässig) aktiv beteiligt, Garantpflichten für Leib oder Leben des Selbstschädigers treffen (vgl. dazu BGH JR 1979, 429; Hirsch aaO S. 432; Lackner aaO Anm. 3 b vor § 211 m.w.Nachw.).

2. Auch die eigenverantwortlich gewollte - erstrebte, als sicher vorausgesehene oder in Kauf genommene - und vollzogene Selbstgefährdung unterfällt nicht dem Tatbestand eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts, gleichgültig, ob das mit der Gefährdung bewußt eingegangene Risiko sich realisiert (der Handelnde sich verletzt oder tötet) oder ob der "Erfolg" ausbleibt. Wer lediglich den Akt der eigenverantwortlich gewollten und bewirkten Selbstgefährdung (vorsätzlich oder fahrlässig) veranlaßt, ermöglicht oder fördert, nimmt an einem Geschehen teil, das - soweit es um die

Strafbarkeit wegen Tötung oder Körperverletzung geht - kein tatbestandsmäßiger und damit kein strafbarer Vorgang ist (RG DJZ 1898, 62; RGSt 57, 172, 173 f.; BGH JR 1979, 429; Jähnke aaO § 222 Rdn. 21 m.w.Nachw.; Hirsch aaO S. 430, 432; Roxin in Gallas-Festschrift S. 241, 246; Rudolphi in SK StGB 3. Aufl. Rdn. 79 vor § 1 m.w.Nachw.; Schroeder in LK 10. Aufl. § 16 Rdn. 181; Schünemann aaO). Die Strafbarkeit kann erst dort beginnen, wo der sich Beteiligende kraft überlegenen Sachwissens das Risiko besser erfaßt als der sich selbst Gefährdende (Jähnke aaO). Was gilt, wenn den, der sich an der Selbstgefährdung eines eigenverantwortlich Handelnden aktiv beteiligt, Garantenpflichten für dessen Leib oder Leben treffen, kann unerörtert bleiben (vgl. 1. a.E.). Ohne rechtliche Bedeutung ist es, wenn der sich bewußt und eigenverantwortlich selbst Gefährdende hofft oder darauf vertraut, daß es nicht zum Eintritt des "Erfolgs" kommen werde. Mit dem gefährlichen, in seiner möglichen Tragweite überblickten Verhalten übernimmt er das Risiko der Realisierung der Gefahr (vgl. Hirsch in LK 9. Aufl. Rdn. 105 vor § 51; Jähnke aaO; Schaffstein in Welzel-Festschrift S. 557, 566).

Eigenverantwortlichkeit zweifelhaft, aber in dubio pro reo...

3. Der Angeklagte hat lediglich eine bewußte Selbstgefährdung (und Selbstverletzung) des Stoffbesitzers ermöglicht. Die Feststellungen enthalten keine Anhaltspunkte dafür, daß er das Risiko besser erkannte als sein Freund. Ob H eigenverantwortlich handelte, ist zwar zweifelhaft. Weitere Feststellungen zu dieser Frage sind aber nicht mehr möglich. Sie muß deshalb zugunsten des Angeklagten bejaht werden (vgl. Jähnke aaO Rdn. 31 vor § 211), gleichgültig, wie man die Kriterien des eigenverantwortlichen Handelns bestimmt (vgl. dazu Herzberg, Täterschaft und Teilnahme S. 38; Hirsch JR 1979, 429, 432; Jähnke aaO Rdn. 25 und 26 vor § 211 und § 222 Rdn. 21; Lackner aaO; Roxin NStZ 1984, 71; Wessels aaO S. 9). Auch wenn man mit einem Teil der Wissenschaft annimmt, eigenverantwortliches Handeln sei ausgeschlossen, falls der Selbsttötungs- oder Selbstgefährdungsentschluß an Beurteilungs- oder Willensmängeln leidet, welche das Zustandekommen einer rechtfertigenden Einwilligung in eine Körperverletzung hindern würden, gestatten die Feststellungen nicht den Schluß, daß H (infolge Drogensucht) in einer inneren Verfassung war, die eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung durch Heroinkonsum nicht zuließ. Auf die Frage, wie die Rechtslage wäre, wenn sowohl H, der Stoffbesitzer, wie auch der von ihm zum Heroinkonsum verleitete Angeklagte außerstande waren, die Risiken ihres Tuns sachgerecht abzuwägen oder der Verlockung zum Drogenkonsum viel Widerstand entgegenzusetzen, braucht nicht eingegangen zu werden.

BtMG...

