

# Strafrecht

## Die Revisionsklausur

Verfasser:

Sebastian Büchner, Oberstaatsanwalt

**Hinweis:** Die durch das Kammergericht zur Verfügung gestellten Skripte werden von erfahrenen Leiterinnen und Leitern von Arbeitsgemeinschaften erstellt. In ihnen werden Fragen der Klausurbearbeitung behandelt und mögliche Lösungen aufgezeigt. Die Skripte bieten indes keine abschließende Aufbereitung des Prüfungstoffes und möglicher Lösungswege bzw. Darstellungsformen für die Klausuren. Ziel ist es vielmehr, Referendarinnen und Referendaren bestimmte Strukturen und Formulierungen an die Hand zu geben, die das Schreiben der Examensklausuren unterstützen. Die hier vorgeschlagenen Lösungswege sind vertretbar und liegen innerhalb des Antwortspielraums der Klausurschreibenden.

# Inhalt

<b>Kapitel 1 – Allgemeines Rechtsmittelrecht</b>	<b>3</b>
A. Rechtsmittel der StPO (§§ 296ff StPO)	3
B. Rechtsbehelfe der StPO	3
C. Wesen von Berufung und Revision	3
I. Berufung	3
II. Revision	4
D. Allgemeine Rechtsmittelfragen	5
I. Rechtsmittelberechtigte	5
II. Beschwer	6
III. Anfechtungserklärung	7
IV. Rechtsmittelverzicht, § 302 StPO	8
V. Rechtsmittelrücknahme, §§ 302, 303 StPO	11
VI. Beschränkung des Rechtsmittels	11
<b>Kapitel 2 – Zulässigkeit der Revision</b>	<b>13</b>
I. Gerichtszuständigkeit	13
II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision	13
<b>Kapitel 3 – Begründetheit der Revision</b>	<b>17</b>
A. Revisionsanträge, § 344 Abs. 1 StPO	17
B. Revisionsbegründung, § 344 Abs. 1, Abs. 2 StPO	17
<b>Kapitel 4 - Begründetheit der Revision: Prozessvoraussetzungen</b>	<b>20</b>
I. Wichtige Verfahrenshindernisse	20
II. Besonderheiten bei der Revision gegen ein Berufungsurteil	23
<b>Kapitel 5 - Begründetheit der Revision: Verfahrensrügen</b>	<b>24</b>
A. Vorbemerkung: Unzulässigkeit der Protokollrüge	24
B. Rechtliche Auseinandersetzung mit der Norm, gegen die das Gericht verstoßen hat (§ 337 Abs. 2 StPO)	25
I. absolute Revisionsgründe (§ 338 StPO)	26
II. relative Revisionsgründe (§ 337 StPO)	37
<b>Kapitel 6 - Begründetheit der Revision: Sachrüge</b>	<b>52</b>
A. Fehler bei der rechtlichen Würdigung (Subsumtionsfehler)	52
I. Falsche Anwendung einer Norm	52
II. Nichtanwendung von Vorschriften auf den festgestellten Sachverhalt	52
III. Fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen	52
B. Fehler bei der Beweiswürdigung	53
I. Fehlen einer Beweiswürdigung	53
II. Widersprüchliche Beweiswürdigung	53
III. Verstoß gegen Denkgesetze, Naturgesetze, Erfahrungssätze	53
IV. Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“	53
C. Fehler bei der Bildung der Strafe	53
I. Fehlende Schilderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse	54
II. Ist der Tatrichter vom richtigen Strafraumen ausgegangen?	54
III. Ordnungsgemäße Abwägung gemäß § 46 Abs. 2 StGB	54
IV. Ordnungsgemäße Bildung der konkreten Strafe	55
V. Bewährung, § 56 StGB	55
<b>Kapitel 7 - Revisionsanträge</b>	<b>57</b>

## Anhang: Prüfungsschema

# Kapitel 1 – Allgemeines Rechtsmittelrecht

## A. Rechtsmittel der StPO (§§ 296ff StPO)

Rechtsmittel zeichnen sich durch zwei Aspekte aus: den Devolutiveffekt (Verfahren kommt in die höhere Instanz) und den Suspensiveffekt (kein Eintritt der Rechtskraft, Vollstreckbarkeit ist gehindert; Ausnahme: § 307 Abs. 1 StPO).

Diese Kriterien erfüllen

1. Beschwerde (§§ 304ff StPO),
2. Berufung (§§ 312ff StPO),
3. Revision (§§ 333ff StPO).

## B. Rechtsbehelfe der StPO

Rechtsbehelfen fehlt stets einer der beiden Effekte. Zu den Rechtsbehelfen zählen beispielsweise

1. Wiedereinsetzungsantrag (§§ 44ff StPO)
2. Einspruch gegen Strafbefehl (§ 410 StPO)
3. Antrag auf Wiederaufnahme des Verfahrens (§§ 359ff StPO)
4. Antrag auf gerichtliche Entscheidung (§§ 161a Abs. 3, 172, 319 Abs. 2, 346 Abs. 2 StPO)
5. Haftprüfung (§ 117 StPO)

## C. Wesen von Berufung und Revision

### I. Berufung

Mit der Berufung wird eine vollständige Überprüfung des Urteils ermöglicht (Tatsacheninstanz). Auf eine zulässige Berufung hin findet eine neue Hauptverhandlung statt, die vom Verfahren her – mit einigen Modifikationen (z.B. kann eine Verlesung der Zeugenaussagen aus dem Protokoll der ersten Instanz zulässig sein, vgl. § 325 StPO) – derjenigen in der ersten Instanz entspricht. Das Berufungsgericht nimmt eine eigene Beweiswürdigung, eine eigene

materiell-rechtliche Subsumtion unter die Strafrechtsnormen und eine eigene Strafzumessung vor.

Das bedeutet: Eine Berufung ist rechtlich dann sinnvoll, wenn

- entweder der Berufungsführer mit der durch den Erstrichter vorgenommenen Beweiswürdigung nicht einverstanden ist und er sich Chancen ausrechnen kann, bei einer erneuten Beweisaufnahme ein anderes Ergebnis zu erlangen, oder
- wenn die materiell-rechtliche Würdigung falsch war.

Tatsächlich kann eine Berufung auch sinnvoll sein, um die Rechtskraft einer Entscheidung zu verzögern oder um die Zwischenzeit zur Berufungshauptverhandlung zu nutzen, um neue Strafzumessungstatsachen zu schaffen. Wenn beispielsweise das Amtsgericht eine positive Sozialprognose bei der Bewährungsentscheidung verneint hat, kann allein die Verzögerung durch Einlegung einer Berufung die Zeit schaffen, sich eine Arbeitsstelle zu suchen/aus dem bisherigen Milieu zu lösen/die finanzielle Situation zu klären/etc. und so in der Berufungsinstanz eine andere Tatsachengrundlage für die Bewährungsentscheidung zu haben. Da das erkennende Instanzgericht – auch das Berufungsgericht – nach h.M. einen Ermessensspielraum hat, liegt hier in der Praxis die hauptsächliche Motivation für die Durchführung einer Berufung.

Dagegen macht es kaum Sinn, Berufung einzulegen, wenn nur ein Verfahrensfehler in erster Instanz aufgetreten ist. Die meisten Verfahrensfehler können bei Wiederholung der Hauptverhandlung in der Berufungsinstanz nämlich vermieden werden, ohne dass der Tatnachweis scheitert. Nur wenn Verwertungsverbote vom Erstgericht missachtet wurden oder unbeheb- bare Verfahrenshindernisse vorliegen, die in erster Instanz übersehen wurden, besteht Aus- sicht auf ein anderes Urteil in der Berufungsinstanz. Natürlich würde aber durch eine Sprungrevision das. Verfahren ggf. beschleunigt und die (wenn auch möglicherweise: abs- trakte) Chance auf eine aus anderen Gründen abweichende Berufungsentscheidung vertan.

## II. Revision

Durch das Rechtsmittel der Revision wird dem Rechtsmittelführer lediglich die Überprüfung des angegriffenen Urteils auf Rechtsfehler ermöglicht. Es handelt sich also um eine reine Rechtsinstanz. Dem Revisionsgericht ist nicht gestattet, die Beweiswürdigung des Erstge- richts oder die Ausübung von Ermessensentscheidungen (vor allem die Strafzumessung) durch Wiederholung auf Richtigkeit zu überprüfen. In diesem Bereich kann – auf die Sachrüge hin – lediglich geprüft werden, ob diese Entscheidungen überhaupt vorgenommen und ob sie

im schriftlichen Urteil ausreichend und mit zulässigen Argumenten begründet wurden, nicht aber auch, ob sie angemessen sind oder ob das Revisionsgericht hierbei auch zum gleichen Ergebnis gekommen wäre wie das Ausgangsgericht.

Andererseits kann die Revision erfolgreich sein, d.h. zur Aufhebung des Urteils und Zurückverweisung der Sache zur erneuten Entscheidung führen, wenn ein Verfahrensfehler vorliegt, ohne dass später im Endergebnis für den Rechtsmittelführer tatsächlich eine günstigere Entscheidung rechtskräftig wird. Dies ist meist dann zu erwarten, wenn der Verfahrensfehler bei Neuauflage der Hauptverhandlung vermieden werden kann, ohne dass Beweismittel entfallen. „Gewonnen“ hätte der Rechtsmittelführer dann letztendlich nur eine Verzögerung der Vollstreckbarkeit der Entscheidung, was gelegentlich aber durchaus schon erstrebenswert sein kann.

Weil das Revisionsgericht die Beweisaufnahme und Beweiswürdigung zu Schuld und Strafzumessung nicht selbst vornimmt/wiederholt, wird oft pauschal behauptet, dass in dieser Instanz keine Beweisaufnahme stattfindet. Das ist aber unzutreffend: Denn das Vorliegen von Verfahrenshindernissen oder Verfahrensvoraussetzungen, die Zulässigkeit der Revision und das Vorliegen der Tatsachen, die einen Verfahrensfehler begründen könnten, sind vom Revisionsgericht in eigener Zuständigkeit zu prüfen und festzustellen. Hier findet u.U. auch eine Beweisaufnahme statt.

## **D. Allgemeine Rechtsmittelfragen**

§§ 296-303 StPO enthalten allgemeine Vorschriften für alle drei Rechtsmittel. Sie gelten direkt für die drei Rechtsmittel, sind aber per gesetzlicher Verweisung (z.B. § 410 Abs. 1 Satz 2 StPO) auch für bestimmte Rechtsbehelfe und generell analog – also bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbaren Sachverhalten – auch auf die übrigen Rechtsbehelfe anwendbar.

### I. Rechtsmittelberechtigte

In der Klausur stellt die Rechtsmittelberechtigung in der Regel kein Problem dar, sondern muss lediglich festgestellt werden. Rechtsmittelberechtigt sind:

1. der/die Angeklagte, § 296 Abs. 1 StPO
2. die Verteidigerin/der Verteidiger, § 297 StPO

1. handelt aus eigenem Recht und in eigenem Namen;
  2. bei Zusammentreffen verschiedenartiger Rechtsmittel durch Beschuldigten/Angeklagten und Verteidiger ist der Wille des Beschuldigten/Angeklagten maßgebend, vgl. § 297 StPO; dieser Wille muss aber ausdrücklich gegenüber dem Gericht oder dem Verteidiger erklärt werden;
  3. ein vor Entzug der Vollmacht oder vor Zurückweisung eines Verteidigers nach § 146a StPO eingelegtes Rechtsmittel bleibt wirksam bis zu dessen evtl. Rücknahme.
3. Gesetzlicher Vertreter, § 298 StPO
1. Gesetzlicher Vertreter und Beschuldigte können nebeneinander Rechtsmittel einlegen (dann: § 335 Abs. 3 StPO);
  2. der gesetzliche Vertreter ist vom Willen des Beschuldigten unabhängig;
  3. wird der Beschuldigte nach Rechtsmitteleinlegung durch den gesetzlichen Vertreter mündig, so bleibt das Rechtsmittel wirksam eingelegt; der Beschuldigte muss es nicht bestätigen, kann es aber zurücknehmen.
4. Staatsanwaltschaft, § 296, Abs. 1, 2 StPO
- Die Befugnis kann sowohl Rechtsmittel zu Lasten als auch zu Gunsten des Angeklagten betreffen, vgl. § 296 Abs. 2 StPO. Vor diesem Hintergrund regelt § 301 StPO, dass unabhängig von der Intention der Rechtsmitteleinlegung das Gericht eine Abänderung der Entscheidung zu Gunsten des Betroffenen bewirken kann. Umgekehrt kann ein von der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Betroffenen eingelegtes Rechtsmittel nur mit dessen Zustimmung zurückgenommen werden, § 296 Abs. 2 i.V.m. § 302 Abs. 1 S. 1 StPO.
5. Privatkläger, § 390 StPO
6. Nebenkläger, §§ 401 Abs. 1 S. 1, 400 StPO

## II. Beschwerde

Die Beschwerde muss sich aus dem Entscheidungstenor ergeben, nicht aus den Gründen. Ist ein Angeklagter also freigesprochen worden, aber mit der Begründung des Freispruchs nicht einverstanden, ist er gleichwohl nicht beschwert. Es handelt sich also um eine sog. „Tenorbeschwerde“.

Der Angeklagte ist in diesem Sinne durch jede für ihn nachteilige Entscheidung beschwert, also durch

- Verurteilung
- Straffreierklärung, § 199 StGB
- Absehen von Strafe, § 60 StGB
- ausnahmsweise bei Verfahrenseinstellung, wenn das Verfahrenshindernis noch behoben werden kann,

aber nicht durch

- Freispruch (auch nicht wegen Schuldunfähigkeit, § 20 StGB), str.
- Verfahrenseinstellung wegen Prozesshindernis.

Die Staatsanwaltschaft ist durch jedwede rechtsfehlerhafte Entscheidung beschwert. Das gilt selbst dann, wenn das Urteil dem Antrag des Sitzungsvertreters entspricht oder darüber hinausgeht. Darüber hinaus bedarf es keines Rechtsschutzinteresses.

### III. Anfechtungserklärung

Die Anfechtungserklärung ist als Prozesshandlung bedingungsfeindlich.

Der Fall einer Falschbezeichnung ist in § 300 StPO geregelt. Diese Regelung hilft dem Rechtsmittelführer aber nur dann, wenn aus seiner Erklärung unter Berücksichtigung aller dem Gericht bekannten Umstände im Wege der Auslegung zu entnehmen ist, dass eine solche Falschbezeichnung vorliegt und welches Rechtsmittel eigentlich gewollt war.

**Fall: Der gerade verurteilte Angeklagte legt gegen das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts „Einspruch“ ein und erklärt, mit der Verurteilung nicht einverstanden zu sein und es daher „anzufechten“.**

Da gegen das Urteil nur die Revision statthaft ist und das vollständige Anfechtungsbegehren ersichtlich ist, ist der „Einspruch“ als Revisionseinlegung zu berücksichtigen.

**Fall: Der gerade verurteilte Angeklagte wurde vom Landgericht in dem Verfahren 17 KLS 1234/22 am 30. Januar 2023 verurteilt. Er legt binnen Wochenfrist Revision gegen „das gegen mich ergangene Urteil des Landgerichts vom 30. Januar 2023, Az. 17 KLS 1324/22“ ein.**

Hier liegt kein Fall des § 300 StPO vor, da es nicht um eine Falschbezeichnung des Rechtsmittels geht. Da der Schriftsatz trotz des Zahlendrehers eindeutig zuordenbar ist – Name des Angeklagten, Urteilsdatum, Spruchkörper 17. große Strafkammer – ist Revision ordnungsgemäß eingelegt.

**Fall: Der gerade verurteilte Angeklagte geht direkt zur Geschäftsstelle des Amtsgerichts, um dort zu Protokoll Revision einzulegen. Er trifft aber keinen Urkundsbeamten, sondern nur den Abteilungsrichter an, der die Revisionserklärung entsprechend protokolliert.**

Die Revision ist ordnungsgemäß eingelegt. Zwar handelt es sich bei dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle um einen Rechtspfleger, dem diese Protokollierung gemäß § 24 RPfIG zugewiesen ist. Allerdings kann der Richter gemäß § 8 RPfIG die Protokollierung – wie hier – an sich ziehen, da es sich um ein übertragenes Rechtspflegergeschäft handelt. Die Revision ist ordnungsgemäß eingelegt.

Daneben besteht die Möglichkeit der unbestimmten Anfechtung: Ist gegen ein Urteil statt Berufung auch Revision zulässig, so kann es angefochten werden, ohne dass das konkrete Rechtsmittel bezeichnet wird. Bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 Abs. 1 StPO) hat der Rechtsmittelführer die Möglichkeit zu entscheiden, ob das Rechtsmittel als Berufung oder Revision behandelt werden soll. Schließlich können in einigen Fällen erst nach Vorliegen des Protokolls bzw. der schriftlichen Urteilsgründe, vgl. § 275 Abs. 1 StPO, die Erfolgsaussichten einer Revision beurteilt werden.

Geht innerhalb der Revisionsbegründungsfrist keine Erklärung ein, so wird das Rechtsmittel als Berufung behandelt, um den Instanzenzug nicht durch Auslegung zu verkürzen. Da Berufung und Revision nebeneinander nur bei Urteilen des Amtsgerichts möglich sind, stellt sich dieses Problem aber natürlich nicht, wenn das Landgericht erstinstanzlich entschieden hat.

Nach Berufungseinlegung ist innerhalb der Revisionsbegründungsfrist (§ 345 Abs. 1 StPO) der Übergang zur Revision zulässig, ebenfalls innerhalb dieser Frist auch der Übergang von Revision zu Berufung.

#### IV. Rechtsmittelverzicht, § 302 StPO

Ein Rechtsmittelverzicht führt zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels des Verzichtenden. Er kann erklärt werden durch

1. den Angeklagten; dessen Verzicht erstreckt sich auch auf Rechtsmittel des Verteidigers,
2. den Verteidiger (nur mit besonderer Ermächtigung, vgl. auch § 302 Abs.2 StPO),

### 3. die Staatsanwaltschaft.

Die Verzichtserklärung darf für ihre Wirksamkeit nicht vor Erlass der Entscheidung erfolgen, durchaus aber vor Bekanntgabe der Urteilsgründe. Der frühestmögliche Zeitpunkt ist unmittelbar nach Verkündung des Urteilstenors.

Der Rechtsmittelverzicht erfordert die gleiche Form wie die Rechtsmitteleinlegung, er muss also schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle (§§ 314 Abs. 1, 341 Abs. 1 StPO) erklärt werden. Die Verzichtserklärung ist auch in der Hauptverhandlung zu Protokoll des Urkundsbeamten möglich.

Der Rechtsmittelverzicht führt zur Unzulässigkeit von Rechtsmitteln des Verzichtenden (bzw. seines Verteidigers). Er ist grundsätzlich unwiderruflich und unanfechtbar, aber grundsätzlich beschränkbar.