4. Ohne Einfluß auf die rechtliche Beurteilung ist es, daß das Betäubungsmittelgesetz die Veranlassung, Ermöglichung oder Förderung der eigenverantwortlich gewollten und verwirklichten Selbstgefährdung durch Handlungen, welche in diesem Gesetz umschriebene Tatbestände erfüllen, mit Strafe bedroht. Aus solchen Strafdrohungen kann nicht abgeleitet werden, daß in dem tatbestandlichen Bereich, für den sie gelten, eine Verurteilung des "Teilnehmers" wegen fahrlässiger Tötung auch in Frage kommt, wenn der "Erfolg" die Realisierung eigenverantwortlich gewollter und vollzogener Selbstgefährdung ist. Ein unter dem Gesichtspunkt der fahrlässigen Tötung nicht tatbestandsmäßiges Geschehen kann nicht deshalb unter diesem Gesichtspunkt tatbestandsmäßig werden, weil der "Teilnehmer" einen Beitrag leistet, der nach einem anderen Tatbestand strafbar ist. Strafrechtliche Verantwortlichkeit ist Verantwortlichkeit unter einem bestimmten rechtlichen Aspekt nach den dafür geltenden normativen Voraussetzungen. Ein Eingehen auf § 30 Abs. 1 Nr. 3 BtMG erübrigt sich. Der Angeklagte hat keine Betäubungsmittel abgegeben, einem anderen verabreicht oder zum unmittelbaren Verbrauch überlassen. Infolgedessen kann auch die Rechtsprechung zur fahrlässigen Tötung durch Abgabe von Heroin oder anderer Betäubungsmittel außer Betracht bleiben.

IV. Obwohl es ausgeschlossen erscheint, daß der Angeklagte auf der Grundlage neuer Feststellungen wegen fahrlässiger Tötung verurteilt werden kann, hat der Senat nicht freigesprochen, sondern hat (unter Aufrechterhaltung der Feststellungen zu II. 2. der Urteilsgründe) zurückverwiesen, um der Strafkammer Gelegenheit zu geben, die gemäß § 154 a StPO ausgeschiedenen Gesetzesverletzungen wieder einzubeziehen.

Die Aufhebung der Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung zog die Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtfreiheitsstrafe und der zugehörigen Feststellungen nach sich.

IV. Anmerkung

1. Die eigenverantwortliche Selbstgefährdung ist diejenige Fallgruppe, in welcher die in der Literatur vertretene Lehre von der objektiven Zurechnung zumindest der Sache nach am schnellsten und am weitesten auch in den Argumentationsverlust der Rechtsprechung eingedrungen ist.

2. Gerade im Zusammenhang mit Schäden beim gemeinsamen Drogenkonsum hat sich auch die neuere Rechtsprechung immer wieder mit interessanten Konstellationen zu befassen. In einer neueren Entscheidung (NJW 2009, 2611 und) hat der BGH eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung abgelehnt, wenn der Täter zwar ebenfalls kein überlegenes Wissen, wohl aber eine besondere Zuständigkeit aufgrund eines Fehlverhaltens hatte, mit dem der eigenverantwortliche Drogenkonsum üblicherweise nicht rechnet (Verwechslung von Kokain mit Heroin).

3. Für den BtM-Bereich ist freilich zu beachten, dass bei der Todeserfolgsqualifikation des § 30 I Nr. 3 BtMG die Rechtsprechung (wenngleich durchaus zweifelhaft!) eine Durchbrechung des Zurechnungszusammenhanges kraft eigenverantwortlicher Selbstgefährdung nicht zulässt, da die BtM-Delikte sämtlich nicht nur Individualrechtsgüter, sondern auch die übergeordnete Volksgesundheit zum Schutz Gegenstand hätten.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ols Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

juris[®]

Fachanwalt für Strafrecht (Fernkurs)

Skript „Strafprozessuale Probleme der Hauptverhandlung“

Ein Planspiel im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung

Prof. Dr. Hartmut Schneider, Bundesanwalt am BGH

„Strafprozessuale Probleme der Hauptverhandlung“

Ein Planspiel im Lichte der aktuellen höchstrichterlichen Rechtsprechung

Ausgangsfall: Den Angeklagten A, B und C wird zur Last gelegt, gemeinschaftlich mit zwei weiteren gesondert verfolgten jugendlichen Mittätern einen besonders schweren Raub nach § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nrn. 2, 4 und 5 StGB begangen zu haben. Sie sollen den Kioskbetreiber P überfallen haben, um dessen Tageseinnahmen an sich zu bringen. Dabei habe der Angeklagte B -dem zuvor verabredeten Tatplan folgend- dem Opfer ein Messer in den Bauch gestoßen, um den Widerstand des Opfers zu brechen. Danach sollen die Angeklagten aus der Kasse einen Geldbetrag in Höhe von 920 Euro entwendet und anschließend untereinander aufgeteilt haben.

Das Opfer konnte durch eine Notoperation gerettet werden. Seine Verletzungen sind ohne Komplikationen verheilt.

Die Hauptverhandlung vor einer großen Strafkammer des Landgerichts ist von vornherein konfliktgeladen. Es ereignet sich Folgendes:

1. Komplex: „Verwicklungen um ein Opening-Statement“

1. Nach Verlesung des Anklagesatzes meldet sich der Verteidiger des Angeklagten A zu Wort und bittet das Gericht, ihm die Möglichkeit zu einer Gegenerklärung auf die Anklage zu gewähren. Zur Begründung seines Begehrens verweist er auf die „erschreckende Einseitigkeit des Anklagesatzes“ und auf die davon ausgehende Gefahr einer frühzeitigen Festlegung der Schöffen. Aus dem in Art. 6 Abs. 1 EMRK verankerten „fair-trial“-Prinzip ergebe sich – so führt der Verteidiger aus- das Recht des Angeklagten, derartigen Verwerfungen mit einem Eingangsstatement von vornherein entgegen zu wirken. Zudem spreche hierfür die „dialogische Struktur“ der strafprozessualen Hauptverhandlung.

Frage: Ist der Vorsitzende verpflichtet, dem Verteidiger ein Opening-Statement zu gestatten?

a: Die Strafprozessordnung sieht eine Gegenerklärung der Verteidigung auf die Verlesung des Anklagesatzes durch den Staatsanwalt nicht vor. Nach § 243 Abs. 5 StPO wird der Angeklagte im

Anschluss an die Verlesung des Anklagesatzes über sein Schweigerecht belehrt; sodann kann er sich zur Sache einlassen. Ausgehend von diesem gesetzlich vorgegebenen Verfahrensablauf ist der Vorsitzende rechtlich nicht gehalten, der Verteidigung vor Einlassung des Angeklagten das Wort zu einer Gegenerklärung zu erteilen.¹

b: An dieser Beurteilung der Rechtslage vermögen die vom Verteidiger für sein Begehren ins Feld geführten Argumente nichts zu ändern:

-- Der „fair-trial“-Grundsatz gebietet die Ermöglichung eines Opening-Statements als Replik auf den „Angriffsakt“ der Verlesung des Anklagesatzes deswegen nicht, weil der Angeklagte unmittelbar danach vor allen übrigen Verfahrensbeteiligten Gelegenheit hat, sich zur Sache in Gestalt eines zusammenhängenden Berichts zu äußern. Dabei kann er dem Anklagevorwurf unter allen tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkten umfassend entgegen treten und das Gericht mit seiner Sicht der Dinge konfrontieren. Dem Postulat der Verfahrensfairness wird dadurch bei wertender Gesamtbetrachtung der Abläufe ausreichend Rechnung getragen.²

-- Strukturelle Erwägungen zur dialogischen Ausgestaltung der Hauptverhandlung können das Anliegen der Verteidigung ebenfalls nicht stützen. Im Gegenteil: Es ist zunächst Sache des Angeklagten, den Dialog über den gegen ihn erhobenen Tatvorwurf in Ausübung seines Rechts aus § 243 Abs. 5 S. 2 StPO selbst aufzunehmen. Hierbei bleibt es ihm unbenommen, Hilfsmittel -etwa Notizen oder eine mit seinem Verteidiger abgestimmte schriftliche Ausarbeitung seiner Einlassung- als Gedankenstütze einzusetzen. Rechtlich belangvolle Gründe dafür, dass ein Opening-Statement der Verteidigung darüber hinaus strukturell erforderlich sei, um die Position des Angeklagten vor Eintritt in die Beweisaufnahme optimal zur Geltung bringen zu können, sind nicht ersichtlich. Zwar mag es faktisch zutreffen, dass der Verteidiger aufgrund seiner Berufserfahrung vielfach besser als der Angeklagte in der Lage sein wird, dessen Belange sprachlich gekonnt zu vertreten; jedoch kommt es darauf rechtlich nicht an, weil die Sacheinlassung des in der Hauptverhandlung anwesenden Angeklagten grundsätzlich dessen höchstpersönliche Angelegenheit ist und vom Verteidiger prinzipiell nicht stellvertretend wahrgenommen werden kann. Hinzu kommt, dass dem Verteidiger nach Vernehmung des Angeklagten auf Verlangen gemäß § 257 Abs. 2 StPO ohnehin Gelegenheit zu geben ist, sich zur Einlassung des Angeklagten zu äußern. Nachgerade durch diese Regelung wird hinreichend sichergestellt, dass der Verteidiger frühzeitig die Möglichkeit erhält, zumindest mittelbar zum Anklagevorwurf in den durch § 257 Abs. 3 StPO gezogenen Grenzen Stellung zu nehmen.

Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass das Opening-Statement strukturell geradezu ein

1 Siehe dazu KK/StPO-Schneider § 243 Rn. 32; Meyer-Goßner § 238 Rn. 5.

2 Vgl. dazu KK/StPO-Schneider § 243 Rn. 32.

strafprozessualer Fremdkörper ist. Soll es gehaltvoll ausfallen und über ein kaum effektives bloßes Bestreiten der Tatvorwürfe hinausführen, müsste der Verteidiger gleichsam vorweg auf vorläufige Beweisergebnisse des Ermittlungsverfahrens eingehen, obschon die Beweiserhebung in der Hauptverhandlung dazu noch aussteht. Es liegt auf der Hand, dass eine solche Erklärung der Verteidigung der Sache nach nicht das defensive Gegenstück zur korrekt abgefassten beweiswürdigungsfreien Anklage, sondern ein vorgezogenes Angriffsmittel eigener Art darstellte. Dadurch würde die Regelung des § 257 Abs. 3 StPO umgangen; zudem bestünde die Gefahr, dass der Dialog zwischen Staatsanwaltschaft und Verteidigung mit Blick auf die unbefangenen Wahrnehmungen der Laienrichter in eine rechtlich inakzeptable Schiefelage gerät.

Frage: Ist es dem Vorsitzenden verwehrt, dem Verteidiger auf dessen Verlangen das Wort zur Abgabe einer Eingangserklärung zu erteilen?

Höchstrichterliche Rechtsprechung liegt hierzu nicht vor. Im strafprozessualen Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass es dem Vorsitzenden im Rahmen der Verhandlungsleitung nach § 238 Abs. 1 StPO frei stehe, die Abgabe eines Opening-Statements zu gestatten, sofern dies der Sache dient.³ Zahlreiche Richter gewähren der Verteidigung Gelegenheit zur Gegenerklärung auf die Verlesung des Anklagesatzes, um die Hauptverhandlung nicht bereits von vornherein mit einem Streit auf Nebenkriegsschauplätzen zu belasten.

Diese durchaus pragmatische Ansicht ist aus den vorstehend skizzierten strukturellen Erwägungen rechtlich problematisch und kriminalpolitisch fragwürdig. Die großzügige Ermöglichung von Eingangserklärungen der Verteidigung in Manier eines „laissez faire“ könnte mittelfristig zu einer Verzerrung des gesetzlichen Ablaufs der Hauptverhandlung und damit zu einer Verschiebung der de lege lata mit Bedacht ausbalancierten Kräfte der Verfahrensbeteiligten führen. Einer derartigen Entwicklung sollte die Staatsanwaltschaft engagiert und energisch entgegentreten.⁴

2. Der Vorsitzende weist das Ersuchen des Verteidigers auf Gestattung eines Opening-Statements mit der Begründung zurück, das Gesetz sehe in § 243 Abs. 3 und 5 StPO die Abgabe einer Gegenerklärung nicht vor. Der Verteidiger beanstandet diese verhandlungsleitende Maßnahme und bittet um die Entscheidung des Gerichts. Dieses bestätigt nach § 238 Abs. 2 StPO die Anordnung des Vorsitzenden. In der Begründung der Entscheidung führt die Strafkammer weitergehend aus, dass ein Opening-Statement des

3 KK/StPO-Schneider § 243 Rn. 32; Meyer-Goßner § 238 Rn. 5.

4 KK/StPO-Schneider § 243 Rn. 32.

Verteidigers eingedenk seiner Befugnisse aus § 257 Abs. 2 StPO sowie der Möglichkeit des Angeklagten, sogleich zum Anklagevorwurf Stellung zu nehmen, zur effektiven Wahrung legitimer Verteidigungsinteressen angesichts des einfach gelagerten Sachverhalts und der übersichtlichen Beweislage rechtlich ohnedies nicht notwendig sei.