Allerdings wird nach h.M. eine Unwirksamkeit des Verzichts angenommen, wenn der Erklärende verhandlungsunfähig war, die Art und Weise des Zustandekommens der Erklärung unter schweren Mängeln litt, z.B. nach § 136a StPO verbotene Methoden angewandt wurden (etwa, wenn die Aufhebung eines Haftbefehls von der Rücknahme des Rechtsmittels abhängig gemacht wurde) oder die vorherige Beratung mit einem Verteidiger unmöglich war.

Lag dem Urteil eine Verständigung zugrunde, ist ein Rechtsmittel ausgeschlossen, § 302 Abs. 1 S. 2 StPO.

#### Exkurs: Verständigung

Häufig finden in der Praxis vorab Erörterungen zwischen dem Verteidiger, dem Vertreter der Staatsanwaltschaft und dem Gericht statt, im Rahmen derer die Strafvorstellungen abgeglichen werden. Dies ist sinnvoll, da es dem Verteidiger eine Einschätzung seiner Verteidigungsstrategie erlaubt und insofern geeignet ist, Prozesse abzukürzen.

Dies darf aber nicht „informell“, also in Umgehung der Regelungen zum „Deal“ in der StPO – §§ 160b, 202a, 243 IV, 257b, 257c StPO. Denn Ziel dieser Regelungen ist es, klare gesetzliche Vorgaben zu Verfahren, Inhalt und Folgen von Verständigungen zu schaffen und dadurch Rechtssicherheit, Transparenz und eine gleichmäßige Rechtsanwendung durch die gerichtliche Praxis zu gewährleisten.

Im Frühjahr 2013 hatte sich das Bundesverfassungsgericht mit der Zulässigkeit der Verständigung im Strafverfahren zu befassen<sup>1</sup>. Vor allem hat es dabei klargestellt, dass die o.g. Vorschriften für die Verständigung abschließend sind, also daneben kein Raum für sonstige informelle Absprachen besteht. Das bedeutet: Entweder ein Deal entsprechend der StPO oder eine streitige (jedenfalls verständigungslose) Verhandlung. Zudem hat es betont, dass die grundlegenden Prin-

---

<sup>1</sup> BVerfG, 2 BvR 2628/10 vom 19.3.2013

zipien des deutschen Strafprozesses und des materiellen Strafrechts eingehalten werden. Zustandekommen und Ergebnis einer Verständigung müssen sich am Grundsatz des fairen Verfahrens, der Pflicht des Gerichts zur umfassenden Ermittlung der Wahrheit sowie an einer gerechten und schuldangemessenen Strafe orientieren.

Dabei gelten die folgenden Grundsätze:

- Die Grundsätze der Strafzumessung bleiben unberührt. Das Strafmaß muss sich weiterhin an der Schuld des Angeklagten orientieren.
- Unberührt bleiben auch die Grundsätze des Strafverfahrens. Es gibt insbesondere kein „Konsensprinzip“. Eine Verständigung kann nie alleinige Grundlage des Urteils sein. Das Gericht bleibt weiterhin verpflichtet, den wahren Sachverhalt bis zu seiner Überzeugung zu ermitteln. Insbesondere Geständnisse sind auf ihre Glaubhaftigkeit zu hinterfragen, selbst wenn eine Verständigung erfolgt ist. Die Ermittlung der Wahrheit geht der Prozessökonomie vor.
- Eine Verständigung kann nur in der öffentlichen Hauptverhandlung zustande kommen. Vorgänge außerhalb der Hauptverhandlung muss das Gericht öffentlich mitteilen. Verständigungen müssen stets umfassend protokolliert und im Urteil erwähnt werden. Protokolliert werden muss nicht nur das Ergebnis, sondern auch die zu diesem Ergebnis führenden Positionen und Argumente. Findet keine Verständigung statt, ist ein sog. „Negativattest“ zu protokollieren, § 243 Abs. 4 StPO.
- Es gibt keinerlei Beschränkungen der Rechtsmittel. Ist dem Urteil eine Verständigung vorangegangen, ist ein Rechtsmittelverzicht ausgeschlossen. Das Urteil bleibt auch nach einer Verständigung in vollem Umfang überprüfbar, der Angeklagte muss darüber eingehend belehrt werden.

Gegenstand einer Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen, also im Wesentlichen das Strafmaß und etwaige Auflagen wie zum Beispiel Bewährungsaufgaben sein. Weitere Maßnahmen zum Verfahrensverlauf sowie das Prozessverhalten der Beteiligten sind nicht zulässiger Gegenstand des Deals, wie etwa Einstellungsentscheidungen nach §§ 154, 154a außerhalb des verhandelten Verfahrens, Haftfragen und Vollstreckungsfragen. Ebenfalls *muss* ein Geständnis Gegenstand einer Verständigung sein. Das Gericht muss von der Richtigkeit des Geständnisses überzeugt sein, um seiner Aufklärungspflicht in vollem Umfang nachzukommen. Bei Zweifeln an der Richtigkeit muss es gegebenenfalls auf seine Zuverlässigkeit überprüft werden.

Ausdrücklich ausgeschlossen als Gegenstand einer Verständigung ist der Schuldspruch – also die Frage, ob und wenn ja, wegen welcher Strafnorm jemand verurteilt wird. Ebenso wenig können Maßregeln der Besserung und Sicherung wie beispielsweise die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus in eine Verständigung aufgenommen werden, weil hier das Gesetz dem Gericht keinen Entscheidungsspielraum belässt.

Eine Verständigung kommt zustande, indem das Gericht ihren möglichen Inhalt bekannt gibt und der Angeklagte sowie die Staatsanwaltschaft zustimmen. Das Gericht gibt dabei eine Ober- und Untergrenze der möglichen Strafe an. Dabei muss es die allgemeinen Strafzumessungserwägungen berücksichtigen und darf weder eine unangemessen niedrige noch eine unangemessen hohe Strafe vorschlagen. Die Initiative zu einer Verständigung ist aber nicht allein dem Gericht vorbehalten, entsprechende Anregungen können auch von den anderen Verfahrensbeteiligten ausgehen.

Die Bindung des Gerichts entfällt, wenn bedeutsame tatsächliche oder rechtliche Umstände übersehen worden sind oder sich nachträglich ergeben und das Gericht deswegen zur Überzeugung kommt, dass die in Aussicht gestellte Strafe nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist, was den Fall einschließt, dass das Gericht eine unzutreffende Prognose bei der Bewertung des bisherigen Verhandlungsergebnisses abgegeben hat. Auch kann das Prozessverhalten des Angeklagten das Gericht veranlassen, sich von der Absprache zu lösen, wenn es nicht mehr dem Verhalten entspricht, welches das Gericht seiner Prognose zugrunde gelegt hat.

Entfällt die Bindung des Gerichts, darf ein Geständnis des Angeklagten, das er im Vertrauen auf den Bestand der Verständigung als seinen "Beitrag" abgegeben hat, nicht verwertet werden.

Auch wenn das Urteil auf einer entsprechenden Verständigung beruht, ist ein Rechtsmittelverzicht vollständig ausgeschlossen – selbst wenn Einigkeit zwischen allen Prozessbeteiligten besteht: Zum einen soll eine vollständige Kontrolle durch das Berufungs- oder Revisionsgericht möglich sein. Damit soll sichergestellt werden, dass die Vorschriften gleichmäßig entsprechend der Vorgaben des Gesetzgebers angewandt werden. Zum anderen soll der Eindruck vermieden werden, das Urteil beruhe auf einem „Abkommen“ der Beteiligten, an das sich alle zu halten haben. Ergebnis einer Verständigung ist vielmehr ein ganz normales Urteil, dessen Grundlage die volle Überzeugung des Gerichts von der Wahrheit ist und das auf einer vollständigen Aufklärung des Sachverhalts beruht. Dazu gehört, dass das Urteil wie jedes andere überprüfbar sein muss.

Dies darf auch nicht umgangen werden, indem auf die erforderliche Protokollierung der Absprache verzichtet wird oder Rechtsmittel eingelegt und sofort wieder zurückgenommen wird.

#### V. Rechtsmittelrücknahme, §§ 302, 303 StPO

Eine Entscheidung über ein Rechtsmittel ist auch dann unzulässig, wenn es zurückgenommen wurde. Dies kann durch Erklärung erfolgen des

1. des Angeklagten (Erstreckung stets auf Rechtsmittel des Verteidigers),
2. des Verteidigers (nur mit ausdrücklicher Ermächtigung, § 302 Abs. 1 StPO),
3. des Staatsanwalts (bei Rechtsmitteleinlegung zu Gunsten des Angeklagten nur mit dessen Zustimmung, § 302 Abs. 1 2 StPO).

Die Rücknahme kann bis zur Entscheidung über das Rechtsmittel erfolgen, ist aber in den in § 303 StPO genannten Fällen von der Zustimmung des Gegners abhängig. Die Form entspricht der Form der Rechtsmitteleinlegung.

Die Rücknahme ist unwiderruflich unanfechtbar.

#### VI. Beschränkung des Rechtsmittels

Ein Rechtsmittel kann auf bestimmte Teile der Entscheidung beschränkt werden, beispielsweise den Rechtsfolgenausspruch, die Tagessatzhöhe oder die Frage der Strafaussetzung der Bewährung. Die nachträgliche Beschränkung eines unbeschränkt eingelegten Rechtsmittels stellt eine Teilrücknahme dar. Die Folge einer wirksamen Rechtsmittelbeschränkung ist, dass der nicht angefochtene Teil der Entscheidung für das weitere Verfahren bindend ist.

Hierbei gilt die sog. „Trennbarkeitsformel“: eine Beschränkung ist nur zulässig, wenn der angefochtene Teil losgelöst vom übrigen Urteilsinhalt überprüfbar ist. Bei unwirksamer Beschränkung gilt das Rechtsmittel als unbeschränkt eingelegt.

## 1. Beschränkung innerhalb des Schuldspruchs

Die Beschränkung eines Rechtsmittels allein auf den Schuldspruch ist unzulässig, da der Schuldspruch Voraussetzung für den Rechtsfolgenausspruch ist. Würde sich der Schuldspruch ändern, müsste sich zwangsläufig auch der Rechtsfolgenausspruch ändern.

Möglich ist aber eine Beschränkung des Rechtsmittels auf bestimmte Tatbestände. Dann ist aber Folgendes zu beachten:

Bei Tateinheit kann das Rechtsmittel nicht auf einen von mehreren Tatbeständen beschränkt werden, denn sie stehen aufgrund der Tateinheit miteinander in untrennbarer Verknüpfung.

Bei Tatmehrheit ist eine Beschränkung des Rechtsmittels auf einen Tatbestand oder mehrere Tatbestände möglich. Natürlich erfasst in diesem Fall das beschränkte Rechtsmittel nicht nur den Schuldspruch, sondern auch den Rechtsfolgenausspruch.

### Beispiel:

Gegen eine Verurteilung wegen Untreue und Betrugs (Gesamtstrafe) wird auf die Verurteilung wegen Betrugs beschränkte Berufung eingelegt.

Die Berufung erfasst damit

- den Schuldspruch wegen Betrugs,
- den Rechtsfolgenausspruch wegen Betrugs und
- die aus Untreue und Betrug gebildete Gesamtstrafe.

Ist das Erstgericht unzutreffend von Tatmehrheit statt Tateinheit ausgegangen, ist Beschränkung unzulässig.

Die Folge einer wirksamen Beschränkung innerhalb des Schuldspruchs ist, dass der nicht angefochtene Teil in „vertikaler“ Teilrechtskraft erwächst.

Nach feststehender Rechtsprechung ist die Beschränkung auf einen Teil der Entscheidung nur dann möglich, wenn die tatsächlichen Feststellungen des nicht angefochtenen Teils hinreichend sind. Das bedeutet, dieser Teil wird daraufhin zu überprüfen sein, ob die Umgrenzungsfunktion noch gewahrt wird.

## 2. Beschränkung auf den Rechtsfolgenausspruch

Das Rechtsmittel kann auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden. Die Feststellungen zum Schuldspruch sind dann für das Rechtsmittelgericht bindend. Sie erwachsen in „horizontaler“ Teilrechtskraft.

Bindend festgestellt sind dann die Tatbestandsmerkmale sowie alle zum geschichtlichen Vorgang gehörenden Feststellungen.

## Kapitel 2 – Zulässigkeit der Revision

### I. Gerichtszuständigkeit

Das zur Entscheidung über die Revision zuständige Gericht ist bei Revisionen gegen Urteile des Amtsgerichts und Berufungsurteile des Landgerichts (kleine Strafkammer) das Oberlandesgericht/Kammergericht, § 121 Abs. 1 Nr. 1 a-c GVG.

Über eine Revision gegen erstinstanzliche Urteile des Oberlandesgerichts/Kammergerichts oder erstinstanzliche Urteile des Landgerichts (große Strafkammer) entscheidet gemäß § 135 Abs. 1 GVG der Bundesgerichtshof.

### II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision

#### 1. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO

Die Revision ist statthaft

- gegen erstinstanzliche Urteile des Oberlandesgerichts, § 333 StPO,
- gegen erstinstanzliche Urteile des Landgerichts (große Strafkammer), § 333 StPO,
- gegen Berufungsurteile des Landgerichts (kleine Strafkammer), § 333 StPO
- gegen erstinstanzliche Urteile des Amtsgerichts (Sprungrevision), § 335 StPO.

Eine Sprungrevision bei Bagatelldelikten, § 313 StPO erfordert zunächst das Einlegen einer Berufung, ist ein entsprechender Annahmebeschluss gemäß § 322a StPO ergangen, kann zur Revision übergegangen werden.

2. Revisionsberechtigter:

Es gelten die allgemeinen Rechtsmittelvorschriften, s.o.

3. Beschwer:

Auch hier gelten die allgemeinen Rechtsmittelvorschriften, s.o.

4. Ordnungsgemäße Revisionseinlegung (§ 341 StPO)

a) Anfechtungserklärung, s.o.

b) Adressat, § 341 StPO

c) Die Revisionseinlegung muss bei dem Gericht erfolgen, das das angefochtene Urteil erlassen hat, also beim sog. *iudex a quo*.

d) Form, § 341 StPO

- zu Protokoll des Rechtspflegers des Ausgangsgerichts, § 24 Abs. 1 Nr. 1b

RPfIG (Ausnahme: § 299 StPO) oder

- schriftlich, hierbei aber insbesondere § 32d der Strafprozessordnung beachten, also die Verpflichtung zur elektronischen Übermittlung.

- Anders als bei der Revisionsbegründung besteht für die Einlegung der Revision kein Rechtsanwaltszwang!

d) Frist, §§ 341 Abs. 1, 2 StPO

Die Einlegungsfrist beträgt eine Woche nach Verkündung (§ 341 Abs. 1) bzw. ab Zustellung (§ 341 Abs. 2) des Urteils *bei Verkündung in Abwesenheit des Angeklagten*.

Die Frist endet grundsätzlich an dem Wochentag, auf den das fristauslösende Ereignis fällt, § 43 Abs. 1 StPO. Bei unterbliebener Rechtsmittelbelehrung (§ 35a StPO) läuft die Frist dennoch. Es besteht dann aber die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung gemäß § 44 S. 2 StPO.

e) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

In Fällen einer unverschuldeten Versäumnis der Revisionseinlegungs- wie auch der Revisionsbegründungsfrist wäre grundsätzlich die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach §§ 44, 45 StPO zu prüfen. Hierbei ist vor allem zu

berücksichtigen, dass ein etwaiges Anwaltsverschulden im Strafprozess (anders als im Zivilprozess) in der Regel nicht zugerechnet wird.

#### 5. Ordnungsgemäße Revisionsbegründung (§ 345 StPO)

Im Gegensatz zur Berufung muss die Revision begründet werden, § 344 Abs. 1 StPO.

##### a) Adressat, § 345 Abs. 1 StPO

Adressat ist wiederum das Gericht, dessen Entscheidung angefochten wird, also *der iudex a quo*.

##### b) Form, § 345 Abs. 2 StPO

Die Revisionsbegründung muss erfolgen

- zu Protokoll des Rechtspflegers (§ 24 Abs. 1 Nr. b RPfIG) oder
- durch einen von einem Verteidiger oder Rechtsanwalt unterzeichneten Schriftsatz; damit übernimmt der Rechtsanwalt die volle Verantwortung für die Revisionsbegründung. Das bedeutet auch, dass er hinter den tatsächlichen Behauptungen im Sachvortrag stehen muss und sich nicht „hinter dem Protokoll oder dem Mandantenvortrag verstecken“ darf, was aus der Formulierung hervorgehen muss
- für die Revisionsbegründung der Staatsanwaltschaft genügt dagegen die einfache Schriftform, vgl. RiStBV Nr. 149

##### c) Revisionsbegründungsfrist, § 345 Abs. 1 StPO

Die Revisionsbegründungsfrist beträgt grundsätzlich einen Monat. Sie kann bei umfangreicheren Verfahren aber auch verlängert werden, § 345 Abs. 1 S. 2 StPO.

Bei der Fristberechnung ist zu unterscheiden:

aa) Der praktische Regelfall ist: Wurde das Urteil nicht innerhalb einer Woche nach Urteilsverkündung zugestellt, läuft die Revisionsbegründungsfrist erst ab der Zustellung.

bb) Seltener, insbesondere aber in den Fällen, in denen die Urteilsverkündung in Abwesenheit des Angeklagten erfolgte: Wurde das Urteil innerhalb einer Woche nach Urteilsverkündung zugestellt, läuft die Revisionsbegründungsfrist im Anschluss an die Einlegungsfrist gemäß § 341 Abs. 1 StPO und zwar unabhängig davon, wann tatsächlich die Revision eingelegt wurde.

Eine etwaige Zustellung des Urteils vor Fertigstellung des Protokolls wäre ein Verstoß gegen § 273 Abs. 4 StPO. Eine solche Urteilszustellung ist unwirksam, d.h. es muss erneut das Urteil zugestellt werden, sonst beginnt die Frist überhaupt nicht zu laufen.

Bei Versäumung der Einlegungsfrist (§ 341 StPO) und nachfolgendem Wiedereinsetzungsantrag beginnt die Revisionsbegründungsfrist nicht mit der Zustellung des Urteils, sondern mit der Zustellung des (erfolgreichen) Wiedereinsetzungsbeschlusses.

Und auch hier gilt: Anders als im Zivilrecht muss sich ein Angeklagter die Versäumung einer Frist durch seinen Verteidiger nicht zurechnen lassen. Es kommt also ausschließlich auf ein eigenes Versäumnis des Angeklagten an, sei es also insbesondere durch eine verspätete Beauftragung eines Rechtsanwalts oder durch die Beauftragung eines bekanntermaßen – auch dem Angeklagten bekannte – Unorganisiertheit des Rechtsanwalts.

d) Inhalt der Revisionsbegründung (§ 344 StPO), siehe Kapitel 3

## Kapitel 3 – Begründetheit der Revision

Die Revisionsbegründung muss den (formalen) Anforderungen des § 344 StPO entsprechen.