Nachdem eine Gegenvorstellung des Verteidigers erfolglos geblieben ist, bringt dieser für den Angeklagten gegen jeden einzelnen Berufsrichter ein Befangenheitsgesuch nach § 24 Abs. 2 StPO an. Zur Rechtfertigung führt er aus, sein Mandant müsse in Ansehung der Verweigerung des Opening-Statements besorgen, dass sich die abgelehnten Richter von vornherein seinen Belangen verschlossen und seine Sicht der Dinge einfach nicht zur Kenntnis nehmen wollten. Dadurch sei das Verfahren genuin unfair; denn unbeschadet des Gesetzeswortlauts stehe es durchaus im Ermessen des Gerichts, ein Opening-Statement in Abweichung von den Regelungen des § 243 StPO zuzulassen. Der Umstand, dass die abgelehnten Richter dies ersichtlich verkannt hätten, wecke Misstrauen gegen ihre Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit. Dies gälte insbesondere deswegen, weil die Beweislage -entgegen der Sichtweise des Gerichts- durchaus verwickelt sei.

Frage: Darf die Strafkammer das Befangenheitsgesuch nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO als unzulässig verwerfen?

Die Frage zielt darauf ab, unter welchen Voraussetzungen ein erkennbar ungeeignetes Ablehnungsgesuch im Regelverfahren nach § 27 Abs. 2 StPO unter Ausschluss der abgelehnten Richter zurückgewiesen oder aber nach Maßgabe der Ausnahmenvorschrift des § 26a Abs. 2 S. 1 StPO unter Mitwirkung derselben verworfen werden muss. Ihre Beantwortung ist prozessual zunächst deswegen bedeutsam, weil der Weg über § 27 StPO mit einem zeitaufwändigen Zwischenverfahren verbunden ist, während § 26a StPO eine zügige Fortsetzung der Hauptverhandlung ermöglicht. Hinzu kommt, dass die Klassifikation eines Befangenheitsgesuchs als „unzulässig“ mit besonderen rechtlichen Risiken verbunden ist:

a: Auf den ersten Blick erscheint die Ausgangsfrage deswegen erstaunlich, weil § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO seinem Wortlaut nach lediglich solche Befangenheitsanträge erfasst, denen mangels Angabe tatsächlicher Umstände für die Besorgnis der Befangenheit überhaupt keine Begründung der Ablehnung entnommen werden kann.⁵ Beschränkte man den Anwendungsbereich der Bestimmung allein auf solche Fälle evidenter Formwidrigkeit, müsste die Strafkammer unter Beachtung der Bestimmung des § 26 Abs. 3 StPO nach § 27 Abs. 2 StPO vorgehen und in das Zwischenverfahren überleiten.

Allerdings besteht Einigkeit darüber, dass völlig ungeeignete Ablehnungsgesuche den gänzlich begründungslosen Befangenheitsanträgen nach Sinn und Zweck der Regelung des § 26a Abs. 1 Nr.

⁵ Näher dazu KK/StPO-Fischer § 26a Rn. 5; Meyer-Goßner § 26a Rn. 4.



Fachseminare
von Fürstenberg

Vorsprung durch Kompetenz.

in Kooperation mit:

ojs Verlag
Dr. Otto Schmidt
Köln

JURIS[®]

Fachanwalt für Strafrecht (Fernkurs)

Skript „Basics Prozessrecht“

Dr. Christoph Knauer, Rechtsanwalt

2. Rüge der Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Rahmen der Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde betreffend die Verletzung des rechtlichen Gehörs setzt wie auch sonst die Erschöpfung des Rechtswegs voraus. Das BVerfG hatte unter dem Az. 2 BvR 1575/09 folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

„Das Landgericht hat nach dem Vorbringen des Beschwerdeführers den gestellten **Antrag auf Gewährung von Prozesskostenhilfe** mangels Erfolgsaussicht der beabsichtigten Rechtsverfolgung abgelehnt, **ohne** dem Beschwerdeführer zuvor **die** zugrundeliegende **Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt zur Kenntnis gegeben** zu haben, mit der geltend gemacht worden war, dass der Beschwerdeführer hinsichtlich des Anliegens, das er auf dem Rechtsweg zu verfolgen beabsichtigt, zuvor keinen Antrag bei der Justizvollzugsanstalt gestellt habe.“

Es führte aus:

„Soweit die Anhörungsrüge gem. **§ 33a StPO** statthaft ist, **gehört** sie **zum Rechtsweg**. Zur Entbehrlichkeit der Erhebung der Anhörungsrüge im Ausnahmefall der offensichtlichen Aussichtslosigkeit vgl. BVerfGK 7, 115.

Zur von Art.103 Abs. 1 GG gebotenen Gewährung rechtlichen Gehörs gehört die Information über Äußerungen der Gegenseite (vgl. BVerfGE 55, 95).“

3. Verletzung des rechtlichen Gehörs im Revisionsverfahren

Gemäß **§ 356a StPO** ist in dem Fall, in dem das Gericht bei einer Revisionsentscheidung den Anspruch auf rechtliches Gehör eines Beteiligten verletzt hat, auf Antrag das Verfahren in die Lage zurückzusetzen, die vor Erlass der Entscheidung bestand, bezüglich derer der Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt wurde. Zuvor begangene Verletzungen werden spätestens im Revisionsverfahren geheilt. Die form- und fristgerechte Erhebung der **Anhörungsrüge** ist Voraussetzung dafür, dass die Verletzung rechtlichen Gehörs mit der **Verfassungsbeschwerde** beanstandet werden kann (BVerfG 21.6.2005, 2 BvR 658/05 = BVerfGK 5, 337; 2.5. 2007, 2 BvR 539/07; BVerfG NJW 2005, 3059 f [zu § 321a ZPO]; *Wohlert* in SK-StPO Rn 1). Der eine Anhörungsrüge **zurückweisende** Beschluss ist selbst nicht mit der Verfassungsbeschwerde angreifbar; denn er schafft keine selbständige Beschwerde (BVerfG NStZ-RR 2007, 381; BVerfG 20.6. 2007, 2 BvR 746/07 = NJW 2007, 3563).

V. Unschuldsvermutung und „in dubio pro reo“, § 261 StPO, Art. 6 II EMRK

Sachverhalt zu 1 StR 191/09, Urt. v. 23.6.2009 = BGH NStZ 2009, 629:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Mit ihren jeweils auf die Sachrüge gestützten Revisionen beanstanden die Staatsanwaltschaft und der Nebenkläger, dass das Landgericht einen Tötungsvorsatz nicht für erwiesen erachtet und den Angeklagten deshalb nicht wegen Totschlags verurteilt habe. (...)

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

a) Der Angeklagte und S., das spätere Tatopfer, waren in der Nacht zum 25. Dezember 2007 als Gäste auf einer Party des Zeugen E., die in der Wohnung von dessen verreisten Eltern stattfand. Auf dieser Party nahmen der Angeklagte und S. in erheblichem Maß Alkohol (Wodka und Bier) zu sich. Außerdem verbrachten sie und ein weiterer männlicher Partygast, der wie der Angeklagte und S. ohne weibliche Begleitung gekommen war, ihre Zeit damit, mit nackten Oberkörpern an einem Fitnessgerät in einem Nebenraum zu „spielen“ oder auf dem Boden miteinander zu „catchen“. Der Angeklagte fiel hierbei durch seine grundlose verbale Aggressivität gegenüber den übrigen Partygästen auf, so dass der Gastgeber mehrfach beruhigend auf ihn einwirken musste.

Gegen 2.30 Uhr rangen der Angeklagte und S. miteinander auf dem Wohnzimmerboden. Der Zeuge B., ein weiterer Partygast, trennte die beiden stark alkoholisierten Kontrahenten, wobei er sich bei der anschließenden Auseinandersetzung mit dem Angeklagten, dessen Blutalkoholkonzentration zu diesem Zeitpunkt bei maximal 2,97 Promille lag, leichte Verletzungen an Nase und Rücken zuzog. S., der zunächst das Wohnzimmer

verlassen hatte, kam zurück und versetzte dem Angeklagten einen Stoß, so dass dieser auf einen Couchtisch mit Glasfläche fiel. Hierdurch kippte der Tisch nach hinten in Richtung Wand; das Glas zersplitterte, wodurch sich unmittelbar um den Glastisch ein „Splitterfeld“ mit zum Teil mehreren Zentimeter langen und breiten Glassplittern bildete. **Der Angeklagte empfand den Stoß als demütigend und wollte sich hierfür rächen. Er stand sofort auf, nahm einen der Glassplitter und stach ihn unmittelbar mit der linken Hand von oben nach unten mit großer Wucht in S.'s rechte Halsseite, um diesen zu verletzen. Die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten war zu diesem Zeitpunkt aufgrund seiner Alkoholisierung in Verbindung mit seiner affektiven Erregung erheblich beeinträchtigt im Sinne des § 21 StGB.** Durch den Stich wurden die rechte innere Doppelvene, die rechte Unterschlüsselbeinarterie und die fast zehn Zentimeter unter dem Halsansatz liegende rechte Pleurakuppel von S. durchtrennt. Das Blut spritzte wie eine Fontäne aus der Wunde. S. ging zu Boden und verstarb innerhalb der nächsten fünf Minuten an den Verletzungsfolgen.