Eine ordnungsgemäße Revisionsbegründung muss enthalten:

### A. Revisionsanträge, § 344 Abs. 1 StPO

Zulässigkeitsvoraussetzung ist nur der Aufhebungsantrag (§ 353 Abs. 1 StPO), nicht der Antrag zur Folgeentscheidung (§§ 354, 355 StPO). Allerdings ist sogar das Fehlen von Anträgen unschädlich, wenn das Ziel der Revision aus dem Inhalt der Revisionschrift eindeutig hervorgeht.

### B. Revisionsbegründung, § 344 Abs. 1, Abs. 2 StPO

Wegen § 344 Abs. 1 StPO ist die Begründung der Revision zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung. Dabei unterscheidet das Gesetz in § 344 Abs. 2 StPO zwischen der Verfahrensrüge und der Sachrüge und stellt an diese Rügen unterschiedliche formale Anforderungen:

#### 1. Sachrüge

Bei der Sachrüge wird gerügt, dass der Richter Vorschriften des materiellen Rechts im Urteil nicht richtig angewandt habe. Um eine ordnungsgemäße Sachrüge zu formulieren, genügt bereits der Satz: „Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts.“ (sog. allgemeine Sachrüge).

#### 2. Verfahrensrüge

Hier werden verfahrensrechtliche Verstöße, also Fehler auf dem Weg zum Urteil gerügt. Bei dieser muss die Revisionsbegründung gemäß § 344 Abs. 2 S. 2 die den Mangel enthaltenden Tatsachen darstellen. Das bedeutet (vereinfacht dargestellt), dass alle relevanten Passagen aus dem Urteil und vor allem dem Protokoll, die Anträge, die dazu ergangenen Beschlüsse etc. im Originalwortlaut erneut in der Revisionsbegründungsschrift wiedergegeben werden müssen. Eine bloße Bezugnahme auf die Akten genügt diesem Formerfordernis nicht, die Verfahrensrüge muss aus dem Schriftsatz selbst heraus vollständig erschließbar sein. (Das ist

letztlich auch der Grund, warum in den Revisionsklausuren nie ein Revisionsbegründungsschriftsatz gefordert wird, sondern in der Regel ein Gutachten zur Beurteilung der Erfolgsaussichten der Revision).

### 3. Abgrenzung Sach-/Verfahrensrüge

Zur Abgrenzung zwischen Sach- und Verfahrensrüge kann nicht allein aus der Tatsache, dass die verletzte Norm aus dem StGB stammt, auf Sachrüge, und daraus, dass sie der StPO entstammt, auf Verfahrensrüge geschlossen werden. Hilfreich kann aber folgende Überlegung sein:

- Wenn Sie zur Darlegung des gefundenen Rechtsfehlers nicht auf das Protokoll der Hauptverhandlung oder andere Aktenteile zurückgreifen müssen, sondern alles Erforderliche in den Urteilsgründen zu finden ist, ist die Sachrüge zu erheben.
- Wenn der Tatsachenvortrag (§ 344 Abs. 2 StPO) – zumindest auch – aus dem Protokoll der Hauptverhandlung bewiesen wird, so ist die Verfahrensrüge zu erheben.

Umstritten in der Literatur sind die sog. „doppelrelevanten Fehler“, die zugleich eine Verletzung des materiellen als auch des formellen Rechts darzustellen scheinen.

Die herrschende Meinung stellt sich dabei auf folgenden Standpunkt: Ein Rechtsverstoß, d.h. die Verletzung einer Norm (z.B. § 261 StPO) oder eines Rechtsprinzips (*fair trial* oder des *nemo-tenetur*-Grundsatzes) kann stets nur entweder ein Verfahrensverstoß, der mit der Verfahrensrüge zu beanstanden ist, oder ein sachlich-rechtlicher Fehler sein, der mit der Sachrüge zu beanstanden ist, sein (wobei die Abgrenzung im Einzelfall durchaus schwierig oder strittig sein kann). Aber: Durch ein bestimmtes Vorgehen des Gerichts bzw. einen Satz in einem Urteil können zwei verschiedene Normen/Prinzipien verletzt sein, so dass eigentlich zwei Fehler begangen sind, die dann natürlich auch u.U. verschieden, d.h. einer mit der Verfahrensrüge, der andere mit der Sachrüge zu beanstanden sind.

**Fall: Der Angeklagte schweigt in der Hauptverhandlung zur Sache vollständig. Das Gericht wertet das Schweigen im Urteil und argumentiert, der Angeklagte müsse einen Grund zum Schweigen gehabt haben, d.h. es müsse Relevantes geben, das er nicht preisgeben wolle. Wenn er unschuldig wäre, so könnte er doch reden und sich entlasten. Da er das nicht getan habe, sei er wohl der Täter. Sein Schweigen sei eines (unter mehreren) Indizien für seine Täterschaft.**

Damit hat das Gericht gegen zwei Prinzipien verstoßen. Ein mit der Verfahrensrüge zu beanstandender Verfahrensfehler liegt darin, dass das Schweigen des Angeklagten überhaupt als ein (verwertbares) Beweismittel herangezogen wurde. Bei Total-schweigen des Angeklagten zur Sache darf nämlich nach h.M. überhaupt kein Schluss daraus gezogen werden (Unverwertbarkeit des Verhaltens des Angeklagten in diesem Fall = Verstoß gegen § 261 StPO i.V.m. Grundsatz „*nemo tenetur se ipse accusare*“).

Ein mit der Sachrüge zu beanstandender (weil aus den Urteilsgründen allein ersichtlicher!) materiell-rechtlicher Fehler liegt darin, dass das Gericht aus dem Schweigen des Angeklagten einen unerlaubten Schluss zog (Verstoß gegen Denkgesetze). Hier wird also nicht mehr beanstandet, dass das Schweigen überhaupt verwertet wird, sondern wie es verwertet wird.

Übrigens: Eine Verfahrensrüge ist nur dann erfolgreich, wenn die den Verfahrensfehler begründenden Sachverhaltsvoraussetzungen zur Überzeugung des Revisionsgerichts feststehen. Zweifel in diesem Bereich wirken sich nicht zugunsten des Revisionsführers (oder des Angeklagten) aus, denn der Grundsatz *in dubio pro reo* gilt nicht.

## Kapitel 4 - Begründetheit der Revision: Prozessvoraussetzungen

Das Vorliegen der Prozessvoraussetzungen bzw. das Fehlen von Verfahrenshindernissen prüft das Revisionsgericht von Amts wegen, also auch dann, wenn die Revisionsbegründungsschrift hierzu keine Rüge enthält. Voraussetzung für diese Prüfung durch das Revisionsgericht ist allerdings das Vorliegen zumindest einer zulässigen Rüge (also z.B. der allgemeinen Sachrüge).

Dies gilt für solche Prozesshindernisse/Verfahrensvoraussetzungen, die ein Befassungsverbot beinhalten (wie z.B. Vorliegen einer zulässigen Anklage/Eröffnungsbeschluss, Verhandlungsfähigkeit, Anwendbarkeit deutschen Strafrechts u.ä.). Liegt „nur“ ein Bestrafungsverbot vor (z.B. fehlender oder zurückgenommener Strafantrag, Verjährung u.a.), ist eine Berücksichtigung durch das Revisionsgericht nur auf die Verfahrensrüge hin zulässig (hM, aber umstritten).

### I. Wichtige Verfahrenshindernisse

Wichtige Verfahrenshindernisse sind unter anderem

1. Mängel bei der sachlichen Zuständigkeit, insbesondere wenn ein Gericht niedriger Ordnung zu Unrecht entschieden hat.

Beispiele:

- Der Strafrichter verurteilt wegen eines Verbrechens (Verstoß gegen § 25 GVG)
- Strafrichter/Schöffengericht/Kleine Strafkammer verhängt mehr als 4 Jahre Freiheitsstrafe (Überschreitung der Strafgewalt des § 24 Abs. 2 GVG)

Folge ist die Aufhebung des Urteils und Verweisung an das sachlich zuständige Gericht gemäß § 355 StPO.

Die Entscheidung des höheren anstelle des niedrigeren Gerichts ist unschädlich, vgl. § 269 StPO. Im Falle willkürlicher Verweisung an ein Gericht höherer Ordnung oder willkürlicher Anklage/Eröffnung bei diesem höheren Gericht liegt allerdings doch ein revisibler Fehler vor. Streitig ist dabei nur, ob dieser Fehler von Amts wegen oder nur auf Rüge hin zu beachten ist. Sicherheitshalber wird daher ein sorgfältiger Rechtsanwalt die Verfahrensrüge (mit Sachvortrag nach § 344 Abs. 2 StPO) erheben.

**Fall: A ist wegen Mordes vor dem Schwurgericht angeklagt. Im Ergebnis wird er wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten verurteilt.**

Es könnte ein Verfahrenshindernis vorliegen, wenn ein unzuständiges Gericht entschieden hätte. Eine gefährliche Körperverletzung hätte mit der vorliegenden Rechtsfolge auch vor dem Amtsgericht – Strafrichter – verhandelt werden können. Die Anklageerhebung zum Schwurgericht ist gleichwohl unschädlich, da bei Anklageerhebung keine Willkür ersichtlich war und die Strafgewalt der höheren Gerichte umfassend und nicht durch die Strafgewalt der niedrigeren Gerichte begrenzt ist. Das Landgericht kann demnach – ohne Verweisung – auch Geldstrafen verhängen, das Schöffengericht umgekehrt aber nicht mehr als vier Jahre.

Verstöße gegen die örtliche und funktionelle Zuständigkeit werden vom Revisionsgericht nicht von Amts wegen geprüft. Es handelt sich um absolute Revisionsgründe gemäß § 338 Nr. 4 StPO, die nach h.M. mit einer Verfahrensrüge geltend zu machen sind.

2. fehlender/unwirksamer Strafantrag und keine Bejahung des besonderen öffentlichen Interesses durch die Staatsanwaltschaft

Hier können sich dieselben Probleme wie in der Justizklausur ergeben, also:

Einige Delikte können nur dann von der Staatsanwaltschaft verfolgt werden, wenn ein Straf-antrag vorliegt, man spricht von sog. „Antragsdelikten“. Unterschieden wird zwischen relativen und absoluten Antragsdelikten: Bei relativen Antragsdelikten kann seitens der Staatsanwaltschaft trotz Fehlen eines Strafantrages Anklage erhoben werden, wenn diese das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht. Beispiele, wann dieses bejaht werden sollte, finden sich in der RiStBV.

Bei absoluten Antragsdelikten – beispielsweise §§ 201 Abs. 1 und 2, 202-204, 205, 247 StGB – hingegen besteht diese Ersetzungsmöglichkeit nicht. Hier ist folglich zwingend zu prüfen, ob

- der erforderliche Strafantrag
- von einem Antragsberechtigten, (§§ 77 Abs. 1 und 3, 77a StGB, s. unten)
- form-, § 158 Abs. 2 StPO, und fristgerecht, (§§ 77b, 77c StGB, gestellt und
- nicht zurückgenommen worden ist, § 77d Abs. 1 StGB.

Dies bedeutet, dass der Strafantrag ein konkretes Strafverlangen wegen einer konkret bezeichneten Tat gegen einen bestimmten Täter erkennen lassen muss, wobei eine sachliche

und persönliche Beschränkung möglich ist. Ggf. kann auch eine schriftlich erstattete Anzeige entsprechend ausgelegt werden.

### 3. Verjährung

Ist die Tat bereits verjährt, besteht ebenfalls ein Verfolgungshindernis, so dass ein hinreichender Tatverdacht nicht gegeben ist. Hier ist zu prüfen,

- welche Verjährungsfrist anzuwenden ist, § 78 StGB,
- wann diese zu laufen begann, § 78a StGB, und
- wann diese – unter Berücksichtigung etwaiger Verjährungsunterbrechungen oder aufgrund eines etwaigen Ruhens der Verjährung – endet, §§ 78b, 78c StGB.

### 4. fehlende bzw. unwirksame Anklage

Mängel der Anklage führen nur dann zu deren Unwirksamkeit, wenn sie so gravierend sind (z.B. Fehlen von Tatzeit und Tatort), dass unklar bleibt, welche prozessuale Tat dem Angeklagten zur Last gelegt wird, also ein sogenannter Mangel bei der „Umgrenzungsfunktion“ der Anklage vorliegt. Bloße Ungenauigkeiten und kleinere Fehler (sog. Mangel bei der „Informationsfunktion“ der Anklage) machen eine Anklage nicht unwirksam.

Das Fehlen einer Anklage kann gerade in Klausuren durchaus relevant sein. Meist fehlt dann nicht insgesamt eine Anklage, vielmehr verurteilt das Gericht wegen einer (weiteren) prozessualen Tat, die nicht Gegenstand der Anklage war. Dies verletzt nicht § 266 StPO, sondern den Anklagegrundsatz gemäß § 151 StPO. Dies stellt ein von Amts wegen zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis dar.

### 5. fehlender bzw. unwirksamer Eröffnungsbeschluss

Die Existenz eines – die abgeurteilte prozessuale Tat erfassenden – Eröffnungsbeschlusses ist Verfahrensvoraussetzung (und damit in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu beachten).

Nach h.M. kann jedoch – bis zum Urteilserlass in erster Instanz – der fehlende bzw. fehlerhafte und deswegen unwirksame Eröffnungsbeschluss nachgeholt werden (sehr umstritten). In der Berufungsinstanz ist dies nicht mehr möglich. Folge in der Revisionsinstanz bei Fehlen/Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses ist die Einstellung des Verfahrens nach §§ 355, 260 Abs. 3 StPO.

## 6. Strafklageverbrauch

Das Vorliegen von Verfahrenshindernissen hat grundsätzlich die Einstellung des Verfahrens gemäß §§ 354 Abs. 1, 260 Abs. 3 StPO durch das Revisionsgericht zur Folge (Ausnahme: Zuständigkeitsfehler, die zur Aufhebung und Verweisung an das zuständige Gericht führen).

Wichtig und gleich für die Schlussanträge zu bedenken: Bei Vorliegen eines (nicht behebbaren) Verfahrenshindernisses erfolgt nach Aufhebung des Urteils insoweit in der Regel keine Rückverweisung, sondern das Revisionsgericht entscheidet selbst und stellt das Verfahren insoweit wegen Vorliegens eines Verfahrenshindernisses selbst ein.

## II. Besonderheiten bei der Revision gegen ein Berufungsurteil

Bei Einlegung der Revision gegen ein Berufungsurteil ist ausschließlich dieses und nicht die Entscheidung der ersten Instanz Gegenstand der Untersuchung. Dabei muss das Revisionsgericht folgendes von Amts wegen prüfen:

### 1. Zulässigkeit der Berufung

War die Berufung unzulässig, fehlte es dort an einer Sachurteilsvoraussetzung, so dass schon kein Berufungsurteil hätte ergehen können. Folge: Aufhebung des Berufungsurteils und Verwerfung der Berufung als unzulässig; das Ersturteil wird wiederhergestellt, evtl. ist aber § 358 Abs. 2 StPO zu beachten.

### 2. Verstöße gegen das Verschlechterungsverbot (§ 331 StPO) überprüft das Revisionsgericht ebenfalls von Amts wegen.

## Kapitel 5 - Begründetheit der Revision: Verfahrensrügen

### A. Vorbemerkung: Unzulässigkeit der Protokollrüge

Unzulässig ist die sogenannte Protokollrüge. Mit der Protokollrüge wird letztlich nur beanstandet, dass das Protokoll unrichtig ist. Auf der bloßen Unrichtigkeit des Protokolls kann das Urteil aber nicht beruhen. Vielmehr beruht das Urteil ausschließlich auf dem Ergebnis der Hauptverhandlung (vgl. § 261 StPO).

Bei Widersprüchen zwischen Protokoll und Urteil ist zu beachten:

- Für den Beweis wesentlicher Förmlichkeiten der Hauptverhandlung ist allein das Sitzungsprotokoll maßgeblich, auch wenn das Urteil hierzu abweichende Angaben enthält.
- Bei Abweichungen zwischen Urteilsformel im schriftlichen Urteil und der Sitzungsniederschrift ist die Sitzungsniederschrift maßgeblich.
- Im Urteil wird eine Urkunde/Zeugenaussage (usw.) als Beweismittel verwertet, obwohl dieses nach dem Protokoll gar nicht in die Hauptverhandlung eingeführt worden war: Verstoß gegen § 261 StPO, bewiesen durch die negative Beweiskraft des Protokolls.

Die Beweiskraft kann in den nachfolgenden Konstellationen entfallen:

- Das Protokoll enthält Widersprüche.
- Das Protokoll enthält eine offensichtliche Lücke.
- Eine der beiden Urkundspersonen distanziert sich nach Fertigstellung (§ 271 Abs. 1 StPO) vom Protokollinhalt. Das Protokoll verliert dann insoweit Beweiskraft (mit der Folge, dass dann die Richtigkeit der Protokollierung im Freibeweisverfahren festzustellen ist). Eine solche Distanzierung ist aber unbeachtlich, wenn sie einer bereits erhobenen Verfahrensrüge, die sich auf den Protokollinhalt stützt, nachträglich den Boden entziehen würde.
- Protokollberichtigung: Eine Protokollberichtigung muss vom Vorsitzenden und Protokollführer gemeinsam vorgenommen werden. Dies ist unbeschränkt zulässig. Der neue Inhalt des Protokolls unterliegt dann der Beweisregel des § 274 StPO. Aber: Einer Berichtigung steht zwar nicht entgegen, dass ein Beteiligter bereits Revision eingelegt

hat. Durch eine zulässige Berichtigung des Protokolls kann auch zum Nachteil des Beschwerdeführers einer bereits ordnungsgemäß erhobenen Verfahrensrüge die Tatsachengrundlage entzogen werden (BGH, Beschluss vom 23. April 2007 – GSSt 1/06 –, BGHSt 51, 298-317).

- Nachweis der Fälschung, § 274 S. 2 StPO. Eine Fälschung liegt aber nicht schon dann vor, wenn das Protokoll falsch ist, sondern, wenn es bewusst und absichtlich falsche Tatsachen wiedergibt. Es muss also hier auch die Absicht des Fälschenden bewiesen werden.
- Abhandenkommen des Protokolls, dann ebenfalls Freibeweis.

### **B. Rechtliche Auseinandersetzung mit der Norm, gegen die das Gericht verstoßen hat (§ 337 Abs. 2 StPO)**

Zu unterscheiden ist zwischen den absoluten Revisionsgründen (§ 338 StPO) und den relativen Revisionsgründen, § 337 StPO. Der Unterschied liegt darin, dass bei den absoluten Revisionsgründen unwiderleglich vermutet wird, dass das Urteil auf dem Verfahrensmangel beruht, während dieses Beruhen bei den relativen Revisionsgründen gesondert festgestellt werden muss.

Dass es sich bei den in § 338 Nr. 1 bis 7 aufgeführten Gründen um solche absoluten Revisionsgründe handelt, ist unumstritten.

Anders ist dies bei § 338 Nr. 8 StPO, der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung: Nach hM enthält Nr. 8 keinen absoluten Revisionsgrund, so dass hier faktisch das Beruhen mit vorgetragen werden muss. Begründet wird dies damit, dass der Grund nur bei „wesentlichen“ Beschränkungen greift, und „wesentlich“ in diesem Sinne nur jede Beschränkung der Verteidigung sein kann, die sich auf das Urteil auch auswirken konnte.

Aber: In der Klausur ist auch eine auf § 338 Nr. 8 StPO gestützte Rüge rein formal im Rahmen der absoluten Revisionsgründe zu prüfen! Nur inhaltlich erfolgt eine Behandlung wie bei einem relativen Revisionsgrund.

Grundsätzlich ist bei Verfahrensrügen zu beachten, ob nicht möglicherweise ein Rügeverlust eingetreten ist: Trifft der Vorsitzende lediglich eine Verfügung (es ergeht also kein Gerichts-

beschluss), sollte stets § 238 Abs. 2 StPO geprüft werden. Die Zulässigkeit einer Verfahrensrüge setzt nämlich grundsätzlich voraus, dass der Beschwerdeführer von dem Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO Gebrauch gemacht hat. Ansonsten verwirkt er insoweit das Recht auf Revision. Auch Anordnungen des Strafrichters (§ 25 GVG) müssen zum Erhalt der Revisionsrüge nach § 238 Abs. 2 StPO beanstandet werden.

Die Herbeiführung eines Beschlusses nach § 238 Abs. 2 StPO ist jedoch dann nicht erforderlich, wenn der Vorsitzende eine von Amts wegen vorzunehmende unverzichtbare Handlung unterlassen hat.

Für einen Angeklagten, der ohne Verteidiger ist, gilt dies jedoch nicht.

### I. absolute Revisionsgründe (§ 338 StPO)

- § 338 Nr. 1 StPO: Fehlerhafte Besetzung des Gerichts
- § 338 Nr. 2 StPO: Mitwirkung eines kraft Gesetzes ausgeschlossenen Richters oder § 338 Nr. 3 StPO: Mitwirkung eines abgelehnten Richters

§§ 22ff. StPO regeln die Ausschließung und Ablehnung der Gerichtspersonen. Gemeint sind damit die zur Entscheidung berufenen Personen, also die hauptamtlichen Richter, aber auch die Schöffen und Urkundsbeamten, vgl. § 31 StPO.

Zu unterscheiden ist zwischen den Fällen, in denen ein Richter schon kraft Gesetzes von der Ausübung seines Amtes ausgeschlossen ist, §§ 22 und 23 StPO, und diejenigen, in denen die Besorgnis der Befangenheit besteht. Letztere muss allerdings ausdrücklich geltend gemacht werden, wobei dies zeitlich, § 25 StPO, und formal, § 26 StPO, richtig erfolgen muss.

Bei Prüfung der Frage, ob ein Ablehnungsantrag begründet ist, ist auf die „Vermeidung des bösen Scheins“ zu achten.

**Fall: Ein Schöffe stellt zu Beginn der Hauptverhandlung fest, dass sich unter den Opfern des Angeklagten auch sein Bruder befindet. Was hat dies zur Folge?**

Der Schöffe ist vom Richteramt ausgeschlossen, § 22 Nr. 3 StPO. Gemäß § 47 GVG iVm § 49 Abs. 1 GVG ist ein Hilfsschöffe von der Hilfsschöffenliste heranzuziehen.

**Fall: Der Angeklagte hat die X-GmbH betrügerisch geschädigt. Schöffe S ist Prokurist dieser Firma. Ist S von der Urteilsfindung ausgeschlossen?<sup>2</sup>**

Verletzt im Sinne der StPO § 22 Nr. 1 ist nur eine Person, die durch die abzuurteilende Tat unmittelbar betroffen ist. Dies ist bei dem Prokuristen einer geschädigten GmbH auch dann nicht der Fall, wenn er Anteil am Gewinn hat.

**Fall<sup>2</sup>: Richter R führt den Vorsitz in einer Verhandlung gegen A wegen Anstiftung zur Abtreibung. R hatte in dem Verfahren gegen den mittlerweile rechtskräftig abgeurteilten Haupttäter als Zeuge ausgesagt. Ist R befangen?** <sup>3</sup>

Ein Richter ist in der Regel auch dann kraft Gesetzes ausgeschlossen, wenn er in einem anderen Verfahren als Zeuge zu demselben Tatgeschehen vernommen worden ist, das er jetzt abzuurteilen hätte.

**Fall: Richter R war in demselben Verfahren bereits als Ermittlungsrichter für Handlungen gemäß § 162 StPO tätig. Ist er von der Urteilsfindung ausgeschlossen?**

Gesetzlich ist ein solcher Ausschluss nicht erwähnt. Für eine analoge Anwendung ist allerdings auch nach herrschender Meinung kein Raum, da es trotz etwaiger Regelungslücke zumindest an der Vergleichbarkeit der Sachverhalte fehlt. Ein Ermittlungsrichter wird – im Gegensatz zum erkennenden Richter – nur partiell tätig. Er überprüft nicht den gesamten Sachverhalt, sondern nur das Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente und damit die Rechtmäßigkeit einzelner Ermittlungshandlungen.

**Fall: Die Ehefrau des Angeklagten hat diesen zunächst bei den polizeilichen Vernehmungen in Kenntnis ihres Zeugnisverweigerungsrechtes schwer belastet. Als sie im Vorfeld der Hauptverhandlung zu erkennen gibt, nunmehr doch die Aussage verweigern zu wollen, äußert der Vorsitzende Richter R zu ihr: „Der Weg, den Sie jetzt gehen, ist falsch.“ E teilt dies A mit. Hat As Befangenheitsantrag Erfolg?**<sup>4</sup>

Die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit ist begründet, wenn im Angeklagten bei verständiger Würdigung der ihm bekannten Umstände die Auffassung aufkommen kann, der Richter werde ihm gegenüber möglicherweise eine innere Haltung einnehmen, die dessen Unparteilichkeit störend beeinflussen könne.

**Fall: Richter R gibt vor der Hauptverhandlung eine Information an die Presse, in der es – entsprechend der Anklageschrift – heißt, der Angeklagte habe es verstanden, durch falsche Angaben Ministerialreferent zu werden. Kann er nunmehr wegen Befangenheit abgelehnt werden?**<sup>5</sup>

Ein Richter kann wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn er die dem Angeklagten zur Last gelegten Vorgänge der Presse als feststehende Tatsachen mitgeteilt hat. Für einen erkennenden Richter empfiehlt sich gegenüber der Presse vor der Hauptverhandlung große Zurückhaltung.

**Fall: Richter R versucht den wegen Mordes seiner Ehefrau Angeklagten zu einer Schilderung des Tatherganges zu bewegen: „Möge Ihnen Ihre tote Frau nachts vor Augen treten, dann werden Sie noch mal einsichtiger werden.“ Hat der Befangenheitsantrag der Angeklagten Erfolg?**<sup>6</sup>

---

· BGH 2. Strafsenat, 26.07.1951, Aktenzeichen: 2 StR 251/51  
· BGH 2. Strafsenat, 29.04.1983, Aktenzeichen: 2 StR 709/82  
· BGH 3. Strafsenat, 09.02.1951, Aktenzeichen: 3 StR 48/50  
· BGH 5. Strafsenat, 09.07.1953, Aktenzeichen: 5 StR 282/53  
· BGH MDR 58, 741

Die Äußerung begründet die Besorgnis der Befangenheit, die Ablehnung des Richters ist begründet.

**Fall: Verteidiger V möchte sich für seinen Mandanten äußern und eine entsprechende schriftliche Stellungnahme für diesen verlesen. Das Gericht lehnt diese Vorgehensweise ab. Kann es nun wegen Befangenheit abgelehnt werden?<sup>7</sup>**

1. Die Ablehnung eines Befangenheitsantrages der Verteidigung gegen Berufsrichter der Strafkammer ist nicht zu beanstanden, wenn die Befangenheitsbesorgnis darauf gestützt wurde, dass die Kammer entschieden hat, als Einlassungen der Angeklagten nicht von deren Verteidigern verfasste Erklärungen verlesen zu lassen, wenn diese Entscheidung nicht willkürlich oder abwegig war.
2. Abwegig oder willkürlich kann die Entscheidung allenfalls dann sein, wenn besondere Umstände, etwa Sprachfehler oder Sprachhemmungen, einen Angeklagten am eigenen Vortrag hindern oder ihn wesentlich beeinträchtigen würden. Solche Umstände sind hier nicht vorgetragen. Es verbleibt deshalb bei dem Grundsatz, wonach die Vernehmung des Angeklagten zur Sache gemäß § 243 Abs. 4 S. 2 StPO mündlich erfolgt und er sich nicht durch seinen Verteidiger vertreten lassen kann.

Nach § 24 Abs. 2 StPO kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Das ist der Fall, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zur Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die die gebotene Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann. Diese Besorgnis lässt sich aber nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar, sondern nur dann, wenn die Entscheidungen abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken.

Abwegig oder willkürlich war die Entscheidung, als Einlassungen der Angeklagten nicht von deren Verteidigern verfasste Erklärungen verlesen zu lassen, nicht. Willkürlich könnte eine solche Entscheidung sein, wenn besondere Umstände, etwa Sprachfehler oder Sprachhemmungen, den Angeklagten am eigenen Vortrag hindern oder ihn wesentlich beeinträchtigen würden. Solche Umstände sind hier nicht vorgetragen. Die Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, des Reichsgerichts und mit Stimmen in der Literatur, wonach die Vernehmung des Angeklagten zur Sache gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO mündlich erfolgt und er sich nicht durch seinen Verteidiger vertreten lassen kann. Zudem spricht für diese Rechtsanwendung der Wortlaut des § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO, wonach der zur Äußerung bereite Angeklagte „nach Maßgabe des § 136 Abs. 2 [StPO] zur Sache vernommen“ wird. Diese Meinung ist zwar nicht unbestritten. Dennoch kann angesichts der vertretenen unterschiedlichen Auffassungen die Entscheidung der Strafkammer gegen die Zulässigkeit der Verlesung weder als abwegig noch als aus sonstigen Gründen willkürlich angesehen werden. Die Strafkammer hat durch ihr Vorgehen im Zeitpunkt der Antragstellung und Antragsablehnung auch nicht zu erkennen gegeben, dass sie sich dem Sachvortrag der Angeklagten vollständig verschließen und ihnen auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung keine Gelegenheit zur Äußerung geben werde. Ihr Verhalten bot deshalb für einen besonnenen Angeklagten keinen Anlass zur Besorgnis der Befangenheit.

**Fall: Der Angeklagte bezeichnet Richter R als „engstirnigen Bürokraten“ und „Paragraphenschuster“. Kann er R nun als befangen ablehnen?**

In der Regel begründen diese Beleidigungen allein noch nicht die Befangenheit des zuständigen Richters, da es dann dem Angeklagten regelmäßig obläge, den Richter in die Befangenheit hineinzuzwingen. Anders zu beurteilen ist dies allerdings, wenn sich aus der Reaktion des Richters nunmehr weitere Anhaltspunkte für eine Voreingenommenheit ergeben.

**Fall: Richter R bestellt dem Angeklagten nicht den von diesem gewünschten, sondern einen anderen Rechtsanwalt als Pflichtverteidiger, da er sich davon eine schnellere Verfahrenserledigung erhofft. Macht ihn diese Vorgehensweise befangen?<sup>8</sup>**

Nimmt der Richter keine Rücksicht auf den Wunsch des Angeklagten, von einem Rechtsanwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden, sondern bestellt er aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung einen vom Angeklagten nicht gewünschten Pflichtverteidiger, so kann der Angeklagte bei Würdigung aller Umstände Grund zu der Annahme haben, der Richter sei befangen.

**Fall: Richter R reagiert auf die Beweisanträge des Verteidigers mit der Bemerkung: „Sie machen die Kammer nicht fertig. Wir haben den längeren Arm.“ Ist ein darauf gestützter Befangenheitsantrag begründet?<sup>9</sup>**

Aus dem Vorbringen der Revision, das durch die dienstlichen Äußerungen sowie den Inhalt des das Gesuch ablehnenden Beschlusses insoweit bestätigt wird, ergibt sich, dass der Vorsitzende davon ausgegangen war - und mangels vorheriger Hinweise auf zu erwartende Beweisanträge auch glaubte, davon ausgehen zu können, - dass die Beweisaufnahme am ersten Verhandlungstag abgeschlossen werden könne, und dass er darüber verärgert war, dass die Verteidigung am Nachmittag dieses Tages, für ihn unerwartet, eine ganze Reihe von Beweisanträgen stellte, wodurch eine Fortsetzung der Beweisaufnahme an weiteren Verhandlungstagen unerlässlich wurde. Die Äußerungen, die der Vorsitzende, unmittelbar nachdem ein Verteidiger des Angeklagten die Beweisanträge angebracht hatte, diesem gegenüber machte, können auch in einem besonnenen Angeklagten die Befürchtung wecken, dieser Richter sei ihm gegenüber nicht mehr unbefangen und sei geneigt, auf das prozessuale Vorgehen seines Verteidigers ihm, dem Angeklagten, gegenüber in einer seiner Sache nachteiligen Weise zu reagieren. Das gilt namentlich für die gegenüber dem Verteidiger gemachte Äußerung des Vorsitzenden: „Sie machen die Kammer nicht fertig, wir haben den längeren Arm“. Der Senat muss davon ausgehen, dass der Vorsitzende sich, wenn nicht wörtlich, so doch sinngemäß, so geäußert hat, nachdem dieser in seiner dienstlichen Erklärung den ersten Teil dieser Äußerung einräumt und den zweiten nicht anspricht, während der Staatsanwalt die Abgabe einer solchen Erklärung für möglich hält und der Verteidiger des Mitangeklagten sie in vollem Umfang bestätigt. Auch die im selben Zusammenhang der Beweisantragstellung an den Verteidiger gerichteten Fragen: „Meinen Sie, dass Sie im Interesse Ihres Mandanten handeln?“ und „Sie müssen ja wissen, wie Sie Ihren Mandanten verteidigen, Sie werden schon sehen, was Sie davon haben“, können von einem Angeklagten dahin verstanden werden, der Vorsitzende beziehe ihn in seinen Ärger ein und kündige nachteilige Folgen für ihn an. Das könnte anders sein, wenn sich aus dem Gesamtzusammenhang, in dem die Äußerungen gefallen sind, ergäbe, dass der Vorsitzende die Beweisanträge nach ihrem Inhalt insofern als für den Angeklagten nachteilig angesehen habe, als das zu erwartende oder für möglich gehaltene Ergebnis einer entsprechenden

---

<sup>8</sup> Bayerisches Oberstes Landesgericht 4. Strafsenat, 01.12.1987, Aktenzeichen: RReg 4 St 253/87 · BGH 3. Strafsenat, 09.03.1988, Aktenzeichen: 3 StR 567/87

Beweisaufnahme zu für den Angeklagten belastenden Ergebnissen führen werde. Anhaltspunkte dafür, dass aus den bezeichneten Äußerungen – für den Angeklagten erkennbar – in diesem Sinne ein Bedürfnis des Vorsitzenden nach Fürsorge für den Angeklagten gegenüber einem dessen Interessen missverstehenden und sie verletzenden Verteidiger spreche, sind aber nicht zu sehen.

**Fall: Richter R, der über einen aus Somalia stammenden Angeklagten zu urteilen hat, hat in einem anderen Verfahren geäußert, dass „insbesondere Afrikaner lügen, dass sich die Balken biegen.“ Ist er befangen?**<sup>9</sup>

Die dem aus Ghana stammenden Angeklagten zugetragene, in einem anderen Verfahren gemachte Äußerung des abgelehnten Richters, ihm sei aus seiner langjährigen Tätigkeit als Ermittlungsrichter bekannt, dass insbesondere Afrikaner ... lügen, dass sich die Balken biegen, gab dem Angeklagten auch bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Grund zu der Annahme, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die dessen Unvoreingenommenheit und Unparteilichkeit störend beeinflussen könne.

**Fall: Die Berufsrichter erklären dem Verteidiger vor der Hauptverhandlung in Abwesenheit der übrigen Verfahrensbeteiligten konkret, wenn auch unverbindlich, welche Strafe bei einem Geständnis des Angeklagten in Betracht kommt. Begründet diese einen Befangenheitsantrag?**<sup>10</sup>

Vereinbarungen im Strafverfahren setzen die Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, eine entsprechende Protokollierung und eine bestehen bleibende Rechtsmittelmöglichkeit voraus. In Vorgesprächen dürfen lediglich die Bereitschaft und Positionen geklärt, nicht aber ohne Mitwirkung des Angeklagten ein Ergebnis vereinbart werden.

**Fall: Richter R und Verteidiger V liegen im Streit. Daraufhin lehnt der Verteidiger R wegen Befangenheit ab. Zu Recht?**<sup>11</sup>

Zwar begründen Spannungen zwischen Richter und Verteidiger, die erst im Verfahren entstanden sind, in aller Regel nicht die Besorgnis der Befangenheit; diese kann sich aber aus Reaktionen des Richters ergeben. So verhält es sich hier. Die Reaktionen des Vorsitzenden stehen zu dem sie auslösenden Anlass in keinem vertretbaren Verhältnis mehr. Unter Berücksichtigung aller Geschehnisse kann auch bei einem verständigen Angeklagten die Besorgnis bestehen, ein Richter, der sich selbst als durch den Verteidiger für "massiv beleidigt" und für dessen Vorbringen zumindest in Teilen für "taub" erklärt, würde auch künftiges Verteidigungsvorbringen nicht in der erforderlichen abwägenden Distanziertheit zur Kenntnis nehmen.

**Fall: Die Geschädigte hält die Beweiswürdigung des Staatsanwaltes für nicht objektiv, da dieser entlastende Aussagen „evident parteiischer“ Zeugen zugunsten der Angeklagten würdige. Kann G den Staatsanwalt wegen Befangenheit ablehnen?**<sup>13</sup>

Dem Anzeigerstatter und Verletzten im Sinne des § 172 StPO steht kein Rechtsanspruch auf Ersetzung eines für befangen gehaltenen Staatsanwaltes durch einen anderen Staatsanwalt zu. Die von dem Leiter der Staatsanwaltschaft abgelehnte Ersetzung des ermittelnden Staatsanwaltes ist daher schon kein Justizverwaltungsakt im Sinne des

---

· OLG Köln 1. Strafsenat, 25.10.1991, Aktenzeichen: Ss 477/91

· BGH 3. Strafsenat, 01.07.1998, Aktenzeichen: 3 StR 242/98

· BGH 1. Strafsenat, 04.03.1993, Aktenzeichen: 1 StR 895/92

EGGVG § 23 Abs. 1, denn es handelt sich nicht um eine behördliche Maßnahme, die geeignet ist, den Anzeigersteller in seinen Rechten zu verletzen. Von daher kann er die Ablehnung seines Befangenheitsantrages nicht mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung anfechten.

**Fall:** Im Rahmen der mehrtägigen Hauptverhandlung stellt sich heraus, dass der Angeklagte die an den kommenden Verhandlungstagen noch zu vernehmenden Zeugen bedroht. Die Staatsanwaltschaft beantragt daher den Erlass eines Haftbefehls wegen Verdunkelungsgefahr. Der Verteidiger stellt einen Befangenheitsantrag gegen das Gericht, um den Haftbefehlserlass zu verhindern. Mit Erfolg?

Nein, und zwar wegen § 29 StPO: Die Prüfung eines Haftbefehlsantrags stellt eine un-aufschiebbare Amtshandlung dar, weshalb das Gericht diesen trotz einer möglicherweise notwendigen Unterbrechung zur Entscheidung über das Ablehnungsgesuch erlassen kann.

**Fall:** In der Hauptverhandlung vom 7. März 2023 beantragte der Angeklagte die Entbindung seines Pflichtverteidigers, weil dieser die Verteidigung des Angeklagten durch Einwirken auf zwei Zeuginnen gegen dessen Willen eingeschränkt und damit das Vertrauensverhältnis schwerwiegend gestört habe. Mit außerhalb der Hauptverhandlung ergangenen und dem inhaftierten Angeklagten am 22. April 2023 formlos per Post übersandten Beschluss vom 19. April 2013 wies der Vorsitzende den Entpflichtungsantrag zurück. Die Vorwürfe des Angeklagten lägen neben der Sache, würden dem bisherigen Einsatz des Verteidigers nicht gerecht und stellten sich entsprechend einer durch den Verteidiger in anderem Zusammenhang gebrauchten Formulierung als „Theaterdonner“ dar. Im nachfolgenden Hauptverhandlungstermin vom 25. April 2023 lehnte der Angeklagte den Vorsitzenden wegen Besorgnis der Befangenheit ab. Er machte unter anderem geltend, dass der Vorsitzende im Zurückweisungsbeschluss das Wort „Theaterdonner“ aufgegriffen und verwendet habe, als sei damit „glasklar erwiesen“, dass der Verteidiger fair gearbeitet und ihn nicht seiner Rechte beraubt habe.

Die Schwurgerichtskammer verwarf den Befangenheitsantrag unter Mitwirkung des abgelehnten Vorsitzenden im Termin vom 13. Mai 2023 als unzulässig gemäß § 26a Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO. Der Angeklagte habe weder ein Mittel zur Glaubhaftmachung noch einen geeigneten Ablehnungsgrund angegeben. Betreffend die Formulierung „Theaterdonner“ habe er offengelassen, inwiefern hierdurch Zweifel an der Unvoreingenommenheit des abgelehnten Richters begründet seien. Das Gesuch ziele ersichtlich nicht auf das Ausscheiden des abgelehnten Richters ab, sondern ausschließlich auf die Entpflichtung des Verteidigers und erweise sich damit als Missbrauch des Instituts der Richterablehnung.

Bei dem angegriffenen Urteil wirkte ein Richter mit, nachdem ein gegen ihn gerichtetes Ablehnungsgesuch unter Verletzung des § 26a StPO in einer unter dem Aspekt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vertretbaren Weise verworfen worden war.

Der Glaubhaftmachung der zugrunde liegenden Tatsachen bedurfte es nicht, weil sich diese aus den Akten ergaben.

Die Ablehnung erfolgte auch rechtzeitig. Die Übersendung des Beschlusses vom 19. April 2013 wurde am 22. April 2013 ausgeführt und konnte den Angeklagten demgemäß frühestens am 23. April 2013 erreichen. Zwar kann es das Unverzüglichkeitsgebot in Anbetracht des anzulegenden strengen Maßstabs erfordern, das Gesuch schon während einer Verhandlungsunterbrechung zeitnah schriftlich oder zu Protokoll der Ge-

schäftsstelle anzubringen. Jedoch ist die im unmittelbar folgenden Hauptverhandlungstermin vom 25. April 2013 durchgeführte Antragstellung unter Anrechnung einer dem Angeklagten zuzubilligenden Überlegungsfrist hier als rechtzeitig anzusehen.

Das Befangenheitsgesuch hätte nicht nach § 26a Abs. 1 Nr. 2. StPO abgelehnt werden dürfen.

Die Vorschrift des § 26a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StPO gestattet ausnahmsweise nur dann die Beteiligung des abgelehnten Richters an der Entscheidung über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag, wenn das Ablehnungsgesuch ohne nähere Prüfung und losgelöst von den Umständen des Einzelfalls zur Begründung der Besorgnis der Befangenheit gänzlich ungeeignet ist; hingegen darf der abgelehnte Richter über diese bloß formale Prüfung hinaus nicht an einer näheren inhaltlichen Untersuchung der Ablehnungsgründe auch unter dem Blickwinkel einer offensichtlichen Unbegründetheit mitwirken und sich auf diese Weise zum „Richter in eigener Sache“ machen. Dabei muss die Auslegung des Ablehnungsgesuchs darauf ausgerichtet sein, es seinem Inhalt nach vollständig zu erfassen, um nicht im Gewande der Zulässigkeitsprüfung in eine Begründetheitsprüfung einzutreten.

Diesen Maßstäben wird der Zurückweisungsbeschluss der Schwurgerichtskammer nicht gerecht. Dem Befangenheitsgesuch ist die Besorgnis des Angeklagten zu entnehmen, dass der Vorsitzende das Vorbringen zur Beeinträchtigung seiner Verteidigungsinteressen durch den Pflichtverteidiger nicht ernst nehme („Theaterdonner“) und sich deshalb vorschnell auf die Seite des Genannten gestellt habe. Damit hat er dessen Voreingenommenheit geltend gemacht, ohne dass weitere Ausführungen notwendig gewesen wären. Das durch ein Zitat belegte Ablehnungsgesuch konnte nicht als aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung des Ablehnungsgesuchs völlig ungeeignet angesehen werden. Denn es erforderte eine inhaltliche und keine rein formale Prüfung, ob die Aussage in der gewählten Formulierung aus Sicht eines verständigen Angeklagten die Besorgnis der Befangenheit zu begründen vermochte. Weil der abgelehnte Richter die Entscheidung selbst getroffen und damit eine inhaltliche Bewertung des Ablehnungsgesuchs in Nichtausschöpfung des Gesuchs versagt hat, ist der Anwendungsbereich des § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO in einer Weise überspannt worden, die im Blick auf die Anforderungen von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht mehr vertretbar war. Daran vermag nichts zu ändern, dass das Ablehnungsgesuch ohne Mitwirkung des abgelehnten Richters gemäß § 27 StPO wohl als unbegründet zu verwerfen gewesen wäre.

Die Voraussetzungen der zweiten Alternative des § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO waren gleichfalls nicht gegeben. Sie könnten allein dann erfüllt sein, wenn der Angeklagte ausschließlich verfahrensfremde Ziele verfolgt hätte. Dies kann anzunehmen sein, wenn mit haltloser Begründung versucht wird, das Institut der Richterablehnung als Druckmittel zur Durchsetzung genehmer oder zur Verhinderung unangenehmer Entscheidungen zu missbrauchen; die völlige Abwegigkeit der Ablehnungsgründe kann dabei die Sachfremdheit des angebrachten Gesuchs im Sinne von § 26a Abs. 1 Nr. 3 StPO indizieren. Davon kann hier angesichts nicht gänzlicher Unschlüssigkeit des Vorbringens des Angeklagten nicht ausgegangen werden.

- § 338 Nr. 4 StPO: Unzuständigkeit des Gerichts
- § 338 Nr. 5 StPO: Abwesenheit einer Person, deren Anwesenheit das Gesetz zwingend vorschreibt

**Fall: Im Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung beantragte die Nebenklägervertreterin, den Angeklagten für die Dauer der Vernehmung der Geschädigten auszuschließen. Staatsanwaltschaft und Verteidigung stimmten dem zu. Der Angeklagte verließ daraufhin den Sitzungssaal Die Sitzung wurde kurz unterbrochen**

**und mit der Verkündung folgenden Beschlusses fortgesetzt: „Gemäß § 247 S. 2 StPO wird der Angeklagte für die Dauer der weiteren Vernehmung der Zeugin W. ausgeschlossen, um einer Retraumatisierung entgegenzutreten und einen weiteren psychischen Schaden für die Zeugin zu verhindern.“ Anschließend wurde die Geschädigte ergänzend vernommen.<sup>12</sup>**

Mit Recht rügt der Angeklagte einen Verstoß gegen das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angeklagten gemäß § 230 Abs. 1 StPO. Seine Abwesenheit während der Verkündung des Ausschließungsbeschlusses war gesetzwidrig und betraf einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung:

Wie von § 247 Satz 2 Fall 1 StPO vorgegeben, hat das Gericht den Angeklagten (nur) für die Dauer der weiteren Vernehmung der Geschädigten ausgeschlossen. Die Verkündung des Ausschließungsbeschlusses selbst gehört nicht zu diesem Verfahrensabschnitt. Er muss vielmehr in Anwesenheit des Angeklagten verkündet werden.

Der Umstand, dass der Verteidiger des Angeklagten zuvor erklärt hatte, „dass der Angeklagte einverstanden sei, den Sitzungssaal zu verlassen, auch wenn dafür keine Notwendigkeit gesehen wird“, steht dem Erfolg der Rüge nicht entgegen; denn das Recht des Angeklagten auf Teilnahme an der Hauptverhandlung ist unverzichtbar und darf nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen eingeschränkt werden.

**Fall:** In der Hauptverhandlung vom 11. März 2023 wurde der Angeklagte für die Dauer der Vernehmung seiner Tochter, der Nebenklägerin, durch Beschluss der Strafkammer gemäß § 247 StPO aus dem Sitzungszimmer entfernt. Nach ihrer Aussage zur Sache blieb sie auf Anordnung des Vorsitzenden unvereidigt und wurde entlassen, woraufhin sie den Sitzungssaal verließ. Nachdem der Angeklagte daraufhin den Sitzungssaal wieder betreten hatte, informierte ihn der Vorsitzende über den wesentlichen Inhalt der Aussage der Nebenklägerin. Nach einer 15-minütigen Unterbrechung der Hauptverhandlung erklärte der Verteidiger des Angeklagten, nach einer Besprechung mit diesem gebe es noch drei Ergänzungsfragen an die Nebenklägerin. Für diese ergänzende Vernehmung der Nebenklägerin wurde der Angeklagte erneut durch Gerichtsbeschluss gemäß § 247 StPO von der Teilnahme an der Vernehmung ausgeschlossen und verließ den Sitzungssaal. Nach Aussage der Nebenklägerin zur Sache blieb diese auf Anordnung des Vorsitzenden erneut unvereidigt und wurde entlassen. Daraufhin betrat der Angeklagte erneut den Sitzungssaal und wurde vom Vorsitzenden über die Angaben der Nebenklägerin informiert.<sup>13</sup>

Die auf dieses Verfahrensgeschehen gestützte Rüge der Verletzung von § 338 Nr. 5 StPO, weil die Hauptverhandlung in einem wesentlichen Teil in Abwesenheit des Angeklagten stattgefunden habe, führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts ist die Verfahrensrüge auch angesichts der Tatsache, dass es sich bei der zweiten Vernehmung der Nebenklägerin als Zeugin am selben Hauptverhandlungstag lediglich um eine ergänzende Vernehmung handelte, zulässig erhoben. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erfordert in diesem Fall keine Ausführungen zum Inhalt der zweiten Vernehmung um darzulegen, dass es sich auch bei der Verhandlung über die Entlassung der Nebenklägerin nach ihrer zweiten Vernehmung um einen wesentlichen Teil der Hauptverhandlung gehandelt hat.

Die Rüge ist auch begründet. Der Beschwerdeführer war entgegen § 247 StPO auch von der Verhandlung über die Entlassung der Nebenklägerin als Zeugin nach deren zweiter Vernehmung ausgeschlossen. Dies begründet den Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO,

---

• BGH, 5. November 2014 - 4 StR 385/14

• BGH, 23. September 2014 - 4 StR 302/14

denn die Verhandlung über die Entlassung der Nebenklägerin war, auch wenn es sich um eine ergänzende Vernehmung handelte, ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist die Verhandlung über die Entlassung eines Zeugen grundsätzlich ein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung, die währenddessen fortdauernde Abwesenheit des nach § 247 Satz 1 oder Satz 2 StPO entfernten Angeklagten also regelmäßig geeignet, den absoluten Revisionsgrund des § 338 Nr. 5 StPO zu begründen. Die das Anwesenheitsrecht und die Anwesenheitspflicht des Angeklagten betreffenden Vorschriften bezwecken unter anderem, dem Angeklagten eine uneingeschränkte Verteidigung zu ermöglichen, insbesondere auf Grund des von ihm selbst wahrgenommenen Verlaufs der Hauptverhandlung. Das wird ihm durch seinen Ausschluss von der Verhandlung über die Entlassung des Zeugen erschwert, weil er in unmittelbarem Anschluss an die Zeugenvernehmung keine Fragen oder Anträge stellen kann, die den Verfahrensausgang beeinflussen können. Gemessen daran kommt der ergänzenden Vernehmung einer Opferzeugin grundsätzlich erhebliche Bedeutung für das Verfahren zu, sodass der Angeklagte nach einer solchen ebenfalls stets die Möglichkeit haben muss, ergänzende Fragen oder Anträge zu stellen. Beim Vorwurf von Sexualstraftaten liegt es sogar nahe, dass Umstände zum Tatgeschehen selbst dann erörtert werden, wenn es nur deshalb zu einer erneuten Vernehmung der Opferzeugin kommt, weil Fragen zum Randgeschehen noch geklärt werden müssen. Kein Verfahrensbeteiligter ist in einem solchen Fall rechtlich gehindert, bisher noch nicht gestellte, aber zur Sache gehörende und damit den gesamten Anklagevorwurf betreffende Fragen zu stellen. Dieser Möglichkeit zu ergänzenden Fragen kommt insbesondere dann besondere Bedeutung zu, wenn - wie im vorliegenden Fall - der Angeklagte nach dem zutreffenden Vortrag der Revision bereits gemäß § 247 StPO von der Teilnahme an der Verhandlung über die Entlassung der Nebenklägerin nach ihrer ersten Zeugenvernehmung ausgeschlossen war. Die besondere Verfahrensbedeutung der zweiten Zeugenvernehmung liegt in solchen Fällen darin, dass mit dieser Vernehmung der Verfahrensfehler, dem Angeklagten bei der Verhandlung über die Entlassung nach der ersten Zeugenvernehmung der Nebenklägerin die Anwesenheit nicht zu gestatten, geheilt wurde.

- § 338 Nr. 6 StPO: Verletzung der Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens

Der Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens ist eine Prozessmaxime, die mit dem Unmittelbarkeitsprinzip und dem Mündlichkeitsgrundsatz zusammenhängt. Im Rahmen der tatsächlichen Gegebenheiten des Verhandlungsortes muss die Möglichkeit des Eintritts beliebiger Zuhörer bestehen. Es muss ferner die Möglichkeit für die Bürger bestehen, sich ohne besondere Schwierigkeit Kenntnis von Ort und Zeit der Verhandlung zu verschaffen.

Die mündlichen Verhandlungen des Gerichts sind grundsätzlich öffentlich, § 169 S. 1 GVG. Fernseh-, Rundfunk- und Filmaufnahmen sind nicht gestattet, § 169 Abs. 2 GVG.

Begrenzt wird der Öffentlichkeitsgrundsatz durch die Größe des Sitzungssaals. Wenn die Zahl der Zuschauer die Zahl der Plätze übersteigt, gilt das Prioritätsprinzip. Für Pressevertreter können Plätze reserviert werden. Bei besonders öffentlichkeitswirksamen oder sicherheitsrelevanten Prozessen sind Ausweiskontrollen und Taschendurchsuchungen zulässig.

Unter besonderen Umständen kann die Öffentlichkeit – bis auf die Verkündung des Urteils, § 173 GVG ausgeschlossen werden, §§ 171a - 172 GVG. Bei Jugendstrafverfahren muss die Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, § 48 Abs.1 JGG. Ausschluss einzelner Personen ist möglich in den Fällen der §§ 175 Abs.1, 177 GVG.

**Fall: Ausweislich des Hauptverhandlungsprotokolls verkündete die Amtsrichterin am Ende der Hauptverhandlung folgenden Beschluss:**

1. Die heutige Hauptverhandlung wird unterbrochen.
2. Termin zur Fortsetzung der Hauptverhandlung wird anberaumt auf Montag, 05. Febr. YY, 08.30 Uhr, an der Tatörtlichkeit.
3. Zu dem Fortsetzungstermin soll die benannte Zeugin Frau G um 09.30 Uhr im Gerichtsgebäude erscheinen.

Am 05.02.20YY wurde die Hauptverhandlung vor dem Haus mit der Inaugenscheinnahme des Tatortes und Zeugenvernehmungen sowie anschließend ab ca. 10.30 Uhr im Gerichtsgebäude des Amtsgerichts Dorsten fortgesetzt. Das am Sitzungssaal des Amtsgerichts aushängende Verzeichnis der anstehenden Termine wies folgenden Eintrag auf: „Fortsetzungs- und Ortstermin 08.30 Uhr D, B 5 Ds 32 Js 1035/YY (354/00)“

Nach der dienstlichen Äußerung der Amtsrichterin hatte sie der Protokollführerin keine Anweisung erteilt, den Verhandlungsort („Tatörtlichkeit“) mit der genauen Anschrift in den Aushang aufzunehmen.<sup>14</sup>

Durch die fehlende Angabe der Anschrift des Verhandlungsortes auf dem Aushang ist das Gebot der Öffentlichkeit des Hauptverfahrens in vorwerfbarer Weise verletzt. **Öffentlich ist eine Verhandlung nur dann, wenn die Allgemeinheit, d.h. beliebige, auch unbeteiligte Zuhörer, an der Hauptverhandlung teilnehmen können, sofern sie dies wünschen** (BGH NSTZ 1981, 311). Der in § 169 Satz 1 GVG normierte Grundsatz der Öffentlichkeit des Verfahrens erfordert, dass das Gericht grundsätzlich durch einen Hinweis am Gerichtssaal auf Ort und Zeit der Verhandlung aufmerksam machen muss, wenn die Hauptverhandlung nicht an der sonst üblichen Stelle stattfindet.

Das Amtsgericht hatte hier aufgrund des in der öffentlichen Sitzung vom 31.01.20YY verkündeten Beschlusses die Hauptverhandlung am 05.02.2001 ab 08.30 Uhr zunächst in E-X vor dem Haus I ... und sodann ab 10.30 Uhr im Saal 105 des Amtsgerichts Dorsten fortgesetzt. Der vor dem Gerichtssaal angebrachte Aushang enthielt jedoch keinen Hinweis darauf, an welchem Ort die Fortsetzung der Hauptverhandlung stattfinden sollte. Damit hätte ein Zuhörer, der an der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten teilnehmen wollte, anhand des Aushanges nicht erkennen können, wo die Hauptverhandlung stattfinden würde.

Die Beschränkung der Öffentlichkeit der Verhandlung ist auf ein **Verschulden des Gerichts** zurückzuführen.

Ein revisibler Verstoß gegen die Öffentlichkeit der Verhandlung setzt nach herrschender Meinung ein **dem Gericht zurechenbares Verhalten** voraus. Der Revisionsgrund greift grundsätzlich nur dann ein, wenn das Gericht oder der Vorsitzende eine die Öffentlichkeit unzulässig beschränkende Anordnung getroffen, eine ihnen bekannte Beschränkung nicht beseitigt oder eine ihm obliegende zumutbare Aufsichtspflicht verletzt haben. Hingegen begründet allein das Verschulden untergeordneter Beamter wie des Protokollführers oder des Gerichtswachtmeisters die Revision regelmäßig nicht, wie allge-

mein Verletzungen des Öffentlichkeitsgrundsatzes, die auf Umständen beruhen, die außerhalb des Einflussbereichs oder der Einwirkungsmöglichkeit des Gerichtes liegen, die Revision nicht begründen können.

Dabei kann dem Gericht aber nur außerplanmäßiges und gelegentliches Fehlverhalten der untergeordneten Hilfsorgane nicht ohne weiteres zugerechnet werden. Insbesondere bei auswärtiger Fortsetzung der Hauptverhandlung führt die Aufsichtspflicht des Gerichtes dazu, dass das Gericht sich selbst davon überzeugen muss, ob die Vorschriften über die Öffentlichkeit beachtet sind.

Hier hatte die Amtsrichterin ihre **Sorgfaltspflicht bezüglich der Wahrung der Öffentlichkeit** und ihre Aufsichtspflicht gegenüber der Protokollführerin, der die Fertigung des Aushanges oblag, nicht hinreichend erfüllt. Die Amtsrichterin hat sich lediglich auf die allgemeine Zuverlässigkeit der Protokollführerin verlassen und selbst nichts in die Wege geleitet, damit die Öffentlichkeit der Verhandlung hergestellt wird, insbesondere keine konkrete Anweisung für die Fertigung des Aushanges erteilt.

Auch hatte die Amtsrichterin den Aushang am Terminstage vor Durchführung des Ortstermins nicht kontrolliert, da sie sich insoweit völlig auf ihre zuverlässige Geschäftsstellenkraft verlassen hatte. In ihrer dienstlichen Äußerung hatte die Amtsrichterin hierzu ausgeführt, die betreffende Beamtin sei bereits sehr lange Leiterin der Strafgeschäftsstelle beim Amtsgericht Dorsten und sei äußerst zuverlässig. Sie schreibe die Terminrollen auch für die anderen Strafrichter. Auch diese hätten die Zuverlässigkeit der Geschäftsstellenkraft bestätigt, es habe bisher nie Probleme mit den von ihr erstellten Terminrollen gegeben. Auch habe sie des Öfteren Ortstermine durchgeführt, ohne dass es zu Beanstandungen hinsichtlich des Terminzettels gekommen wäre.

Diese Umstände sind nicht geeignet, hier ein **Verschulden der Amtsrichterin** zu verneinen. Die Amtsrichterin hätte der Geschäftsstellenkraft bzw. der Protokollführerin zumindest die ausdrückliche Anweisung erteilen müssen, auf dem Aushang die genaue Anschrift des Verhandlungsortes aufzunehmen. Nur wenn sie eine solche ausdrückliche Anweisung vor Durchführung des Ortstermins erteilt hätte, könnte es überhaupt noch darauf ankommen, ob die Geschäftsstellenbeamtin derart zuverlässig war, dass ausnahmsweise auf eine generell gebotene Kontrolle der richtigen Ausführung dieser Anweisung durch sie seitens der Amtsrichterin hätte verzichtet werden können. Im Übrigen würde auch eine ausdrücklich erteilte Anweisung bezüglich des Aushanges das Gericht nur von der Kontroll- und Überwachungspflicht befreien können, nicht aber auch von der Verpflichtung, zumindest entsprechende Anweisungen betreffend die Gestaltung des Aushanges zu erteilen. Könnte das Gericht auch auf derartige Anweisungen nur aufgrund der ihm bekannten oder von ihm angenommenen Zuverlässigkeit der Hilfsperson verzichten, würde dies nämlich auf eine unzulässige Übertragung der allein dem Gericht obliegenden Wahrung des Öffentlichkeitsgrundsatzes auf das Hilfsorgan hinauslaufen.

#### - § 338 Nr. 7 StPO: Fehlende/verspätete Urteilsbegründung

Hier ist insbesondere die Einhaltung der Urteilsabsetzungsfrist zu prüfen. Klausurrelevant kann auch die Konstellation sein, dass das Gericht die Urteilsabsetzungsfrist nicht einhält, weil zB der Richter kurz vor deren Ablauf erkrankt ist. Hier ist dann zu prüfen, ob es sich um ein nicht vorhersehbares, unabwendbares Ereignis handelt, so dass die Fristversäumnis trotzdem gerechtfertigt ist.

## II. relative Revisionsgründe (§ 337 StPO)

Die überwiegende Zahl der revisionsrechtlich relevanten Verfahrensfehler geschieht in der Hauptverhandlung. Da das Protokoll der Hauptverhandlung die primäre Nachweisquelle für diese Verfahrensverstöße bildet, sollte das Hauptverhandlungsprotokoll chronologisch auf Verfahrensfehler überprüft werden.

### 1. § 243 StPO – Ablauf der Hauptverhandlung

Die Verlesung des Anklagesatzes ist eine wesentliche Förmlichkeit des Verfahrens.

Sie dient dazu, den Verfahrensbeteiligten (u.a. Schöffen) den historischen Lebenssachverhalt, der dem Angeklagten zur Last gelegt wird, mitzuteilen. Ein Verstoß hiergegen begründet grundsätzlich die Revision. Nur ganz ausnahmsweise beruht das Urteil nicht auf dem Gesetzesverstoß, wenn bei einfacher Sach- und Rechtslage davon ausgegangen werden kann, dass alle Verfahrensbeteiligten auch ohne Verlesen des Anklagesatzes den Tatvorwurf erfassen können.

Wird nicht nur der Anklagesatz, sondern die gesamte Anklageschrift (einschließlich wesentlichen Ermittlungsergebnisses) verlesen, so kann dies bei Beteiligung von Schöffen ein Revisionsgrund sein, da die Schöffen dem Verfahrensgang evtl. nicht mehr unvoreingenommen folgen.

Bei umfangreichen Anklagen – insbesondere solchen, in denen aufgrund desselben *modus operandi* eine Vielzahl von gleichartigen Straftaten begangen wurde, z.B. beim Stoßbetrug – ist nach BGH eine vollumfängliche Verlesung aller einzelnen Taten nicht erforderlich, ausreichend ist vielmehr, wenn diese aus der Anklage klar hervorgehen, beispielsweise im Rahmen des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen.

### 2. Belehrung vor Vernehmung des Angeklagten zur Sache, § 243 Abs. 5 S. 1 StPO

Anders als bei der Feststellung der Personalien (§ 243 Abs. 2 S. 2 StPO) ist der Angeklagte vor der Vernehmung zur Sache über sein Schweigerecht zu belehren. Ein Verstoß gegen § 243 Abs. 4 S. 1 StPO ist grundsätzlich revisibel. Es handelt sich nicht um eine bloße Ordnungsvorschrift (Ausprägung des Anspruchs auf ein faires Verfahren sowie des *nemo tenetur*-Grundsatzes).

Das Urteil beruht aber nicht auf dem Verstoß, wenn der Angeklagte im Zeitpunkt seiner Aussage einen Verteidiger hatte oder sein Schweigerecht kannte.

Fragen nach dem schulischen Werdegang und den wirtschaftlichen Verhältnissen gehören nicht zur Vernehmung zur Person, sondern zur Vernehmung zur Sache. Will das Gericht den Angeklagten hierzu befragen, muss es ihn gemäß § 243 Abs. 4 StPO belehren. Ein Verstoß hiergegen wäre jedoch mangels Beruhens nicht revisibel, insbesondere bei Fragen nach dem Einkommen u.a., wenn anschließend eine Freiheitsstrafe verhängt wurde.

3. Verstoß gegen § 52 Abs. 3 StPO

Auch ein Mitangeklagter kann sich auf einen Verstoß gegen § 52 Abs. 3 StPO berufen, wenn die Aussage des Angehörigen (des anderen Mitangeklagten) gegen ihn verwendet wurde. Im Wesentlichen wäre hier mit der Rechtskreistheorie zu argumentieren.

4. Verstoß gegen § 55 StPO

Nach § 55 StPO braucht sich kein Zeuge selbst zu belasten. Gemäß § 55 Abs. 2 StPO ist der Zeuge über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu belehren. § 55 StPO dient aber allein dem Schutz des Zeugen. Da der Rechtskreis des Angeklagten nicht betroffen ist, kann er einen Verstoß gegen die Belehrungspflicht nicht mit der Revision rügen.

5. Verstoß gegen die Vereidigungsvorschriften, §§ 59ff. StPO

Nur bei einem auf Vereidigung gerichteten Antrag eines Prozessbeteiligten muss die Entscheidung über die Vereidigung ausdrücklich im Protokoll festgehalten werden. Gerügt wird dann ein Verstoß gegen § 59 StPO. Beim Beruhen ist auszuführen, dass – wenn das Gericht sich hierüber Gedanken gemacht hätte und Ermessen ausgeübt hätte – es möglicherweise diese Vereidigung vorgenommen hätte und dann entweder – je nachdem, ob es sich um einen Belastungszeugen oder einen Entlastungszeugen handelte – dieser von seiner ursprünglichen Aussage abgewichen wäre oder ihm ein höherer Beweiswert zugekommen wäre.

6. Verfahrensverstöße im Bereich des Urkundsbeweises, §§ 249ff. StPO

Rechtsgrundlage für die Zulässigkeit des Urkundsbeweises ist nach h.M. § 249 StPO, obwohl er eigentlich vom Wortlaut her nur das Verfahren, d.h. das „wie“ der Beweisführung regelt. Der Urkundsbeweis bezieht sich auf die Ermittlung und Verwertung des gedanklichen Inhalts einer Urkunde.

Zu unterscheiden ist daher den Urkundsbeweis vom

- Vorhalt aus einer Urkunde: dabei wird einem Angeklagten, Zeugen oder Sachverständigen (Personalbeweismittel) bei dessen Vernehmung etwas aus einer Urkunde vorgehalten, um Widersprüche oder Gedächtnislücken zu beseitigen.

Der Vorhalt ist ein Vernehmungsbehelf, d.h. es wird später nicht der Inhalt der vorgehaltenen Urkunde, sondern die Reaktion des Personalbeweismittels auf den Vorhalt im Urteil verwertet. Grundsätzlich ist jedweder Vorhalt dabei erlaubt (bis zur Grenze der Täuschung des Personalbeweismittels, weil z.B. der Vorhalt unzutreffend ist). Im Zusammenhang mit Vorhalten werden daher wohl kaum reversible Fehler vorkommen.

- Augenschein, dieser ist das zutreffend gewählte Beweismittel, wenn es nicht um die Ermittlung des gedanklichen Inhalts der Urkunde, sondern um deren Zustand und/oder Aussehen geht.

Die Durchführung des Urkundsbeweises nach § 249 StPO ist generell erlaubt, es sei denn es findet sich eine Verbotsnorm.

a) Verbotsnorm des § 250 S. 2 StPO

Aus § 250 S. 2 StPO ergibt sich ein Verlesungsverbot, wenn durch diese Urkundsverlesung die Vernehmung eines Personalbeweismittels ersetzt werden soll. Das bedeutet aber auch, dass die Ergänzung desselben durch Urkundsverlesung erlaubt bleibt.

Verboten ist die Verlesung – dem Wortlaut der Vorschrift nach – von Protokollen über frühere Vernehmungen des Personalbeweismittels, sowie anderer schriftlicher Erklärungen. Damit sind alle schriftlichen Äußerungen erfasst, die von vorneherein in der Absicht verfasst wurden, zu Beweis Zwecken zu dienen (z.B. vor allem Strafanzeigen oder Erläuterungen zu Vernehmungen, aber eben auch echte Vernehmungsprotokolle). Andere Schriftstücke, wie Briefe oder Tagebuchaufzeichnungen werden dagegen von § 250 S. 2 StPO nicht erfasst und sind danach verlesbar.

b) Ausnahmen vom Verlesungsverbot des § 250 S. 2 StPO

(1) Verlesung nach § 251 StPO

Abs. 1 der Norm bezieht sich auf nichtrichterliche Protokolle, während Abs. 2 der Norm richterliche Protokolle betrifft, bei Vorliegen eines Erlaubnistatbestands nach Abs. 1 können aber auch richterliche Protokolle verlesen werden (Arg. aus dem Wort „auch“ in Abs. 2 und „erst-rechtSchluss“).

Wichtig ist der Ausnahmefall, dass der Vernehmung des Personalbeweismittels ein Hindernis entgegensteht, das in absehbarer Zeit nicht behoben werden kann und zwar aus tatsächlichen, nicht aus rechtlichen Gründen. Der unbestimmte Rechtsbegriff der „absehbaren Zeit“ ist durch Abwägung der relevanten gegenläufigen Interessen, d.h. dem Interesse des Angeklagten an fairem Verfahren und möglichst sicherer Sachverhaltsaufklärung und dem Interesse des Staates an effektiver und möglichst beschleunigter Strafverfolgung, zu bestimmen. Dabei sind die Umstände des Einzelfalles, insbesondere die Bedeutung des zu ersetzenden Beweismittels für die gesamte Beweisaufnahme und die Schwere der Straftat, d.h. die Schwere der dem Angeklagten drohenden Rechtsfolge zu berücksichtigen.

Konkret muss also länger abgewartet werden, bevor verlesen werden darf, wenn es sich um das einzige Beweismittel handelt und dem Angeklagten eine hohe Strafe droht.

(2) Protokollverlesung nach § 253 StPO

- bei Zeugen oder Sachverständigen
- Lücken im Erinnerungsvermögen, d.h. nicht, wenn sich der Zeuge oder Sachverständige überhaupt nicht mehr erinnert, oder Widerspruchsaufklärung
- verlesbar dann das Protokoll über seine frühere Vernehmung.

(3) Protokollverlesung nach § 254 StPO

- Geständnis des Angeklagten in diesem Strafverfahren oder Widerspruchsaufklärung
- richterliches Protokoll
- vom Angeklagten stammende Erklärungen dürfen aber auch verlesen werden. Grund: Die Gewähr für die Richtigkeit der schriftlichen Niederlegung, die durch den Richter gewahrt wird, ist erst recht gegeben, wenn der Angeklagte das Schreiben selbst verfasst hat

(4) Verlesung von Urkunden nach § 256 StPO

(5) Verwertungsverbot nach § 252 StPO

## 7. Unzulässige Ablehnung von Beweisanträgen, §§ 244, 245 StPO

Sollte im Einzelfall ein Beweisantrag zu stellen sein, ist § 244 Abs. 3 StPO zu beachten: Der Beweisantrag hat – in Abgrenzung zum Beweisermittlungsantrag und zur Beweisanregung – das Beweisthema und das Beweismittel zu enthalten. Dabei ist die zu beweisende Tatsache in der Form einer Behauptung zu fassen.

Danach setzt ein Beweisantrag im Rechtssinne voraus, dass der Antragsteller eine bestimmte Beweistatsache bezeichnet und darüber hinaus das Beweismittel angibt, mit dem diese Tatsache nachgewiesen werden soll.

Ein Beweisbegehren ist nur dann als Beweisantrag im Rechtssinne einzustufen, wenn der Antragsteller darin eine Beweistatsache behauptet. Hierbei kann es sich um Geschehnisse, Umstände und Zustände der äußeren Welt oder um innerpsychische Gegebenheiten handeln. Beim Sachverständigenbeweis kann es auch darum gehen, Gesetzmäßigkeiten, Erfahrungssätze und wissenschaftlich fundierte Schlussfolgerungen aus Anknüpfungstatsachen nachzuweisen.

Es entspricht allgemeiner Rechtsauffassung, dass eine lediglich vage Umschreibung des Beweisthemas den rechtlichen Anforderungen an einen Beweisantrag nicht genügt. Vielmehr ist der Antragsteller gehalten, das unter Beweis gestellte Faktum so bestimmt zu bezeichnen, dass das Gericht mit Blick auf die mögliche Relevanz der Beweisbehauptung für den Schuld- oder Strafausspruch weiß, was genau durch die Beweiserhebung in Erfahrung gebracht werden soll. Unerlässlich ist jedenfalls die Mitteilung eines Tatsachenkerns, aus dem sich eine fassbare Beweisbehauptung im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des bereits erhobenen Beweisstoffes sowie des Akteninhalts hinlänglich deutlich herauschälen lässt.

Benennt der Antragsteller in seinem Beweisersuchen einen Zeugen zum Beweis einer konkreten Tatsache, so muss er anführen, was dieser in eigener Wahrnehmung beobachtet hat; denn Gegenstand des Zeugenbeweises können nur solche Umstände oder Geschehnisse sein, die mit dem benannten Beweismittel unmittelbar bewiesen werden sollen. Gleiches gilt für den Sachverständigenbeweis.

Das für einen Beweisantrag im Rechtssinne konstitutive zweite Element ist das Beweismittel. Der Antragsteller muss dieses in seinem Begehren genau bezeichnen, so dass nicht unklar bleibt, womit die unter Beweis gestellte Tatsache nachgewiesen werden soll. Das Erfordernis der Individualisierung wird mit Blick auf die einzelnen Beweismittel unterschiedlich streng gehandhabt. Hierzu im Einzelnen:

Ein Zeuge ist im Beweisantrag so konkret namhaft zu machen, dass dem Gericht auf der Grundlage des Beweisersuchens die Entfaltung sachgerechter Bemühungen zur Erreichung der Auskunftsperson ermöglicht wird. Der Antragsteller sollte daher bestrebt sein, den Zeugen mit Vor- und Nachnamen unter Angabe seiner ladungsfähigen Anschrift zu benennen. Ein solchermaßen abgefasster Beweisantrag versetzt das Gericht idealtypisch in die Lage, die Ladung des Zeugen zu veranlassen.

Die Reaktionen des Gerichts auf einen in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrag können unterschiedlich ausfallen: Der Vorsitzende kann in Ausübung seiner Befugnisse nach § 238 Abs. 1 StPO – gegebenenfalls nach Beratung mit den übrigen Mitgliedern des Spruchkörpers – dem Beweisersuchen stattgeben und die begehrte Beweiserhebung anordnen. Einer Begründung bedarf die dem Beweisantrag stattgebende Anordnung des Vorsitzenden nicht. Gelangt er hingegen zu der Einschätzung, dass nach den bislang in der Hauptverhandlung gewonnenen (vorläufigen) Erkenntnissen und der von ihm in Erfüllung der Amtsaufklärungspflicht fernerhin intendierten Beweiserhebungen noch keine hinreichend zuverlässige Beurteilungsgrundlage für die Bescheidung des Beweisantrags besteht, darf er die Entscheidung auf einen späteren Zeitpunkt zurückstellen. Freilich muss über den Beweisantrag aus Gründen der Verfahrensfairness jedenfalls vor dem Abschluss der Beweisaufnahme und zudem so rechtzeitig befunden werden, dass sich der Antragsteller in seinem weiteren Prozessverhalten darauf einstellen und angemessen reagieren kann. Schließlich besteht die Möglichkeit, dass das Gericht den Beweisantrag zurückweist. Hierzu ist allerdings nicht der Gerichtsvorsitzende in eigener Machtvollkommenheit befugt; vielmehr muss nach § 244 Abs. 6 StPO ein Gerichtsbeschluss ergehen.

Die Ablehnungsgründe im Einzelnen:

#### Unzulässigkeit

Die Unzulässigkeit der Beweiserhebung kann sich aus einem Beweismittelverbot oder aus einem Beweisthemenvorbot ergeben. Ein Beweismittel ist unzulässig, wenn es in der StPO nicht zugelassen ist.

Beweismittelverbote ergeben sich für den Zeugenbeweis etwa aus den §§ 52ff iVm 252 StPO, jeweils aber erst nach der jeweiligen Erklärung des Zeugen, der sich auf diese Rechte berufen muss. Auch die Unmittelbarkeitsvorschriften der §§ 81c, 96, 250 StPO haben die Unzulässigkeit zur Folge, wenn die jeweiligen Voraussetzungen dafür geklärt wurden. Soll der Beweis durch verbotene Methoden erhoben, gesetzlich vorgeschriebene

Belehrungen unterlassen oder gegen andere zwingende Vorschriften verstoßen werden, ist die Beweiserhebung ebenfalls unzulässig.

Was nicht zum Gegenstand einer Beweisaufnahme gemacht werden kann, ist als Beweis-antragsthema unzulässig. Bspw. gilt das für Tatsachen, die der Geheimhaltung des Gerichts (vgl. § 43 DRiG) unterliegen oder die dem Verteidigungsgeheimnis unterfallen. Ebenso unzulässig ist die Beweiserhebung über Tatsachen, die zum Inbegriff der Haupt-verhandlung iSv § 261 StPO geworden sind und damit der unmittelbaren Würdigung des Gerichts unterliegen.

#### Überflüssigkeit wegen Offenkundigkeit

Ein Beweisantrag kann abgelehnt werden, wenn die behauptete Beweistatsache offenkundig ist. Zu den offenkundigen Tatsachen gehören neben den allgemeinkundigen auch die gerichtskundigen Tatsachen. Eine Ablehnung ist auch ohne Beweisantizipation zulässig, wenn das Gegenteil der behaupteten Tatsache offenkundig ist, es sei denn, der Antragsteller macht deutlich, dass die bisherige Annahme einer Offenkundigkeit fehlerhaft ist.

Allgemeinkundig sind solche Tatsachen, von denen verständige und erfahrene Menschen regelmäßig ohne weitere Anstrengungen Kenntnis haben oder von denen sie sich durch allgemein zugängliche, zuverlässige Quellen unschwer überzeugen können, bspw. Naturvorgänge, geographische Verhältnisse oder historisch erwiesene Tatsachen.

Tatsachen, die dem Vorsitzenden oder einem Gerichtsmitglied kraft seines Amtes bekannt geworden sind, sind gerichtskundig. Wurde die Kenntnis im anhängigen Verfahren erlangt, sind die Quelle und die Art und Weise der Wissenserlangung transparent zu machen, um prüfen zu können, ob der prozessordnungsgemäße Weg eingehalten wurde.

#### Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache

Die Bedeutungslosigkeit von Beweistatsachen für die Entscheidung des Gerichts kann sich sowohl aus rechtlichen als auch aus tatsächlichen Gründen ergeben. Weist das Gericht einen Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 StPO zurück, muss es in seinem Beschluss ausführen, ob dafür rechtliche oder tatsächliche Aspekte ausschlaggebend sind.

Im Gerichtsalltag werden Beweisanträge des Angeklagten vor allem aus Gründen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit der Beweisbehauptung zurückgewiesen. Dabei geht es vor allem um Fälle, in denen der Angeklagte Indiz- oder Hilfstatsachen nachzuweisen trachtet, die zwar mit der Urteilsfindung in Zusammenhang stehen, jedoch vom Gericht deswegen als unerheblich angesehen werden, weil sie aus dessen Sicht auf die Entscheidung keine Auswirkungen haben können. Nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung dürfen unter Beweis gestellte Tatsachen als bedeutungslos eingestuft werden, wenn sie selbst im Falle ihrer Bestätigung ohne Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt blieben, weil sie keine zwingenden, sondern nur mögliche Schlüsse auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert anderer Beweismittel zulassen und das Gericht aus nachvollziehbaren Gründen nicht gewillt ist, diese Schlüsse zu ziehen.

#### Wahrunterstellung

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass erhebliches Verteidigungsvorbringen nicht notwendigerweise bewiesen sein muss, um Wirkungen zugunsten des Angeklagten zu entfalten. In Ansehung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ reicht es hinsichtlich sogenannter Haupttatsachen aus, dass sich diese nicht widerlegen lassen; denn dann muss das Gericht in Anwendung der vorgenannten Entscheidungsregel ein Urteil im Sinne des Angeklagten fällen. Vor diesem Hintergrund stellt der Ablehnungsgrund der Wahrunterstellung den Tatrichter von Beweiserhebungen über entscheidungserhebliche Tatsachen frei, sofern für ihn in gedanklich vorgezogener Anwendung des Zweifelsgrundsatzes bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung über das Beweisbegehren hinlänglich Klarheit besteht, dass die Beweisaufnahme wahrscheinlich oder zumindest möglicherweise zur Bestätigung, jedoch keinesfalls zur Widerlegung der Beweisbehauptung führen werde. Verhält es sich so, wäre es sinnlos, ihn zur Erhebung des beantragten Beweises zu zwingen; denn dadurch könnte er gegenüber seiner prognostischen Einschätzung der Beweislage mit Blick auf den später ohnehin eingreifenden Zweifelsgrundsatz keinen weitergehenden Erkenntnisgewinn erzielen.

Vor dem Hintergrund des Zweifelsgrundsatzes liegt es auf der Hand, dass § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 6 StPO den Anwendungsbereich des Ablehnungsgrundes naturgemäß auf Tatsachen beschränkt, die allein zur Entlastung des Angeklagten bewiesen werden sollen. Jede

andere Regelung müsste in einen Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ münden. Ausgehend hiervon ist es dem Gericht denn auch nicht gestattet, Beweistatsachen, die den Angeklagten sowohl ent- als auch belasten können, als wahr zu unterstellen.

#### Erwiesensein der Beweistatsache

Das Gericht darf einen Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StPO wegen Erwiesensein der unter Beweis gestellten Tatsache ablehnen, sofern es im Rahmen einer Zwischenbeweiswürdigung zu der (vorläufigen) Einschätzung gelangt, dass die Beweistatsache auf der Grundlage des Ergebnisses der bislang durchgeführten Beweisaufnahme ohne weiteres wahr ist. Verhält es sich so, ist die begehrte Beweiserhebung überflüssig; denn sie könnte lediglich Umstände bestätigen, von deren Vorliegen das Gericht ohnehin ausgeht. Vor diesem Hintergrund ist es ein Gebot der Prozesswirtschaftlichkeit, von solchen Beweiserhebungen abzusehen.

Die Zurückweisung eines Beweisantrags nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StPO beruht denknotwendig auf einer vorweggenommenen Beweiswürdigung des Tatrichters. Die im Beweisbeschluss dokumentierte Wissenserklärung, wonach die unter Beweis gestellte Tatsache bereits erwiesen ist, kann er nur aufgrund einer umfassenden Bewertung des in der Hauptverhandlung abgehandelten Prozessstoffes abgeben. In dieser frühzeitigen Überzeugungsbildung und der darauf fußenden Ablehnung des Beweisantrags liegt kein Verstoß gegen das beweisanztragsrechtliche Antizipationsverbot. Da dieses allein eine dem Antragsteller nachteilige Vorwegnahme des Beweisergebnisses verhindern soll, steht der Ablehnungsgrund der Erwiesensein der Beweistatsache hiermit in Einklang.

#### Völlige Ungeeignetheit des Beweismittels

Das Gericht darf einen Beweisantrag nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 4 StPO zurückweisen, wenn das vom Antragsteller bezeichnete Beweismittel zum Nachweis der Beweistatsache völlig ungeeignet ist. Nach dem Grundgedanken des Ablehnungsgrundes wird der Tatrichter von Beweiserhebungen freigestellt, die von vornherein nutzlos sind, weil ausgeschlossen werden kann, dass das namhaft gemachte Beweismittel irgendetwas zur Feststellung der Beweistatsache beizutragen vermag.

#### Unerreichbarkeit des Beweismittels

Nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StPO darf eine beantragte Beweiserhebung zurückgewiesen werden, wenn das im Beweisantrag angeführte Beweismittel unerreichbar ist. Dieser Ablehnungsgrund begrenzt die Beweiserhebung grundsätzlich auf im Gerichtssaal zur Verfügung stehende Beweismittel.

Fraglich ist allerdings, unter welchen Voraussetzungen von der Unerreichbarkeit des im Beweisantrag benannten Beweismittels ausgegangen werden darf. Rechtlich unproblematisch sind Sachverhalte, in denen entweder von vornherein oder aufgrund des Ergebnisses durchgeführter Ermittlungen gewiss ist, dass das Beweismittel definitiv nicht zur Verfügung steht. So liegt es beispielsweise, wenn aus amtlicher Quelle hervorgeht, dass der vom Antragsteller bezeichnete Zeuge verstorben oder verschollen ist. Vergleichbar sind Fälle, in denen eine Urkunde oder ein Augenscheinsobjekt infolge Vernichtung zur Beweisführung nicht mehr herangezogen werden kann.

Jenseits der vorstehend skizzierten Evidenzfälle „absoluter“ Unerreichbarkeit bleibt zu klären, wie zu verfahren ist, wenn die vom Gericht veranlassten Ermittlungen zum Auffinden eines Beweismittels ergebnislos geblieben sind, jedoch nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Beweismittel existiert und somit grundsätzlich erreicht werden könnte.

Gleichwohl gestattet die höchstrichterliche Rechtsprechung die Ablehnung von Beweisanträgen nach § 244 Abs. 3 S. 2 Nr. 5 StPO bereits dann, wenn alle der Bedeutung und dem Wert des Beweismittels entsprechenden gerichtlichen Bemühungen zu dessen Beibringung erfolglos geblieben sind und keine begründete Aussicht besteht, es in absehbarer Zeit herbeizuschaffen.

Die in § 244 Abs. 3 StPO aufgeführten Ablehnungsgründe gelten außer für Zeugen und Urkunden auch für Sachverständige. § 244 IV StPO erweitert die Ablehnungsmöglichkeiten für Beweisanträge beim Sachverständigenbeweis.

§ 244 V StPO enthält Sonderregelungen für die Ablehnung von Augenscheinsbeweisen und Zeugen, deren Ladung im Ausland zu bewirken ist. Hier ist in gewissem Umfang (immer auch § 244 Abs. 2 StPO beachten!) eine vorweggenommene Beweismündigkeit zulässig.

Die Ablehnung eines Beweisantrages kann nur durch Beschluss erfolgen. Dieser ist gemäß § 34 StPO zu begründen. Unterlässt es das Gericht, einen Beweisantrag zu bescheiden

oder fehlt eine Begründung, kann dies mit der Revision gerügt werden. Beim Beruhen ist im Rahmen der Rüge dann auszuführen, dass die Verteidigung, hätte sie erfahren, aus welchen Gründen das Gericht von der Erhebung des beantragten Beweises abgesehen hat, sich darauf hätte einstellen können und geeignete Maßnahmen schon im Termin hätte ergreifen können, die möglicherweise ein anderes Urteil zur Folge gehabt hätten.

#### Besonderheit beim Hilfsantrag

Als Prozesshandlung ist der Beweisantrag grundsätzlich zwar bedingungsfeindlich. Innerprozessuale Bedingungen, d.h. solche, die von einer bestimmten Willensentschließung des Gerichts abhängen, können aber an ihn geknüpft werden.

Hilfsanträge, die abgelehnt werden sollen, brauchen nicht in der Hauptverhandlung beschieden zu werden (Arg.: Der Antragsteller hat durch seine Hilfsantragstellung konkludent auf eine solche Verbescheidung verzichtet), sondern werden erst im Urteil selbst behandelt.

Das Gericht ist allerdings nicht gezwungen, seine Entscheidung bis dahin aufzuschieben; vielmehr kann es über den Hilfsbeweisantrag schon vorher befinden und seine Entscheidung in der Hauptverhandlung bekanntgeben.

Die denkbaren Anknüpfungspunkte eines Hilfsbeweisantrags sind vielfältig. Sie können sowohl am Ausgang des Verfahrens (Schuld- oder Freispruch) als auch an bestimmten Elementen des Schuldspruchs ansetzen. Darüber hinaus kann die Bedingung der Beweiserhebung vom Rechtsfolgenausspruch abhängig gemacht werden. Zur Verdeutlichung: Macht der Verteidiger sein Beweisersuchen davon abhängig, dass der Angeklagte entgegen seinem primär verfolgten Ziel des Freispruchs oder der Verhängung einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt wird, darf das Gericht den für diesen Fall hilfsweise angebrachten Beweisantrag im Urteil bescheiden, sofern es dem Hauptantrag des Antragstellers nicht folgen will und – darauf aufbauend – das solchermaßen bedingte Beweisbegehren nach Maßgabe der Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 S. 2 StPO zurückzuweisen vermag. Ist dies nicht möglich, muss es erneut in die Beweisaufnahme eintreten und den beantragten Beweis erheben.

Die darin liegende Abweichung von § 244 Abs. 6 StPO, wonach die Ablehnung eines Beweisantrags an sich eines in der Hauptverhandlung zu verkündenden Gerichtsbeschlusses bedarf, benachteiligt den Antragsteller nicht. Indem er selbst das Schicksal seines Beweisersuchens vom Inhalt des Urteilsspruchs abhängig macht, verzichtet er stillschweigend auf die Bekanntgabe einer ablehnenden Entscheidung vor Urteilsverkündung. Ausgehend hiervon widerfährt ihm durch die abschlägige Bescheidung im Urteil kein unerwarteter Nachteil; denn durch die bewusst gewählte Form der Antragstellung hat er unmissverständlich verlautbart, dass er an

einer frühzeitigen Bekanntgabe der Begründung für die mögliche Zurückweisung seines Beweisantrags keinen Wert legt.

Daher genügt es, wenn sich aus den Urteilsgründen hinlänglich deutlich ergibt, aus welchen beweisanztragsrechtlichen Erwägungen das Gericht von der beantragten Beweiserhebung Abstand genommen hat. Erforderlich sind Ausführungen, die im Lichte der gesetzlichen Ablehnungsgründe nachvollziehbar werden lassen, weshalb das Gericht - naturgemäß unter strikter Beachtung des Antizipationsverbots – dem Beweisbegehren nicht nachgekommen ist.

Zusammenfassend lässt sich also feststellen, dass bei der Ablehnung eines Beweisantrages folgende Verfahrensverstöße in Betracht kommen:

- Verstoß gegen § 244 Abs. 3, 5 und 5: bei unzulässiger Ablehnung des Beweisantrags;
- Verstoß gegen § 245 Abs. 2: bei unzulässiger Ablehnung eines Beweisantrags, der sich auf ein präsentiertes Beweismittel bezieht;
- Verstoß gegen § 244 Abs. 6: bei Unterlassen der Verbescheidung;
- Handelt es sich nicht um einen Beweisantrag, sondern um einen Beweisermittlungsantrag, kann dessen Ablehnung nur als Verletzung der Aufklärungspflicht gemäß § 244 Abs. 2 StPO beanstandet werden.

Lehnt das Gericht einen Beweisantrag ab, so ist in der Revisionsklausur allein der vom Gericht genannte Ablehnungsgrund zu prüfen. Ob der Beweisantrag aus anderen Gründen hätte abgelehnt werden können, spielt keine Rolle (evtl. Erörterung im Hilfsgutachten).

#### 8. Die Aufklärungsrüge, § 244 Abs. 2 StPO

Die Erforschung der Wahrheit ist originäre Aufgabe des Gerichts. Es hat gemäß § 244 Abs. 2 StPO von sich aus die Beweisaufnahme auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können. Bezugspunkt der Aufklärungsbemühungen ist der Unrechtsgehalt des von der Anklage umfassten geschichtlichen Vorgangs. Innerhalb dieses Rahmens muss das Gericht alle nach Lage des Falles sinnvollen Möglichkeiten der Sachverhaltsaufklärung nutzen.

Da das nicht Ausschließbare als Maxime trichterlicher Sachverhaltsaufklärung zu einer tendenziell unendlichen Beweisaufnahme zwingen und damit der auf Endlichkeit des Verfahrens beruhenden Idee des Strafprozesses widerstreiten würde, braucht sich

der Tatrichter um „entfernte Möglichkeiten“ der Beweisführung allenfalls in außergewöhnlich gelagerten Sachverhaltskonstellationen zu kümmern. Im Normalfall muss er einen möglicherweise beweisbaren Sachverhalt nur dann zum Gegenstand der Beweisaufnahme machen, wenn daraus Erkenntnisse erwachsen können, die geeignet sind, den Schuldspruch zu stützen, zu widerlegen, in relevanter Weise zu modifizieren oder zumindest in Frage zu stellen beziehungsweise den Rechtsfolgenausspruch zu beeinflussen. Demgemäß liegt – negativ gewendet – eine Verletzung der Aufklärungspflicht vor, wenn der Tatrichter die Beweisaufnahme abschließt, obschon er unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich erreichten Beweislage und verständiger Würdigung der entscheidungsrelevanten Umstände noch nicht hätte überzeugt sein dürfen, alles Erforderliche für die Aufklärung des Sachverhalts unternommen zu haben.

Zum notwendigen Revisionsvorbringen gehört

- die Bezeichnung der Tatsache, die zu ermitteln das Gericht unterlassen hat;
- die Bezeichnung des Beweismittels, dessen sich der Richter hätte bedienen sollen;
- die Nennung der Umstände, die das Gericht zu weiteren Ermittlungen hätten drängen müssen;
- das Ergebnis, das von der unterbliebenen Beweiserhebung zu erwarten gewesen wäre.

Die Rüge ist nicht verwirkt, wenn in der Hauptverhandlung kein Beweisantrag gestellt worden ist, obwohl dies möglich gewesen wäre. Lediglich aufgrund einer innerdienstlichen Anweisung (RiStBV) soll der Staatsanwalt die Aufklärungsrüge dann nicht erheben, wenn ihm ein solcher Beweisantrag schon in der Sitzung möglich gewesen wäre, er dies aber unterlassen hat.

#### 9. Rüge der Verletzung des § 261 StPO

Verwendet der Richter im Urteil Beweismittel, die nicht Gegenstand der Hauptverhandlung waren, so handelt es sich um einen (mit der Verfahrensrüge zu beanstandenden) Verstoß gegen § 261 StPO. Die Verfahrensrüge ist nur dann erfolgreich, wenn ohne Rekonstruktion der Beweisaufnahme der Nachweis der Verwertung verhandlungsfremder Beweismittel geführt werden kann, also beispielsweise wenn

- das Urteil die Zeugenaussage allein aus der Akte entnimmt, der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht vernommen wurde;
- das Wortprotokoll gemäß § 273 Abs. 3 StPO im Urteil völlig anders wiedergegeben wird.

Nach § 261 StPO darf das Urteil sich nur auf den Inbegriff der Hauptverhandlung und dabei nur auf dessen zulässigen Inbegriff stützen. **Daraus folgt, dass die Verwertung unzulässiger Beweismittel gegen § 261 StPO verstößt und so auch mit der Verfahrensrüge zu beanstanden ist.**

#### 10. Fehlender rechtlicher Hinweis, § 265 StPO

Will das Gericht in seiner Entscheidung von der rechtlichen Beurteilung der Tat in der zugelassenen Anklage abweichen, muss es den Angeklagten davon in Kenntnis setzen. Nur dann kann dieser seine Verteidigung entsprechend umstellen. Wegen § 339 StPO kann die Staatsanwaltschaft die Verletzung des § 265 StPO nicht zu Lasten des Angeklagten rügen.

#### 11. Nichtgewährung des letzten Wortes, § 258 Abs. 2 StPO

Dem Angeklagten gebührt das letzte Wort. Das bedeutet, dass nach dem letzten Wort des Angeklagten keine weiteren Prozesshandlungen mehr vorgenommen werden dürfen (außer natürlich der Urteilsverkündung). Tritt das Gericht nach dem letzten Wort des Angeklagten erneut in die Beweisaufnahme ein, so ist dem Angeklagten erneut das letzte Wort zu gewähren.

Das Urteil beruht grundsätzlich auf einem Verstoß gegen § 258 Abs. 2 StPO, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Angeklagte noch etwas vorgebracht hätte, was bei der Urteilsfindung zu seinen Gunsten zu berücksichtigen gewesen wäre. Das gilt stets, auch wenn der Angeklagte niemals etwas zur Sache sagte, und auch, wenn er vollumfänglich geständig war.

#### 12. Verfahrensfehler im Ermittlungsverfahren

Gesetzesverletzungen im Ermittlungsverfahren können nur dann eine Revision begründen, wenn der Verstoß in die Hauptverhandlung hineinwirkt. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Fehler im Ermittlungsverfahren

- zu einem Verwertungsverbot geführt hat,
- das Gericht das (unverwertbare) Beweismittel gleichwohl in die Hauptverhandlung eingeführt hat und
- das Beweismittel im Urteil verwertet wurde.

Auf diese Weise wird der Fehler der Ermittlungsbehörde zu einem Fehler des Gerichts. Nur solche können mit der Revision beanstandet werden, da das Urteil nur auf Fehlern des Gerichts, nicht der Ermittlungsbehörde beruhen kann (vgl. § 261 StPO).

## **Kapitel 6 - Begründetheit der Revision: Sachrüge**

Mit der Erhebung der Sachrüge („Ich rüge die Verletzung materiellen Rechts“) ist das Revisionsgericht verpflichtet, das Urteil in vollem Umfang auf materiell-rechtliche Fehler zu überprüfen. Das gilt auch, wenn lediglich spezielle Sachrügen erhoben wurden.

Für die Sachrüge gelten die Anforderungen des § 344 Abs. 2 StPO nicht, es muss also kein Tatsachenvortrag erfolgen. Darüber hinaus erfolgt weder die Angabe von Beweismitteln noch eine Stellungnahme zum Beruhen, denn in aller Regel beruht jedes Urteil auf einem unterlaufenen Rechtsfehler.

Materiell-rechtliche Fehler können in drei Bereichen auftreten, nämlich bei

- der rechtlichen Würdigung (Subsumtionsfehler)
- der Beweiswürdigung
- der Bildung der Strafe/Rechtsfolge

### **A. Fehler bei der rechtlichen Würdigung (Subsumtionsfehler)**

#### I. Falsche Anwendung einer Norm

Das Revisionsgericht prüft, ob der im Urteil festgestellte Sachverhalt die Anwendung der vom Tatrichter herangezogenen materiell-rechtlichen Vorschriften rechtfertigt.

#### II. Nichtanwendung von Vorschriften auf den festgestellten Sachverhalt

Hier ist zu prüfen, ob außer den vom Tatrichter bejahten noch weitere Tatbestände oder Rechtsnormen in Betracht kommen.

#### III. Fehlerhafte Beurteilung der Konkurrenzen

Es darf allein von dem im Urteil festgestellten Sachverhalt ausgegangen werden.

## **B. Fehler bei der Beweiswürdigung**

Die Beweiswürdigung unterliegt grundsätzlich keiner Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Es kann also nicht gerügt werden, das Gericht habe die Beweise nicht richtig gewürdigt oder der im Urteil festgestellte Sachverhalt entspreche nicht den Zeugenaussagen.

Es erfolgt also keine Beweiswürdigung durch das Revisionsgericht, außer beim

### I. Fehlen einer Beweiswürdigung

Denn in diesen Fällen ist dem Revisionsgericht von vornherein jegliche Überprüfungsmöglichkeit genommen.

### II. Widersprüchliche Beweiswürdigung

Der Tatrichter stützt beispielsweise seine Überzeugung von der Schuld des Angeklagten darauf, dass die Angaben des Opfers und des Angeklagten „weitgehend“ übereinstimmten. Die im Urteil wiedergegebene Einlassung des Angeklagten und des Opfers zeigen jedoch, dass die Darstellungen in nahezu allen wesentlichen Punkten unterschiedlich waren.

### III. Verstoß gegen Denkgesetze, Naturgesetze, Erfahrungssätze

### IV. Verletzung des Grundsatzes „in dubio pro reo“

Ein Verstoß liegt nur dann vor, wenn sich aus dem Urteil ergibt, dass der Richter selbst Zweifel an der Schuld des Angeklagten hatte und dennoch verurteilt hat. Ein Verstoß liegt dagegen nicht vor, wenn nach Ansicht des Revisionsführers der Richter hätte Zweifel haben müssen.

Ein revisibler Fehler kann aber auch darin liegen, dass das Gericht den Grundsatz in dubio pro reo nicht (wie richtig) als materielle Rechtsnorm, sondern als Beweisregel auffasst und so – teilweise – zu falschen Tatbestandsfeststellungen kommt.

## **C. Fehler bei der Bildung der Strafe**

Die Strafhöhe als solche ist mit der Revision nicht angreifbar.

Verletzen jedoch die Strafzumessungserwägungen des Gerichts das Gesetz (vgl. auch § 267 Abs. 3 StPO), so kann dies mit der Sachrüge geltend gemacht werden.

Revisibel sind folgende Bereiche:

#### I. Fehlende Schilderung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse

Fehlen im Urteil Angaben zu den persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen sowie den Vorstrafen des Angeklagten, so ist eine Beurteilung der persönlichen Schuld des Angeklagten nicht möglich.

#### II. Ist der Tatrichter vom richtigen Strafrahmen ausgegangen?

Liegt die im Urteil erfolgte Sachverhaltsschilderung die Anwendung einer Strafrahmenverschiebung nach dem Besonderen Teil oder dem Allgemeinen Teil des StGB nahe, so muss sich das Urteil mit der entsprechenden Vorschrift auseinandersetzen. Fehlt eine solche Erörterung, so kann dies mit der Revision angegriffen werden.

Zur Strafzumessung wird zunächst der **Regelstrafrahmen** bestimmt, anschließend kommen etwaige **Milderungsgründe** zum Tragen, anschließend wird der tatsächlich anzuwendende Strafrahmen bestimmt. Zu beachten sind dabei das Vorliegen verschiedener Milderungsgründe, die in der Regel entweder einen minder schweren Fall begründen, sofern einer in dem jeweiligen Straftatbestand vorgesehen ist, oder aber auf § 49 Abs. 1 StGB verweisen (zum Beispiel bei verminderter Schuld oder Versuchsstrafbarkeit). Besonders zu beachten ist dabei die Problematik des **Zusammentreffens mehrerer Milderungsgründe**.

#### III. Ordnungsgemäße Abwägung gemäß § 46 Abs. 2 StGB

Das Gericht muss die wesentlichen Strafzumessungserwägungen in den Urteilsgründen darstellen, insbesondere muss es sich aufdrängende Strafzumessungsgesichtspunkte behandeln. Ergibt sich beispielsweise aus der Beweiswürdigung im Urteil, dass der Angeklagte ein Geständnis abgelegt hat, so muss dieses im Rahmen der Abwägung des § 46 Abs. 2 StGB Berücksichtigung finden.

Ein Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung gemäß § 46 Abs. 3 StGB ist ebenfalls revisibel.

**Fall: Der Angeklagte wird wegen Wohnraumeinbruchs gemäß § 244 StGB verurteilt. Das Gericht führt in den Urteilsgründen aus, dass straferschwerend zu berücksichtigen sei, dass durch den Einbruch in eine Wohnung als grundgesetzlich besonders geschütztem Raum eine erhebliche Traumatisierung der Opfer zu befürchten sei.**

Ein solcher Strafzumessungsaspekt ist unzulässig, da die Erwägungen bereits den Gesetzgeber dazu gebracht haben, dem Qualifikationstatbestand des § 244 StGB einen erhöhten Strafrahmen zugrunde zu legen. Für eine Erhöhung innerhalb dieses bereits erhöhten Strafrahmens ist somit kein Raum mehr.

#### IV. Ordnungsgemäße Bildung der konkreten Strafe

Hier können sich Fehler insbesondere aus der Nichtbeachtung des § 47 StGB ergeben. Zudem kann eine fehlerhafte Gesamtstrafenbildung erfolgt sein.

#### V. Bewährung, § 56 StGB

Im Anschluss an die Beantragung einer Freiheitsstrafe sind Ausführungen zur Bewährung erforderlich. Die gesetzliche Grundlage ist § 56 StGB, wobei Abs. 1 für Freiheitsstrafen bis zu einem Jahr, Abs. 2 mit seinen strengeren Voraussetzungen an die zu stellende positive Sozialprognose für Freiheitsstrafen von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren gilt. Freiheitsstrafen über zwei Jahren können nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden.

Die **Bewährungszeit** beträgt gemäß § 56a StGB mindestens zwei Jahre und höchstens fünf Jahre. Die Regel in Berlin ist dabei eine Bewährungszeit von drei Jahren.

Zudem besteht die Möglichkeit, gemäß §§ 56b, 56c StGB die Bewährung an die Erfüllung von **Auflagen** oder **Weisungen** zu knüpfen. Diese dienen einerseits dazu, den Angeklagten auch mit einer unmittelbar spürbaren Maßnahme zu treffen (Geldauflage als Zahlung an die Justizkasse/gemeinnützige Einrichtung/an das Opfer als „Schmerzensgeld“; zur Schadenswiedergutmachung; Ableistung gemeinnütziger Arbeit), andererseits dazu, dem Angeklagten Hilfe zur Führung eines straffreien Lebens zu geben (Unterstellung unter die Aufsicht und Leitung eines hauptamtlichen Bewährungshelfers; Therapie/Entziehungskur, allerdings nur mit Einwilligung des Angeklagten, vgl. § 56c Abs. 3 StGB).

Die **Verhältnismäßigkeit** ist bei Festlegung der Auflagen dabei zu wahren, § 56b Abs. 1 S. 2 StGB, die Auflage muss also realistischerweise erfüllbar sein. So kommen Arbeitsstunden bei einem voll Berufstätigen oder bei einer physisch kranken Person in aller Regel nicht in Betracht. Umgekehrt können Arbeitsstunden auch einer isoliert lebenden Person, die auch aufgrund von Depressionen zur Begehung von Straftaten neigt, zugute kommen, wenn so wieder

Kontakt zur Außenwelt hergestellt wird. Letztlich kommt es auf eine Betrachtung de Einzelfalls an.

Die **Arbeitsaufgabe** wird in Stunden beantragt und verhängt, wobei sechs Stunden einem Arbeitstag entsprechen (180 gemeinnütziger Arbeit entsprechen also beispielsweise 30 Tagen).

**Fall: Das Gericht legt im Urteil, dass sich „angesichts der Tatbegehung eine Strafaussetzung von selbst verbiete“.**

Die Sachrüge hat Aussicht auf Erfolg, weil das Gericht verpflichtet ist, bei Verhängung einer bewährungsfähigen Strafe die für und gegen eine positive Sozialprognose sprechenden Aspekte umfassend zu erörtern und zu würdigen. Eine – wie hier – pauschale Annahme genügt hingegen nicht.

## Kapitel 7 - Revisionsanträge

Der Antrag sollte dem Tenor der begehrten Entscheidung des Revisionsgerichts entsprechen.

Er besteht meist aus zwei Teilen:

- dem kassatorischen Teil (§ 353 StPO): Aufhebung des Urteils
- der Folgeentscheidung (§§ 354, 355 StPO)

Hält das Revisionsgericht die Revision für begründet, dann wird das angefochtene Urteil gemäß § 353 Abs. 1 StPO aufgehoben.

Das Verfahren ist dann im Umfang der Aufhebung wieder offen, und das Revisionsgericht muss entscheiden, ob es selbst eine Entscheidung in der Sache treffen kann oder zurückverweisen muss.

Eine eigene Entscheidung trifft das Revisionsgericht bei

- Einstellungen gemäß §§ 354 Abs. 1, 260 Abs. 3 StPO
- Freispruch gemäß § 354 Abs. 1 StPO

Bei der Zurückverweisung muss das Gericht gemäß § 353 Abs. 2 StPO zudem eine Entscheidung hinsichtlich der dem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen treffen. Eine Aufhebung der Feststellungen unterbleibt nur dann, wenn der Rechtsfehler keinen Einfluss auf die tatsächlichen Feststellungen des Gerichts hat. Der Regelfall ist die Zurückverweisung gemäß § 354 Abs. 2 StGB.

Eine Kostenentscheidung trifft das Revisionsgericht nur, wenn die Revisionsentscheidung verfahrensabschließend ist (also wenn die Sache nicht zurückverwiesen wird).

Daran orientieren sich die Anträge:

### Konstellation 1

Der Revisionsführer erhebt die Verfahrensrüge und evtl. auch die Sachrüge – wobei der Grundsatz tunlichster Aufrechterhaltung der von der Gesetzesverletzung nicht berührten Feststellungen gilt:

Es wird beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – mit den ihm zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben,
2. die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts *Ort* zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

### Konstellation 2

Der Revisionsführer beanstandet ein Prozesshindernis.

Es wird beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ - *Aktenzeichen* – aufzuheben und das Verfahren einzustellen,
2. die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der die Staatskasse aufzuerlegen.

### Konstellation 3

Der Revisionsführer erhebt allein die Sachrüge, es liegt lediglich eine fehlerhafte rechtliche Würdigung zugrunde. Die Feststellungen selbst werden nicht beanstandet.

Es wird beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – aufzuheben,
2. die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts *Ort* zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

*oder*

1. den Angeklagten freizusprechen
2. die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse aufzuerlegen.

#### Konstellation 4: Hilfsanträgen

In Betracht kommt auch die Notwendigkeit, Hilfsanträge zu stellen, beispielsweise bei der Feststellung eines Prozesshindernisses und gleichzeitiger Rüge von Verfahrensfehlern.

Es wird beantragt,

1. das Urteil des Landgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – aufzuheben,
2. das Verfahren einzustellen,
3. die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse aufzuerlegen.

*hilfsweise*

1. das Urteil des Landgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben,
2. die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts *Ort* zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

#### Konstellation 5: gemischte Anträge

Es kann auch notwendig werden, gemischte Anträge zu stellen, wenn beispielsweise einzelne Taten an unterschiedlichen Mängeln leiden. Zum Beispiel: Der Angeklagte wird wegen Hausfriedensbruchs in Tatmehrheit mit Betrug verurteilt. Die Revision rügt den gemäß § 123 Abs. 2 StGB fehlenden Strafantrag, hinsichtlich des Betrugs liegen Verfahrensfehler und materiellrechtliche Fehler vor.

Es wird beantragt,

1. das Urteil des Amtsgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – aufzuheben, soweit der Angeklagte wegen Hausfriedensbruchs verurteilt wurde,
2. das Verfahren insoweit einzustellen,
3. die Kosten des Verfahrens, soweit es eingestellt ist, und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse aufzuerlegen,

4. das Urteil des Amtsgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – wird mit den zugrunde liegenden Feststellungen aufzuheben, soweit der Angeklagte wegen Betrugs verurteilt wurde,
5. insoweit die Sache an einen anderen Strafrichter des Amtsgerichts *Ort* vom TT.MM.JJJJ – *Aktenzeichen* – zu erneuter Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen.

## A. Zulässigkeit

### I. Gerichtszuständigkeit

### II. Zulässigkeitsvoraussetzungen der Revision

1. Statthaftigkeit, §§ 333, 335 StPO
2. Revisionsberechtigter
3. Beschwer
4. Ordnungsgemäße Revisionseinlegung (§ 341 StPO)
  - a) Anfechtungserklärung
  - b) Adressat, § 341 StPO
  - c) Form, § 341 StPO
  - d) Frist, §§ 341 Abs. 1, 2 StPO
5. Ordnungsgemäße Revisionsbegründung (§ 345 StPO)
  - a) Adressat, § 345 Abs. 1 StPO
  - b) Form, § 345 Abs. 2 StPO
  - c) Revisionsbegründungsfrist, § 345 Abs. 1 StPO

## B. Begründetheit der Revision

### I. Prozessvoraussetzungen

### II. Verfahrensrügen

1. absolute Revisionsgründe (§ 338 StPO)
2. relative Revisionsgründe (§ 337 StPO)

### III. Sachrüge

1. Fehler bei der rechtlichen Würdigung (Subsumtionsfehler)
2. Fehler bei der Beweiswürdigung
3. Fehler bei der Bildung der Strafe

## C. Revisionsanträge