Der Angeklagte war über die Folgen des Stiches zutiefst erschrocken. Er bemühte sich, die Blutung bei seinem Opfer mit einem Handtuch zu stillen. Außerdem telefonierte er zweimal mit dem Notruf der Polizei und drängte darauf, dass der Rettungsdienst möglichst schnell zu Hilfe kommen sollte. Als der Notarzt um 2.40 Uhr am Einsatzort eintraf, stand der Angeklagte nur mit Unterhose und Socken bekleidet und in einem „völlig aufgelösten Zustand“ auf der Straße, um die Rettungskräfte darauf hinzuweisen, dass sich der schwer verletzte S. oben in der Wohnung befinde. Nachdem der Notarzt in der Wohnung festgestellt hatte, dass S. an den Verletzungsfolgen bereits verstorben war, forderte der Angeklagte den Arzt beharrlich auf, seine Wiederbelebungsversuche fortzusetzen, weil er sich mit dem Tod seines Opfers nicht abfinden wollte. Dem Notarzt gelang es dabei nur sehr mühsam, den Angeklagten davon zu überzeugen, dass S. nicht mehr zu retten war. Anschließend nahm der Angeklagte von dem toten S. Abschied, nachdem er zuvor einen der Polizisten diesbezüglich um Erlaubnis gebeten hatte.

- b) Das Landgericht hat sich trotz der Gefährlichkeit der Gewalthandlung von einem auch nur bedingten Tötungsvorsatz des Angeklagten nicht zu überzeugen vermocht. Zwar sei für den Angeklagten vorhersehbar gewesen, „dass ein mit Wucht in die Halsregion des S. geführter Stich dessen Tod zur Folge haben könnte“ (UA S. 9). Es sei aber nicht auszuschließen, dass die erhebliche alkoholische Enthemmung des Angeklagten und sein Erregungszustand trotz der objektiven Gefährlichkeit seines Tuns zu der - vermeidbaren - Fehleinschätzung geführt habe, sein Handeln würde nicht zum Tod S.'s führen. Dabei hat das sachverständig beratene Landgericht angenommen, dass der Geschehensablauf das Vorliegen eines affektiven Erregungszustands bei dem Angeklagten nahe legen würde, da dieser zunächst von S. auf den Glastisch gestoßen worden sei und das wuchtige Zustechen mit der Glasscherbe in den Hals des Opfers als unmittelbare Reaktion des Angeklagten hierauf anzusehen sei. Schließlich hat das Landgericht das Nachtatverhalten des „über die Folgen seines Stiches zutiefst erschrockenen“ (UA S. 9) Angeklagten - insbesondere den Inhalt der Notruftelefonate - als gewichtiges Indiz dafür herangezogen, dass der Angeklagte den Tod des S. weder wollte noch in seine Vorstellung aufgenommen oder gebilligt hatte, als er zustach (UA S. 25).

1. Einleitung

Die Unschuldsvermutung folgt schon aus dem **Rechtsstaatsprinzip**, ist aber auch in Art. 6 Abs. 2. EMRK kodifiziert. Sie meint einerseits **materiell**, dass der Beschuldigte bis zu seiner Verurteilung als **unschuldig** zu gelten hat. **Formell** setzt sie voraus, dass der Verdächtige in einem **ordnungsgemäßen Verfahren überführt** wird.

Unzulässig sind danach jedenfalls ausdrückliche oder konkludente Schuldfeststellungen vor dem Urteil oder ohne ein solches. Anderslautende Äußerungen von mit der Sache befassten Richtern begründen regelmäßig einen Befangenheitsantrag (§ 24 ff. StPO). **Falls es nicht zu einer Verurteilung kommt (Freispruch / Einstellung), sind Verdachtsäußerungen erlaubt, nicht aber positive Feststellungen über der Schuld des Angeklagten.**

Vereinbar mit der Unschuldsvermutung sind dagegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen, die auf einer (wie auch immer gearteten und von ihrem Grade abhängenden) Verdächtigung beruhen.

2. In dubio pro reo

Ausfluss der Unschuldsvermutung ist der Grundsatz „in dubio pro reo“, wonach Zweifel bei der Sachverhaltsaufklärung zugunsten des Angeklagten gehen müssen. Dies gilt nicht für prozessuale Maßnahmen und nicht für Prognoseentscheidungen, wohl aber für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Aussetzung der Reststrafe zur Bewährung oder für eine Maßregel der Besserung und Sicherung. Es handelt sich dabei nicht um eine Beweisregel, sondern um eine **Entscheidungsregel** (BGH NStZ-RR 2009, 90). Der Rechtssatz greift daher **erst nach Abschluss der Beweiswürdigung** ein (BGH NStZ-RR 2005, 209). Kommt das Gericht danach nicht zur vollen Überzeugung der Täterschaft des Angeklagten (die bloß gedankliche Möglichkeit eines anderen Geschehensablaufs reicht dafür aber nicht aus!), so muss die für den Angeklagten günstigste Rechtsfolge eintreten (BGH StV 2001, 666). Im Gegensatz dazu gilt die **Unschuldsvermutung** für das ganze Strafverfahren.

Das gilt **auch bei Zweifeln über Tateinheit oder Tatmehrheit (dann Tateinheit, BGH StV 1992, 54)** und bei Unklarheiten, ob das Opfer letztlich am vorsätzlich gegebenen Gift des A oder des B gestorben ist, so dass beide nur wegen Versuchs zu verurteilen waren (BGH GA 92, 470).

Achtung: Der **Bratpfannenfall** (BGH NJW 1966, 1823), in welchem der BGH das Urteil wegen vollendeten Totschlags des Vaters / Ehemanns aufgehoben und mit der Maßgabe, wegen Versuchs zu verurteilen, zurückverwiesen hatte, da nach Auffassung des BGH unklar war, ob der Schlag der Tochter ursächlich für den Tod des Vaters war oder der vorangegangene Schlag der Mutter mit eben dieser Bratpfanne, gehört nur scheinbar in diese Kategorie. Diese Entscheidung des BGH ist wohl dogmatisch falsch. Richtig wäre es gewesen, die Mutter wegen Totschlags zu verurteilen, da die Tochter an das Vorverhalten der Mutter angeknüpft hatte und ohne die Vortat der Mutter nicht selbst zur Bratpfanne gegriffen hätte. **Unklarheiten können auch bzgl. ein- und desselben Angeklagten unterschiedlich, aber jeweils zu seinen Gunsten, ausgelegt werden, etwa die Annahme eines möglichst hohen Blutalkohol-Abbauwertes für die Feststellung der Schuldfähigkeit bei einem Verkehrsunfall, dagegen ein möglichst niedriger Abbauwert bei der Prüfung der Fahrtüchtigkeit** (BGH VRS 21, 54).

Hinsichtlich der **Verfahrensvoraussetzungen** ist eine **generelle Anwendbarkeit** des in-dubio-Satzes **nicht gegeben** (BGHSt 18, 274). So gilt der Grundsatz etwa nicht bzgl. der Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten, da diese regelmäßig gegeben ist. Bestehen allerdings Zweifel an der Verhandlungsfähigkeit, darf die Hauptverhandlung nicht durchgeführt werden. Bei sonstigen prozesserheblichen Tatsachen gilt der Zweifelsgrundsatz nicht. Bleibt etwa zweifelhaft, ob ein Schriftsatz bei Gericht eingegangen ist, muss der Rechtsbehelf als unzulässig behandelt werden (BGH NStZ 1999, 372). Der Zweifelsatz gilt auch dann nicht, wenn eine prozessuale Ausnahmenvorschrift betroffen ist: Ist etwa unklar, ob ein Zeugnisverweigerungsrecht besteht oder nicht, geht die Entscheidung zulasten des Zeugen (BGH 1 StR 77/62 v. 27.3.1962).

3. Revision

In der Revision kann der Zweifelsatz nur gerügt werden, wenn die Urteilsgründe selbst ergeben, dass das Gericht seine Zweifel nicht überwunden hat (BVerfG MDR 1975, 468). Die Beweiswürdigung wiederum kann dann beanstandet werden, wenn das Gericht sich für eine Feststellung entschieden hat, ohne andere naheliegende Möglichkeiten auch nur in Betracht zu ziehen und sich mit ihnen auseinanderzusetzen (BGHSt 25, 365).

Auszug aus den Entscheidungsgründen zu 1 StR 191/09, Urt. v. 23.6.2009 = BGH NStZ 2009, 629:

„Die Beweiswürdigung, auf deren Grundlage das Landgericht die Annahme eines zumindest bedingten Tötungsvorsatzes – in dubio pro reo – verneint hat, hält der rechtlichen Überprüfung stand. Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen (BGHSt 21, 149, 151). Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder